



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 SOCIETÀ' PUBBLICHE LOCALI

IN QUESTO NUMERO

- *REVOCA DELL'ASSESSORE COMUNALE E DIRITTO DI PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO: QUESTIONI APERTE*
- *LA GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE FONDAMENTALI ALLA LUCE DELLA RECENTE OBBLIGATORietà PER I PICCOLI COMUNI*
- *IL GIUDICE AMMINISTRATIVO BOCCIA LE ORDINANZE C.D. "AFFAMA-RANDAGI" CON CUI IL SINDACO VIETA DI SOMMINISTRARE CIBO AGLI ANIMALI RANDAGI*
- *IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ART. 43 DEL D.P.R. N. 327/2001*
- *LA RESPONSABILITÀ DEL DIRIGENTE COMUNALE: LA CONSAPEVOLEZZA SUPERA LA DELEGA*
- *CUSTODIA DEI PLICHI CONTENENTI I DOCUMENTI DI GARA: L'OMESSA VERBALIZZAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CUSTODIA E' IDONEA AD INVALIDARE L'ESITO DELLA GARA?*
- *LA SORTE DELLE VARIANTI MIGLIORATIVE AL PROGETTO PROPOSTE IN SEDE DI GARA*
- *IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO: SOLUZIONI E RIMEDI ALLA LUCE DELLA RECENTE EMANAZIONE DEL "DECRETO SVILUPPO"*
- *INDICAZIONI OPERATIVE INERENTI LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DI CUI ALL'ART. 122, CO. 7 BIS DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163*
- *SICUREZZA IN MATERIA ANTIFORTUNISTICA NEI LUOGHI DI LAVORO. IL RUOLO DEL DATORE DI LAVORO PER LA SICUREZZA, DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI PREVENZIONE E PROTEZIONE E DEL LAVORATORE. LORO RESPONSABILITÀ E CORRESPONSABILITÀ IN CASO DI EVENTO DANNOSO*
- *IL COMITATO UNICO DI GARANZIA PER LE PARI OPPORTUNITÀ, LA VALORIZZAZIONE DEL BENESSERE DI CHI LAVORA E CONTRO LE DISCRIMINAZIONI*
- *LA RISERVA DI POSTI A CANDIDATI ESTERNI ALLA P.A. NELLE C.D. PROGRESSIONI VERTICALI: FACOLTÀ OD OBBLIGO PER L'AMMINISTRAZIONE?*
- *IL CONTROLLO "COLLABORATIVO" DELLA CORTE DEI CONTI SUL BILANCIO DEGLI ENTI LOCALI*
- *L'AZIONE CIVILE NEL PROCEDIMENTO "PENALE" A CARICO DEGLI ENTI COLLETTIVI*

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: Francesca Angelini (Riforme Istituzionali), Prof. Maurizio Asprone (Innovazione tecnologica), Avv. Anna Cinzia Bartocconi (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 Salerno (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

Presidente: Prof. Alberto Romano

Vice Presidente: Dott. Luca Palamara

Coordinatori: Prof. Alfredo Contieri e Dott. Ing. Massimo Sessa

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, Pres. Franco Bianchi, Prof. Raffaele Bifulco, Prof. Roberto Caranta, Prof. Lucia Cavallini, Prof. Guido Corso, Prof. Francesco De Leonardis, 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. Alfredo Storto, Dott. Andrea Paolo Taviano, Prof. Luciano Vandelli.

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 GESTIONE DELLE FARMACIE COMUNALI ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE NORMATIVE IN MATERIA DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
del Prof. Avv. Enrico Michetti..... 4

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 7
REDAZIONALI 9
ACCESSO AGLI ATTI DEL CONSIGLIERE COMUNALE TRA DIRITTO ALL'INFORMAZIONE ED EFFICIENZA AMMINISTRATIVA
del Prof. Avv. Enrico Michetti..... 9
REVOCA DELL'ASSESSORE COMUNALE E DIRITTO DI PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO: QUESTIONI APERTE
del Prof. Avv. Enrico Michetti..... 12
CONFERENZA DI SERVIZI - MANIFESTAZIONE IN FORMA TACITA O NON CONTESTUALE DELLA VOLONTÀ DEGLI ENTI PARTECIPANTI
degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco..... 15
LA GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE FONDAMENTALI ALLA LUCE DELLA RECENTE OBBLIGATORietà PER I PICCOLI COMUNI
del Dott. Gian Paolo Cortese..... 17
ACCOLTO IL RICORSO CONTRO L'ORDINANZA ANTISLOT: IL SINDACO NON PUÒ IMPEDIRE L'INSTALLAZIONE PER LIMITARNE LA DIFFUSIONE
della Dott.ssa Valeria Coppola..... 25
ROMA CAPITALE E IL SUO POSSIBILE "NUOVO" ORDINAMENTO: CITTÀ SPECIALE O CITTÀ METROPOLITANA?
della Dott.ssa Maria Luisa Zuppetta..... 28
IL GIUDICE AMMINISTRATIVO BOCCIA LE ORDINANZE C.D. "AFFAMA-RANDAGI" CON CUI IL SINDACO VIETA DI SOMMINISTRARE CIBO AGLI ANIMALI RANDAGI
della Dott.ssa Valeria Coppola..... 36
GIURISPRUDENZA
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) 38
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI 41
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE 52

EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 72
REDAZIONALI 75
IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ART. 43 DEL D.P.R. N. 327/2001
dell'Avv. Domenico Tomassetti..... 75
LA GESTIONE ED UTILIZZAZIONE DELLE RISORSE GEOTERMICHE
degli Avv.ti Luca Fiasconaro e Antonio Cordasco 78
LA RESPONSABILITÀ DEL DIRIGENTE COMUNALE: LA CONSAPEVOLEZZA SUPERA LA DELEGA
degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi..... 80
LA CORTE COSTITUZIONALE RITORNA SULLA "CEDEVOLEZZA INVERTITA" DELLA NORMATIVA REGIONALE ... PER CENSURARLA
della Prof.ssa Paola Mazzina 85
GIURISPRUDENZA 90
URBANISTICA 90
EDILIZIA 93

ABUSI EDILIZI.....	96
PAESAGGIO	101
ESPROPRIAZIONI.....	104
AMBIENTE	110
OSSERVATORIO PENALE	113

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	116
REDAZIONALI	119
CUSTODIA DEI PLICHI CONTENENTI I DOCUMENTI DI GARA: L'OMESSA VERBALIZZAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CUSTODIA E' IDONEA AD INVALIDARE L'ESITO DELLA GARA? <i>del Prof. Avv. Enrico Michetti.....</i>	119
LA SORTE DELLE VARIANTI MIGLIORATIVE AL PROGETTO PROPOSTE IN SEDE DI GARA <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano.....</i>	122
IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO: SOLUZIONI E RIMEDI ALLA LUCE DELLA RECENTE EMANAZIONE DEL "DECRETO SVILUPPO" <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni.....</i>	126
LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI INCARICHI DI PROGETTAZIONE DI IMPORTO INFERIORE A € 100.000,00 ALLA LUCE DEL DPR 207/2010 <i>del Dott. Ing. Andrea Di Stazio</i>	133
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: SULLA VERIFICA DEL POSSESSO DEI REQUISITI EX ART. 48 DEL D. LGS. N. 163/2006 <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....</i>	138
INDICAZIONI OPERATIVE INERENTI LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DI CUI ALL'ART. 122, CO. 7 BIS DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163 <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....</i>	140
GIURISPRUDENZA.....	145
CONTRATTI PUBBLICI <i>del Dott. Francesco Mambrini</i>	145
SERVIZI PUBBLICI LOCALI <i>dell'Avv. Federico Mazzella.....</i>	148

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITA'

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	154
REDAZIONALI	156
SICUREZZA IN MATERIA ANTIFORTUNISTICA NEI LUOGHI DI LAVORO. IL RUOLO DEL DATORE DI LAVORO PER LA SICUREZZA, DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI PREVENZIONE E PROTEZIONE E DEL LAVORATORE. LORO RESPONSABILITÀ E CORRESPONSABILITÀ IN CASO DI EVENTO DANNOSO <i>degli Avv.ti Giuseppe Dall'Ozzo e Fiammetta Orsi.....</i>	156
IL COMITATO UNICO DI GARANZIA PER LE PARI OPPORTUNITÀ, LA VALORIZZAZIONE DEL BENESSERE DI CHI LAVORA E CONTRO LE DISCRIMINAZIONI <i>della Dott.ssa Claudia Tarascio.....</i>	160
LA RISERVA DI POSTI A CANDIDATI ESTERNI ALLA P.A. NELLE C.D. PROGRESSIONI VERTICALI: FACOLTÀ OD OBBLIGO PER L'AMMINISTRAZIONE? <i>dell'Avv. Fabio Falco</i>	162
L'AZIONE CIVILE NEL PROCEDIMENTO "PENALE" A CARICO DEGLI ENTI COLLETTIVI <i>della Dott.ssa Adelina Giangrande</i>	166
GIURISPRUDENZA.....	169

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	175
--------------------------------------	------------



REDAZIONALI	178
VERIFICHE ISPETTIVE E “NUOVA” LEGGE DI CONTABILITA’ E FINANZA PUBBLICA <i>del Dott. Filippo Barbagallo</i>	178
L’ADEGUAMENTO DELLA LEGGE DI CONTABILITÀ E FINANZA PUBBLICA ALLA NUOVA “GOVERNANCE ECONOMICA EUROPEA”. IL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA <i>della Dott.ssa Rosa Valicenti</i>	185
IL CONTROLLO “COLLABORATIVO” DELLA CORTE DEI CONTI SUL BILANCIO DEGLI ENTI LOCALI <i>della Dott.ssa Antonella Zella</i>	193
GIURISPRUDENZA	198

L'EDITORIALE

LA GESTIONE DELLE FARMACIE COMUNALI ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE NORMATIVE IN MATERIA DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

del Prof. Avv. Enrico Michetti

Il 13 agosto 2011 viene pubblicato il d.l. n. 138 del 2011 contenente “*ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*”.

Si tratta della seconda manovra economica a distanza di un mese dalla prima e rappresenta la risposta del Governo alla situazione di crisi internazionale e di instabilità dei mercati, adottata al fine di garantire stabilità al Paese nel rispetto degli impegni assunti in sede europea.

L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 recita “*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione Europea*”, contenente la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il citato art. 4 riprende il contenuto dell'art. 23 *bis*, con due differenze sostanziali:

1. la nuova normativa non si applica al servizio idrico integrato, oltre che ai tradizionali settori esclusi, quali il servizio di distribuzione del gas naturale e quello di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario e la gestione delle farmacie comunali (co. 34).
2. In deroga alla procedura competitiva ad evidenza pubblica è consentito l'affidamento a favore di società di capitali “*in house*”, a capitale interamente pubblico e in presenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento europeo, solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari od inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, senza la previsione di ulteriori limiti o condizioni. (art. 13).¹

In buona sostanza è consentito il ricorso a questo modello gestorio in regime di autoproduzione del servizio qualora il valore economico del servizio stesso da affidare sia al di sotto del predetto importo.

La disciplina introdotta dal decreto in parola attribuisce agli enti locali il potere di adottare una delibera quadro entro il 13.8.2012, successivamente con cadenza periodica, attraverso cui esprimere una valutazione di fattibilità della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, all'esito della quale l'ente potrebbe prevedere il riconoscimento di diritti di esclusiva solo se venisse dimostrata, in base ad una indagine di mercato, che la libera iniziativa economica non sia in grado assicurare un servizio rispondente ai bisogni della comunità.²

Per quanto riguarda l'affidamento del servizio, il co. 12, nell'ottica della protezione del mercato concorrenziale, prevede che l'affidamento a società mista pubblico-privato avvenga previa gara a doppio oggetto, con la precisazione che al socio privato debba essere conferita una partecipazione alla società mista pubblica privata non inferiore al 40%, in tal modo confermando le prescrizioni della normativa finita sotto la scure referendaria.

Per quanto specificatamente riguarda la gestione della farmacie comunali, è d'uopo osservare

¹ S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel d.l. n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *Federalismi.it*

² Sulla portata della riforma in materia di servizi pubblici locali, G. Guzzo: “*I spl di rilevanza economica alla luce del d.l. n. 138 del 2011: nuove regole e vecchie questioni*,” in *www.lexitalia.it*

che questo settore, escluso dal fuoco applicativo della normativa citata, è stata oggetto di specifica disciplina.

In via preliminare è necessario sottolineare che la gestione della farmacia comunale si qualifica quale servizio pubblico essenziale, a carattere locale e a tendenziale rilevanza economica.

In questa direzione si è mossa anche la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 87 del 10.10.2006³, a tenore della quale *“la gestione delle farmacie comunali, lungi dall’essere astretta nell’ambito della materia del commercio, si inserisce a pieno titolo nei confini della materia concorrente della tutela della salute...considerato che la regolamentazione pubblicistica dell’attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata alla garanzia della tutela del fondamentale diritto alla salute, residuando un ruolo marginale sia al carattere professionale sia alla natura commerciale dell’attività del farmacista.”*

In base alle previsioni della l. n. 475 del 1968 l’esercizio concreto dell’attività in questione è subordinata ad autorizzazione amministrativa rilasciata dall’autorità sanitaria locale competente per territorio (art. 1 co. 1).

La pianta organica delle farmacie, l’ubicazione e il numero devono essere previsti da un atto amministrativo comunale. Il numero delle farmacie presenti sul territorio viene definito in proporzione alla popolazione comunale. La legge determina le forme con le quali i comuni possono gestire il servizio. Sotto il profilo sostanziale, la natura di servizio pubblico a rilevanza economica della farmacia dipende dal fatto che la commercializzazione dei farmaci rappresenta una delle più esplicite espressioni del diritto alla salute dei cittadini, soprattutto per i farmaci alla cui commercializzazione il Servizio Sanitario Nazionale contribuisce, in tutto o in parte, pagando il costo di produzione e di vendita.

Le modalità concrete con cui si provvede alla gestione del servizio, in particolare per quanto riguarda i costi, i margini di copertura degli stessi, la organizzazione del servizio devono obbedire ai principi di efficienza, efficacia, economicità, tutela della concorrenza così come previsti in ambito comunitario.

L’utilizzo e il mantenimento dello schema societario per la gestione del servizio di farmacia comunale incontra le limitazioni previste dall’art. 14, co. 32, del d.l. 31.5.2010 n. 78, convertito nella l. 30.7.2010 n. 122, a sua volta modificato dall’art. 12, co. 117, della l. 13.12.2010 n. 220, e da ultimo dall’art. 16, co. 13 del d.l. 13.8.2011, come recentemente modificato dalla l. 14.9.2011 n. 148.

La legge Mariotti e smi rappresenta la fonte normativa nella quale sono definite le modalità concrete cui gli enti possono ricorrere per la scelta del modello di gestione del servizio.

Se è vero che l’art. 4 del d.l. 13.8.2011 n. 138 mantiene inalterato il regime dei settori esclusi alla stessa stregua di quanto prevedeva l’art. 23 *bis*, è altrettanto necessario affermare che la normativa di riferimento, nella materia *de qua*, è costituita oltre che dalle richiamate previsioni di settore, anche dal complesso normativo comunitario, al quale è necessario, in un’ottica di integrazione tra sistemi, volgere lo sguardo per individuare la disciplina applicabile.

Le farmacie di cui sono titolari i comuni o quelle acquisite in seguito all’esercizio del diritto di prelazione possono essere gestite in una delle seguenti modalità:

- in economia;
 - a mezzo azienda speciale;
 - a mezzo di consorzi tra comuni per la conduzione di farmacie di cui gli enti sono titolari;
 - a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costruzione della società, prestino servizio presso le farmacie di cui l’ente abbia la titolarità.
- All’atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra l’amministrazione comunale e i predetti professionisti.

Tale elencazione tuttavia non presenta carattere tassativo, visto che la previsione di un modello non rientrante nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge Mariotti non è

³ Sentenza n. 87 del 10.10.2006, in www.cortecostituzionale.org

idonea a rappresentare causa ostativa per l'utilizzo di un ulteriore sistema gestorio non previsto dalla normativa di settore, ma prefigurato dal diritto comunitario.

Pertanto i modelli di gestione del servizio farmacia locale ben potranno essere diversi, *rectius* ulteriori, rispetto a quelli elencati nella l. 2.4.1968 n. 475, visto che la Corte di Giustizia Europea ha ritenuto decisivo utilizzare qualunque modello gestorio che sia in grado di coniugare al meglio efficienza ed economicità nella gestione del servizio.

Intesa in tal modo occorre considerare che i principi comunitari suddetti, in materia di divieto di barriere all'ingresso del mercato, trasparenza, non discriminazione e tutela della concorrenza, appartengono al novero delle norme inderogabili di ordine pubblico economico, ragion per cui la loro applicazione non è suscettibile di limitazioni di sorta. A fronte di ciò, non può sottacersi il fatto che l'ordinamento nazionale ha introdotto una serie di disposizioni normative tendenti a ridurre al minimo la possibilità degli enti locali di produrre in proprio servizi per la collettività.

Valga in tal senso quanto previsto dall'art. 114, co. 32, del d.l. 31.5.2010 n. 78, convertito nella l. 30.7.2010 n. 122, come modificata dall'art. 1, co. 117, della l. 13.12.2010 n. 220 e da ultimo dall'art. 16, co. 13, del d.l. 13.8.2011 n. 138.

Tali disposizioni prevedono un limite per la detenzione di partecipazione societaria in capo ai comuni sotto i 30 mila abitanti, permettendone la permanenza al ricorrere di alcune situazioni.

Con riferimento al termine del 31.12.2012, è necessario che il bilancio sia in utile negli ultimi tre esercizi e che la società non abbia subito nei precedenti esercizi riduzione di capitali con conseguenti perdite.

Qualora la società non soddisfi le condizioni di legge, il comune deve porla in liquidazione la società ovvero modificarne l'assetto proprietario, in modo tale da renderne paritaria, oppure proporzionale la partecipazione al numero degli abitanti dei comuni che subentrano nel capitale sociale, sino a raggiungere la popolazione complessiva superiore alla soglia dei 30 mila abitanti.

Riepilogando, nel tentativo, invero arduo, di conferire sistematicità alla normativa applicabile è possibile ritenere che la gestione delle farmacie comunali debba avvenire rispettando i seguenti principi e criteri direttivi:

- il servizio in parola costituisce servizio pubblico di rilievo economico e a dimensione locale;
- l'attuale legislazione di settore applicabile alle farmacie comunali, come previsto dalla l. 475 del 2.4.1968 e s.m.i., deve necessariamente essere integrata con le previsioni comunitarie;
- per i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti il mantenimento di una partecipazione in seno alla società è subordinata al contestuale verificarsi delle condizioni previste nell'art. 14, co. 32, del d.l. 25.6.2008 n. 112;
- al settore in questione non sono applicabili direttamente le norme contenute nell'art. 4 della l. n. 148 del 2011;
- trovano applicazione tuttavia le disposizioni riguardanti il reclutamento del personale e le norme limitative per il conferimento di incarichi, nonché le norme finanziarie in tema di spesa di personale, visto che tali previsioni, introdotte dall'art. 23 *bis* del d.l. 122 del 2008, operano anche nel settore escluso, trattandosi di principi di coordinamento della finanza pubblica.

In sintesi è necessario che gli enti considerino tutte le possibilità concesse dalla normativa interna e comunitaria allorché decidano di procedere all'affidamento dei servizi pubblici locali, visto che la natura specifica o generale delle norme applicabili non esaurisce il novero delle fonti normative cui far riferimento, dovendo l'operatore pubblico tenere nella giusta considerazione le indicazioni provenienti dalla disciplina comunitaria, la cui primazia rispetto alle disposizioni normative interne eventualmente contrastanti non soffre dubbio alcuno.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

D. LGS 91/2011 (G.U. N. 145 DEL 24.6.2011), ADEGUAMENTO ED ARMONIZZAZIONE DEI SISTEMI CONTABILI DELLE REGIONI, DELLE PROVINCE E DEI COMUNI

... dal 1.9.2011 entrerà in vigore il settimo decreto attuativo che promuove l'armonizzazione delle procedure contabili attraverso l'introduzione di una disciplina omogenea dei procedimenti di programmazione, gestione, rendicontazione e controllo (Red. Prof. Avv. Enrico Michetti).

«..... GA.....»

AGENZIA DELLE ENTRATE: PROVVEDIMENTO 19.5.2011

Specifiche tecniche per la trasmissione telematica dei dati relativi alla denuncia per la registrazione telematica dei contratti di locazione di beni immobili a uso abitativo e relative pertinenze ed esercizio dell'opzione cedolare secca.

«..... GA.....»

MINISTERO DELL'INTERNO - CIRC. 18.5.2011 N. 7332

Linee guida sulla dematerializzazione nella trasmissione degli atti di stato civile tra comuni tramite PEC.

«..... GA.....»

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, MASSIMARIO DEI RILIEVI ISPETTIVI ANNO 2010

... l'attività ispettiva della ragioneria genera-

le dello Stato ha individuato molteplici errori commessi dagli enti locali ed in particolare per l'area amministrativa, si segnalano principalmente i seguenti: - omissioni nella trasmissione semestrale al dipartimento della funzione pubblica dei dati relativi agli incarichi retribuiti ai dipendenti e collaboratori stessi; - violazione in materia di contenimento della spesa di personale nel periodo 2007-2009 nonché in materia di contenimento della spesa per il personale dettate dalle ultime finanziarie; - mancata determinazione del limite massimo di spesa annua per incarichi di studio, ricerca e consulenza; - indebita erogazione dei compensi al personale politico; - nel conferimento di incarichi di consulenza; - illegittima effettuazione di progressioni verticali in mancanza della programmazione triennale; - indebita erogazione dei compensi ai dipendenti, di emolumenti al Direttore Generale, del Segretario e del Vice Segretario; - irregolare utilizzo dello strumento della co.co.co. per fronteggiare esigenze di ordinario funzionamento.

«..... GA.....»

IL DIRITTO DI ACCESSO DEL CONSIGLIERE COMUNALE SI ESTENDE ANCHE ALLE REGISTRAZIONI AUDIO DELLE SEDUTE CONSILIARI

È vero che la registrazione audio delle sedute consiliari non è richiesta dalla legge e neppure (nel caso in esame) dal regolamento consiliare, ma se di fatto gli uffici comunali vi provvedono non si vede per quale ragione le registrazioni non debbano essere messe a disposizione dei membri del consiglio; nè si può negare che i consiglieri comunali abbiano un apprezzabile interesse ad avere acces-



so alle registrazioni, se non altro per poter verificare - come nella specie in questione – la correttezza della verbalizzazione ufficiale, prima di approvarla; ma anche, e più in generale, per poter disporre nell'espletamento del proprio mandato di una documentazione più completa ed accurata. (TAR Piemonte, 27.5.2011, n. 563).

«..... GA.....»

IL PRINCIPIO DELL'ONERE DELLA PROVA TROVA INTEGRALE APPLICAZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO QUANDO PA E PRIVATO SIANO IN POSIZIONE PARITARIA

Invero, nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice approvato con d. lgs. 2.7.2010 n. 104 (cfr. art. 64, co. 3, c.p.a.), il sistema probatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa

esercitare i propri poteri istruttori (cfr., ex multis, CdS, Sez. V, 7.10.2009, n. 6118): e ciò, per l'appunto, è contemplato dal "sistema" proprio in quanto il ricorrente, di per sé, non ha la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'amministrazione ed essendo quindi sufficiente che egli fornisca un principio di prova. Viceversa, la disciplina contenuta nell'art. 2697 c.c. (corrispondente, ora, all'art. 64, co. 1, c.p.a) secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, deve trovare integrale applicazione anche nel processo amministrativo ogniqualevolta non ricorra tale disuguaglianza di posizioni tra pubblica amministrazione e privato, come - per l'appunto - nel caso di specie, laddove si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno: con la conseguenza che, a pena di un'inammissibile inversione del regime dell'onere della prova, non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando quest'ultima si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione (cfr., al riguardo, ex plurimis, CdS, Sez. IV, 2955/11).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ACCESSO AGLI ATTI DEL CONSIGLIERE COMUNALE TRA DIRITTO ALL'INFORMAZIONE ED EFFICIENZA AMMINISTRATIVA

del Prof. Avv. Enrico Michetti

In materia di accesso agli atti, in particolare per quanto riguarda il diritto dei consiglieri comunali e provinciali ad accedere alle notizie e alle informazioni detenute dall'ente presso il quale gli stessi esplicano il mandato elettorale, la giurisprudenza si è spesso pronunciata con l'obiettivo di tracciare un ragionevole bilanciamento tra trasparenza della macchina amministrativa, alla quale è servente il diritto di accesso e l'efficienza dell'azione pubblica.

In ordine ai contenuti e ai limiti previsti dall'art. 43, co. 2, del d. lgs n. 267 del 2000, e smi che testualmente prevede *“I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del loro mandato.”*, emerge *prima facie* il nesso strumentale e funzionale tra diritto di accesso e poteri di controllo dei consiglieri sull'operato complessivo dell'ente di appartenenza.

In buona sostanza il diritto di accesso riconosciuto dalle norme in parola ai consiglieri provinciali e comunali rappresenta una sorta di precondizione affinché i soggetti investiti del mandato elettorale esercitino quei poteri di controllo, *sub specie* di interrogazioni ed interpellanze, necessari alla conoscenza dei momenti concreti, quindi degli atti, con cui l'amministrazione di appartenenza ha espresso la propria volontà¹.

In questa direzione l'accesso è finalizzato

a soddisfare quelle esigenze di informazione consustanziali al corretto espletamento del mandato elettorale.

L'accesso *ex art.* 43 connesso, come detto, alla realizzazione di un *munus publicum* appare meno circostanziato, quanto a condizioni di legittimazione, rispetto al diritto di accesso previsto in via generale dagli art. 22 e ss della l. 241 del 1990.

In altri termini mentre in base alle previsioni di cui all'art. 22 e ss della l. 241 del 1990 è necessario che il soggetto richiedente l'accesso ai documenti dimostri un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso, la richiesta ostensiva proveniente dal consigliere comunale parrebbe dotata *ex se* dei connotati di attualità e personalità previsti dalla l. n. 241 del 1990 e smi, con conseguente marginalizzazione dei poteri di sindacato da parte della amministrazione detentrici degli atti².

Per quanto riguarda il contenuto dei documenti ai quali il consigliere ha diritto di accedere, i giudici di merito hanno individuato un compromesso tra la natura riservata di alcune notizie, che ben potrebbero riferirsi a soggetti privati, terzi ed estranei rispetto all'ente locale, e il completo espletamento del mandato elettorale, affermando che *“lecitamente acquisite le informazioni e le notizie utili all'espletamento del mandato, il consigliere è di regola autorizzato a divulgarle; tale attività costituisce trattamento autorizza-*

¹ Sul punto, da ultimo, TAR Calabria, Cz, Sez. II, 28.2.2011 n. 221 in www.giustiziaamministrativa.it.

² Così Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2007 n. 929, in www.giustiziaamministrativa.it.



to da specifica disposizione legislativa...Un divieto di comunicazione a terzi deve derivare da una specifica disposizione normativa. ...tuttavia il consigliere non può comunicare a terzi i dati personali acquisiti se non ricorrono le specifiche condizioni indicate dalla normativa in materia di tutela della riservatezza”³.

Quanto al rapporto tra esercizio del diritto di accesso e efficienza dell’amministrazione a cui la richiesta è rivolta, pare opportuno effettuare alcune considerazioni.

Come detto il diritto di accesso del consigliere comunale e provinciale non riguarda soltanto le competenze amministrative del Consiglio comunale, ma essendo riferito all’espletamento del mandato elettorale, trattandosi di esercizio di un *munus publicum*, è potenzialmente esteso a tutta l’attività dell’ente, compresi pertanto gli atti gestionali e quelli rientranti nella competenza della burocrazia dell’ente⁴.

Colte in questa prospettiva le condizioni di legittimazione all’esercizio del diritto di accesso, è evidente che il consigliere non è tenuto a specificare i motivi della richiesta, né gli organi burocratici dell’ente hanno titolo per richiederli, poiché, in caso contrario, si finirebbe per ostacolare l’esercizio di una prerogativa connessa alle funzioni di cui sono titolari i consiglieri comunali.

Premesso ciò, il consigliere comunale non può abusare del diritto all’informazione riconosciutogli dall’ordinamento, aggravando eccessivamente, con richieste non contenute entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la corretta funzionalità amministrativa dell’ente comunale.⁵

È infatti necessario precisare che il diritto di accesso ai documenti amministrativi “non può concretarsi nell’obbligo per la PA di svolgere attività di ricerca, di indagini, o di ricostruzione storica ed analitica dei procedimenti, con un aggravio dello svolgimento

delle attività istituzionali”⁶.

Qualora, quindi, l’attività degli uffici fosse eccessivamente gravata, incidendo le suddette richieste sul rituale funzionamento degli uffici comunali, ben potrà l’amministrazione comunale far ricorso ad un temperamento quale l’ammissione dei consiglieri alla mera visione degli atti, e, soltanto successivamente, in tempi differiti ed eventualmente scaglionati, prevedere la consegna di copia di quelli selezionati, a seguito della visione, oppure lo scaglionamento temporale del rilascio delle copie degli atti stessi, in stretta correlazione con l’impiego razionale del personale addetto.

Lo scopo emulativo della richiesta di accesso avanzata dal consigliere ed implicante un *surplus* di lavoro non giustificato da parte dell’ente di appartenenza è infatti incompatibile con la finalità propria del diritto di accesso di cui è titolare il consigliere, considerato che l’obiettivo in vista del quale si spende la richiesta suddetta è evidentemente quello di creare ostacoli all’azione dell’ente locale.

Sul punto la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che non sono da ritenere coerenti con il mandato elettorale quelle richieste di accesso che per numero di atti richiesti e per l’ampiezza della formulazione si risolvano in un eccessivo e minuzioso controllo dei singoli atti. Tali richieste assumono la connotazione di un controllo talmente puntuale da esorbitare dall’alveo naturale delle funzioni dei consiglieri.⁷

Al fine di contemperare quindi le esigenze di una amministrazione efficiente, orientata teleologicamente alla soddisfazione dei bisogni primari della collettività di riferimento, e i

³ Consiglio di Stato, Sez. V., 2.4.2001 n. 1893 in www.giustiziaamministrativa.it.

⁴ Consiglio di Stato, Parere n. 4849 del 17.12.2003 www.giustiziaamministrativa.it, Sezione Pareri.

⁵ Consiglio di Stato n. 4471 del 2.9.2005, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 6.4.1998, n. 438; Consiglio di Stato, Sez. V, 8.9.1994, n. 976 in www.giustiziaamministrativa.it.

⁷ Consiglio di Stato n. 6960 del 28.11.2006 in www.giustiziaamministrativa.it: così si è espresso il Supremo Collegio amministrativo Sez. V, 17.9.2010, n. 6963 “da un punto di vista procedurale occorre che il consigliere indichi la propria qualità, i documenti e le informazioni che si vogliono conoscere o, laddove ciò non sia possibile, fornisca la esatta indicazione degli estremi identificativi degli atti e dei documenti, individuando gli elementi che consentano la identificazione dell’oggetto dell’accesso, non dovendo il consigliere abusare di tale diritto, in particolare per scopi meramente emulativi, con ciò aggravando eccessivamente la corretta funzionalità amministrativa dell’ente”.

ruoli e le prerogative dei soggetti appartenenti per investitura popolare agli organi comunali è ben possibile che il comune si doti di specifiche disposizioni regolamentari per disciplinare il diritto di accesso.⁸

Data la snellezza dello strumento regolamentare e la funzione tipicamente organizzativa dello stesso, l'ente locale avrà la possibilità di bilanciare, mediante il prefato strumento, le prerogative dei consiglieri comunali, e di tutti i soggetti legittimati alla presentazione di istanze di accesso agli atti, e le esigenze organizzative dell'ente, connesse all'ordinario svolgersi dell'attività amministrativa dell'ente territoriale.

Appare evidente che la previsione di modelli siffatti non debba rappresentare una limitazione all'esercizio del diritto di accesso del consigliere, soprattutto per quanto riguarda la specificità della richiesta formulata, ben potendo la suddetta richiesta risultare legittima con semplice la indicazione dell'oggetto della questione della quale si chiede conoscenza.

L'altra problematica non marginale riguarda i costi connessi all'esercizio del diritto di accesso del consigliere, quali i costi reali per la produzione dei documenti, e quelli, di altra natura, relativi all'impiego del personale e all'organizzazione del servizio, risorse umane che potrebbero essere distolti dalle proprie mansioni, con evidente danno per l'ente e la collettività, a fronte, ad esempio, di richieste di visione ed estrazione di atti particolarmente ponderosi.

Anche in questo caso è necessario individuare un punto di equilibrio tra accesso ed efficienza amministrativa che tenga insieme il diritto del consigliere comunale ad espletare compiutamente il proprio mandato, avendo a disposizione tutto il materiale sul quale deve esercitare la propria attività di controllo, e l'ineludibile esigenza di efficienza e corretto funzionamento della macchina amministrativa, che deve essere ispirata ai principi di efficienza, nel senso sopra detto ed economicità, criteri tipici di una azienda commerciale, ambedue precipitato del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

Pertanto, nei casi in cui la richiesta abbia

ad oggetto atti particolarmente complessi, se del caso corredati da allegati voluminosi, in nome della dematerializzazione documentale e dello snellimento della macchina amministrativa sarebbe opportuno che l'accesso fosse consentito attraverso l'utilizzo di strumenti informatici⁹, in grado di ridurre lo spreco di risorse umane e materiali oppure utilizzando quelle forme temperate di accesso, ad esempio l'ammissione alla mera visione del documento con riproduzione degli atti scaglionata o differita nel tempo, come sopra rappresentato.

Conseguentemente la pienezza del diritto di accesso da parte del consigliere comunale e provinciale ai documenti amministrativi detenuti dall'ente di appartenenza, nonostante non soffra limitazioni di sorta, quanto ad ampiezza e profondità, deve oggi combinarsi ragionevolmente con la complessiva organizzazione della macchina amministrativa, considerato che il buon andamento dell'azione pubblica impone a tutti i soggetti operanti negli enti pubblici ad agire nell'interesse generale, evitando di formulare istanze non pertinenti con le funzioni che la legge riconosce ai soggetti investiti del mandato elettorale.

⁸ Consiglio di Stato n. 6960, citato.

⁹ In questa direzione si è espressa la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il parere del 10.12. 2002; nello stesso verso TAR Veneto, sent. n. 3897/2006 in www.giustiziaamministrativa.it

REVOCA DELL'ASSESSORE COMUNALE E DIRITTO DI PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO: QUESTIONI APERTE

del Prof. Avv. Enrico Michetti

In base alle previsioni contenute nel testo unico degli Enti locali, d. lgs n. 267 del 2000 e s.m.i., all'art. 48, co. 2, alla giunta comunale è attribuita una funzione residuale, essendo chiamata a compiere *“tutti gli atti che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del Sindaco o degli organi di decentramento.”*

Prosegue l'articolo in parola stabilendo che *“...la giunta collabora con il Sindaco nell'attuazione degli indirizzi generali del consiglio, riferisce altresì annualmente al consiglio sulla propria attività e svolge attività propositive e di impulso nei confronti dello stesso; adotta i regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio.”*

Dalla enunciazione delle prerogative della giunta non pare revocabile in dubbio che la composizione della stessa debba obbedire a valutazioni rimesse all'esclusivo apprezzamento del Sindaco, considerato che il vincolo fiduciario che avvince gli assessori alla figura del *“primo cittadino”* deve essere letto nell'ottica della realizzazione dell'assetto amministrativo in grado di dare attuazione al programma elettorale.

In questa prospettiva, nonostante qualche pronuncia contraria,¹ emerge che il potere di nomina e di revoca degli assessori da parte del Sindaco costituisce un atto di alta amministrazione, sottoposto, sia pur in forma spiccatamente attenuata, alle previsioni della l. 241 del 1990, ed avente ad oggetto la facoltà di scelta di un collaboratore politico o, di converso, l'opposto potere di liberarsi di tale collaboratore, nel caso in cui dovessero emergere eventi e situazioni tali da compromettere il

legame politico amministrativo tra il Sindaco e il singolo assessore.

La frequenza con la quale atti di ritiro delle deleghe sono sottoposti alla attenzione del giudice amministrativo induce alla effettuazione di alcune considerazioni di natura generale, soprattutto sulla necessità di estendere a provvedimenti di tal fatta, *sic et simpliciter*, le previsioni della l. 241 del 1990 in tema di motivazione e partecipazione al procedimento.

L'orientamento teleologico dell'atto di revoca, come emerge dalla lettura dell'art. 46 ultimo comma del testo unico degli Enti locali, che testualmente recita *“il Sindaco e il presidente della provincia possono revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al consiglio”* è infatti quello di rendere l'azione dell'organo esecutivo il più possibile coerente con gli obiettivi indicati nel programma elettorale.

Il passaggio della comunicazione motivata al consiglio dell'atto di revoca serve a rendere edotto l'organo *“deliberativo”* del mutamento della composizione della giunta, richiedendo la norma prefata che la motivazione acceda non all'atto di revoca, ma al momento comunicativo, quasi a volere sottolineare la disposizione in parola che ciò che si richiede al Sindaco è semplicemente un onere di puntuale informazione circa i provvedimenti adottati che, quantunque rientrino nella sua sfera di volontà, siano idonei a spiegare effetti sulla struttura dell'ente locale.²

Ad avviso della giurisprudenza la comunicazione motivata è tendenzialmente diretta al mantenimento di un corretto rapporto collaborativo tra Sindaco - giunta e consiglio comunale, il quale potrebbe eventualmente op-

¹ TAR Puglia Lecce, Sez. II, sentenza n. 4740 del 2003, in www.giustiziaamministrativa.it

² Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 280 del 2009, in www.giustiziaamministrativa.it

porsi ad un atto del genere con l'estremo rimedio della mozione di sfiducia motivata, ai sensi dell'art. 52.

Tale atto avrebbe come conseguenza immediata, in caso di approvazione, lo scioglimento del consiglio.³

La giurisprudenza ha ritenuto che l'esercizio di poteri di autotutela da parte del Sindaco debba comunque muoversi nell'ambito dell'interesse generale, facendo emergere in quel singolo momento di autorità l'attenzione alla salvaguardia della corretta azione amministrativa.⁴

Trattandosi di manifestazione di potere in veste autoritativa, quand'anche funzionalizzato alla realizzazione di un miglioramento della compagine di ausilio al Sindaco, il singolo atto di revoca è aggredibile davanti al giudice amministrativo, non trattandosi di atto politico, per sua natura insuscettibile di sindacato giurisdizionale in quanto libero nel fine, anche ai sensi delle nuove previsioni introdotte dal Codice del Processo Amministrativo, che esplicitamente prevedono, all'art. 7, co. 1, che *“non sono impugnabili gli atti e i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”*.⁵

³ Sul punto vedasi Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 944 del 2005, in www.giustiziaamministrativa.it

⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 209 del 2007, in www.giustiziaamministrativa.it

⁵ Sulla nozione di atto politico Giova ricordare G. Carbone, *L'atto politico e l'art. 113 Costituzione*, in *Rass. Avv. Stato n. 5 del 1950 pp. 121 e ss* secondo cui *“statuendo questa norma la tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a., evidentemente ha inteso occuparsi degli atti rientranti nell'attività amministrativa, non di quelli della funzione di governo, la cui autonomia non permette che venga compresa in quella amministrativa.”* La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha chiarito che *“la categoria degli atti politici, da individuare con criteri restrittivi, stante il principio di indefettibilità della tutela giurisdizionale, include gli atti che attendono alla direzione suprema e generale dello Stato, considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali”*. Anche la giurisprudenza di merito, più recente, mossa dall'intenzione di restringere lo spettro applicativo della nozione di atto politico per non comprimere le istanze di difesa dei cittadini, ha affermato che *“sono politici solo quegli atti espressione della funzione di indirizzo e direzione politica del Paese o che costituiscono deroghe che trovano fondamento in norme di carattere costituzionale o politico. Ciò in considerazione del fatto che l'atto politico è caratterizzato dalla libertà nel fine, per cui non è sinda-*

Dalla lettura dell'art. 46 TUEL, anche in chiave sistematica, emerge che elemento sostanziale dell'atto di revoca è la finalità di mantenere e garantire l'adeguato funzionamento dell'organo collegiale, con la conseguenza che al consiglio spetterà semplicemente una presa d'atto rispetto alla comunicazione motivata di ritiro della delega.

In sostanza, la motivata comunicazione al consiglio non è configurata come presupposto di legittimità della revoca, ma al contrario il Sindaco è tenuto a comunicare al consiglio la revoca, una volta che la stessa sia già operativa.

Intesa in tal modo la motivazione alla base della comunicazione non rappresenta un requisito di legittimità per la revoca.

L'inquadramento dell'atto di revoca nella categoria degli atti di alta amministrazione produce come conseguenza logica l'attenuazione dei principi generali relativi al procedimento amministrativo, con l'effetto, come anticipato, che il sindacato giurisdizionale sarà ammissibile solo sotto il profilo della violazione o falsa applicazione di legge, o dell'eccesso di potere per evidente incongruità e palese irragionevolezza.⁶

Quanto alla motivazione del provvedimento che in base all'art. 3 della l. 241 del 1990 deve dar conto delle ragioni di fatto e di diritto alla base del provvedimento, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, giova sottolineare che l'esternazione dei motivi di siffatto provvedimento, intesi alla stregua degli interessi pubblici sottesi alla decisione, impingono in valutazioni di opportunità politico-amministrativa, volti ad definire i rapporti all'interno degli organi fondamentali del comune, e a chiarire, se del caso con effetti risolutivi, il vincolo tra Sindaco e Assessore.

In tema di partecipazione, giurisprudenza costante⁷ asserisce che trattandosi di provve-

cabile, mentre gli atti amministrativi sono posti in attuazione delle legge e tenuti al rispetto delle stesse.” Ex *multiis*, Consiglio di Stato, Sez., IV, sentenza n. 271 del 1996; Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1397 del 2001; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 290 del 2007, in www.giustiziaamministrativa.it

⁶ TAR Calabria, Cz, sentenza n. 342 del 1996, in www.giustiziaamministrativa.it

⁷ Vedasi Consiglio di Stato, sentenza n. 27 aprile 2010 n. 2537 in www.giustiziaamministrativa.it



dimenti connotati eminentemente da profili di fiduciarietà, fondati su apprezzamenti *intuitu personae* rimessi alle valutazioni personale del Sindaco, il sindacato del giudice amministrativo potrà sanzionare esclusivamente patenti momenti di irragionevolezza o arbitarietà oppure dovrà limitarsi ad accertare violazioni di disposizioni formali che consentano di definire la difformità dell'atto rispetto ad una previa norma.

A fronte di ciò non pare revocabile in dubbio la superfluità di far precedere il provvedimento in parola dalla comunicazione di avvio del procedimento, secondo le disposizioni contenute nell'art. 7 della l. n. 241 del 1990 e smi.

Come osservato dalla giurisprudenza⁸ la esclusione della necessità della comunicazione di avvio del procedimento di cui alla citata disposizione è giustificata dal fatto che gli istituti di partecipazione, disciplinati dalla l. 241 del 1990 e smi, possono essere invocati quando l'ordinamento prende in qualche modo in considerazione gli interessi privati, in quanto ritenuti idonei ad incidere sull'esito finale della decisione per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico. Tale partecipazione diventa indifferente in un contesto normativo nel quale la valutazione degli interessi coinvolti è rimessa in modo esclusivo al Sindaco, cui compete in via autonoma la scelta e la responsabilità della compagine di cui avvalersi per l'amministrazione nell'interesse generale, con sottoposizione del relativo operato unicamente alla valutazione del consiglio comunale.

In tal senso ragioni di speditezza, che possono attingere anche alla tempestiva composizione di fratture in senso all'organo esecutivo in grado di minarne l'ordinaria attività, giustificano l'adozione di siffatti poteri senza l'interposizione della comunicazione dell'avvio del procedimento, considerato che situazioni non ricadenti sull'assetto politico amministrativo, di cui il Sindaco è garante, non sono idonee a modificare il contenuto prelativo di siffatti provvedimenti.

Come detto, relativamente all'obbligo di

motivazione del provvedimento di revoca, ciò che rileva è l'interruzione del rapporto di fiducia tra Sindaco e Assessore, in virtù viepiù del fatto che il conferimento della carica di assessore non dà luogo ad un rapporto di impiego o di servizio presso l'ente, ma implica l'inquadramento dello stesso nell'ambito degli organi di governo del Comune.

Ora, sulla base delle considerazioni svolte, accertata la superfluità della partecipazione al procedimento di revoca da parte del destinatario, con la compressione dei relativi istituti tesi a favorirne l'esperimento, vedasi la legittima omissione della comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7* delle l. 241 del 1990 e smi, risulta che le previsioni di cui all'art. 46 del d. lgs n. 267 del 2000 mirano anzitutto ad assicurare la coesione e l'unità di indirizzo della giunta, garantendo al Sindaco la possibilità di dare attuazione al programma politico sulla base del quale è stato eletto.

In questo senso la massima semplificazione del procedimento in questione, a fronte di ineludibili esigenze di celerità dell'azione amministrativa, lungi dal configurare il potere *de quo* secondo i tipici connotati dell'atto politico, consente di qualificare il potere di evoca come atto di alta amministrazione che, sostanzialmente vincolato nel fine, è ineluttabilmente rivolto al miglioramento della compagine di ausilio al Sindaco nell'amministrazione del comune, dovendo i componenti la giunta perseguire collegialmente gli obiettivi del governo locale.⁹

In sintesi il sindacato giurisdizionale di legittimità del Giudice Amministrativo sull'atto di revoca in questione pare confinato in ambiti assai ristretti, rivolti a verificare essenzialmente i profili formali e procedimentali della revoca e la congruenza tra l'atto ed i presupposti assunti a sua giustificazione, senza potersi spingere ad un diretto apprezzamento

⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 280 del 2009 in www.giustiziamamministrativa.it

⁹ Sulla natura discrezionale di atti interni alla vicende politiche dell'ente, quali ad esempio la mozione di sfiducia, il TAR Sicilia – Catania, Sez. III con la sentenza n. 1170 del 2011 ha affermato che “*la mozione di sfiducia, come altri provvedimenti fortemente connotati sotto il profilo della discrezionalità, dal punto di vista della motivazione devono dar conto esclusivamente della diversità degli orientamenti politici tra sindaco e maggioranza consiliare..., valutazioni ritenute insindacabili dallo stesso giudice.*”

della sufficienza e congruità di quei presupposti, poiché questi sono rimessi, come sopra ricordato, a valutazioni di opportunità politico-amministrativa attribuite al Sindaco, con

la logica conseguenza di ritenere l'obbligo di motivazione riferibile esclusivamente alla comunicazione al consiglio, secondo le previsioni di cui all'art. 46 TUEL.

«.....GA.....»

CONFERENZA DI SERVIZI - MANIFESTAZIONE IN FORMA TACITA O NON CONTESTUALE DELLA VOLONTÀ DEGLI ENTI PARTECIPANTI

degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco

Ciascun ente può manifestare la propria volontà anche in forma tacita o non contestuale, in ragione della natura giuridica della stessa conferenza. (TAR Puglia, Ba, I, 24.3.2011, n. 478)

Com'è noto, la conferenza di servizi, disciplinata dagli artt. 14 e ss. della l. 241/90 e s.m., è un istituto che mira all'acquisizione in un unico contesto di tutte le valutazioni e pareri necessari per l'adozione di un determinato provvedimento.

Con tale modulo procedimentale si concentrano in un unico contesto logistico e temporale le valutazioni e le manifestazioni di volontà delle singole amministrazioni portatrici degli interessi pubblici coinvolti in un dato procedimento amministrativo, al fine di consentire il coordinamento tra le amministrazioni coinvolte e di favorire l'intervento di accordi tra le stesse, con scopi di semplificazione ed accelerazione dell'azione amministrativa.

Sulla natura giuridica della conferenza di servizi si è a lungo discusso, ma tra le differenti posizioni dottrinali sono emerse sostanzialmente due tesi.

La prima riteneva la conferenza di servizi quale organo amministrativo collegiale di carattere straordinario, a cui sarebbe stata direttamente riferibile l'emissione del provvedimento finale, quale centro autonomo d'imputazione.

In merito alla seconda tesi sulla natura giuridica della conferenza di servizi, essa la delinea come mero modulo organizzatorio privo di una propria individualità.

Secondo tale interpretazione, dunque, l'istituto della conferenza si limiterebbe a fa-

cilitare il coordinamento tra le singole autorità amministrative, alle quali risulterebbe imputato l'atto finale.

In merito alla suddetta problematica si è più volte pronunciato il Consiglio di Stato il quale, mostrando di aderire prevalentemente alla seconda delle tesi sopra menzionate, ha stabilito che *“la conferenza di servizi non ha natura di organo collegiale, ma di modalità di semplificazione dell'azione amministrativa, finalizzata, nella sua accezione decisoria, alla più celere formazione di atti complessi, ossia di atti per la cui formazione è necessario il concorso della volontà di più amministrazioni ovvero, come, nella specie, di organi della stessa amministrazione. La conferenza è, pertanto, essenzialmente un luogo per l'acquisizione dell'assenso delle amministrazioni o degli organi interessati ad un procedimento e non un collegio che funziona secondo il metodo deliberativo della discussione e deliberazione tipico degli organi collegiali”* (CdS, VI, 11.4.2007, n. 1644).

Ed invero, l'istituto della conferenza di servizi c.d. decisoria risulta articolato in due fasi differenti, una prima che si conclude con la determinazione della conferenza, che ha valore endoprocedimentale, ed in una successiva che si conclude con l'adozione del provvedimento finale, che ha valenza esoprocedimentale ed esterna, effettivamente determinativa della fattispecie e incidente sulle situazioni degli interessati.



“Sicché non vi è un nesso di conseguenza automatica tra le determinazioni della conferenza stessa ed il provvedimento finale, perché a quest’ultima imputazione autonoma non può non corrispondere un’autonomia di valutazione, pur dovendosi tener conto delle risultanze della conferenza e delle posizioni ivi prevalenti: il cui oggetto coerentemente è ciò che, per essere disponibile, è proprio dell’incontro e concreta la sua utilità operativa, vale a dire la conoscenza delle reciproche posizioni, il raccordo organizzativo e temporale, l’obiettivo di complessiva accelerazione delle decisioni” (CdS., VI, 18.4.2011, n. 2378).

Prendendo le mosse dal suddetto orientamento giurisprudenziale, con la sentenza in commento, il TAR Puglia ha inoltre precisato

che la volontà di ciascun ente ben può essere manifestata anche in forma tacita ovvero non contestuale.

Pertanto, da tale assunto deriva la piena legittimità dell’espressione della volontà di un’Amministrazione attraverso la trasmissione della propria dichiarazione favorevole ovvero del proprio atto di assenso determinatosi al di fuori della conferenza di servizi.

Ed invero, ritenuto che ai sensi dell’ art. 14 ter co. 7 della l. n. 241/1990, si considera acquisito l’assenso di ogni amministrazione che non abbia espresso la propria volontà e neanche manifestato entro un certo termine il proprio motivato dissenso, appare del tutto evidente che il consenso possa intervenire in forma tacita ed anche in modo non contestuale (CdS., VI, 30.1.2004, n. 316).

«.....GA.....»

LA GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE FONDAMENTALI ALLA LUCE DELLA RECEN-TE OBBLIGATORietà PER I PICCOLI COMUNI

del Dott. Gian Paolo Cortese

Con la l. 30.7.10, n. 122 è stata introdotta l'obbligatorietà dell'esercizio associato delle funzioni amministrative fondamentali, mediante convenzione o unione, per i comuni con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti, ovvero non superiore a 3.000 se appartenenti o già appartenuti a comunità montane

1. Introduzione: contenuto e portata della norma, il percorso attuativo.

Con la l. 30.7.2010, n. 122 (in Suppl. ordinario n. 174 alla G.U. 30.7.2010, n. 176) è stato convertito, con modificazioni, il d.l. 31.5.2010, n. 78 recante *“misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”*. La conversione in legge ha sancito la definitiva obbligatorietà dell'esercizio associato delle funzioni amministrative fondamentali, per i comuni con popolazione non superiore a cinquemila abitanti, ovvero non superiore a tremila, se trattasi di comuni appartenenti o già appartenuti a comunità montane.

Dispone, infatti, l'art. 14, co. 28 del decreto sopra richiamato: *“le funzioni fondamentali dei comuni, previste dall'art. 21, co. 3, della citata l. n. 42 del 2009, sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, esclusi le isole monocomune ed il comune di Campione d'Italia. Tali funzioni sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni, appartenenti o già appartenuti a comunità montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e comunque inferiore a 3.000 abitanti”*. La disposizione in esame prosegue poi nel consentire alle Regioni di individuare, con propria legge, previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali, la *“dimensione territoriale adeguata”* di esercizio di dette funzioni: con ciò, pertanto, il legislatore sembra permettere alle Regioni di definire ambiti di esercizio associato nei quali siano compresi

comuni anche di dimensioni superiori a quella minima, nel rispetto dei principi di economicità, di efficienza e di riduzione delle spese e ferma restando la non obbligatorietà per i comuni capoluoghi di provincia, per quelli con più di 100.000 abitanti e per le c.d. *“isole monocomune”*.

Quanto ai termini entro i quali completare il percorso attuativo, la legge stabilisce che *“nell'ambito della normativa regionale i comuni avviano l'esercizio delle funzioni fondamentali in forma associata entro il termine indicato dalla stessa normativa”*. E' dunque demandato alle Regioni il delicato compito di dare concreta attuazione alla normativa statale, fornendo l'indispensabile sostegno tecnico e finanziario, nei limiti della disciplina vigente, ai comuni coinvolti, così da agevolare l'aggregazione ed evitare forzature che possano andare contro quelli che sono i principi ispiratori della disciplina e, cioè, il contenimento della spesa pubblica e la razionalizzazione amministrativa.

In ogni caso, la legge ha avuto cura di fissare un termine di attuazione anche a livello statale, prevedendo, all'art. 14, co. 31 del decreto convertito, che *“il completamento dell'attuazione di tali disposizioni dovrà essere assicurato dai comuni entro il termine che sarà individuato con d.P.C.M. entro 90 giorni dall'entrata in vigore del d.l. 78/2010”*¹.

Venendo alla *ratio* sottesa alla disciplina in esame, come si è detto, essa deve fondamentalmente rinvenirsi in quel percorso legi-

¹ Nonostante il termine di 90 giorni sia ampiamente decorso, tale d.P.C.M. al momento non è stato ancora emanato.



slativo di razionalizzazione economica dell'apparato amministrativo e di attuazione dei principi costituzionali di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza delle funzioni amministrative: dunque, non solo contenimento della spesa pubblica ma anche attuazione di quella linea politico-teorica secondo la quale il decentramento autentico può concretamente realizzarsi solo mediante il rafforzamento degli enti territoriali periferici, ed in particolare dei comuni, con conseguente necessità di adeguamento delle relative strutture e capacità istituzionali. Sembra ormai evidente ai più², infatti, che solo associandosi i comuni più piccoli possono effettivamente risolvere i loro problemi strutturali ed offrire un miglior esercizio, quantitativamente e qualitativamente, dei servizi pubblici locali.

Ciò, a maggior ragione, se si tiene conto della specifica realtà del territorio italiano che, per ragioni storiche, si presenta frastagliato, com'è noto, in migliaia di piccole e piccolissime realtà locali³.

Ripercorrendo allora qui, brevemente, l'iter legislativo che ha condotto all'attuale disciplina, va evidenziato che la introdotta obbligatorietà dell'esercizio associato può dirsi conseguenza della positiva – ed inaspettata – diffusione sul territorio nazionale delle

² L. BURBURAN, *Intervista al professor Sabino Casse: Il decentramento autentico si ottiene rafforzando i comuni*, in *Ancirivista*, gennaio 2005, 7.

³ È noto, infatti, che la realtà comunale italiana è caratterizzata dalla presenza di più di 8.000 comuni, dei quali soltanto 136 hanno una popolazione superiore ai 50.000 abitanti: dimensione quest'ultima (assieme, territoriale e demografica) non solo idonea per la realizzazione di politiche pubbliche efficaci, ma che permette anche una maggiore economicità dell'azione amministrativa. Sul punto, è interessante l'analisi di CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003, par. 2.2., dove l'autore pone in connessione il principio di differenziazione, sussidiarietà ed adeguatezza con le condizioni istituzionali e socio-economiche del contesto locale. Sul rapporto tra associazionismo e sussidiarietà si veda anche CAMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni regionali*, 2002, 453 ss, in particolare p. 459; MERLONI, *L'inutile riforma del TUEL: per una legge generale sulle Autonomie Locali*, in *Nodi problematici e prospettive di riforma del Testo Unico degli Enti Locali*, Atti del Convegno di Napoli Città della Scienza, 6 e 7 luglio 2006, a cura di Clemente, Di Luca, Torino, 2006, 149.

unioni di comuni⁴, ciò soprattutto a seguito della nota riforma del 1999⁵.

Precedentemente la novella, infatti, la l. 8.6.1990, n. 142, all'art. 26, consentiva la facoltativa costituzione di un'unione tra “*due o più comuni contermini, appartenenti alla stessa provincia, ciascuno con popolazione non superiore a 5.000 abitanti*”.

Al tempo stesso, tuttavia, imponeva l'obbligatoria fusione dei comuni coinvolti entro 10 anni, a pena di scioglimento dell'unione stessa.

L'intento del legislatore, deve dirsi, mal si conciliava con la realtà concreta delle realtà territoriali italiane, fortemente ancorate ad un patrimonio di cultura, tradizioni ed individualità che si ponevano nettamente in contrasto con una definitiva scorporazione e fusione⁶.

Preso atto di quanto sopra, allora, il legislatore interveniva nuovamente con la l. 3.8.1999, n. 265 – le cui modifiche sono state successivamente recepite nel TUEL – con la quale veniva eliminato il limite di popolazione ed ogni riferimento alla successiva fusione. La novella, in tal modo, riusciva a superare l'atteggiamento ostativo dei comuni, conducendo alla descritta e positiva diffusione del nuovo ente locale sul territorio.

Ciò posto, la riforma in esame può vedersi come naturale proseguimento dell'iter già tracciato e volto al superamento della disaggregazione territoriale, non già mediante scorporo e fusione ma attraverso la gestione

⁴ Attualmente risultano istituite sul territorio nazionale ben 313 Unioni, diffuse in 17 Regioni e comprendenti 1.561 comuni, per un totale di 5.758.607 persone residenti, con un forte incremento degli ultimi anni: vale a dire il 9,5% della popolazione, quasi un italiano su 10 vive quindi nel territorio di un'unione di comuni. Fonte rapporto nazionale ANCI 2010 in www.anci.it.

⁵ In Suppl. ordinario n. 149 alla G.U. n. 183 del 6 agosto 1999. Si veda, fra i tanti, MELE, *Le modifiche al sistema ordinamentale degli enti locali a seguito della l. 3.8.1999 n. 265*, in *Foro amm.* 2000, 12, 4075.

⁶ Cfr. MORESCHINI, *Le unioni di comuni: normativa e problemi operativi*, in *Nuova rassegna*, 2004, p. 1256, in particolare 1275 ss e PULLI, *L'unione di comuni assicura la normale gestione degli enti*, in *L'Amministrazione italiana*, 2004, 1649, i quali forniscono anche la relazione del mancato successo della fusione dei comuni con il fenomeno del campanilismo; MILETI, *Le Unioni di Comuni. La cooperazione tra gli enti locali quale scelta obbligata per i piccoli comuni*, in *Nuova rassegna*, 2003, 1281.

associata, più rispettosa delle individualità locali e forte dell'esperienza già maturata nell'ultimo decennio.

Questa volta, però, più coraggiosamente, il legislatore ha deciso di non lasciare alla mera discrezionalità degli enti la scelta di associarsi ma, diversamente, di renderla obbligatoria, per tutti quei comuni le cui dimensioni territoriali non possono consentire una gestione ottimale delle funzioni e dei servizi locali.

2. Le funzioni amministrative oggetto di gestione associata obbligatoria.

Come premesso, nel disegno della riforma il legislatore ha imposto la gestione associata delle funzioni amministrative fondamentali, rinviando per quanto concerne il relativo contenuto, all'elenco di cui all'art. 21, co. 3 della l. n. 42/09 (legge delega sul federalismo fiscale). Appare opportuno, pertanto, riportare qui brevemente tale disciplina, corredata di un'esemplificazione della relativa articolazione in servizi. Come facilmente evincibile, è evidente l'intento del legislatore di portare all'istituzione, nelle aree coinvolte, di un unico apparato competente ad amministrare la pressoché totale gestione delle funzioni, lasciando ai comuni partecipi solamente le competenze residue. Evidente appare pure lo scopo non dichiarato di favorire, ma non imporre, una futura e definitiva fusione degli enti coinvolti. Va segnalato, inoltre, che l'elenco in questione potrebbe anche non essere definitivo, stante l'attesa di una specifica legge di attuazione dell'art. 117, co. 2., lett. p) cost..

Funzioni amministrative fondamentali	Esemplificazione articolazione in servizi
a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo;	- organi istituzionali, partecipazione e decentramento; segreteria generale, personale e organizzazione; gestione economica, finanziaria, programmazione, provveditorato e controllo di gestione; gestione delle entrate tributarie e servizi fiscali; gestione dei beni demaniali e pa-

	trimoniali; ufficio tecnico; anagrafe, stato civile, elettorale, servizio statistico; altri servizi generali.
b) funzioni di polizia locale;	- polizia municipale; polizia commerciale; polizia amministrativa.
c) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica	- scuola materna; istruzione elementare; istruzione media; istruzione secondaria superiore; assistenza scolastica, trasporto, refezione e altri servizi.
d) funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti;	- viabilità, circolazione stradale e servizi connessi; illuminazione pubblica e servizi connessi; trasporti pubblici locali e servizi connessi.
e) funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato;	- urbanistica e gestione del territorio; servizi di protezione civile; servizio smaltimento rifiuti; parchi e servizi per la tutela ambientale del verde, altri servizi relativi al territorio e all'ambiente.
f) funzioni del settore sociale.	- asili nido (vedi lettera b), servizi per l'infanzia e i minori; servizi di prevenzione e riabilitazione; strutture residenziali e di ricovero per anziani; assistenza, beneficenza pubblica e servizi diversi alla persona; servizio necroscopico e cimiteriale.

3. Le forme di gestione associata imposte dalla legge: la convenzione e l'unione di

comuni.

Venendo alle forme di gestione associata, la legge, come si è premesso, ne ha imposto l'esercizio obbligatorio tramite convenzione o unione. Trattasi, come noto, degli istituti di cui rispettivamente agli artt. 30 e 32 TUEL⁷, la cui scelta è liberamente lasciata alla discrezionalità degli enti interessati dalla riforma, salvo eventuali limitazioni imposti dalla emananda legislazione regionale, competente ad individuare i livelli ottimali per la gestione dei servizi e delle funzioni. Le altre forme di aggregazione intercomunale, quali ad esempio i consorzi e gli accordi di programma, sono state invece tenute fuori dall'obbligatorietà ed il relativo utilizzo è dunque rimesso alla mera discrezionalità delle amministrazioni locali.

Ed allora, passando ad una breve disamina della relativa disciplina, deve sottolinearsi che la convenzione, come noto, costituisce un accordo stipulato tra enti locali ed avente ad oggetto una o più attività amministrative di competenza degli stessi, stipulato al fine di svolgere in modo coordinato funzioni o servizi locali. Ai sensi dell'art. 30, co.2 del t.u., tali accordi “*debbono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie*”. Quanto alla natura giu-

⁷ Sull'argomento, la bibliografia è di rilevante consistenza; senza pretesa di esaustività si veda, fra i molti BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio* in *Dir. amm.* 2007, n.4; BERTOLISSI, *L'ordinamento degli enti locali: commento al testo unico dell'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, 2002 (G. CARRARO, artt. 30-31, 182 ss) CARINGELLA, *Il diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 522ss; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 55ss; D'IGNAZIO in S. GAMBINO *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano 2009, 429ss; LUIGINO *Enti locali e forme associative. L'unione dei comuni tra norme e utopia*, Congedo, 2006; PINTO, *Diritto degli enti locali*, Torino, 2003; F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2006; PITERÀ, VIGOTTI, *La riforma degli enti locali: commentario al d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali)*, Torino, 2002; ROBOTTI *L'unione di comuni. Teoria economica ed esperienze concrete*, seconda edizione, Milano, 2007; VANDELLI, BARUSSO, *Autonomie locali: Disposizioni generali soggetti*, Rimini, 2004.

ridica, la convenzione rappresenta *species* del più ampio *genus* degli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della l. 241/90 dei quali acquisisce pienamente, dunque, il regime giuridico⁸: in estrema sintesi, le convenzioni debbono avere necessariamente forma scritta, a pena di nullità, sono soggette ai generali principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, mentre le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A..

L'istituto, deve dirsi, si caratterizza comunque per un'ampia flessibilità, in quanto agisce in maniera non incisiva sull'assetto amministrativo degli enti interessati, dando il via ad un processo graduale che, peraltro, resta nel completo dominio degli enti locali convenzionati. Ed infatti, a differenza di quanto avviene con l'unione, la convenzione non dà vita ad un soggetto giuridico distinto dai comuni partecipi, ma, più semplicemente, ad un accordo rivolto allo svolgimento, in maniera associata, di potestà pubbliche o di servizi, attraverso i mezzi strumentali e le risorse umane messe a disposizione dagli stessi enti locali che restano pur sempre gli esclusivi titolari delle rispettive competenze. Sul punto, va sottolineato che il riferimento dell'art. 30 TUEL, alle “*funzioni e servizi determinati*” non deve essere necessariamente interpretato nel senso che per la gestione associata di ciascun singolo servizio o funzione sia necessaria un'apposita convenzione (cd. convenzione monofunzionale)⁹.

Al contrario, nulla impedisce una convenzione avente ad oggetto un pluralità di funzioni, purché analiticamente previste e determinate¹⁰.

D'altronde, a ragionare diversamente, incomprendibile risulterebbe allora il testo della

⁸ *Ex multis* TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 8.11.2004, n. 5620.

⁹ Alcuni ritengono, invece, che il legislatore con la locuzione determinati servizi abbia optato nel senso del carattere monofunzionale della convenzione, così VANDELLI, BARUSSO, *Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti. Commento parte I titoli I-III, artt. 1-35*, Rimini, 2004, 940.

¹⁰ Ciò si rende necessario, soprattutto, per la precisa definizione degli obblighi e rapporti finanziarie che sorgono dalla convenzione, che devono essere necessariamente concordati ex art. 30 del t.u..

riforma qui in esame che obbliga i piccoli comuni alla gestione associata della pluralità delle funzioni fondamentali mediante, appunto, convenzione od unione.

Per quanto concerne, infine, le modalità con cui gli enti, mediante convenzione, possono concretamente esercitare la gestione associata delle competenze, esse consistono nelle “*costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti*”, giusto il dettato di cui all'art. 30, co. 4 TUEL.

Le unioni di comuni, diversamente, sono “*enti locali costituiti da due o più comuni di norma contermini, allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza, ex art. 32 TUEL*”, il cui atto costitutivo e statuto sono determinati dai consigli dei comuni partecipanti, con le procedure e la maggioranza richieste per le modifiche statutarie.

Secondo il modello legislativo, quindi, l'unione viene a configurarsi come un organismo distinto dai singoli comuni membri, dotato di personalità e capacità giuridica di diritto pubblico e privato, con propri organi di governo e funzioni direttamente esercitate, con autonomia finanziaria e capacità impositiva per tributi e tariffe sui servizi gestiti. Una volta costituita, poi, l'unione gode di piena autonomia regolamentare per la disciplina della propria organizzazione, per lo svolgimento delle funzioni ad essa affidate e per i rapporti anche finanziari con i comuni membri, salvo il rispetto dello statuto, così come espressamente previsto dall'art. 32, co. 4. TUEL.¹¹

¹¹ Il potere normativo è quindi esercitato anche dalle unioni di comuni, al pari delle comunità montane e isolate. Si veda, però, DICKMANN, Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione, in *Giur. cost.*, 2003, 485 ss., ma in particolare p. 495, in nota 20, nella quale si afferma l'asserita incostituzionalità dell'art. 32 TUEL, nella parte in cui riconosce il potere normativo ad enti non costituzionalmente rilevanti secondo l'art. 114 Cost.

Per quanto attiene invece la struttura di governo, nonostante sussista un'ampia libertà di organizzazione, il legislatore ha avuto comunque cura di fissare alcuni paletti, prevenendo degli espliciti limiti all'autonomia statutaria.

Ed infatti, il comma terzo dell'art. 32 TUEL, innanzitutto, indica il Presidente dell'unione come organo necessario e fa cadere la sua individuazione obbligatoriamente tra i Sindaci dei comuni membri. A ciò aggiunge la necessaria costituzione di altri organi di governo, formati dai componenti delle giunte e dei consigli comunali, nei quali deve essere garantita la rappresentanza delle minoranze. Completa il quadro legislativo, poi, la previsione di cui all'art. 32, comma quinto TUEL a mente del quale, alle unioni si applicano, in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei comuni e, in particolare, le norme ivi dettate in materia di composizione degli organi. Al fine di evitare, infine, il verificarsi di un'eccessiva proliferazione dei componenti ed il conseguente, palese, contrasto con gli obiettivi di razionalizzazione economica perseguiti, il medesimo comma quinto prevede espressamente che “*il numero dei componenti degli organi non può comunque eccedere i limiti previsti per i comuni di dimensioni pari alla popolazione complessiva dell'ente*”.

In merito alla designazione dei rappresentanti comunali presso gli organi dell'unione, appare opportuno segnalare come la giurisprudenza amministrativa sia ripetutamente intervenuta a sottolineare l'inapplicabilità, alla fattispecie in esame, dell'art. 50, co.8 del TUEL, secondo cui il Sindaco “*provvede alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni*”; ciò in quanto l'art. 32, co.2 del d.lgs. 267/2000, riservando allo statuto delle unioni la disciplina relativa all'individuazione degli organi e delle modalità per la loro costituzione, ne esclude automaticamente l'applicazione.¹²

¹² Così TAR Lazio, Lt, I, 4.8.2009, n. 767; il potere di nomina, come pure di revoca, può spettare ovviamente al sindaco qualora così previsto nello statuto dell'unione, cfr. TAR Sicilia, Palermo, I, 16.2.2007, n. 540.

Sebbene, dunque, l'attuale formulazione del testo normativo lasci ampio spazio all'autonomia locale, consentendo un'organizzazione secondo forme di governo anche non tradizionali, deve riscontrarsi che, nella pratica concreta, le previsioni adottate dai comuni sono state generalmente riconducibili ad un'organizzazione del tutto ricalcata sul modello previsto dal TUEL per comuni e province e cioè, presidente, giunta e consiglio, salvo alcune differenti, ma rare, scelte di forme organizzative peculiari¹³.

Sul piano delle competenze, invece, l'autonomia statutaria è pressoché senza limite: accanto infatti alla previsione di cui all'art. 32, co. 1 TUEL che fissa lo scopo dell'unione di comuni nell'esercizio congiunto di una pluralità di funzioni di loro competenza e nel disposto del comma quinto, secondo cui *“alle unioni competono gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidate”*, null'altro la legge ha imposto ai comuni, permettendo loro, in tal modo, di strutturare le funzioni delle unioni secondo le specifiche esigenze dei propri territori di riferimento. Il disegno della legge, comunque, si caratterizza per aver inteso l'unione come ente necessariamente plurifunzionale, con ciò differenziando notevolmente l'istituto in esame rispetto alle altre forme di cooperazione intercomunale, come ad esempio le sopra descritte convenzioni o gli accordi di programma che possono essere forme di associazione anche solo monofunzionali.

4. Considerazioni conclusive, le problematiche sottese.

Come si è detto, la riforma in esame è volta prevalentemente a conseguire gli illustrati obiettivi di razionalizzazione amministrativa e contenimento della spesa pubblica, proseguendo l'*iter* già tracciato nell'ultimo decennio di attuazione dei principi costituzionali di

¹³ Ad esempio, la mancata previsione della giunta ovvero l'istituzione di organi ulteriori e di raccordo. L'analisi di questa ed altre osservazioni aventi ad oggetto le forme di gestione associata effettivamente riscontrate nella prassi si basa sui dati rilevati da Cittalia nel Rapporto nazionale 2010 sulle unioni di comuni, disponibile in www.anci.it e, in misura minore, sull'analisi diretta di alcuni statuti.

sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza delle funzioni amministrative, oltre a cercare di dare concreta soluzione alla storica problematica del frastagliamento territoriale presente nel nostro paese.

Accantonato, sembra definitivamente, il più traumatico percorso della scorporazione e fusione degli enti locali, maggiormente auspicabile appare, oggi, il sostegno alla gestione associata delle competenze che, pur lasciando intatta l'individualità degli enti partecipi, consente comunque un più razionale ed efficace esercizio delle funzioni e dei servizi locali. Ciò soprattutto, alla luce dei risultati ottenuti dalle recenti riforme degli istituti di associazione intercomunali, ed in particolare, dell'istituto delle unioni di comuni che, come sottolineato, ha avuto un positivo riscontro nella prassi, giungendo ad un'inedita diffusione, su base spontanea, sull'intero territorio nazionale.

A tal proposito, appaiono superate anche le allarmanti previsioni in merito all'asserita inutilità delle strutture sovra comunali, descritte spesso come ulteriori ed inutili pesi sul pubblico erario. Ed infatti, gli specifici limiti alla rappresentanza politica fissati dal legislatore, il senso di responsabilità di cui si sono fatti portatrici le amministrazioni locali che, volontariamente, hanno deciso di associarsi, uniti ai risparmi ed alla maggiore efficienza dei servizi offerti hanno finora condotto a risultati del tutto opposti, spingendo anche comuni di medie dimensioni a sfruttare i vantaggi forniti dalla gestione associata. Ciò posto, non deve dimenticarsi che gli effetti sulla spesa pubblica dovranno essere necessariamente analizzati sul lungo periodo. Per il momento, comunque, può dirsi che, pur nelle differenti forme e modelli di organizzazione, le amministrazioni interessate hanno preso molto seriamente la finalità legislativa di riduzione dei costi dei servizi pubblici locali, come pure la possibilità di istituire degli apparati di governo maggiormente organizzati ed adeguati. Si può constatare nell'esperienza finora maturata, infatti, l'attenzione a non creare sovrastrutture politiche di governo inutilmente complesse e costose; atteggiamento questo che può porre qualche problema inerente la rappresentatività ma che, al contem-

po, ha evitato di moltiplicare i ruoli politici locali. Emerge con chiarezza, inoltre, una palese parsimonia anche dal punto di vista strutturale, a confutazione dei paventati rischi di incontrollato ampliamento della spesa pubblica e di superflua assunzione di personale. Dai dati effettivi, infatti, è risultato che le unioni tendono a costruire strutture leggere, ben proporzionate ai servizi di effettiva competenza e, dal punto di vista del personale amministrativo, con relativamente pochi addetti, la maggior parte dei quali, poi, risultati trasferiti dagli organici dei comuni membri.

Ciò posto, va sottolineato un altro aspetto positivo dell'attuale assetto della gestione associata e, più in particolare, della libertà di scelta tra convenzione e unione, che il legislatore ha lasciato alla discrezionalità dei comuni: uno dei problemi storici della disciplina legale degli enti locali nel nostro paese, infatti, è stato sempre rappresentato dalla costante imposizione di un modello unico ed uniforme ad una miriade di realtà invece completamente eterogenee fra loro, per storia, territorio, popolazione e funzioni. La disciplina uniforme, si può dire, è stata sempre cieca a tali peculiarità, prescindendo completamente dall'effettiva realtà territoriale del nostro paese.¹⁴ Pertanto, positiva appare la libertà di

¹⁴ Basti citare che già nel 1971, in occasione di un convegno sulla riforma della legge comunale e provinciale del 1934, Massimo Severo Giannini sottolineava come “non è possibile rendere omogenei, in una futura legislazione, enti che per loro natura sono eterogenei. L'autore, nella stessa occasione, nell'esaminare lo stato dei comuni di allora, denunciava la consueta, scarsa lungimiranza della politica nazionale quando si trova ad affrontare situazioni strutturali, così, testualmente, esprimendosi “con quella incapacità, infatti, di prevedere gli sviluppi futuri, che ha sempre caratterizzato il legislatore nazionale, noi, ancora in tempi recenti, abbiamo proseguito nella strada di considerare i comuni come se fossero un'unica categoria: mentre invece sono enti differenziati profondamente. Vi sono, alle due ali estreme, i comuni-polvere, che sono delle cose artificiali, delle ridicolaggini giuridico-sociali, e le città metropolitane” GIANNINI, *Il riassetto dei poteri locali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, 453; partendo dalle medesime osservazioni ma pervenendo a conclusioni parzialmente differenti E. ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milano, 1978, p. 154. C'è da dire che il dibattito è antico, già i repubblicani Cattaneo, Ferrari e Mazzini suggerivano all'epoca la riduzione a mille dei comuni italiani, in modo che nessuno fosse

scelta in merito alla forma di gestione meglio rappresentativa delle problematiche locali, come pure l'ampia libertà di organizzazione, all'interno della forma scelta, che comunque la disciplina generale lascia agli enti coinvolti.

Alla luce di tali considerazioni, deve quindi, a parere di chi scrive, salutarsi con favore l'introdotta obbligatorietà della gestione associata per i piccoli comuni che, giovandosi dell'esperienza maturata nell'ultimo decennio, possono più agevolmente riformare, tramite cooperazione, i propri apparati amministrativi.

Restano sul terreno, in ogni caso, alcune problematiche, tra le quali spicca evidente quella di una necessaria armonizzazione delle politiche di sostegno tecnico e finanziario alle forme di associazione intercomunali. Ne è una prova diretta il fatto che le differenti previsioni rimesse alla competenza regionale hanno contribuito largamente ad un rilevante divario di distribuzione e valorizzazione degli enti sul territorio nazionale¹⁵. Va auspicato, quindi, un impegno maggiore del legislatore nel coordinamento delle politiche di sostegno, pur nel rispetto delle intangibili competenze legislative regionali, come d'altronde richiesto quasi unanimemente dagli enti interessati che non possono essere lasciati soli nella delicata fase di transizione dei rispettivi apparati amministrativi.

Da più parti, poi, viene sottolineata la necessità di superare la pluralità di soggetti intermedi tra comuni e province oggi esistenti, quali le comunità montane, insulari o di arcipelago che costituiscono un ostacolo alla diffusione delle unioni di comuni, che ben potrebbero essere concepite come unico istituto generale di associazione tra comuni, costitutivo di ente locale sovra comunale. Su un ver-

inferiore a 10.000 abitanti e fossero così tutti di dimensioni e strutture assimilabili.

¹⁵ Ad esempio, sulle 313 unioni esistenti sul territorio, vi è stata una forte concentrazione in Lombardia (53), Piemonte (50), Sicilia (35) e Sardegna (30) che, da sole, contribuiscono per più della metà al dato nazionale. C'è da dire che le ragioni della netta differenza di distribuzione risiedono, in parte, anche nella diversa realtà territoriale, essendovi in alcune regioni una maggiore diffusione di piccoli comuni, ovvero numerose e risalenti comunità montane



sante differente, secondo altri, sarebbe opportuno anche un intervento a livello di disciplina generale, rivolto a consentire momenti associativi strutturati a livello provinciale, quali ad esempio l'unione di province, oggi invece possibili solo nella forma convenzionale. L'unità dell'amministrazione, la stabilità dei processi aggregativi, la dimensione ottimale e più economica dell'amministrazione locale si pongono, infatti, anche ad un livello interprovinciale, dimensione questa che può facilitare

il più ampio conferimento di funzioni da parte della Regione. Altrettanto auspicabile è, infine, l'effettiva emanazione dell'atteso d.P.C.M. di cui all'art. 14, co. 31 del d.l. n. 78/2010 che dovrà sancire il termine ultimo entro il quale l'obbligatorietà dell'esercizio associato delle funzioni dovrà essere completata, in modo che venga data concreta attuazione alla normativa in esame e salvaguardati gli obiettivi di razionalizzazione economica ed amministrativa ad essa sottesi.

«.....GA.....»

ACCOLTO IL RICORSO CONTRO L'ORDINANZA ANTI-SLOT: IL SINDACO NON PUÒ IMPEDIRE L'INSTALLAZIONE PER LIMITARNE LA DIFFUSIONE

della Dott.ssa Valeria Coppola

Sono illegittime le ordinanze del Sindaco che limitano in tutto il territorio comunale l'uso degli apparecchi da gioco lecito che consentono vincite in denaro e l'accesso da parte del pubblico nelle sale da giochi ove sono installati: il caso alla luce della sentenza del TAR Campania, NA, Sez. III, 15.2.2011, n. 952

Il potere sindacale di ordinanza, ai sensi dei coo. 1 e 4 dell'art. 54 del d. lgs. n. 267 del 2000, può essere esercitato qualora la violazione delle norme che tutelano i beni previsti dal dm. del 5.8.2008 (situazioni di degrado o isolamento, tutela del patrimonio pubblico e della sua fruibilità, incuria ed occupazione abusiva di immobili, intralcio alla viabilità o alterazione del decoro urbano) non assuma rilevanza solo in sé stessa (poiché in tal caso soccorrono gli strumenti ordinari) ma possa costituire la premessa per l'insorgere di fenomeni di criminalità suscettibili di minare la sicurezza pubblica; pertanto, in tali casi, venendo in gioco interessi che vanno oltre le normali competenze di polizia amministrativa locale, il Sindaco, in qualità di ufficiale di governo, assume il ruolo di garante della sicurezza pubblica e può provvedere, sotto il controllo prefettizio ed in conformità delle direttive del ministero dell'interno, alle misure necessarie a prevenire o eliminare i gravi pericoli che la minacciano.

Il Sindaco può adottare ordinanze contingibili ed urgenti ai sensi del co. 4 dell'art. 54 d. lgs. n. 267 del 2000 solo al “*fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli*”; pertanto, trattandosi di poteri straordinari e di provvedimenti atipici l'amministrazione quando vi ricorre, specie se non sussiste il presupposto dell'urgenza, deve compiere un supplementare sforzo istruttorio e motivazionale per evidenziare la gravità e il pericolo della situazione.

Il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti previsto dall'art. 54 d. lgs. n. 267 del 2000, pur dopo il suo ampliamento ad opera del d.l. n. 92 del 2008, convertito con

modificazioni in l. n. 125 del 2008, conserva la sua connotazione atipica e residuale, ed è pertanto esercitabile, sussistendone le condizioni, tutte le volte in cui non sia conferito dalla legge il potere di emanare atti tipici, in presenza di presupposti indicati da specifiche normative di settore.

Il potere sindacale di ordinanza *ex art. 54 d. lgs. n. 267 del 2000*, al di fuori dei casi in cui assuma carattere contingibile ed urgente, non può avere una valenza “*creativa*” ma deve limitarsi a prefigurare misure che assicurino il rispetto di norme ordinarie volte a tutelare l'ordinata convivenza civile, tutte le volte in cui dalla loro violazione possano derivare gravi pericoli per la sicurezza pubblica.

E' illegittima un'ordinanza contingibile ed urgente, adottata *ex art. 54 d. lgs. n. 267 del 2000*, con la quale il Sindaco, in ragione della elevata diffusione degli apparecchi da gioco lecito che consentono vincite in denaro, limita in tutto il territorio comunale l'uso di tali apparecchi e l'accesso da parte del pubblico nelle sale da giochi ove gli stessi sono installati, allorquando nel provvedimento non emerga alcuna situazione di grave pericolo potenziale o reale che minaccia la sicurezza pubblica; pertanto, detto intervento si colloca al di fuori del perimetro segnato dal co. 4, dell'art. 54 cit., anche nella sua nuova declinazione, essendo, evidente che la diffusione degli apparecchi da gioco leciti non costituisce di per sé una motivazione sufficiente per intervenire al di fuori dell'ordinaria distribuzione delle competenze.

Nell'ultimo periodo sono state emanate molte ordinanze comunali c.d. “*antislot*”, motivate da ragioni di ordine pubblico ed e-

mergenza sociale, ma non tutte hanno raggiunto l'obiettivo prefissato, avendo, molte delle quali, subito una bocciatura da parte dei Tribunali regionali, con la conseguente sospensione della loro efficacia e la condanna al pagamento delle spese processuali.

Nella sentenza di cui è massima si tratta di un ricorso proposto da due imprenditori avverso le ordinanze con le quali il Sindaco di un comune, utilizzando i poteri di cui all'art. 54 del d. lgs. n. 267 del 2000, ha introdotto disposizioni per limitare l'installazione e l'uso delle macchine da gioco. Segnatamente, con tali provvedimenti il Primo cittadino ha ingiunto ai titolari delle sale da gioco di limitare il numero massimo di apparecchi di cui all'art. 110, co. 6, del TULPS o di esporre all'interno dell'esercizio la tabella dei giochi proibiti vidimata dal Questore o di non pubblicizzare l'attività con insegne o cartelli utilizzando termini che richiama il gioco d'azzardo. Inoltre, ha vietato l'apertura di nuove sale a una distanza inferiore ai 1000 metri da scuole e ospedali; ha consentito l'installazione di apparecchi solo nelle sale da giochi; ha vietato il rilascio di autorizzazioni per l'occupazione del suolo pubblico per le sale giochi autorizzate anche alla somministrazione di alimenti e bevande; ha impedito l'utilizzo delle aree esterne per l'installazione delle macchinette se queste sono prospicienti la strada o altre aree pubbliche; ha ingiunto di posizionare gli apparecchi in aree specificamente dedicate; ha fissato gli orari massimi di apertura delle sale (dalla 11.00 alle 01.00); ha disposto gli orari massimi d'uso degli apparecchi da gioco (dalle ore 13.00 alle ore 23.00), nonché ha definito le sanzioni pecuniarie amministrative per le violazioni delle disposizioni predette.

I ricorrenti, premesso che con i provvedimenti gravati si introducono regole più stringenti rispetto a quelle stabilite dalla normativa statale, hanno dedotto, quali motivi di ricorso: l'incompetenza assoluta in quanto la materia del gioco lecito è interamente disciplinata dalla normativa statale (art. 22 della l. n. 289/2002 e decreti interdirettoriali del 27.10.2003 per bar e ristoranti e decreto interdirettoriale del 18.1.2007 per le sale giochi); violazione dell'art. 54, co. 4 del d. lgs. n.

267 del 2000 ed eccesso di potere per sviamento in quanto difettano i presupposti per l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti, non essendo, peraltro, stato compiuto alcuno specifico accertamento circa l'uso patologico delle macchinette *de quibus* da parte della popolazione; violazione dell'art. 54, cit. in relazione all'art. 110, co. 9, 10 e 11 del TULPS in quanto il Sindaco introduce un nuovo impianto sanzionatorio che si sovrappone a quello già molto articolato previsto dalla normativa statale; eccesso di potere per carenza di istruttoria in quanto non è documentato in alcun modo la necessità del ricorso a poteri *extra ordinem*; violazione dell'art. 97 cost. e ed eccesso di potere per disparità di trattamento in quanto vengono penalizzati solo gli apparecchi da gioco lecito e non gli altri giochi (es. Lotto, Superenalotto, Gratta e Vinci, Bingo, ecc...).

I giudici hanno ritenuto *“fondati e assorbiti i motivi di ricorso con i quali si deduce l'insussistenza dei presupposti per l'emanazione delle ordinanze de quibus anche sotto il profilo della carenza di istruttoria e del difetto di motivazione”*, ribadendo che il potere sindacale di ordinanza si fonda sull'art. 54 TUEL il quale stabilisce che *“il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e 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. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione”*.

Per il collegio *“è indubbio che la riforma operata con il citato decreto (...) abbia inteso ampliare i poteri di ordinanza attribuiti al Sindaco. In particolare, la congiunzione 'anche' testimonia la volontà del legislatore di consentire provvedimenti atipici anche in mancanza dei tradizionali presupposti della contingibilità e dell'urgenza, ma pur sempre finalizzati alla prevenzione e eliminazione di gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”*; pertanto, *“i poteri esercitabili dai Sindaci (...) non possono che essere quelli finalizzati all'attività di*

prevenzione e repressione dei reati e non i poteri concernenti lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome”. In tale fattispecie “il sindaco nell’introdurre una disciplina del gioco lecito che si sovrappone del tutto, innovandola, a quella dettata dalla normativa statale, non indica alcuna situazione di grave pericolo potenziale o reale che minaccia la sicurezza pubblica né giustifica in altro modo la necessità di ricorrere ai poteri”.

Sulla base di ciò, il Collegio ha ritenuto che la diffusione degli apparecchi da gioco leciti non costituisce di per sé una motivazione sufficiente per intervenire al di fuori dell’ordinaria distribuzione delle competenze.

Il TAR, inoltre, non ha riconosciuto come emergenza le motivazioni con cui il Sindaco ha emanato i provvedimenti *de quibus*, evidenziando, inoltre, come il Primo cittadino abbia utilizzato uno strumento, quale l’ordinanza, per regolamentare una materia di cui esiste già una legge nazionale.

«.....GA.....»

ROMA CAPITALE E IL SUO POSSIBILE “NUOVO” ORDINAMENTO: CITTÀ SPECIALE O CITTÀ METROPOLITANA?

della Dott.ssa Maria Luisa Zuppetta

1. Premessa.

In sede di riforma del titolo V, tra le novità introdotte dal riformulato art. 114¹, si sono create le premesse per la risoluzione sia della *vexata quaestio* concernente le città metropolitane, proponendosene la cristallizzazione, sia di quella relativa alla città capitale, riconoscendo tale ruolo esclusivamente a Roma. Tale previsione, in sede di generale riorganizzazione del nostro sistema costituzionale, sembrava consentire di porre fine al lungo e faticoso cammino delle prime e di fissare un punto fermo circa la peculiarità storicamente acquisita dalla seconda, riconoscendole altresì il “diritto” ad un ordinamento differenziato.

Per dare attuazione alla novella costituzionale c'è voluta la legge delega 5.5.2009, n. 42 (formalmente correlativa al federalismo

¹ Il testo dell'art. 114, interamente riformulato nel 2001, introduce infatti più di una novità: la pari ordinazione e pari dignità istituzionale tra i diversi enti territoriali che (ugualmente) concorrono a costituire la Repubblica; il principio di sussidiarietà (verticale), evidente nell'aggregazione progressiva che connota la citazione dei singoli enti; la costituzionalizzazione della capitale e delle città metropolitane, appunto. Per un commento generale sull'art.114, cfr. G.DEMURO, *Art.114*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, III, 2165ss.; in generale, sull'incisività della nuova formulazione dell'articolo e, soprattutto, sulla posizione paritaria degli enti che costituiscono la Repubblica, in nome della leale collaborazione, cfr., tra i tanti, M.OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie, art.114, 1° comma*, in T. GROPPI - M. OLIVETTI, a cura di, *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, Giappichelli, 2001, 37ss.; S.MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002; B.CARAVITA, *La costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002; G.C.DE MARTIN, *Il processo di riassetto dei ruoli istituzionali dello Stato, delle regioni e degli enti locali*, in *Studi Berti*, Milano, 2005, I.

fiscale²), il cui art. 24 detta norme provvisorie sull'ordinamento (anche finanziario) di Roma capitale (il successivo decreto n. 156/2010 ne ha definito l'assetto istituzionale), mentre l'art. 23 reca la disciplina (transitoria) per le città metropolitane³. Ciononostante, a tutt'oggi non si registrano sostanziali novità, poiché la disciplina dell'ordinamento speciale di Roma capitale è tuttora “*sospesa*”⁴, nonché correlata alle sorti delle tanto auspiccate, ma ancora “*virtuali*” città metropolitane⁵.

2. - Il lungo (incompiuto) processo di formazione dell'ordinamento speciale di Roma Capitale.

Proviamo allora ad analizzare il quadro normativo di riferimento (nuovo art. 114 cost., art. 24 della l. delega e d. lgs. n. 156/2010), evidenziandone eventuali criticità.

2.1 Il novellato art.114 della Costituzione.

Prendendo le mosse dal riformulato art. 114, che ha segnato l'inizio del progetto assicurando “*copertura*” costituzionale alla città Capitale, possiamo osservare che l'improvvisa necessità di inserire nella Costituzione un punto fermo in proposito, sembra trovare

² <<Si scrive “federalismo fiscale”, ma si legge “attuazione del Titolo V”>>, così, efficacemente, C.TUCCIARELLI, *Federalismo fiscale, ma non solo: la legge n.42 del 2009*, in www.federalismi.it, 27.

³ Trattasi, rispettivamente, della legge delega 5 maggio 2009, n.42 “*Delega al governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'art.119 della Costituzione*” e del successivo d. lgs. 17.9.2010, n.156, “*Disposizioni recanti attuazione dell'art. 24 della l. 5.5.2009, n. 42, in materia di ordinamento transitorio di Roma Capitale*”.

⁴ Si attende infatti l'adozione di un ulteriore decreto legislativo, che disciplini l'intero ordinamento speciale di Roma capitale (il termine fissato dalla legge delega è, invero, maggio 2011).

⁵ Di <<entità...virtuali>> parla A.FERRARA, *La questione della città metropolitana di Roma capitale*, in www.federalismi.it n.11/2010, 1.

giustificazione nel momento storico particolarmente delicato per la Repubblica italiana⁶, posto che nel passaggio tra i due secoli l'ordinamento costituzionale sembrava essere era in bilico fra l'oramai tramontato regionalismo ed un tendenziale federalismo che, ove non controllato, sarebbe potuto sfociare in secessionismo⁷.

In un siffatto contesto, l'individuazione-consacrazione della città capitale della Repubblica si rivelava pertanto quanto mai opportuna, siccome inconfutabile espressione di unità e indivisibilità⁸.

Quanto poi all'aver stabilito che la disciplina di tale ordinamento fosse affidata ad una legge della Repubblica⁹, in deroga all'affermata autonomia degli enti territoriali e in particolare al principio della potestà legislativa regionale (generale/residuale), che proprio in questa riforma veniva celebrato, si può affermare che l'effettiva (sostanziale) ingerenza dello Stato nella disciplina relativa all'organizzazione di una complessa realtà istituzionale costituisce sì una deroga, ma del tutto eccezionale, giustificata dal peculiare ruolo istituzionale ed internazionale di Roma

⁶ E' infatti innegabile che fino ad allora la scelta della città di Roma, come capitale d'Italia, non fosse (quasi) mai stata in discussione, rappresentando anzi un dato storicamente acquisito.

⁷ <<Se noi avessimo adottato una scelta che consentiva alle Regioni di recedere dal patto unitario, non vi sarebbe stata più una Capitale della Repubblica: ecco perché una norma apparentemente ovvia fu scritta come contestazione dell'eventualità che vi fosse un'ipotesi di secessione all'interno dell'ordinamento repubblicano>> così F.D'ONOFRIO, Intervento, in AA.VV., *L'ordinamento di Roma capitale*, Atti del convegno Roma, 10.4.2003, Napoli, ESI, 2003, 23-24.

⁸ Si rammenti che, a dispetto di teorie contrarie, la dottrina dominante ha sempre dichiarato con fermezza, la vigenza (e attualità) del disposto dell'art.5 della Costituzione, anche dopo la riforma del Titolo V, laddove proclama che la Repubblica è una e indivisibile. Sul punto, cfr., di recente, R.BIFULCO, *Art.5*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, cit., I, 132ss e la bibliografia ivi citata.

⁹ <<...la disciplina della Capitale è riservata ...alla legge dello Stato perché è quella la fonte sub-costituzionale a valenza generale, che riguarda tutti, che promana dall'intera "comunità della Repubblica">>, in *Il fondamento costituzionale, le caratteristiche e i limiti dell'ordinamento di Roma, Capitale della Repubblica*, in www.astrid-online.it, 2.

Capitale.

Infine, la costituzionalizzazione delle città metropolitane, incluse tra le entità costitutive della Repubblica, se di primo acchito sembra azzardata, a ben guardare rappresenta semplicemente il punto di arrivo di una storia risalente, posto che già in sede di riordino dell'amministrazione locale (l. n. 142/1990) se ne era ipotizzata l'istituzione (nell'ambito di predefinite <<aree metropolitane>>) quale strumento amministrativo sufficientemente flessibile, ma il progetto non aveva avuto seguito perché ritenuto secondario rispetto alla necessità di riorganizzare gli enti minori¹⁰.

2.2 La legge delega n. 42 del 2009.

La sopraggiunta legge delega si propone di proseguire l'opera, ma non riesce a completarla¹¹.

In apertura ed in chiusura un avvertimento: le disposizioni *de qua* sono solo temporanee, in quanto correlate all'istituzione delle città metropolitane¹² e dunque destinate a disciplinare solo momentaneamente l'ordinamento del comune di Roma¹³, in quanto al più presto riferibili alla città metropolitana di Roma capitale (entità "diversa" ed *in fieri*).

Sul punto, una riflessione e una obiezione. La prima è che evidentemente, l'obiettivo

¹⁰ Né sono serviti i successivi interventi normativi in materia (es. l. 2.11.1993, n. 436 "Differimento di taluni termini previsti dalla l. 8.6.1990, n. 142 in materia di aree metropolitane e di istituzione di nuove province"; l. 3.8.1999, n.265 "Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n.142", nonché il t.u. sugli enti locali, approvato con d. lgs. 18.8.2000, n.267).

¹¹ La l. n. 42 reca infatti norme solo transitorie, tanto per le città metropolitane, quanto per Roma capitale (artt. 23 e 24).

¹² L'idea di creare una Capitale metropolitana è sempre più condivisa dagli stessi enti territoriali interessati (Provincia, Regione Lazio), ma non v'è ancora chiarezza circa l'individuazione della sua esatta dimensione. Tuttavia è indubbio che un nuovo assetto istituzionale consentirebbe a Roma di garantire uno sviluppo sostenibile, migliorare la qualità dei servizi e la competitività.

¹³ Cfr. art. 24, 9° co.: << A seguito dell'attuazione della disciplina delle città metropolitane e a decorrere dall'istituzione della città metropolitana di Roma capitale, le disposizioni di cui al presente articolo si intendono riferite alla città metropolitana di Roma capitale >>

principale del legislatore è quello di predisporre sin d'ora (ancorché in regime transitorio), una disciplina valida per la “nuova” Roma, vale a dire quella che avrà la “forma” di città metropolitana; l'obiezione concerne il dato temporale, posto che la legge delega fissa un termine di 24 mesi per l'adozione del decreto relativo a Roma e di 36 mesi per quelli sulle città metropolitane, sicché l'ordinamento speciale della Capitale dovrebbe nascere prima, per poi eventualmente cambiare, quando (e se) vedranno la luce le città metropolitane.

Circa il riferimento all'ambito territoriale, la legge delega lascia perplessi, poiché dichiara che Roma capitale è un (nuovo?) ente territoriale, dotato di speciale autonomia statutaria, amministrativa e finanziaria, ma al tempo stesso precisa che i (suoi) confini coincidono con quelli comunali (attuali)¹⁴. Ebbene, è davvero peculiare che proprio nel momento stesso in cui si introduce un cambiamento adducendo finanche le ragioni della differenziazione (necessità di garantire il miglior assetto delle funzioni che Roma è chiamata a svolgere in quanto sede degli organi costituzionali, delle rappresentanze diplomatiche, delle istituzioni internazionali, nonché della Città del Vaticano), si faccia poi un passo indietro e non si modifichi lo *status quo* della città capitale quanto ai confini. Conseguentemente, l'utilizzo di una diversa (specifica) locuzione (<<ente territoriale>>) per qualificare Roma si rivela del tutto inutile, posto che già nella novella costituzionale il riferimento era inequivocabilmente rivolto alla realtà comunale romana¹⁵. Ed allora, a me-

¹⁴ <<Roma capitale è un ente territoriale, i cui attuali confini sono quelli del comune di Roma>> (art. 24, co. 2).

¹⁵ La prevalente dottrina non ha dubbi in proposito, l'ente di riferimento della novella costituzionale deve ritenersi senz'altro il comune di Roma, sia per via della sottintesa <<intangibilità dei confini della capitale>> (V. VICENZI, *L'ordinamento di Roma capitale, Intervento al Convegno “Roma capitale—una svolta storica”, Roma, 3 novembre 2008, 2*), sia alla luce di criteri storico-normativi, che imporrebbero il riferimento a <<ciò che Roma rappresentava concretamente nel momento storico, ottobre 2001, in cui la norma è stata inserita nell'ordinamento costituzionale>> (B. CARAVITA DI TORITTO, *Una legge per Roma capita-*

no che non si voglia pensare ad una mera, quanto superflua, variazione stilistica, le possibilità sono due: la prima, che la legge delega introduca una entità nuova, ma fittizia, al fine di “rappresentare” l'acquisita consapevolezza del diverso *status* in cui versa Roma a seguito della cristallizzazione del suo ruolo di città Capitale, giustificando così anche l'attribuzione di ulteriori funzioni amministrative; l'altra, che il legislatore abbia scelto una formula diversa (ma generica) guardando “oltre” e cioè con riferimento all'imminente istituzione di una nuova realtà al momento indefinibile. Orbene, nel primo senso, militerebbero la circostanza che l'espressione non sia più utilizzata nell'articolo e quella che subito dopo si provveda a specificare la specialità di Roma in quanto “sede di”; nel secondo senso, militerebbero le ribadite indicazioni sulla temporaneità di tale disciplina e, ancor prima, l'atavica aspettativa circa il futuro (metropolitano) della città di Roma¹⁶.

La norma prosegue con l'indicare nel dettaglio le maggiori (*rectius* ulteriori) funzioni amministrative attribuite al comune di Roma quale capitale¹⁷ ed anche qui è ravvisabile una criticità. I compiti indicati sono tutti già pertinenti la preesistente realtà municipale, onde la loro elencazione sembra essere dettata dalla mera necessità-opportunità di sottolineare che, trattandosi nella maggior parte dei casi di funzioni che impegnano Roma nella duplice natura di ente locale (rappresentativo di una realtà specifica) e generale (Capitale

le: l'attuazione dell'art. 114, co. 3, Cost, in www.federalismi.it n.21/2008, spec.2).

¹⁶ Sulle difficoltà, ma anche sull'indispensabilità della costruzione di un governo metropolitano per Roma, cfr., tra i tanti, F. MERLONI, *Roma: tra aspirazioni metropolitane e ruolo di capitale*, in *Le Regioni*, 1994, 1, 17ss.; S. BELLOMIA, *Il governo metropolitano e i problemi di Roma capitale della Repubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 4, 133ss.

¹⁷ Trattasi di funzioni concernenti la valorizzazione dei beni storico-artistici, lo sviluppo socio-economico; la pianificazione territoriale, i servizi urbani, la protezione civile e simili (art.24, 3° comma). In particolare, sulle “funzioni capitali”, cfr., A. STERPA, F. VERRASTRO, A. DANESI, *Roma Capitale nella legge 42/2009*, in B. CARAVITA, a cura di, *Roma Capitale. Gli effetti della riforma sul sistema delle autonomie territoriali del Lazio*, Roma, Carocci, 2010, 59ss.

della Repubblica)¹⁸, il loro conferimento, lungi dal costituire un privilegio, comporterà un significativo aggravio di oneri e responsabilità¹⁹.

Ancora, occorrendo per l'esercizio di tali funzioni opportuni regolamenti, si prevede una riserva regolamentare a favore dell'organo consiliare²⁰, ma tale precisazione presta il fianco ad un'obiezione, stante il già previsto conferimento di potestà regolamentare in capo agli enti territoriali minori²¹, a meno di non voler ipotizzare l'attribuzione a Roma di una potestà regolamentare "extra"²².

A questo punto, ci si sarebbe aspettati una disciplina dettagliata, che specificasse contenuto e limiti del nuovo ordinamento, ma non è così. Il legislatore ordinario non si spinge oltre e rinvia ad un futuro specifico decreto legislativo ("ulteriore" rispetto a quello del settembre 2010 sugli organi di governo) da adottarsi a mezzo di procedura con-

certata tra regione, provincia e comune²³. Tale previsione non è di poco conto, bensì sintomatica della necessità che il nuovo (speciale) ordinamento sia ampiamente condiviso, in ossequio al principio costituzionale di leale collaborazione. Il decreto, si afferma, sarà adottato (solo) se voluto da tutte le realtà territoriali coinvolte dal "progetto" della città Capitale (<<sentiti...>>), stante la consapevolezza della extraterritorialità degli interessi in gioco. In tale prospettiva, sono assicurati i raccordi istituzionali, il coordinamento e la collaborazione di Roma con lo Stato, la regione Lazio e la provincia²⁴.

Da siffatte previsioni si evince chiaramente l'opportunità-necessità di individuare (comunque) una nuova dimensione per il governo di Roma, un ente che sia strutturato diversamente, una entità espressamente ed unicamente riferita alla metropoli della città Capitale; in tale prospettiva, sarebbe pertanto opportuno l'"allargamento" dei confini comunali, la riorganizzazione delle funzioni e dei ruoli di ogni entità esistente sull'intera area urbana, all'insegna della più ampia collaborazione (interistituzionale) e nell'interesse di tutte le popolazioni coinvolte.

A questo punto, l'opzione per una certa organizzazione territoriale (città metropolitana) piuttosto che un'altra, probabilmente risulta addirittura secondaria, rappresentando quella semplicemente lo (*rectius* uno) strumento per il raggiungimento del vero e principale obiettivo che è la coesione territoriale, economica e sociale, in una parola, la collaborazione. Che in effetti il legislatore delegante "suggerisca" la città metropolitana, lo si potrebbe imputare alla tradizionale convinzione secondo cui è solo quella la dimensione territoriale ideale per il governo di grandi aree urbane (tesi peraltro mai sconfessata, perché mai concretizzata). Tuttavia, nel caso di specie, tale soluzione non è del tutto ovvia, ostandovi una ragione pratica ed una temporale: la prima è che la vasta area di

¹⁸ <<...nella realtà che si riassume con l'espressione "Roma capitale"si trovano a coesistere una dimensione caratterizzata, tanto da interessi della comunità generale, quanto di quella locale>>, così S.MANGIAMELI, <<Roma capitale>> ovvero: l'identificazione di un modello costituzionale complesso, in AA.VV., *L'ordinamento di Roma capitale*, op.cit., 34; sulla "duplice natura" di Roma, ad un tempo organismo di carattere generale ed ente locale, anche A.PIRAINO, *L'ordinamento complesso di Roma: "capitale della Repubblica" e "città metropolitana"*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2003, 1, 795ss.

¹⁹ Ci si riferisce all'esigenza di maggiori risorse umane, mezzi e organizzazione.

²⁰ <<L'esercizio delle funzioni...è disciplinato con regolamenti adottati dal Consiglio comunale, che assume la denominazione di *Assemblea capitolina*, ...>> (art.24, 4°co.).

²¹ <<.....I comuni, le province, le città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e del funzionamento delle funzioni loro attribuite>> (art.117, 6°co., cost.).

²² Sulla possibile attribuzione a Roma capitale di poteri normativi in deroga a disposizioni di legge e sui diversi orientamenti adottati nelle varie bozze fino ad ora presentate, cfr. C. PINELLI, *L'ordinamento speciale di Roma capitale*, in www.astrid-online.it/Roma-Capit/Studi/Pinelli, 2. Giudica invece supefluo prevedere in capo a Roma capitale una potestà normativa derogatoria di leggi statali e regionali in determinate materie, V.CERULLI IRELLI, *L'ordinamento di Roma capitale*, in www.astrid-online.it/Roma-Capit/CERULLI 2.

²³ Di <<cooperazione interistituzionale>> parla espressamente A.STERPA (*Intervento* al Convegno *Il sistema delle Autonomie Territoriali dopo la legge sul federalismo fiscale*, tenutosi a Roma il 1° marzo 2010, in www.cal.regione.lazio.it/binary/, 56).

²⁴ Art.24, 6°co.

Roma necessita subito di una riorganizzazione, come città capoluogo e come città capitale; l'altra, che i tempi concessi dalla legge sono brevi e soprattutto parecchio inferiori a quelli fissati per la realizzazione delle città metropolitane. Così stando le cose, non è improbabile che l'ordinamento speciale di Roma veda la luce prima, magari assumendo ruolo (governo di un'area strategica) e funzioni (le ulteriori funzioni amministrative) assimilabili a quelli della città metropolitana, pur senza rivestirne (ufficialmente) la forma giuridica.

In chiusura, l'articolo *de quo* affronta i temi più diversi: dallo *status* dei membri dell'Assemblea capitolina (ora disciplinato dal decreto n.156/2010), all'attribuzione alla città di Roma di <<*un proprio patrimonio*>> commisurato alle sue funzioni e competenze; dalle eventuali modifiche, deroghe e/o abrogazioni alla previsione secondo cui per quanto qui non stabilito, continua a trovare applicazione la disciplina dettata per i comuni dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali²⁵. Infine, torna il riferimento alle città metropolitane ed anzi, il passaggio di Roma a tale dimensione territoriale viene dato addirittura per scontato.

2.3 - Il decreto n. 156 del 2010.

Nelle more dell'adozione del decreto legislativo per così dire fondamentale, concernente cioè le questioni più spinose (specificazione delle ulteriori funzioni amministrative; assegnazione di ulteriori risorse; attribuzione di un proprio patrimonio; definizione dei raccordi istituzionali), il Governo ha adottato un provvedimento parziale che, invero, costituisce un atto a sé, non tanto perché attua la delega solo in parte, occupandosi (esclusivamente) dell'assetto istituzionale (transitorio) di Roma capitale, quanto e soprattutto perché resta "sospeso" a sua volta, rinviando di fatto la propria applicazione²⁶. In ogni caso, la fon-

te governativa *de quo* è frutto della procedura condivisa e complessa prescritta dalla legge delega²⁷, ad evidente conferma dell'esigenza che il principio (costituzionale) di leale collaborazione sottenda comunque ogni aspetto di codesto ordinamento speciale.

A comporre il testo solo 7 articoli. Il primo (concernente l'oggetto) crea invero delle aspettative presto deluse, in quanto dichiara di recare <<*disposizioni fondamentali dell'ordinamento di Roma capitale*>>, ma poi dispone solo in merito agli organi di governo e al loro *status*; il secondo introduce nuove denominazioni per il Consiglio (<<*Assemblea capitolina*>>) e per l'esecutivo (<<*Giunta capitolina*>>), mentre resta immutata la qualifica di <<*Sindaco*>> per il primo cittadino.

Il decreto prosegue dettando disposizioni circa la composizione e il funzionamento dell'Assemblea, organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo, composto da Sindaco, consiglieri (adesso 48, ma in precedenza 60) e un Presidente, eletto nella prima seduta a scrutinio segreto. Tra i compiti principali dell'Assemblea: l'adozione di <<*propri regolamenti*>> per disciplinare le ulteriori funzioni che l'art. 24 attribuisce a Roma in quanto capitale (ma la cui specificazione è rimessa ad un futuro auspicabile decreto), l'elaborazione e approvazione dello statuto²⁸ cui spetterà il compito di disciplinare i municipi di Roma capitale (circoscrizioni di decentramento per i quali è fissato un tetto mas-

per il trasferimento a Roma capitale delle relative risorse umane e dei mezzi.

²⁷ Per l'approvazione del decreto n. 156 è stata seguita la procedura indicata dalla legge delega e durata circa 4 mesi: il testo è stato prima approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri, sentiti la regione Lazio, la Provincia e il Comune di Roma; in seguito, sancita l'intesa in Conferenza unificata, si è acquisito il parere della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale e delle Commissioni parlamentari competenti delle rispettive Camere. Il 17.9.2010 il decreto è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri.

²⁸ Anche l'approvazione dello statuto è subordinata all'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 24, 5° co., lett. a) della legge delega (cfr. art. 3, 5° co., d. lgs. n.156/2010).

²⁵ T.u. approvato con d. lgs. n.267/2000.

²⁶ Cfr. art.3, 5° e ult.co. e art.7. Più di un adempimento (approvazione dello statuto capitolino, disposizioni sullo *status* degli amministratori di Roma capitale) è subordinato all'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art. 24, 5° co., lett. a), vale a dire alla specificazione delle ulteriori funzioni amministrative attribuite a Roma capitale, nonché della definizione delle modalità

simo di quindici²⁹), favorendone l'autonomia amministrativa e finanziaria.

Viene poi specificato il procedimento di adozione dello statuto medesimo e puntualizzato il suo contenuto, precisandosi che devono assolutamente prevedersi forme di monitoraggio e controllo, da esercitarsi ricorrendo alle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente (al fine di non determinare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica non quantificati e non coperti) e che, operando in piena autonomia a rispetto alla Giunta³⁰, devono garantire il rispetto degli *standards* e degli obiettivi di servizio, nell'esercizio delle funzioni riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali, nonché l'efficace tutela dei diritti dei cittadini. Immaneabile, la (necessaria) previsione di strumenti di partecipazione e interazione tra istituzioni e cittadini.

Il legislatore delegato, insomma, non solo non attua pienamente la delega, ma laddove lo fa, detta norme tutt'altro che esaurienti e, quanto all'adozione di opportuni regolamenti (da parte dell'organo assembleare), rimanda addirittura alla definitiva approvazione dei criteri di finanziamento e riparto per tutti i Comuni.

Un'unica norma dispone circa le figure di Sindaco e Giunta. Rispetto al primo, ufficiale di governo e responsabile dell'amministrazione, si stabilisce che rappresenti la comunità locale, nomini il suo vice e i componenti della Giunta (che presiede); che possa revocare gli Assessori dandone motivata comunicazione all'Assemblea e, ancora, che sovrintenda all'attività dell'organo consiliare, al fine di garantire la regolarità e il buon andamento dell'azione amministrativa. Il Sindaco può essere sfiduciato, con una mozione sottoscritta da almeno due quinti dei consiglieri assegnati (motivata e votata per appello nominale) e, se la mozione è approvata, la Giunta decade, l'Assemblea è sciolta e si procede al commissariamento dell'ente, secondo quanto

²⁹ Attualmente, invece, i municipi sono 19.

³⁰ In questo modo sembra essere esclusa l'istituzione di organismi *ad hoc*.

stabilito dal t.u. sugli enti locali³¹.

Ancora una volta, si rinvia a disposizioni dettate in generale per comuni e province e non invece specificatamente pensate per Roma capitale.

Peculiare, poiché invece scritta *ad hoc*, la previsione secondo cui il primo cittadino può essere sentito nelle riunioni del Consiglio dei Ministri se all'ordine del giorno siano iscritti argomenti inerenti <<funzioni conferite a Roma Capitale>> (art. 4, co. 2); tale opportunità viene infatti data al Sindaco della città Capitale, non essendo diversamente giustificabile l'audizione del rappresentante dell'ente locale romano³².

La Giunta, composta da un massimo di 12 assessori nominati dal Sindaco (nella misura di un quarto dei consiglieri della stessa Assemblea capitolina) e collabora con quest'ultimo nel governo della città. L'organo esecutivo ha inoltre una competenza residuale (compie tutti gli atti non riservati dalla legge all'Assemblea o al primo cittadino) e, su espresse indicazioni statutarie, può adottare propri regolamenti in merito alla disciplina dell'ordinamento generale di uffici e servizi.

Sindaco, assessori e consiglieri, sono tutti qualificati <<amministratori di Roma capitale>> e il successivo art. 5 ne delinea lo *status*. Singolari, le disposizioni concernenti le indennità, poiché dopo aver riconosciuto al primo cittadino, al presidente dell'Assemblea ed agli assessori, il diritto a percepire un'indennità di funzione (determinata con decreto del Ministro dell'interno), si stabilisce che anche i consiglieri dell'Assemblea (il che non è contemplato per i consiglieri comunali) percepiscano analoga indennità, in quota parte di quella del Sindaco. Si prevedono poi eventuali detrazioni, per le ipotesi di assenze non giustificate dalle sedute. In questo caso, trattasi di disposizioni chiaramente destinate agli amministratori della Capitale; si precisa

³¹ Trova infatti applicazione l'art.141 del d.lgs. n.267/2000, intitolato proprio "*Scioglimento e sospensione dei consigli comunali e provinciali*".

³² La stessa norma è esplicita in tal senso, affermando che <<Il Sindaco di Roma Capitale>> può essere udito nelle riunioni del Consiglio dei ministri ove gli argomenti trattati ineriscano alle <<funzioni conferite a Roma capitale>> (art. 4, co. 2, d. lgs. n. 156/2010).

infatti che un simile trattamento differenziato è concesso ai consiglieri esclusivamente in virtù del fatto di far parte dell'organo di governo di Roma capitale titolare di una <<complessità e specificità di funzioni>>.

A chiudere l'articolo, una precisazione forse inaspettata: le disposizioni ivi contenute (e dunque anche la determinazione delle indennità) troveranno applicazione (solo) a far tempo dalla specificazione delle ulteriori funzioni che la legge delega attribuisce a Roma capitale e cioè dall'entrata in vigore del prossimo decreto legislativo; ne consegue che fino ad allora continuerà ad applicarsi la disciplina attualmente vigente (il d. lgs. n. 267/2000 e successive modificazioni). Tale previsione segna indubbiamente una battuta d'arresto; le disposizioni governative, avrebbero infatti dovuto operare in (parziale) deroga alla disciplina sui comuni dettata dal TUEL (dando finalmente attuazione al principio di differenziazione), mentre rimangono "sulla carta", lasciando del tutto inalterata la disciplina attualmente predisposta per (tutti) i comuni, rinviando così (ancora una volta) l'appuntamento con la "specialità" di Roma.

Del tutto pleonastico, infine, la precisazione del successivo art. 7, che rinvia alla disciplina vigente per quanto qui non espressamente stabilito.

Insomma, sembra proprio che il Governo abbia scelto di procedere (molto) lentamente, dettando solo poche disposizioni, peraltro ad applicazione differita e, così facendo, anziché accelerare il processo di attuazione di Roma capitale, vi ha posto un freno.

3. Prospettive per Roma capitale e criticità del "passaggio" a città metropolitana.

Alla luce del suesposto complesso quadro normativo è indubbio che, allo stato dei fatti, l'istituendo ordinamento speciale di Roma versi in una situazione precaria e ad oggi anche piuttosto difficile, in quanto dipendente dall'(ormai improbabile) approvazione di altro decreto legislativo³³ e subordinato (sulla carta) all'attuazione della disciplina generale delle città metropolitane.

³³ I 24 mesi concessi dalla legge delega per il decreto legislativo che ci occupa (art. 2, co. 1) sarebbero infatti scaduti.

Quanto poi al previsto "passaggio" (automatico?) di Roma da comune a città metropolitana, va rilevato che la questione si rivela né lineare, né scontata, posto che la disciplina generale transitoria (<<di prima applicazione>>) dettata dalla legge delega per queste "nuove" e tanto attese entità locali (art. 23), trova solo parziale applicazione per la città metropolitana di Roma capitale (art. 24, ult. co.)³⁴. Per quest'ultima, infatti, è predisposta una disciplina in definitiva "speciale", in deroga, foriera di indubbe criticità. Vediamo.

La prima concerne l'individuazione dell'area interessata: stando alla disciplina transitoria, infatti, anche per Roma capitale³⁵ sembra esserci la possibilità di una sovrapposizione tra provincia e area metropolitana, in quanto se la perimetrazione deve comprendere tutti i comuni proponenti e se rispetto a Roma sono tali solo il comune capoluogo e la città capoluogo della provincia (solo congiuntamente)³⁶, la relativa città metropolitana non potrà non coincidere con la provincia³⁷, che peraltro cesserebbe di esistere dal momento stesso dell'insediamento degli organi di quel-

³⁴ Recita infatti, l'art. 24, co. 10 che <<Per la città metropolitana di Roma capitale si applica l'art.23 ad eccezione del comma 2, lettere b) e c) e del comma 6, lettera d)...>>, rispettivamente concernenti la possibilità che la proposta di istituzione spetti al comune o alla provincia separatamente e la previsione secondo cui il finanziamento degli enti che compongono la città metropolitana assicuri loro una più ampia autonomia di entrata e di spesa in misura corrispondente alla complessità delle funzioni esercitate.

³⁵ Per le città metropolitane (in genere), questo è un dato acquisito, stante l'espresso dettato dell'art.23, 8°co., secondo cui appunto: <<La provincia di riferimento cessa di esistere...>>, naturalmente a seguito dell'entrata in vigore della disciplina ordinaria sulle città metropolitane dettata dalla legge statale (di cui all'art. 23, co. 1).

³⁶ Ecco la prima deroga: è espressamente esclusa per Roma la possibilità di una proposta disgiunta (art. 24, co. 10).

³⁷ Per le città metropolitane in generale, a determinare la sovrapposizione con le realtà provinciali, la circostanza che laddove l'iniziativa non spetti ad entrambi gli enti, spetterà al comune capoluogo, unitamente ad almeno il 20% dei comuni della provincia stessa, che rappresentino almeno il 60% della popolazione, ovvero alla provincia, congiuntamente ad almeno il 20% dei comuni che la costituiscono e che rappresentino almeno il 60% della popolazione (art. 23, co. 2).

la³⁸. Ed allora, se così fosse, non ci sarebbe però spazio alcuno per l'eventuale coinvolgimento di comuni non ricompresi nella provincia di Roma che possano voler far parte della città metropolitana capitolina.

Un'ulteriore criticità concerne le "ulteriori" funzioni amministrative da conferire a Roma in quanto capitale. Queste, a ben guardare, sono più o meno le medesime che l'art. 23, conferisce alla città metropolitana, ma sono diverse da quelle della provincia; di conseguenza, è innegabile che l'eventuale "passaggio" a città metropolitana della Capitale non aggiungerebbe molto sotto il profilo delle funzioni, mentre invece potrebbe creare problemi di coordinamento con le (ex) funzioni provinciali.

Infine, l'istituzione della città metropolitana di Roma non sembra prevedere il pieno coinvolgimento delle collettività di riferimento, sia per via della diversa possibilità di iniziativa in questo caso prevista, sia per il peculiare referendum provinciale prospettato. E difatti, circa l'iniziativa, occorre rilevare che mentre la disciplina "generale" (art. 23) prevede tre diverse possibilità di <<proposta di istituzione>> (da parte del comune capoluogo e della provincia, separatamente o congiuntamente), quella "speciale" (art. 24), prevede la sola iniziativa congiunta di comune capoluogo e provincia, indubbiamente penalizzante per le singole collettività (comunali), di fatto escluse e uniformate³⁹. Quanto poi

al referendum provinciale, deve evidenziarsi che una siffatta consultazione rischia di omogeneizzare le volontà espresse dalle diverse popolazioni comunali, rendendo impossibile l'individuazione dell'opinione dei singoli corpi elettorali.

Ed allora, è innegabile che una disciplina differenziata per Roma Capitale occorra e vada predisposta in fretta, prescindendo persino dalla "conversione" in città metropolitana che, paradossalmente, potrebbe addirittura non sopraggiungere e che in ogni caso sarebbe "diversa".

Allo stato, si tratta allora di predisporre un ordinamento speciale per la disciplina della grande area metropolitana di Roma, dotato di tutti i connotati messi in evidenza dall'art. 24 e soprattutto fondato su forme di raccordo⁴⁰, che però non sopprimano le realtà istituzionali esistenti.

L'esatta gestione di una siffatta "dimensione" permetterebbe senz'altro ai cittadini libertà insediative secondo necessità, innalzando l'efficienza e l'efficacia dei servizi collettivi e massimizzando la capacità di controllo dell'urbanizzazione.

Il rischio, però, è che siffatta disciplina transitoria possa diventare illimitatamente provvisoria.

me invece è previsto per le città metropolitane in generale).

⁴⁰ Un possibile, utile strumento in tal senso, potrebbe essere l'organo di raccordo dei sindaci dei Comuni.

³⁸ Invero sin dal 1990 l'idea era che la città metropolitana sostituisse l'ente provinciale.

³⁹ Critica duramente questo passaggio della legge delega, affermando che occorre assolutamente recuperare <<il ruolo degli enti territoriali interessati>>, B. CARAVITA DI TORITTO, *Conclusioni*, Convegno *Il sistema delle Autonomie Territoriali dopo la legge sul federalismo fiscale*, op.cit., 57. In questo caso, in effetti, né il Comune, né la provincia potranno agire autonomamente, e/o con il sostegno di alcuni comuni (co-

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO BOCCIA LE ORDINANZE C.D. “AFFAMA-RANDAGI” CON CUI IL SINDACO VIETA DI SOMMINISTRARE CIBO AGLI ANIMALI RANDAGI

della Dott.ssa Valeria Coppola

Illegittimità delle ordinanze del Sindaco che sanciscono il divieto assoluto per la popolazione di sfamare i randagi, adottate in difetto di istruttoria e/o motivazione e in assenza di parere della ASL, alla luce della sentenza del TAR Veneto, Sez. III, 16.11.2010, n. 6045

E' illegittima l'ordinanza con la quale il Sindaco, al fine di ridurre la popolazione di gatti randagi presenti sul territorio comunale e per prevenire i rischi epidemiologici, vieta alla popolazione locale di offrire alimenti agli stessi, anche saltuariamente, quando non sia stata compiuta alcuna istruttoria, né sia stata fornita alcuna prova o valutazione, né alcuno studio comprovante la pericolosità per la salute pubblica di questi animali ovvero in assenza di un parere della ASL, quale organismo deputato in via generale alla sorveglianza sul fenomeno del randagismo, contrastando, inoltre, detto provvedimento sia con la l. regionale n. 60 del 1993 – che promuove e disciplina la tutela degli animali d'affezione, condanna gli atti di crudeltà, i maltrattamenti e il loro abbandono – sia con la l. quadro nazionale n. 281 del 1991, dettata a prevenzione del randagismo a tutela degli animali stessi.

Il caso in esame tratta del fenomeno del randagismo, recentemente oggetto di forti polemiche e accese discussioni fra gli ambientalisti, soprattutto con riguardo alle ordinanze c.d. “affama-randagi”, emesse dai Sindaci che – invece di organizzare interventi di controllo della popolazione felina che possono comprendere, secondo la natura e la gravità dei casi segnalati, l'affidamento della colonia ad una associazione per la protezione degli animali, il controllo delle nascite, la cattura e la collocazione degli animali in affidamento od altra sede più idonea – vietano di dare da mangiare in modo assoluto ai cani e ai gatti randagi, in nome dell'igiene e della salute pubblica.

Nella sentenza di cui è massima il Sindaco di un comune, per fronteggiare alcune aree del territorio locale assediate da una notevole

presenza di colonie feline e per prevenire il rischio epidemiologico e di degrado degli spazi aperti, emetteva un'ordinanza con la quale stabiliva il divieto, per la popolazione locale, di offrire alimenti ai gatti randagi, anche saltuariamente, ritenendo necessario provvedere ad un'azione preventiva a salvaguardia della salute pubblica.

Tale provvedimento è stato impugnato dalla Lega per l'Abolizione della Caccia (LAC) la quale riteneva che il metodo scelto dal primo cittadino contrastasse con quanto disposto dalla l. regionale n. 60 del 1993 – che promuove e disciplina la tutela degli animali d'affezione, condanna gli atti di crudeltà, i maltrattamenti e il loro abbandono – e dalla l. quadro nazionale n. 281 del 1991, dettata a prevenzione del randagismo a tutela degli animali stessi. Inoltre, parte ricorrente eccepiva l'illegittimità dell'ordinanza *de qua* non essendo stato richiesto alcun parere della ASL in merito o meno all'esistenza di rischi per la salute dell'uomo.

Il giudice amministrativo, analizzando le censure della Onlus, richiama il parere del Consiglio di Stato n. 883 del 1997, in cui si afferma che nessuna norma di legge, né statale né regionale, pone il divieto di alimentare i gatti randagi nei luoghi in cui gli stessi trovano rifugio.

A detta del TAR, inoltre, il metodo scelto dal comune per ridurre la popolazione dei gatti randagi presenti sul territorio è illegittimo in quanto non rientra in nessuna delle opzioni consentite dalla legge, costituendo la sua esecuzione un serio rischio per le condizioni di sopravvivenza degli animali stessi.

Diversamente, l'ente locale avrebbe dovuto provvedere a porre sotto controllo e a far

sterilizzare i randagi presenti sul territorio o delegare il Servizio Veterinario dell'Asl competente per far vagliare i possibili rischi per la collettività.

Alla luce di ciò, e in mancanza di una adeguata istruttoria, il Tribunale amministrativo regionale ha accolto il ricorso annullando l'ordinanza sindacale.

Questo uno dei tanti casi, che insieme ai precedenti, hanno portato al formarsi di un consolidato orientamento giurisprudenziale, provvedendo sempre più frequentemente i Tribunali ad annullare le ordinanze c.d. “*affama-randagi*”!

Passando in rassegna le decisioni più rilevanti, già lo scorso 11 febbraio si era raggiunta un'importante vittoria quando, in risposta alle segnalazioni dei cittadini della Provincia di Napoli, che si erano ribellati contro l'ordinanza, emessa in ragione dell'igiene e del decoro urbano, che stabiliva la sanzione pecuniaria da 100 a 600 euro, per coloro che fossero stati scoperti a sfamare – negli spazi pubblici – cani, gatti e colombi, il TAR Campania bocciava l'ordinanza “*affama-randagi*”, ritenendo il ricorso fondato, sussistendo nell'atto *de quo* “*eccesso di potere per irragionevolezza, atteso che l'amministrazione procedente avrebbe potuto limitarsi a sanzionare la mancata raccolta dei residui di cibo per i randagi, piuttosto che vietarne del tutto la somministrazione*”.

Ancora, il TAR Puglia (decisione n. 291 del 2009) sospendeva l'ordinanza sindacale che, accampando la scusa di presenza di sporcizia nelle strade, stabiliva il divieto assoluto di somministrare cibo a cani e gatti randagi oltre che ai colombi.

Il pronunciamento del TAR, oltre a riconoscere come la somministrazione di alimenti agli animali possa essere svolta anche nel rispetto delle norme igieniche e secondo i principi di civile convivenza, riconosceva - a ragione - come il divieto di somministrare cibo possa incidere sulle condizioni di sopravvivenza degli animali, facendo così cadere su di loro effetti che vanno addebitati solo ed esclusivamente a comportamenti scorretti di

alcuni cittadini, che comunque ben possono essere individuati e sanzionati.

Motivazioni, quindi, importanti anche sotto il profilo e l'interesse al benessere animale quelle contenute nella decisione che riconosce anche come l'attività di coloro che somministrano alimenti agli animali non sia censurabile, ma al contrario apprezzabile.

L'ordinanza di sospensione del TAR specifica difatti che “*il divieto può incidere sulle condizioni di sopravvivenza degli animali*” e che “*la mancanza di cibo può comportare un peggioramento delle condizioni degli animali, tale da determinare una perdita dell'abitudine del contatto con le persone ed una contestuale, specie con riferimento ai cani randagi, predisposizione ad aggregarsi in branco creando così un reale pericolo per la cittadinanza*”.

In conclusione, ancorché sia vero che il Sindaco, quale organo responsabile dell'amministrazione comunale, ha il potere di adottare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 50, co.5, d. lgs. n. 267 del 2000 in combinato con l'art. 54, co. 2, stesso d. lgs., nella sua qualità di ufficiale del Governo, provvedimenti contingibili ed urgenti, ovvero misure “*extra ordinem*” non previste dalla legge e quindi a contenuto non predeterminato, con lo scopo e la finalità di reprimere e prevenire pericoli, che minacciano la pubblica incolumità nonché nelle ipotesi di emergenza sanitaria o di igiene pubblica a carattere locale, è pur vero che un'ordinanza di tal fatta debba essere sorretta anche da prove e da valutazioni ovvero da una relazione dell'organismo competente attestante i possibili rischi per la salute umana a causa di malattie che potrebbero essere trasmesse dalle colonie feline, pena l'illegittimità del provvedimento stesso.

Quanto suddetto è necessario per evitare il rischio di un irragionevole abuso di potere messo in campo dai Sindaci, potere attraverso il quale privano arbitrariamente gli animali del fondamentale diritto all'alimentazione e, quindi, alla sopravvivenza, senza risolvere in modo alcuno il problema del randagismo in sé.

GIURISPRUDENZA

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

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.6.2011, n. 3403
Diniego di accesso - agli atti di sostituzione di una commissione di collaudo - illegittimità.
È illegittimo il diniego di accesso opposto al revocato presidente di una commissione di collaudo in relazione agli atti afferenti il procedimento di nomina della nuova commissione, sussistendo in capo all'istante un interesse concreto ed attuale all'ostensione, strumentale all'esercizio di un diritto di difesa relativamente ad un eventuale giudizio di responsabilità.

Consiglio di Stato, Sez. III, 30.5.2011, n. 3248
Atto amministrativo - diritto di accesso - istanza di accesso proposta dall'ex Sindaco relativa alla relazione prefettizia di proposta di scioglimento del consiglio comunale - illegittimità del diniego motivato con riferimento alla natura riservata dell'atto.

La relazione prefettizia relativa alla proposta di scioglimento del consiglio comunale, non può ritenersi atto riservato. Come tale pertanto lo stesso non è oggetto del divieto di divulgazione e quindi, è senz'altro accessibile. Solo il Consiglio dei Ministri infatti, può disporre la riservatezza di tali atti in casi tassativi ovvero "strettamente necessari". In diverso avviso quindi, la relazione prefettizia va pubblicata nella sua interezza nella Gazzetta Ufficiale, ritenendosi la stessa atto strettamente connesso al decreto di scioglimento unitamente alla proposta del Ministro.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.5.2011, n. 3190
Accesso - legittimazione attiva - ente territoriale - sussiste.
Diniego di accesso - motivazione - necessità di elaborazione dei dati - illegittimità - condizioni.

È illegittimo il diniego di accesso opposto dal gestore di servizio pubblico alla autorità comunale, volta ad ottenere dal gestore in uscita la

documentazione riflettente la struttura del servizio e lo stato dei relativi impianti, al fine di fornire ai partecipanti gli elementi necessari alla formulazione delle offerte. Non pare invero dubbio che l'esigenza di accesso avvertita da una pubblica amministrazione debba disporre di una tutela di base almeno equivalente a quella accordata dalle norme generali del diritto pubblico alla generalità dei consociati, a meno di non incorrere in un inopinato quanto illogico ribaltamento di rapporti, in fatto di intensità di tutela, tra interessi privati e pubblici.

È illegittimo il diniego di accesso opposto dal gestore di pubblico servizio alla autorità comunale ed avente ad oggetto dati per i quali sia necessaria una attività di elaborazione, avuto riguardo alla natura del rapporto specifico corrente tra le parti ed al fondamentale principio della leale collaborazione istituzionale. Più in particolare l'illegittimità sussiste quante volte l'elaborazione sia limitata ad una mera attività di scorporo ed estrazione di dati documentali, venendo viceversa male quando la documentazione richiesta non esista (neppure in proporzioni più ampie e con contenuti aggregati), ma occorrerebbe costruirla ab origine attraverso un'apposita istruttoria, atteso che l'istituto dell'accesso deve pur sempre avere ad oggetto documenti, e non pure informazioni.

Consiglio di Stato, Sez. V, 6.5.2011, n. 2718
Procedimento amministrativo - impugnabilità dell'atto amministrativo in sede giurisdizionale.

L'art. 7 co. 1 del nuovo codice del processo amministrativo ha introdotto, in via generale, il principio della tutela giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione. Secondo tale normativa infatti, il principio della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione ha portata generale e, per questo, coinvolge tutte le amministrazioni, anche quelle

di rango costituzionale.

Con la conseguenza che solo alcuni atti con i quali si realizzano obiettivi di rilievo costituzionale e politico possono essere esclusi dalla relativa impugnazione. Tali ultimi atti, infatti, sono qualificati come atti di tipo politico e, quindi, fuoriescono dal sindacato del giudice che, se operato, determinerebbe una inevitabile ingerenza tra poteri e precisamente tra il potere giudiziario e altri poteri dello Stato.

Un atto politico, invero, è quello emanato dal Governo e quindi da un organo di indirizzo politico che espleta la sua funzione esercitando il relativo potere politico e non anche amministrativo.

E per vero, nella fattispecie concreta il Supremo Consesso ha affermato che “non può ritenersi che la determinazione dei collegi uninominali costituisca espressione del potere politico del Governo, non sostanziandosi nella determinazione dei fini che il governo si pone in corrispondenza alla valutazione dell’interesse generale, ricollegati direttamente o indirettamente alle norme costituzionali (funzione di indirizzo politico) , ma attiene ad un potere amministrativo da esercitarsi conformemente alla legge che lo prevede e lo regola”.

Con la conseguenza che il provvedimento ivi esaminato è di natura eminentemente amministrativa laddove incide direttamente e puntualmente sul legittimo interesse dei comuni coinvolti e quindi interessati, come tale impugnabile innanzi al Giudice amministrativo.

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 24.6.2011, n. 399

Provvedimento amministrativo - proporzionalità - obbligo - violazione - conseguenze - illegittimità.

È illegittima l’ordinanza di demolizione emessa nei confronti del concessionario di beni demaniali per parziali difformità, per violazione del principio di proporzionalità, quante volte le modifiche siano di lieve entità e comunque giustificate da precise ragioni tecniche.

TAR Trentino A.A., Tr, 9.6.2011, n. 171

Riesame - organo collegiale - nuova deliberazione - legittimità.

Il riesame del provvedimento amministrativo mediante nuova deliberazione dell’organo collegiale costituisce legittima esplicazione del po-

tere amministrativo, conforme ai principi di buon andamento e di non aggravamento del procedimento.

TAR Sardegna, Sez. II, 7.6.2011, n. 534

Diniego di accesso - ad atti privati detenuti dalla PA - è illegittimo.

Diniego di accesso - motivazione - infondatezza della pretesa sostanziale - è illegittimo.

È illegittimo il diniego di accesso ad atti provenienti da soggetti privati, ma istituzionalmente detenuti dalla PA (nella specie liberatorie di insegnanti ed alunni ad un film), posto che la giurisprudenza ha precisato che la definizione di documenti amministrativi deve intendersi nella sua più ampia accezione, costituendo documenti amministrativi tutti quegli atti formati o utilizzati dall’amministrazione ai fini dello svolgimento della propria attività.

L’accoglimento delle domande di accesso non può essere condizionato da valutazioni circa l’esistenza di una posizione di interesse legittimo tutelabile in sede giurisdizione e tantomeno da valutazioni sulla fondatezza della pretesa alla cui tutela l’acquisizione della documentazione è strumentale, posto che il diritto di accesso è autonomo rispetto alla posizione giuridica posta a base della relativa istanza e prescinde da ogni accertamento sull’esistenza di un interesse legittimo da tutelare e da ogni valutazione circa la fondatezza della pretesa sostanziale, eventualmente, sottesa.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 19.5.2011, n. 749

Diniego di accesso - alle quietanze rese alla mandataria - insolvenza - mancata dimostrazione - è legittimo.

È legittimo il diniego di accesso opposto dalla stazione appaltante alla società mandante quanto alle ricevute di pagamento di subappaltatori e fornitori ad opera della mandataria riunita in ATI, posto che la presenza di mere voci in ordine ad una situazione di insolvenza di quest’ultima, con riferimento alla responsabilità solidale dell’istante ex art 37, co. 5, d. lgs. 163/2006 non determina un effettivo bisogno di tutela di situazioni giuridicamente apprezzabili che si assumano lese. In altre parole in assenza di documentazione in ordine alla sussistenza di situazioni di inadempimento della controinteressata (sollecitazioni di pagamento,



stato di liquidazione, insolvenza) la pretesa ostensiva non assume lo spessore minimo indispensabile a renderla degna di rilievo ed apprezzamento. Infatti, se è pur vero che l'interesse all'accesso ai documenti va valutato in astratto, senza che possa essere operata, con riferimento al caso specifico, alcuna valutazione in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che l'interessato potrebbe eventualmente proporre; è tuttavia necessario che tra la domanda di accesso e l'esigenza di difendere i propri interessi giuridici vi sia un rapporto strumentale (anche inteso in senso ampio).

TAR Puglia, Le, Sez. I, 12.5.2011, n. 825

Provvedimento amministrativo - sottoscrizione - difetto - nullità - sussiste.

È nullo il provvedimento amministrativo carente della sottoscrizione del funzionario da cui proviene, posto che essa costituisce uno degli elementi essenziali del medesimo, con la conseguenza che la sua mancanza, impedendo di stabilire la provenienza e l'attribuzione dell'atto, è da considerare vizio insanabile.

È questa una conclusione recentemente affermata nella giurisprudenza di legittimità e indirettamente confermata dall'art. 3, co. 2, d. lgs. 39/93, che espressamente esclude la sottoscri-

zione autografa in determinati casi.

TAR Lazio, Sez. III ter, 10.5.2011, n. 4081

Diniego di accesso - agli atti di gara - soggetto non partecipante - è legittimo.

È legittimo il diniego di accesso agli atti di procedura concorsuale, opposto dalla stazione appaltante a società che non abbia partecipato alla gara. La materia è invero regolata dall'art. 13 d. lgs. 163/2006 che, premesso un generale rinvio alle norme di cui alla l. 241/1990, disciplina con carattere di specialità l'accesso agli atti coperti da segreti tecnici e commerciali contenuti nelle offerte riservandolo al concorrente che lo chieda 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.

Del resto l'istanza ostensiva di cui all'art. 24, l. 241/1990 non deve costituire uno strumento surrettizio di sindacato generalizzato sull'azione amministrativa, non essendo ammissibile piegare lo strumento dell'accesso al perseguimento di una generica attività informativa ed esplorativa volta all'accertamento ab externo della legittimità di una procedura concorsuale cui si è rimasti volontariamente estranei.

«.....GA:.....»

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2011, n. 1789
Provvedimento amministrativo - delibera consiliare - carica di consigliere comunale - assenze ingiustificate dalle sedute - decadenza dalla carica - statuto dei comuni.

Deve ritenersi legittima la delibera consiliare con cui viene dichiarata la decadenza dalla carica di consigliere comunale al consigliere che senza un giustificato motivo, si assenti per tre sedute consecutive, nella ipotesi in cui lo statuto comunale preveda che i consiglieri abbiano l'onere di giustificare per iscritto l'assenza entro il termine di 10 giorni dalla seduta stessa.

Con la sentenza in oggetto il Consiglio di Stato è stato chiamato a riformare la sentenza del TAR Puglia, Sez. I, n. 3478 del 15.9.2010, che ha dichiarato legittima una delibera consiliare che aveva disposto la decadenza dalla carica di consigliere comunale di un consigliere che si era assentato per più di tre volte dalle sedute consiliari.

Il provvedimento che il ricorrente riteneva illegittimo era ancorato sulla violazione e applicazione dell'art. 16 dello Statuto comunale e dell'art. 19, co. 6, del regolamento sul funzionamento del consiglio comunale.

L'art. 16 dello Statuto comunale, oltre a prevedere il dovere dei consiglieri comunali di intervenire e partecipare ai lavori delle commissioni consiliari, prevede che in caso di assenza, il consigliere deve necessariamente giustificarsi entro 10 giorni dalla stessa e che "coloro che senza giustificato motivo sono assenti a tre sedute consiliari consecutive, ovvero a cinque sedute durante l'anno solare, incorrono nel procedimento della dichiarazione di decadenza con contestuale avviso all'interessato da notificarsi ad opera del Sindaco".

L'art. 19 del regolamento sul funzionamento del consiglio comunale, disciplinando anch'esso la decadenza della carica di consigliere comunale, prevede espressamente la decadenza per i consiglieri che si fossero assentati per tre volte consecutive senza giustificato mo-

tivo. Il Sindaco, a seguito dell'avvenuto accertamento dell'assenza maturata da parte del consigliere interessato, provvede con comunicazione scritta, a comunicare al consigliere l'avvio del procedimento. Ai sensi del citato articolo, scaduto il termine indicato nella stessa comunicazione, non inferiore a venti giorni, per fornire giustificazione, il consiglio, esaminate le cause giustificative delibera in merito alla decadenza.

Il ricorrente lamentava una violazione e falsa applicazione degli articoli di cui sopra, anche in considerazione del fatto che lo stesso aveva presentato le giustificazioni per le assenze effettuate, ma le stesse erano state presentate tardivamente. Il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso in questione in quanto il provvedimento consiliare aveva rispettato le norme di cui sopra. Infatti, le assenze del consigliere erano state più di tre, quest'ultimo non aveva presentato alcuna giustificazione scritta tempestivamente, ma lo aveva fatto, peraltro, tardivamente tramite certificati medici non originali (*Red. Giuseppe Antonacci*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2011, n. 1771
Comuni e province - consiglieri comunali - deliberazioni del consiglio comunale - interesse a ricorrere - presupposti.

I consiglieri comunali dissenzienti non hanno un interesse protetto e differenziato all'impugnazione delle deliberazioni dell'organismo del quale fanno parte, salvo il caso in cui venga lesa in modo diretto ed immediato la propria sfera giuridica per effetto di atti, direttamente incidenti sul diritto all'ufficio o sullo status ad essi spettante della carica di consigliere, che compromettano il corretto esercizio del loro mandato, come nel caso di erronee modalità di convocazione dell'organo, della violazione dell'ordine del giorno, dell'inosservanza del deposito della documentazione necessaria per poter liberamente e consapevolmente deliberare e, più in generale, per tutte quelle circostanze che precludano in tutto o in parte l'esercizio

delle funzioni relative all'incarico rivestito, oltre ovviamente ai casi in cui gli atti collegiali riguardano direttamente e personalmente il consigliere stesso¹, ciò anche in considerazione del fatto che il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive; pertanto, qualora le doglianze dei ricorrenti consiglieri si concretizzino in definitiva nel semplice interesse alla (auspicabile) legittimità dell'azione amministrativa dovrà essere dichiarato il loro difetto di legittimazione a richiedere l'intervento del giudice amministrativo.

La fattispecie che ha dato luogo alla pronuncia in esame concerne l'impugnazione da parte di alcuni consiglieri comunali della delibera consiliare di nomina del difensore civico.

Secondo i ricorrenti la scelta del difensore civico da parte del comune avrebbe dovuto essere compiuta, come previsto dal regolamento per l'esercizio delle funzioni del difensore civico, all'esito di una procedura comparativa tra candidati di adeguata preparazione, adatta a fornire garanzia di indipendenza, probità e competenza giuridico - amministrativa, procedura che, tuttavia, nel caso di specie era stata omessa, non essendo stato neppure indetto l'apposito avviso pubblico per consentire le candidature; pertanto, a giudizio dei ricorrenti simili violazioni, avendo impedito il necessario e naturale esame comparativo dei candidati, dovevano essere considerate lesive delle prerogative dei consiglieri comunali stessi, legittimando il loro interesse all'impugnazione.

In primo grado l'adito Tribunale amministrativo regionale, ritenendo sussistente la legittimazione dei ricorrenti, accoglieva il ricorso e annullava il provvedimento impugnato.

Il Comune resistente, per l'effetto, appellava la decisione del TAR sostenendo che i primi giudici avevano erroneamente respinto l'eccezione di difetto di legittimazione degli originari ricorrenti, in quanto oltre a non risultare violate le prerogative dell'organo consiliare, le doglianze prospettate attenevano alla mera tutela della legalità dell'azione amministrativa.

Con la sentenza in commento il Consiglio di

¹ Così CdS, V, 12.06.2009, n. 3744; id. 15.12.2005, n. 7122; id. 31.01.2001, n. 358.

Stato, in accoglimento dell'appello proposto dall'amministrazione comunale, ha dunque affermato, confermando un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, che i consiglieri comunali dissenzienti non hanno un interesse protetto e differenziato all'impugnazione delle deliberazioni dell'organismo del quale fanno parte, salvo il caso in cui venga lesa in modo diretto ed immediato la propria sfera giuridica per effetto di atti, direttamente incidenti sul diritto all'ufficio o sullo status ad essi spettante della carica di consigliere, che compromettano il corretto esercizio del loro mandato, oltre ovviamente ai casi in cui gli atti collegiali riguardano direttamente e personalmente il consigliere stesso. Ne consegue che, in assenza dei summenzionati presupposti, i consiglieri comunali non possono dedurre a sostegno della loro legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo il semplice interesse alla (auspicabile) legittimità dell'azione amministrativa.

Più in generale l'interesse a ricorrere, quale condizione dell'azione processuale, si sostanzia, infatti, nella concretezza e attualità della lesione denunciata e nell'utilità o vantaggio derivante dall'ottenimento di una pronuncia favorevole nel merito. L'esistenza del c.d. interesse a ricorrere deve dunque essere verificata, in via preliminare ed anche d'ufficio, dal giudice, il quale deve dichiarare l'inammissibilità del ricorso ove, come nel caso di specie, ne accerti la carenza *ab origine* (Red. Fabiola Cordiano).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.3.2011, n. 1547
Comuni e province - consiglio comunale e provinciale - art. 143 TUEL - controlli - processo penale a carico degli appartenenti alla cosca dominante - mancata costituzione di parte civile - sospette infiltrazioni mafiose - scioglimento.

I presupposti per l'adozione della misura straordinaria dello scioglimento del consiglio comunale sono previsti dal legislatore mediante una terminologia ampia idonea a consentire un'indagine sulla ricostruzione della sussistenza di un rapporto intercorrente tra gli amministratori e la criminalità organizzata sulla scorta di circostanze che presentino un grado di significatività e di conclusione minore rispetto a quelle legittimanti l'azione penale o l'adozione di misure di sicurezza nei confronti degli indi-

ziati appartenenti ad associazioni di tipo mafioso o analoghe; pertanto, la mancata costituzione di parte civile del Comune, nel processo penale a carico degli appartenenti alla cosca dominante sul territorio, può essere valutata (unitamente ad altre circostanze) sintomatica di una situazione di vicinanza e di condizionamento, tale da legittimare l'adozione, ai sensi dell'articolo 143 TUEL, del provvedimento con cui venga disposto lo scioglimento del consiglio comunale per sospette infiltrazioni mafiose.

La vicenda sottoposta all'esame del Giudice Amministrativo concerne lo scioglimento di un Consiglio comunale per sospette infiltrazioni mafiose, disposto ai sensi dell'art. 143 d. lgs. 18.8.2000, n. 267, con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 24.7.2009.

A fondamento della decisione di chiudere la parentesi dell'amministrazione comunale dell'epoca furono poste le risultanze dell'attività svolta dalla commissione d'accesso per lo svolgimento, presso il Comune, degli accertamenti di cui all'art. 1, co. 4, d.l. 6.8.1982, n. 629 (convertito dalla l. 12.10.1982, n. 726) insediatasi nel settembre 2008, che prese in esame gli atti amministrativi prodotti dalla giunta.

Obiettivo era verificare l'esistenza di provvedimenti amministrativi che avessero potuto favorire gli interessi di persone legate alle cosche o che avessero potuto facilitare la rielezione della maggioranza in Consiglio alle elezioni del 2007. La relazione, successivamente predisposta dalla citata Commissione straordinaria, aveva indicato molteplici dati ed elementi, sulla base dei quali era stato poi adottato il decreto di scioglimento.

Avverso tale provvedimento il Consiglio comunale ha promosso ricorso innanzi al TAR Calabria che ha rigettato il ricorso.

Successivamente alla proposizione dell'appello il Consiglio di Stato, confermando la pronuncia di primo grado, respingeva il ricorso presentato da diversi componenti dell'ex amministrazione comunale. Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato nel respingere l'appello ha affermato che lo scioglimento del Consiglio comunale è stato disposto ai sensi dell'articolo 143 TUEL, consentendo tale norma l'esercizio del potere di scioglimento nel caso in cui emergano elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organiz-

zata o su forme di condizionamento degli amministratori stessi che compromettano la libera determinazione degli organi elettivi ed il buon andamento delle amministrazioni nonché il regolare funzionamento dei servizi, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato di sicurezza pubblica.

L'utilizzazione, da parte della legge, di una terminologia ampia e indeterminata è indice della volontà del legislatore di consentire un'indagine sulla ricostruzione della sussistenza di un rapporto tra gli amministratori e la criminalità organizzata in base a circostanze che presentino un grado di significatività e di conclusione di livello inferiore rispetto a quelle che legittimano l'azione penale o l'adozione di misure di sicurezza nei confronti degli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso o analoghe.

Pertanto lo scopo del legislatore è quello di riferirsi anche a situazioni estranee all'area propria dell'intervento penalistico o preventivo.

Nel vigente sistema normativo, lo scioglimento dell'organo elettivo si connota, quindi, quale "misura di carattere straordinario" per fronteggiare una "emergenza straordinaria".

L'amministrazione statale fruisce di margini particolarmente ampi nel compiere una valutazione degli elementi su collegamenti diretti o indiretti, o su forme di condizionamento; assumono importanza situazioni non traducibili in episodici addebiti personali, ma tali da rendere nel loro insieme plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata. Insieme a tali elementi sintomatici della situazione cui fa riferimento la legge, il Consiglio di Stato, ha ritenuto sussistenti, nella fattispecie sottoposta al suo esame, plurimi indizi di una situazione di condizionamento degli amministratori, alla stregua dei quali ha reputato di dover valutare favorevolmente i dati relativi alla mancata costituzione di parte civile del comune in questione nel processo penale a carico degli appartenenti alla cosca predominante sul territorio ed al rilascio di false certificazioni utili per l'ammissione ai colloqui in carcere.

In particolare, in relazione alla mancata costituzione di parte civile, il Collegio ha ascritto il dovuto rilievo alla circostanza, rimarcata nella

Relazione della Commissione di accesso, per cui la Prefettura aveva già emanato, nei confronti degli enti locali, due circolari dove si rappresentava la necessità di costituzione di parte civile in procedimenti penali particolarmente sintomatici di condizioni di compromissione di valori relativi alla pacifica convivenza sociale ed alla turbativa dell'ordine e della sicurezza pubblica, anche ai fini della stessa immagine dell'ente, come presidio di legalità.

Appare significativa ed indiziante, ai fini dell'adozione del provvedimento amministrativo impugnato, la mancata emersione, negli atti amministrativi, di qualsivoglia prova in ordine all'espletamento da parte degli amministratori comunali di una qualche attività istruttoria volta a valutare l'opportunità di costituirsi parte civile nel procedimento avverso gli ipotizzati componenti di una consorteria mafiosa operante su quel territorio. Infine appare significativa anche la circostanza dell'avvenuto rilascio di false certificazioni utili per l'ammissione ai colloqui in carcere (era emerso dalla sentenza del giudice penale che un dipendente del comune, addetto ai servizi demografici e stato civile, aveva reso erronee certificazioni demografiche, consegnate poi all'Autorità Giudiziaria da una congiunta del sindaco, al fine di far ottenere ad un altro soggetto l'autorizzazione per essere ammessa ai colloqui in carcere).

Pertanto, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto dai ricorrenti reputando il provvedimento di scioglimento impugnato fondato su elementi intrinsecamente ragionevoli e coerenti e, conseguentemente, corretto l'operato dell'amministrazione statale (*Red. Carolina Morici*).

TAR, Lombardia, Mi, Sez. III, 13.5.2011, n. 1238

Comuni e province - ordinanze contingibili ed urgenti - artt. 50 e 54 TUEL - situazioni di pericolo per l'igiene, l'incolumità e la sicurezza pubblica - a livello locale - Sindaco - disciplina particolare - per fenomeni che riguardano l'intero territorio nazionale - immigrazione - non può stabilire - fattispecie.

Comuni e province - ordinanze contingibili ed urgenti - artt. 50 TUEL e art. 1 d.m. 5/08/2008 sicurezza urbana - sicurezza pubblica - coincidenza - correlate ad esigenze di

repressione della criminalità - è necessario.

Il potere di ordinanza previsto dagli artt. 50 e 54 del d. lgs. n. 267 del 2000 è volto a fronteggiare situazioni di pericolo per l'igiene, l'incolumità o la sicurezza pubblica che si manifestino a livello locale (art. 50 d. lgs. n. 267 del 2000 e art. 1 d.m. 5/08/2008); pertanto, il Sindaco non ha la possibilità di dettare una disciplina particolare in relazione a fenomeni che interessino in ugual misura l'intero territorio nazionale o alcune zone dello stesso, come, ad esempio, nel caso della immigrazione (Nella specie, invece, le ordinanze impuginate, al di là del generico riferimento a imprecisati pericoli connessi ai flussi migratori da paesi extracomunitari e comunitari, non specificano quali siano le peculiari situazioni di criticità che tali eventi hanno determinato a livello locale, né individuano un limite temporale alla disciplina da esse introdotta che non appare, quindi, temporalmente correlata ad una specifica situazione di emergenza).

In base ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 50 d. lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 1 d.m. 5.8.2008, il concetto di "sicurezza urbana" di cui all'art. 54 co. 4 TUEL ed al d.m. 5.8.2008 deve farsi coincidere con la "sicurezza pubblica", vale a dire con l'attività di prevenzione dei fenomeni criminosi che minacciano i beni fondamentali dei cittadini (Corte Cost. 1.7.2009 n. 196), e non può, quindi, essere estesa fino a comprendere quegli strumenti volti all'eliminazione dei fenomeni di degrado che possono affliggere i centri urbani senza essere necessariamente correlati con esigenze di repressione della criminalità; pertanto, il potere di ordinanza disciplinato dalla disposizione citata può essere esercitato a condizione che la violazione delle norme che tutelano la convivenza civile non assuma rilevanza solo in sé considerata, ma costituisca la premessa per l'insorgere di fenomeni di criminalità capaci di minare la sicurezza pubblica (Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 6.4.2010, n. 981, in termini TAR Toscana, Sez. II, 5.1.2011 n. 22).

Nel caso in esame, i Sindaci dei comuni intimati - sul presupposto che l'apertura delle frontiere italiane ai cittadini UE ed extracomunitari sta determinando incontrollati flussi migratori suscettibili di mettere in pericolo l'igiene e la si-

curezza pubblica - hanno ritenuto di poter istituire forme di controllo di tale fenomeno attraverso l'emanazione di ordinanze che assicurino l'idoneità igienica ed abitativa delle unità in cui i cittadini stranieri intendono stabilire la propria dimora abituale e verificando, in taluni casi, la sussistenza dei requisiti reddituali prescritti dalla disciplina nazionale ai fini della regolarità del loro soggiorno nel territorio italiano.

Come statuito dal giudice amministrativo, l'emanazione dei predetti atti è stata tuttavia effettuata in difetto dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere di ordinanza a livello comunale. Difatti, le ordinanze impugnate nulla dicono a proposito del collegamento fra i paventati fenomeni migratori e l'esigenza di prevenire (concreti e specifici) fenomeni criminosi a livello locale, né illustrano come l'introdotta disciplina delle iscrizioni anagrafiche potrebbe contrastare i suddetti (ipotetici) fenomeni. Esse, pertanto, non possono trovare fondamento nemmeno nelle previsioni del nuovo art. 54 del d. lgs. n. 267 del 2000 e del d.m. 5.8.2008 e di conseguenza devono essere annullate (*Red. Valeria Coppola*).

TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 12.5.2011, n. 1170

Comuni e province - sindaco - mozione di sfiducia - motivazione politica - non soltanto giuridico-amministrativo - fattispecie.

La mozione di sfiducia al Sindaco, adottata dal consiglio comunale, rientra fra i provvedimenti caratterizzati da un'elevatissima discrezionalità, la cui motivazione può essere anche incentrata su una diversità di orientamenti politici fra sindaco e maggioranza consiliare, per cui non deve essere motivata con riferimento a precise inadempienze del sindaco rispetto al programma in base al quale è stato eletto (cfr. anche TAR Sicilia Pa, Sez. I, 20.8.2007, n. 1955; TAR Lombardia Mi, Sez. I, 5.2.2009, n. 1145).

Nel caso in questione, il Sindaco di un comune ha proposto ricorso avverso la delibera del Consiglio comunale con la quale è stata approvata la mozione di sfiducia al Sindaco.

Difatti, quando ancora non era trascorso un anno e mezzo dallo svolgimento della competizione elettorale, sei consiglieri sui dodici assegnati al consiglio comunale, depositavano presso gli uffici del comune la citata mozione, pro-

posta ai sensi dell'art. 10 della l.r. 15.9.1997 n. 35, in esito alla quale si chiedeva la convocazione del consiglio comunale nei tempi di legge per la tempestiva trattazione dell'atto.

Il Sindaco ricorrente lamenta che, ai sensi della predetta norma, la mozione di sfiducia deve essere motivata con riferimento a circostanze e fatti effettivamente accaduti o esistenti, riconducibili ad una esistente responsabilità o ascrivibili alla mancanza di un esigibile comportamento del Sindaco, nonché logicamente proporzionati all'effetto della decadenza della carica del Sindaco, con specifica motivazione circa il rigetto delle controdeduzioni presentate dal Sindaco.

A detta del Collegio, invece, sebbene la legge regionale sancisca, come condizione di legittimità della mozione di sfiducia, che essa sia motivata, è giurisprudenzialmente incontrovertito che possa anche trattarsi di una motivazione "politica" e non necessariamente di tipo giuridico-amministrativo, per cui non occorre che sia motivata con riferimento a precise inadempienze del sindaco rispetto al programma in base al quale è stato eletto.

Sulla base di quanto sopra illustrato, il ricorso è stato respinto, in quanto la mozione di sfiducia presentata è retta da una sintetica ma esaustiva motivazione circa le ragioni di carattere politico, che perciò sono insindacabili dal giudice amministrativo (*Red. Valeria Coppola*).

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 22.4.2011, n. 264

Ordinanze contingibili ed urgenti – potere del Sindaco - ex art. 50 d. lgs. 267 del 2000 - necessità urgente di prevenzione pericoli per la salute pubblica - art. 32 cost. - valutazione tecnica - legittimità.

Ordinanze contingibili ed urgenti - potere del Sindaco - ex art. 50 d. lgs. 267 del 2000 - situazione di disagio e non di pericolo - illogicità.

In materia di provvedimenti amministrativi, dalla lettura dell'art. 50 d. lgs. 267 del 2000, si riscontra la legittimità del potere del Sindaco, in qualità di ufficiale di Governo, di adottare ordinanze contingibili ed urgenti in presenza di un pericolo concreto ed attuale di danno grave e imminente per la salute pubblica; pertanto, tale potere è esercitabile esclusivamente se preceduto da un'attività istruttoria finalizzata



all'accertamento del predetto requisito. Nell'ipotesi in cui il presupposto dell'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente sia la prevenzione di una mera situazione di disagio per le abitazioni civili limitrofe, il potere del Sindaco ex art. 50 d. lgs. 267 del 2000 non è funzionale alla tutela della salute pubblica, perché risulta privo dei requisiti di pericolo concreto ed attuale e di danno grave ed imminente per la salute, e come tale è illogico.

Nella fattispecie in commento il TAR per l'Abruzzo è stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso presentato da un'Azienda Agricola, per l'annullamento di un'ordinanza del Sindaco, ai sensi dell'art. 50 d. lgs. 267 del 2000, con la quale si ingiungeva il rispetto di alcune prescrizioni nella gestione dell'Azienda stessa, previo accertamento da parte dell'Ufficio Igiene, Epidemiologia e Sanità Pubblica della Azienda Usi. In particolare, si riteneva necessario ripristinare la funzionalità del pozzo di raccolta del percolato per l'asportazione del materiale solido, la rimozione dei pneumatici per evitare il ristagno dell'acqua e lo sviluppo di insetti, l'intervento di periodiche infestazioni e il mantenimento di ottimali condizioni di pulizia effettuando l'accesso alla stalla posto più lontano dalle civili abitazioni. L'Azienda Agricola lamentava la carenza dei presupposti legali per l'esercizio del potere d'ordinanza, mancando la situazione di pericolo per l'incolumità dei cittadini. Il quadro normativo di riferimento è il TUEL che, all'art. 50 stabilisce che in materia di incolumità pubblica, sicurezza urbana, tutela ambientale dall'inquinamento atmosferico ed acustico e da traffico veicolare "(..) a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili ed urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della Comunità locale (..)". In tale contesto presupposto indispensabile è che l'ordinanza sia destinata a porre rimedio ad una situazione di pericolo per la salute pubblica, perciò eccezionale e contingente e, conforme, in virtù del principio generale di gerarchia delle fonti, anche alla Costituzione della Repubblica (nel caso specifico art. 32 della costituzione). In particolare, il pericolo non può essere eluso mediante il ricorso ad ordinari mezzi dell'amministrazione e, per tal motivo, l'ordinanza deve essere debitamente motivata nel provvedimento, quindi avvalorata da

un'attività istruttoria, che è avvenuta, nel caso specifico, con l'ispezione della Azienda Usi. In tal senso, il giudice amministrativo ha ritenuto immuni da censure le limitazioni imposte all'Azienda Agricola ed inerenti al miglioramento della pulizia e alla rimozione dei pneumatici in quanto espressione di un potere volto non solo a porre rimedio a delle situazioni che già possono essersi verificate, ma anche, e soprattutto, volto a prevenire tutti quei fenomeni di inquinamento da rifiuti.

Tali ordinanze contingibili ed urgenti non possono, tuttavia, essere adottate nell'ipotesi in cui la prescrizione imponga l'obbligo di utilizzare l'accesso "posto più lontano dalle civili abitazioni circostanti", in quanto tale limitazione incide sulle modalità operative e di organizzazione del lavoro dell'imprenditore, non influenzando, in alcun modo sulla sfera della salute pubblica dei cittadini (Red. Elisa Scozzo).

TAR Campania, Sez. I, 6.4.2011, n. 1972

Comuni e province - amministratori - presidente Consiglio comunale - indennità di carica - disciplina applicabile a seguito dell'art. 76, co. 3, d.l. n. 112 del 2008 - riduzione disposta con provvedimento del responsabile dell'area affari generali del comune - incompetenza - non sussiste.

In base alla legge vigente (art. 82, co. 1 e 8 del d. lgs. n. 267 del 2000) la misura dell'indennità di funzione degli amministratori è quella (e soltanto quella) stabilita con decreto del Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica; pertanto, è legittimo il provvedimento con il quale il responsabile dell'area affari generali di un ente locale, senza la preventiva adozione di una deliberazione del consiglio comunale di modifica delle norme statutarie, ha ridotto l'ammontare dell'indennità di carica del presidente del consiglio comunale prevista dallo statuto, in base alle sopravvenute disposizioni del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito con l. 6.8.2008, n. 133), il quale non prevede più alcun potere di incremento in capo alle singole amministrazioni locali.

La fattispecie che ha dato luogo alla sentenza di cui è massima concerne il provvedimento con cui il responsabile dell'area affari generali di un comune ha disposto la riduzione dell'indennità

di carica spettante al presidente del consiglio comunale, in base alle sopravvenute disposizioni del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito con l. 6.8.2008, n. 133). Con un unico motivo di impugnazione il ricorrente sosteneva l'illegittimità di detto provvedimento per difetto di competenza, essendo quest'ultima riservata al consiglio comunale ex art. 23, co. 11, l. n. 265 del 1999, e per contrasto con lo statuto comunale allora vigente. Il TAR Campania, nella prima parte della sentenza in commento, provvede a delineare il quadro normativo di riferimento, partendo da un'analisi del disposto dell'art. 82 del TUEL: la norma, nella sua originaria formulazione, prevedeva, al co. 11, la possibilità per gli enti locali di incrementare o diminuire – purché entro determinati limiti – la misura delle indennità di funzione stabilite, ai sensi del co. 8, con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. La novella introdotta ad opera dell'art. 76, co. 3, del citato d.l. n. 112 del 2008 ha abrogato anche questo circoscritto potere in capo alle singole amministrazioni, congelando al contempo i possibili aumenti dell'indennità in sede di rinnovo triennale del decreto ministeriale. Nonostante la tesi del ricorrente, secondo la quale la novella dell'art. 82 non andrebbe ad incidere sulle indennità pregresse, rileva il Collegio come, in realtà, la sopravvenuta norma statale, non si limiti a sottrarre per il futuro l'indennità ad incrementi stabiliti a livello di amministrazione locale, ma conformi definitivamente le indennità erogate a quelle stabilite a livello di governo centrale. In conclusione, secondo il giudice amministrativo il responsabile dell'area amministrativa del comune non ha in alcun modo prevaricato le competenze del consiglio comunale in materia, dal momento che le stesse sono cessate per legge: difatti, il solo regime giuridico applicabile alla fattispecie è quello stabilito con decreto ministeriale, che prevale su quello dettato da atti amministrativi anteriori (*Red. I-laria De Nicola*).

TAR Campania, Na, Sez. I, 6.04.2011, n. 1972
Comuni e province - indennità di funzione ex art. 82 del d. lgs. n. 267 del 2000 - sopravvenute modifiche normative - esclusione della competenza degli enti locali ad incrementare

o diminuire la misura dell'indennità - competenza statale esclusiva - individuazione del regime giuridico applicabile nelle more dell'adeguamento della norma dello statuto comunale sulla misura delle indennità alle prescrizioni normative sopravvenute - applicabilità del solo d.m. di cui all'art. 82, co. 8 d. lgs. n. 267 del 2000 - fattispecie.

Il potere di determinare la misura delle indennità di funzione di cui all'art. 82, co 1 e 8 d. lgs. n. 267 del 2000, era, già in origine, di competenza statale, restando consentito agli enti locali soltanto di incrementare o diminuire le indennità stabilite, ai sensi di legge, con decreto ministeriale. La norma statale sopravvenuta che ha abrogato anche questo circoscritto potere, al contempo (con significativa concomitanza) congelando i possibili aumenti dell'indennità in sede di rinnovo del decreto ministeriale, non si limita a sottrarre per il futuro l'indennità ad incrementi stabiliti a livello di amministrazione locale, bensì conforma definitivamente le indennità erogate a quelle stabilite a livello di governo centrale; pertanto, in base alla legge vigente la misura dell'indennità di funzione è quella (e soltanto quella) stabilita nel d.m. di cui all'art. 82, co 1 e 8 d. lgs. n. 267 cit., questo essendo il solo regime giuridico applicabile alla fattispecie, che, fondandosi su norma di legge, prevale su quello dettato da atti amministrativi anteriori (Nella specie, il TAR ha ritenuto legittimo il provvedimento amministrativo impugnato che, recependo tale abrogazione, si conformava alle previsioni del decreto ministeriale adottato ai sensi dell'art. 82, co. 8 d. lgs. citato, piuttosto che osservare le previsioni in tal senso dello statuto comunale e, pertanto, rigettato il ricorso proposto, per mancata invasione della sfera di competenza del consiglio comunale. Riteneva, infatti, il ricorrente che l'esercizio di quel potere era riservato al consiglio comunale e non poteva, pertanto, essere esercitato da un funzionario).

Con questa pronuncia il TAR Campania ha rigettato un ricorso proposto dal presidente di un consiglio comunale avverso un provvedimento dirigenziale, il quale, tenuto conto delle recenti modifiche al testo dell'art. 82 del d. lgs. n. 267 del 2000 (“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”), aveva disposto che l'indennità di carica non doveva più essergli

corrisposta in misura del 55% di quella spettante al sindaco, come previsto dallo statuto comunale, ma del 10%.

Il ricorrente aveva rilevato il difetto di competenza del funzionario che aveva così provveduto, ritenendo che l'esercizio di tale potere fosse riservato al consiglio comunale.

Il TAR, invece, ha ritenuto inesistente il lamentato vizio di competenza, tenuto conto che è stato abrogato il potere degli enti locali di aumentare o diminuire la misura delle indennità di funzione stabilite con apposito decreto ministeriale, e che, pertanto, in base al vigente testo dell'art. 82 del d. lg. citato, il regime giuridico di cui al decreto ministeriale è l'unico applicabile. Si ricorda che il comma 1 dell'art. 82 d.lg. citato individua i soggetti beneficiari delle indennità di funzione, quali il sindaco, il presidente della provincia, i presidenti dei consigli comunali e provinciali e così via, mentre, il comma ottavo dello stesso articolo disciplina le modalità di determinazione della misura delle indennità. In particolare, prevede il comma ottavo che essa sia determinata con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, mentre il decimo comma dispone che tale decreto sia rinnovato ogni tre anni.

Il potere degli enti locali di aumentare o diminuire la misura delle indennità di funzione, un tempo previsto dal co. 11 dell'art. 82 d. lgs. citato, è stato abrogato dal d.l. 25.6.2008 n. 112 (*"Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"*), convertito con l. 6.8.2008 n. 133 (*"Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 25.6.2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"*) (Red. Alessandra Farruggio).

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 4.4.2011 n. 541
Comuni e province - consigli - disciplina prevista dall'art. 38 TUEL - durata in carica - emanazione atti a seguito dell'indizione dei comizi elettorali - è possibile - limiti - adozione variante al PRG - illegittimità.

I consigli comunali e provinciali, ai sensi dell'art. 38, co. 5, d. lgs. n. 267 del 2000, restano in carica sino all'elezione dei nuovi, ed a seguito della pubblicazione dei decreti di indizione dei relativi comizi elettorali devono limitarsi ad emanare soltanto eventuali atti urgenti ed improrogabili; pertanto, è illegittima la delibera recante l'adozione di una variante al Piano Regolatore Generale, per sua natura priva dei citati caratteri di improrogabilità ed urgenza, nonché sfornita di una motivazione tale da sorreggerne e giustificarne la promulgazione.

La fattispecie che ha dato luogo alla sentenza di cui è massima trae origine dalla decisione di un comune di emanare una delibera recante l'adozione di una variante al Piano Regolatore Generale, strumento deputato a governare l'attività edificatoria nel territorio, al fine di poter operare un allargamento del relativo manto stradale.

Avverso di essa tuttavia proponeva ricorso uno dei proprietari dei suoli agricoli incisi dal provvedimento indicato il quale, oltre ad evidenziare l'antieconomicità della scelta di destinare spazi privati a tale uso, data l'esistenza di aree pubbliche antistanti, lamentava altresì la carenza degli stessi presupposti occorrenti per l'esercizio di un simile potere.

Nella specie, infatti, la descritta delibera era intervenuta a ridosso delle elezioni amministrative locali, ossia in contrasto con il disposto dell'art. 38, co. 5, TUEL che tuttora vieta la promulgazione di nuovi atti dopo la pubblicazione dei decreti di indizione dei comizi elettorali, salvo che questi ultimi siano urgenti ed improrogabili.

Ebbene il Tribunale adito, chiamato appunto a valutare la natura giuridica del citato provvedimento, ha ritenuto le varianti al piano regolatore come atti ontologicamente privi dei connotati dell'improrogabilità ed urgenza, che invece ne avrebbero permesso l'adozione, ed ha inoltre censurato, nel caso *de quo*, la carenza di motivazioni che potessero sorreggerne e giustificarne l'adozione, con conseguente accoglimento del ricorso (Red. Ilaria Di Toro).

TAR Abruzzo, Aq, Sez. I, 15.3.2011, n. 137
Ordinanze contingibili ed urgenti - ex art. 54, co. 2, d. lgs. n. 267 del 2000 - motivi di si-

curezza, incolumità pubblica e salvaguardia del territorio - potere del Sindaco - insostenibile carico venatorio e sicurezza popolazione - potere della provincia.

In tema di provvedimenti amministrativi, dalla lettura dell'art. 54, co 2, d. lgs. n. 267 del 2000 e l. r.d. 773 del 1931, si rileva che il Sindaco, in qualità di ufficiale di Governo, può adottare, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili ed urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; pertanto, tale potere extra ordinem è utilizzabile esclusivamente nell'ipotesi in cui sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico e quando sia assistito da un'ideale motivazione.

La fattispecie in epigrafe trae origine dal ricorso presentato al TAR Abruzzo, dall'amministrazione provinciale dell'Aquila, per l'annullamento di una ordinanza sindacale recante il divieto di caccia per trenta giorni per motivi di sicurezza, incolumità pubblica e salvaguardia del territorio, a seguito di incendi occorsi negli anni passati che avevano, di fatto, ristretto la zona ove era possibile praticare la caccia, producendo un carico venatorio insostenibile per il territorio e arrecando pericolo alla popolazione e ai cacciatori stessi. La ricorrente contestava lo sconfinamento di potere del Sindaco, stante la competenza esclusiva in *subiecta materia* della Provincia e deduceva la carenza dei requisiti di contingibilità ed urgenza, che non sarebbero stati neanche esplicitati nell'ordinanza stessa.

Il TAR Abruzzo accoglieva il predetto motivo di ricorso, asserendo che l'insostenibile carico venatorio è una circostanza valutabile esclusivamente dalla Provincia, e, inoltre, sull'asserito pericolo che minaccerebbe l'incolumità dei cittadini non risulterebbero dati concreti, in quanto dedotto esclusivamente dal dato numerico della maggiore concentrazione dei cacciatori nella zona, con la conseguenza che il Sindaco non può sovrapporsi al tale esclusiva valutazione, in funzione di controllo o sostitutiva di tale potere. Proprio in ragione della particolare forza derogatoria, le ordinanze del Sindaco, adottate ex art. 54, co. 2, d. lgs. 267 del 2000, devono essere fornite di adeguato supporto motivazionale con riferimento alla fattispecie concreta,

con l'indicazione, dunque, della effettiva situazione di pericolo e della ragionevole probabilità che si verifichi un evento, nel caso in cui l'Amministrazione non intervenga prontamente (Red. Elisa Scozzo).

TAR Sicilia, Pa, Sez. I, 14.03.2011, n. 464

Decadenza carica consigliere comunale - assenza senza giustificato motivo a tre sedute consecutive del consiglio comunale - verifica regolarità avvisi di convocazione - interpretazione restrittiva circostanze cui è conseguente la decadenza.

Il consigliere comunale che non ha preso parte a tre sedute consecutive del consiglio, senza giustificato motivo, e che di conseguenza è dichiarato decaduto dalla carica, può fornire giustificazioni in ordine a tali assenze di modo che il consiglio possa vagliare in concreto le giustificazioni addotte, in quanto la decadenza dalla carica costituisce un limite all'esercizio di un munus publicum e le circostanze cui è conseguente la decadenza vanno interpretate restrittivamente e con estremo rigore.

Il caso di specie da cui trae origine la sentenza di cui è massima fa riferimento al procedimento di decadenza dalla carica di consigliere comunale per mancato intervento, senza giustificato motivo, a tre sedute consecutive del consiglio comunale. Tale procedimento di decadenza dalla carica era stato avviato a seguito di richiesta presentata da consiglieri appartenenti ad un gruppo consiliare avverso al proprio. Il consigliere nei suoi scritti difensivi aveva chiesto che venisse verificata la regolarità della consegna degli avvisi di convocazione alle predette sedute e da tale verifica era risultato che una era stata effettuata in difformità delle forme del codice di procedura civile. Inoltre, in una delle sedute non era stato dato atto dell'avvenuta presentazione della giustificazione dell'assenza del ricorrente per motivi familiari e, nonostante le ampie giustificazioni fornite circa le assenze contestate il dibattito sulla decadenza aveva preso una natura squisitamente politica. Il ricorrente impugnava le varie deliberazioni del consiglio.

All'esito dell'adunanza camerale il TAR accoglieva l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Il giudice amministrativo mettendo in risalto il

carattere sanzionatorio del provvedimento di decadenza, destinato ad incidere su una carica elettiva, ha sottolineato l'importanza di porre la massima attenzione agli aspetti garantistici della procedura, anche per evitare un uso distorto dell'istituto come strumento di discriminazione nei confronti delle minoranze (TAR Puglia, Ba, Sez. II, 7.1.2006, n. 3903). Nel caso di specie, al contrario, nessuna valutazione delle giustificazioni presentate dal ricorrente era stata operata dal Consiglio comunale, con la conseguente violazione del tessuto normativo regolante la fattispecie in esame da parte dell'amministrazione resistente (Red. Alessandra Domenici).

TAR E. Romagna, Pa, Sez. I, 8.3.2011, n. 66
Comuni e province - art. 107 d. lgs. n. 165 del 2001 e art. 107 d. lgs. n. 267 del 2000 - organi di indirizzo politico-amministrativo e dirigenza - riparto attribuzioni - approvazione progetti di opere pubbliche - occupazione d'urgenza delle aree - osservazioni degli espropriandi - competenza a pronunciarsi - spetta alla dirigenza.

Comuni e province - art. 191 d. lgs. n. 267 del 2000 - obbligo di corresponsione dell'indennità di espropriazione - immediata e definitiva copertura degli oneri finanziari - non impone.

Ai sensi dell'art. 4 d. lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 107 d. lgs. n. 267 del 2000, i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica e' attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo; pertanto, rientra nella competenza dei dirigenti degli enti locali l'approvazione dei progetti di opere pubbliche e l'occupazione d'urgenza delle relative aree nonché il vaglio delle osservazioni formulate dai soggetti espropriandi, in funzione dell'adozione dei provvedimenti di loro pertinenza.

L'art. 191 d. lgs. n. 267 del 2000, ha la sola funzione di vietare l'effettuazione della spesa fino al reperimento dei relativi fondi, non anche di imporre un'immediata e definitiva copertura degli oneri finanziari conseguenti all'obbligo di corresponsione dell'indennità di espropriazione.

Nel caso di specie il gestore di un parcheggio attrezzato per autotreni sull'area interessata dalla procedura ablatoria ha impugnato la determinazione del Dirigente del Settore Opere pubbliche, recante l'adozione del progetto tecnico definitivo esecutivo dei lavori di ampliamento del Cimitero urbano, con effetto di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

La ricorrente deduce l'incompetenza del dirigente a pronunciarsi sulle osservazioni degli espropriandi, per essere tale funzione riservata all'organo consiliare, nonché l'insufficienza dell'impegno contabile assunto dall'amministrazione per un intervento espropriativo tale da determinare il pagamento di indennità di importo ben maggiore di quello considerato nel quadro economico, con conseguente violazione del disposto dell'art. 191 d. lgs. n. 267 del 2000.

Tale ricorso è stato ritenuto infondato dal TAR per il quale spetta agli stessi dirigenti la verifica delle osservazioni depositate dai soggetti espropriandi, e non all'organo consiliare, come sostenuto dalla parte ricorrente.

Quanto, infine, alla lamentata inadeguatezza delle risorse finanziarie accantonate dall'amministrazione comunale per la copertura della spesa inerente l'indennità di espropriazione, il Collegio, come ripetutamente sostenuto dalla giurisprudenza, ha affermato che *"l'insufficienza delle previsioni di spesa relative al costo derivante dall'erogazione degli indennizzi dovuti ai proprietari coinvolti nel procedimento ablatorio non è di per sé idonea ad invalidare gli atti approvativi del progetto di opera pubblica con dichiarazione di pubblica utilità della stessa, potendo sempre intervenire in prosieguo un provvedimento integrativo delle originarie previsioni del piano finanziario approvato, di norma predisposto sulla base di stime presuntive soggette necessariamente ad adeguamento in sede di consuntivo"* (Cfr., TAR Abruzzo, Pe, 13.5.2010 n. 420)(Red. Valeria Coppola).

TAR Piemonte, Sez. I, 12.02.2011, n. 163
Comuni e province - consigliere comunale - impugnazione atti deliberativi - legittimazione a ricorrere - esclusione - limiti.

Il singolo consigliere comunale è legittimato a ricorrere contro il comune solo quando vengano in questione atti che ledono in via diretta il

suo diritto all'ufficio, ovvero le prerogative ad esso spettanti quale persona fisica eletta alla carica in parola; ciò si verifica quando il consigliere agisce per denunciare un vizio del procedimento di formazione dell'atto deliberativo che interferisce sul corretto esercizio del mandato del consigliere, nonché quando l'organo sia irrualmente convocato o costituito, o quando sia stato violato l'ordine del giorno ovvero ancora non sia stata depositata nei termini la documentazione da fornire ai suoi membri.

Nella fattispecie in commento il TAR Piemonte è stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso presentato da alcuni consiglieri comunali avverso due deliberazioni della giunta comunale. Nella specie, si trattava di deliberazioni volte alla ratifica di variazioni di bilancio assunte da quest'ultimo organo in via d'urgenza. I ricorrenti ne contestavano la legittimità, esponendo che avendo espresso voto contrario alla ratifica di tali atti, le relative deliberazioni sarebbero risultate lesive del loro interesse ad impedire che l'organo comunale agisse in violazione di legge, interesse connesso a quello alla conservazione dell'ufficio nonché alla tutela della propria immagine. Ebbene, tale assunto non ha trovato conferma nella decisione del TAR Piemonte, il quale ha rigettato il ricorso, dichiarandolo inammissibile per carenza di interesse da parte dei ricorrenti.

Il Collegio ha infatti chiarito che il consigliere

comunale è legittimato a ricorrere contro il comune solo qualora impugni atti che ledono in via diretta il suo diritto all'ufficio, ovvero le prerogative ad esso spettanti quale persona fisica eletta alla carica.

Nel caso di specie, le deliberazioni impugnate, non riguardavano la persona dei consiglieri, bensì una specifica tipologia di atti – ratifica di variazioni di bilancio assunte in via d'urgenza dalla giunta – attraverso i quali gli organi politici provvedono all'amministrazione dell'ente; pertanto, esse non si ripercuotevano in via diretta sul diritto all'ufficio dei consiglieri comunali, né riguardavano direttamente e personalmente quest'ultimi.

D'altronde, come ha evidenziato il Collegio, il processo amministrativo non costituisce una giurisdizione di diritto oggettivo, volta semplicemente a ristabilire una legalità violata, in quanto esso ha la funzione di dirimere una controversia tra un soggetto che si afferma leso in modo diretto ed attuale da un provvedimento amministrativo e l'amministrazione che lo ha emanato; ne consegue, pertanto, che tale processo non può assurgere a strumento di soluzione di controversie politiche interne all'ente, atteso che esso è diretto di regola a risolvere controversie intersoggettive e non controversie tra organi e componenti di organi di uno stesso ente, come tra i consiglieri di un ente locale e l'ente di appartenenza (*Red. Fabiana Misino*).

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 28.4.2011, n. 156

Pubblico impiego - concorso pubblico - giudizio per conflitto di attribuzione tra enti. Deliberazioni della giunta della regione siciliana del 29.12.2009, n. 569, 573, 578, 581, 585, 587, 588, 590 e 591 - artt. 3 e 97 cost. - inammissibilità.

La sentenza dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni posto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri avverso le deliberazioni della Giunta regionale siciliana, che hanno disposto la conferma o il conferimento di nove incarichi di direttore generale a persone esterne alle dotazioni organiche dell'amministrazione regionale, in applicazione di una legge regionale (l. reg. siciliana n. 19/2008, art. 2, co. 3) che ammette il ricorso a tale tipologia di incarichi nel limite del 30 per cento della dotazione organica, diversamente dall'analoga norma statale (art. 19, co. 6, d.lgs. n. 165 del 2001) che prevede per tale tipo di incarichi il limite del 10 per cento.

La sentenza dichiara che le delibere impugnate si riferiscono all'organizzazione degli uffici regionali e costituiscono materia di competenza legislativa esclusiva regionale. Il conflitto di attribuzione è dichiarato inammissibile, in quanto difetterebbe la lesione o la menomazione di un'attribuzione costituzionale dello Stato ricorrente e, quindi, l'elemento oggettivo del conflitto, che non può consistere nella violazione della norma statale, neppure quando questa norma sia espressione o applicazione dei principi costituzionali. È stata respinta la tesi del ricorrente secondo cui la regione siciliana, con le delibere impugnate, avrebbe invaso indebitamente la sfera costituzionale dello Stato definita dagli artt. 3 e 97 cost., "anche e soprattutto con riferimento al potere del legislatore statale di fissare il nucleo minimo garantito del principio del concorso nonché i principi generali valevoli per le pubbliche amministrazioni su tutti i livelli di governo", non potendosi ritenere sussisten-

te un'attribuzione costituzionale dello Stato a definire preventivamente le deroghe ammissibili al principio del concorso pubblico (*Red. Rosa Valicenti*).

Corte costituzionale, 18.4.2011, n. 152

Tributi - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su art. 1, co. 6, art. 2, co. 2 octies e 2 undecies, art. 3, co. 2 bis, d.l. 25.3.2010, n. 40, convertito con modificazione l. 22.5.2010 n. 73 (Disposizioni urgenti tributarie e finanziarie in materia di contrasto alle frodi fiscali internazionali e nazionali operate, tra l'altro, nella forma dei cosiddetti "caroselli" e "cartiere", di potenziamento e razionalizzazione della riscossione tributaria anche in adeguamento alla normativa comunitaria, di destinazione dei gettiti recuperati al finanziamento di un Fondo per incentivi e sostegno della domanda in particolari settori) - art. 36 e 37 r. d. lgs. 15.5.1946, n. 455 e art. 2 e 8 d.P.R. 26.7.1965, n. 1074 - accoglimento.

La Corte ha dichiarato incostituzionale gli artt. 1, co. 6, e 3, co. 2 bis, d.l. 25.3.2010, n. 40, che stabilivano, rispettivamente, che, in casi di utilizzo illegittimo dei crediti d'imposta le somme recuperate fossero riversate all'entrata del bilancio dello Stato e restassero acquisite all'erario e che le maggiori entrate derivanti dalla definizione agevolata di tutte le controversie tributarie affluissero ad un fondo erariale per essere destinate alle esigenze di finanziamento delle missioni internazionali di pace.

La Corte afferma, infatti, che le due norme hanno ad oggetto quelle controversie, espressamente qualificate come tributarie, che scaturiscono da contestazioni inerenti alla riscossione dei tributi erariali, anche di quelli che avrebbero dovuto essere riscossi nel territorio regionale siciliano. La previsione di una simile agevolazione fiscale, con riferimento ai tributi erariali riscossi nel territorio regionale siciliano, incide, pertanto, inevitabilmente sulle fi-

nanze regionali siciliane, che ne subiscono le conseguenze proprio in base al principio stabilito dall'art. 2 del d.P.R. n. 1074 del 1965, secondo il quale spettano alla regione siciliana tutte le entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio, dirette o indirette, comunque denominate. Inoltre, la previsione dell'esclusiva destinazione a fondi erariali del gettito derivante dalla definizione agevolata di tali controversie inerenti alla contestazione di tributi erariali che avrebbero dovuto essere riscossi nel territorio regionale si pone in contrasto con il principio di cui all'art. 2 delle norme di attuazione, non potendo peraltro neppure ritenersi che le entrate derivanti dalla richiamata definizione agevolata delle controversie tributarie siano "entrate nuove" (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 27.4.2011, n. 151

Tutela dell'ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - artt. 4, 8, co. 4, 11, co. 1, e 22, co. 6, 33, co. 3, l. prov. Autonoma Bolzano 12.5.2010, n. 6 (Legge di tutela della natura e altre disposizioni) - art. 117, co. 1 e 2, lett. s), e co. 3 e 5, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, 8, co. 4, 11, co. 1 e co. 2, 22, co. 6, 33, co. 3, l. prov. Bolzano 12.5.2010, n. 6, per violazione degli artt. 117, co. 1 e 2, lett. s), 3 e 5 cost. La l. prov. impugnata contiene disposizioni a tutela degli animali selvatici, delle piante a diffusione spontanea, dei loro habitat, nonché dei fossili e dei minerali. In particolare, il ricorrente censura l'intero art. 4 della l. prov. n. 6 del 2010, perché in esso è utilizzata la nozione di "specie integralmente protette", non coincidente con le nozioni utilizzate dalla normativa statale e comunitaria di riferimento.

La Consulta ha dichiarato fondata la questione sollevata, sulla base dell'assunto che la norma censurata non regola l'attività venatoria, ma mira a tutelare la fauna in sé e per sé, rappresentando quindi una norma di protezione ambientale, di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost..

È stato altresì oggetto di censura l'art. 8, co. 4 della norma impugnata, che consente la raccol-

ta illimitata di funghi epigei ai proprietari, agli affittuari, agli usufruttuari e alle persone con loro conviventi sui fondi di cui dispongono, in deroga all'art. 4, co. 1, l. 23.8.1993, n. 352, che fissa il limite massimo giornaliero di tre chilogrammi complessivi per persona. La Consulta ha dichiarato incostituzionale la disposizione per violazione del livello uniforme di tutela (costituito dal limite massimo giornaliero) fissato dalla legge statale a garanzia dell'ambiente e dell'ecosistema, invalicabile da qualunque normativa regionale o provinciale, secondo costante giurisprudenza.

Innanzitutto alla censura, inoltre, dell'art. 11, co. 1 e 2, l. prov., che attribuisce al dirigente della Ripartizione provinciale Natura e paesaggio il potere di concedere deroghe ai divieti previsti a tutela delle specie animali integralmente protette, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di tale disposizione. Il co. 1 della stessa, infatti, individua l'ambito di applicazione alle "specie animali non soggette alle leggi provinciali sulla caccia e sulla pesca", e, pertanto, espressamente, esclude l'applicazione normativa alla materia della caccia e della pesca, attribuita dallo statuto speciale alle province autonome per farla rientrare, inevitabilmente, nella competenza esclusiva statale della "tutela dell'ambiente". Analoga sorte è toccata all'art. 22, co. 6, l. prov., pure oggetto di censura, nella parte in cui prevede un rapporto diretto tra la prov. autonoma di Bolzano e la Commissione europea, riguardo alla comunicazione delle misure compensative necessarie per garantire la coerenza globale della rete ecologica europea Natura 2000, istituita dall'art. 4 della dir. Habitat. L'art. 13 del d.P.R. n. 357 del 1997 individua nel ministero dell'ambiente il soggetto tenuto a trasmettere le informazioni alla Commissione europea riguardo all'attuazione di tutti gli obiettivi fissati nella suddetta direttiva. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: sentt. n. 378 del 2007; n. 387 del 2008 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 28.4.2011, n. 155

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - l. reg. Puglia 2.8.2010, n. 10, (Attuazione dei programmi comunitari e nazionali e dei processi di stabilizzazione) - art. 117, co. 3,



cost. - accoglimento.

In seguito a un ricorso promosso in via principale dal Governo, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. reg. Puglia 2.8.2010, n. 10 (Attuazione dei programmi comunitari e nazionali e dei processi di stabilizzazione) per violazione dei principi di coordinamento della finanza pubblica ex art. 117, co. 3, cost., in relazione all'art. 14, co. 19 e 21, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122.

Con il provvedimento impugnato la regione Puglia, al fine di assicurare il mantenimento degli obblighi assunti in sede comunitaria, disponeva che la medesima potesse continuare ad avvalersi, fino alla scadenza, di tutti i rapporti di lavoro a tempo determinato, compresi gli incarichi dirigenziali, quelli di consulenza e di collaborazione coordinata e continuativa e i contratti di servizio, conclusi per garantire l'attuazione da parte della regione dei programmi comunitari o finanziati su fondi statali a destinazione vincolata, nonché dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nell'ambito delle procedure di stabilizzazione di cui alla l. 24.12.2007, n. 244 (disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008).

La Corte, accogliendo il primo motivo del ricorso proposto dal Governo, dichiara l'illegittimità costituzionale della legge regionale impugnata ravvisandone il contrasto con l'art. 117, co. 3, cost. e, in particolare, con i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica stabiliti dal legislatore statale con l'art. 14, co. 19 e 21, d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, secondo il quale il mancato rispetto da parte delle regioni del patto di stabilità interno nell'anno 2009, produce di diritto la revoca di tutti gli incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni e i contratti di lavoro (subordinato o autonomo) a tempo determinato stipulati dalle amministrazioni regionali in esecuzione delle delibere adottate in violazione del patto di stabilità interno.

In particolare la Corte, richiamando la natura

e il contenuto del c.d. patto di stabilità interno, evidenzia come i limiti dal medesimo stabiliti costituiscano principi di coordinamento della finanza pubblica ex art. 117, co. 3, cost. vincolanti per il legislatore regionale. Conseguentemente, accertato il mancato rispetto da parte della regione Puglia del patto di stabilità interno per il 2009, la Corte rileva che la legge regionale impugnata, nel prevedere che la regione continui ad avvalersi, sino alla scadenza inizialmente stabilita o successivamente prorogata, degli incarichi dirigenziali a termine, nonché dei contratti di lavoro subordinato o autonomo a tempo determinato, si pone in contrasto con i principi di coordinamento della finanza pubblica previsti dall'art. 14, co. 19 e 21, d.l. 31.5.2010, n. 78 che, al contrario, stabilisce che tali contratti, in caso di violazione del patto di stabilità interno, sono revocati di diritto (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 18.4.2011, n. 150

Commercio - orario di lavoro - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su legge della regione Abruzzo - art. 5, co. 1, e art. 34, co. 2 e 3, l. reg. 12.5.2010, n. 17 (Modifiche alla L.R. 16.7.2008, n. 11 “Nuove norme in materia di Commercio” e disposizioni per favorire il superamento della crisi nel settore del commercio) e art. 2 l. reg. 10.8.2010 n. 38 (Interventi normativi e finanziari per l'anno 2010) - art. 117 cost. - accolto.

La Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 34, co. 3, della l. reg. 12.5.2010, n. 17, che stabiliva che i comuni, nell'ambito delle giornate di deroga all'obbligo di chiusura domenicale e festiva, dovessero garantire, limitatamente agli esercizi della grande distribuzione, a rotazione, il riposo ai lavoratori per almeno la metà delle giornate di apertura domenicale e festiva e che i lavoratori a riposo fossero sostituiti con assunzioni temporanee.

Secondo la Corte, attraverso tale norma, la Regione viene ad incidere sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato e, in particolare, sugli aspetti che regolano la disciplina del riposo domenicale e festivo, che rientrano nella materia «ordinamento civile», attribuita dall'art. 117, co. 2, lett. l), cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato

(Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 7.4.2011, n. 127

Accesso ai pubblici uffici - stabilizzazione lavoratori a tempo determinato - giudizio di legittimità costituzionale in via principale – art. 23 l. reg. Puglia 25.2.2010, n. 5 (Norme in materia di lavori pubblici e disposizioni diverse - art. 97 cost. - accoglimento.

Con la presente pronuncia, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, l. reg. Puglia 25.2.2010, n. 5, che disciplina la stabilizzazione automatica dei lavoratori a tempo determinato dell'Agenzia per il diritto allo studio universitario (ADISU), per violazione dell'art. 97 cost. In particolare, la norma impugnata, nel prevedere che i dipendenti in servizio con contratto di lavoro a tempo determinato presso l'ADISU, assunti a seguito di selezione pubblica, al raggiungimento del requisito temporale di trentasei mesi transitino con contratto di lavoro a tempo indeterminato nei ruoli della medesima Agenzia, restando alle dipendenze dell'Agenzia fino alla stabilizzazione, si pone, secondo la Corte, in violazione del principio di accesso ai pubblici uffici mediante pubblico concorso. La Corte chiarisce infatti che dalla previsione contenuta nella disposizione censurata, secondo la quale gli stabilizzandi devono essere stati a suo tempo assunti a termine «a seguito di selezione pubblica», non vale a sottrarre la norma dalla censura di incostituzionalità, in quanto il previo superamento di una qualsiasi selezione pubblica “è requisito troppo generico per autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso”. Tale previsione, infatti, “non garantisce che la previa selezione abbia natura concorsuale e sia riferita alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere”. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: sent. n. 293 del 2009; n. 235 del 2010 (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 11.4.2011, n. 123

Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 32, 38, co. 1 e 2, 43, co. 2, e 46 l. reg. Calabria 26.2.2010, n. 8 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario - collegato alla manovra di finanza regionale per

l'anno 2010, art. 3, co. 4, l. regionale n. 8/2002) - artt. 3, 97 e 117, co. 1, 2, lett. e), e 3, cost. - parziale accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale, tra gli altri, degli artt. 32, 38, co. 1 e 2, 43, co. 2, e 46 l. reg. Calabria n. 8/2010, per violazione degli artt. 3, 97 e 117, co. 1, 2, lett. e), e 3, cost..

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, in quanto la disposizione che pone integralmente a carico del “Fondo sanitario regionale” i costi relativi tanto alle prestazioni di riabilitazione a ciclo diurno destinate a favore di anziani e disabili, quanto alle prestazioni di riabilitazione a ciclo diurno e di riabilitazione residenziale, si pone in contrasto con la necessità di contenere le spese sanitarie, nella prospettiva della riduzione del disavanzo da cui anche la regione Calabria risulta gravata. Tale disposizione, quindi, viola l'art. 117, co. 3, cost., avendo la regione contravvenuto all'accordo assunto con il Governo, in ordine all'individuazione delle misure più opportune per conseguire l'obiettivo della riduzione del disavanzo sanitario. In tale prospettiva, la norma di cui all'art. 1, co. 796, lett. b), l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) considera espressamente vincolanti, per le regioni che li abbiano sottoscritti, gli interventi individuati dai programmi operativi di riorganizzazione, qualificazione o potenziamento del servizio sanitario regionale, necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico oggetto degli accordi per la riduzione dei disavanzi. Essa, pertanto, secondo la costante giurisprudenza della Corte, può essere qualificata come espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica.

Parimenti, è stato dichiarato illegittimo l'art. 38 della legge n. 8/2010, per violazione degli artt. 3, 97 e 117, co. 3, cost., laddove la legge stabilisce che le aziende sanitarie locali della regione Calabria, previo superamento da parte degli interessati di un'apposita procedura selettiva, provvedono all'assunzione a tempo indeterminato del personale attualmente in servizio e che abbia stipulato contratti di lavoro, anche con tipologia di collaborazione coordi-

nata e continuativa, in data anteriore al 28.9.2007. la più recente giurisprudenza della Corte, nel vagliare la legittimità costituzionale di norme di leggi regionali che, al pari di quella in esame, hanno disposto la stabilizzazione di personale precario, ha ripetutamente affermato che la natura comparativa e aperta della procedura è elemento essenziale del concorso pubblico, Da ciò consegue che, quando, come nell'ipotesi in parola, sia riscontrabile una riserva integrale di posti al personale interno, deve ritenersi violata quella natura "aperta" della procedura, che costituisce elemento essenziale del concorso pubblico.

Analogamente, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del co. 2 del medesimo art. 38, secondo cui la regione riconosce l'esercizio professionale dei laureati in scienze delle attività motorie e sportive nelle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, sia ai fini del mantenimento della migliore efficienza fisica nelle differenti fasce d'età e nei confronti delle diverse abilità, sia ai fini di socializzazione e di prevenzione.

Infine, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43, co. 2, della suddetta legge, il quale, nel disporre la proroga dei contratti di servizio pubblico relativi ai servizi di trasporto pubblico locale al 31.12.2010, con eventuali rinnovi annuali entro il termine finale previsto dal Regolamento CE del 23.10.2007, n. 1370/2007, si pone in contrasto con quanto stabilito dall'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133/2008, che delinea un regime transitorio per l'affidamento del servizio difforme da quello previsto dalla disposizione impugnata.

La Corte, nel ribadire come la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba essere ricondotta alla materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, della tutela della concorrenza, tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato, ha ravvisato una violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. e), cost., proprio in presenza di una norma di legge regionale che, in materia di servizi pubblici locali, determina un regime transitorio per la cessazione degli affidamenti diretti già in essere, che si pone in evidente contrasto con il regime transitorio disciplinato

dall'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 4.4.2011, n. 114

Appalti - giudizio di costituzionalità in via principale - art. 4, co. 28, l. reg. 16.7.2010, n. 12 (Assestamento del bilancio 2010 e del bilancio pluriennale per gli anni 2010-2012 ai sensi dell'articolo 34 della l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 21 del 2007), che ha inserito l'art. 1 bis nella l. reg. Friuli-Venezia Giulia 4.6.2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sviluppo economico regionale, sostegno al reddito dei lavoratori e delle famiglie, accelerazione di lavori pubblici) - art. 117, co. 2, lett. e) e l), cost.; art. 4 della l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia) - accoglimento parziale.

La Corte censura tre disposizioni contenute nell'art. 1 bis l. reg. 4.6.2009, n. 11, perché contrastanti con diverse norme del codice degli appalti poste a tutela della concorrenza.

In particolare, dichiara incostituzionale l'art. 1 bis, co. 3, nella parte in cui prevede che "qualora si applichi il criterio del prezzo più basso si darà corso, in ogni caso all'applicazione del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale", senza far salve le ipotesi in cui il numero delle offerte è inferiore a dieci, come è, invece, prescritto dall'art. 122, co. 9, del codice degli appalti. Dichiara, inoltre, incostituzionale l'art. 1 bis, co. 4, nella parte in cui non prevede che, oltre alle forme di pubblicità ivi stabilite si applichino anche quelle stabilite dall'art. 122 del codice degli appalti, perché, "l'adozione di adeguate misure di pubblicità costituisce un elemento imprescindibile a garanzia della massima conoscenza e della conseguente partecipazione di gara" ed incide notevolmente sul livello di concorrenza che si intende assicurare.

Infine, si dichiara l'incostituzionalità anche del co. 5 del medesimo articolo, nella parte in cui prevede che la procedura semplificata per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura di importo pari o inferiore a 50.000 euro debba svolgersi tra tre invece che almeno tra cinque soggetti, come disposto dall'art. 57, co. 6, del codice degli appalti, perché "la riduzione del numero degli operatori economici abilitati a partecipare alla procedura selettiva compor-

ta una diversità di disciplina idonea ad incidere negativamente sul livello complessivo di tutela della concorrenza nel segmento di mercato preso in considerazione”.

La Corte dichiara, invece, infondata la questione di legittimità relativa alla parte non censurata del co. 3 perché la scelta di dare preferenza ad uno dei criteri di aggiudicazione previsti dal codice degli appalti (nella specie, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa) senza escludere gli altri non è suscettibile di alterare le regole del funzionamento del mercato e quindi non è idoneo ad incidere sui livelli di concorrenza fissati dalla legislazione statale (cfr. anche prec. C. cost. sent. n. 221/2010) (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 7.4.2011, n. 112

Energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della provincia autonoma di Bolzano - art. 1, co. 3, 4, 5, 6 e 7, d. lgs. 11.2.2010, n. 22 (Riassetto della normativa in materia di ricerca e coltivazione delle risorse geotermiche, a norma dell’art. 27, co. 28, della l. 23.7.2009, n. 99) - art. 8 d.P.R. 31.08.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), artt. 8, 14, 16, 68, 107 e 105, statuto speciale Trentino-Alto Adige e art. 119, cost. - accoglimento parziale.

La provincia autonoma di Bolzano solleva questione di legittimità costituzionale contro il d.lgs. che disciplina le risorse geotermiche, assegna al patrimonio indisponibile dello Stato le risorse geotermiche di interesse nazionale e al patrimonio indisponibile regionale quelle di interesse locale ed individua nelle regioni le autorità competenti per le funzioni amministrative riguardanti le risorse geotermiche di interesse nazionale e locale, mentre individua organi statali come competenti nel caso di risorse geotermiche rinvenute nel mare territoriale e nella piattaforma continentale italiana.

Le questioni inerenti i co. 3, 4 e 5 vengono respinte dalla Corte. Questi commi effettuano una classificazione delle risorse geotermiche in base al loro grado di entalpia, individuando di pubblico interesse e pubblica utilità quelle ad alta entalpia (interesse nazionale) e media/bassa entalpia (interesse regionale). Essen-

do, dunque, di fronte ad un principio fondamentale di riforma economico-sociale, la provincia autonoma di Bolzano è tenuta a rispettare queste norme, proprio in base a quanto contenuto nello statuto di autonomia (art. 4).

Diversa è, invece, la decisione per quanto riguarda il co. 6 dello stesso articolo. Questa disposizione stabilisce che le risorse geotermiche di interesse nazionale sono patrimonio indisponibile dello Stato, mentre quelle di interesse locale sono patrimonio indisponibile regionale. Tuttavia, la provincia autonoma di Bolzano ha una competenza normativa primaria in materia di miniere (e quindi anche di risorse geotermiche) e lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige prevede che le province succedono nei beni e nei diritti demaniali e patrimoniali di natura immobiliare dello Stato. La conseguenza è che la provincia dovrà osservare la normativa statale per gli aspetti gestionali, mentre mantiene i propri diritti per gli aspetti economici. La disposizione, quindi, viene dichiarata illegittima per quanto non prevede che essa non possa essere applicata alla provincia di Bolzano.

Per quanto concerne il co. 7 dello stesso d.lgs., invece, la Corte ne rileva la piena regolarità, agendo il legislatore statale in applicazione del principio di sussidiarietà (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, sent. 1.4.2011, n. 109

Tutela dell’ambiente - rifiuti – giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 17, co. 1, 1° e 2° periodo, e co. 2, 1° periodo d.l. 30.12.2009, n. 195 (Disposizioni urgenti per la cessazione dello stato di emergenza in materia di rifiuti nella regione Campania, per l’avvio della fase post emergenziale nel territorio della regione Abruzzo ed altre disposizioni urgenti relative alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed alla protezione civile) convertito, con modificazioni, dall’art. 1, co. 1, l. 26.2.2010, n. 26 – artt. 33, 34 e 35 del d.P.R. 22.3.1974, n. 381 (Norme di attuazione dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche) - accoglimento.

La Provincia autonoma di Trento ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all’art. 17, co. 1, 1° e 2° periodo, e co. 2, 1° periodo, d.l. 30.12.2009, n. 195, in partico-

lare nella parte in cui rende applicabile – in materia di “interventi urgenti nelle situazioni a più elevato rischio idrogeologico e al fine di salvaguardare la sicurezza delle infrastrutture e il patrimonio ambientale e cultural” – detta disposizione alla provincia autonoma di Trento. In merito, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione fondata laddove la disposizione impugnata, avente carattere straordinario, attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri la possibilità di nominare, con la procedura prevista nella stessa normativa, su tutto il territorio nazionale e comunque nel limite di tre anni dall’entrata in vigore del decreto censurato, i Commissari straordinari delegati, per svolgere le opportune azioni di indirizzo e di supporto, promuovendo le intese tra enti pubblici e soggetti privati.

La Corte ha ribadito, come da propria giurisprudenza, che le attività relative alla difesa del suolo, anche con riguardo alla salvaguardia per i rischi derivanti da dissesto idrogeologico, rientrano nella materia della tutela dell’ambiente, di esclusiva competenza statale, ai sensi dell’art. 117, co. 2, lett. s), cost. (ex plurimis, sent. n. 341/2010 e n. 246/2009). Tuttavia, nel caso di specie, sussiste una competenza primaria della Provincia autonoma di Trento, puntualmente individuata dallo Statuto e dalle norme di attuazione dello stesso.

Pertanto, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma impugnata che, essendo basata sulla violazione del sistema statutario del Trentino-Alto Adige, estende la sua efficacia anche alla Provincia autonoma di Bolzano, oltre che alla ricorrente Provincia autonoma di Trento (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 1.4.2011, n. 108

Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 3, 13, 15, co. 1, 3 e 5, 16, co. 1 e 2, 17, co. 4, e 19 l. reg. Calabria 26.2.2010, n. 8 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario (collegato alla manovra di finanza regionale per l’anno 2010, art. 3, co. 4 l. reg. n. 8 del 2002). Modifiche all’art. 11 l. reg. 30.12. 2009, n. 42) - artt. 3, 97 e 117, co. 2, lett. l), e 3, cost. - accoglimento parziale.

Il Governo solleva questione di legittimità co-

stituzionale, per violazione degli artt. 3, 97 e 117, co. 2, lett. l), e 3, cost., degli artt. indicati in epigrafe della l. reg. Calabria 26.02.2010, n. 8 sotto vari profili attinenti alle regole di accesso ai pubblici uffici. In particolare, l’art. 1, co. 3, l. reg. impugnata dispone che i lavoratori dipendenti delle comunità montane che, all’entrata in vigore della legge, censurata, prestano servizio presso altri enti o aziende pubbliche, possano essere trasferiti ed inquadrati negli enti o aziende pubbliche utilizzatrici, mentre il successivo art. 15, co. 1, dispone che, al fine di garantire il più corretto utilizzo del personale ex lavori socialmente utili/lavori di pubblica utilità, assunto a tempo indeterminato con contratto part-time alle dipendenze della Regione, il rapporto di lavoro del personale stabilizzato con un part-time verticale a 24 ore settimanali sia trasformato in rapporto di lavoro a tempo pieno a 36 ore settimanali.

La Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di tutte le disposizioni impuginate, evidenziando che le modalità di assunzione senza predeterminazione di criteri selettivi di tipo concorsuale – e che quindi escludono o riducono irragionevolmente la possibilità di accesso al lavoro dall’esterno – violano il principio del pubblico concorso, di cui agli artt. 3 e 97 cost. I giudici costituzionali ricordano infatti che l’unica modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni è costituita dal concorso (cfr. sentenze n. 205/2006, 363/2006, 215/2009, 293/2009, 149/2010, 235/2010, 7/2011). Relativamente alla questione sollevata con riferimento all’art. 15, co. 1, l. reg. censurata, la Corte ritiene la stessa fondata sia con riferimento all’art. 117, co. 2, lett. l), cost. (ordinamento civile), sia con riferimento alla dedotta violazione di principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, co. 3, cost.). Infatti, l’art. 15, co. 1, prevedendo la trasformazione dei contratti a tempo parziale del personale ex LSU/LPU in rapporti di lavoro a tempo pieno, incide sulla disciplina dell’orario, regolato dalla contrattazione collettiva. In tal modo, la disposizione regionale detta una norma attinente alla disciplina privatistica del rapporto di lavoro e, dunque, incide sulla materia dell’ordinamento civile, di competenza esclusiva del legislatore statale. La norma re-

gionale censurata è, inoltre, illegittima anche con riferimento alla lesione dei principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 117, co. 3, cost. Con l'introduzione di procedure finalizzate alla progressione di carriera mediante selezione interna, la stessa si pone in contrasto con l'art. 1, co. 557, l. 27.12.2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), che obbliga le regioni alla riduzione delle spese per il personale e al contenimento della dinamica retributiva. Inoltre, secondo la Consulta, la norma censurata contrasta anche con l'art. 76, co. 6, d.l. 25.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito in legge dall'art. 1, co. 1, l. 6.8.2008, n. 133, laddove, al co. 6, prevede l'adozione di un d.P.C.M. per la riduzione delle spese del personale e, al co. 7, vieta esplicitamente agli Enti nei quali l'incidenza delle spese del personale è pari al 40% di procedere ad assunzioni con qualsivoglia tipologia contrattuale (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 1.4.2011, n. 107

Energia - progetti di impianti per la produzione di energia elettrica di microgenerazione da fonte eolica di potenza superiore a 200 kW ed inferiore ad 1 MW ovunque ubicati - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3, co. 1, paragrafo i) e paragrafo iii), l. reg. Basilicata 15.2.2010 n. 21 (Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 19.1.2010, n. 1 e al Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, l. reg. Basilicata 15.2.2010, n. 21 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 19.1.2010, n. 1 e al Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale), in particolare dei par. i) e iii), che modificano, rispettivamente, il par. 1.2.2.1. ed il par. 2.2.2. dell'Appendice A del Piano di indirizzo energetico ambientale regionale, parte integrante della l. reg. Basilicata 19.1.2010, n. 1 (Norme in materia di

energia e Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – l.r. n. 9/2007), in quanto estendono l'ambito di applicabilità del regime semplificato della denuncia di inizio attività (DIA) all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

La Corte ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate in quanto innalzano la soglia di potenza, secondo cui la costruzione dell'impianto risulta subordinata a procedure semplificate, oltre il limite individuato dalla tabella A richiamata dall'art. 12, co. 5, d. lgs. 29.12.2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità). Per tale motivo, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., avendo la legge regionale violato i principi stabiliti dalla legge statale, nella materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", di competenza concorrente. In argomento, v. conformi C. cost.: n. 119/2010, 124/2010; 168/2010; 194/2010; 332/2010; 366/2010 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 1.4.2011, n. 106

Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 2 l. reg. Veneto 4.3.2010, n. 17 (Istituzione delle direzioni aziendali delle professioni sanitarie infermieristiche e ostetriche e delle professioni riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione) - artt. 81, co. 4, 97 e 117, co. 2, lett. l) cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri promuove questione di legittimità costituzionale della l. reg. indicata in oggetto in quanto, ad avviso del ricorrente, presenterebbe profili di illegittimità costituzionale nel suo art. 2 e nelle disposizioni con esso inscindibilmente connesse, per violazione degli artt. 81, 117, co. 2, lett. l) e 97 cost. In particolare, con la disposizione in questione si prevede l'istituzione di due direzioni aziendali non soltanto senza specificare in qual modo la Regione intenda coprire i relativi posti, ma anche senza prevedere che all'istituzione di tali posti si faccia luogo attraverso le modificazioni compensative della dota-



zione organica complessiva aziendale.

La Corte, preliminarmente, evidenzia che l'applicazione alle Regioni dell'obbligo di copertura finanziaria delle disposizioni legislative è stata sempre ribadita nella propria giurisprudenza (sent. nn. 359/2007, 213/2008, 386/2008, 100/2010, 141/2010), con la precisazione che il legislatore regionale non può sottrarsi alla fondamentale esigenza di chiarezza ed equilibrio del bilancio cui l'art. 81 cost. s'ispira. Partendo dal presupposto che la copertura di nuove spese deve essere credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in adeguato rapporto con la spesa che si intende effettuare, la Corte costituzionale giunge alla conclusione che la l. reg. impugnata non è conforme a tali principi e, quindi, al disposto della citata disposizione costituzionale. Infatti, la normativa introdotta comporta nuove spese, ancorché il suo carattere generico non ne consenta una precisa determinazione. La legge censurata, all'art. 2, prevede l'istituzione di due "strutture complesse" (così definite nell'art. 2, co. 1), in assenza però di indicazioni circa il relativo organico e la disponibilità dei mezzi necessari per il loro funzionamento, nonché senza stabilire che alla detta istituzione si debba provvedere mantenendo invariati i costi complessivi sopportati dagli enti per il personale impiegato e per le strutture occorrenti al fine di renderlo operativo.

La Corte non condivide quindi la tesi della Regione resistente secondo cui la disciplina introdotta con la legge censurata verrebbe ad inserirsi in un quadro normativo già ricco di vincoli rigorosi volti al contenimento dei costi in materia sanitaria, onde non sarebbe in grado di provocare alcun incremento dei medesimi. Esiste dunque, ad avviso della Corte, uno stretto collegamento tra la legge, la nuova e maggior spesa che essa comporta e la relativa copertura finanziaria, che non può essere ricercata in altre disposizioni, ma deve essere indicata nella legge medesima, al fine di evitare che gli effetti di essa (eventualmente in deroga alle altre disposizioni) possano realizzare stanziamenti privi della corrispondente copertura (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 21.3.2011, n. 91

Comunità montane - giudizio per conflitto di

attribuzione tra enti promosso dalla regione Veneto contro il Presidente del Consiglio dei ministri - art. 2 d.P.C.M. 19.11.2007 (Riordino della disciplina delle Comunità montane, ai sensi dell'art. 2, co. 21 l. 24.12.2007, n. 244) - accoglimento.

La regione Veneto promuove un conflitto di attribuzione tra enti in relazione al d.P.C.M. con cui è stabilito che, alla data della relativa pubblicazione, si producano gli effetti dell'art. 2, co. 20, l. 24.12.2008. Quest'ultimo, in particolare, introduce norme di riordino delle Comunità montane, tra cui la soppressione di alcune di esse, la cessazione dell'appartenenza di alcuni comuni ad altre disposizioni inerenti la composizione degli organi di governo.

Per la norma di legge richiamata è stata pronunciata l'illegittimità da parte della Corte costituzionale (sentenza n. 237/2009). È stato, inoltre, dichiarato illegittimo anche il successivo co. 21 dello stesso articolo, che prevedeva che gli effetti del co. 20 si producessero alla data di pubblicazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

In considerazione di ciò, la Corte rileva che il d.P.C.M. risulta costituzionalmente illegittimo ed afferma che non spetta allo Stato l'adozione di un simile provvedimento nei confronti della regione Veneto (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 11.3.2011, n. 79

Opere pubbliche - giudizio di legittimità costituzionale su ricorso della regione Emilia-Romagna - art. 4, co. 6, 7 e 8, del d.l. 25.3.2010, n. 40 (Disposizioni urgenti tributarie e finanziarie in materia di contrasto alle frodi fiscali internazionali e nazionali operate, tra l'altro, nella forma dei cosiddetti «caroselli» e «cartiere», di potenziamento e razionalizzazione della riscossione tributaria anche in adeguamento alla normativa comunitaria, di destinazione dei gettiti recuperati al finanziamento di un Fondo per incentivi e sostegno della domanda in particolari settori), nel testo anteriore alla conversione in legge, operata, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 22.5.2010, n. 73 - artt. 70, 77, 97, 117, co. 3 e 4, e 118 cost. - accoglimento.

La reg. Emilia-Romagna ha promosso questione di legittimità costituzionale della disposizione sopraindicata per violazione degli artt. 70,

77, 97, 117, co. 3 e 4, e 118 cost.. In particolare, la regione ricorrente lamenta che il Governo abbia disposto unilateralmente la revoca di un finanziamento statale (deliberato dal C.I.P.E. nel 2005), volto alla realizzazione di un'infrastruttura strategica, concordata fra lo Stato e la Regione Emilia-Romagna. Secondo la ricorrente, la revoca del finanziamento sarebbe il frutto di una serie di decisioni assunte unicamente dal comune di Parma e dal Governo, al di fuori degli accordi quadro stipulati sin dal 2003 fra lo Stato e la Regione Emilia-Romagna.

La Corte dichiara preliminarmente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 6, 7 e 8, d.l. n. 40/2010, promosse in riferimento agli artt. 70 e 97 cost., e non fondate le questioni di legittimità costituzionale della medesima disposizione promosse in relazione agli artt. 77, 117, co. 3 e 4, e 118 cost.. I giudici costituzionali dichiarano inoltre l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 6, del d.l. impugnato, che istituisce, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il "Fondo per le infrastrutture portuali", destinato a finanziare le opere infrastrutturali nei porti di rilevanza nazionale. Per la ripartizione di tale Fondo è previsto il parere del C.I.P.E., ma non è prevista né l'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, né l'intesa con le singole Regioni interessate. Sul punto, la Corte osserva che il Fondo in questione si riferisce ad interventi che rientrano nella materia "porti e aeroporti civili", rimessa alla competenza legislativa concorrente dall'art. 117, co. 3, cost. Tuttavia, poiché si tratta di porti a rilevanza nazionale, si deve ritenere che la competenza legislativa in materia sia attratta in sussidiarietà allo Stato. Al riguardo, la Consulta ricorda che, in passato, ha ritenuto ammissibile la previsione di un fondo a destinazione vincolata anche in materie di competenza regionale, residuale o concorrente, precisando che "il titolo di competenza statale che permette l'istituzione di un Fondo con vincolo di destinazione non deve necessariamente identificarsi con una delle materie espressamente elencate nell'art. 117 cost., co. 2, ma può consistere anche nel fatto che detto fondo incida su materie oggetto di 'chiamata in sussidiarietà' da parte dello Stato, ai sensi dell'art. 118, co. 1, cost.". Ne discende, nel ca-

so di specie, l'illegittimità della norma impugnata nella parte in cui non prevede alcuna forma di leale collaborazione tra Stato e Regione, che deve invece esistere per effetto della deroga alla competenza regionale. Secondo i giudici costituzionali, infatti, fermo restando il potere dello Stato di istituire un Fondo per le infrastrutture portuali di rilevanza nazionale, la ripartizione di tale fondo è subordinata al necessario raggiungimento di un'intesa con la Conferenza Stato-Regioni (per i piani generali di riparto delle risorse allo scopo destinate) e con le singole Regioni interessate (per gli interventi specifici riguardanti singoli porti) (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 7.3.2011, n. 78

Sanità pubblica - disciplina sull'assetto programmatico, contabile, gestionale e di controllo dell'Azienda sanitaria regionale del Molise - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 31, co. 2, 3 e 8, lett. c), 32 e 33 l. reg. Molise 22.2.2010, n. 8 (Disciplina sull'assetto programmatico, contabile, gestionale e di controllo dell'Azienda sanitaria regionale del Molise - Abrogazione della legge regionale 14.5.1997, n. 12) - art. 120 Cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale degli artt. 31, co. 2, 3 e 8, lett. c), 32 e 33 l. reg. Molise 22.2.2010, n. 8 (Disciplina sull'assetto programmatico, contabile, gestionale e di controllo dell'Azienda sanitaria regionale del Molise - Abrogazione della l. reg. 14.5.1997, n. 12), nella parte in cui dispongono che sia la Giunta regionale - e non il commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro del deficit sanitario - ad esercitare il controllo su tutti gli atti del Direttore generale dell'Azienda sanitaria regionale in merito all'adozione del bilancio e/o alla proposta per la copertura della perdita d'esercizio.

La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate. Ad avviso della Corte, l'attribuzione del potere di controllo alla Giunta regionale, sebbene non faccia sorgere in capo alla stessa un potere in diretto contrasto con i poteri del commissario, si concreterebbe comunque in un'interferenza della Giunta sulle funzioni com-

missariali, idonea ad integrare la violazione dell'art. 120, co. 2, cost. La Corte ha infatti rilevato che le funzioni amministrative del commissario, ovviamente fino all'esaurimento dei suoi compiti di attuazione del piano di rientro, devono essere poste al riparo da ogni interferenza degli organi regionali, senza che possa essere evocato il rischio di fare di esso l'unico soggetto che abbia il potere di garantire il superamento della situazione di emergenza sanitaria in ambito regionale. In argomento, v. conformi C. cost.: 5.6.2007, n. 193 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 11.3.2011, n. 77

Pubblico impiego - trattamento economico dipendenti regionali - contrattazione collettiva - contratti a tempo determinato - figure professionali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 18, co. 4, art. 19, co. 1, 2, 3, 5, 7, l. reg. Molise 22.1.2010, n. 3 (Legge finanziaria regionale 2010) - art. 117 cost. - accoglimento.

L'art. 18, co. 4, della legge regionale indicata in epigrafe stabilisce che la Giunta regionale debba adottare una nuova disciplina riguardante le spese per i buoni pasto spettanti al personale dipendente, limitando, con alcune eccezioni, l'utilizzo dei suddetti buoni pasto ad un numero massimo di 120 all'anno per dipendente. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato la norma per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost..

La Corte ha chiarito che i buoni pasto sono una componente del trattamento economico dei dipendenti e, pertanto, rientrano nella regolamentazione del contratto di lavoro. Richiamando la propria giurisprudenza in materia, la Corte ha rilevato che la regolamentazione del contratto è oggetto riconducibile alla materia dell'ordinamento civile, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Pertanto, la Corte ha accolto sul punto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 18, co. 4, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha poi impugnato, sempre per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost., l'art. 19 co. 1, 2 e 3 della legge in questione. I co. 1 e 2 attribuiscono alla Azienda sanitaria regionale per il Molise il potere di prorogare i contratti del personale sani-

tario assunto a tempo determinato per la durata massima del piano di rientro sanitario. Il co. 3 prevede che l'Azienda sanitaria adotti un piano di riorganizzazione del personale coerente con il piano di rientro.

La Corte ha ricordato come sia principio consolidato nella propria giurisprudenza che le norme che prevedono il piano di rientro e la nomina di un commissario ad acta e che ne disciplinano l'attività sono da considerarsi come principi di coordinamento della finanza pubblica. Con tali norme contrastano i co. 1 e 2 della legge impugnata. La previsione della proroga dei contratti di lavoro rischia infatti, ad avviso della Corte, di pregiudicare i risultati del piano di rientro. Pertanto, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dei co. 1 e 2 per violazione dell'art. 117, co. 3, cost.

La Corte ha rigettato il ricorso avverso il co. 3 dell'art. 19, chiarendo che la previsione di un piano di riorganizzazione del personale coerente con il piano di rientro non pregiudica la riuscita del suddetto piano e dunque non si pone in contrasto con i principi di coordinamento della finanza pubblica.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato il co. 4 dell'art. 19, nella parte in cui prevede che l'Azienda sanitaria regionale possa stipulare contratti a tempo determinato anche per lo svolgimento di compiti diversi da quelli previsti dalla normativa statale di riferimento (l. n. 502/1992 e l. n. 662/1996). La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che la previsione della possibilità di stipulare contratti di lavoro a tempo determinato in materia sanitaria per fattispecie diverse da quelle individuate dalla norma statale si pone in contrasto con l'art. 117, co. 3, che attribuisce allo Stato la competenza a dettare i principi fondamentali in materia di tutela della salute.

La Corte ha inoltre accolto il ricorso anche con riferimento al co. 5 dell'art. 19, che istituisce la figura professionale dell'informatore medico scientifico. La Corte ha chiarito che l'individuazione delle figure professionali e della relativa disciplina è materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ed ha pertanto dichiarato l'illegittimità della norma in questione.

La Corte ha infine accolto il ricorso anche con riferimento al co. 7 dell'art. 19, che prevede la

possibilità per il commissario ad acta di assumere personale esterno per lo svolgimento delle proprie funzioni. La Corte ha ritenuto che tale normativa sia in contrasto con l'art. 117, co. 3, cost., perché l'art. 2 del d.l. 159/2007, da intendersi come principio di coordinamento della finanza pubblica, stabilisce che le gestioni commissariali dei piani di rientro debbono utilizzare le figure professionali e umane previste dalla legislazione vigente, precludendo la possibilità di ricorrere a nuove assunzioni. In merito, v. precedenti conformi sent. n. 189/2007; 94/2009; 40/2010; 100/2010; 324/2010; 351/2010.

Corte costituzionale, sent. 3.3.2011, n. 70

Tutela dell'ambiente - parchi regionali – Giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1 l. reg. Basilicata 29.1.2010, n. 4 (Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 28.6.1994, n. 28, individuazione, classificazione, istituzione, tutela e gestione delle aree protette in Basilicata) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Con ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri, è stata sollevata una questione di illegittimità costituzionale relativamente all'art. 1 della citata legge regionale per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e del paesaggio.

La norma prevede che, nella fase di transizione dall'attuale Piano paesistico di area vasta e fino all'approvazione del Piano del Parco, gli enti Parco regionali possono adottare provvedimenti specifici, anche in deroga al divieto di attività e opere compromettenti la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati, mediante un apposito Regolamento provvisorio del Parco approvato dal Consiglio regionale.

La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma. Richiamando la propria costante giurisprudenza in materia, il giudice costituzionale ha chiarito che la disposizione impugnata viola la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente in quanto, disciplinando i parchi naturali, incide sulla tutela del patrimonio ambientale, e paesaggistico.

La Corte ha poi ribadito il principio secondo cui “la Regione non può legiferare in materia

di ambiente quand'anche esista un vuoto di disciplina”.

Infine, constatando che la legge reg. Basilicata de qua è costituita da due soli articoli, di cui l'art. 2 disciplina solamente l'entrata in vigore dell'impugnato art. 1, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intera legge reg. Basilicata del 29.1.2010, n. 4 ai sensi dell'art. 27, l. cost. 11.3.1953, n. 87. V. precedenti conformi: C. Cost., sent. n. 127/2010 e 373/2010 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 3.3.2011, n. 67

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 11, co. 1, 54, co. 1 e 2, e 72, co. 2 e 3, l. reg. Basilicata 30.12.2009, n. 42 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione annuale e pluriennale della Regione Basilicata – legge finanziaria 2010); artt. 7 e 8 l. reg. Basilicata 19.1.2010, n. 1 (Norme in materia di energia e Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale - P.I.E.A.R. - d. lgs. n. 152/2006 - l. reg. 9/2007); punti 2.1.2.1, 2.2.2 e 2.2.3.1 dell'appendice A al P.I.E.A.R. e art. 1 l. reg. Basilicata 29.1.2010, n. 10 (Modifiche all'art. 11 della legge regionale 30.12.2001, n. 42) - Artt. 3, 41, 97, 117, co. 1, 2, lett. e), l) e s), e 3, 120, co. 1, cost.; artt. 43 e ss. e 81, co. 1, lett. b), Trattato istitutivo della Comunità europea - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente, degli artt. 11, co. 1, 54, co. 1 e 2, nonché 72, co. 2 e 3, della l. reg. Basilicata n. 42/2009, degli artt. 7 e 8 della l. reg. Basilicata n. 1/2010, nonché dei punti 2.1.2.1., 2.2.2. e 2.2.3.1. dell'Appendice A al P.I.E.A.R., allegato alla medesima legge regionale, di cui costituisce parte integrante, e dell'art. 1 della l. reg. Basilicata n. 10/2010.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 l. reg. Basilicata n. 42/2009 e dell'art. 1 l. reg. Basilicata n. 10/2010, per violazione dell'art. 97 cost., in quanto non prevedono che i soggetti da esse contemplati debbano superare un concorso pubblico, ma solamente che la Regione “promuove” la loro stabilizzazione.

Le norme, infatti, si pongono in contrasto con il citato parametro costituzionale, che impone il

concorso quale modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni e consente deroghe a tale principio solo qualora ricorrano esigenze particolari e sia adeguatamente garantita la professionalità dei prescelti, circostanze che non ricorrono nella presente fattispecie.

La Corte, inoltre, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, co. 1, l. reg. Basilicata n. 42/2009, che ha emendato l'art. 10, co. 3, l. reg. Basilicata n. 31/2008, a sua volta già sostitutivo dell'art. 3, co. 2, l. reg. Basilicata n. 9/2007, per violazione degli artt. 41 e 117, co. 2, lett. e), cost., in quanto detta norma prolunga in modo implicito e irragionevole la moratoria generalizzata relativamente all'installazione di impianti di energia alimentati da fonti rinnovabili, senza alcuna plausibile giustificazione al riguardo, nonché autorizza eccezionalmente l'installazione, su terreni di proprietà pubblica, di impianti fotovoltaici, sotto la responsabilità di soggetti pubblici che operano nel settore esclusivamente a fini di profitto. Tale previsione derogatoria non solo è direttamente lesiva dell'art. 3 cost., ma introduce un elemento di forte distorsione nell'accesso al mercato delle fonti rinnovabili, assegnando ai soggetti pubblici un'indebita e ingiustificata posizione di vantaggio. In tal modo, la norma regionale impugnata frustra l'esigenza di consentire la piena apertura del mercato nel settore delle energie rinnovabili a tutti gli operatori economici.

E' stata dichiarata anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, co. 2, l. reg. Basilicata n. 42/2009, che ha modificato l'art. 10, co. 5, l. reg. Basilicata n. 31/2008, in quanto detta norma prevede fasce di rispetto e svariate restrizioni sui terreni destinati all'insediamento di impianti alimentati da fonti di energia alternativa. Tale regime vincolistico, tuttavia, è stato considerato avulso dalle linee guida nazionali previste dall'art. 12, co. 10, d.lgs. n. 387/2003, in violazione della tutela dell'ambiente riservata allo Stato dall'art. 117, co. 2, lett. s), cost..

E' stata dichiarata, inoltre, l'incostituzionalità dell'art. 7, co. 1, lett. c), l. reg. Basilicata n. 1/2010, di modifica dell'Allegato A della l. reg. Basilicata n. 47/1998, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost., con l'interposizione della lett. c-bis) dell'allegato III alla parte II

del d.lgs. n. 152/2006. Ciò in quanto, mentre la legge regionale impugnata consente l'installazione di impianti al di sotto delle soglie stabilite anche in mancanza di valutazione di impatto ambientale, la normativa statale contenuta nella lett. c bis) dell'allegato III alla parte II del d.lgs. n. 152/2006 prescrive inderogabilmente la procedura di valutazione d'impatto ambientale per tutti gli interventi, pur se inferiori ai limiti previsti a livello regionale. Se, quindi, l'obbligo di sottoporre qualunque progetto alla procedura di valutazione d'impatto ambientale attiene al valore della tutela ambientale, la norma regionale impugnata, nel sottrarre la tipologia degli impianti "sotto soglia", è invasiva dell'ambito di competenza statale esclusiva di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost.

E' stata dichiarata, infine, l'illegittimità costituzionale dei punti 2.1.2.1., 2.2.2. e 2.2.3.1. dell'Appendice A al P.I.E.A.R., Allegato alla legge reg. Basilicata n. 1/2010, che, ai sensi dell'art. 1, co. 1, della medesima legge ne costituisce parte integrante, laddove pongono vincoli tassativi alla realizzazione di determinati impianti nei siti della Rete Natura 2000 (siti di importanza comunitaria e zone di protezione speciale), per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost.

La preclusione assoluta alla realizzazione degli impianti solari termodinamici e fotovoltaici nella aree della Rete Natura 2000 è, ad avviso della Corte, in contrasto con la disciplina protezionistica statale che regola gli interventi all'interno delle aree protette, non già escludendone incondizionatamente l'installazione, ma sottoponendone la fattibilità alla valutazione di incidenza, per individuarne e valutarne in via preventiva gli effetti sulla base di un concreto confronto con gli obiettivi di conservazione dei siti. Il divieto aprioristico di realizzazione degli impianti in oggetto svuota di ogni significato la valutazione di incidenza, che invece potrebbe precludere, nei singoli casi, alla praticabilità dell'intervento (Red. Filippo Barbagnallo).

Corte costituzionale, 25.2.2011, n. 61

Immigrazione - diritti sociali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 2, lett. a), co. 3, lett. b), 2, co. 1, 3,

co. 1, 4, co. 2, 8, co. 2, 14, co. 1 e 2, 16, 17, co. 2, co. 5, co. 6 e co. 7, 18, co. 1 e co. 3, 20, co. 1, l. reg. Campania 8. 2. 2010, n. 6. - art. 117, co. 2, lett. a) e b), cost. - rigetto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato congiuntamente una pluralità di disposizioni contenute nella l. reg. Campania, n. 6/2010 (Norme per l'inclusione sociale, economica, e culturale delle persone straniere presenti in Campania), per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. a) e b), Cost. La Corte ha respinto il ricorso, rilevando che la potestà legislativa regionale, se da un lato non può ad avere ad oggetto la regolamentazione dei flussi di ingresso e soggiorno di persone straniere nel territorio nazionale, dall'altro può senz'altro disciplinare altri ambiti, quali il diritto allo studio o all'assistenza sociale, espressamente attribuiti alla competenza concorrente e residuale delle Regioni.

In altre parole, trova applicazione quel principio generale, più volte ribadito dalla Corte, per cui l'intervento statale non può limitarsi al controllo e alla regolamentazione dei flussi di ingresso e di soggiorno, ma deve estendersi a quei settori, parimenti rilevanti per le comunità di stranieri presenti sul territorio nazionale, come l'assistenza sociale, l'istruzione, la salute, l'abitazione, che coinvolgono una pluralità di competenze, alcune attribuite allo Stato, altre alle Regioni (Red. Francesco Sampugnaro).

Corte costituzionale, 25.2.2011, n. 60

Imposte e tasse - lavoro e occupazione - competenze degli organi di governo - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 3, co. 1, 2, lett. c), e 3, e 4, co. 1, lett. b), l. reg. Veneto 22.11.2010, n. 5 (Norme per favorire la partecipazioni dei lavoratori alla proprietà e alla gestione d'impresa) - artt. 97, 23 e 117, co. 2, lett. c), cost. - rigetto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale avverso la legge della regione Veneto indicata in epigrafe, con cui si stabilisce che la Giunta regionale concede alle imprese che attuano la partecipazione dei lavoratori alla proprietà o alla gestione dell'impresa agevolazioni in materia tributaria nei limiti stabiliti dalla legge finanziaria regionale.

Il ricorrente, con riferimento al principio del

buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, cost.), ha contestato l'attribuzione della competenza a concedere agevolazioni fiscali alla Giunta anziché al Consiglio regionale. La Corte, ha ritenuto non fondata la questione, affermando che il principio non ha alcuna attinenza con la ripartizione delle competenze.

Il provvedimento è stato impugnato anche con riferimento all'art. 23 cost., che sancisce la riserva di legge in materia tributaria, sempre per il motivo che la determinazione delle agevolazioni è demandata alla Giunta e non all'organo con competenza legislativa, il Consiglio regionale. Anche in questo caso, la Corte ha rigettato il ricorso, chiarendo che nel caso di specie, la Giunta è chiamata ad operare nei limiti stabiliti dalla legge finanziaria regionale, che, quindi, dovrà riportare i tetti di agevolazione, ma anche le fattispecie e gli elementi fondamentali.

Infine, la disposizione viene impugnata anche con riferimento all'art. 117, co. 2, lett. e), cost., che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di sistema tributario. Anche su questo punto la Corte ha respinto il ricorso affermando che la regione opererà "per quanto di competenza", ovvero su tributi regionali e su tributi statali per i quali è consentito alla regione concedere agevolazioni (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 18.2.2011, n. 53

Contratti pubblici - collaudo - attestato di regolare esecuzione - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 8, co. 1, lett. r), l. reg. Lombardia 5.2.2010, n. 7 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative - Collegato ordinamentale 2010) - art. 117 cost. - accoglimento.

La norma regionale impugnata prevede che, nel caso di appalti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 28, co. 1, lett. a) e b) del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 1004/17CE e 2004/18/CE), il collaudo e la verifica di conformità possano essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal responsa-



bile del procedimento, ovvero dal dirigente della struttura destinataria dell'opera.

Ad avviso del ricorrente, la norma impugnata prevedendo la possibilità di sostituire il collaudo con un mero attestato si porrebbe in contrasto con l'art. 120 del d.lgs. 163/2006 e, di conseguenza, con l'art. 117, co. 2, cost. rientrando la materia degli appalti in quella dell'ordinamento civile attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi alla lett. l) del suddetto comma.

La Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata. La Corte ha in primo luogo chiarito che l'art. 120 del d.lgs. 163/2006 stabilisce che il regolamento di attuazione possa determinare delle forme semplificate di collaudo per gli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie. Il regolamento di attuazione d.P.R. n. 207/2010, prevede che, qualora la stazione appaltante non ritenga necessario il collaudo, si dà luogo ad un'attestazione di regolare esecuzione emessa dal direttore dell'esecuzione e confermata dal responsabile del procedimento.

Ad avviso della Corte, la norma impugnata, nel prevedere autonomamente la possibilità di sostituire il collaudo con una dichiarazione di conformità, si pone in contrasto con l'art. 117 co. 2. lett. l), perché disciplina una fattispecie riconducibile alla materia dell'ordinamento civile attribuita alla competenza legislativa esclusiva; e ciò a prescindere dal fatto che la norma regionale sia o meno conforme al suddetto d.lgs. n.163/2006 e al suo regolamento di attuazione. La Corte ha peraltro chiarito che la norma de qua contrasta anche con il suddetto regolamento, che prevede che l'attestazione di conformità possa sostituire il collaudo solo su richiesta della stazione appaltante e debba essere emessa dal direttore dell'esecuzione e confermata dal responsabile del procedimento. Nella norma impugnata, invece, si prevedeva che la dichiarazione di conformità potesse essere assunta alternativamente dal responsabile del procedimento o dal dirigente della struttura destinataria dell'opera (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 18.2.2011, n. 52

Sanità pubblica - pubblico impiego - concorso pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 6, co. 2, l. reg.

Toscana 29.12.2009, n. 85 (Riconoscimento della "Fonazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica" come ente di diritto pubblico) - artt. 3 e 97, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale contro la legge della regione Toscana indicata in epigrafe, nella parte in cui prevede, nell'ambito del riconoscimento della natura giuridica pubblica alla Fondazione Gabriele Monasterio, che venga espletato un concorso riservato per l'accertamento dell'idoneità e per l'inquadramento nei ruoli del servizio sanitario regionale a favore del personale assunto senza una procedura selettiva pubblica.

La Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'illegittimità delle norma impugnata. Richiamando la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia, la Corte ha chiarito che alla luce dell'art. 97 Cost., non è legittima la previsione di un' integrale riserva dei posti disponibili al personale interno; riserva che si pone in contrasto anche con il principio di uguaglianza, concretandosi in un ingiustificato privilegio a favore dei dipendenti ammessi a partecipare rispetto agli altri assunti all'origine con concorso pubblico. In argomento, v. precedenti conformi C. cost., sentt. n. 205/2004, 190/2005, 293/2009, 100/2010, 150/2010, 195/2010, 264/2010 (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, sent. 11.2.2011, n. 45

Sistema elettorale - organi regionali - forma di governo regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1 e 3, l. reg. Basilicata 19.1.2010, n. 3 (Norme relative al sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e dei consiglieri regionali, ai sensi della l. 2.7.2004, n. 165 - disposizioni di attuazione dell'art. 122, primo comma, della Costituzione), e artt. 1, 2 e 3 l. reg. Basilicata 5.2.2010, n. 19 (Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 19.1.2010, n. 3) - art. 5, co. 1, l. cost. 22.11.1999, n. 1 (Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni) - artt. 122 e 123 cost. - accoglimento parziale.

Con due distinti ricorsi è stata sollevata, in riferimento all'art. 5, co. 1, l. cost. n. 1/1999,

questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 3, l. reg. Basilicata n. 3/2010 e degli artt. 1, 2 e 3 l. reg. Basilicata n. 19/2010 nella parte in cui modificano il sistema elettorale della Giunta e del Consiglio regionale in assenza della previa approvazione del nuovo Statuto regionale.

La Corte, riuniti i ricorsi perché connessi tra loro, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 3, l. reg. Basilicata n. 3/2010 e dell'art. 1 l. reg. Basilicata n. 19/2010 nella misura in cui incidono in modo significativo sulla disciplina elettorale regionale, operando, pertanto, come norme di principio e non di dettaglio.

La Corte ha rilevato che, fino all'entrata in vigore del nuovo Statuto regionale, resta fermo il sistema elettorale regionale dettato dalla disciplina statale (l. n. 108/1968 e n. 43/1995) e, pertanto, va applicata la disciplina transitoria dettata dal citato art. 5, co. 1, l. cost. n. 1/1999 al fine di assicurare coerenza tra il sistema elettorale regionale e la forma di governo conseguente.

In definitiva, la Corte ha confermato la propria giurisprudenza in merito al rapporto tra Statuto regionale e sistema elettorale regionale.

In argomento, v. precedenti conformi: C. cost., sent. n. 4/2010 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, sent. 11.2.2011, n. 44

Ambiente - gestione dei rifiuti - parchi - energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 12, 16 e 25, l. reg. Campania 21.1.2010 n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania - Legge finanziaria anno 2010) - art. 117, co. 1, 2, lett. e) e s), e 3, cost. - accoglimento.

L'art. 1, co. 12 e 16, della legge regionale in epigrafe disciplina la materia degli scarichi idrici. La norma è stata impugnata dal Presidente del Consiglio dei ministri per violazione dell'art. 117 Cost.

La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione, chiarendo che la disciplina degli scarichi idrici è ascrivibile alla materia della tutela dell'ambiente, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Ad avviso della Corte, poi, la norma in questione, pur preve-

dendo l'allontanamento in mare, mediante condotte sottomarine, delle acque reflue, si concreterebbe comunque in una disciplina ampiamente derogatoria dei livelli minimi di tutela richiesti dalla normativa comunitaria, ex artt. 1 e 11 della direttiva n. 2000/60/CE, e nazionale, ex artt. 56, 73, 76, 101 e 109 del d.lgs. n. 152/2006.

L'art. 1, co. 16, della legge regionale in questione prevede, invece, la costituzione di aree cinofile adibite all'addestramento di cani da caccia e da pastore, nonché a prove zootecniche per il miglioramento delle razze canine.

Ad avviso della Corte, la disposizione de qua è incostituzionale, laddove prevede che tali aree possano essere istituite in parchi regionali e statali: questo perché la norma lede la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente. La Corte, nel bilanciamento degli interessi in questione, quali lo sviluppo economico del territorio e la tutela dell'habitat naturale delle zone protette, ha ritenuto prevalente la salvaguardia dei livelli minimi di tutela dell'ambiente previsti dalla normativa statale.

Infine, l'art. 1, co. 25, stabilisce limiti di edificabilità per gli impianti di energia rinnovabile. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che la materia rientra tra quelle attribuite alla potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni e che la norma in questione pone dei limiti preventivi all'edificabilità, in assenza di linee guida approvate dalla Conferenza dei servizi.

In argomento, v. precedenti conformi, C. cost., sent. n. 108/2005, 246/2009, 251/2009, 20/2010, 119/2010, 315/2010 e 344/2010 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 11.2.2011, n. 43

Appalti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 13, co. 3, 20, co. 3, e 22 co. 3 e 4, l. reg. Umbria 21.1.2010, n. 3 (Disciplina regionale dei lavori pubblici e norme in materia di regolarità contributiva per i lavori pubblici) - art. 117, co. 2, lett. e) e l), e 3, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato le norme indicate in epigrafe (aventi ad oggetto la disciplina dei lavori pubblici regionali), per violazione dell'art. 117, co. 2, lett.

l), cost.. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, della legge regionale impugnata, laddove stabilisce che i soggetti aggiudicatari possano utilizzare l'elenco regionale dei prezzi e dei costi per la sicurezza non aggiornato per i progetti di livello almeno preliminare, approvati prima della data di pubblicazione dell'aggiornamento e a condizione che i relativi bandi, avvisi o lettere di invito per l'esecuzione dei lavori vengano pubblicati o trasmessi, entro il successivo mese di giugno. Ad avviso della Corte, la norma suddetta contrasta con l'art. 117, co. 2, lett. l), cost., in quanto disciplina una fase afferente all'esecuzione del contratto di appalto, fattispecie che rientra nella materia dell'ordinamento civile ed è, pertanto, di esclusiva competenza legislativa dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost.

Nella specie, la Corte ha peraltro rilevato lo scostamento tra la disposizione regionale impugnata e quella statale, contenuta nell'art. 133, co. 8, del codice dei contratti pubblici, in ordine all'aggiornamento periodico dei prezzi e dei costi, con particolare riferimento all'utilizzazione dei prezziari "scaduti", per i quali la citata normativa statale fissa termini certi e stringenti.

La Corte ha dichiarato, altresì, l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost. dell'art. 20, co. 3, della legge impugnata, laddove prevede che, all'esito delle procedure di affidamento diretto dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, i relativi corrispettivi possano essere concordati dal responsabile del procedimento (o dal dirigente) ed il professionista incaricato.

Detta norma, a parere della Corte, invade la sfera di competenza statale in materia di ordinamento civile, in quanto disciplina un aspetto afferente al contenuto negoziale del contratto di appalto e dunque attiene a quei profili in cui la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

La Corte, infine, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e) e l), cost., dell'art. 22, co. 3 e 4, della legge regionale censurata, che istituiscono, con riferimento agli appalti relativi all'espletamento dell'attività di manutenzione, un particolare tipo di contratto caratterizzato per il suo

contenuto "variabile", ossia determinabile in ragione delle necessità manifestate dall'amministrazione nel periodo temporale (quattro anni) di efficacia dello stesso.

La Corte ha chiarito che spetta in via esclusiva al legislatore statale, nell'ambito della materia ordinamento civile, individuare i tipi contrattuali da utilizzare per gli appalti aventi ad oggetto lavori pubblici e, poiché il d.lgs. n. 163/2006 non contempla il tipo contrattuale previsto nella norma impugnata, quest'ultima si pone in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. l), cost. (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 11.2.2011, n. 42

Pubblico impiego - stabilizzazione - concorso pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 3, co. 40, l. Regione Puglia 31.12.2007, n. 40 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2008 e bilancio pluriennale 2008-2010 della Regione Puglia). - art. 97 cost. - accoglimento.

Il TAR Puglia ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione ad una norma regionale, la quale prevede che nel triennio 2008 - 2010 le aziende sanitarie e gli ICCRS provvedano alla stabilizzazione del personale dirigente medico, veterinario e tecnico amministrativo già assunto con incarico a tempo indeterminato e che, a tal fine, per il medesimo triennio non possano essere indette procedure concorsuali per la copertura dei posti destinati alla suddetta stabilizzazione.

La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma regionale de qua; questo perché, ad avviso della Corte, la norma deroga al principio del concorso pubblico in assenza di una peculiare ragione di interesse pubblico.

Nella sentenza sono richiamate le precedenti decisioni della Corte nelle quali sono stati precisati i limiti entro i quali può consentirsi al legislatore di disporre procedure di stabilizzazione di personale precario. Secondo l'orientamento progressivamente consolidatosi, l'area delle eccezioni al concorso deve essere delimitata in modo rigoroso e deroghe sono legittime solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; circostanze che, ad avviso della Corte,

non sussistevano nel caso di specie. In argomento, v. precedenti conformi: C. cost., sent. 81/2006 e 363/2006, 293/2009 e 235/2010 (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 9.2.2011, n. 40

Assistenza e solidarietà sociale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4 della l. reg. Friuli-Venezia Giulia 31.3.2006, n. 6 (Sistema integrato di interventi e servizi per la promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale), così come modificato dall'art. 9, co. 51, 52 e 53, della l. reg. 30.12.2009, n. 24 (Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale e annuale della Regione - legge finanziaria 2010) - art. 3 cost. - accoglimento

Il Presidente del Consiglio dei ministri censura l'art. 4 della l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 6/2006 (Sistema integrato di interventi e servizi per la promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale), così come modificato dall'art. 9, co. 51, 52 e 53, della l. reg. n. 24/2009 (Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale e annuale della Regione - Legge finanziaria 2010), per violazione dell'art. 3 Cost. Le norme impugnate prevedono che il sistema integrato di interventi e servizi sociali della Regione sia accessibile ai soli cittadini comunitari residenti nel territorio regionale da almeno 36 mesi. Ad avviso del ricorrente, la norma regionale lederebbe l'art. 3 cost., "sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza", dal momento che opererebbe "discriminazioni per intere categorie di persone – quali i cittadini extracomunitari ovvero" gli stessi cittadini europei «se non residenti da trentasei mesi – non giustificate da specifiche esigenze o situazioni di fatto tali da rendere ragionevole la richiesta, da parte del legislatore regionale, del particolare requisito della cittadinanza comunitaria ovvero della residenza per almeno trentasei mesi». La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità della norma impugnata per violazione dell'art. 3 cost.

La Corte ha chiarito che l'esclusione assoluta di intere categorie di persone fondata o sul difetto del possesso della cittadinanza europea, ovvero su quello della mancanza di una residenza temporalmente protratta per almeno trentasei mesi, non risulta rispettosa del princi-

pio di uguaglianza, in quanto introduce elementi di distinzione arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quelle condizioni positive di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza europea congiunta alla residenza protratta da almeno trentasei mesi) e gli altri peculiari requisiti (situazioni di bisogno e di disagio riferibili direttamente alla persona in quanto tale), che costituiscono il presupposto di fruibilità di provvidenze che, per la loro stessa natura, non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 9.2.2011, n. 36

Norme in materia di circoscrizioni comunali - referendum - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, 2, 3, l. Regione Puglia 25.12.2010, n. 6 (Norme in materia di circoscrizioni comunali) - art. 133, co. 2, lett. s) cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 133, co. 2, cost., degli artt. 1, 2, e 3, l. reg. Puglia n. 6/2010, che dispongono la modifica delle circoscrizioni territoriali dei Comuni di Lecce, Trepuzzi e Squinzano.

La Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione dell'art. 133, co. 2, cost., nella parte in cui ha stabilito la variazione territoriale senza il preventivo espletamento della consultazione popolare prevista dalla disposizione costituzionale. La Corte ha ricordato che le leggi regionali con cui si realizza la variazione della circoscrizione territoriale dei Comuni, ovvero se ne dispone la variazione della denominazione, sono tipiche leggi provvedimento caratterizzate da un aggravamento procedurale imposto dall'art. 133, co. 2, Cost.

Ad avviso della Corte la necessità della consultazione popolare rappresenta un preciso vincolo per il modus operandi del legislatore regionale ed il fatto che nel caso di specie non sia stata attuata ha determinato una grave omissione che ha impedito la valutazione della volontà delle popolazioni interessate alla variazione territoriale, cui non è stato permesso di esprimersi (Red. Francesco Corvisieri).



Corte costituzionale, 7.2.2011, n. 35

Polizia locale e politiche di sicurezza urbana - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 4, co. 2, lett. c) e q) e co. 4).

Art. 26 l. reg. Basilicata 29.12.2009, n. 41 (Polizia locale e politiche di sicurezza urbana) - art. 117, co. 1, co. 2, lett. h e l) cost. - accoglimento parziale.

Il ricorrente censura, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost., l'art. 4, co. 2), lett. c), della citata legge regionale, ove si prevede che gli appartenenti alla polizia locale dei Comuni e delle Province esercitano "funzioni di polizia giudiziaria secondo le disposizioni della vigente legislazione statale, rivestendo, a tal fine, la qualifica di Ufficiale di Polizia Giudiziaria riferita ai Comandanti, Ufficiali e Ispettori di Polizia Locale, a seguito di nomina da parte dell'Amministrazione di appartenenza in riferimento al disposto dell'art. 55 del codice di procedura penale, e di Agente di Polizia Giudiziaria, riferita agli Assistenti-Istruttori e agli Agenti di Polizia Locale".

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso, chiarendo che la norma in questione, nell'attribuire al personale della polizia locale la qualifica di ufficiale o agente di polizia giudiziaria, invade la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di giurisdizione penale.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha poi impugnato l'art. 4, co. 2, lett. q), ed il co. 4 del citato articolo, nella parte in cui prevede che possano essere raggiunte intese di collaborazione nell'attività di pubblica sicurezza tra le amministrazioni locali, anche al di fuori dei rispettivi territori di appartenenza, inviandone comunicazione al Prefetto solo nel caso in cui riguardino personale avente la qualità di agente in servizio armato. La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che le norme de quibus contrastano con l'art. 117, co. 2, lett. h) cost. Le materie oggetto delle intese sono infatti da ricondursi alla materia "ordine pubblico e sicurezza", di competenza legislativa esclusiva statale. Il ricorrente, infine, ha impugnato l'art. 26 della citata l. reg., ove si prevede che la polizia locale "disporrà di un numero telefonico unico (a 3 o 4 cifre) per il pronto intervento", per violazione dell'art. 117, co. 1 cost. poiché in contrasto con la direttiva 2002/22/CE, recepita

con d.lgs. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche a livello statale), che ha imposto agli Stati membri di istituire il numero unico di emergenza "112", al fine di "garantire la certezza per la cittadinanza in ordine al numero o ai numeri di emergenza cui fare riferimento onde evitare il rischio di sovrapposizioni".

La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che l'intento della direttiva è quello di fornire ai cittadini il medesimo codice di accesso («112») ai servizi di emergenza su tutto il territorio dell'Unione, eliminando le differenze preesistenti relative ai numeri per le chiamate di emergenza. In argomento, v. precedenti conformi C. cost., sent. 313/2010, 26/2005, 391/2006, 119/2009, 196/2009, 167/2010, 226/2010 e 274/2010 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 2. 2.2011, n. 33

Energia nucleare - costruzione ed esercizio degli impianti nucleari - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4 d. lgs. 15. 2.2010, n. 31 (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'articolo 25 della legge 23 luglio 2009, n. 99) - artt. 117 e 118 Cost. e principio di leale collaborazione - accoglimento parziale.

Le Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Puglia hanno impugnato l'art. 4 della norma in epigrafe, nella parte in cui prevede che l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari sia 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. Ad avviso delle ricorrenti, la suddetta procedura non assicurerebbe alcun coinvolgimento reale della Regione direttamente interessata alla localizzazione dell'impianto; coinvolgimento che sarebbe necessario in ragione delle molteplici competenze regionali coinvolte e in particolare di quelle relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla produzione, trasporto e distribuzione na-

zionale dell'energia, al turismo e alla valorizzazione dei beni culturali e ambientali.

La Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui non prevede che la Regione interessata, anteriormente all'intesa con

la Conferenza unificata, esprima il proprio parere in ordine al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari. In argomento, v. conformi C. cost.: n. 50/2005; 219/2005; 88/2009; 2782010 Red. Davide Siclari).

«.....GA:.....»

URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CONTROLLO DELLA TRACCIABILITÀ DEI RIFIUTI

Publicato in Gazzetta Ufficiale n. 95 del 26.4.2011 il decreto ministero dell'ambiente 18.2.2011, n. 52 recante il Regolamento istituzione del sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti.

«..... GA.....»

D.M. 26.5.2011 (G.U. N. 124 DEL 30.5.2011)

Proroga dei termini di cui all'art. 12, co. 2, decreto 17.12.09 recante l'istituzione del sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti: proroga dei termini differenziati in base ai destinatari al 1.9.2011, 1.10.2011, 1.12.2011, 2.1.2012 al fine di consentire ai soggetti obbligati di far fronte alle esigenze di adeguamento operativo necessarie a garantire la piena funzionalità del sistema della tracciabilità.

«..... GA.....»

L'OBLIGAZIONE DI PAGAMENTO DEGLI ONERI CONCESSORI SORGE CON IL RILASCIO DELLA CONCESSIONE EDILIZIA

*Il rilascio della concessione in sanatoria in zone vincolate presuppone necessariamente il parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo ed è l'art. 35 l. n. 47/85 ad indicare che nelle ipotesi previste dal precedente art. 32 il termine per la formazione del silenzio assenso decorre dalla emissione del parere di detta autorità.
L'obbligazione di pagamento degli oneri*

concessori sorge con il rilascio della concessione edilizia e la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la determinazione del contributo dovuto per gli oneri in questione debba essere riferita al momento in cui sorge l'obbligazione. In tale contesto, il considerevole lasso di tempo decorso tra la presentazione della domanda di sanatoria ed il rilascio della concessione non può essere utilmente valorizzato nell'ottica della individuazione di decorrenze del termine per la formazione del silenzio-assenso (e, così, del decorso della prescrizione) diverse da quelle normativamente indicate nè per sollecitare una non meglio specificata "giusta mediazione" che tenga conto delle tariffe eventualmente più favorevoli esistenti all'epoca della presentazione della domanda di sanatoria (quanto a quelle vigenti al momento di realizzazione dell'opera abusiva, lo stesso ricorrente riconosce che sarebbe ingiusto agevolare il responsabile) (Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.5.2011 n. 3116).

«..... GA.....»

L'INTERVENTO CHE, A SEGUITO DI SOPRELEVAZIONE DEL TETTO, MUTA LA CUBATURA E LA SAGOMA DELL'EDIFICIO NON RIENTRA NEL CONCETTO DI RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA

Se è vero che non rientra nel concetto di ristrutturazione edilizia l'intervento con il quale viene mutata, a seguito di sopraelevazione del tetto, la cubatura e la sagoma dell'edificio, giacchè la ristrutturazione al massimo comporta la demolizione e successiva ricostruzione del fabbricato in modo fedele al preesistente, nella specie si è trattato soltanto

di sostituzione di parte di scala, di alcune parti di muro degradate, della copertura di un solaio degradato, di sostituzione di una parete al primo piano in tufo.

L'intervento ha comportato la sola modesta modifica della sagoma esterna, consistente nell'innalzamento della sagoma esterna del fabbricato contenuto (in venti centimetri per la parte appellata, in un metro per la parte appellante), pari allo spessore dello strato isolante, che prima non esisteva. L'intervento è stato giustificato anche richiamando la normativa regionale sui consumi energetici e sugli impianti.

«..... GA.....»

LA REGOLA DELLA DISTANZA DI 10 METRI TRA PARETI FINESTRATE E PARETI DI EDIFICI ANTISTANTI VINCOLA ANCHE I COMUNI IN SEDE DI FORMAZIONE E DI REVISIONE DEGLI STRUMENTI URBANISTICI

L'art. 9 del d.m. 1444/1968 misura le distanze con riferimento alle pareti finestrate con riferimento a: 2) Nuovi edifici ricadenti zone diverse dalla zona A: è prescritta in tutti i casi la distanza minima assoluta di m. 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti; Zone C): è altresì prescritta, tra pareti finestrate di edifici antistanti, la distanza minima pari all'altezza del fabbricato più alto.

La giurisprudenza ha costantemente affermato che il d.m. 2.4.1968 n. 1444 - emanato in virtù dell'art. 41 quinquies l. n. 1150 del 1942 introdotto a sua volta dall'art. 17 l. 6.8.1967 n. 765 (c.d. L. Ponte) - ripete dal rango di fonte primaria della norma delegante la forza di legge, suscettibile di integrare con efficacia precettiva il regime delle distanze dalle costruzioni di cui all'art. 872 c.c.: la regola della distanza di 10 metri tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti vincola anche i comuni in sede di formazione e di revisione degli strumenti urbanistici, con la conseguenza che ogni previsione regolamentare in contrasto con l'anzidetto limite minimo è illegittima e va disapplicata, essendo consentita alle amministrazioni locali solo la fissazione di distanze superiori (TAR Lombardia Brescia, sez. I, 30.8.2007, n. 832). Con riferimento

alla nozione di pareti finestrate la giurisprudenza afferma che "per "pareti finestrate", ai sensi dell'art. 9 d.m. 2.4.1968 n. 1444 e di tutti quei regolamenti edilizi locali che ad esso si richiamano, devono intendersi, non (soltanto) le pareti munite di "vedute", ma più in generale tutte le pareti munite di aperture di qualsiasi genere verso l'esterno, quali porte, balconi, finestre di ogni tipo (di veduta o di luce)" (Corte d'Appello Catania, 22.11.2003) e considerato altresì che basta che sia finestrata anche una sola delle due pareti (TAR Toscana, Sez. III, 4.12.2001, n. 1734; TAR Piemonte, 10.10.2008 n. 2565) (TAR Lombardia, Mi, 19.5.2011 n. 1282).

«..... GA.....»

IL PROVVEDIMENTO DI DEMOLIZIONE RISULTA CORRETTAMENTE MOTIVATO CON IL MERO RICHIAMO ALLE OPERE REALIZZATE E ALL'ACCERTATA ABUSIVITÀ DELLE STESSE

... il provvedimento impugnato, sanzionando l'ampliamento abusivo di un manufatto realizzato in assenza di titolo edilizio abilitativo, risulta conforme alla normativa vigente ed, in particolare, al D.P.R. n. 380/01; Considerato che la tutela dei valori urbanistici e del corretto assetto edilizio del territorio, cui si ispira la normativa in esame, costituisce espressione di interessi aventi rilevanza costituzionale al pari di quelli invocati dal ricorrente e, come tale, giustifica l'adozione del provvedimento impugnato.

Ritenuta, poi, l'infondatezza della seconda censura con cui è stato dedotto il difetto di motivazione dell'atto gravato.

Considerato, infatti, che il provvedimento di demolizione, costituendo esplicitazione di un potere vincolato, risulta correttamente motivato (come è avvenuto nella fattispecie) con il mero richiamo alle opere realizzate e all'accertata abusività delle stesse senza la necessità dell'indicazione di alcun interesse pubblico ulteriore per l'irrogazione della misura repressiva da ritenersi in re ipsa (in questo senso CdS, Sez. V n. 2497/11; CdS Sez. V n. 79/11). (TAR Lazio, Sez. I quater 24.5.2011 n. 4630).

«..... GA.....»

A FRONTE DELLA IRREVERSIBILE TRASFORMAZIONE DI UN FONDO DERIVANTE DALLA REALIZZAZIONE DI UNA OPERA PUBBLICA, STANTE LA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 43 T.U. IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONE, LA DOMANDA RISARCITORIA AVANZATA DAL PRIVATO DESTINATARIO DELL'ATTO ABLATORIO È AMMESSA A CONDIZIONE DELLA CONCLUSIONE DI UN ACCORDO EX ART. 11 L. N. 241/90 CON LA CONSEGUENTE CESSIONE DEL BENE ALLA PA

In particolare la giurisprudenza (Cass. Civ., I, 6.4.1982, n. 2106) ha evidenziato come il danno arrecato alla proprietà immobiliare del privato in conseguenza dell'esecuzione di un'opera pubblica, per essere indennizzabile, deve riguardare la perdita o la diminuzione del reddito o del valore di scambio del bene medesimo, mentre non è ravvisabile quando nella realizzazione dell'opera pubblica la pubblica amministrazione abbia osservato le norme poste a tutela della proprietà privata; non è, ad esempio, indennizzabile la maggiore difficoltà di accesso alla pubblica via a carico dell'immobile del privato in quanto questa non integra perdita di una parte del contenuto patrimoniale del diritto di proprietà. Poiché, in base alle norme vigenti e ai principi dell'ordinamento in materia di pubblica utilità, l'inesistenza attuale dell'opera di pub-

blica utilità non costituisce il presupposto e il limite del potere ablativo nè, allo stesso modo, l'avvenuta costruzione di un'opera pubblica, dopo l'abbandono di una precedente procedura espropriativa, priva l'amministrazione competente del potere di rinnovare la dichiarazione di pubblica utilità e di procedere a nuovi atti ablativi, si è invece ritenuto legittimo il decreto espropriativo emanato anche dopo l'ultimazione dell'opera a seguito di una dichiarazione di pubblica utilità emessa in via di sanatoria (Cass. Civ., I, 23.12.1981, n. 6761). Ancora si è ritenuto (Cass. Civ., I, 10.6.1981, n.3757) che l'occupazione di terreni di proprietà privata occorrenti per l'esecuzione di un'opera pubblica, non legittimata da previi procedimenti ablatori (di occupazione di urgenza o di espropriazione), costituendo un'attività materiale "sine titulo" lesiva di diritti soggettivi, integra un fatto illecito ex art. 2043 c.c., la cui consumazione si esaurisce con la realizzazione dell'opera pubblica, sicché la relativa responsabilità, dato il carattere personale della responsabilità extra contrattuale, grava unicamente sull'ente autore dell'illecito, senza possibilità di trasferirla su altri soggetti, anche se beneficiari dell'opera pubblica, nè di estenderla ai medesimi in via concorrente. Nel caso di specie, in applicazione dei cennati principi ed in ragione della richiesta di parte ricorrente di non della reimmissione nel relativo possesso previo ripristino dello status quo ante, ma del risarcimento per equivalente, il Collegio ritiene di dover condannare il comune resistente al risarcimento dei danni.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ART. 43 DEL D.P.R. N.327/2001

dell'Avv. Domenico Tomassetti

Analisi della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, successiva all'abrogazione dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/01, in materia di risarcimento del danno da occupazione illegittima.

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 creato un vuoto normativo nella disciplina (e nella risoluzione dei conflitti) in ipotesi di occupazione illegittima di un fondo da parte della PA.

Nel precedente numero di questa Rivista si è descritta puntualmente la nozione di occupazione illegittima, nonché i possibili contrasti giurisprudenziali allorchè l'istituto della c.d. acquisizione sanante di cui al citato art. 43 del T.U. sulle espropriazioni - che consentiva la possibilità di risolvere, *ex post* ed *ab externo*, ogni patologia del procedimento di esproprio con l'acquisto d'imperio del fondo espropriando al patrimonio indisponibile della PA salvo il risarcimento del danno (ovviamente per equivalente) - è stato espunto dall'ordinamento ad opera della citata sentenza della Corte Costituzionale.

Si è detto, in quella occasione, che al di là di un fisiologico rallentamento (*rectius* arresto) delle procedure espropriative in atto - aventi come presupposto un'occupazione illegittima - era condivisibile l'orientamento della C. cost. che, anche alla luce della giurisprudenza della CEDU (Cfr. Sent. 30.5.2000, ric. 31524/96), definitivamente ha sancito, con ciò rifiutando *apertis verbis* ogni ricorso alla c.d. accessione invertita, il principio secondo il quale l'acquisto da parte della PA. di un fondo occupato illegittimamente non può pre-

scindere dal consenso del privato ablato.

Orbene, il fatto che, nel presupposto di una occupazione illegittima, il consenso del privato acquisti un ruolo decisivo, al fine dell'acquisizione dell'immobile, deve ritenersi un approdo fondamentale da parte della giurisprudenza.

Ma se ciò è vero, è vero, pure, però, che l'assenza di una norma, che cristallizzi espressamente tale orientamento, ha creato contrasti in giurisprudenza, soprattutto con riferimento alla natura ed all'entità del risarcimento del danno del privato ablato e leso da un'occupazione illegittima del suo fondo.

I maggiori nodi da sciogliere, dunque, riguardano (i) innanzitutto a quale giudice pertenga la giurisdizione sulla richiesta di risarcimento del danno da occupazione illegittima; (ii) quale sia la natura stessa del risarcimento; infine (iii) quale sia l'entità del risarcimento.

E' chiaro che, come già accennato, in assenza di un intervento specifico del legislatore, la soluzione alle suesposte problematiche è lasciata alla giurisprudenza che non sempre, data anche la complessità degli interessi coinvolti *in subiecta materia*, ha dato delle soluzioni univoche.

Basti pensare, per esempio, che con riferimento al profilo esposto sub (i), il Consiglio di Stato, recentemente, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle pretese risarcitorie del privato *"in fattispecie di occupazione usurpativa, intese come manipolazione del fondo di proprietà privata avvenuta*

in assenza della dichiarazione di pubblica utilità ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia" (cfr. CdS, IV, 4.4.2011, n. 2113).

Non può sfuggire che una siffatta interpretazione - che sembrerebbe ricondurre alla giurisdizione dell'AGO, ogni fattispecie di occupazione usurpartiva ("ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia") - si pone in contrasto, oltre che con la giurisprudenza maggioritaria, anche con l'art. 133, co. 1, lett. g) del d. lgs. n. 104/10, che sancisce la giurisdizione esclusiva del G.A. anche in ipotesi di comportamenti anche solo mediamente riconducibili all'esercizio del potere amministrativo.

Ne consegue che, alla luce delle vigenti disposizioni di legge, la giurisdizione in materia risarcitoria è del G.O. solo nell'ipotesi di carenza *ab initio* della dichiarazione di pubblica utilità e non già anche quando questa sia stata adottata, ma successivamente divenuta, per qualsiasi causa, inefficace, posto che in tale ultima ipotesi sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A..

Chiarito quindi il criterio di riparto della giurisdizione anche in materia risarcitoria (basato sul presupposto di un esercizio anche solo mediato di potere funzionale di esproprio), occorre esaminare la problematica descritta sub (ii) circa la natura di tale risarcimento, se cioè esso sia per equivalente ovvero in forma specifica.

Nel precedente sistema (fondato sulla operatività dell'accessione invertita e, poi, dell'acquisizione sanante *ex art.* 43 del d.P.R. n. 327/01) non vi era spazio alcuno per il risarcimento in forma specifica, perdendo il privato, in ogni caso, la proprietà del fondo a titolo originario.

Allo stato attuale - pur tendendo presente che non mancano pronunzie che, sulla base del vuoto normativo tuttora esistente, giustificano il trasferimento della proprietà del bene espropriando alla PA ora applicando l'istituto dell'accessione invertita ora della specificazione di cui all'art. 940 c.c. (Cfr. TAR Puglia, Le, 24.11.2010, n. 2683) - la giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur con qualche oscillazione, afferma che in caso di occupazione illegittima non può esservi spazio per l'acquisizione del bene alla PA, se non attraverso il

consenso dell'interessato.

Tale consenso non può che avvenire con un contratto di vendita sulla base del codice civile, ovvero con un accordo transattivo ai *ex art.* 11 della l. n. 241/90.

In ogni caso l'acquisto è a titolo derivativo e comporta il risarcimento del danno, come meglio si dirà ancorato al valore di mercato del bene, a decorrere dal consenso traslativo del privato.

E' chiaro che il privato che abbia subito un'occupazione illegittima (presupposto indeffettibile di ogni richiesta di danni al pari della perdita del diritto dominicale) è destinatario, secondo il Consiglio di Stato, di una tutela risarcitoria bipolare: da un lato potrà cedere la proprietà del bene e chiedere il ristoro dei danni subiti, per equivalente economico; dall'altro potrà chiedere la restituzione del bene e, quindi, il risarcimento in forma specifica. Va evidenziato che il risarcimento in forma specifica può essere chiesto anche in corso di causa e se si è già chiesto solo il ristoro per equivalente, posto che tale domanda costituisce una mera (ammissibile) emendatio libelli di una tutela, quella risarcitoria in seguito ad occupazione illegittima, che consente, strutturalmente, entrambe le forme di risarcimento che l'ordinamento appresta, *ex art.* 2043 c.c., in caso di fattispecie di danno ingiusto (permanente) da lesione (Cfr., *ex plurimis*, CdS, IV, 1.6.2011, n.3331)..

Non è, pertanto, immune da critica il diverso orientamento, talora espresso dal Consiglio di Stato, allorchè ha affermato che la richiesta del solo ristoro per equivalente costituirebbe "un negozio abdicativo" del diritto di proprietà, circostanza per cui la notifica del ricorso giurisdizionale varrebbe come *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento e come momento di valutazione del valore del bene (cioè di determinazione del *quantum*). (Cfr. CdS, IV, 30.11.2010, n. 8363).

Sembra preferibile optare per il più recente approdo giurisdizionale del Consiglio di Stato, nelle decisioni in cui afferma che il trasferimento della proprietà può avvenire solo in seguito ad atto traslativo *inter vivos*, di diritto privato oppure misto *ex art.* 11 delle l. n. 241/90, oppure mediante una riedizione *ex*

novo, con le prescritte garanzie, del procedimento di esproprio (Cfr. CdS, IV, 1.6.2011, n. 3331, cit.).

Se si aderisce a tale ricostruzione, è chiaro che il momento risarcitorio, nella sfera giuridica del privato, assume un ruolo assai protettivo, posto che lo stesso, a fronte di un'occupazione illegittima, anche con irreversibile trasformazione del fondo, può chiedere anche la restituzione del fondo e, quindi, il ristoro in forma specifica dei danni subiti.

Ma anche in caso di perdita del diritto di proprietà - mediante accordo con la PA in quanto è ovvio che in caso di legittima riedizione del procedimento di esproprio avrà diritto solo ad una indennità - il privato, nella stipulazione dell'atto di cessione consensuale, otterrà un "ristoro" economico della perdita della proprietà dell'immobile calcolato sulla base del valore di mercato (Cfr. C. cost., n. 349/2007 e n. 66/2008), del bene oggetto dell'ablazione e del danno da occupazione illegittima subito medio tempore.

Venendo, quindi, al profilo inerente la quantificazione (iii), stanti le premesse appena svolte, le pretese risarcitorie (per equivalente) possono riferirsi unicamente a due diverse fattispecie: quella dell'acquisto del bene tramite moduli consensuali e quella della quantificazione del danno dovuto per l'occupazione illegittima avutasi medio tempore.

Al riguardo il Consiglio di Stato afferma che *"come già la Sezione ha avuto modo di precisare (CdS, IV, 28.1.2011, n. 676) in relazione al valore da corrispondere al privato, dovrà tenersi conto di quello di mercato dell'immobile, individuato "non già alla data di trasformazione dello stesso (non potendo più individuarsi in tale data, una volta venuto meno l'istituto della c.d. accessione invertita, il trasferimento della proprietà in favore dell'Amministrazione), e nemmeno a quella di proposizione del ricorso introduttivo (non potendo, come detto, ravvisarsi in tale atto un effetto abdicativo), bensì alla data in cui sarà adottato il più volte citato atto transattivo, di qualsiasi tipo, al quale consegua l'effetto traslativo de quo"*.

In relazione poi al danno intervenuto me-

dio tempore - sempre conseguente all'illegittima occupazione, ed intercorrente tra i termini iniziali e finali sopra precisati - *"i danni da risarcire corrisponderanno agli interessi moratori sul valore del bene, assumendo quale capitale di riferimento il relativo valore di mercato in ciascun anno del periodo di occupazione considerato; le somme così calcolate andranno poi incrementate per interessi e rivalutazione monetaria dovuti dalla data di proposizione del ricorso di primo grado fino alla data di deposito della presente sentenza"*(Cfr. CdS, IV, 1.6.2011, n. 3331).

Sempre circa il *quantum*, è interessante sottolineare che una recente pronuncia del Consiglio di Stato (CdS, IV, 4.4.2011, n. 2113, cit.) ha affermato la rilevanza della natura del vincolo sulla quantificazione del danno.

Infatti l'edificabilità (legale) del terreno - ed il suo corrispondente maggiore valore - va valutata in concreto (c.d. edificabilità di fatto) con tutte le caratteristiche del fondo, ivi compresa l'analisi della natura vincolo che è imposto dalla PA al diritto dominicale.

Infatti se il vincolo è c.d. conformativo (di portata generale ed astratta su una serie indistinta di immobili e senza localizzare una specifica opera pubblica) il bene non sarà considerato edificabile (anche se ciò non comporta, tuttavia, un'automatica considerazione dello stesso come agricolo, in virtù del fatto che la concreta destinazione del bene è data dal vincolo stesso e può essere un *tertius genus*); mentre se il vincolo è cd. espropriativo (di portata puntuale e riferito ad uno specifico bene in relazione ad una determinata opera pubblica), il bene non vedrà mutata la propria originaria destinazione (se era o meno edificabile resta tale) (Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 25.11.2008, n.28051).

In conclusione, può affermarsi che la giurisprudenza del Consiglio di Stato stia risolvendo in maniera adeguata, anche sotto il profilo risarcitorio, la questione del danno da occupazione illegittima. Tuttavia, la segnalata presenza di orientamenti talvolta contrastanti imporrebbe, ai fini di certezza del diritto, un intervento *ad hoc* del legislatore.

LA GESTIONE ED UTILIZZAZIONE DELLE RISORSE GEOTERMICHE

degli Avv.ti Luca Fiasconaro e Antonio Cordasco

Le Regioni e le Province autonome devono sottostare in materia di energia geotermica alla legislazione statale. (C.cost., sentenza 7.4.2011, n.112)

Il 11.3.2010 è entrato in vigore il d. lgs. 11.2.2010, n. 22, rubricato “*Riassetto della normativa in materia di ricerca e coltivazione delle risorse geotermiche, a norma dell’art. 27, co. 28, della l. 23.7.2009, n. 99*”.

Detta normativa, promossa dal ministero dello sviluppo economico e dell’ambiente, dichiara di pubblico interesse e pubblica utilità l’utilizzo delle fonti energetiche geotermiche sul territorio nazionale.

Sono previste quali risorse d’interesse nazionale, quelle prodotte da impianti che erogano una potenza pari ad almeno 20 MW termici, alla temperatura convenzionale dei reflui di 15° C, anche con riferimento alle risorse geotermiche rinvenute in mare (art. 1, co. 3). In ambito locale, invece, sono considerate utili le risorse geotermiche a media e bassa entalpia, per la realizzazione di impianti con potenza inferiore ai 20 MW (art. 1, co. 4).

La normativa sopra citata prevede inoltre che, ai sensi e per gli effetti di quanto previsto e disciplinato dal combinato disposto del r.d. 29.7.1927, n. 1443, e dell’art. 826 del codice civile, le risorse geotermiche di interesse nazionale sono patrimonio indisponibile dello Stato mentre quelle di interesse locale sono patrimonio indisponibile regionale (art. 1, co. 6).

Per ciò che concerne infine le funzioni amministrative, le autorità competenti ai fini del rilascio del permesso di ricerca e delle concessioni di coltivazione, comprese le funzioni di vigilanza sull’applicazione delle norme di polizia mineraria, riguardanti le risorse geotermiche d’interesse nazionale e locale, sono le regioni o enti da esse delegati, nel cui territorio sono rinvenute o il ministero dello sviluppo economico di concerto con il ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare (art. 1, co. 7).

Subito dopo la loro entrata in vigore, le suddette disposizioni sono state impugnate dalla Provincia Autonoma di Bolzano, la quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 1, co. 3, 4, 5, 6 e 7 del d. lgs. 22/2010.

Secondo quanto sostenuto dalla Provincia ricorrente, difatti, le disposizioni impugnate avrebbero violato l’art. 8, n. 14, del d.P.R. 31.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), posto che la disciplina delle risorse geotermiche sarebbe ricompresa nell’ambito della propria competenza legislativa primaria in materia di miniere, comprese le acque minerali e termali, cave e torbiere.

Inoltre, la Provincia autonoma di Bolzano ha eccepito che l’art. 1, co. 6, del d. lgs. n. 22 del 2010, nella parte in cui prevede che le risorse geotermiche di interesse nazionale sono patrimonio indisponibile dello Stato, mentre quelle di interesse locale rientrano nel patrimonio indisponibile della Regione, avrebbe violato l’art. 68 dello Statuto speciale, per il quale le Province, in corrispondenza delle nuove materie attribuite alla loro competenza, succedono, nell’ambito del proprio territorio, nei beni e nei diritti demaniali e patrimoniali di natura immobiliare dello Stato e nei beni e diritti demaniali e patrimoniali della Regione.

La C. cost., con la sentenza in commento, ha dichiarato che le disposizioni di cui al d. lgs. n. 22 del 2010 relative alla gestione e l’utilizzazione delle risorse geotermiche, hanno valore di riforma economico-sociale di rilevante importanza e, pertanto, debbono necessariamente essere osservate anche dalle Regioni a statuto speciale e dalle Province autonome, titolari di competenze primarie in tema di “*miniere*”.

Inoltre, le suddette disposizioni, le quali perseguono l'obiettivo di ottenere energia rinnovabile e senza inquinamento, derivano dall'esercizio da parte dello Stato delle competenze esclusive in materia ambientale, in necessario concorso con le competenze in materia di energia, ai sensi dell'art. 117 cost..

Di talchè, anche sotto questo profilo, esse sono in grado di imporsi all'osservanza da parte delle Regioni e delle Province autonome, le quali sono sprovviste di competenze legislative primarie in materia di tutela dell'ambiente.

Per ciò che concerne invece le eccezioni sollevate dalla ricorrente in relazione all'aspetto dominicale delle risorse geotermiche, la Corte ha ribadito che la Provincia autonoma di Bolzano ha una competenza legislativa primaria in materia di miniere (e quindi di ri-

sorse geotermiche) e che l'art. 68 dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige prevede che *«le province, in corrispondenza delle nuove materie attribuite alla loro competenza, succedono, nell'ambito del proprio territorio, nei beni e nei diritti demaniali e patrimoniali di natura immobiliare dello Stato e nei beni e nei diritti demaniali della regione ... »*. Inoltre, in attuazione di tale previsione, l'art. 4 delle Norme di attuazione dello Statuto, approvate con d.P.R. n. 115 del 1973, annovera le *“miniere”* tra i beni e diritti demaniali trasferiti alla Provincia autonoma di Bolzano.

Pertanto, rilevata l'evidente contraddittorietà delle norme statali di riforma economico-sociale con le disposizioni statutarie, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 6 del d. lgs. 22/2010.

«.....GA.....»

LA RESPONSABILITÀ DEL DIRIGENTE COMUNALE: LA CONSAPEVOLEZZA SUPERA LA DELEGA

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

L'isola o piazzola ecologica è un centro di stoccaggio di rifiuti ed è subordinata alla previa autorizzazione di legge. È responsabilità dei sindaci la realizzazione e gestione della discarica, considerata come una vera e propria scelta programmatica e di indirizzo politico vi è poi corresponsabilità del dirigente, non perché investito di determinati compiti delegatigli dal sindaco di turno, ma perché materialmente coordina l'attività di gestione materiale della discarica, coordinando l'azione di altri dipendenti ed interloquendo con i funzionari e tecnici della provincia. La ripartizione delle funzioni stabilita dall'art. 107 d. lgs. n. 267 del 2000, non può esonerare il sindaco dalla sua responsabilità per aver realizzato una discarica di rifiuti non autorizzata può, semmai, liberare il sindaco da responsabilità inerenti la inosservanza delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni rilasciate dall'autorità competente, o da responsabilità inerenti alle soluzioni operative adottate nel servizio di raccolta differenziata che, invece, spettano ai dirigenti amministrativi.

La III sezione penale della Cassazione interviene ponendo alcuni punti nell'ambito del trattamento dei rifiuti solidi, urbani e non, fornendo, in seconda analisi una lettura della portata della delega di funzioni fra sindaco e organi tecnici apicali.

La vicenda giudiziaria vede protagonisti tre ricorrenti nelle rispettive vesti, due di Sindaco di un comune e il terzo di dirigente dell'ufficio tecnico comunale di detta città. Tutto nasce da un sopralluogo effettuato da militari dell'Arma dei Carabinieri appartenenti al Nucleo Operativo Ecologico locale, in occasione del quale si aveva modo di accertare che la stazione ecologica del comune era costituita da una superficie di circa 3000 mq. distinta in due zone, la prima delle quali utilizzata per attività di rimessaggio dei mezzi adibiti per la raccolta dei rifiuti urbani e la seconda utilizzata per la raccolta differenziata dei rifiuti. I rifiuti ammassati erano di natura mista, ossia urbani e non, oltre in parte pericolosi (essendo stata constatata la presenza di batterie al piombo e batterie esauste provenienti dai parchimetri comunali). I militari, inoltre, avevano accertato che la raccolta differenziata dei rifiuti era effettuata in assenza della prescritta autorizzazione prevista dagli artt. 27 e 28 del d. lgs. n. 22 del 1997 (cd. decreto Ronchi), e, quindi, in violazione del disposto di cui all'art. 51, co. 1 e 3 comma del medesimo: sebbene fosse stato comunicato sin da subito da

parte del comune interessato l'inizio della attività di smaltimento, la provincia aveva opposto un diniego all'inizio di tale attività per inidoneità dell'area in cui essa era stata localizzata. Ne era derivato il sequestro preventivo dell'area interessata, che un'autorizzazione postuma, rilasciata dalla provincia per l'esercizio di una stazione ecologica adibita anche alla raccolta di rifiuti pericolosi, aveva consentito di revocare.

Con la decisione del 23.3.2011, n. 11650, che annulla sentenza del 24.4.2009 della Corte di Appello di Perugia, il Giudice di legittimità ribadisce, in primo luogo, che l'isola o piazzola ecologica è pacificamente un centro di stoccaggio di rifiuti. In questa si svolge una fase preliminare alle attività di smaltimento o di recupero degli stessi: per questo, l'attivazione della predetta è subordinata alla previa autorizzazione di legge, di cui all'art. d.lgs. 152/06 – Testo Unico ambientale, che ha ripreso pedissequamente l'art. 51 del d. Ronchi, vigente all'epoca dei fatti conosciuti dalla Corte¹. La condotta è stata esattamente inquadrata dalla Corte di merito nell'alveo della norma incriminatrice vigente all'epoca del fatto rispetto alla quale l'art. 256 del t.u. ambientale si pone in termini di continuità normativa senza alcun effetto abrogativo o derogatorio.

¹ Cfr. anche Cass. Pen., Sez. III, 15.1.2008 n. 9103; Id., Sez. III, 27.6.2005 n. 34665

La contravvenzione di attività di smaltimento di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, di cui al predetto art. 256, co.1², ha natura di reato istantaneo: si perfeziona, quindi, nel momento in cui si realizza la singola condotta tipica. Le condotte di raccolta, trasporto, recupero, commercio o smaltimento dei rifiuti senza la prescritta autorizzazione o comunicazione, sanzionate dall'art. 256, co.1. t.u. ambientale, (art. 51, co.1, del d. Ronchi), inoltre, configurano un'ipotesi di reato comune, potendo le stesse essere commesse anche da persona che non eserciti l'attività di gestione o di trasporto di rifiuti³. In caso di condanna per il reato di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione dei rifiuti in difetto di autorizzazione, di cui all'art. 256 citato decreto n. 152, va disposta, come è esattamente accaduto nel caso di specie, la confisca del mezzo di trasporto *ex art. 259, co.2, stesso decreto*⁴.

Inoltre, la Suprema Corte⁵, data la natura personale dell'autorizzazione all'esercizio di una delle tipiche attività di gestione (raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione) ha stabilito che non è consentita al titolare dell'autorizzazione la delega dell'esercizio dell'attività a terzi che ne siano privi.

In tema di piazzole comunali destinate alla raccolta differenziata dei rifiuti, dette eco-piazzole o piazzole ecologiche o isole ecologiche, peraltro, già si è espressa ormai diverso tempo fa il giudice di legittimità⁶, sancendo la necessità della prevista autorizzazione, in quanto le medesime costituiscono centri di stoccaggio ai sensi dell'art. 183, lett. l) del predetto t.u., atteso che nelle stesse si effettuano attività di smaltimento, consistente nel deposito preliminare in vista di altre operazioni di smaltimento definitive o di attività di recupero; ne deriva che la loro gestione senza la necessaria autorizzazione preventiva lede l'interesse tutelato dalla legge ad un controllo preventivo della p.a. sulla gestione dei rifiuti.

² v. Cass. Pen., Sez. III, 13.4.2010, n. 22034

³ Cass. Pen., Sez. III, 15.1.2008, Cozzoli

⁴ Cass. Pen., Sez. III, 15.11.2006, Gironda

⁵ V. Cass. Pen., Sez. III, 15.5.2007

⁶ cfr. Cass. Pen., Sez. III, 15.1.2008, Gasparini; Id., Sez. III, 11.1.2007, Noto La Diega

La Cassazione interviene, con la decisione che si commenta, anche da un'altra angolazione, riguardante la natura di determinati rifiuti del caso *de quo*, come batterie provenienti dai parchimetri comunali e accumulatori di piombo esausti.

Va premesso come la classificazione dei rifiuti, da parte del t.u. ambientale avvenga, in primo luogo fra rifiuti urbani e rifiuti speciali. I primi vanno distinti, poi, in rifiuti domestici e non. Rinviene, poi, una ulteriore classificazione, trasversale, fra rifiuti pericolosi e rifiuti non pericolosi. Le prime due distinzioni attingono non alla natura, ma all'origine, la provenienza dei rifiuti: i rifiuti urbani sono i rifiuti domestici derivanti da luoghi adibiti ad abitazione civile e gli altri relativi alla vita dei consociati dei centri urbani.

I rifiuti speciali invece sono quelli derivanti da attività produttive o di servizio (industriali, artigianali, sanitarie, agricole, commerciali ecc.). L'ultima distinzione classificatoria richiamata e che interessa la decisione recensita, attiene, invece, alla natura e alle caratteristiche di pericolosità del rifiuto ed è trasversale alla classificazione precedente fra urbani e speciali: i rifiuti pericolosi sono più presenti fra quelli speciali, mentre sono esclusi da quelli domestici. Esiste ora, con l'introduzione del Codice dell'ambiente, il Catalogo europeo dei rifiuti (allegato D del t.u.), istituito conformemente alla normativa comunitaria e suscettibile di periodiche revisioni, assegna ad ogni tipologia di rifiuto un codice a 6 cifre (così detto codice CER) che ne consente una più facile identificazione⁷.

⁷ Secondo il d. lgs. n. 152/06 (art. 184, co. 5), ad esempio, sono rifiuti pericolosi quelli contrassegnati da apposito asterisco nell'elenco CER2002. In tale elenco alcune tipologie di rifiuti sono classificate come pericolose o non pericolose fin dall'origine, mentre per altre la pericolosità dipende dalla concentrazione di sostanze pericolose e/o metalli pesanti presenti nel rifiuto. Per "*sostanza pericolosa*" si intende qualsiasi sostanza classificata come pericolosa ai sensi della direttiva 67/548/CEE e successive modifiche: questa classificazione è soggetta ad aggiornamenti, in quanto la ricerca e le conoscenze in questo campo sono in continua evoluzione. I "*metalli pesanti*" sono antimonio, arsenico, cadmio, cromo (VI), rame, piombo, mercurio, nichel, selenio, tellurio, tallio e stagno: possono essere presenti sia puri che, combinati con altri elementi, in composti chimici.

Con date premesse, è corretta, secondo la Cassazione, l'attribuzione di natura di rifiuti speciali pericolosi non urbani effettuata alle predette dalla Corte d'Appello, in quanto certo non smaltiti o smaltibili dai singoli cittadini. Il Giudice di merito, a completamento di tale giudizio, in modo altrettanto esaustivo, ha chiarito che ragioni di ordine temporale (con riferimento ai tempi di accumulazione) e quantitativo (con riferimento esplicito alle quantità addotte nel sito) ostassero alla provenienza urbana di tali rifiuti, che, per la loro specifica natura, non potevano che provenire da attività commerciali. Del tutto corretto, pertanto, è stato l'inquadramento normativo, passato, per questo, indenne al vaglio della Cassazione.

Inoltre, con riferimento ad un ulteriore motivo del ricorso conosciuto dagli Ermellini, è inesatto quanto sostenuto dai ricorrenti circa la natura di deposito comunale temporaneo assoggettabile al regime più favorevole, *ex art. 2, co. 2 c.p.*, previsto dal t.u. ambientale all'art. 183, co. 1, lett. cc) come integrato dal successivo d.m. 8.4.2008 che contempla sotto tale voce i cd. "*centri di raccolta*" dettandone la specifica disciplina.

È sempre buona norma (*repetita jvant*) ricordare, pur sommariamente, come ha già fatto in precedenza il giudice di legittimità⁸ che, perché possa parlarsi di deposito temporaneo e controllato di rifiuti, disciplinato dall'art. 6, lett. m) del decreto Ronchi, occorre il rispetto di tutte le condizioni dettate dalla norma sopra citata e, in particolare, il raggruppamento dei rifiuti nel luogo di produzione⁹ ed il rispetto dei tempi di giacenza riferiti alla natura e quantità dei rifiuti, con la conseguenza che in caso di mancato rispetto di tali indefettibili condizioni si deve parlare

⁸ V. Cass. Pen., Sez. III, 28.5.2002, n. 20780; Id., Sez. III, 22.6.2004, n. 37879; Id., Sez. III, 25.2.2004, n. 21024

⁹ Fatta eccezione per i rifiuti derivanti dalle attività di manutenzione alle infrastrutture per i quali detto luogo può coincidere con quello di concentrazione ove gli stessi vengono trasportati per la successiva valutazione tecnica, finalizzata all'individuazione del materiale effettivamente, direttamente ed oggettivamente riutilizzabile, senza essere sottoposto ad alcun trattamento (art. 230 d. lgs. n. 152 del 2006): V. Cass. Pen., Sez. III, 8.6.2007, Balloi.

non più di deposito temporaneo ma di deposito preliminare o di stoccaggio, attività per le quali è necessaria una preventiva autorizzazione¹⁰. Allorché il deposito dei rifiuti manchi dei requisiti fissati dall'art. 6 lett. m) d.lgs. n. 22/97 ora art. 183 d. lgs. n. 152/06 per essere qualificato quale temporaneo, si realizzano, secondo i casi: a) un deposito preliminare sanzionato dall'art. 51 d. lgs. n. 22/97 (ora art. 256, co. 1 d. lgs. n. 152/06), se il collocamento dei rifiuti è prodromico ad una operazione di smaltimento; b) una messa in riserva in attesa di recupero, sanzionata dall'art. 51, co.1 d. Ronchi, ora art. 256, co. 1, d. lgs. n. 152/06), che, appunto, quale forma di gestione, richiede il titolo autorizzativo; c) un deposito incontrollato od abbandonato, sanzionato, amministrativamente o penalmente, secondo i casi, dagli art. 50 e 51, co. 2 d.lgs. n. 22/97 (ora art. 255 e 256,co. 2 t.u. ambiente), quando i rifiuti non sono destinati ad operazioni di smaltimento o di recupero; d) una discarica abusiva, sanzionata dall'art. 51, co. 3, decreto abrogato (ora art. 256, co. 3 della nuova normativa), quando l'abbandono è reiterato nel tempo e rilevante in termini spaziali e quantitativi.

Affinché possa parlarsi di discarica abusiva, in particolare, occorre che sussistano alcuni requisiti particolari, quali l'allestimento di un'area con l'effettuazione di opere (quali spianamento del terreno, apertura di accessi, sistemazione, perimetrazione o recinzione); una condotta (più o meno sistematica, ma comunque ripetuta nel tempo e non occasionale) di accumulo di rifiuti; la destinazione dell'area a centro di raccolta di rifiuti, a causa della consistente quantità di rifiuti depositati abusivamente e della definitività del loro abbandono; il degrado (anche solo tendenziale) dell'area stessa¹¹.

Detto questo, ha esattamente osservato la Corte che i centri di raccolta si riferiscono ad attività di raggruppamento di rifiuti urbani omogenei, mentre, nel caso in esame, gli stessi ricorrenti hanno evidenziato la circostanza che l'isola incriminata abbia funzionato anche come deposito temporaneo dei rifiuti prodotti

¹⁰ Cass. Pen., Sez. III, 10.11.2009, n. 49911; id., Sez. III, 11.3.2009, n. 19883

¹¹ Cass. Pen., Sez. III, 21.10.2010, n. 42436.

dal comune, da ricondursi nell'ambito previsionale di cui all'art. 6, co. 1, lett. m) del decreto Ronchi: i rifiuti, dunque, erano eterogenei, il che, per definizione, esclude che possano definirsi gli stessi omogenei e soprattutto di origine unicamente urbana.

La Suprema Corte è intervenuta anche sotto il profilo della responsabilità individuale, per i fatti di cui trattasi, dei sindaci succedutisi nel tempo e del responsabile dell'ufficio tecnico.

Secondo la tesi prospettata dal Collegio difensivo, sussisteva nella decisione della Corte d'Appello un vizio di motivazione nella misura in cui la Corte stessa aveva ritenuto ascrivibile sul piano soggettivo la condotta al dirigente tecnico nonostante fosse stata riconosciuta la carenza di potere decisionale in merito alle scelte affidate in realtà a soggetti politici.

Ciò, a cascata, aveva determinato, sempre secondo i difensori, una disparità di trattamento rispetto a soggetti rivestenti analoga qualifica e funzione, ma non oggetto di indagini penali.

Veniva, infine, sul punto, censurando la difesa ancora una omessa motivazione in punto di differenziazione (esistente, ma non operata) nella ripartizione delle funzioni tra organi "politici" (il sindaco) ed organi "tecnici" (dirigente tecnico): in conseguenza di ciò, si determinava una inconfigurabilità in termini di rapporto di causalità tra la condotta e l'evento, ascrivibile solo ad eventuali scelte politiche e, dunque, a soggetti istituzionalmente a ciò preposti.

È stato corretto, secondo il giudice di legittimità, individuare la responsabilità dei Sindaci nella realizzazione e gestione della discarica, considerata come una vera e propria scelta programmatica e di indirizzo politico rientrante nelle prerogative del Sindaco, da un lato; dall'altro, è stata individuata una corresponsabilità del dirigente, non perché investito di determinati compiti delegatigli dal Sindaco di turno, ma perché materialmente aveva coordinato l'attività di gestione materiale della discarica, coordinando l'azione di altri dipendenti ed interloquendo con i funzionari e tecnici della Provincia. Il dirigente viene chiamato in causa, secondo la Suprema Corte

in maniera ineccepibile, indipendentemente dal conferimento o meno di una delega – che poi, invero, non è mai avvenuto –, esclusivamente perché coinvolto in senso materiale nella gestione della discarica e ben consapevole di tutti i problemi insorti con la provincia a causa del mancato rilascio della autorizzazione all'attivazione della discarica, il cui inizio, peraltro, era stato comunicato dal Sindaco nell'ambito di interventi di indirizzo politico.

La delega di poteri e funzioni non implica e non preclude, quindi, in quanto non ci si può limitare a imputare una responsabilità sulla sola base del conferimento di poteri, ma occorre investigare e analizzare anche l'agito posto in essere. Sul punto si è già espressa diffusamente la Suprema Corte¹²: il Sindaco di un comune che autorizzi l'apertura di discariche abusive ne risponde penalmente. La ripartizione delle funzioni tra organi di governo e organi burocratici del comune, stabilita dall'art. 107 d. lgs. n. 267 del 2000, non può esonerare il sindaco dalla sua responsabilità per aver realizzato una discarica di rifiuti non autorizzata. Suddetta ripartizione funzionale, semmai, può liberare il sindaco da responsabilità inerenti a inosservanza delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni rilasciate dall'autorità competente¹³, o da responsabilità inerenti alle soluzioni operative adottate nel servizio di raccolta differenziata¹⁴ che, invece, spettano ai dirigenti amministrativi. L'effetto liberatorio resta escluso nel caso di realizzazione di una discarica non autorizzata, attese le specifiche competenze del sindaco, il quale, come capo dell'amministrazione comunale, ha il compito di programmare l'attività di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, e, come ufficiale di governo, ha il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti a tutela della salute pubblica e dell'ambiente¹⁵.

Pur nel discriminare tra attività di indirizzo programmatico-politico – rientrante nei compiti istituzionali del Sindaco – e attività mate-

¹² Si veda Cass. Pen., Sez. III, 1.7.2004, n. 28674

¹³ ove si era già espressa, specificamente, Cass. Pen., Sez. III, 4.3.2002, n. 8530 Casti

¹⁴ Cass. Pen., Sez. III, 21.6.2002, n. 23855, PG in proc. Pino

¹⁵ Cass. Pen., Sez. III, 27.3.2000, n. 3878 Stillitani

riale di gestione tecnico-amministrativa – di pertinenza del dirigente amministrativo (o tecnico) del settore –, ciascuno dei due soggetti ha responsabilità specifiche che, se non assolute convenientemente, implicano una responsabilità individuale a titolo diretto.

Nel caso concreto, peraltro, il giudice di merito, aveva, correttamente secondo la Cassazione, ritenuto non solo la colpa dei soggetti interessati, già in sé idonea a far configura-

re il reato, ma addirittura il dolo, poiché tutti erano ben consapevoli delle varie irregolarità in cui versava l'isola ecologica in quanto ritenuta inidonea ed ancor prima, proprio per effetto della sospensione imposta dalla Provincia: così come i detti soggetti erano perfettamente consapevoli della necessità della preventiva autorizzazione senza che potessero profilarsi quei dubbi interpretativi indicati dalla difesa.

«.....GA.....»

LA CORTE COSTITUZIONALE RITORNA SULLA “CEDEVOLEZZA INVERTITA” DELLA NORMATIVA REGIONALE ... PER CENSURARLA

della Prof.ssa Paola Mazzina

Commento alla sentenza della Corte cost. n. 373/2010

1. Con la sent. n. 373/2010 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, lett. f), secondo periodo, e dell'art. 6, co. 4, della l. della Regione Puglia 31.12.2009, n. 36 (Norme per l'esercizio delle competenze in materia di gestione dei rifiuti in attuazione del d. lgs. 3.4.2006, n. 152).

In particolare, la pronuncia de qua definisce l'esito di un ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri in cui si è lamentata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, lett. f), secondo periodo, della citata l. 36/2009 della Regione Puglia, nella parte in cui si attribuiva alla Regione il potere di regolamentare 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; nonché dell'art. 6, co. 4, della predetta legge regionale, che disponeva una deroga alla unicità della gestione integrata del ciclo di rifiuti, di cui all'art. 200, co. 1, lett. a), del d. lgs. 152/2006.

Con riguardo alla prima delle due norme censurate, si è eccepita la violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost., in quanto essa, prevedendo che la Regione - seppure solo fino all'adozione degli indirizzi nazionali - regolamenti ambiti riservati allo Stato, esorbirebbe dalla propria sfera di competenza.

Analogamente, la seconda disposizione impugnata, nel prevedere una sorta di scissione, con riguardo agli affidamenti relativi ai servizi di raccolta, trasporto e igiene urbana, rispetto alle concessioni di costruzione e gestione degli impianti affidate dal Commissario straordinario ai sensi della normativa antecedente alla entrata in vigore dello stesso d. lgs. n. 152 del 2006, si porrebbe in contrasto

con il quadro normativo nazionale in tema di disciplina dei rifiuti, di cui allo stesso d. lgs. n. 152 del 2006, recando, in tal modo, un *vulnus* al criterio costituzionale di riparto delle competenze tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 cost..

La Regione Puglia, nel resistere al ricorso, ha eccepito, in via preliminare, la sua inammissibilità (respinta dalla Corte) per omessa specificazione dei parametri costituzionali di riferimento e, nel merito, ha sostenuto le ragioni dell'infondatezza dello stesso.

A supporto di tale posizione la Regione Puglia ha rilevato che l'art. 3, co. 1, lett. f), della legge regionale impugnata non è contrario alla normativa statale di riferimento, in quanto concerne la determinazione dell'attività di pianificazione spettante alla Regione in via esclusivamente provvisoria e temporanea.

Per quel che riguarda, invece, l'art. 6, co. 4, della stessa legge, la Regione resistente ha sostenuto che la legittimità della previsione che dispone una deroga al criterio dell'unicità della gestione di alcuni servizi di raccolta, trasporto ed igiene urbana discende dall'intento di salvaguardare i rapporti concessori instaurati in base alla pregressa disciplina unicamente nella fase di prima applicazione della nuova legge.

2. In relazione a questa seconda censura la Corte costituzionale, nell'accogliere le eccezioni di illegittimità, ha ravvisato nella deroga al principio della unicità della gestione integrata dei rifiuti un contrasto con l'art. 200, co. 1., lett. a), del d. lgs. n. 152 del 2006 - secondo cui, invece, la gestione dei rifiuti urbani è organizzata, fra l'altro, sulla base del criterio del superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione in-

tegrata dei rifiuti¹ - e con l'art. 117, co. 2, lett. s) cost., confermando che la competenza della tutela dell'ambiente è materia riservata in via esclusiva al legislatore statale².

Per quanto riguarda, invece, la prima eccezione - quella relativa all'art. 3, co. 1, lett. f), secondo periodo - la Corte, nel dichiarare fondata la questione di illegittimità costituzionale, è partita dalla considerazione che la normativa relativa alla gestione dei rifiuti, già contenuta nel d. lgs. 22 /1997, è attualmente recata dal d. lgs. 152/2006, che, agli artt. 195-198 disciplina il riparto di competenze in materia di rifiuti, riservando, tra l'altro, alle Regioni alcune funzioni in materia di pianificazione³.

Pertanto, nel mettere a confronto quanto previsto nell'art. 3, co. 1, lett. f), primo periodo (non censurato) della l. 36/2010 della Regione Puglia, con il secondo periodo, oggetto invece di censura, la Corte evidenzia l'incompatibilità costituzionale della seconda disposizione.

Si sostiene, infatti, la profonda differenza - e quindi l'illegittimità costituzionale del secondo periodo - che corre tra il riconoscimento contenuto nel primo periodo, a favore della Regione, della competenza alla «emanazione di linee guida per la gestione integrata dei

¹ La norma censurata stabilisce, con riguardo al piano regionale per la gestione integrata dei rifiuti, che, «in sede di prima applicazione delle nuove disposizioni, e tenuto conto delle concessioni di costruzione e gestione degli impianti già affidate dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale - Presidente della Regione Puglia - sulla base della normativa antecedente l'entrata in vigore del d. lgs. n. 152 del 2006, le Autorità d'Ambito, in deroga alla unicità della gestione, possono prevedere affidamenti limitati al servizio di raccolta, trasporto e igiene urbana per una durata non superiore al restante periodo di validità della durata delle concessioni degli impianti affidate, e comunque per non oltre quindici anni. Alla scadenza di tale periodo di prima applicazione è poi effettuata la successiva gara assicurandosi la gestione unitaria del servizio integrato». Così art. 6, co. 4, l. r. Puglia n. 36/2009.

² Sent. 373/2010, Considerato in diritto, punto 2.4.

³ Tra queste viene segnalata la predisposizione di piani regionali dei rifiuti, di piani di bonifica di aree inquinate, l'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. Cfr. art. 196 del d.lgs. 152/2006.

rifiuti nonché per l'esercizio delle funzioni di autorizzazione spettanti o delegate alle province⁴» rientrante tra le funzioni di indirizzo, coordinamento, programmazione e controllo in materia di rifiuti, ed, invece, la previsione (cfr. secondo periodo) stando alla quale «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»⁵.

In particolare, la Corte, richiamando il suo consolidato orientamento che vuole - come si è appena esposto - che la competenza in tema di tutela dell'ambiente (*ex plurimis* vengono citate le sentt. n. 127 del 2010 e n. 314 del 2009) appartiene in via esclusiva allo Stato, esclude iniziative delle Regioni volte a regolamentare nel proprio ambito territoriale la materia pur nelle more della relativa disciplina statale.

3. Gli argomenti posti a supporto di tale decisione e che, in questa sede, meritano alcune considerazioni, ruotano attorno a due aspetti: una nuova definizione del significato che la Corte attribuisce al più volte affermato potere delle Regioni di stabilire livelli più elevati di tutela e la dichiarata illegittimità della clausola della c. d. «cedevolezza invertita».

In relazione al primo profilo la Consulta muove da una reinterpretazione dei c. d. livelli più elevati di tutela.

Nella sentenza in commento la Corte, pur richiamando il suo precedente orientamento - in forza del quale le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire, per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze livelli di tutela più elevati⁶ - introduce un argomento di forte discontinuità e dagli incerti confini interpretativi.

Sul punto, infatti, la Consulta afferma che le Regioni certamente incidono «sul bene ma-

⁴ Il corsivo è aggiunto.

⁵ Sent. 373/2010, Considerato in diritto, punto 2.2.

Il corsivo è aggiunto.

⁶ Il riferimento è alle sentenze nn. 61, 30 e 12 del 2009, 105, 104 e 62 del 2008.

teriale ambiente, ma al fine non di tutelarlo, essendo esso salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti riconducibili alle competenze delle Regioni stesse», trattandosi «di un potere insito nelle stesse attribuzioni di queste ultime, al fine della loro esplicazione»⁷.

Pertanto, la Corte non solo esclude che la tutela possa essere materia di competenza del legislatore regionale, ma circoscrive ulteriormente l'ambito di intervento alla adeguata disciplina di oggetti riconducibili alle competenze delle Regioni stesse.

Più precisamente si afferma che l'orientamento precedente seguito dalla giurisprudenza costituzionale e volto ad ammettere la disciplina regionale dei c.d. livelli di tutela più elevati, in relazione al caso *de quo*, si traduce in una illegittima invasione di competenza: il legislatore regionale con il regolamento «*gli ambiti di attività soggetti alla previa emanazione di disciplina statale nelle more della determinazione degli indirizzi nazionali*» (ex art. 3, co. 1, lett. f), secondo periodo) ha disposto «*che l'esercizio delle funzioni pianificatorie della Regione potesse prescindere dalla previa adozione degli indirizzi di carattere generale che la legge statale ritiene invece essenziali*»⁸.

In altri termini, la giurisprudenza costituzionale, nel circoscrivere il concetto di tutela alla sola definizione di una soglia minima o essenziale di salvaguardia del bene-ambiente, si è riservata il potere di verificare di volta in volta la rispondenza al modello.

Tuttavia, la stessa Corte, una volta affermato l'assunto per cui l'innalzamento del livello di "tutela" non è più tutela, non fornisce indicazioni sul cosa nel frattempo sia diventata la tutela *de qua*⁹.

Dall'affermazione che l'intervento regionale nella materia di propria competenza presuppone, comunque, il previo intervento dello Stato, discende anche l'esclusione dell'utilizzo delle "norme cedevoli invertite".

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. RUGGERI, *A proposito di (impossibili) discipline legislative regionali adottate in sostituzione di discipline statali mancanti (nota a Corte cost. 373 del 2010)*, consultabile sul sito *on line*, www.federalismi.it

Per cogliere meglio l'orientamento espresso dalla Corte in relazione a tale ultimo profilo e, segnatamente, all'inammissibilità della clausola di cedevolezza è opportuno ricordare che il tema *de quo* è stato posto all'attenzione della giurisprudenza costituzionale già prima della riforma del titolo V¹⁰.

In quell'assetto istituzionale, com'è noto, la previsione di norme cedevoli si collegava a profili di legittimità ed, in particolare, alla contrapposizione fra principio e dettaglio. Pertanto, nell'ambito delle materie concorrenti il legislatore statale dettava insieme alla norma principio anche la norma di dettaglio come espediente per contrastare l'eventuale inerzia della Regione.

A partire dalla sentenza n. 214/1985, la giurisprudenza costituzionale ha ammesso le norme cedevoli per ragioni diverse dalla legittimità, ossia di efficacia.

Tale approccio ha continuato a guidare la posizione della Corte anche dopo la riforma del titolo V.

Basti ricordare la nota sent. 303/2003 nella quale si sono ammesse norme legislative cedevoli in materia concorrente per la disciplina di funzioni regionali che lo Stato assuma in forza del significato dinamico del principio di sussidiarietà.

La Corte, in quella pronuncia, come è noto, ha ritenuto non irragionevole la «*temporanea compressione della competenza legislativa regionale*» perché è finalizzata «*ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono es-*

¹⁰ In argomento, una rapida panoramica della giurisprudenza costituzionale è stata offerta, tra gli altri, da G. DI COSIMO, *Norme cedevoli: un genere, due specie*, consultabile sul sito *on line*, www.forumcostituzionale.it. Sull'ammissibilità o meno dell'utilizzo delle norme cedevoli dopo la riforma del Titolo V, si cfr. R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1237 s.; L. ANTONINI, *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli? Intorno ad una lacuna "trascurata" del nuovo Titolo V*, consultabile sul sito *on line* www.associazionedei-costituzionalisti.it; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1247 ss. ed, in particolare, p. 1254.

sere esposte al rischio di ineffettività»¹¹.

Con la sentenza n. 303/2003 la Corte pur ponendosi in linea di continuità con il filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 214/1985 ha affiancato alle considerazioni relative all'efficacia, un nuovo argomento di legittimità, ossia il principio di sussidiarietà¹².

Altre pronunce si sono inserite negli anni in questo orientamento costituzionale, ma soltanto con la sentenza n. 398/2006 si è riconosciuta, invece, per la prima volta, la legittimità della valenza biunivoca della cedevolezza consentendo ad una legge regionale di porsi come norma sulla produzione capace di disciplinare autonomamente anche la propria efficacia di fronte al sopravvenire delle successive fonti statali.

In particolare la C. cost., nella sent. 398/2006 investita della questione a seguito di un ricorso statale che contestava la lesione delle proprie competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" (art. 117, co. 2, lett. s), ha ritenuto legittima la normativa regionale impugnata avallando l'innovativa prassi della cedevolezza "invertita"¹³.

¹¹ Sent. 303/2002, Considerato in diritto, punto 16.

¹² G. DI COSIMO, *cit.*

La sentenza rileva l'esistenza di argomenti contro la previsione di norme suppletive statali in materie concorrenti, ovvero il nuovo riparto della potestà legislativa e la tassativa indicazione delle competenze statali, ma ritiene che tali argomenti diano una lettura dell'art. 117 Cost. tale da svalutare «la portata precettiva dell'art. 118, co. 1, che consente l'attrazione allo Stato per sussidiarietà e adeguatezza, delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative».

¹² Con la sent. 398/2006 la Corte costituzionale si è pronunciata in merito all'attuazione delle direttive comunitarie a livello regionale con particolare riferimento alla l. r. del Friuli Venezia Giulia 11/2005, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione Friuli Venezia Giulia derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee.

Per un primo commento si veda S. TRIPODI, *L'attuazione regionale delle direttive comunitarie e le clausole di cedevolezza*, consultabile sul sito *on line* www.federalismi.it

¹³ Con la sent. 398/2006 la Corte costituzionale si è pronunciata in merito all'attuazione delle direttive comunitarie a livello regionale con particolare riferimento alla l. r. del Friuli Venezia Giulia 11/2005, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione Friuli Venezia Giulia derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee.

In quella pronuncia la Corte, nell'affermare l'assenza «di norme destinate ad incidere in campi di disciplina riservati allo Stato», ha sottolineato l'importanza di «due clausole (...) in base alle quali la legislazione regionale si adegua ai principi e criteri generali della legislazione statale anche successiva, mentre, nell'ipotesi di norme regionali in contrasto le stesse vengono automaticamente sostituite, nell'applicazione concreta, dalle norme statali, sino a quando la Regione non provveda ad emanare leggi di adeguamento»¹⁴.

A conferma della considerazione che le norme cedevoli rappresentano un tema di difficile inquadramento, nella pronuncia de qua, la Consulta è ritornata sulla posizione espressa nella sent. 398/2006 censurando questa volta la clausola della "cedevolezza invertita".

La Corte, infatti, ha censurato l'art. 3, co. 1, lett. f), secondo periodo, della l. 36/2009 della Regione Puglia limitandosi a precisare - come si è precedentemente riferito - che, pur in mancanza di una disciplina statale, i rifiuti rientrano a pieno titolo nella "materia" dell'ambiente di esclusiva spettanza dello Stato. In effetti - e la letteratura già in sede di commento alla sent. 398/2006 l'aveva ben evidenziato - l'esperienza della cedevolezza invertita, della quale si è avvalsa anche la Regione Puglia in sostituzione (ed in attesa) dell'intervento statale, risulta di difficile praticabilità soprattutto per i rischi che l'intrecciarsi di normative statali e regionali cedevoli generino a favore di nuove incertezze interpretative circa la vigenza e l'effettività delle norme¹⁵.

In considerazione di questi rilievi la Corte, pur non fornendo nuove motivazioni a sup-

Per un primo commento si veda S. TRIPODI, *L'attuazione regionale delle direttive comunitarie e le clausole di cedevolezza*, consultabile sul sito *on line* www.federalismi.it

¹⁴ Ed ancora, prosegue la Corte, «la Regione, tramite il Capo I della legge impugnata, da una parte, circoscrive l'attuazione da essa data alla direttiva 2001/42/CE alle sole materie di propria competenza e, dall'altra, si impegna a rispettare i principi e criteri generali della legislazione statale e ad adeguare progressivamente a questi ultimi la propria normativa». Così sent. 398/2004, Considerato in diritto, punto 4.4.

¹⁵ S. TRIPODI, *cit.*

porto di tale inversione di marcia, ha offerto un contributo volto ad evitare le ricadute negative che una cedevolezza invertita è in gra-

do di provocare in ordine alla coerenza del sistema nonché all'incremento del tasso di litigiosità tra Stato e Regioni.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

della Prof.ssa Maria Rosaria Salerni

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.6.2011, n. 3663
Piani attuativi - obbligo di astensione - approvazione per parti separate - legittimità. Piani attuativi - riconoscimenti dell'intera volumetria edificabile - necessità - non sussiste.

È legittima – proprio al fine di evitare difficoltà insormontabili nei Comuni di medie e piccole dimensioni – l'approvazione di una variante generale al Piano di Recupero per parti separate, con l'astensione per ciascuna di esse di coloro che in concreto vi abbiano interesse, purché a ciò segua una votazione finale dello strumento nella sua interezza, nella quale ultima votazione rimangono inapplicabili le cause di astensione, dal momento che sui punti specifici oggetto del conflitto di interesse si è già votato senza la partecipazione dell'amministratore in conflitto.

La quantificazione della capacità edificatoria da assegnare alle singole aree in sede di pianificazione attuativa rientra nella discrezionalità che, anche in tale sede, connota la potestà pianificatoria, non essendo ricavabile da alcuna disposizione o principio un obbligo di riconoscere uno actu l'intera volumetria edificabile prevista in astratto dallo strumento urbanistico generale.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 7.6.2011, n. 1419

Distanze - d.m. 1444/68 - imperatività - va affermata - derogabilità - strumenti urbanistici -va esclusa.

Parete finestrata - nozione.

L'art. 9 d.m. 1444/1968, emanato in virtù dell'art. 41 quinquies, l. 1150/1942, ripete dal rango di fonte primaria della norma delegante la forza di legge, suscettibile di integrare con efficacia precettiva il regime delle distanze dalle costruzioni di cui all'art. 872 c.c.: ne discende che la regola della distanza di 10 metri tra

pareti finestrate e pareti di edifici antistanti vincola anche i comuni in sede di formazione e di revisione degli strumenti urbanistici, con la conseguenza che ogni previsione regolamentare in contrasto con l'anzidetto limite minimo è illegittima e va disapplicata, essendo consentita alle amministrazioni locali solo la fissazione di distanze superiori.

Per pareti finestrate devono intendersi non (soltanto) le pareti munite di "vedute", ma più in generale tutte le pareti munite di aperture di qualsiasi genere verso l'esterno, quali porte, balconi, finestre di ogni tipo (di veduta o di luce), considerato altresì che basta che sia finestrata anche una sola delle due pareti.

TAR Marche, 26.5.2011, n. 363

Energia - fonti rinnovabili - autorizzazione unica - PEAR - requisiti di ventosità minimi - previsione - illegittimità.

Energia - fonti rinnovabili - autorizzazione unica - linee guida regionali - ante dm 10.9.10 - illegittimità.

Va dichiarata l'illegittimità del PEAR Marche nella parte in cui impone che le aree nelle quali si intende collocare impianti eolici abbiano una ventosità minima di 5 m/s, posto che la Corte Costituzionale ha ritenuto non conforme all'art. 117 cost. una norma regionale che subordinava l'installazione di impianti eolici alla sussistenza di alcuni requisiti di ventosità delle aree all'uopo individuate dai soggetti proponenti e ad una soglia minima di producibilità annua degli impianti.

Va dichiarata l'illegittimità della delibera di Giunta Regionale che stabilisca criteri per la localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, posto che la Corte Costituzionale ha statuito che le Regioni non hanno un potere siffatto, in assenza delle linee-guida statali (successivamente adottate con d.m. 10/9/2010).

TAR Piemonte, Sez. I, 4.5.2011, n. 451

Energia - fonti rinnovabili - autorizzazione unica - regolamento comunale - zona agricola - generale divieto - illegittimità.

Con riferimento all'autorizzazione unica per gli impianti di produzione energetica da fonte rinnovabile, è illegittima la disciplina urbanistica comunale che introduca un indifferenziato o generalizzato divieto di installazione nelle aree agricole, prescindendo dalle specifiche peculiarità delle stesse.

TAR Toscana, Sez. II, 4.5.2011, n. 776

Piano di classificazione acustica - preuso - omessa valorizzazione - è illegittimo.

Il piano di classificazione acustica, analogamente agli altri strumenti di pianificazione urbanistica, pur espressione di scelte ampiamente discrezionali del Comune, deve rispondere a criteri di non arbitrarietà, irrazionalità od irragionevolezza, oltreché di esatta rappresentazione dei fatti in relazione alle esigenze che si intendono concretamente soddisfare. Esso deve inoltre, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, essere ancorato all'accertamento di specifici presupposti di fatto, il primo dei quali è il preuso del territorio: ciò poiché non è possibile sacrificare oltremodo le aspettative consolidate di coloro che si sono legittimamente insediati in zone qualificate industriali e, quindi, funzionalmente deputate all'espletamento di attività produttive, che non debbono subire limitazioni, a causa della classificazione acustica, non adeguatamente giustificate, diversamente da ciò che potrebbe avvenire, ad es., per le attività industriali localizzate in zona impropria.

Va dichiarata l'illegittimità del piano di classificazione acustica adottato senza alcuna valorizzazione delle preesistenti destinazioni d'uso del territorio, posto che l'art. 4, co. 1, lett. a, l. n. 447/1995, nel dettare i criteri sulla base dei quali i Comuni procedono alla classificazione acustica del territorio, dopo aver indicato il divieto di contatto diretto tra aree i cui valori di qualità si discostino per oltre 5 dB (A) di livello sonoro equivalente, prescrive l'adozione di piani di risanamento qualora nell'individuazione delle aree nelle zone già urbanizzate non sia possibile rispettare tale divieto a causa

di "preesistenti destinazioni di suo". La stessa giurisprudenza ha del resto chiarito l'importanza del criterio ora in esame, evidenziando che nella zonizzazione acustica del territorio, le scelte della PA non si possono sovrapporre meccanicamente alla pianificazione urbanistica, poiché l'art. 6 della l. n. 447/1995 prevede il solo coordinamento con gli strumenti urbanistici, dovendosi tenere conto delle attività economiche precedentemente insediate sul territorio, le cui esigenze trovano tutela in virtù della loro risalente ubicazione; e che il piano di classificazione acustica va rapportato – dal punto di vista delle fonti di inquinamento acustico – in primo luogo alla situazione di fatto in cui si trova il territorio comunale, e solo indirettamente a quella che in astratto può ricavarsi dalla pianificazione urbanistica. È questo uno scollamento ragionevole, posto che mentre lo strumento urbanistico disciplina l'assetto del territorio ai fini prettamente urbanistici ed edilizi, individuando le zone omogenee sulla base di criteri quantitativi; la classificazione acustica ha riguardo all'effettiva fruibilità dei luoghi, avvalendosi di indici qualitativi.

TAR Toscana, Sez. I, 14.2.2011, n. 310

Regolamento urbanistico - previsioni - aree ad edificabilità differita - legittimità.

È legittima la previsione da parte del Regolamento Urbanistico di aree ad "edificabilità differita a fini residenziali o produttivi", nelle quali l'edificazione è subordinata ad apposita variante di P.R.G. posta in essere all'esito di un confronto concorrenziale tra i proprietari delle aree sulla base degli obiettivi delineati dalla PA (basati sui connotati qualitativi dell'offerta e quantitativi in ordine alla disponibilità alla cessione di aree a standard). Infatti la innovativa previsione di una procedura di carattere comparativo in luogo del diretto esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della PA appare funzionale – al netto della verifica delle sue concrete modalità disciplinari – al duplice obiettivo di rendere trasparenti le scelte pubbliche, attraverso la predeterminazione dei criteri valutativi, e di realizzare quanto più possibile l'interesse pubblico, in linea quindi con i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost.. Esso non contrasta con il meccanismo

della perequazione urbanistica, quante volte non sia previsto come obbligatorio dalla legislazione regionale, trattandosi viceversa di un importante tentativo di rendere trasparenti e verificabili le scelte dell'amministrazione in materia urbanistica, attraverso la previa indicazione dei parametri valutativi di tipo qualitativo e quantitativo cui l'ente si atterrà al fine di scegliere, tra le varie proprietà astrattamente idonee alla edificazione, quelle cui attribuire la

concreta possibilità di edificazione. Né appare evocabile la tematica dell'intensificazione dell'obbligo motivazionale in ipotesi di sovradimensionamento degli standard, riferita all'ipotesi di imposizione pubblica di standard ulteriori rispetto alle dimensioni ex lege con conseguente pregiudizio dei proprietari, trattandosi di una spontanea messa a disposizione da parte dei privati, basata sul consenso degli interessati.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8.6.2011, n. 3508
PdC - istruttoria - passaggio veicolare - ponderazione - obbligo - sussiste.

Il difetto del possesso dei titoli reali relativi ai diritti di passaggio veicolare attraverso il cortile altrui costituisce un elemento proceduralmente ostativo, per il quale legittimamente si nega il rilascio del permesso di costruire.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8.6.2011, n. 3505
PdC - istruttoria - sicurezza costruzioni - accertamento - necessità - sussiste.

Le attribuzioni del Comune in tema di autorizzazione degli interventi edilizi comprendono espressamente gli obblighi di valutare i profili di sicurezza delle costruzioni, dovendosi pertanto ritenere illegittimo il permesso di costruire che non contenga apprezzamenti in ordine alla idoneità o meno delle opere ad incidere sulla rigidezza strutturale e sulla stabilità del complesso immobiliare cui inerisce.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 25.5.2011, n. 3134
PdC - porticato - necessità - sussiste. Distanze - osservanza - immobile privo di certificato di agibilità - obbligo - non sussiste.

La realizzazione di strutture in muratura, sovrastate da un tetto con copertura in tegole, per il suo carattere di stabilità e permanenza costituisce una vera e propria "costruzione" (fattispecie relativa alla realizzazione di un porticato per autorimessa).

Ai fini della legittimità del permesso di costruire deve escludersi la rilevanza di profili civilistici ed intersoggettivi relativi ad immobili confinanti per i quali difettino le certificazioni di agibilità.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.5.2011, n. 2749
Distanze - d.m. 1444/68 - imperatività - va affermata - derogabilità - strumenti urbanistici - accordi convenzionali - va esclusa. Distanze - disciplina civilistica - principio di prevenzione - rilevanza - condizioni.

L'art. 9, d.m. 2.4.1968 n. 1444, il quale detta disposizioni in tema di distanze tra le costru-

zioni, stante la sua natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione di un piano regolatore e la prescritta distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti va rispettata in tutti i casi, trattandosi di norma volta ad impedire la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario e della sicurezza, per cui esso disposto non è eludibile in funzione della natura giuridica dell'intercapedine stessa.

In tema di distanze legali nelle costruzioni, le prescrizioni contenute nei piani regolatori e nei regolamenti edilizi comunali, essendo dettate, contrariamente a quelle del codice civile, a tutela dell'interesse generale a un prefigurato modello urbanistico, non tollerano deroghe convenzionali da parte dei privati e tali deroghe, se concordate, sono invalide, né tale invalidità può venire meno per l'avvenuto rilascio di concessione edilizia, poiché il singolo atto non può consentire la violazione dei principi generali dettati, una volta per tutte, con gli indicati strumenti urbanistici.

Qualora gli strumenti urbanistici stabiliscano determinate distanze dal confine e nulla aggiungano sulla possibilità di costruire "in aderenza" od "in appoggio", la preclusione di dette facoltà non consente l'operatività del principio della prevenzione, mentre, nel caso in cui invece tali facoltà siano previste, si versa in ipotesi del tutto analoga a quella disciplinata dagli art. 873 e ss. c.c., con la conseguenza che è consentito al preveniente costruire sul confine, ponendo il vicino, che intenda a sua volta edificare, nell'alternativa di chiedere la comunione del muro e di costruire in aderenza, ovvero di arretrare la sua costruzione sino a rispettare la maggiore intera distanza imposta dallo strumento urbanistico.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.5.2011, n. 2618
Contributi di costruzione - prescrizione - disciplina.

Contributi di costruzione - pagamento - procedimento ex r.d. 639/10 - procedimento giu-

risdizionale - alternatività - va esclusa.

Il diritto a conseguire il pagamento dei contributi di costruzione si prescrive in dieci anni, decorrenti dal giorno del rilascio della concessione.

Il Comune, al fine di conseguire il risultato del pagamento dei contributi di costruzione ha la possibilità di attingere a moduli procedurali autoritativi, quale quello di cui al r.d. 14.4.1910, n. 639. Ne discende l'inammissibilità delle azioni giurisdizionali aventi il medesimo fine, quante volte queste possano portare all'elisione di garanzie procedurali e pubblicistiche, non potendo l'interprete obliterare il dato della esistenza di specifiche norme di relazione, volte alla contemporanea attribuzione di un potere alla parte pubblica e di correlative posizioni soggettive ai privati.

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.4.2011, n. 2159

Pertinenza - nozione.

In materia urbanistica la nozione di pertinenzialità ha peculiarità sue proprie che la differenziano da quella civilistica, atteso che il manufatto deve essere non solo preordinato ad una oggettiva esigenza dell'edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio, ma deve essere, oltre che di volume modesto affinché non comporti il c.d. carico urbanistico, altresì sfornito di autonoma destinazione ed autonomo valore di mercato in virtù dell'instaurazione di un legame giuridico-funzionale stabile tra pertinenza e singola unità immobiliare; legame a causa del quale l'una e l'altra non possano utilizzarsi e disporsi separatamente.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 1.4.2011, n. 2041

Zona agricola - costruzioni - strada - facoltà - sussiste.

Non può riconoscersi incompatibilità – e pertanto non occorre la preventiva approvazione di una variante – fra la destinazione a zona agricola contenuta in uno strumento urbanistico e la costruzione di una strada che l'attraversi, qualora la destinazione specifica non sia alterata e turbata, e salva la presenza di espresse previsioni normative in senso opposto.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 7.6.2011, n. 1405

D.I.A. - formazione - conseguenze - diniego tardivo - illegittimità - sussiste.

PdC - diniego - normativa urbanistica violata - richiamo specifico - necessità.

È illegittimo l'operato dell'amministrazione comunale che, in presenza di una denuncia di inizio attività per la realizzazione di un intervento costruttivo, adotta provvedimenti di sospensione dei lavori e di demolizione del manufatto dopo che da tempo sia decorso il termine previsto per il consolidamento del titolo, senza previo ricorso a strumenti di autotutela.

È carente di motivazione il diniego di concessione fondato su un generico contrasto dell'opera con leggi o regolamenti in materia edilizia, dovendo invece il diniego stesso soffermarsi sulle disposizioni che si assumano ostative al rilascio del titolo e sulle previsioni di riferimento contenute negli strumenti urbanistici, in modo da consentire all'interessato da un lato di rendersi conto degli impedimenti che si frappongono alla regolarizzazione ed al mantenimento dell'opera, dall'altro di confutare in giudizio, in maniera pienamente consapevole ed esaustiva, la legittimità del provvedimento impugnato.

TAR Molise, Sez. I, 1.6.2011, n. 310

PdC - veranda - necessità - sussiste.

La realizzazione di una veranda cui consegua un aumento di volumetria deve essere qualificata come ristrutturazione edilizia in quanto essa comporta, in conseguenza dell'aumento di volumetria correlata, la realizzazione di un organismo diverso dal precedente per struttura e destinazione.

TAR Abruzzo, Ps, Sez. I, 25.5.2011, n. 334

Distanze - osservanza - sopraelevazioni - necessità - non sussiste.

Distanze - osservanza - edifici di diverse altezze - necessità - sussiste.

L'art. 9, n. 2, d.m. 1444/1968 si applica solo alle nuove costruzioni, totali e/o parziali (nella specie è stata ritenuta l'inapplicabilità della norma alla sopraelevazione di un sottotetto).

L'art. 9, ult. co., d.m. 1444/1968, laddove stabilisce che le distanze stabilite devono adeguarsi, se inferiori, all'altezza del fabbricato più alto, fa ritenere che l'assolutezza della distanza minima valga anche tra edifici di altezza diversa o

minima.

TAR Veneto, Sez. II, 19.5.2011, n. 842

Zona agricola - deposito materiali - PdC - necessità - sussiste.

Qualora si voglia procedere nell'ambito di una zona agricola ad adibire a deposito stabile di materiali edili una notevole area, si verifica una situazione di incompatibilità rispetto alla destinazione agricola della stessa, ragion per cui è necessario il rilascio di un titolo autorizzatorio.

TAR Campania, Sa, Sez. I, 16.5.2011, n. 949

Mutamenti destinazione d'uso - PdC - necessità - condizioni.

Tutte le volte che le modificazioni unilateralmente realizzate dal proprietario configurano un mutamento della destinazione d'uso, con appesantimento, rilevabile e documentabile, dei carichi urbanistici o con manifesto contrasto con i vigenti assetti urbanistici di zona, è necessaria l'autorizzazione dell'Ente locale, per l'elementare e basilare esigenza collettiva di consentire allo stesso Ente locale di gestire in modo ordinato, equo e proporzionato, rispetto alla situazione reddituale degli amministrati, i carichi di urbanizzazione complessivamente considerati (Fattispecie relativa alla trasformazione di un appezzamento di terreno da agrumeto e giardino a parcheggio scoperto, attraverso l'impermeabilizzazione del terreno medesimo).

TAR Liguria, Sez. I, 13.5.2011, n. 770

PdC - art. 831, co. 2 cc - inosservanza - illegittimità.

È illegittimo il permesso di costruire rilasciato in spregio dell'art. 831, co. 2, cc, che impedisce la sottrazione degli edifici destinati al culto pubblico della religione cattolica, anche se di proprietà privata, in assenza di un idoneo atto in tal senso dell'autorità ecclesiastica competente.

TAR Lazio, Sez. II ter, 11.4.2011, n. 3171

Mutamenti destinazione d'uso - PdC - necessità - condizioni.

I mutamenti di destinazione di uso che siano stati posti in essere nelle zone omogenee A, per la sola detta circostanza, sono riconducibili al-

la nozione di ristrutturazione edilizia, indipendentemente dall'esecuzione di opere edilizie, dall'aumento delle superfici utili o dalla modificazione del volume, della sagoma, dei prospetti; al di fuori delle dette zone, invece, la modificazione della destinazione di uso integra la fattispecie della ristrutturazione edilizia soltanto quando comporti un aumento della superficie od una modificazione del volume, della sagoma, dei prospetti.

Il cambio di destinazione d'uso di un immobile da magazzino ad esercizio commerciale interviene tra categorie edilizie funzionalmente autonome e non omogenee e, quindi, integra una modificazione edilizia con effetti incidenti sul carico urbanistico soggetta a regime concessorio oneroso indipendentemente dall'esecuzione di opere.

TAR Lazio, Sez. II bis, 11.4.2011, n. 3193

Volume tecnico - nozione.

La nozione di volume tecnico, non computabile nel calcolo della volumetria massima consentita, può essere applicata solo con riferimento ad opere edilizie completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto destinate a contenere impianti serventi di una costruzione principale, per esigenze tecnico-funzionali della costruzione stessa. Si tratta in particolare di impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione che non possono essere ubicati all'interno di questa, connessi alla condotta idrica, termica, ascensore, ecc., mentre va escluso che possa parlarsi di volumi tecnici al di fuori di tale ambito, al fine di negare rilevanza giuridica ai volumi comunque esistenti nella realtà fisica. In particolare, i vani scala, i sottotetti, le cantine, i porticati, le verande non sono in sé funzionali a ospitare elementi d'impiantistica e non possono, pertanto, le rispettive misure essere ricomprese tra i volumi tecnici.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 7.4.2011, n. 526

PdC - barbecue - necessità - non sussiste.

PdC - gazebo - necessità - non sussiste.

L'installazione e utilizzo di un barbecue rientrano nell'ambito di applicazione della regolamentazione locale sanitaria e non già della normativa edilizia (cfr. TAR Piemonte, Sez. II, n. 3000/2010).

Un gazebo costituito da quattro colonne con sovrastante copertura non configura un volume edilizio, essendo aperto su tutti i lati, e non è dunque soggetto a concessione edilizia (cfr. TAR Piemonte, sez. I, n. 4158/2010).

TAR Umbria, 28.3.2011 n. 89

Zone agricole - costruzioni - limitazioni legislative - costituzionalità - va ritenuta.

L'art. 35, co. 8, l.r. Umbria 11/2005 (che limita la capacità edificatoria nelle aree a destinazione agricola, sottoponendo gli ampliamenti ed i mutamenti della destinazione d'uso negli edifici rurali, a determinati limiti, quali la preesistenza dell'edificio alla data del 13.11.1997 -data di entrata in vigore della legge urbanistica regionale 31/97-, alla sussistenza di caratteristiche minime strutturali, all'ubicazione in aree con altri edifici, alla realizzazione di opere per una superficie utile coperta di 200 mq per ciascuna impresa agricola o proprietà fondiaria da realizzare in un unico edificio), mirando a

limitare l'antropizzazione delle zone agricole, essenzialmente salvaguardando l'esigenza della famiglia coltivatrice e/o dell'impresa agricola ad una valorizzazione della proprietà in senso abitativo, pone in essere una conformazione della proprietà privata costituzionalmente legittima.

Infatti, la sottoposizione ai medesimi limiti dimensionali, definiti in senso assoluto, di proprietà di consistenza diversa per estensione e numero di fabbricati, costituenti imprese agricole o unità fondiaria autonome appare ragionevole, tenuto conto che, diversamente, l'utilizzazione delle possibilità di ampliamento previste dall'art. 35 l.cit. condurrebbe ad un'inevitabile spinta al frazionamento delle proprietà, fino a costituire unità fondiaria minime ognuna dotata di un'abitazione; ad una sorta di lottizzazione delle aree agricole, in contrasto proprio con il fenomeno (già verificatosi in altre regioni) che la normativa in esame intende evitare.

«.....GA.....»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8.6.2011, n. 3498

Condono - vincolo autostradale - diniego - legittimità.

Vincolo stradale - natura - inedificabilità assoluta - ambito applicazione - interpretazione estensiva - va affermata - pericolo in concreto - irrilevanza.

Vincolo autostradale - autostrade antecedenti al 1961 - non si applica.

Con riferimento alla l. 47/1985 (cd. condono edilizio), per le opere abusivamente realizzate dopo l'imposizione del vincolo a tutela del nastro autostradale trova applicazione l'art. 33, co. 1, lett. d, l. n. 47/1985, che sancisce la insanabilità dell'opera realizzata.

Le fasce di rispetto stradali di cui alla l. 729/1961 e al d.m. 1.4.1968 costituiscono vincoli di inedificabilità assoluta da applicarsi indipendentemente dalle caratteristiche dell'opera realizzata e dalla necessità di accertamento in concreto dei connessi rischi per la circolazione stradale.

I vincoli stradali di cui all'art. 9 l. 729/1961 si

applicano solo in relazione alle autostrade di nuova costruzione rispetto all'epoca di entrata in vigore della legge. È la stessa lettera della legge ad implicare tale conclusione, laddove fa riferimento alle autostrade e ai relativi accessi, previsti sulla base di progetti regolarmente approvati.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.5.2011, n. 2937

Lottizzazione cartolare - configurabilità - mero frazionamento - va esclusa.

Per la configurabilità in concreto di un'operazione di lottizzazione cartolare non è sufficiente il mero frazionamento-vendita del terreno, essendo ulteriormente necessario un quadro indiziario dal quale, sulla scorta degli elementi indicati nella norma stessa, sia possibile desumere in maniera non equivoca "la destinazione a scopo edificatorio" degli atti posti in essere dalle parti (nella fattispecie gli ulteriori indizi stati rinvenuti nelle dimensioni dei lotti derivanti dal frazionamento, del tutto esigue rispetto alla destinazione ad uso agricolo;

nel fatto che nessuno degli acquirenti svolgesse attività di coltivazione o di sfruttamento agricolo dei terreni).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.5.2011, n. 2620
Condono - certificato di abitabilità - norme regolamentari - deroga - possibilità - sussiste - norme primarie - deroga - possibilità - non sussiste.

Condono - certificato di abitabilità - per parti di edificio - legittimità.

Il rilascio del certificato di abitabilità di un fabbricato, conseguente al condono edilizio di cui all'art. 35, co. 20 l. n. 47/1985, può legittimamente avvenire in deroga solo a norme regolamentari e non anche quando siano carenti condizioni di salubrità richieste invece da fonti normative di livello primario, in quanto la disciplina del condono edilizio, per il suo carattere di eccezionalità e derogatorio, non è suscettibile di interpretazioni estensive e, soprattutto, tali da incidere sul fondamentale principio della tutela della salute, con evidenti riflessi sul piano della legittimità costituzionale. Ne discende che laddove le condizioni concrete di un immobile rendano il medesimo tale da non essere ritenuto abitabile, poiché esse si pongono in contrasto con il rispetto della dignità umana (art. 2 cost.) e del diritto alla salute (art. 32 cost.), o, più specificamente, con le condizioni richiamate dagli artt. 218 e 221 TULS, non rileva che la specifica condizione di inabitabilità trovi letterale richiamo in una norma di regolamento comunale, poiché quanto obiettivamente constatato contrasta direttamente con le indicate norme primarie e con il contenuto precettivo di disposizioni costituzionali.

Il certificato di abitabilità non deve necessariamente autorizzare in maniera uniforme tutto l'edificio o parte di esso, dovendo essere distinti gli usi abitativi o di semplice agibilità, quando alcuni locali siano utilizzabili solo come accessori o come locali non destinabili a usi abitativi stabili o come depositi o con altri usi non abitativi, quando non siano strutturalmente idonei sotto il profilo igienico-sanitario per una abitabilità piena, ancorché oggetto di concessione edilizia in sanatoria.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.4.2011, n. 2266
Demolizione - realtà - sussiste.

Demolizione - affidamento del privato - ponderazione - obbligo - non sussiste.

Abusi - suolo demaniale - repressione - competenza - autorità comunale - va affermata.

L'ordine di demolizione deve essere rivolto nei confronti di chi abbia la disponibilità dell'opera, indipendentemente dal fatto che l'abbia concretamente realizzata, cosa che potrebbe rilevare sotto il diverso profilo della responsabilità penale.

Il provvedimento che ingiunge la demolizione degli abusi edilizi non richiede nessuna specifica motivazione, necessaria invece in casi di contrarie determinazioni. Esso è infatti sufficientemente motivato con l'affermazione della accertata abusività dell'opera, salva, per taluni orientamenti giurisprudenziali, comunque di frequente contestati, l'ipotesi in cui, per il protrarsi e il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e il protrarsi della inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato.

L'art. 14 l. 28.2.1985 n. 47 riafferma che i poteri sanzionatori in materia di abusivismo edilizio, ancorché trattasi di opere realizzate su suolo pubblico, competono al sindaco, salvo l'obbligo di tale autorità – per altro non incidente sulla legittimità dell'azione repressiva - di dare tempestiva comunicazione del provvedimento all'ente proprietario del suolo.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 28.4.2011, n. 320

Condono - silenzio assenso - formazione - presupposti - integrità della documentazione - necessità - pagamento oblazione - necessità. Condono - oblazione - prescrizione - decorrenza.

Per costante giurisprudenza la formazione del silenzio-assenso sulla domanda di sanatoria degli abusi edilizi richiede, quale presupposto essenziale, oltre al completo pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, che siano stati integralmente assolti dall'interessato gli oneri di documentazione (che si risolvono evidentemente nella sussistenza del requisito sostanziale), relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri

di verifica dell'Amministrazione comunale, differenziandosi il tacito accoglimento della domanda di condono dalla decisione esplicita solo per l'aspetto formale.

L'omessa presentazione della documentazione prescritta per la domanda di condono impedisce il decorso sia del termine di 24 mesi per la formazione del silenzio-assenso sia di quello di 36 mesi per la prescrizione di eventuali crediti a rimborso o a conguaglio della oblazione versata. Infatti, la decorrenza del termine di prescrizione presuppone (tanto in favore della P.A. per l'eventuale conguaglio, quanto in favore del privato per l'eventuale rimborso) che la pratica di sanatoria edilizia sia definita in tutti i suoi aspetti e sia per l'effetto precisamente determinabile, alla stregua dei parametri stabiliti dalla legge, il "quantum" dell'obbligazione gravante sul privato.

TAR Lombardia, Bs, Sez. I, 27.5.2011, n. 792

Demolizione - statica dell'edificio - ponderazione - obbligo - non sussiste.

La eventuale impossibilità di demolire per motivi di statica dell'edificio non inficia in alcun modo l'ordine di demolizione, ma può al più – qualora effettivamente provata - costituire motivo per evitare l'applicazione delle sanzioni coattive previste dal seguito della procedura di sanzione dell'abuso edilizio in caso di inottemperanza (demolizione d'ufficio ed acquisizione gratuita dell'opera con area di sedime).

TAR Lazio, Sez. I quater, 24.5.2011, n. 4605

Condono - procedimento - pendenza - demolizione - improcedibilità - va affermata.

Ai sensi dell'art. 38 l. 47/85, applicabile al condono edilizio previsto dal d.l. 269/03 in virtù del richiamo operato dall'art. 32 co. 25 e 28, la presentazione, entro il termine previsto dalla legge, della domanda di condono accompagnata dall'attestazione del versamento della somma dovuta a titolo della prima rata dell'oblazione "sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative". Ne consegue l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio adottato senza avere prima definito il procedimento scaturente dall'istanza di sanatoria ostandovi i principi di lealtà, coerenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

TAR Veneto, Sez. II, 19.5.2011, n. 861

Sanatoria - diniego - distanze tra costruzioni - inosservanza - è legittimo.

Sanatoria condizionata - illegittimità - va affermata.

Legittimamente l'amministrazione comunale rigetta la domanda di sanatoria ove l'opera non rispetti la disciplina urbanistica in materia di distanze tra fabbricati. L'obbligo di rispettare le distanze legali è infatti funzionale non solo all'interesse dei proprietari frontisti, ma anche a finalità di pubblico interesse.

L'art. 36, d.P.R. 380/2001 non può essere invocato per sanare costruzioni abusive in relazione alle quali si richiede l'esecuzione di opere ulteriori non esistenti alla data della presentazione della domanda.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 6.5.2011, n. 2562

Demolizione - ordinanza - art. 3 co. 4 l. 241/90 - inosservanza - è legittima.

Demolizione - sanabilità - interesse pubblico specifico - ponderazione - obbligo - non sussiste.

Demolizione - motivazione - identificativi catastali - indicazione - necessità - non sussiste.

Secondo la prevalente giurisprudenza, l'omessa indicazione del termine e dell'autorità a cui ricorrere non determina l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, bensì una mera irregolarità, perché la disposizione dell'art. 3, co. 4, della l. 241/1990 non influisce sull'individuazione e sulla cura dell'interesse pubblico concreto cui è finalizzato il provvedimento, né sulla riconducibilità dello stesso all'autorità amministrativa, ma tende semplicemente ad agevolare il ricorso alla tutela giurisdizionale (sicché l'omissione de qua, nel concorso di significative ulteriori circostanze, può dar luogo semmai alla concessione del beneficio della rimessione in termini).

Una volta accertata l'esecuzione di opere in assenza del prescritto permesso di costruire, l'Amministrazione comunale deve senz'altro disporre la demolizione, non essendo tenuta a valutare preventivamente la sanabilità delle stesse.

Presupposto per l'adozione dell'ordine di demolizione di opere abusive è soltanto la constatata esecuzione di un intervento edilizio in as-

senza del prescritto titolo abilitativo, con la conseguenza che, essendo tale ordine un atto dovuto, esso è sufficientemente motivato con l'accertamento dell'abuso, e non necessita, quindi, di una particolare motivazione in ordine alle disposizioni normative che si assumono violate, né in ordine all'interesse pubblico alla rimozione dell'abuso, che è in re ipsa, consistendo nel ripristino dell'assetto urbanistico violato.

Nella motivazione dell'ordine di demolizione è necessaria e sufficiente l'analitica descrizione delle opere abusivamente realizzate, in modo da consentire al destinatario della sanzione di rimuoverle spontaneamente, mentre non è necessaria una puntuale identificazione - mediante i dati catastali - della superficie occupata dalle stesse.

TAR Lazio, Sez. II bis, 4.5.2011, n. 3854

Condono - contributi di costruzione - computo - opere legittimamente edificate - esclusioni.

Condono - contributi di costruzione - computo - momento determinante - rilascio del titolo.

Contributi di concessione - obbligazione - terzi acquirente - configurabilità - esclusione.

La sanatoria di cui alla l. n. 47/1985 non può che riguardare le sole opere edilizie abusive, con la conseguenza che il contributo per oneri di urbanizzazione primaria e secondaria (oltre al costo di costruzione) sono dovuti solo per la parte di edificio effettivamente interessato da siffatte opere e non per quella realizzata in conformità del titolo edilizio, attuandosi altrimenti - per la parte, appunto, conforme o non abusiva - una ingiustificata duplicazione del contributo, se a suo tempo assentita a titolo oneroso, o un'imposizione ex post, se esente.

La giurisprudenza pressoché unanime ritiene che l'entità del contributo debba essere individuata con riferimento al momento in cui viene rilasciata la concessione edilizia in sanatoria, poiché il costo da considerare ai fini della commisurazione dei relativi oneri non può che essere quello del momento in cui sorge l'obbligazione, che è appunto quello del rilascio della concessione. Infatti l'esercizio delle potestà pubbliche, destinate a soddisfare interessi preminenti della collettività, deve avvenire in con-

formità alla disciplina che è prevista per l'epoca in cui l'Autorità agisce e che è conformata dal Legislatore, per l'appunto, in stretta connessione con le esigenze e le valutazioni correnti nella società contemporanea.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza ai fini del pagamento dei contributi di urbanizzazione, risponde direttamente e per intero il titolare della concessione edilizia, essendo i successivi acquirenti estranei al rapporto che al riguardo si è instaurato con il Comune.

TAR Veneto, Sez. II, 26.4.2011 n. 698

Condono - diniego - motivazione - distanza dai corsi d'acqua - tombinature - osservanza - necessità - sussiste.

È legittimo il diniego di condono motivato sul mancato rispetto delle distanze dai corsi d'acqua, quand'anche sussista la tombinatura. Il divieto di realizzare piantagioni di alberi, edificazioni o fabbriche ad una certa distanza dal corso d'acqua opera infatti non solo rispetto ai corsi d'acqua superficiali, ma anche rispetto alle opere di bonificazione, tra le quali va certamente compresa anche la tombinatura, e ciò al fine di consentire uno spazio di manovra nel caso di necessità di porre in essere attività di manutenzione delle condutture.

TAR Veneto, Sez. II, 22.4.2011, n. 678

Sanzioni edilizie - prescrizione - termine - decorrenza.

Alle sanzioni edilizie è applicabile l'art. 28 l. 689/1981, a norma del quale «il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni amministrative punite con pena pecuniaria si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione», fermo restando che, trattandosi di illeciti permanenti, il termine della prescrizione comincia a decorrere solo con il cessare della situazione di illiceità, vale a dire con il conseguimento delle prescritte autorizzazioni, ovvero con l'irrogazione della sanzione pecuniaria.

TAR Campania, Na, Sez. III, 13.4.2011, n. 2136

Demolizione - sequestro penale - pendenza - irrilevanza - legittimità - sussiste.

È legittima l'ingiunzione a demolire emessa in pendenza di sequestro penale sul manufatto a-

busivo, dal momento che è onere del responsabile motivatamente domandare all'autorità giudiziaria il dissequestro dell'immobile ai fini dell'ottemperanza al provvedimento amministrativo. Ne discende che qualora il soggetto obbligato neppure dimostri di aver richiesto il dissequestro del bene allo scopo di demolirlo, non può successivamente far valere il fatto del sequestro quale causa di forza maggiore impeditiva della demolizione.

TAR Lazio, Sez. I quater, 6.4.2011, n. 3036
Condono – ultimazione dell'opera - completamento rustico e copertura - necessità.

Demolizione - CAP - necessità - non sussiste.
La nozione di "ultimazione" dell'immobile, ai fini dell'applicazione della sanatoria edilizia deve in ogni caso essere tratta dalla formulazione dell'art. 31, l. n. 47/1985 che considera tali gli edifici per i quali sia completato il rustico ed eseguita la copertura – sì da rendere inmodificabile la volumetria impegnata.

I provvedimenti sanzionatori in materia edilizia sono costantemente considerati dalla giurisprudenza quale espressione di attività vincolata, con la conseguenza che non devono necessariamente essere preceduti dall'osservanza delle garanzie procedurali alle quali presiede l'art. 7, l. n. 241/90.

TAR Toscana, Sez. III, 25.3.2011, n. 528
Demolizione - motivazione - espressa in termini dubitativi - è illegittima.

È illegittimo il provvedimento di intimazione alla rimozione delle strutture temporanee motivato in termini dubitativi con riferimento a futuri ed incerti assetti urbanistici.

TAR Liguria, Sez. I, 24.3.2011, n. 446
Lottizzazione abusiva - configurabilità - esistenza PdC - irrilevanza.

Lottizzazione abusiva - configurabilità - interpretazione funzionale delle opere - necessità.

Le norme sulla lottizzazione abusiva mirano a prevenire e reprimere le condotte materiali e giuridiche intese a infittire la trama dell'edificato sul territorio, senza che sussista una previa pianificazione capace di tenere conto delle conseguenze dell'edificazione in termini di esigenza di nuovi servizi e opere di urbanizzazione, che il costruttore non ha (e non può avere) adeguatamente riscontrato. Dunque, la fattispecie di lottizzazione abusiva si riferisce alla mancanza dell'autorizzazione specifica alla lottizzazione, sicché alcun rilievo sanante sull'abuso in questione può rivestire il rilascio di una eventuale concessione edilizia.

Ai fini della verifica dell'esistenza di una ipotesi di lottizzazione abusiva, il concetto di "opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia" dei terreni deve essere interpretato in maniera "funzionale" alla ratio della norma, il cui bene giuridico tutelato è costituito dalla necessità di preservare la potestà pianificatoria attribuita all'amministrazione nonché l'effettivo controllo del territorio da parte del soggetto titolare della stessa funzione di pianificazione (cioè il comune), al fine di garantire un'ordinata pianificazione urbanistica, un corretto uso del territorio e uno sviluppo degli insediamenti abitativi e dei correlativi standard compatibili con le esigenze di finanza pubblica. Ne consegue che la verifica circa la conformità della trasformazione realizzata e la sua rispondenza o meno alle previsioni delle norme urbanistiche vigenti deve essere effettuata con riferimento non già alle singole opere in cui si è compendiata la lottizzazione, in ipotesi anche regolarmente assentite, bensì alla complessiva trasformazione edilizia che di quelle opere costituisce il frutto.

«.....GA:.....»

- PAESAGGIO -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.5.2011, n. 2664
N.o. - difetto di motivazione - annullamento ministeriale - legittimità.

L'amministrazione statale non può disporre l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica o del nulla-osta paesaggistico adottato

dall'amministrazione competente per ragioni di merito né ha il potere di modificare il contenuto dell'autorizzazione o di imporre modifiche progettuali, ferma restando la spendibilità del vizio di legittimità costituito dal difetto di motivazione, sussistente quante volte non sia possibile evincere le ragioni della ritenuta compatibilità dell'intervento con il vincolo paesaggistico.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.5.2011, n. 2611

N.o. - controllo ministeriale - termini - integrazioni documentali - interruzione.

N.o. - carenze documentali - annullamento ministeriale - illegittimità.

N.o. - violazioni edilizie - annullamento ministeriale - illegittimità.

In sede di rilascio del n.o. paesaggistico la Soprintendenza può effettuare richieste istruttorie, idonee ad incidere sul termine perentorio di sessanta giorni: oltre all'ipotesi di documentazione non trasmessa ed utilizzata in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, tali richieste possono riguardare anche accertamenti, chiarimenti ed elementi integrativi di giudizio.

In sede di rilascio del n.o. paesaggistico la Soprintendenza ha il dovere di chiedere l'integrazione della documentazione carente, non potendo per tale ragione limitarsi ad annullare l'atto sottoposto al suo esame dalla autorità subdelegata.

È illegittimo il provvedimento ministeriale di annullamento del n.o. paesaggistico che si fonda unicamente su profili di natura edilizia (nella specie la l. reg. Liguria n. 24/2001 sul recupero dei sottotetti), per il principio di separazione delle competenze edilizie da quelle paesaggistiche (v. artt. 146 e 159, d. lgs. n. 42 del 2004).

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.4.2011, n. 2527

N.o. - diniego - sopralluogo - necessità - esclusione.

N.o. - diniego - condizioni per l'assentibilità - indicazione - necessità - non sussiste.

In tema di rilascio di nulla - osta paesaggistico, l'attività di verifica della correttezza del giudizio espresso dall'amministrazione preposta alla tutela del vincolo e del conseguente provvedimento comunale non implica necessariamente il compimento di un effettivo sopralluogo, ben potendo limitarsi alla valutazione documentale

della condotta tenuta dalle amministrazioni interessate.

In sede di deliberazione dell'istanza volta all'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica non spetta alla amministrazione preposta alla tutela del vincolo l'indicazione degli eventuali accorgimenti ed interventi volti a rendere compatibile le opere abusivamente realizzate con l'ambiente circostante al fine di consentire la sanabilità delle stesse. Un simile dovere di soccorso, invero, non solo non trova alcun fondamento positivo specifico, ma neppure può trovare radicamento nei principi costituzionali (art. 97 cost.) cui deve improntarsi l'azione amministrativa, ciò in quanto in ogni caso l'amministrazione deve esercitare il potere conferitole dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso di specie quello della tutela della bellezza del paesaggio dell'area interessata, certamente prevalente rispetto a quello privato alla conservazione delle opere, pacificamente realizzate abusivamente senza i necessari permessi richiesti dalla legge. Il provvedimento di demolizione è atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.4.2011, n. 2526

N.o. - diniego - condizioni per l'assentibilità - indicazione - necessità - non sussiste.

Demolizione - affidamento - interesse pubblico specifico - ponderazione - obbligo - insussistenza.

Il diniego di sanatoria delle opere abusive per incompatibilità ambientale è espressione di una valutazione tecnica ampiamente discrezionale, tipica manifestazione del potere autoritativo dell'amministrazione, che come tale si sottrae al sindacato di legittimità, tranne le ipotesi di manifesta illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità ovvero di macroscopico travisamento dei fatti. Ne discende la legittimità del parere negativo basato sulla circostanza

che "...i manufatti e le opere riguardano un punto di elevatissimo interesse ambientale e paesistico, nei confronti del quale costituiscono una presenza di degrado estetico per la natura e la forma dei manufatti, e costituiscono altresì una presenza preoccupante per i rischi derivanti all'ambiente da un incontrollato aumento del carico antropico", non spettando all'amministrazione l'ulteriore compito di indicare gli eventuali accorgimenti ed interventi volti a rendere compatibile le opere abusivamente realizzate con l'ambiente circostante al fine di consentire la sanabilità delle stesse. Un simile dovere di soccorso, invero, non solo non trova alcun fondamento positivo specifico, ma neppure può trovare radicamento nei principi costituzionali (art. 97 cost.) cui deve improntarsi l'azione amministrativa, ciò in quanto in ogni caso l'amministrazione deve esercitare il potere conferitole dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso di specie quello della tutela della bellezza del paesaggio dell'area interessata, certamente prevalente rispetto a quello privato alla conservazione delle opere, pacificamente realizzate abusivamente senza i necessari permessi richiesti dalla legge. I provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, costituiscono atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 18.4.2011, n. 2378
N.o. - difetto di motivazione specifica - annullamento ministeriale - legittimità.
Conferenza di servizi - natura dicotomica.
Impianti produttivi in deroga - conferenza di servizi - provvedimento conclusivo - n.o. paesaggistico - equivalenza - va esclusa.

È illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento autorizzatorio dell'autorità delegata che non contenga alcuna specifica considerazione circa le caratteristiche del progetto, di notevole portata, e circa l'effetto che la nuova edificazione avrebbe arrecato sul delicato e ca-

ratteristico contesto ambientale, tutelato con decreto ministeriale e connotato anche da ritrovamenti archeologici.

Secondo l'ormai prevalente orientamento l'istituto della conferenza di servizi c.d. decisoria disciplinato dagli artt. 14 ss. l. 241/90 è caratterizzato da una struttura dicotomica, articolata in una fase che si conclude con la determinazione della conferenza (anche se di tipo c.d. decisorio), che ha valenza endoprocedimentale, e in una successiva fase che si conclude con l'adozione del provvedimento finale, che ha valenza esoprocedimentale ed esterna, effettivamente determinativa della fattispecie e incidente sulle situazioni degli interessati.

Le risultanze della conferenza di servizi indetta ai sensi dell'art. 5 d.P.R. 447/98 devono essere tenute in considerazione dall'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico per ciò che può concernere l'apporto conoscitivo di fatto circa gli elementi propri della sua valutazione, ferma la esclusiva titolarità in capo a quest'ultima del potere, con conseguente necessità di separata adozione del relativo provvedimento autorizzatorio.

Il modulo della conferenza di servizi c.d. decisoria, applicato alle vicende di autorizzazione paesaggistica, per quanto possa essere utile ad un esame contestuale e sollecito dell'istanza e possa comportare il raccordo con gli altri procedimenti, non è di suo idoneo a legittimare dal punto di vista paesaggistico l'intervento, se non è seguito da un autonomo, espresso e puntuale provvedimento di autorizzazione da parte dell'ente competente e se la soprintendenza non ha poi esercitato in senso favorevole all'istanza stessa la sua susseguente funzione di gestione del vincolo.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.3.2011, n. 1895
N.o. - valutazioni urbanistiche - ponderazione - necessità - non sussiste.

Il potere che l'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo è chiamata ad esercitare ai sensi dell'art. 32, l. 47/1985 è del tutto estraneo a valutazioni di carattere urbanistico (cioè accertamento di compatibilità dell'intervento edilizio con le previsioni del piano) ed attiene esclusivamente alla verifica della compatibilità del manufatto di armonizzarsi - per dimensioni, destinazione, funzionalità e caratteristiche

strutturali - con l'ambiente circostante.

TAR Lazio, II bis, 13.6.2011, n. 5245

Condono - n.o. paesaggistico - diniego - legittimità - condizioni.

N.o. postumo - configurabilità - condizioni.

I poteri di cui dispongono le amministrazioni preposte alla tutela dei vincoli paesaggistici, ai fini del rilascio del condono edilizio, vanno esercitati seguendo una linea volta a consentire, se possibile, il salvataggio del bene. In sostanza, il parere negativo deve essere supportato dalla considerazione, e dalla dimostrazione, dei relativi elementi fattuali a sostegno, per cui la sanatoria dell'opera vincolata comprometterebbe irrimediabilmente, ed in misura rilevante, gli interessi che il vincolo mira a tutelare.

Dall'insieme della disciplina in tema di condono edilizio e paesaggistico succedutasi nel tempo, ed in particolare dall'art. 1, co. 36, l.n. 308/2004 (di depenalizzazione degli abusi paesaggistici minori), art. 1, co. 37, l. ult. cit. (concernente il mini-condono paesaggistico per i lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30.9.2004), art. 151, d. lgs. 490/99 (sotto la vigenza del quale si riteneva che l'autorizzazione paesaggistica potesse essere rilasciata anche in sanatoria) può tranquillamente dedursi la operatività del meccanismo dell'autorizzazione postuma per gli abusi commessi fino al 30.9.2004

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 29.4.2011, n. 654

N.o. - annullamento ministeriale - motivazione - materiali utilizzati - scarso pregio - è illegittimo.

È illegittimo il decreto di annullamento di n.o. paesaggistico in sanatoria, motivato con riferimento alla difformità dei materiali utilizzati rispetto alla tipologia edilizia del luogo, se la costruzione, pur non pregevole in sé, esercita un impatto limitato rispetto al contesto. Infatti, il fatto che la costruzione si presenti esteticamente sgradevole per la scarsa qualità dei materiali impiegati non può avere importanza decisiva nell'esame paesistico, in quanto il vincolo riguarda la concatenazione delle forme che si presentano alla vista e non le caratteristiche igienico-sanitarie degli edifici singolarmente considerati.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 27.4.2011, n. 2312

N.o. - annullamento ministeriale - 10 bis - inosservanza - non rileva.

N.o. - difetto di motivazione - annullamento ministeriale - legittimità.

La disposizione di cui all'art. 10 bis, l. n. 241/90 non trova applicazione nel 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 l'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'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione comunale.

Il potere di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica attribuito alla Soprintendenza non può comportare un riesame complessivo delle valutazioni tecnico-discrezionali compiute dall'ente locale, tale da consentire la sovrapposizione o la sostituzione di una nuova valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio dell'autorizzazione, ma si estrinseca in un mero controllo di mera legittimità, operante anche nei confronti della motivazione addotta a sostegno del provvedimento positivo.

TAR Campania, Na, Sez. III, 11.4.2011, n. 2077

N.o. - istanza - legittimazione - comodatario - va affermata.

La disposizione di cui all'art. 146, co. 1, d. lgs. 42/04 individua i soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione paesaggistica, indicandoli, in senso letterale, in tutti coloro che hanno con la res, oggetto di protezione vincolistica, una relazione dominicale e/o materiale, ossia, a coloro che del bene debbono avere disponibilità materiale, pena la inefficacia del sistema di tutela giurisdizionale (è il caso del creditore che agisce in executivis per l'attuazione di un obbligo di fare, quale l'obbligo di demolire e/o

arretrare un edificio - o parte di esso - realizzato in spregio delle distanze legali). Ne discende la legittimazione all'istanza di autorizzazione paesaggistica del comodatario, titolare come tale di un diritto personale di godimento.

TAR Umbria, 31.3.2011 n. 97

Poteri autorizzatori - autorità comunale - delega - costituzionalità.

Abusi edilizi - prescrizione - rilascio n.o. - decorrenza - esclusione.

È costituzionalmente legittima la disciplina legislativa regionale che, in materia paesaggisti-

ca, delega ai comuni le potestà autorizzatorie e sanzionatorie, poiché il paesaggio costituisce, più che una materia, un valore costituzionale "trasversale", con implicazione in più materie, ed intrecciato inestricabilmente con altri interessi e competenze regionali concorrenti, con conseguente necessità di osservanza del principio di leale cooperazione. Il parere favorevole rilasciato dall'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio nell'ambito del procedimento di sanatoria edilizia non è atto idoneo a far decorrere il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 28 l. n. 689/81.

«.....GA.....»

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Corte costituzionale, 10.6.2011, n. 181

Indennità - determinazione - zone agricole e non edificabili - criteri tabellari - incostituzionalità.

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis, co. 4, d.l. 11.7.1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla l. 8.8.1992, n. 359, in combinato disposto con l'art. 16, co. 5 e 6, l. 865/1971; nonché, conseguenzialmente, dell'art. 40, co. 2 e 3, T.U. espr. Le norme, nell'indicare l'ammontare dell'indennità di espropriazione per i terreni agricoli e non edificabili con riferimento ad un valore tabellare che prescinde dai requisiti specifici del bene (caratteristiche di posizione del suolo; presenza di acqua, energia elettrica; perizia nella conduzione del fondo etc.) hanno un carattere inevitabilmente astratto che elude il «ragionevole legame» con il valore di mercato prescritto dalla giurisprudenza della CEDU e coerente con il «serio ristoro» richiesto dalla Corte Costituzionale.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 31.5.2011, n. 11963

Accessione invertita - interesse pubblico - permanenza - obbligazione restitutoria - configurabilità - esclusione.

In ipotesi di irreversibile trasformazione di un fondo in assenza di un valido ed efficace proce-

dimento espropriativo l'accoglimento della domanda restitutoria del privato è subordinato all'accertamento in fatto del sopraggiunto difetto di interesse della pubblica amministrazione a perseguire l'obiettivo originariamente considerato meritevole di soddisfacimento. Il diritto alla restituzione va invece negato quando, oltre all'accertata irreversibilità della trasformazione delle aree occupate, risulti la permanenza e l'attualità dell'interesse della pubblica amministrazione alla realizzazione e alla utilizzazione delle opere programmate.

Corte di Cassazione, Sez. Un., ord. 14.4.2011, n. 8489

Indennità - determinazione - criteri - regolarità contributiva - rilevanza - q.d.l.c. - va sollevata.

Va sollevata q.d.l.c. dell'art. 16, d. lgs. 504/92, secondo cui in caso di espropriazione di area fabbricabile l'indennità è ridotta ad un importo pari al valore indicato nell'ultima dichiarazione o denuncia presentata dall'espropriato ai fini dell'applicazione dell'imposta qualora il valore dichiarato risulti inferiore all'indennità di espropriazione determinata secondo i criteri stabiliti dalle disposizioni vigenti. La norma va invero interpretata nel senso che il relativo ambito di applicazione comprende anche le ipotesi di omessa dichiarazione/denuncia, posto

che non v'è alcuna differenza tra dichiarazione che espone un valore assolutamente irrisorio e omessa dichiarazione. Se ne deduce che in caso di omessa dichiarazione ICI, al contribuente fiscalmente inadempiente, espropriato, non spettano alcuna indennità. Una tale conclusione però appare in contrasto con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale le norme che non prevedono un "serio ristoro" del danno subito per effetto della occupazione o dell'esproprio di aree edificabili, sono in contrasto con l'art. 42 cost., co. 3, e con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu, che il legislatore deve rispettare in forza del "nuovo" art. 117 cost., co. 1.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.6.2011 n. 3561
Dichiarazione di p.u. - CAP di massa - immobili espropriandi - esatta indicazione - necessità - sussiste.

Accessione invertita - reductio in pristinum - configurabilità - eccessiva onerosità - rilevanza - va affermata.

Indipendentemente dalla disciplina applicabile ratione temporis con riferimento alla comunicazione dell'avvio del procedimento espropriativo (art. 16 T.U.espr. o art. 8 l. 241/90) l'avviso pubblico sostitutivo dell'avviso individuale non può limitarsi alla generica descrizione dell'opera pubblica e alle generica indicazione del comune in cui ricade, ma deve anche descrivere i terreni o edifici espropriandi, e ove possibile indicare i dati catastali degli immobili e i nomi dei proprietari catastali. Se si può consentire che nella pubblicità di massa siano omissi i dati catastali degli immobili e i nomi dei proprietari catastali, non può invece acconsentirsi all'omissione della descrizione degli immobili, quanto meno con indicazione del relativo indirizzo o zona. Diversamente infatti, gli interessati non sono posti in condizione di comprendere, dalla pubblicità di massa contenuta nell'albo pretorio e sulla stampa quotidiana, che sono proprio le loro proprietà ad essere oggetto del procedimento espropriativo.

In materia di occupazione usurpativa l'Amministrazione non può invocare la regola di cui all'art. 2933, co. 2, c.c. per evitare la reductio in pristinum, poiché mentre la restituzione incide comunque su interessi circoscritti

alla realtà locale, la previsione in commento ha carattere eccezionale e trova applicazione nei riguardi della demolizione delle sole opere che sono fonti di produzione e di distribuzione della ricchezza. Essa può tuttavia invocare l'art. 2058, co. 2, c.c., a tenore del quale il risarcimento in forma specifica può essere negato quando il costo di ripristino supererebbe il valore di mercato del bene.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 1.6.2011, n. 3331
Urbanistica consensuale - accordi - atipicità - esclusione - accordi ex art. 11 l. proc.amm. - utilizzabilità - esclusione.

Accessione invertita - configurabilità - esclusione - cessione volontaria - indefettibilità.

Accessione invertita - obbligazione risarcitoria - determinazione - criteri - valore venale - indennità di occupazione - spettanza - va affermata.

È da escludere l'esistenza in capo al comune di una generale e atipica potestà di dare vita a forme non tipizzate di urbanistica contrattata, essendo viceversa esattamente ed univocamente individuati ambiti e limiti entro i quali tali negoziazioni possono avere vita, oltre ai sistemi di tutela anche degli interessi dei terzi, secondo il sistema tipico del diritto amministrativo. Né a tal uopo è spendibile la disciplina degli accordi procedurali di cui alla l. n. 241/90, posto che l'art. 13 l.cit. ha confermato che, per l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo in assenza di un valido ed efficace procedimento espropriativo l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venire meno l'obbligo dell'amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente appreso, salvo che il comune ottenga il consenso della controparte per la stipula di un contratto di vendita, anche con funzione transattiva, oppure agisca con un nuovo procedimento espropriativo.

In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo in assenza di un valido ed efficace procedimento espropriativo spetterà al privato il valore di mercato dell'immobile, individuato alla data dell'atto transattivo al quale consegue

l'effetto traslativo; nonché, con riferimento al periodo intermedio, il danno conseguente all'illegittimità occupazione, pari agli interessi moratori sul valore del bene, assumendo quale capitale di riferimento il relativo valore di mercato in ciascun anno del periodo di occupazione considerato, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria dalla data di proposizione del ricorso di primo grado fino alla data di deposito della sentenza di appello.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.5.2011, n. 2630
Occupazione di urgenza - proroga - CAP - necessità - non sussiste.

Occupazione di urgenza - proroga - motivazione - indennità di esproprio - impossibilità di pagamento - legittimità.

La comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7, l. n. 241/90 può essere omessa laddove l'atto da compiere rivesta natura urgente; come nel caso di imminente scadenza di un termine oltre il quale la posizione dell'amministrazione procedente diviene illecita (fattispecie relativa al procedimento di proroga dei termini per l'occupazione d'urgenza). Costituisce valida motivazione del provvedimento di proroga dei termini per l'occupazione d'urgenza quella che poggia sulle limitazioni imposte dalla legge finanziaria e dunque sulla conseguente impossibilità di pagamento delle indennità agli espropriati.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.4.2011, n. 2113
Indennità di espropriazione - determinazione - criteri - edificabilità di fatto - rilevanza suppletiva - sussiste - indice di edificabilità zone bianche - superamento - possibilità - esclusione.

Nella liquidazione del danno da occupazione illecita, non ricorrendo il parametro dell'edificabilità legale, si deve tener conto di quello dell'edificabilità di fatto e, quindi, fare riferimento alle obiettive caratteristiche della zona ed alla possibile utilizzazione del terreno, anche in relazione al contesto spaziale nel quale quest'ultimo concretamente si ponga in ragione del rapporto di fisica contiguità con aree limitrofe edificate o appartenenti alla medesima zona cui l'area espropriata è funzionale, sempreché risulti comunque accertata una sua compatibilità con le generali scelte urbanisti-

che ed entro i limiti in ogni caso posti dall'art. 4 l. 10/77.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.4.2011, n. 2107
Occupazione d'urgenza - decreto - adozione - competenza - dirigente - va affermata.

Occupazione d'urgenza - decreto - garanzie procedurali - inosservanza - è irrilevante Stato di consistenza - immissione in possesso - coincidenza - opere di ERP - possibilità - sussiste.

L'adozione del decreto di occupazione temporanea e d'urgenza, emanato dopo l'entrata in vigore dell'art. 45, d.lg. 80/98, è di competenza del funzionario dirigente dell'Ufficio tecnico dell'amministrazione procedente, atteso che detta norma attribuisce alla dirigenza la competenza ad adottare tutti gli atti di gestione, inclusi quelli che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

I principi del giusto procedimento, condizionanti la legittimità del procedimento (discrezionale) di dichiarazione di p.u., divengono irrilevanti con riferimento al successivo momento dell'occupazione d'urgenza, avendo questo portata meramente attuativa ed esecutiva.

I comuni possono procedere alla redazione dello stato di consistenza, contestualmente all'immissione in possesso nei beni espropriati, avuto riguardo a tutte le opere non solo pubbliche, ma di pubblico interesse, ivi incluse quelle di edilizia residenziale pubblica (da ultimo, CdS, IV, 18.3.2010, n. 1616; ib., 7.9.2006, n. 5198).

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 19.5.2011, n. 369

Accessione invertita - obbligazione risarcitoria - determinazione - valore venale - calcolo - contingenze di mercato - rilevanza.

Il "mercato" da tener presente ai fini della determinazione del risarcimento del danno spettante al proprietario ai sensi dell'art. 43 t.u. espr. è quello concernente, sia pure ex post, l'effettivo andamento delle contrattazioni nella specifica area di riferimento e in relazione ai terreni aventi le medesime caratteristiche urbanistiche e fisiche di quelli oggetto di acquisizione sanante. Non si deve, pertanto, depurare il campione, escludendo da esso tutte quelle negoziazioni che a vario titolo non possano ritenersi espressione di un mercato idealmente

funzionante in condizioni di perfetta concorrenzialità.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 2.5.2011, n. 352

Accessione invertita - obbligazione risarcitoria - determinazione - area inedificabile - valore agricolo medio - utilizzazione - legittimità - interessi legali - corresponsione - necessità.

In ipotesi di risarcimento del danno per irreversibile trasformazione del fondo in assenza di un valido procedimento espropriativo, ove l'illecito abbia ad oggetto un'area che oltre a non possedere una destinazione urbanistica formalmente edificatoria non sembra nemmeno poter godere di una vocazione potenzialmente tale, avendo una notevole rilevanza paesaggistica, in quanto in forte pendenza, ricca di vegetazione e facente parte del pendio settentrionale del conetto vulcanico avventizio del Monte Serra, occorre avere riguardo, ai fini della commisurazione del risarcimento, al criterio del valore agricolo di cui all'art. 40 TU espr.

Il valore del ristoro spettante per l'ipotesi di occupazione illegittima di aree private deve essere integrale e, pertanto, sulla somma spettante a titolo di risarcimento danni, costituente la sorte capitale di un debito di valore, vanno corrisposti la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo, e gli interessi legali (di natura compensativa) sulle somme anno per anno rivalutate fino alla data di deposito della sentenza e soltanto gli interessi legali da tale data fino a quella di effettivo soddisfo, con esclusione degli interessi anatocistici in quanto non espressamente previsti dalle legge.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 2.5.2011, n. 351

Accessione invertita - obbligazione risarcitoria - determinazione - valore venale - indennità di occupazione - spettanza - va affermata.

Anche alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativi alla necessaria integrità dei ristori del pregiudizio derivante da attività illecite dell'amministrazione, l'utilizzazione senza titolo di un bene di proprietà privata comporta,

normalmente, due distinti danni, i quali vanno entrambi risarciti, dei quali il primo attiene alla perdita (definitiva) della proprietà, che avviene nel momento in cui è adottato il provvedimento di cui all'art. 43 t.u. espr.; il secondo concerne la mancata utilizzazione del bene (o del suo corrispondente valore monetario) per il periodo compreso tra l'inizio della occupazione senza titolo e la perdita della proprietà. Per la liquidazione di tale seconda voce di danno, occorre utilizzare, in mancanza di prova concreta da parte dei soggetti interessati di avere subito perdite maggiori, il consueto criterio degli interessi legali sul valore di mercato dell'immobile, per il periodo di effettivo spossessamento, salvi gli accessori secondo legge fino al soddisfo, senza che si debbano applicare i criteri legali (dodicesimo del valore di mercato del bene su base annua) relativi alla ben diversa ipotesi dell'occupazione legittima.

TAR Toscana, Sez. I, 31.5.2011, n. 950

Accessione invertita - incostituzionalità - conseguenze - provvedimento acquisitivo - illegittimità - reductio in pristinum - obbligo sussiste.

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010 va annullato il provvedimento di acquisizione sanante adottato ai sensi dell'art. 43 t.u. espr. (norma oggetto nella fattispecie concreta di specifiche censure di incostituzionalità per eccesso di delega).

La cessazione del potere pubblicistico ablativo conseguente alla scadenza dei termini per la realizzazione delle procedure di esproprio, senza che sia stato emanato il relativo decreto o comunque posto in essere un valido atto traslativo della proprietà, determina la piena reviviscenza del diritto dominicale in capo al titolare del fondo. Ne discende l'applicabilità dell'art. 936 c.c., che legittima il proprietario del fondo a richiedere la rimozione delle opere realizzate con materiali altrui (salvi i limiti, nella fattispecie insussistenti, della buona fede del terzo o del decorso di 6 mesi dalla notizia dell'incorporazione).

TAR Puglia, Le, Sez. I, 12.5.2011, n. 838

Accessione invertita - posizione creditoria - titolarità - terzo acquirente - esclusione. Accessione invertita - incostituzionalità -

conseguenze - specificazione - applicabilità - va affermata.

Solo colui che al momento dell'irreversibile trasformazione del bene era proprietario del medesimo è legittimato a chiedere il risarcimento del danno, anche se abbia alienato il fondo, non potendo il diritto considerarsi transmissibile al terzo acquirente, al quale non è stato cagionato alcun danno.

In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo in assenza del compimento nei termini della procedura espropriativa o in assenza di una valida procedura, a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 d.P.R. 327/2001 deve trovare applicazione l'istituto della specificazione di cui all'art. 940 c.c.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 29.4.2011, n. 758

Accessione invertita - incostituzionalità - conseguenze - specificazione - applicabilità - va affermata.

In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo in assenza del compimento nei termini della procedura espropriativa o in assenza di una valida procedura, a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 d.P.R. 327/2001 deve trovare applicazione l'istituto della specificazione di cui all'art. 940 c.c., a norma del quale "Se taluno ha adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una nuova cosa, possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma, ne acquista la proprietà pagando al proprietario il prezzo della materia, salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera. In quest'ultimo caso la cosa spetta al proprietario della materia, il quale deve pagare il prezzo della mano d'opera".

TAR Lazio, Sez. II quater, 14.4.2011, n. 3260

Accessione invertita - prescrizione - decorrenza - esclusione.

Accessione invertita - incostituzionalità - conseguenze - accordo negoziale - indefettibilità.

Il comportamento tenuto dalla amministrazione, la quale abbia emanato una valida dichiarazione di pubblica utilità ed un legittimo decreto di occupazione d'urgenza senza tuttavia emanare il provvedimento definitivo di esproprio nei termini previsti dalla legge, deve esse-

re qualificato come "illecito permanente", nella cui vigenza non decorre la prescrizione: ciò perché in questo caso manca un effetto traslativo della proprietà, stante la mancanza del provvedimento di esproprio, connesso alla mera irrevocabile modifica dei luoghi. In seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 t.u. espr., la condanna puramente risarcitoria a carico dell'amministrazione deve indefettibilmente passare per gli ordinari strumenti civilistici di acquisto immobiliare ovvero di diritto amministrativo dell'accordo, disciplinato dall'art. 11, l. 241/1990 o della cessione volontaria, di cui all'art. 45, T.U. 327/2001. Diversamente, 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, anche in via giudiziale, 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 Sicilia, Ct, 13.4.2011, n. 893

Potere espropriativo - omissioni dell'ente delegante - ente delegato (IACP) - responsabilità - esclusione.

Accessione invertita - incostituzionalità - conseguenze - accordo negoziale - indefettibilità - va affermata.

In tema di espropriazione finalizzata alla costruzione di alloggi popolari, l'I.A.C.P. che, delegato dal comune per la sola realizzazione dell'opera, la ultimi quando è ancora pendente il termine di occupazione temporanea legittima, non è responsabile, in caso di mancata tempestiva emanazione del decreto di esproprio e, quindi, di occupazione appropriativa, per la lesione patrimoniale subita dal proprietario a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo, atteso che la fattispecie di danno viene in essere con lo spirare del periodo di occupazione legittima e che non spetta al delegato occuparsi del decreto di espropriazione, mentre il comportamento omissivo dell'ente delegante, che ha trascurato di azionare o sollecitare la procedura espropriativa, è da solo sufficiente a determinare l'evento dannoso.

A seguito di Corte cost., 8.10.2010, n. 293, con

cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 43, d.P.R. 327/2001, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di addivenire a un accordo transattivo con la parte ricorrente

che determini il definitivo trasferimento della proprietà dell'immobile accompagnata dal risarcimento del danno da occupazione illegittima.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

C.giust. CE, Sez. IV, 12.05.2011, (C-115/09)
pronuncia pregiudiziale

V.I.A. - O.N.G - legittimazione.

1) *L'art. 10 bis della dir. 27.6.1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 maggio 2003, 2003/35/CE, osta ad una normativa che non riconosca ad un'organizzazione non governativa, che opera per la protezione dell'ambiente, di cui all'art. 1, n. 2, di tale direttiva, la possibilità di far valere in giudizio, nell'ambito di un ricorso promosso contro una decisione di autorizzazione di progetti «che possono avere un impatto ambientale importante» ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 85/337, come modificata dalla direttiva 2003/35, la violazione di una norma derivante dal diritto dell'Unione ed avente l'obiettivo della tutela dell'ambiente, per il fatto che tale disposizione protegge esclusivamente gli interessi della collettività e non quelli dei singoli.*

2) *Siffatta organizzazione non governativa può dedurre dall'art. 10 bis, terzo comma, ultima frase, della dir. 85/337, come modificata dalla dir. 2003/35, il diritto di far valere in giudizio, nel contesto di un ricorso promosso avverso una decisione di autorizzazione di progetti «che possono avere un impatto ambientale importante» ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 85/337, come modificata, la violazione delle norme del diritto nazionale derivanti dall'art. 6 della dir. 21.5.1992, 92/43/CE, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, come modificata dalla direttiva del Consiglio 20.11.2006, 2006/105/CE, mentre il diritto processuale nazionale non lo consente in quanto le norme invocate tutelano soltanto gli interessi della collettività e non quelli dei singoli.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23.5.2011, n. 3107
Riconversione centrali ad olio combustibili a carbone - esplicitazione valutazione compa-

rativa - discrezionalità amministrativa.

L'applicazione dell'art. 5 bis, d.l. n. 5/2009 - in specie nella parte in cui dispone che la riconversione delle centrali ad olio combustibili in centrale a carbone deve assicurare "l'abbattimento delle loro emissioni di almeno il 50 % rispetto ai limiti previsti per i grandi impianti di combustione di cui alle sezioni 1, 4 e 5 della parte II dell'allegato II alla parte V del d.lgs. 3.4.2006, n. 152" - presuppone che sia stata adeguatamente svolta la comparazione tra l'impatto ambientale potenzialmente proprio della centrale a carbone che si intende realizzare (certo considerato tenendo conto di tutte le concrete tecniche e cautele previste anche in funzione del soddisfacimento della appena citata regola ambientale posta dal richiamato art. 5 bis con riferimento specifico all'ipotesi della riconversione di precedente centrale ad olio combustibile) e quello correlato alla realizzazione e al funzionamento di centrale a gas metano: presuppone, più nel dettaglio, che all'esito di tale comparazione, l'autorità amministrativa competente abbia responsabilmente concluso per il minore o quanto meno equivalente impatto ambientale della centrale a carbone.

In difetto, allo stato, di un principio di legislazione statale che imponga la realizzazione delle centrali elettriche alimentate a carbone senza lasciare margini all'intervento legislativo regionale, e nella perdurante vigenza di una legge regionale volta ad introdurre, per quel contesto territoriale, un criterio di preferenza delle centrali elettriche alimentate a gas metano, salve fonti di alimentazione con minore o pari impatto ambientale, il coordinamento esegetico delle due fonti normative non può che aver luogo nei termini sopra descritti, imponendosi quindi una esplicitazione delle ragioni sottese alla indicata valutazione comparativa.

Esplicitazione motivazionale tanto più doverosa in un'ottica di trasparenza delle pur discrezionali scelte amministrative, a garanzia della loro ponderatezza e di una consapevole assun-

zione di responsabilità.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.5.2011, n. 2957
Zonizzazione acustica - pianificazione - discrezionalità - limiti - riferimento per la classificazione all'uso futuro - illegittimità.

Le scelte discrezionali di un comune in ordine all'attività di pianificazione acustica per quanto rientrano nella discrezionalità amministrativa della Pubblica Amministrazione, esse sono sempre assoggettate, come principio generale del "sistema" delle garanzie comunemente discendenti dagli artt. 97 e 113 Cost., al sindacato giurisdizionale nei limiti della loro (ritenuta) irrazionalità, contraddittorietà e manifesta incongruenza (cfr. sul punto, ex plurimis, le decisioni n. 664 dd. 6 febbraio 2002 n. 4920 dd. 27 luglio 2010, rese da questa stessa Sezione). È altresì illegittima la zonizzazione acustica del territorio che viene compiuta non già tenendo conto dell'attuale destinazione d'uso delle varie porzioni di territorio, ma di quella che si prevede o si auspica esse possano avere nel prossimo futuro, e non già tenendo conto dei livelli di rumore tollerabili in relazione alle destinazioni esistenti, ma di quelli superiori eventualmente sussistenti di fatto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.5.2011, n. 2677
Abbandono di rifiuti - autostrade - proprietario - concessionario autostradale.

Soltanto l'ente proprietario o gestore della strada può razionalmente ed efficacemente programmare ed attuare "in sicurezza" la pulizia della strada dall' illecito abbandono di rifiuti. Infatti l'art. 14 della Codice della Strada, intitolato "... poteri e compiti degli enti proprietari delle strade..." (e per essi dei concessionari), dispone che detti proprietari e concessionari, "...allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione...", debbano provvedere (lettera a) "...alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi...", in cui vanno ricomprese anche le piazzole di sosta sulla base del combinato con l'art. 3, coo. 1, n. 38, del codice. Considerato che il comune non può dirsi il proprietario in senso tecnico del raccordo autostradale e indipendentemente dalla giurisprudenza che si occupa del rapporto fra smaltimento dei rifiuti

e condotta del proprietario (cfr. tra le ultime CdS, sez. V, n. 4614 e n. 4073 del 2010; n. 1612 del 2009; n. 4061 del 2008), sta di fatto che la normativa speciale vuole che sia il concessionario autostradale a pulire i rifiuti stradali.

TAR Campania, Na, Sez. I, 9.5.2011, n. 2589
Servizio idrico integrato - autorità d'ambito - affidamento opere e interventi di carattere infraregionale ad un terzo gestore - interferenza piano d'ambito - illegittimità.

L'Ente d'ambito predispose il programma degli interventi necessari per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla legge (artt. 8 e 13 l.r. 14/97) ed assume l'esercizio di tutte le funzioni in materia di servizi idrici degli enti consorziati, con cessazione delle gestioni esistenti a far data dalla stipula della convenzione da parte del soggetto gestore (art. 12 l.r. 14/97). Restano di competenza regionale le infrastrutture per il trasporto di acqua tra regioni diverse (art. 11, co. 2, l.r. 14/97), nonché le funzioni di programmazione e di controllo (art. 14 l.r. 14/97). Sulla base di tale quadro normativo, dunque, le opere e gli interventi di acquedotto a valle dei recapiti terminali delle strutture di adduzione dell'acqua da altre regioni esulano dalla sfera delle infrastrutture di competenza della Regione Campania per rientrare, avendo carattere infraregionale, nella competenza degli Enti di ambito e dei soggetti gestori dagli stessi individuati. Il quadro, per quanto in questa sede interessa, non è mutato a seguito dell'abrogazione (quasi integrale) della legge n. 36 del 1994, da cui non si è significativamente discostata la disciplina ora contenuta nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Quindi, la regione Campania non può disporre l'affidamento di infrastrutture ed opere acquedottistiche di natura infraregionale ad un terzo gestore che non sia quello individuato in base al quadro normativo sopra ricostruito, interferendo con l'attuazione del piano d'ambito.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 6.5.2011, n. 2555
Potestà regolamentare dei comuni - sospensione installazione stazioni radio base nelle more dell'adozione dei regolamenti - illegittimità.

Ferma la potestà regolamentare dei comuni – nell'ambito del perimetro delineato dalla nor-

mativa dettata dagli artt. 86 ed 87 del d.lgs. 259/2003 e l. 36 del 2001 nell'interpretazione operata dalla giurisprudenza costituzionale in cui vi è spazio anche per l'individuazione di criteri localizzativi nell'ambito della funzione di definizione degli "obiettivi di qualità", di cui all'art. 3, co.1, lett. d, n. 1) ed all'art. 8, co.1, lettera e), e co.6 della legge quadro (cfr., in particolare, Corte cost., sentenze n. 307 e n. 331 del 2003; n. 336 del 2005 e n. 103 del 2006) – nelle more dell'adozione dei regolamenti non può ritenersi sussistere un potere, generale ed assoluto, di sospensione della realizzabilità degli interventi di installazione di stazioni radio base.

TAR Umbria, Sez. I, 5.5.2011, n. 126

SII - comuni - concessionari - componenti dell'ATI - tariffa - gratuità beni – inammissibilità.

Va tenuta distinta la posizione dei Comuni, da un lato quali concessionari degli impianti e percettori dei relativi canoni dal SII, e quali partecipanti al SII (e quindi, a seconda dell'andamento della gestione del servizio, pro quota beneficiari di profitti oppure tenuti al ripianamento delle perdite), dall'altro, componenti dell'ATI competente a determinare, nel rispetto dei limiti normativi, la tariffa del servizio applicabile da parte del SII; nel primo caso, l'attività e le scelte dei Comuni incidono sulla situazione dei cittadini (nonché contribuenti ed elettori), nel secondo su quella degli utenti del servizio (che, anche se di regola coincide con la prima, è però eventuale e comunque assume rilevanza in relazione ai comportamenti – consumi - individuali). Per evitare che i Comuni (e quindi tutti i cittadini che necessariamente ne fanno parte) beneficino degli effetti di costi impropri o eccessivi posti a carico degli utenti, la normativa prevede un sistema di calcolo della tariffa, ma non arriva (non arrivava, prima dell'introduzione del principio di gratuità di cui all'articolo 153, co. 1) a stabilire che i Comuni (tutti i cittadini) dovessero concedere gratuitamente i beni per un servizio da svolgere a beneficio degli utenti.

TAR Toscana, Sez. II, 28.4.2011, n. 746

Inquinamento - bonifica - "chi inquina paga" - realizzazione da parte delle amministrazioni

ni competenti - privilegio fondo solo se impossibile accertare identità del responsabile - provvedimento motivato.

Il sistema normativo degli artt. 242 e segg. del d. lgs. n. 152/06, confermando il previgente assetto normativo, pone a carico dell'effettivo responsabile della contaminazione gli obblighi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati, obblighi il cui adempimento da parte dei soggetti interessati, ma non responsabili, è configurato come una semplice facoltà, al punto che, nel caso di mancata individuazione del responsabile, la legge stabilisce che le opere di messa in sicurezza e di bonifica non possano venire coattivamente addossate a terzi soggetti pur interessati, ma vadano realizzate dalle amministrazioni competenti; queste ultime sono assistite, per il recupero delle spese sostenute, da un onere reale e da un privilegio speciale sul fondo, che tuttavia – ad ulteriore conferma del collegamento necessario tra responsabilità dell'inquinamento e obbligo di bonifica – sono esercitabili nei confronti del proprietario incolpevole solo a seguito di provvedimento motivato che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile, ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto, ovvero la loro infruttuosità. Tale sistema risponde, com'è noto, al principio di derivazione europea, che consiste nell'imputazione dei costi ambientali al soggetto che ha causato la compromissione ecologica illecita.

TAR Veneto, Sez. I, 18.4.2011, n. 649

Classificazione acustica - discrezionalità tecnica - presupposti di fatto - preuso.

Le scelte inerenti alla classificazione acustica non afferiscono al merito dell'attività pianificatoria/programmatoria del comune, ma sono espressione di discrezionalità tecnica, ancorata all'accertamento di specifici presupposti di fatto. Il primo dei quali è il preuso del territorio, proprio per non sacrificare oltremodo le consolidate aspettative di coloro che si sono legittimamente insediati ... in zone qualificate industriali e, quindi, funzionalmente deputate all'espletamento di attività produttive, che non debbono subire limitazioni, a causa della classificazione acustica, non adeguatamente giustifi-

cate (diversamente da ciò che potrebbe avvenire, ad esempio, per le attività industriali localizzate in zona impropria)

TAR Toscana, Sez. II, 1.4.2011, n. 565

Bonifica e ripristino ambientale - proprietario del fondo - imputabilità - principio "chi inquina paga" - responsabilità oggettiva - illegittimità.

Non è legittimo l'ordine di bonifica, messa in sicurezza e ripristino ambientale indiscriminatamente rivolto al proprietario del fondo in ragione della sua sola qualità, ma in mancanza di adeguata dimostrazione da parte dell'amministrazione procedente, sulla base di un'istruttoria completa e di una esauriente motivazione, dell'imputabilità soggettiva della condotta (cfr. CdS, V, 19.3.2009, n. 1612; TAR. Toscana, II, 24.8.2009, n. 1398). La pubblica amministrazione non può, pertanto, imporre ai privati che non abbiano alcuna responsabilità diretta sul-

l'origine del fenomeno contestato, ma che vengano individuati solo quali proprietari del bene, lo svolgimento delle attività di recupero e di risanamento. E ciò, del resto, in conformità al principio "chi inquina paga", cui si ispira la normativa comunitaria (art. 174, ex art. 130/R, trattato CE), la quale impone al soggetto che fa correre un rischio di inquinamento di sostenere i costi della prevenzione o della riparazione (TAR Toscana, II, 3.3.2010, n. 594). Ai fini della responsabilità in questione è perciò necessario che sussista e sia provato, attraverso l'esperimento di un'adeguata istruttoria, il rapporto di causalità tra l'azione o l'omissione dell'autore dell'inquinamento e il superamento - o pericolo concreto ed attuale di superamento - dei limiti di contaminazione, senza che possa venire in rilievo una sorta di responsabilità oggettiva facente capo al proprietario o al possessore dell'immobile meramente in ragione di tale qualità.

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO PENALE -

del Dott. Andrea Valerio Cambi

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 17.5.2011, n. 19315

Opere abusive - assenza SUE - irrilevanza. Conglomerato cementizio - normativa - applicabilità - opere edilizie - specifica caratterizzazione - irrilevanza - incidenza su elementi strutturali - rilevanza.

Disciplina antisismica - ambito applicativo - incolumità del (solo) proprietario - rilevanza.

Lo sportello unico per l'edilizia previsto dall'art. 5 d.P.R. 380/01 (testo unico per l'edilizia) ha unicamente finalità di semplificazione procedimentale ed organizzativa, con la conseguenza che la mancata istituzione da parte dell'amministrazione comunale non ha alcuna incidenza sul regime autorizzatorio dell'attività edilizia e non esonera, pertanto, dal conseguimento dei necessari titoli abilitativi.

Il disposto dell'art. 71, co. 1, d.P.R. 380/2001, che sanziona l'esecuzione di opere in conglomerato cementizio armato, normale e precom-

presso ed a struttura metallica in assenza di un progetto esecutivo redatto da un tecnico abilitato e della direzione dei lavori da parte di soggetto qualificato si applica indipendentemente dalla specifica caratterizzazione delle opere in termini di manutenzione ordinaria o straordinaria o di nuova costruzione, sempre che esse costituiscano elementi strutturali dell'edificio.

La disciplina antisismica si applica a tutte le costruzioni la cui sicurezza possa comunque interessare la pubblica incolumità, realizzate in zone delle quali sia dichiarata la sismicità. La giurisprudenza ha a tal proposito chiarito che rientra nel concetto di "pubblica incolumità" anche il possibile danno al singolo individuo e, quindi, allo stesso proprietario del manufatto, con conseguente applicabilità della disciplina anche nel caso in cui la costruzione si trovi all'interno di una proprietà privata.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 9.5.2011, n. 17873

Impianti di distribuzione di carburante - autorizzazione - zonizzazione di PRG - irrilevanza - disciplina vincolistica - rilevanza.

Gli impianti di distribuzione di carburante sono compatibili con qualsiasi destinazione di zona, stante la loro attitudine a servire in relazione a ogni tipo di attività, sicché la loro localizzazione non è esclusa neppure dalla destinazione dell'area a verde pubblico o a verde attrezzato, salvi i vincoli paesaggistici, ambientali ovvero monumentali esistenti sul territorio.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 29.4.2011, n. 16728

Lottizzazione abusiva - assenza di permesso di costruire - concorso di reati - configurabilità - sussiste.

La lottizzazione abusiva e la realizzazione di un immobile in assenza di permesso di costruire configurano autonome ipotesi di reato che tra loro possono concorrere: la lottizzazione presuppone un insieme di opere o di atti giuridici che comportano una trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni a scopo edificatorio, intesa quale conferimento all'area di un diverso assetto territoriale, attraverso impianti di interesse privato e di interesse collettivo, tali da creare una nuova maglia di tessuto urbano; viceversa la nuova costruzione, che non presuppone opere di urbanizzazione primaria o secondaria e per la quale è richiesto il preventivo permesso di costruire, non necessita di autorizzazione lottizzatoria in quanto la sua realizzazione non pregiudica la riserva pubblica di pianificazione urbanistica.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 28.4.2011, n. 16592

Incendi boschivi - vincoli - finalità - previsioni antecedenti - zonizzazione - irrilevanza - specifica localizzazione - necessità.

Le disposizioni dell'art. 10 l. 21.11.2000, n. 353 (legge quadro sugli incendi boschivi), contenenti vincoli di destinazione e le limitazioni d'uso, sono finalizzate alla conservazione e alla difesa dagli incendi del patrimonio boschivo nazionale quale bene insostituibile per la qualità della vita, e alla lotta agli incendi finalizzati alla successiva speculazione edilizia.

L'art. 10 l. 353/00, laddove consente la realizzazione di edifici, strutture ed infrastrutture finalizzate ad insediamenti civili ed attività produttive nei soprassuoli percorsi dal fuoco nei casi in cui la realizzazione sia stata prevista in data antecedente all'incendio dagli strumenti urbanistici vigenti a tale data, si riferisce alla specifica localizzazione dell'area riservata all'intervento da parte dello strumento urbanistico e non anche alla previsione di zona, con la conseguenza che non rileva, ai fini della speciale deroga, la generica compatibilità dell'intervento con la destinazione dell'area, essendo al contrario richiesto che l'area medesima sia già riservata dallo strumento urbanistico alla realizzazione delle predette opere.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 28.4.2011, n. 16582

Demolizione - termini - inutile decorso - obbligazione del privato - permanenza.

A prescindere dall'acquisizione del bene al patrimonio comunale, il soggetto condannato resta comunque il destinatario dell'ordine di demolizione, con conseguente onere da parte del medesimo di dare esecuzione, nelle forme di rito, all'ordine di demolizione a proprie cure e spese.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 30.3.2011, n. 13125

Zona agricola - pertinenze - configurabilità - va esclusa.

È incompatibile con il concetto di pertinenza al servizio del fondo agricolo, un locale di elevate dimensioni e destinato ad unità abitativa.

Non è possibile parlare di pertinenza di un manufatto rispetto ad una azienda agricola, sia perché questa esula dal concetto di "cosa" nell'accezione di cui all'art. 817 c.c., sia perché per esplicita volontà legislativa il vincolo pertinenziale riguarda edifici e non fondi rustici.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 24.3.2011, n. 11960

Reati edilizi - PdC in sanatoria - irrilevanza Sanatoria edilizia - configurabilità - vincolo idrogeologico - parere postumo - va affermata.

Qualora manchi la conformità del permesso di costruire in sanatoria con la disciplina urbani-

stica, il rilascio dello stesso non estingue i reati, spettando al giudice penale la valutazione di siffatta conformità, in considerazione del carattere vincolato del potere autorizzatorio.

Anche in presenza di un vincolo idrogeologico può trovare applicazione la procedura di accertamento di conformità prevista e disciplinata dall'art. 36 d.P.R. 380/01, ma la conclusione positiva della procedura medesima resta subordinata al conseguimento dell'autorizzazione dell'autorità preposta alla tutela di quel vincolo.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 24.3.2011, n. 11957

Condono edilizio - configurabilità.

Vincolo paesaggistico - parere postumo - va affermata.

Il condono edilizio di cui alla l. 724/1994 non può essere concesso - per gli interventi realizzati in zona vincolata - in carenza della neces-

saria autorizzazione paesaggistica. Per le opere abusive in zona sottoposta a vincolo paesistico l'effetto del condono si verifica, infatti, solo quando l'autorità preposta al vincolo, mediante una valutazione di compatibilità con le esigenze sostanziali di tutela, abbia ritenuto l'opera già eseguita suscettibile di conseguire l'autorizzazione in sanatoria.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 9.3.2011, n. 9281

Reati edilizi - dirigente - concorso - configurabilità.

Condizioni - elemento soggettivo - dimostrazione - necessità - sussiste.

Il dirigente che rilascia un permesso di costruire palesemente illegittimo risponde del reato p. e p. dall'art. 44 d.P.R. 380/01 solo ove sia accertato un contributo causale rilevante e consapevole (sotto il profilo del dolo o della colpa).

«.....GA.....»

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

A.V.C.P.: IN G.U. 168/2011 PUBBLICATO IL REGOLAMENTO IN MATERIA DI PROCEDIMENTO EX ART. 40, CO. 9 QUATER DEL D. LGS. 163/06

Publicato in data 13.7.2011 il regolamento in materia di procedimento ex art. 40, comma 9 quater del d. lgs. 163/06 per l'accertamento della responsabilità delle imprese che presentano falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini della qualificazione sotto il profilo del dolo o della colpa grave.

«..... GA.....»

A.V.C.P. DETERMINAZIONE DEL 7.7.2011 N. 4 - LINEE GUIDA SULLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI

Tra le novità si segnala: 1. soggezione all'obbligo di tracciabilità dei contratti sottoscritti dopo il 7.9.2010 e devono contenere a pena di nullità la clausola relativa agli obblighi di tracciabilità; 2. per i contratti sottoscritti prima del 7.9.2010 qualora non abbiamo esaurito i propri effetti alla data di scadenza del periodo transitorio ovvero la data del 17.6.2011 entro cui dovevano essere adeguati, sono automaticamente integrati con le clausole di tracciabilità; 3. esclusione dalla tracciabilità del trasferimento di fondi da parte delle amministrazioni dello Stato in favore di soggetti pubblici per la copertura di costi relativi alle attività espletate in funzione del ruolo istituzionale; 4. esclusione dalla tracciabilità per le movimentazioni di denaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di PA da soggetti sottoposti ad un controllo analogo a quelle che le medesime esercitano sulle proprie strutture (cd. affidamenti in

house); 5. soggiace alla tracciabilità la società in house quando la stessa affida appalti a terzi; 6. esclusione dalla tracciabilità degli incarichi di collaborazione, nonché l'erogazione diretta a titolo individuale di contributi da parte della p.a. a soggetti indigeni; 7. sono soggetti alla tracciabilità gli appalti di servizi legali, del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto.

«..... GA.....»

NELLE GARE PUBBLICHE LE REGOLE STABILITE DALLA LEX SPECIALIS VINCOLANO RIGIDAMENTE ANCHE L'AMMINISTRAZIONE, CHE È TENUTA AD APPLICARLE SENZA ALCUN MARGINE DI DISCREZIONALITÀ A GARANZIA DELLA PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI

Ai fini del corretto svolgimento dell'operazione ermeneutica deve innanzitutto tenersi conto del consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche le regole stabilite dalla lex specialis vincolano rigidamente anche l'amministrazione, che è tenuta ad applicarle senza alcun margine di discrezionalità a garanzia della par condicio dei concorrenti (ex multis, C.d.S., sez. V, 2.8.2010, n. 5075; 29.1.2009, n. 498), con la conseguenza che le clausole di un bando di gara devono essere necessariamente interpretate, nel rispetto dei principi fissati dagli artt. 1362 e ss. c.c. (notoriamente applicabili anche agli atti amministrativi), dando prevalenza alle espressioni letterali e restando preclusa qualsiasi forma di interpretazione analogica o estensiva, eventualmente finalizzata a consentire la più ampia partecipazione possibile, opzione che può ammettersi solo in

presenza di clausole equivocate o di imperfetta formulazione (CdS, Sez. V, 23.5.2011, n. 3100).

«..... GA.....»

I BANDI DI GARA D'APPALTO PER GLI AFFIDAMENTI DEI SERVIZI PUBBLICI, POSSONO PREVEDERE REQUISITI DI CAPACITÀ PIÙ RIGOROSI DI QUELLI INDICATI DALLA LEGGE, PURCHÉ NON DISCRIMINANTI RISPETTO ALLE REGOLE PROPRIE DEL SETTORE

I bandi di gara d'appalto e per gli affidamenti dei servizi pubblici possono prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice la fissazione di requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità tecnica, diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione in albi o elenchi (CdS, Sez. V, 23.6.2011, n. 3809).

«..... GA.....»

A.V.C.P., 10.6.2011

Comunicato alle SOA e alle Stazioni appaltanti su criteri interpretativi per il rilascio della validità delle attestazioni di qualificazione nel periodo transitorio previsto dal d.P.R. n. 207/2010 come modificato dal d.l. n. 70/2011.

«..... GA.....»

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

pubblicato il primo Volume del Supporto tecnico giuridico contenente le risposte ai quesiti più frequenti in tema di contratti pubblici (il testo per esteso del documento è consultabile su www.gazzettaamministrativa.it).

«..... GA.....»

UNA SOCIETÀ IN HOUSE DELLA STAZIONE APPALTANTE PUÒ SVOLGERE ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE DI OPERE PUBBLICHE

Nel concetto di stazione appaltante ritiene il Collegio che debba essere ricompresa anche l'eventuale società in house poiché quest'ultima, come correttamente deduce la difesa comunale, non si configura quale soggetto esterno all'amministrazione medesima ma, analogamente ai suoi uffici interni, ne rappresenta una parte sostanzialmente integrante, se pure giuridicamente separata. La forma societaria è uno strumento che l'amministrazione intimata ha scelto per lo svolgimento delle proprie attività in materia di realizzazione delle opere pubbliche, ritenendo che possano più agevolmente essere portate a compimento mediante strumenti civili, ma sulla società il comune di Montepulciano esercita un controllo penetrante il quale esclude che essa possa operare autonomamente. Le attività di progettazione che svolge rientrano quindi nell'ambito di previsione dell'art. 90, co. 1, lett. a), d. lgs. 163/06 perché l'ufficio tecnico della società in causa opera unicamente a favore dell'affidante e sotto il suo diretto controllo, e ciò esclude che nella fattispecie si sia realizzato un affidamento esterno da parte della stazione appaltante in spregio alle norme codicistiche, tanto più che la stessa Montepulciano Servizi a sua volta è tenuta (e provvede, come dimostrato dalla sua produzione documentale) ad affidare tramite gara la progettazione delle stesse (TAR Toscana Sez. I, 13.6.2011 n. 1041).

«..... GA.....»

NELLA VALUTAZIONE DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA, L'AMMINISTRAZIONE GODE DI AMPIA DISCREZIONALITÀ CHE È SINDACABILE IN SEDE DI LEGITTIMITÀ SOLO PER ASPETTI DI MANIFESTA IRRAZIONALITÀ O EVIDENTE TRAVISAMENTO DEI FATTI

Secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale



ziale l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, per cui la relativa valutazione, costituendo espressione di apprezzamento tecnico-discrezionale ed inerendo quindi al merito amministrativo, è da ritenersi insindacabile in sede di legittimità se non per aspetti di manifesta irrazionalità o evidente travisa-

mento dei fatti, che nello specifico non sussistono alla luce anche del concreto procedimento svolto per la verifica di attendibilità dell'offerta, dopo gli ulteriori chiarimenti richiesti e l'audizione dell'offerente concretamente intervenuta (CdS, Sez. IV, 9.5.2011 n. 2751).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

CUSTODIA DEI PLICHI CONTENENTI I DOCUMENTI DI GARA: L'OMESSA VERBALIZZAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CUSTODIA E' IDONEA AD INVALIDARE L'ESITO DELLA GARA?

del Prof. Avv. Enrico Michetti

La sentenza n. 4487 del 27.7.2011 del Consiglio di Stato affronta questo tema con un iter argomentativo che si reputa opportuno analizzare in considerazione del contrasto giurisprudenziale che in subiecta materia rende, allo stato, incerto il modus operandi che deve essere seguito dalla commissione giudicatrice affinché venga assicurata l'assenza di vulnus all'integrità della documentazione di gara.

La problematica, in particolare, merita attenzione in quanto si snoda tra una concezione rigida e formalistica che esclude il vulnus all'integrità dei plichi solo laddove la salvaguardia di quest'ultimi sia stata assicurata in astratto ed una concezione meno rigorosa che, ai fini dell'annullamento della gara, non ritiene sufficiente l'omessa indicazione a verbale dell'adozione di misure idonee a tutelare in astratto le possibili manomissioni dei plichi ed ascrive in capo al ricorrente l'onere di fornire un principio di prova che in concreto vi siano state dette manomissioni o quantomeno un reale pericolo in tal senso

Con la sentenza in commento la VI Sezione del Consiglio di Stato è nuovamente tornata ad affrontare la problematica afferente la necessità che venga fatta esplicita menzione nei verbali di gara delle cautele e degli strumenti apprestati dalla commissione aggiudicatrice a tutela dell'integrità della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche.

Il caso di specie riguarda l'impugnazione di un'aggiudicazione definitiva di un appalto per dedotta illegittimità del procedimento di gara in quanto le operazioni concorsuali sarebbero state viziate dalla mancata attestazione nel verbale di gara dell'adozione da parte della Commissione giudicatrice di misure per la custodia della documentazione prodotta idonee a prevenire ogni possibile alterazione della consistenza ed integrità della stessa.

I Giudici di Palazzo Spada, pronunciandosi in ultima istanza, richiamando recenti sentenze del medesimo Consiglio di Stato hanno

censurato in quanto illegittima l'attività procedimentale sul presupposto che "la commissione giudicatrice deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche. Delle cautele e strumenti apprestati deve essere fatta esplicita menzione nel verbale di gara, omissione che non può essere sanata con attestazioni postume sull'adozione di idonee misure (C.d.S., V, n. 3203 del 2010; n. 7884 del 12.12.2009, n. 7804)".

Sostiene, infatti, il Consiglio di Stato che il principio di non eludibile secretazione degli atti di gara e di prevenzione di ogni rischio di manomissione attraverso l'indicazione nel verbale delle cautele e dei mezzi a tal fine adottati discenderebbe dalla stessa *ratio* che sorregge ed impone il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente cui assegnare l'appalto con la PA, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle

imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 della Costituzione di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa, che l'art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 163 del 2006 ribadisce con riferimento alle procedure finalizzate alla stipula dei contratti pubblici¹.

Ai fini della legittimità della verbalizzazione la sentenza, peraltro, richiede non solo che venga data precipua indicazione delle cautele adottate, ma altresì indicazione, sotto la responsabilità dei verbalizzanti, che le cautele stesse sono state efficaci in quanto i plichi sono integri trattandosi di adempimenti che "rendono effettivo il canone di correttezza da osservare nelle fasi di evidenza pubblica - cui fa richiamo l'art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 - che impone alla stazione appaltante di adottare ogni presidio a prevenzione di censure, anche sul piano solo indiziario e sintomatico, della regolarità della procedura di scelta del contraente. "

In tal senso anche nella sentenza del 16.3.2011, n. 1617, la Sez. V del Consiglio di Stato ha affermato che "l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti costituisce un elemento sintomatico della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, elementi che, a loro volta, servono ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa...Le misure di cautela relative alla conservazione dei plichi sono volte a salvaguardare la possibilità, e non l'effettività, della manomissione". Tornando alla sentenza in commento il Collegio, infine, chiarisce i motivi della non percorribilità dell'opposto orientamento giurisprudenziale, che di seguito verrà meglio esposto, il quale assegna alla mancanza delle necessarie cautele un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della corretta conservazione. Sul punto la sentenza evidenzia che la fattispecie in esame va qualificata non come fattispecie di danno, ma di pericolo di guisa che è

¹ in tal senso CdS, Sez. V, 20.3.2008, n. 1219; Sez. V, 28.3.2008, n. 1296; Sez. V, 6.3.2006, n. 1068; Sez. IV, 18.3.2002, n. 1612

sufficiente che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere di provare un concreto evento di danno.

Sul punto giova richiamare la sentenza resa dal Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2011, n. 1094 laddove più correttamente il Collegio sostiene che "costituirebbe inutile e formalistica decisione quella di annullare la gara solo sulla base della considerazione che non è stato dato atto a verbale della adozione di misure idonee a contrastare la astratta possibilità che le buste in questione venissero manomesse".

Secondo tale diverso indirizzo giurisprudenziale² la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione.

Da ultimo il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 7.7.2011, n. 4055 ha ribadito che "la mancata indicazione nei verbali delle modalità di custodia dei plichi e dei documenti non costituisce causa di illegittimità della gara quando non si sia verificata l'alterazione della documentazione"³.

A parere dello scrivente, fermo il principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità cui deve uniformarsi la pubblica amministrazione, non può una mera omissione quale quella della mancata verbalizzazione di cui trattasi, in assenza di una puntuale norma che sancisca l'obbligatorietà di siffatta indicazione nei verbali di gara, equivalere a qualificare come negligente o scorretta la custodia operata dall'amministrazione.

Giova sul punto, infatti, evidenziare, che

² in tal senso si veda anche CdS, Sez. IV, 5.10.2005, n. 5360; Sez. V, 20.9.2001, n. 4973; Sez. v, 10.5.2005, n. 2342; Sez. V, 25.7.2006, n. 4657

³ in tal senso anche CdS, Sez. V, n. 6729/2007

effettivamente l'art. 78 del d. lgs. n. 163 del 2006 non menziona le operazioni di custodia della documentazione di gara tra gli elementi che non possono essere omessi nella redazione del verbale con la conseguenza che in assenza di un obbligo di legge che imponga a carico della stazione appaltante l'adempimento delle suddette formalità, risponde ad una logica quantomeno di buon senso ritenere assolutamente abnorme, ingiustificato ed irrazionale annullare la complessa attività procedimentale posta in essere dalla PA.

Correttamente il Consiglio di Stato nella sentenza n. 1094/2011 citata si è premurata di rilevare che non basta insinuare un generico sospetto di condotte idonee ad inquinare lo svolgimento della procedura, ma occorre de-

durre circostanze oggettive suscettibili di generare il ragionevole dubbio circa la sussistenza di uno scorretto o negligente adempimento del dovere di custodia dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche da parte della commissione di gara.

Allo stato pertanto, in attesa che sulla questione intervenga in termini chiarificatori l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in considerazione dei continui contrasti giurisprudenziali sopra rappresentati, sicuramente appare opportuno che le Commissioni giudicatrici procedano ad inserire nel verbale di gara l'indicazione sia delle cautele adottate che della loro efficacia ai fini dell'integrità e della salvaguardia della documentazione di gara.

«.....GA.....»

LA SORTE DELLE VARIANTI MIGLIORATIVE AL PROGETTO PROPOSTE IN SEDE DI GARA

dell'Avv. Salvatore Napolitano

Sulla necessità di integrare il contratto e gli elaborati progettuali posti a base di gara con le varianti migliorative e alternative proposte dall'aggiudicatario e approvate dalla stazione appaltante

1. Gli ambiti di operatività delle varianti migliorative al progetto posto a base di gara e le relative problematiche.

L'istituto delle varianti progettuali proposte in sede di offerta è disciplinato dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici, d. lgs. 163/2006 e s.m. e i., ai sensi del quale le stazioni appaltanti, nel caso di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti, menzionando i requisiti minimi che le stesse devono rispettare nonché le modalità per la loro presentazione.

La scelta normativa del legislatore, derivante dalle dir. comunitarie n. 2004/17 e n. 2004/18, riposa sulla circostanza che allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione ha un maggiore ambito di discrezionalità nell'individuare l'aggiudicatario.

Difatti, mentre nel caso di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti in quanto tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, viceversa, allorché il sistema di selezione delle offerte è basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'amministrazione può scegliere il contraente valutando non solo i criteri matematici, ma la complessità anche tecnica dell'offerta proposta sicché, nel corso del procedimento di gara, potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti del progetto base elaborato dalla Stazione aggiudicatrice (sul punto cfr. TAR Calabria, Ct, II, 29.10.2008, n. 1480).

La giurisprudenza ritiene che la variazione

migliorativa è legittimamente ammessa sempre che sia riconducibile nella sfera delle migliori modalità esecutive del progetto a base di gara, ovvero sia ascrivibile a quelle soluzioni tecniche che consentano di realizzare quanto progettato dalla Stazione aggiudicatrice, ma garantendo una migliore qualità delle lavorazioni dedotte in contratto, salve restando le scelte progettuali fondamentali già effettuate dall'Amministrazione (cfr., *ex multis*, CdS, V, 20.2.2009, n. 1019; CdS, V, 11.7.2008, n. 3481; CdS, V, 19.2.2003, n. 923; CdS, V, 9.2.2001, n. 578).

Da tale assetto normativo discende che, in sede di gara, l'amministrazione valuterà, tra l'altro, le variazioni offerte dai singoli concorrenti premiando quelle ritenute maggiormente migliorative del progetto a base di gara.

Una volta individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei complessivi criteri dettati dalla legge di gara, la stazione aggiudicatrice è tenuta, altresì, a valutare se e quali delle migliorie offerte dall'aggiudicatario accettare e, conseguentemente, ad approvare il progetto quale risultante sulla base delle integrazioni migliorative adottate.

Solo attraverso tale ulteriore e fondamentale segmento procedimentale è possibile addivenire all'approvazione di un progetto esecutivo dell'opera da realizzare che sia effettivamente sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire l'identificazione di ogni elemento in termini di forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo, così come impone la inderogabile normativa di settore.

Risulta quindi chiaro che l'amministrazione aggiudicatrice, una volta individuate le migliorie che intende far eseguire, sia tenuta ad approvare le relative integrazioni proget-

tuali in modo che il progetto di contratto delinea compiutamente l'effettivo oggetto della prestazione contrattuale ed il relativo costo.

La necessità di approvare il progetto, così come integrato sulla base delle migliorie offerte ed accettate, risulta evidente sotto molteplici e concorrenti profili.

i) Innanzi tutto va osservato che il progetto esecutivo è destinato ad essere lo strumento operativo che trova la sua naturale utilizzazione in cantiere come guida per l'esecuzione dei lavori, proprio in considerazione della stretta connessione esistente fra il progetto esecutivo e la gestione dell'attività costruttiva.

Al riguardo, l'A.V.C.P., con determinazione n. 4/2001, ha affermato che *"il progetto esecutivo ... deve necessariamente fornire una chiara rappresentazione, in relazione a qualunque opera da realizzare, di tutte le caratteristiche dimensionali e tipologiche e di ogni sua componente con un grado di definizione e di dettaglio che sia il maggiore possibile. In tal senso l'art. 35 del d.P.R. n. 554/1999 definisce il progetto esecutivo come la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni, con la conseguenza che esso di norma costituisce uno strumento operativo direttamente utilizzabile in cantiere per l'esecuzione dei lavori"*.

Di talché, la mancata approvazione del progetto integrato sulla base delle variazioni migliorative proposte in sede di gara ed accettate dalla Committente determina, di per se, una patologica carenza del progetto stesso.

ii) Ed ancora, va rilevato che, in fase di esecuzione dei lavori, nessuna addizione o variazione al progetto approvato, non prevista in contratto, può essere apportata dall'appaltatore o ordinata dalla direzione lavori se non, ricorrendone i presupposti di legge, attraverso la redazione di una perizia di variante.

Da ciò deriva che le eventuali migliorie introdotte in fase di esecuzione dei lavori, determinano la non conformità della realizzazione dell'opera al progetto approvato ed al relativo contratto, della quale il Direttore dei lavori è direttamente responsabile.

iii) Infine, in sede di collaudo, va osservato che la mancata corrispondenza tra i lavori eseguiti ed i dati risultanti dal progetto appro-

vato impedisce la positiva collaudabilità delle opere.

Difatti, come noto, la funzione delle operazioni di collaudo è quella di verificare e certificare che l'opera sia eseguita a regola d'arte, secondo il progetto approvato e le relative prescrizioni tecniche, nonché le eventuali perizie di variante, in conformità del contratto e degli eventuali atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati, nonché che i dati risultanti dalla contabilità finale e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste.

La mancanza di omogeneità e corrispondenza tra i lavori eseguiti dall'appaltatore e quanto riportato negli elaborati progettuali e contabilizzati, impedisce, infatti, di collaudare i relativi lavori.

L'aspetto problematico relativo all'inserimento e all'approvazione di eventuali migliorie attiene squisitamente alla discrasia che inevitabilmente si produce nell'aspetto sia qualitativo che quantitativo esistente tra l'offerta formulata a termini di bando e quella risultante una volta approvato il progetto addizionato con le migliorie.

Per quanto in questa sede maggiormente interessa, vale osservare che, qualora il bando di gara abbia previsto la possibilità per i concorrenti di presentare offerte migliorative e integrazioni tecniche, esse sono poi soggette alla valutazione della Commissione di gara e costituiscono un'autonoma voce di valutazione dell'offerta tecnica, del tutto svincolata dall'offerta economica, che viene formulata dai concorrenti attraverso il ribasso sul prezzo a base di gara, il quale, ovviamente, non può prevedere le offerte migliorative eventualmente proposte dai singoli concorrenti.

Difatti, l'inclusione del prezzo delle migliorie ai fini della valutazione dell'offerta economica renderebbe non omogenea la comparazione delle offerte, in base ad un elemento - le migliorie appunto - rimesso comunque alla successiva approvazione della stazione appaltante.

In altri termini, la legge di gara può dare rilievo alle migliorie offerte dai concorrenti ai soli fini della determinazione del pregio

dell'offerta tecnica e, conseguentemente, dell'attribuzione del relativo punteggio; mentre le variazioni non possono incidere in alcun modo sull'offerta economica, il cui punteggio viene attribuito esclusivamente in ragione del ribasso offerto sul prezzo posto a base di gara.

Del resto, come ha avuto modo di chiarire la più recente giurisprudenza, nessuna esplicita previsione normativa preclude alle stazioni appaltanti di dare rilievo alle migliorie solo ai fini della determinazione del punteggio per l'offerta tecnica, e non anche per quello relativo all'offerta economica (si veda in termini, CdS, V, 13.7.2010, n. 4536).

D'altro canto, le varianti migliorative e alternative, proposte in sede di offerta dal concorrente che in virtù delle medesime è risultato aggiudicatario, vanno necessariamente integrate negli elaborati progettuali posti a base di gara e nel successivo contratto stipulato, determinando, altrimenti, gravi patologie nell'esecuzione dei lavori, le cui conseguenze si riverserebbero – come in precedenza già evidenziato – sia in capo alla direzione lavori, in sede di gestione dell'appalto, sia successivamente in capo agli organi di collaudo sia, infine, costringerebbe ingiustamente l'appaltatore a dover sopportare i relativi maggiori oneri con conseguente contenzioso in ordine al riconoscimento degli stessi.

Al fine di evitare ciò, occorre, appunto, munire *ex post* il progetto di contratto dei necessari requisiti e presupposti di legittimità attraverso l'approvazione formale delle migliorie che sono state proposte in sede di offerta e ritenute meritevoli di esecuzione da parte della Stazione appaltante.

Di conseguenza, andranno opportunamente rimodulati i relativi prezzi di contratto – ovviamente, per quanto si dirà tra breve, non in sede di offerta economica del concorrente ma in fase di integrazione del progetto a seguito delle varianti migliorative adottate dalla stazione appaltante – attraverso l'introduzione di tutte quelle voci di prezzo, non previste originariamente, che risultino necessarie a seguito dell'approvazione delle migliorie. Naturalmente, mentre tale operazione non creerebbe problemi nell'ipotesi di corrispettivo fissato a misura, il cui importo – per sua natu-

ra – è solo stimato e meramente presuntivo, al contrario presenterebbe delle evidenti “criticità” nel caso di corrispettivo a corpo, che andrebbe quindi rimodulato, con evidenti effetti pregiudizievoli sul principio della par condicio che postulerebbe l'inalterabilità delle condizioni di gara in relazione alle quali si è determinato il confronto concorrenziale.

In tale caso, si tratterebbe, in sostanza, di sanare un vizio del procedimento di approvazione del progetto di contratto – in cui non siano state inserite le migliorie proposte dall'aggiudicatario – che renderebbe il progetto stesso pienamente rispondente alle funzioni sue proprie.

E tale approvazione in sanatoria risulterebbe, del resto, pienamente conforme al principio di conservazione dell'atto amministrativo, in virtù del quale, tra le varie opzioni ermeneutiche e pratiche possibili, l'ordinamento deve accordare la propria preferenza all'opzione per la quale l'atto produca effetti giuridici piuttosto che non ne produca alcuno, valutando la sussistenza di un interesse alla conservazione, prevalente rispetto ad una caducazione totale degli effetti degli atti stipulati, evitando il prodursi di eventi pregiudizievoli per gli interessi, sia pubblici che privati, supportati da situazioni giuridiche ormai consolidate.

2. Conclusioni.

I problemi che pongono le varianti migliorative del progetto posto a base di gara sono, quindi, vari e complessi.

In sostanza vi sono due principi fondamentali da salvaguardare: il primo è quello di assicurare, in ogni caso, la effettiva comparabilità tra di loro delle offerte formulate dai concorrenti ed il secondo è quello di assicurare la “*par condicio*” tra gli stessi.

La salvaguardia di tali principi impone alla stazione appaltante di escludere l'attribuzione di un rilievo economico delle migliorie proposte dal concorrente rispetto al progetto-base, il che significa, contrariamente a quanto sostenuto dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici nella determina 12.7.2007 n. 253, l'impossibilità per il concorrente di inserire, nell'offerta economica, delle voci di “*nuovi prezzi*” relativi ai magisteri non pre-

visti dal progetto a base di gara, ma inseriti nella proposta di variante migliorativa. Diversamente opinando le offerte dei vari concorrenti non risulterebbe evidentemente comparabili giacchè formulate, non con riferimento al progetto posto a base di gara (uguale per tutti i partecipanti), ma con riguardo alle varianti più disparate ipotizzate dagli stessi concorrenti. In altre parole ove si consentisse, come ipotizzato dall'Autorità di Vigilanza, in relazione alla variante migliorativa proposta, l'inserimento di nuovi prezzi o una modifica delle quantità ipotizzate nel progetto base con riferimento alle lavorazioni da eseguire o, ancora, perfino la soppressione di determinate lavorazioni (Cfr. ancora determina AVCP 253/2007), la stazione appaltante si troverebbe nella pratica impossibilità di effettuare la scelta della migliore offerta economica secondo i principi dell'efficienza, poiché ad un prezzo più basso offerto potrebbero corrispondere minori quantità o, perfino, magisteri diversi e/o alternativi rispetto a quanto previsto nel progetto – base ovvero, per converso, ad un prezzo più alto potrebbero corrispondere ulteriori e maggiori lavorazioni, anch'esse non previste nel progetto base, con il verificarsi di un'univoca situazione di incompatibilità delle offerte e, quindi, di sostanziale alterazione del calcolo di convenienza economica cui la stazione appaltante deve improntare la propria azione nella selezione delle offerte economiche.

Se questo assunto è corretto (e francamente non si vede come si possa sostenere il contrario) ben si spiega la prudenza che notevole parte della giurisprudenza ha profuso nel circoscrivere gli ambiti di operatività delle varianti da proporre nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa, limitandole sostanzialmente alle “modalità esecutive del-

l'opera o del servizio, purchè non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla P.A.” (Cfr. CdS, V, 12.2.2010 n. 743) oppure nello stabilire che le medesime varianti migliorative sono ammissibili “*purchè non si alterino i caratteri essenziali (i c.d. requisiti minimi) delle prestazioni richieste dalla lex specialis per non ledere la par condicio*” (Cfr. CdS, V, 20.2.2009 n. 1019).

Pertanto le c.d. varianti migliorative dovrebbero essere limitate (fissando chiaramente nel disciplinare e nel capitolato d'oneri i requisiti minimi da rispettare in relazione alle prestazioni individuate nel progetto-base) ad aspetti meramente esecutivi e di dettaglio del progetto-base, senza consentire ai concorrenti, non solo di stravolgere (come è ovvio) ma anche solo sostanzialmente di alterare le scelte progettuali effettuate dalla stazione appaltante.

Allo stesso tempo appare del tutto chiaro che, la Stazione Appaltante, una volta individuate le varianti migliorative che intende far eseguire, è tenuta ad approvare (essendo, nel frattempo, venute meno le esigenze di comparabilità delle offerte e di par condicio tipiche della fase selettiva ad evidenza pubblica) le relative integrazioni progettuali, con gli eventuali correlativi nuovi prezzi, in modo tale che il progetto di contratto delinea compiutamente, e prima dell'avvio delle prestazioni esecutive, l'effettivo oggetto delle medesime prestazioni e il relativo costo.

Solo in questi ambiti, invero alquanto ristretti, può trovare legittima applicazione l'istituto in parola quale valido e corretto strumento di selezione degli operatori economici che intendono contrattare con la pubblica amministrazione.

«.....GA.....»

IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO: SOLUZIONI E RIMEDI ALLA LUCE DELLA RECENTE EMANAZIONE DEL "DECRETO SVILUPPO"

dell'Avv. Gianluca Piccinni

1. Premessa: il fenomeno dei ribassi eccessivi nelle gare con il metodo del prezzo più basso 2. Inquadramento normativo. 3. Ipotesi concrete per tentare di ridurre tale fenomeno alla luce del d.P.R. 207/2010 e delle novità introdotte dal c.d. "decreto sviluppo" 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il dilagante fenomeno dei ribassi eccessivi nelle gare d'appalto di lavori pubblici, aggiudicate con il sistema del c.d. "prezzo più basso", sta creando notevoli danni all'economia nazionale e alle stesse imprese che operano (seriamente) sul mercato.

La crisi economica e il calo degli appalti ha scatenato una vera e propria "guerra" tra poveri in cui sono sempre più numerose le imprese che, pur di lavorare e di mantenere le qualificazioni soa, offrono ribassi elevatissimi alle pubbliche amministrazioni, con il risultato di alimentare i contenziosi, di realizzare opere di scarsa qualità (o di non completarle affatto) e di incorrere nel rischio di fallimento. La cattiva tendenza a un aumento incontrollato dei ribassi praticati dalle imprese per l'aggiudicazione degli appalti di lavori può avere termine, solo se gli enti appaltanti si avvarranno di una serie di accorgimenti che, in parte, il legislatore sta tentando di "codificare" (ci riferiamo, in particolare, al recente d.l. n. 70/11, meglio conosciuto come "Decreto Sviluppo", entrato in vigore il 14.5.2011, in attesa di essere convertito in legge).

2. Inquadramento normativo.

Per meglio comprendere l'entità e gli effetti di siffatto fenomeno occorre, sia pur brevemente, ricostruire il quadro normativo con particolare riferimento al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso stabilito dall'art. 82 del codice. L'art. 82 del codice stabilisce che il prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, è determinato nel bando nei seguenti modi: a) se il prezzo più basso,

per i contratti da stipulare a misura, è determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari; b) se il prezzo più basso, per i contratti da stipulare a corpo, è determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari.

Per i contratti da stipulare in parte a corpo e in parte a misura, il prezzo più basso è determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Orbene, il menzionato criterio del prezzo più basso prevede l'aggiudicazione all'offerta con ribasso percentuale più elevato rispetto all'importo a base di appalto riportato nel bando di gara o nell'invito.

In tale criterio, è da rimarcare l'assenza di qualsiasi attenuazione della competizione tra i concorrenti in quanto il codice, e qui risiede una rilevante innovazione rispetto al previgente art. 21 della l. 109/94, ha eliminato il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

I concorrenti dispongono del solo strumento del prezzo per avere ragione della gara e ciò può indurre, - come troppo spesso si è verificato -, a valori dei ribassi di aggiudicazione troppo elevati e incompatibili con la corretta e regolare esecuzione del contratto.

Per contrastare tali evenienze, il legislatore ha ritenuto sufficiente (mentre, evidentemente, non lo è) prevedere l'imposizione dell'obbligo, a carico della stazione appaltante, di verificare l'attendibilità economica dell'offerta attraverso la "verifica di congruità dell'offerta medesima" (cfr art. 86, co.1).

Il calcolo della soglia di anomalia nel criterio del prezzo più basso si esegue con

l'algoritmo descritto nell'art. 86 co.1 del codice (originariamente, l'art. 21, co. 1 *bis*, l. 109/94): le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media".

Ebbene, non a caso, il legislatore, all'art. 86 coo. 1 e 2 s.s del codice, non utilizza più la terminologia "*soglia di anomalia*" ma "*soglia per individuare le offerte anormalmente basse*" in quanto l'individuazione della soglia di anomalia non determina più l'automatica esclusione dell'impresa, ma solo l'obbligo per la commissione di attivare il sub-procedimento di verifica dell'offerta anormalmente bassa.

Con l'emanazione del regolamento di attuazione del codice (d.P.R. 207/10) viene disciplinata la fase di individuazione della soglia di anomalia: all'art. 121 viene specificato che ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, co. 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, co. 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o superiore alla soglia di cui all'art. 28, co. 1, lett. c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, per le quali si procede alla verifica di anomalia ai sensi all'art.86, co. 1, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'art. 87, co. 1, avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della sta-

zione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Tale procedimento si applica anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 28, co. 1, lett. c), del codice e superiore alla soglia di cui all'art. 122, co. 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, nonché nel caso di lavori di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'art. 122, co. 9, del Codice, qualora il bando non preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale.

Il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'art. 88, co 1 *bis*, del codice.

Dunque, il sistema di calcolo della soglia di anomalia stabilito dalla citata disposizione assume un significato nuovo in quanto, di norma, non è più volta a determinare l'esclusione automatica di tutte le offerte superiori, facendo così cadere l'aggiudicazione alla migliore offerta rimanente; la stazione appaltante può invece aggiudicare al massimo ribasso senza alcun pregiudizio sul valore numerico del ribasso stesso, alla sola condizione di sottoporre l'offerta a verifica di congruità e all'esito positivo della stessa. In ogni caso, si opti o meno per l'automatismo di aggiudicazione, l'art. 86, co. 4, del codice esclude espressamente l'applicabilità della soglia di anomalia quando le offerte in gara sono minori di cinque (da 4 a 1) in virtù del fatto che in presenza di offerte dal numero così esiguo, il calcolo della soglia diventerebbe inattendibile perché vi è il concreto rischio di un accordo tra le imprese.

3. Ipotesi concrete per (tentare di) ridurre il fenomeno dei ribassi eccessivi alla luce del d.P.R. 207/10 e delle novità introdotte dal c.d. "decreto sviluppo".

Come abbiamo visto nelle riportate dispo-

sizioni normative, la soglia di anomalia costituisce, pertanto, una linea di demarcazione tra due tipi di offerte: quelle con ribassi inferiori alla soglia, da considerarsi immediatamente accettabili, e quelle con ribassi superiori alla soglia, da ritenersi come offerte potenzialmente non congrue e perciò economicamente e teoricamente inaccettabili e come tali, da assoggettare a verifica ad opera della Commissione di gara.

Ne discende, pertanto, che se la verifica di congruità dell'offerta con ribasso più elevato si conclude con esito negativo, si passa a considerare l'offerta successiva sino all'individuazione della migliore offerta ritenuta "congrua". In tal caso se, per mera ipotesi, tutte le offerte con ribassi sopra la soglia calcolata risultassero non congrue, l'aggiudicazione dovrà avvenire in favore della prima offerta con ribasso al di sotto della soglia, da ritenere accettabile in virtù della menzionata normativa, facendo comunque salva sempre la possibilità per la Commissione di sottoporre a verifica anche tale offerta quando ciò sia necessario per circostanziate motivazioni (art. 86 co. 3).

La logica di sottoporre a verifica di congruità l'offerta migliore era già presente nelle norme previgenti: la legge quadro sui lavori pubblici prevedeva lo stesso sistema solo per importi a base di appalto al di sopra della soglia comunitaria e, indipendentemente dall'importo, nelle gare con meno di cinque offerte. Mentre lo stesso sistema in esame era già previsto, senza riguardo alle soglie o al numero dei partecipanti, per gli appalti di forniture (cfr art. 19 d.lgs. n. 358/1992), di servizi (cfr art. 23 d. lgs. n. 157/1995) e di lavori, servizi e forniture dei settori speciali (cfr art. 23 d. lgs. n. 158/1995); con la sola variante di calcolare la soglia di anomalia (per il prezzo più basso) aggiungendo alla media aritmetica delle offerte un quinto della stessa media (anziché la media degli scarti).

Attualmente, con l'introduzione del d.l. 70/11, e in particolare, del co. 20 bis dell'art. 253 del Codice, è stato finalmente reintrodotta anche per gli appalti di importo superiore a 1.000.000 di euro e sino alla soglia di euro 4.845.000, sia pure con un limite di durata di applicabilità della disposizione al 31/12/2013, l'esclusione automatica delle offerte che pre-

sentano un percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del Codice.

Fatta questa debita premessa, le ulteriori soluzioni (in attesa della conversione definitiva in legge del menzionato "decreto sviluppo") per tentare di porre un "freno" al fenomeno dei ribassi "fuori controllo" potrebbero essere le seguenti:

A) inserimento nei bandi e/o disciplinari di gara di una soglia-limite di "congruità presunta" dell'offerta al di sopra della quale l'impresa è tenuta a produrre, contestualmente all'offerta e a pena di esclusione, i relativi giustificativi conformemente ad un modello predisposto dall'amministrazione ed allegato alla *lex specialis*. Sul punto occorre premettere che la C. giust. CE¹ ha stabilito, in merito alla questione dell'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse, che: "le norme fondamentali del trattato Cee relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a che una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime" ..

Ciò posto, quello che a noi più interessa è il principio enunciato nel successivo capoverso della sentenza della C. giust. CE poiché potrebbe rappresentare quel presupposto giuridico da richiamare, ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici, per giustificare l'inserimento nel bando di gara di una soglia-limite di "congruità dell'offerta" superata la quale, l'esclusione sarà automatica (leggasi testualmente nel testo della decisione): "ciò

¹ C. giust. CE, 17.5.2008 nei proc. C-147/06, C-148/06)

non si verificherebbe (rectius: non si avrebbe violazione dei principi comunitari) nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione aggiudicatrice interessata, a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse".

Orbene, il sopra riferito principio enunciato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, circa la legittimità di una clausola del bando che contenga l'individuazione di una soglia limite, al di sopra della quale far scattare l'esclusione automatica delle imprese, presuppone che l'amministrazione fornisca ampia e dettagliata motivazione, nella delibera di indizione della gara, in ordine alla previsione di un elevato numero di imprese partecipanti e della conseguente necessità di non aggravare il procedimento di verifica delle offerte sospettate di anomalia per non compromettere la realizzazione dell'opera, soprattutto in quei casi in cui sussistono particolari motivi d'urgenza.

Siffatto principio, però, potrebbe dar adito a contestazioni in quanto la normativa nazionale non prevede per gli appalti sotto soglia, ad eccezione dei casi di cui all'art 122 del Codice (come attualmente modificato dal decreto sviluppo, in attesa di conversione), l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, ma impone sempre il contraddittorio tra le imprese e l'amministrazione.

In tal caso, l'unica soluzione per le amministrazioni aggiudicatrici potrebbe essere quella di inserire nel bando una clausola – come anticipato – che contenga la previsione di una “soglia-limite” di “congruità presunta” dell'offerta, da individuarsi a cura della singola stazione appaltante per ciascuna tipologia di gara, imponendo già nella *lex specialis* la previsione che ove il concorrente inten-

desse presentare un'offerta superiore a siffatta soglia, è tenuto a presentare, a pena di esclusione, un'apposita scheda predisposta dall'amministrazione (allegata al bando) da compilare seguendo i criteri stabiliti nel bando/disciplinare e ad allegare ad essa i documenti richiesti. L'inserimento di una siffatta clausola nel bando rappresenterebbe dunque un notevole deterrente per l'impresa che intende “bruciare” la concorrenza di imprenditori seri e qualificati, mediante dei ribassi eccessivi e non giustificabili.

Ed infatti, l'impresa “poco seria” che intende partecipare ad una gara di tal genere, è già consapevole - perché ciò è previsto nel bando - che ove intenda con il ribasso contenuto nella propria offerta superare il limite di “congruità presunta” indicato nel bando sarebbe tenuta ad inserire, pena l'automatica esclusione, nella busta dell'offerta economica tutta la documentazione specifica richiesta nel bando. Sicuramente, pertanto, tale impresa, con una clausola di tal natura, si guarderà bene dall'indicare una percentuale di ribasso superiore alla soglia di “congruità presunta” perché ove non fosse in grado di comprovare la rigorosa osservanza di tutti i criteri previsti nel bando, sarebbe automaticamente esclusa dalla gara.

In particolare, i criteri da rispettare da parte dell'impresa che intenda superare detto limite di “congruità presunta”, potrebbero essere i seguenti, a mero titolo esemplificativo ma non esaustivo:

a. Manodopera: il costo della manodopera deve essere determinato sulla base dell'ultima Tabella dei prezzi emessa dall'Associazione degli Industriali o categoria di appartenenza, di cui dovrà essere allegata copia semplice. Le voci di costo della Tabella dei prezzi dovranno essere integrate, a cura del concorrente, con il prospetto di calcolo delle maggiorazioni di costo orario da applicare alle singole lavorazioni, in conformità alle eventuali previsioni contrattuali. Nel caso si intenda utilizzare manodopera proveniente da altre Province, rispetto a quella in cui l'opera deve essere realizzata, i costi dovranno essere integrati delle indennità di trasferta, secondo quanto indicato nei listini ufficiali di riferimento.

b. Materiali: a giustificazione del costo dei

materiali, l'offerente deve fornire in copia conforme corrispondenza commerciale di offerte impegnative, sottoscritta tra le parti.

Tutti gli atti prodotti devono essere privi di correzioni e devono riportare la quantità della fornitura assunta; devono essere, altresì, impegnativi e vincolanti per il fornitore per tutta la durata dell'appalto, anche se riferiti a prezzi controllati e quindi suscettibili di variazioni. Qualora l'offerente si dovesse trovare in possesso di materiali disponibili in magazzino non utilizzati in lavori precedenti, la particolare situazione dovrà essere opportunamente documentata con una copia, anche semplice, degli atti contabili che attestino l'esistenza di tali scorte, sia per quantità che per qualità. Si precisa che, qualora tra gli schemi di analisi da compilare dovesse essere compreso anche lo schema di analisi relativo alla fornitura di materiale da cava di prestito, l'offerente dovrà riportare tra le varie indicazioni quella relativa alla distanza della/e cava/e reperita/e e fornire contestualmente ogni documento in originale o in copia conforme, atto a provare la disponibilità della/e cava/e stessa/e, la capacità estrattiva e la qualità dei materiali nonché le autorizzazioni e le relative licenze di esercizio.

In modo analogo dovrà essere documentata la disponibilità delle discariche destinate a ricevere i materiali di risulta e/o delle discariche autorizzate a smaltire i materiali inquinanti, nonché il costo di sistemazione degli stessi e delle relative indennità, anche di natura fiscale.

In caso di aggiudicazione, qualora si accertasse l'insufficienza e/o l'impossibilità, comunque motivata, di utilizzare le cave indicate, l'affidatario dovrà farsi carico di acquisire, in ogni caso, le cave necessarie per la realizzazione dei lavori, con ogni onere a suo carico ivi compresa la eventuale maggiore o diversa distanza dal cantiere.

c. Mezzi d'opera, impianti e subappalti: per i mezzi d'opera, impianti, macchinari ed attrezzature di cantiere deve essere fornita copia del registro dei beni ammortizzabili aggiornato all'ultimo bilancio utile depositato. In detto registro dovrà risultare evidenziato il valore d'acquisto del mezzo, ovvero impianto, che si intende utilizzare, il valore residuo

da ammortizzare ed il costo di ammortamento annuale fiscalmente ammesso.

Per tutti i mezzi d'opera, impianti e macchinari, il cui possesso è certificato dal predetto Registro, l'offerente dovrà fornire anche le sotto-analisi comprensive della spesa fissa dell'operatore e dei costi di manutenzione ordinaria e straordinaria, dei ricambi, dell'energia, dei carburanti e lubrificanti, dei bolli di circolazione e/o delle assicurazioni e quant'altro indispensabile per il funzionamento degli stessi.

Nelle analisi e sotto-analisi, dovrà essere posto in chiaro il riferimento al mezzo d'opera indicandone la posizione nel Registro dei beni ammortizzabili, nonché, nel caso di nolo, nei relativi contratti/offerte.

Inoltre, qualora il concorrente si proponga di ricorrere al nolo a caldo di macchinari e/o impianti deve fornire la stessa documentazione fornita in caso di subappalto. Nel caso di dichiarazione di subappalto in sede di offerta, dovranno essere indicate in maniera puntuale e analitica le lavorazioni o parti di opere, con le corrispondenti categorie e le relative quantità.

d. Trasporti: Il costo dei trasporti da/per il cantiere, eventualmente compreso negli schemi di analisi, dovrà essere documentato dall'offerente con apposite sotto-analisi sia nel caso che l'offerente intenda utilizzare mezzi propri, che nel caso in cui lo stesso intenda ricorrere al nolo. In quest'ultimo caso, la documentazione dovrà risultare del tutto corrispondente ai requisiti richiesti per il caso di subappalto.

e. Produttività: Qualora l'offerente si trovasse in possesso di metodologie tecnologiche diverse da quelle indicate dal progettista che, non comportando alcuna variante al servizio, consentano di realizzare produttività diverse da quelle indicate, lo stesso potrà provvedere direttamente a modificare i dati riportati negli schemi di analisi; in tal caso, l'offerente avrà cura di giustificare e dimostrare la variazione con apposita ed esaustiva relazione.

f. Spese generali: Le spese generali sono articolate in due categorie, distinte in fisse e variabili, in rapporto alla durata del contratto e devono essere precisate, opportunamente

disaggregate con le voci di spesa e la relativa incidenza.

g. Utile d'impresa: inserire nel bando un coefficiente numerico per individuare il c.d. utile di impresa, con l'avvertenza che sarà considerata inattendibile quella offerta che, depurata dal valore economico dell'anomalia, non garantisca all'imprenditore un utile pari o superiore a detto coefficiente.

Inserendo siffatti criteri, l'amministrazione sarebbe già in grado di giustificare l'automatica esclusione dalle gare delle imprese che, con la loro offerta, abbiano superato la soglia di congruità presunta e non abbiano dimostrato "*carte alla mano*" di essere in grado di giustificare il minor prezzo offerto.

B. sistema di controllo "*a valle*" sui lavori pubblici, costituendo una commissione unica ai sensi dell'art. 88, co. 1 *bis* del codice e dell'art. 121 del nuovo regolamento di attuazione (d.P.R. 207/2010) a composizione mista che verifichi le offerte che superino la soglia di "congruità presunta", in ausilio della stazione appaltante (ovviamente, ciò vale per i Comuni con maggiori abitanti);

C. prevedere nel bando apposite clausole rescissorie da inserirsi obbligatoriamente nel contratto: ciò servirà, da un lato, ad evitare l'insorgere di contestazioni da parte dell'impresa aggiudicataria, in sede di stipula del contratto (le clausole sono già note nel bando e sono state accettate dall'impresa partecipante) e, dall'altro, servirà a garantire la stazione appaltante circa il rispetto, da parte dell'aggiudicatario, della normativa vigente sulla sicurezza dei luoghi di lavoro o di qualità dei materiali e dei lavori, sull'inesistenza di infiltrazioni mafiose etc, durante la fase di esecuzione del rapporto con possibilità di sciogliersi in ogni momento dal vincolo contrattuale;

D. introdurre criteri che consentano alle stazioni appaltanti di verificare l'affidabilità delle imprese. Si tratta dei cosiddetti "*criteri reputazionali*" da rendere effettivi attraverso meccanismi premiali riferiti, ad esempio, al rispetto dei tempi di esecuzione di precedenti lavori, alla mancata presentazione di eccezioni e riserve non dipendenti da errori progettuali dell'amministrazione appaltante.

E. istituire una banca dati a livello regiona-

le e/o provinciale nella quale inserire i dati delle imprese che, resisi aggiudicatari con ribassi eccessivi, non hanno poi completato l'opera o l'hanno eseguita non a regola d'arte.

Considerazioni conclusive.

Il varo del nuovo "*decreto sviluppo*" se, da un lato, va accolto con favore perché finalmente ripristina, sia pure in maniera temporaneamente limitata (sino al 31.12.2013), il sistema di esclusione automatica delle offerte anomale anche per le gare con importi inferiori alla soglia comunitaria, dall'altro, non introduce alcuna innovazione rispetto al passato sotto il profilo della maggiore celerità e speditezza dei controlli (art. 48 del codice) da parte della stazione appaltante in merito al possesso dei requisiti generali e speciali auto-dichiarati dalle imprese, presupposto indispensabile per procedere alla tempestiva consegna dei lavori e, di conseguenza, per accelerare i tempi di realizzazione dell'opera.

Ed infatti, se l'istituzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (già prevista sotto altra "*veste*") può sembrare una soluzione idonea a risolvere tale problema (gli accertamenti avverrebbero in tempo reale), nell'immediato, prima che essa divenga operativa, il problema rimane e non è di poco conto.

Sono fin troppo note, infatti, le difficoltà che le stazioni appaltanti incontrano (soprattutto nei comuni con maggiori abitanti e con gare di elevato importo) nel procedimento di controllo dei requisiti *ex art. 48*, visti i tempi "*biblici*" per acquisire dagli enti competenti la documentazione relativa all'impresa aggiudicataria e all'impresa che segue in graduatoria.

In tal caso, per colmare siffatta lacuna si potrebbe pensare di inserire un emendamento al decreto sviluppo che consenta alle stazioni appaltanti di richiedere direttamente alle prime due imprese classificate, in un assegnando termine perentorio e nel rispetto della regola dello *stand and still*, la documentazione in originale attestante il possesso dei requisiti auto-dichiarati.

Così facendo, la stazione appaltante è in grado di compiere una prima verifica sui requisiti delle prime due imprese e, in caso di

esito positivo dei controlli, potrà procedere all'immediata consegna "sotto riserva" dei lavori, in attesa che vengano acquisiti *ex officio* i documenti richiesti agli enti competenti.

Nel caso in cui dai controlli compiuti *ex officio* dall'amministrazione emergano irregolarità, in tal caso l'impresa si vedrà revocata l'aggiudicazione e avrà diritto al rimborso delle sole spese relative alle somministrazioni di materiali e le lavorazioni svolte e contabilizzate con apposite liste.

Un escamotage di tal genere (in parte già previsto, pur se con diverse finalità, dagli artt. 129 e 130 d.P.R. n.554/99), sarebbe in grado di sveltire il procedimento di consegna dei lavori e, al contempo, di anticipare di molto i tempi di realizzazione dell'opera. Ovviamente, tale procedimento va coordinato con quanto stabilito all'art. 11 del codice, in particolare con il co. 8, e con la circostanza che il codice non prevede altra ipotesi di consegna anticipata dei lavori se non nei casi d'urgenza.

«.....GA.....»

LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI INCARICHI DI PROGETTAZIONE DI IMPORTO INFERIORE A € 100.000,00 ALLA LUCE DEL DPR 207/2010

del Dott. Ing. Andrea Di Stazio

Le nuove procedure di affidamento degli incarichi professionali di importo inferiore a € 100.000,00 secondo il regolamento del codice dei contratti

Nei precedenti articoli pubblicati su questa rivista abbiamo trattato delle procedure di stipula del contratto, alla luce della dir. CE 2007/66, cosiddetta “direttiva ricorsi” (n. 4/2010), e di quelle inerenti la gestione delle riserve (n. 2/2011).

Nel presente articolo tratteremo ora delle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione e direzione lavori per importo inferiore a € 100.000,00.

La materia è disciplinata *in primis* dall'art. 91 del d. lgs 163/2006 in base al quale gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo, di importo inferiore alla soglia di € 100.000,00 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai seguenti soggetti:

1. liberi professionisti singoli od associati;
2. società di professionisti;
3. società di ingegneria;
4. da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A del codice stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi ; tali servizi sono quelli attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata, all'urbanistica e alla paesaggistica, alla consulenza scientifica e tecnica ed alla sperimentazione tecnica e analisi;
5. consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto;

6. raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui ai precedenti punti n. 1, 2, 3, 4 e 5.

L'affidamento deve essere eseguito nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Secondo autorevole dottrina¹ il principio di parità di trattamento consiste nella garanzia che i concorrenti siano valutati in modo eguale in presenza di situazioni eguali ed in modo diverso in presenza di fatti che differenziano la posizione dei medesimi.

L'applicazione di tale principio comporta, a puro titolo esemplificativo, il divieto di penalizzare un concorrente rispetto ad un altro nell'ammissione alla gara ovvero nella valutazione dell'offerta quando entrambi posseggono i medesimo requisiti ovvero formulino un'offerta di identiche caratteristiche identiche. D'altro canto il principio di parità di trattamento ha come corollario l'obbligo di premiare, con l'attribuzione di un

punteggio maggiore, il concorrente la cui offerta risulti migliore rispetto alle altre.

Il principio di non discriminazione comporta il divieto di operare irragionevoli restrizioni per l'accesso alle procedure di gara ovvero irragionevoli penalizzazioni che rendano difficile la predisposizione delle offerte o che ne impediscano la corretta valutazione.

Il principio di proporzionalità impone alle pubbliche amministrazioni di perseguire i propri fini istituzionali attraverso modalità di svolgimento della propria azione che siano in rapporto di idoneità, necessità ed adeguatezza con l'obiettivo da raggiungere.

Il principio di trasparenza obbliga le pub-

¹ A. Zito, *Il Codice dei Contratti Pubblici: i soggetti ed i principi*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'Editoria, 2010.

bliche amministrazioni ad esperire procedure conoscibili ed accessibili di modo da consentire l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità degli affidamenti.²

2 Per quanto riguarda i principi di proporzionalità, non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento si riporta la giurisprudenza autorevole più recente: TAR Lazio, Sez. III quater, n. 4924/2008: "Le predette determinazioni in materia non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del "principio di proporzionalità", il quale esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti per cui, nella scelta dei provvedimenti da adottare, la stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica. Il concreto esercizio del potere discrezionale deve infatti essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e deve rispettare le specifiche norme del Codice dei contratti. L'intero impianto non deve costituire dunque una violazione sostanziale dei principi di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione, trasparenza di cui all'art. 2. co. 1 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m." TAR Lazio, Sez. I, n. 1496/2010: "Le *lex specialis* di gara a pubblica evidenza intracomunitarie, non debbono contenere restrizioni alla libera prestazione dei servizi derivanti dall'obbligo per le imprese di avere la loro sede di attività in un determinato luogo: ogni normativa, ogni contratto devono astenersi dal limitare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei lavoratori, imponendo una condizione di residenza a persone e ad imprese. Il Trattato è preciso in merito alle eventuali limitazioni o deroghe ai principi generali sopra descritti; limitazioni e deroghe che debbono essere giustificati da motivi di interesse pubblico superiore, fermo restando che qualsiasi tipo di limitazione deve essere temperato ad una reale proporzionalità rispetto allo scopo perseguito. Peraltro, i concetti di esperienza ed affidabilità ("indicazione dei principali servizi prestati" ed "efficienza") cui fanno riferimento il d. lgs. n. 163/2006 e le norme comunitarie, non vengono rapportati ad una discriminante consistenza degli insediamenti di un'impresa in un determinato territorio, posto che la complessiva ottica della norma comunitaria e delle norme dei singoli ordinamenti nazionali non può certo eludere il generale principio contenuto nell'art. 85 del Trattato istitutivo della Comunità Europea in forza del quale vige, per l'appunto il divieto di "impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune". Ne consegue che le clausole di un bando che prefigurano un vantaggio assolutamente condizionante per l'esito del procedimento di scelta del contraente a favore di imprese particolarmente radicate in un determinato ambito territoriale, risultano *ex se* incompatibili con i succitati principi e norme comunitarie e si pongono anche in contraddizione con i principi di parità di trat-

La procedura per l'affidamento è quella prevista dall'art. 57, co. 6; l'invito è rivolto ad

tamento delle opportunità imprenditoriali che trovano fonte negli artt. 41 e 3 della Costituzione." TAR Lazio, Sez. I, n. 7591/2008: "Tali argomentazioni sono solo in parte adattabili alla nuova previsione dell'art. 34 del codice dei contratti, che elenca in maniera specifica i soggetti ammessi alle gare; non si pone, infatti, in tal caso, il problema di una questione interpretativa, anche alla luce della normativa comunitaria. Si deve invece considerare la volontà espressa del legislatore di limitare l'accesso alle gare a soggetti determinati a garanzia non solo dell'affidabilità dei soggetti partecipanti, ma anche e soprattutto della concorrenza. In ogni caso, l'art. 4 della direttiva n° 18 del 2004 prevede che i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. Tale norma impedisce ai legislatori nazionali di introdurre limitazioni relative al possesso di un requisito formale, come la personalità giuridica, ma non impedisce le limitazioni che riguardino il profilo sostanziale dei partecipanti, come appunto quello dei soggetti che perseguono particolari finalità che gli attribuiscono, inoltre, nell'ordinamento nazionale, un regime di favore. Nel caso di specie, la scelta del legislatore deriva dalla esigenza di evitare che soggetti i quali godono di un particolare regime di favore in forza del vincolo di scopo, basta far riferimento al regime fiscale con la forte riduzione della imposta sulla società, possano partecipare in condizioni di parità con gli altri operatori economici." TAR Lazio, Sez. I bis, n. 4924/2008: "Ritiene (...) il Collegio che il ricorso alla trattativa privata, oggi definita procedura negoziata nelle direttive comunitarie e negli atti nazionali di recepimento, è un criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale perché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono il generalizzato ricorso alle procedure aperte o ristrette e la procedura negoziata, come si evince dallo stesso tenore testuale dell'art. 57, d. lgs. n. 163 del 2006, può essere utilizzata solo nei casi specifici in cui la legge lo preveda espressamente. Circa la tassatività delle ipotesi come indicate dalle norme di settore, soccorre, tra l'altro, il pronunciamento della Corte di Giustizia CE, Sez. II, che, con la decisione 27 ottobre 2005, n. 187, ha avuto modo di ribadire che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara è ammesso solo nei casi tassativamente elencati dalle direttive adottate in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. La normativa nazionale, in recepimento delle indicazioni comunitarie, ha dunque ritenuto di adeguarsi, prevedendo anche tale strumento operativo, purchè contenuto nell'ambito come dallo stesso legislatore indicato nel 2006."

almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

Il legislatore fa riferimento alle “*procedure negoziate*” che sono quelle nelle quali le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto; il codice stesso fornisce la definizione di procedure negoziate: “*Le procedure negoziate sono procedure eccezionali che derogano alle ordinarie procedure di affidamento degli appalti, cui la stazione appaltante può far ricorso solo nelle ipotesi ed alle condizioni espressamente stabilite dal codice*”.

Tali procedure sono disciplinate dagli artt. 56 e 57 del codice dei contratti.

La dottrina specialistica³ evidenzia la peculiarità di tali procedure nelle quali il contatto della stazione appaltante avviene con i potenziali contraenti senza vincoli particolari di forma prima di effettuare l'aggiudicazione.

Viene inoltre messo in rilievo che le procedure negoziate devono considerarsi procedure facoltative ed alternative alle ordinarie procedure di affidamento degli appalti pubblici.

L'art. 57 del codice, che disciplina la fattispecie in argomento, concerne la procedura negoziata *senza* previa pubblicazione di un bando di gara.

In particolare il co. 6 di tale articolo dispone che, ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato; tale individuazione deve essere eseguita nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e deve portare alla selezione di almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente (cioè nello stesso momento, non si contatta uno, poi l'altro infine il terzo) invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione

richiesta.

La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

Dal testo del disposto legislativo si evince che prima di tutto l'operatore economico per poter partecipare alla selezione deve essere in possesso dei requisiti legali previsti dal codice per l'aggiudicazione di contratti di pari importo con procedura aperta: la procedura ristretta non è quindi un facile escamotage per far rientrare dalla “*finestra*” coloro che non possono entrare dalla porta principale. Inoltre l'aggiudicazione può essere eseguita o con il criterio del prezzo più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che è quello previsto dall'art. 83 del codice.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prevede che il bando di gara stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, ad esempio il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione, ecc..

Il bando di gara deve elencare i criteri di valutazione e precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi espressa con un valore numerico determinato. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i *sub*-criteri e i *sub*-pesi o i *sub*-punteggi.

Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara.

3 T. FELICETTI, *Il Codice dei Contratti Pubblici, tipologie di acquisto di beni e servizi*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2010.

Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.⁴

Il nuovo regolamento del codice dei contratti disciplina la fattispecie all'art. 267; la nuova fonte normativa prevede che i soggetti da invitare, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, sono individuati tramite elenchi di operatori economici ovvero sulla base di indagini di mercato, assicurando il rispetto del criterio della rotazione.

La stazione appaltante, se opta per l'istituzione di elenchi di operatori economici, deve pubblicare il bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana - serie speciale - contratti pubblici, sui siti informatici di cui all'art. 66, co. 7, con le modalità ivi previste, e nell'albo della stazione appaltante.

Gli effetti giuridici connessi alla pubblicità decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Si applica, comunque, quanto previsto dall'art. 66, co. 15 nonché co. 7, terzo periodo.

L'avviso per l'istituzione dell'elenco di operatori economici è pubblicato con le modalità di cui all'art. 124, co. 5, del codice.

Nell'avviso le stazioni appaltanti indicano le classi e le categorie, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle tariffe professionali, nonché le fasce di importo in cui si intende suddividere l'elenco; le stazioni appaltanti richiedono ai soggetti interessati i *curricula*, redatti secondo l'allegato N al regolamento; nell'avviso, in rapporto all'importo della classe e categoria dell'elenco, nonché alla natura e alla complessità delle attività da svolgere, può essere richiesto un requisito minimo relativo alla somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di lavori in cui si intende suddividere l'elenco.

Gli operatori economici sono tenuti ad informare tempestivamente le stazioni appaltanti rispetto alle eventuali variazioni interve-

⁴ Il criterio più utilizzato è quello del confronto a coppie.

nute nel possesso dei requisiti.

Gli elenchi devono essere sempre aperti all'iscrizione degli operatori economici dotati dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e sono periodicamente aggiornati dalle stesse, con cadenza *almeno* annuale.

Qualora invece la stazione appaltante intenda affidare l'incarico mediante indagine di mercato, la stazione appaltante deve pubblicare l'avviso nell'albo della stazione stessa e sui siti informatici di cui all'art. 66, co. 7, del codice; tale avviso deve indicare i requisiti minimi che devono essere posseduti dai soggetti per potere essere invitati a presentare offerta; i requisiti sono indicati con riferimento alla specificità del servizio da affidare; nell'avviso, in rapporto all'importo della classe e categoria del servizio da affidare, nonché alla natura e alla complessità delle attività da svolgere, può essere richiesto un requisito minimo relativo alla somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di lavori cui si riferisce il servizio da affidare.

La stazione appaltante invita a presentare l'offerta cinque o più soggetti, in possesso dei requisiti; la scelta dei soggetti da invitare può essere eseguita anche attraverso sorteggio; la stazione appaltante invia ai predetti operatori economici lettera d'invito a presentare offerta contenente gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il termine per la ricezione delle offerte, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico e ogni altro ulteriore elemento ritenuto utile, nonché i criteri di valutazione delle offerte⁵; alla lettera di invito può essere allegata una nota illustrativa delle prestazioni.

La scelta dell'affidatario è resa nota mediante la pubblicazione dell'esito della selezione sui siti informatici di cui all'art. 66, co. 7, del codice entro un termine non superiore a quello indicato nell'art. 65, co. 1, del codice e cioè entro 48 giorni dall'aggiudicazione del contratto.

Gli affidamenti degli incarichi di importo

⁵ I criteri di valutazione delle offerte sono quelli previsti dal codice e criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

inferiore a 20.000,00 euro⁶ possono essere

6 La quota del corrispettivo complessivo riferita alle prestazioni normali e speciali relative alla progettazione è determinata sulla base delle percentuali ed aliquote di prestazioni parziali previste dalle tariffe professionali, in corrispondenza della classe, della categoria e degli importi dell'intervento risultanti dai progetti redatti, nonché del livello di progettazione da redigere. Tale quota del corrispettivo è aumentata sulla base degli incrementi stabiliti dalle tariffe professionali per il rimborso delle spese. In modo analogo è determinato il corrispettivo per la direzione lavori, per il coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione e per i compiti di supporto alle attività del responsabile del procedimento. La quota del corrispettivo complessivo riferita alle prestazioni accessorie è

eseguiti secondo quanto previsto dall'art. 125, co. 11, secondo periodo, del codice, e cioè mediante l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, nel rispetto dell'art. 125, co. 10, primo periodo e cioè con riguardo alle specifiche esigenze della stazione appaltante.

determinata con riguardo ai correnti prezzi di mercato e con riferimento agli importi posti a base di gara. La progettazione di un intervento non può essere artificiosamente divisa in più parti al fine di eludere l'applicazione delle norme che disciplinano l'affidamento del servizio con esclusione delle parti eseguite all'interno della stazione appaltante.

«.....GA.....»

OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE:

SULLA VERIFICA DEL POSSESSO DEI REQUISITI EX ART. 48 DEL D. LGS. N. 163/2006

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Parere n. 75 del 21.4.2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Con il parere in commento l'Autorità di Vigilanza è stata investita della questione concernente la legittimità di una procedura di gara per l'affidamento di lavori, in cui era prevista la partecipazione delle imprese ai sensi dell'art. 28 del d.P.R. n. 34/2000, nell'ambito della quale l'impresa istante, nel ricevere la comunicazione di intervenuta aggiudicazione con allegato verbale di valutazione della congruità delle offerte, ha potuto verificare che la stazione appaltante aveva del tutto omesso, in sede di gara, la doverosa attività di verifica del possesso dei requisiti, nei termini e secondo l'iter stabilito dall'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006.

Nell'affrontare il merito della questione l'Autorità ha premesso che la procedura in commento, come previsto dall'art. 48 citato, si applica ai contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, e forniture, nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria (il Titolo II del codice non ne esclude, infatti, l'applicazione ai contratti sotto soglia), agli appalti di lavori ed agli appalti di servizi e forniture che si svolgono con procedura aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara, o con dialogo competitivo, sempre che sia stata richiesta ai concorrenti, per la partecipazione alla gara, una dichiarazione sostitutiva circa il possesso dei requisiti speciali, individuati nei loro livelli minimi.

Nella medesima ottica l'Autorità, nel richiamare il contenuto della sua precedente determinazione n. 5 del 2009, ha ribadito che "L'attivazione del procedimento di verifica di

cui all'art. 48 del codice è obbligatorio, così come si evince dalla lettera della norma, senza alcun margine di discrezionalità da parte della stazione appaltante. Ne consegue che non occorre preventivamente indicare negli atti di gara, né l'attivazione della procedura di verifica, né il numero di soggetti che ne saranno interessati; le sole indicazioni destinate ad essere espresse nel bando o nella lettera di invito riguardano i mezzi di prova che gli operatori economici saranno tenuti a produrre per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato, nonché i requisiti minimi di partecipazione previsti nel bando di gara e i criteri per la valutazione degli stessi".

Inoltre, con specifico riguardo agli appalti di lavori pubblici di importo inferiore a € 150.000,00, l'Autorità ha chiarito che il sorteggio deve essere condotto "esclusivamente sui concorrenti non in possesso di attestato SOA e, di conseguenza, il 10% sarà calcolato sul numero di partecipanti al netto di quelli qualificati; questi ultimi saranno direttamente ammessi alle successive fasi di gara".

Se, invece, la documentazione probatoria da questi presentata, in sede di domanda di partecipazione o di offerta, sia integrata da dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei residui requisiti richiesti, detto concorrente "sarà inserito nel numero di partecipanti da cui estrarre il campione su cui effettuare la verifica e, se individuato mediante sorteggio, o in qualità di primo o secondo classificato, la stazione appaltante ne richiederà la documentazione di comprova limitatamente ai re-

quisiti oggetto di dichiarazione”.

Conseguentemente, secondo l’Autorità deve essere condivisa la contestazione posta a fondamento dell’istanza, così ribadendo l’obbligatorietà dello svolgimento della pro-

cedura di verifica del possesso dei requisiti di cui all’art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 senza alcun margine di discrezionalità da parte della stazione appaltante.

«.....GA.....»

INDICAZIONI OPERATIVE INERENTI LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NEI CONTRATTI DI IMPORTO IN- FERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA, CON PARTI- COLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DI CUI ALL'ART. 122, CO. 7 BIS DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 2 del 6.4.2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Con la determinazione in disamina l'Autorità di Vigilanza ha dettato le linee guida per la gestione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria. La necessità di predisporre tali linee guida è sorta a seguito del notevole ricorso a detta procedura da parte delle stazioni appaltanti dopo le modifiche apportate dalla l. 22.12.2008, n. 201; normativa che, novellando l'art. 122 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, ha innalzato la soglia fissata per l'accesso alla procedura negoziata senza bando, portandola da € 100.000 ad € 500.000 euro.

1. La procedura negoziata nel codice dei contratti pubblici: il quadro normativo.

L'Autorità ha innanzitutto ricordato come il legislatore abbia riunito in un unico testo normativo (il codice) le disposizioni concernenti i contratti di lavori, servizi e forniture, assoggettando ogni appalto alla medesima disciplina generale e adottando, per le procedure di scelta del contraente, la tripartizione comunitaria, distinguendo tra procedure aperte, ristrette e negoziate.

In particolare, ha rammentato che il ricorso alle procedure negoziate, come previsto dalla dir. 18/2004/CE, è limitato ad ipotesi tassativamente previste per gli appalti sopra soglia (art. 56 e 57 del codice).

Per quanto riguarda gli appalti sotto soglia comunitaria, invece, il legislatore nazionale

ha scelto di assicurare un livello di tutela sostanziale superiore rispetto a quello imposto dal diritto comunitario, estendendo anche ai contratti sotto soglia le disposizioni applicate a quelli sopra soglia, ad eccezione di alcune limitate deroghe. L'Autorità individua la *ratio* di siffatta differenziazione nella predisposizione, per i contratti di minore rilevanza economica, di procedimenti più snelli, ancorchè rigorosi, mediante una semplificazione delle procedure di scelta del contraente, una maggiore flessibilità degli istituti giuridici ed una contrazione dei tempi richiesti dalle singole modalità di affidamento.

1.1 Gli affidamenti in economia.

Insieme alle procedure sopra individuate, sono previsti i c.d. affidamenti in economia disciplinati all'art. 125 del codice. L'Autorità pone in luce come se, da una parte, l'individuazione da parte delle stazioni appaltanti dei servizi e delle forniture da affidare in economia è libera e risponde, pertanto, alle specifiche esigenze di carattere organizzativo delle stesse, quella relativa ai lavori è invece limitata all'ambito delle categorie generali indicate al co. 6 ed essenzialmente riconducibili ad ipotesi legate all'urgenza, all'imprevedibilità ed al modesto valore della manutenzione o della riparazione di opere od impianti.

In particolare, l'Autorità pone in evidenza che le procedure in parola, nonostante il carattere semplificato, rimangono soggette

all'osservanza dei principi posti dal Codice in tema di affidamento dei contratti. Si richiama quanto disposto in argomento dall'art. 331 del Regolamento, secondo cui le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contenendo altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di postinformazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

1.2 La disciplina dei settori speciali.

Parzialmente diversa è la disciplina della procedura negoziata nei settori speciali: essa, rileva l'Autorità, è caratterizzata dalla sostanziale indifferenza per il legislatore, sia comunitario sia nazionale, nei confronti delle procedure di scelta del contraente, il che si traduce in un'equivalenza tra procedure aperte e ristrette, da un lato, e procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara, dall'altro. Invece, la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è limitata alle ipotesi tassativamente indicate nell'art. 221 del codice.

2. L'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per gli appalti di lavori pubblici con particolare riferimento all'art. 122, co. 7 bis, del d. lgs. 163/2006.

2.1 Inquadramento generale.

Sulla base del quadro normativo sopra delineato emerge che, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la fattispecie più rilevante che necessita di indicazioni operative riguarda gli affidamenti di lavori di importo inferiore a € 500.000, posto che per i servizi e le forniture la procedura negoziata senza bando si identifica sostanzialmente con le procedure in economia.

A tal proposito, una rilevante modifica è stata apportata mediante l'introduzione del co. 7 bis nell'art. 122 del codice che così statuisce: *"I lavori di importo complessivo pari*

o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero". Il legislatore ha ritenuto opportuno, quindi, differenziare la procedura di cui al co. 7 bis dell'art. 122 da quella prevista al comma 7 del medesimo articolo, dettando per la prima alcune regole peculiari di svolgimento. Così, mentre per quanto riguarda gli appalti di importo inferiore ad € 100.000 — qualora non sussistano particolari ragioni d'urgenza nell'esecuzione dei lavori — appare preferibile, rispetto ad un affidamento diretto, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara prevista all'art. 57, co. 6, del codice, che consiste nell'invito rivolto ad almeno tre operatori economici, secondo precise modalità e nell'osservanza dei principi comunitari di trasparenza, concorrenza, rotazione; per la disciplina applicabile gli appalti di importo inferiore a € 500.000 si rinvia direttamente alla disposizione di cui all'art. 57, co. 6, citato, prevedendo, però, che la stazione appaltante inviti non tre, ma almeno cinque operatori economici.

Prima di ogni ulteriore approfondimento, l'Autorità afferma che il procedimento da seguire nelle suddette fattispecie deve essere individuato alla luce dei principi indicati dallo stesso art. 122 del codice, insieme a quelli di concorrenza e rotazione espressamente menzionati all'art. 57, co. 6 (si sostiene, peraltro, che l'operatività dei citati canoni sarebbe stata comunque assicurata dal riferimento generalizzato ai principi istitutivi del Trattato, contenuto nell'art. 2 del codice).

2.2 Analisi dei principi generali.

Attraverso l'individuazione dei singoli principi che operano nella materia specifica, l'Autorità provvede a delineare le regole generali che ispirano l'intera procedura.

La parità di trattamento e il principio di non discriminazione sono entrambi riconducibili nell'alveo del principio di imparzialità

dell'attività amministrativa, sancito all'art. 97 della costituzione. La sua concreta applicazione nel settore degli contratti pubblici si configura come l'esigenza di evitare ingiustificate disparità in sede di valutazione delle offerte e comporta, come necessario corollario, il dovere in capo alla stazione appaltante di predeterminare i criteri di valutazione delle offerte che possono essere quello del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Dal principio di non discriminazione scaturisce, in particolare, il divieto di effettuare la selezione dei concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni. In riferimento al principio di parità di trattamento, d'altra parte, si ritiene che la stazione appaltante abbia il preciso dovere di garantire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità per la formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette ad uguali condizioni per ciascun competitore. Ne discende l'obbligo di svolgere la procedura concorsuale senza consentire ad alcuno dei partecipanti di godere di informazioni privilegiate o di condizioni vantaggiose in sede di presentazione dell'offerta. In questo senso, va ribadito che tutti gli operatori economici che prendono parte alla selezione devono essere invitati contemporaneamente a presentare le loro offerte e che le lettere di invito devono contenere le medesime informazioni in relazione alla prestazione richiesta.

Il principio di trasparenza, secondo le autorevoli indicazioni della Corte di Giustizia, consiste nella necessità di predisporre adeguate forme di pubblicità volte a garantire la concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. L'Autorità ha rilevato più volte una carenza di pubblicità sia sotto il profilo dei tempi esigui previsti per la pubblicazione degli avvisi, sia in relazione ai mezzi utilizzati per mettere in atto la pubblicità, ritenuti non congrui rispetto al valore dell'appalto. Il principio di trasparenza comporta, poi, che la scelta dell'affidatario debba essere resa nota: occorre, quindi, pubblicare l'esito della selezione.

In virtù del principio di proporzionalità, la stazione appaltante non può imporre obblighi

e restrizioni in misura superiore a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo. Deve ritenersi, dunque, che la richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata debba essere strettamente connessa alla tipologia ed all'importo della prestazione richiesta: la fissazione di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di un'indebita restrizione della concorrenza.

La tutela della libera concorrenza, a sua volta, può considerarsi come un principio cardine in materia di disciplina dei contratti pubblici: affinché esso possa trovare concreta applicazione e non risolversi in una mera enunciazione, ritiene l'Autorità, occorre garantire il rispetto della "*par condicio*" nei confronti di tutti i concorrenti in ordine alla valutazione comparativa dei requisiti da essi posseduti ed alla verifica dell'assenza di clausole che producano un effetto preclusivo all'accesso dei potenziali concorrenti alle gare.

Da ultimo, si pone in luce il criterio di rotazione, finalizzato ad evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza.

2.3 L'obbligo di motivazione.

L'Autorità rileva, poi, come possa essere individuato in capo alla stazione appaltante l'obbligo, desumibile dai principi generali del diritto amministrativo, di motivare adeguatamente la scelta effettuata a favore della procedura di cui all'art. 122, co. 7 *bis*: il dettato normativo, infatti, si riferisce ad una mera facoltà di utilizzare la procedura negoziata ("*i lavori [...] possono essere affidati*"). Tale obbligo, peraltro, non ha ad oggetto i presupposti tassativamente elencati agli artt. 56 e 57 del Codice, dovendo, invece, sussistere circostanze diverse in quanto si tratta di una fattispecie distinta.

2.4 Il procedimento

Nell'analizzare la procedura predisposta all'art. 57, co. 6, del codice, l'Autorità la distingue in due fasi principali:

- a) individuazione dei soggetti da invitare al confronto, mediante informazioni

desunte dal mercato (indagine o sondaggio di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare offerta);

- b) analisi e valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati (gara informale o ufficiosa).

Nella prima, la stazione appaltante deve provvedere a predefinire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che gli operatori devono possedere e, di conseguenza, selezionare gli operatori che vantano tali requisiti, invitandoli a presentare le offerte oggetto della negoziazione mediante lettera contenente i requisiti essenziali della prestazione richiesta. Evidenza, quindi, l'Autorità che è posto in capo alla stazione appaltante l'obbligo di definire, specificamente e preventivamente, i criteri di selezione ed i livelli minimi di capacità necessari.

Peraltro, le due fasi sono nettamente distinte: l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la gara informale implica, invece, anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando per la stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito.

2.5 Le modalità di effettuazione dell'indagine di mercato.

Per quanto attiene alle modalità di svolgimento delle c.d. "indagini di mercato", l'Autorità ritiene che la stazione appaltante non possa individuare gli operatori idonei con modalità "chiuse" rispetto al mercato. Tale affermazione di principio, tuttavia, non impone, sempre e necessariamente, ai committenti forme di pubblicità preventiva della procedura (negoziata senza bando) che comunque è in facoltà degli stessi adottare. Di certo, la stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare.

Il principio di trasparenza impone, però, di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, sì da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale. Parimenti, ai fini del rispetto dei principi di trasparenza e di rotazione, si considera necessaria la pubblicazione del c.d. avviso di postinformazione, contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti. L'Autorità afferma, poi, che in caso di pubblicazione di avviso preventivo, che deve contenere almeno una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, vanno preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno.

Ci si sofferma, infine, sulla possibilità di predisporre c.d. "elenchi aperti di operatori economici" allo scopo di effettuare indagini di mercato non riferite ad un singolo affidamento: in primo luogo, occorre pubblicizzare adeguatamente la volontà dell'amministrazione di realizzare siffatto elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare mediante strumenti quali la pubblicazione di un avviso sul profilo di committente e sui siti informatici previsti dall'art. 66, co. 7 del codice (sito Ministero Infrastrutture e sito Osservatorio); in secondo luogo, è necessario consentire a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali; in terzo luogo, risulta indispensabile prevedere meccanismi volti ad assicurare l'aggiornamento periodico degli elenchi in parola.

2.6 Lo svolgimento della gara informale.

Per quanto riguarda lo svolgimento della gara informale, l'Autorità richiama l'art. 122, comma 6, lett. d) del Codice, il quale stabilisce che, per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'art. 70 (secondo cui le stazioni appaltanti, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, tengono conto della complessità della presta-

zione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte); tale termine, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito.

La lettera di invito agli operatori selezionati deve contenere i seguenti requisiti:

a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e il suo importo;

b) i requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi che occorre possedere per partecipare alla gara, oppure, nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell'elenco;

c) le garanzie richieste;

d) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;

e) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;

f) il criterio di aggiudicazione prescelto;

g) gli elementi di valutazione, nel caso si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

h) nel caso del prezzo più basso, l'eventuale utilizzo dell'esclusione automatica;

i) le modalità di comprova del possesso dei requisiti;

j) l'eventuale clausola che preveda di procedere all'aggiudicazione anche nel caso di presentazione di un'unica offerta valida;

k) la misura delle penali;

l) la facoltà di applicare l'art. 86, co. 3 del codice;

m) l'indicazione dei termini di pagamento secondo quanto previsto dal Regolamento;

n) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico (se predisposti).

Infine, dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'art. 122 si evince che va sempre assolto l'obbligo di pubblicità degli esiti della gara con le medesime modalità previste per l'eventuale avviso.

3. Considerazioni conclusive.

In conclusione, l'Autorità svolge alcune considerazioni riguardo alla procedura di cottimo fiduciario: si rileva, infatti, che, sebbene in passato sia stato sostenuto che esso non fosse un procedimento di scelta del contraente, né un contratto, bensì una particolare modalità di retribuzione di una prestazione oggetto di un contratto di lavoro subordinato o autonomo - stipulato attraverso una libera contrattazione della pubblica amministrazione con soggetti privati - commisurata alla quantità della prestazione prodotta anziché al tempo impiegato a produrla, tale interpretazione non appare conforme alla definizione proposta dal codice che lo individua quale procedura negoziata (art. 3, co. 40).

Da ciò l'Autorità ne desume l'illegittimità di quella prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

del Dott. Francesco Mambrini

Consiglio di Stato, Ad. Plen. 28.7.2011, n. 13
**Contratti della PA - gara - offerta tecnica -
apertura plichi - seduta pubblica.**

Anticipazione del diritto di accesso.

L'apertura della busta contenente l'offerta tecnica in seduta pubblica non realizza una indebita anticipazione dell'accesso agli atti della procedura in violazione dell'art. 13 del codice di contratti.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto nella presente sentenza che la verifica dei documenti contenuti nella busta rappresenti un semplice controllo preliminare degli atti inviati.

Tale operazione infatti è finalizzata a garantire la trasparenza in questa fase e si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione, leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

Resta dunque esclusa ogni facoltà degli interessati di prenderne visione del contenuto.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.7.2011, n. 4122

Contratti della PA.

Cauzione provvisoria - obbligo per il fideiussore di rilasciare la cauzione definitiva - ex art. 75, co. 8, d. lgs. n. 163 del 2006.

Applicabilità anche in difetto di espressa previsione della *lex specialis*.

La disposizione di cui all'art. 75, co. 8, d.lgs. 12.4.2006, n. 163 commina in modo espresso l'esclusione dalla gara per il concorrente il quale abbia omissis di allegare alla domanda di partecipazione l'impegno di fideiussore a rilasciare la garanzia provvisoria per l'esecuzione del contratto nell'ipotesi in cui dovesse risultare aggiudicatario.

La disposizione in oggetto, essendo finalizzata, nel suo combinato operare con il successivo art. 113, a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto e dal risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale ina-

dempimento delle obbligazioni assunte, assume un carattere di imperatività e risulta quindi idonea a governare la disciplina della gara anche laddove non espressamente richiamata in sede di *lex specialis*.

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.7.2011, n. 4029

Contratti della PA.

Gara - *lex specialis* - prescrizione a pena di esclusione.

Modulistica predisposta dall'amministrazione.

Difficoltà da bando - *favor participationis* - applicabilità - ragioni.

È illegittima l'esclusione del concorrente che ha presentato un'offerta conforme ai moduli predisposti dalla stazione appaltante, ma difforme a quanto stabilito nel disciplinare di gara.

In applicazione del principio del *favor participationis* è stata ritenuta illegittima, nel caso di specie, l'esclusione di una partecipante che non aveva presentato, insieme all'offerta, la dichiarazione del possesso dell'attestato SOA, benché il disciplinare di gara lo richiedesse, a pena di esclusione.

L'errore dell'offerta risultava infatti ingenerato dalla stessa stazione appaltante, i cui moduli di partecipazione predisposti non risultavano coerenti con quanto previsto nel disciplinare, così che quest'ultima sarebbe stata piuttosto tenuta a richiedere un'integrazione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.6.2011, n. 3924

Contratti della PA.

Gara - requisito della moralità professionale. Precedenti penali dichiarati - motivazione espressa circa la non gravità.

Nelle gare di appalto, nel caso in cui la stazione appaltante non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto nella presente

sentenza che la motivazione di non gravità del reato possa risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia addirittura con l'ammissione alla gara dell'impresa.

È infatti la valutazione di gravità che, semmai, richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale.

La stazione appaltante deve invero motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.6.2011, n. 3864

Contratti della PA.

Offerte anomale - verifica - procedimento - casi in cui può essere avulso da ogni formalismo - massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente.

Il procedimento di verifica di anomalia delle offerte può essere avulso da ogni formalismo inutile e può essere improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione.

Tale forma di massima collaborazione tra Stazione appaltante e offerente si è ritenuto che possa realizzarsi anche senza preclusioni alla modifica di giustificazioni di singole voci di costo, fornite prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Unico limite posto è che l'offerta risulti affidabile al momento dell'aggiudicazione e che a tale momento l'offerente dia garanzia di una seria esecuzione del contratto.

TAR Lazio, Rm, Sez. II, 25.7.2011, n. 6679

Contratti della PA - gara - consorzio stabile - possesso requisiti.

Qualifica del concorrente.

Il consorzio stabile, quale società consortile dotata di autonoma personalità giuridica - e non le singole imprese consorziate - assume la qualifica di concorrente nelle gare pubbliche in cui partecipa e deve quindi dimostrare il possesso in capo a sé dei requisiti di partecipazione.

Ciò che deriva dalla presente sentenza è che tutti i requisiti necessari per la partecipazione alla gara devono essere posseduti e comprovati dal consorzio stesso, attraverso la propria attestazione SOA.

Le imprese consorziate invece sono tenute a dimostrare soltanto il possesso dei requisiti generali.

Il rilascio dell'attestazione SOA in proprio al consorzio costituisce condizione necessaria e sufficiente dunque per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.

TAR Lazio, Rm, Sez. III, 19.7.2011, n. 6465

Contratti della PA - gare - dichiarazioni false.

Annullamento dell'aggiudicazione - esclusione ex se.

Elemento psicologico.

In tema di partecipazione alle gare di appalto, deve ritenersi che le false dichiarazioni rese dai concorrenti giustificano ex se l'annullamento dell'aggiudicazione, senza che possa assumere rilievo alcun approfondimento dell'elemento soggettivo del dichiarante.

Il TAR del Lazio – Roma, pronunciandosi su di una fattispecie relativa a dichiarazione sostitutiva del certificato giudiziale non veritiera, ha ritenuto che nel nostro ordinamento le false dichiarazioni in sede di gara, purché afferenti a requisiti o condizioni rilevanti, producano *ex se* l'effetto decadenziale sulla intervenuta aggiudicazione, nonché la obbligatoria segnalazione da parte della PA alla A.V.C.P. per la annotazione della notizia nel casellario informatico.

TAR Piemonte, Sez. II, 21.7.2011, n. 803

Contratti della P.A. – gara.

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Casi in cui è ammessa - natura giuridica.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è ammessa nei soli e limitati casi individuati dal legislatore all'art. 57 del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto trattasi di procedura derogatoria all'ordinario regime.

La procedura negoziale senza previa pubblicazione del bando di gara, derogando all'ordinario obbligo dell'amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale, riveste carattere di assoluta eccezionalità.

Essa richiede quindi un particolare rigore nella individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimarne il ricorso di cui, peraltro, deve essere data adeguata motivazione nella deliberazione o determinazione a contrarre (art. 57, co. 1), in modo da scongiurare ogni

possibilità che l'amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate.

TAR Friuli Venezia Giulia, Ts, Sez. I, 14.7.2011, n. 347

Contratti della PA - aggiudicazione - associazione temporanea d'impresa costituenda.

Mancata sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i soggetti parte della a.t.i. stessa.

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una associazione temporanea di imprese costituenda, nel caso in cui di-

fetti la sottoscrizione, da parte di uno dei soggetti facenti parte dell'a.t.i. sia dei documenti di gara, che della richiesta congiunta di partecipazione alla gara, dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

Nel caso di specie, l'offerta, non essendo sottoscritta da parte di tutti i partecipanti alla costituenda a.t.i., è stata ritenuta invalida, in quanto presentata in violazione dei principi generali in materia di partecipazione di a.t.i. alle gare di appalto, mancando la sottoscrizione da parte della capogruppo mandataria.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte Costituzionale, 15.6.2011, n. 187

Servizio idrico integrato - rilevanza economica - sussiste.

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 40, co. 2, della l.r. Marche n. 16/10, ai sensi del quale "Il servizio idrico integrato in quanto di interesse generale riconducibile ai diritti fondamentali della persona non rientra tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica". Il legislatore statale, infatti, in coerenza con la normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione.

Corte Costituzionale, 12.4.2011, n. 128

Soppressione autorità d'ambito territoriale ottimale ex art. 1, co. 1 quinquies, d.l. n. 2/2010 - tutela della concorrenza e dell'ambiente.

Infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1-quinquies d.l. 2/10 (introdotto dalla l. di conversione 42/10), che ha previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito, in quanto la disciplina delle Autorità d'Ambito territoriale ottimale rientra nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, di competenza legislativa esclusiva statale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 6.6.2011, n. 3377

Concessione e appalto di servizi - distinzione servizio di tesoreria - concessione di servizi ex art. 30 d. lgs. 163/2006

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Così, si a-

vrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione.

Come affermato dalla Corte di Cassazione, con la decisione n. 8113/09, "il contratto di tesoreria ... va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi ... avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del T.U. della Legge Comunale e Provinciale, approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio". Per cui, l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi che, in linea di principio, resta assoggettato alla disciplina del Codice degli Appalti solo nei limiti specificati dall'art. 30.

C. Conti, Sez. Reg. controllo Basilicata, 17.5.2011, n. 28

Liquidazione società in house – obbligo di assunzione a carico del bilancio dei debiti insoddisfatti - esclusione.

La natura del rapporto che intercorre tra l'ente pubblico e la società da esso stesso partecipata, che si definisce in termini di "controllo analogo", vale non già a giustificare una disciplina diversa da quella comune, quanto ai rapporti sociali o tra la società e i terzi, ma solo giustifica la deroga alle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. Anche con riferimento alle società sulle quali l'ente locale esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi si ritiene di dover escludere un regime di responsabilità patrimoniale dei soci, per i debiti della società, diverso e ulteriore rispetto a quello comune.

Si può ritenere, pertanto, che non sussiste un obbligo per il Comune di assumere a carico del proprio bilancio i debiti societari rimasti insoddisfatti all'esito della procedura di liquidazione. Sussistendone le condizioni, infatti, spetta di regola al creditore agire affinché il Comune sia chiamato a rispondere dei debiti della società partecipata. Ciò, ovviamente vale anche per la particolare responsabilità che gli artt. 2497, 2497-sexies e 2497-septies C.C. hanno previsto per talune deviazioni riconducibili al (diverso) fenomeno delle società o enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di altre società. D'altra parte, pur non ricorrendo alcuna obbligatorietà, non si può astrattamente escludere che il Comune possa deliberare l'accollo di detti debiti. Si tratta, tuttavia, di una scelta del tutto discrezionale che va adeguatamente motivata, poiché, con essa, il Comune decide di rinunciare al limite legale della responsabilità patrimoniale per debiti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 6.5.2011, n. 2713

Revoca affidamento servizio in favore della gestione in house - risparmio di spesa - legittimità.

Il provvedimento di revoca dell'affidamento di gestione delle entrate tributarie costituisce una legittima esplicazione del potere discrezionale di revoca, supportata dalla motivata rivalutazione dell'interesse originario alla luce dell'apprezzamento dei risparmi di spesa conseguibili mediante il ricorso alla gestione in house. Quanto, poi, alla ponderazione comparativa degli interessi occorre rimarcare che la rilevanza dell'interesse pubblico evidenziato giustifica il sacrificio dell'affidamento del privato alla conservazione del bene conseguito, specie se si tiene conto del limitato lasso di tempo decorso dal tempo dell'affidamento (undici mesi) rispetto alla durata programmata del servizio affidato (nove anni) e del meccanismo compensativo dato dalla previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies L. 7.8.1990, n. 241.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.4.2011, n. 2222

Art. 23 bis, co. 9, ultimo periodo, d.l. 112/2008 - interpretazione.

Il divieto di cui al co. 9 dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 e s.m.i. operava solo per le società

che già gestissero servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o, comunque, a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, rientrando nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le forme previste dal comma 2, lett. b), dell'art. 23-bis (giacché detto affidamento a società mista costituita riusciva, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi dettati dall'U.E. in materia [v. comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici (p.p.p.i.) 2008/C91/02 in G.U. U.E. del 12 aprile 2008]).

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.4.2011, n. 2012

Attività di smaltimento dei fanghi da depurazione di acque - servizio pubblico locale - esclusione.

Il servizio di prelievo, trasporto e trattamento dei reflui di depurazione non è qualificabile, nel caso di specie, quale servizio pubblico locale e conseguentemente, non resta soggetto alla disciplina dettata dall'art. 23-bis, ma costituisce attività rimessa alle libere dinamiche di mercato. Tale convincimento trova ragione sia nella normativa dettata in tema di smaltimento di fanghi provenienti dagli impianti di depurazione, sia nella nozione comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza di affidamento di servizio pubblico locale in contrapposizione all'appalto di servizi. Sotto il primo aspetto, giova evidenziare che la definizione di servizio idrico integrato contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 non contempla tra le attività di pubblico servizio lo smaltimento dei fanghi provenienti dagli impianti di trattamento delle acque. La definizione di servizio idrico integrato contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 comprende le attività di captazione, adduzione, distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, restando fuori l'attività che si risolve nella gestione (smaltimento) dei rifiuti risultanti da lavorazioni industriali. Sulla scorta di tale presupposto, l'art. 184, co.3, lett. g), d.lgs. n. 152/2006, stabilisce espressamente che lo smaltimento dei fanghi risultanti dal complessivo processo di trattamento effettuato nell'impianto di depurazione, resta soggetto al-

la disciplina propria dei rifiuti speciali, con ciò stesso escludendosi la natura di servizio pubblico locale che è invece attribuita al servizio di smaltimento dei rifiuti urbani. Quanto al secondo aspetto, e partendo dalla nozione comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza del servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi), va osservato che essa accorda tale natura a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto tri-laterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore (cfr., fra le tante, C. giust. CE, Sez. III, 15.10.2009, n. C-196/08; Cass. civ., sez. un., 15.6.2009, n. 13892; Consiglio di Stato, Sez. V, 5.12.2008, n. 6049). Si postula in sostanza quale requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale che il singolo o la collettività abbiano a ricevere un vantaggio diretto e non mediato da un certo servizio, escludendosi, di conseguenza, che ricorre servizio pubblico a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività. In quest'ultimo caso si parla, infatti, di mero appalto di servizi e non di servizio pubblico locale. Nel caso, l'attività di smaltimento dei fanghi derivanti dalla depurazione delle acque si configura come attività strumentale in favore di Metropolitana affinché questa provveda direttamente all'erogazione del servizio idrico integrato. E' dunque indubbio che l'attività di smaltimento dei fanghi provenienti dalla depurazione delle acque non ha natura di servizio pubblico locale e non resta assoggettata al relativo regime dettato dall'art. 23-bis ed alle preclusioni ivi previste. L'ambito di operatività dell'art. 23-bis riguarda, infatti, l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nell'intento di garantire, da una parte, la più ampia diffusione dei principi di concorrenza e, dall'altra, un'adeguata tutela degli utenti, sicché non trova applicazione laddove il servizio dedotto in contratto non sia qualificabile come servizio pubblico locale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 31.3.2011, n. 1969

Proroga servizio pubblico locale - ordinanza sindacale contingibile e urgente - presupposti - legittimità.

E' legittima l'ordinanza contingibile e urgente con cui il sindaco ha imposto alla precedente affidataria lo svolgimento della gestione del servizio di igiene urbana per la durata massima di 3 mesi, tenuto conto che eventi che non erano nella disponibilità del comune (esito infruttuoso della gara indetta dall'A.T.O.) hanno determinato una situazione imprevedibile di assenza di un gestore del servizio di igiene urbana.

C. Conti, Sez. Reg. controllo Abruzzo, 29.3.2011, n. 16

Servizio idrico integrato - gestione diretta ex art. 148, co. 5, d. lgs. n. 152/2006 - Valutazione di convenienza economica - necessità.

La gestione diretta del servizio idrico integrato, per i comuni con popolazione fino a 1000 abitanti inclusi nel territorio di comunità montane, come previsto dall'art. 148, co. 5, d.lgs. 152/06, può essere effettuato, previa, tuttavia, una valutazione di convenienza economica del servizio in tale forma, con il consenso dell'Autorità d'Ambito competente.

TAR Toscana, Sez. I, 13.6.2011, n. 1041

Affidamento in house - requisiti comunitari. Progettazione ex art. 90 d.lgs. 163/06 - affidamento a società in house - legittimità.

La giurisprudenza comunitaria è giunta a conclusioni univoche circa i requisiti che una impresa deve possedere affinché possa essere qualificata come soggetto affidatario in house: essa deve svolgere la propria attività nel territorio del soggetto affidante e fondamentalmente a suo beneficio; inoltre questo deve esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'impresa medesima, tramite propri rappresentanti inseriti negli organi sociali (C. giust. CE, Sez. III, 10.9.09, n. C-573/09).

L'art. 90 del d. lgs. 163/06 consente lo svolgimento della progettazione mediante affidamento della stessa (unitariamente o meno alle altre attività necessarie all'esecuzione delle opere pubbliche) ad un soggetto sul quale la stazione appaltante esercita un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi.

Nel concetto di stazione appaltante deve essere ricompresa anche l'eventuale società in house poiché quest'ultima non si configura quale soggetto esterno all'amministrazione medesima ma, analogamente ai suoi uffici interni, ne rappresenta una parte sostanzialmente integrante, se pure giuridicamente separata. La forma societaria è uno strumento che l'Amministrazione intimata ha scelto per lo svolgimento delle proprie attività in materia di realizzazione delle opere pubbliche, ritenendo che possano più agevolmente essere portate a compimento mediante strumenti civilistici, ma sulla società la medesima amministrazione esercita un controllo penetrante il quale esclude che essa possa operare autonomamente. Le attività di progettazione che svolge rientrano quindi nell'ambito di previsione dell'art. 90, co. 1, lett. a), d.lgs. 163/06 perché l'ufficio tecnico della società in causa opera unicamente a favore dell'affidante e sotto il suo diretto controllo, e ciò esclude che nella fattispecie si sia realizzato un affidamento esterno da parte della stazione appaltante in spregio alle norme codicistiche.

TAR Umbria, Sez. I, 31.5.2011, n. 152

Art. 23 bis, co. 9, ultimo periodo, d.l. 112/2008 - interpretazione.

L'art. 23-bis, co. 9, è norma che reca il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, come pure di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, neppure mediante la partecipazione a gare, per le società che, in Italia od all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto; tale divieto opera per tutta la durata della gestione. L'ultimo periodo del nono comma, frutto della modifica del 2009, tempera tale divieto con una disposizione derogatoria, di diritto transitorio, che consente ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali di concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

La ratio della norma sembra verosimilmente quella di evitare che le società che hanno fornito servizi ad un'amministrazione ed hanno acquisito esperienza "sul territorio" siano automaticamente estromesse dalle gare per

l'affidamento concorrenziale di quei servizi, e non già quella di elargire a tutti gli affidatari diretti una moratoria generalizzata. In altri termini, posto che, a regime, tali imprese non possono godere, in virtù dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza, della possibilità di ottenere affidamenti diretti e di partecipare a gare in libero mercato, si è ritenuto che l'esclusione di tali soggetti dalle gare indette dalle Amministrazioni per i servizi da essi già forniti, avrebbe creato un'improvvisa soluzione di continuità, foriera di disparità di trattamento alla rovescia, con la cancellazione ex abrupto degli investimenti effettuati specialmente nell'ambito territoriale di riferimento (in termini CdS, V, 12.10.2010, n. 7401). Se così è, nonostante qualche insuperabile incertezza interpretativa (cui conseguono anche non conformi precedenti, come ad es., TAR Lazio, Lt, 3.3.2011, n. 217), la deroga deve intendersi ristretta alle società che hanno cessato di gestire con affidamento diretto i servizi oggetto della gara da parte dell'Amministrazione che la indice (così CdS, Sez. V, 22.3.2010, n. 1651), ma anche analoghi servizi presso altre Amministrazioni, così superandosi il limite dell'ambito territoriale (privilegiante il candidato locale). In altre parole, agli affidatari diretti è consentito concorrere alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, avente ad oggetto i servizi da essi forniti, svolta su tutto il territorio nazionale, e non solamente, dunque, per lo specifico servizio già affidato (come era previsto ante novella del 2009).

TAR Puglia, Le, Sez. II, 24.5.2011, n. 914

Società miste - con l'ente pubblico locale socio di maggioranza - autonomia.

La Suprema Corte di Cassazione con riguardo alle società miste con partecipazione pubblico-privata ha avuto modo di precisare che "Il rapporto tra ente pubblico locale e persona giuridica privata è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali [...]. La posizione del comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale ad esso conferito; e soltanto

in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società [...] avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 c.c.)” (Cass. Civ., Sez. Un., 6.5.1995, n. 4989; in senso conforme, Cass. Civ., Sez. Un., 26.8.1998, n. 8454; Cass. Civ., Sez. Un., 15.4.2005, n. 7799).

TAR Campania, Na, Sez. I, 29.4.2011, n. 2409
Attività di illuminazione votiva cimiteriale - concessione di servizio pubblico.

La questione della corretta qualificazione giuridica dell'affidamento del servizio di illuminazione votiva cimiteriale in termini di concessione di pubblico servizio oppure di concessione di costruzione e gestione, quand'anche fossero previste opere di implementazione di impianti elettrici, è stata risolta nel primo senso dalla giurisprudenza del massimo giudice amministrativo. Al riguardo, è stato affermato che “per costante giurisprudenza (cfr. CdS, V, 5.12.2008 n. 6049, pur contemplante un impianto preesistente al sorgere del rapporto concessorio tra privato ed ente pubblico, il che peraltro non modifica i sostanziali termini della questione), il comune che si avvalga dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone di regola in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, poiché normalmente detto impianto costituisce un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di consentire il culto dei defunti, anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione” (CdS, V, 29.3.2010 n. 1790).

TAR Calabria, Rc, 11.4.2011, n. 298
Art. 23-bis, coo. 2 e 9, d.l. 112/2008 - interpretazione.

L'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal co. 2, lett. b), dell'art. 23-bis si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato – del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole ed immotivata – anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commis-

sione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.U.E. del 12 aprile 2008) - l'applicazione, nei confronti di società di tale specie, del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione. Va, dunque, preferita l'interpretazione della disposizione – pure consentita dalla sua lettera – secondo cui il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica (“ovvero”) anche le forme previste dal co. 2, lett. b), dell'art. 23-bis, cit..

La norma di cui all'art. 23-bis, co. 9 deve essere coordinata con la disposizione contenuta nell'art. 13 d.l. n. 223/2006: essa va letta nel senso che preclude l'acquisizione della gestione di ulteriori servizi: a) alle società affidatarie dirette di un servizio; b) alle società che abbiano ottenuto la gestione di un servizio senza gara (potendo l'evidenza pubblica estrinsecarsi o in una gara tesa alla scelta del gestore – partenariato contrattuale – o del socio c.d. operativo – partenariato istituzionale –). Dunque, il divieto in parola va interpretato nel senso che esso non colpisce “sic et simpliciter” le società miste costituite con socio scelto con gara che non sia tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio (preclusione soggettiva), ma nel senso che esso si rivolge alle società che gestiscono un servizio non affidato mediante gara, sicché le società miste, anche se non rientranti nell'ipotesi di cui all'art. 23-bis, co. 2 lett. b), possono senz'altro ottenere la gestione di ulteriori servizi, partecipando alle relative gare, purché risultino affidatarie di altri servizi conferiti a seguito di procedure ad evidenza pubblica. Tale approccio ermeneutico è il più coerente con la ratio della norma, che mira a colpire ogni effetto distorsivo della concorrenza derivante dall'affidamento di un servizio pubblico locale al di fuori delle regole dell'evidenza pubblica.

TAR Sicilia, Pa, Sez. I, 31.3.2011, n. 590
Servizio di gestione sosta e spazi adibiti a parcheggio di aree portuali - affidamento di-

retto da parte della società concessionaria della gestione dei servizi aeroportuali - illegittimità.

La disposizione delle aree commerciali dedicate ad attività in qualche modo strumentali o funzionali a quelle strettamente aeroportuali, non è solo un'occasione di lucro per la società di gestione, ma è soprattutto un servizio offerto all'utenza dell'aeroporto, che per poter fruire dell'infrastruttura ha necessità di poter disporre di una serie di servizi accessori fruibili a condizioni di mercato (ancorché resi da un imprenditore che, in quello specifico mercato, è monopolista). In questo senso l'immediata precettività dei principi del Trattato ha portato la giurisprudenza ad affermare che tali principi valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente

contemplate dalla disciplina nazionale, quali la concessione di servizi, gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (CdS, Ad. Plen., n. 1/2008): il criterio dell'interesse concorrenziale è pertanto il discrimine – una volta stabilito che il soggetto in questione sia, come nel caso di specie, un organismo di diritto pubblico affidatario della cura di interessi generali “generali della collettività al funzionamento delle aerostazioni” (Cass., SS.UU., ord. 23322/2009) – per stabilire l'esistenza o meno dell'obbligo della procedura competitiva. Nello stesso senso, e con identiche argomentazioni, la giurisprudenza si è espressa con riferimento ai contratti a titolo gratuito (CdS, VI, n. 60/2007) e ai contratti esclusi (CdS, VI, n. 775/2011).

«.....GA:.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. DELIBERAZIONE 2.3.2011, N. 88. TRASPARENZA, PUBBLICITÀ E CONSULTABILITÀ DI ATTI E DOCUMENTI AMMINISTRATIVI SU WEB. ACCORGIMENTI TECNICI. ALBO PRETORIO ON LINE

Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web.

«..... GA.....»

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA. CIRCOLARE 14.3.11, N. 3. VALORIZZAZIONE DELLE PROFESSIONALITÀ INTERNE ALLE AMMINISTRAZIONI. CONTENIMENTO DELLA SPESA PUBBLICA PER STUDI ED INCARICHI DI CONSULENZA

L'art. 6, co. 7, d.l. 31. 5.2010, n. 78, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 30.7.2010, n. 122, nel quadro di una serie di disposizioni volte a contenere la spesa pubblica, a contrastare l'evasione fiscale, a rilanciare la competitività economica e a valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni, ha stabilito che "a decorrere dall'anno 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza, inclusa quella relativa a studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni di cui al co. 3 dell'art. 1 della l. 31.12.2009 n. 196, incluse le autorità indipendenti, escluse le università, gli enti e le fondazioni di ricerca e gli organismi equiparati non può essere superiore al 20 per

cento di quella sostenuta nell'anno 2009. L'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale". La circolare 3/2011 del dipartimento della funzione pubblica fornisce indicazioni interpretative sulla disposizione in parola, soprattutto per quanto riguarda le amministrazioni destinatarie, la decorrenza e le tipologie di spesa oggetto di riduzione.

«..... GA.....»

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA. CIRCOLARE 18.3.11, N. 4. TRASMISSIONE IN VIA TELEMATICA DEI CERTIFICATI DI MALATTIA

Indicazioni operative per lavoratori dipendenti e datori di lavoro del settore pubblico e privato in materia di trasmissione per via telematica dei certificati di malattia alla luce delle nuove disposizioni di cui all'art. 25 del c.d. collegato lavoro, il quale ha previsto che: "al fine di assicurare un quadro completo delle assenze per malattia nei settori pubblico e privato, nonché un efficace sistema di controllo delle stesse, a decorrere dal 10 gennaio 2011, in tutti i casi di assenza per malattia dei dipendenti di datori di lavoro privati, per il rilascio e la trasmissione della attestazione di malattia si applicano le disposizioni di cui all'art. 55-septies del d. lgs.30.3.2001, n. 165".

«..... GA.....»

D.I. 11.4.2011. SICUREZZA SUL LAVORO. VERIFICHE PERIODICHE

Modalità di effettuazione delle verifiche pe-

riodiche cui sono sottoposte le attrezzature di lavoro di cui all'allegato VII del d. lgs. n. 81/2008. Condizioni in presenza delle quali l'INAIL e le ASL possono avvalersi del supporto di soggetti pubblici e privati per l'effettuazione delle verifiche periodiche di cui all'art. 71, co. 11. Criteri per l'abilitazione, il controllo ed il monitoraggio di detti soggetti.

«..... GA.....»

MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E PER L'INNOVAZIONE, CIRC. 9 DEL 30.6.2011

Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, presupposti - rivalutazione delle situazioni di trasformazione già avvenute alla data di entrata in vigore del d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008.

«..... GA.....»

LA NOMINA DEL DIPENDENTE SPROVVISTO DI TITOLO DI LAUREA A RICOPRIRE UNA QUALIFICA DI TIPO DIRIGENZIALE ALL'INTERNO DI UNA PA È ILLEGITTIMA E PRODUTTIVA DI DANNO ERARIALE

"la scelta di conferire un incarico dirigenziale ad un soggetto non in possesso dei requisiti di legge, appare tutt'altro che fondata, bensì superficiale e negligente, tale da ritenere gravemente colposo il comportamento di chi conferisce un incarico, a spese di un Ente pubblico, senza una preventiva, doverosa, attenta e scrupolosa verifica dell'esistenza, in capo al soggetto prescelto delle condizioni richieste per quel determinato incarico" (Corte dei Conti, Sez. Giur. Toscana, 15.5.2011, n. 175).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

SICUREZZA IN MATERIA ANTIFORTUNISTICA NEI LUOGHI DI LAVORO. IL RUOLO DEL DATORE DI LAVORO PER LA SICUREZZA, DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI PREVENZIONE E PROTEZIONE E DEL LAVORATORE. LORO RESPONSABILITÀ E CORRESPONSABILITÀ IN CASO DI EVENTO DANNOSO

degli Avv.ti Giuseppe Dall'Ozzo e Fiammetta Orsi

La giurisprudenza penale. La recente sentenza della Corte di assise di Torino di condanna dei dirigenti ed amministratori della Thyssen-Krupp.

L'art. 2, co. b) d. lgs. 81/2008, dispone che l'organo di vertice di ogni pubblica amministrazione (per quel interessa gli enti locali, Sindaco, Presidente di provincia, etc.) deve individuare la figura del c.d. datore di lavoro per la sicurezza.

Il datore di lavoro per la sicurezza deve essere un dirigente (ovvero un funzionario che, seppur non avente qualifica dirigenziale, sia comunque preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale) titolare, in quanto tale, di autonomi poteri decisionali e di spesa, in applicazione del d. lgs. 165/2001 e del d. lgs. 267/2000.

Qualora l'organo di vertice non dovesse provvedere alla individuazione della figura del datore di lavoro per la sicurezza, ovvero se detta individuazione non fosse conforme ai criteri previsti dalla norma, sarà il medesimo soggetto titolare della responsabilità politica ad assumere il ruolo e la responsabilità diretta del datore di lavoro per la sicurezza nel caso di violazione della normativa antinfortunistica.

Oltre all'obbligo della valutazione dei rischi e della elaborazione del relativo documento (artt. 28 e 29 d. lgs. 81/2008), il datore di lavoro ha l'obbligo di nominare il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (Rspp) (art. 31).

In caso di evento lesivo in violazione della normativa antinfortunistica, la presenza del Rspp può mandare esente il datore da ogni addebito?

Recentemente la Suprema Corte ha stabilito che la designazione del Rspp da parte del datore di lavoro non equivale a "delega di funzioni utile ai fini dell'esenzione del datore di lavoro da responsabilità per la violazione della normativa antinfortunistica" (Cass. Pen., IV, 21.12.2010-27.1.2011, n. 2814). Di converso, però, la titolarità esclusiva in capo al datore della posizione di garanzia in seno alla struttura lavorativa non manda esente il Rspp da una concorrente responsabilità qualora si dovesse verificare un infortunio in conseguenza della inosservanza colposa dei compiti di prevenzione *ex art. 33, d. lgs. 81/2008.*

La legge attribuisce al datore di lavoro, e ad esso soltanto, la posizione di garanzia nei confronti dei lavoratori, essendo onerato dell'obbligo di prevenire la verificazione di eventi dannosi.

Il Rspp ha un ruolo di ausilio al datore nella individuazione e segnalazione dei fattori di rischio delle lavorazioni e nella elaborazione delle procedure di sicurezza nonché di formazione ed informazione dei lavoratori.

Torna a ripetersi, ferma la responsabilità

del datore che, come detto, rimane persistentemente titolare della “*posizione di garanzia*”, è legittimo individuare una concorrente responsabilità del Rspp?

Il Rspp, pur se privo dei poteri decisionali e di spesa - attribuiti *ex lege*, come dinanzi detto, al datore di lavoro - che gli impedisce di intervenire direttamente per rimuovere le situazioni di rischio, può (*recte*, deve) essere riconosciuto corresponsabile del verificarsi dell'evento causativo del danno nella ipotesi in cui abbia omesso di conoscere e di segnalare al datore la situazione pericolosa causativa di quell'evento affinché, si ripete, il datore possa procedere alla sua rimozione.

Anche se la normativa speciale non prevede espressamente la responsabilità penale o amministrativa in capo ai componenti del servizio di prevenzione e protezione, questo non significa che detti componenti e, quindi, il Rspp, vadano esenti da responsabilità per la colposa inosservanza dei compiti di prevenzione disciplinati e ad essi attribuiti dalla legge.

Di guisa che “*il responsabile del servizio di prevenzione e protezione qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo (Sezione IV, 15.7.2010, Scagliarmi)*”. (Cass. Pen., 2814/2011, cit.)

Giusta quanto previsto dall'art. 35 del d. lgs. 81/2008, in base al quale il datore di lavoro, almeno una volta l'anno, debba indire una riunione con il Rspp, il medico competente e il rappresentante dei lavoratori per sicurezza, è in tale contesto che il Rspp dovrà rappresentare le situazioni di rischio rilevate nella organizzazione della attività lavorativa. Sempre in tale sede dovrà essere verificato il documento di valutazione dei rischi.

L'infortunio sul lavoro potrebbe essere conseguenza del comportamento negligente dello stesso lavoratore che subisce il danno, e

della sua contravvenienza agli obblighi per come rubricati all'art. 20, d. lgs 81/2008.

In tale evenienza va accertato se e in che misura la condotta colposa del dipendente possa incidere sulla responsabilità del datore di lavoro (e/o del Rspp per il collegamento di cui si è detto) e, soprattutto se, addossando al lavoratore offeso dal reato la responsabilità dell'evento dannoso, si possa mettere in discussione addirittura la doverosità della adozione dei presidi antinfortunistici da parte delle figure all'uopo previste dalla legge.

La giurisprudenza prevalente concorda nel ritenere che, la condotta colposa del lavoratore nella causazione del danno idonea e sufficiente ad esonerare il datore (o chi per esso) da responsabilità, debba configurarsi come un fatto assolutamente eccezionale, del tutto al di fuori della normale prevedibilità.

In altri termini, il datore di lavoro è sicuramente esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del dipendente sia “*abnorme*”, cioè “*... posto in essere da quest'ultimo del tutto autonomamente e in ambito estraneo alle mansioni affidategli - e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro - o rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro*”. (Cass. Pen., IV, 30.4.2008, n. 17495).

In buona sostanza, fatta eccezione per le fattispecie connotate da eccezionalità ed esorbitanza della prestazione lavorativa (abnormi, per l'appunto), il datore risponde sempre dell'infortunio patito dal lavoratore anche nel caso in cui questi abbia semplicemente disatteso colpevolmente le disposizioni sulla sicurezza impartite dal datore, a prescindere dal fatto “*... che il lavoratore infortunatosi sia professionalmente qualificato, sia pure a livello corrispondente a quello cui è affidato il controllo dell'applicazione delle misure di protezione*” (Cass. Pen., IV, 18.10.1990, in Giur. It., 2/2009).

Se la rimproverabilità del datore di lavoro viene meno quando la condotta pretesa non era esigibile stante la assoluta imprevedibilità della situazione di pericolo da evitare, allora

il rischio potrà considerarsi prevedibile quando “... *in base a massime di esperienza venga valutato che è possibile che vengano tenute determinate condotte a cui possono conseguire, non eccezionalmente, determinati eventi di danno o di pericolo*” (Cass. Pen., IV, 10.11.2009-23.2.2010, n. 7267). (Sulla ripartizione dell'onere probatorio tra datore e lavoratore in caso di infortunio, si rimanda al redazionale dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo, pubblicato su questa Rivista, numero 2/2009, pag. 170 e segg.).

Laddove il datore di lavoro fosse cosciente e consapevole delle carenze del sistema di sicurezza e della sua inidoneità ad evitare un certo evento dannoso poi verificatosi con decessi plurimi, facendo correre ai lavoratori il rischio del suo verificarsi omettendo volontariamente di adeguare le strutture di sicurezza, si configura il reato di omicidio volontario con dolo eventuale.

La Corte di assise di Torino, con la innovativa (e, per certi aspetti, storica) sentenza di condanna pronunciata lo scorso mese di aprile 2011 nei confronti dell'amministratore delegato e dei dirigenti della Thyssen-Krupp per la morte di sette operai ha, per la prima volta in Italia, riconosciuto l'omicidio volontario con dolo eventuale in capo all'amministratore delegato della società.

Con detta pronuncia si è così superato il principio secondo il quale di responsabilità si potesse parlare solo in termini di colpa, cioè solo in conseguenza della mancata osservanza delle regole minime previste per la sicurezza sul lavoro. Il dolo eventuale è stato ravvisato in capo all'amministratore delegato della Thyssen (e solo a questi in quanto vertice apicale della Società che assume ed adotta le scelte più importanti in tema di sicurezza sul lavoro) responsabile per essersi rappresentato, pur ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria azione e, ciò nonostante, abbia agito accettando il rischio di cagionarle.

L'altro profilo innovativo della sentenza Thyssen è la pesantissima condanna in sede penale della società, in applicazione della norma che disciplina una autonoma responsabilità amministrativa dell'ente *ex l.* 3.8.2007,

n. 123 (responsabilità da considerarsi come *tertium genus* che va ad aggiungersi a quella penale e a quella amministrativa) che, integrando il d. lgs. 231/01, riconosce tra i reati presupposti proprio gli infortuni sul lavoro.

In forza del rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente (*recte*, la Thyssen) è stato riconosciuto responsabile per fatto proprio, senza che a ciò osti il divieto della responsabilità penale per fatto altrui posto dall'art. 27 Cost. (Cfr., Trib. Novara, 1.10.2010 su Corr. Merito, 4/2010).

Qualora il soggetto dotato della legale rappresentanza dell'ente, soprattutto nella imprese di grandi dimensioni, non dovesse coincidere con quello in grado di esercitare l'effettivo potere di organizzazione dell'azienda e del lavoro dei dipendenti, è a quest'ultimo e non al primo che, in caso di infortunio sul lavoro, dovranno attribuirsi le connesse responsabilità prevenzionali, anche in assenza di delega (a prescindere se scritta o meno) di funzioni da parte del datore (Cass. Pen., IV, 3.2.2011, n. 4106).

In altri termini una cosa è il datore di lavoro in senso giuslavoristico altra il datore di lavoro in senso prevenzionale.

Del resto è la stessa dizione del d.lgs. 242/96 - che considera appunto come datore di lavoro il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva in quanto titolare dei poteri decisionali di spesa - a “...*dare netta preminenza al criterio sostanziale che deve essere in ogni caso rispettato e che prevale quando vi è discordanza tra la situazione formale e quella reale*” (Cass. Pen. 4106/2011, cit.).

Fermo restando, quindi, che il preposto alla direzione della unità produttiva (e non, si ripete, il legale rappresentante dell'ente) ha la responsabilità prevenzionale in caso di infortunio, detta responsabilità dovrà comunque essere commisurata solo e soltanto entro i limiti delle disponibilità finanziarie di cui il soggetto/datore dispone, che dovranno essere adeguate per la effettuazione degli adempimenti previsti dalla legge.

Per i restanti adempimenti, se il datore non



dispone dei mezzi e dei poteri per poterli realizzare, “... *le eventuali violazioni (e relative*

*conseguenze) non saranno a lui ascrivibili”
(Cass. Pen. 4106/2011, cit.).*

«.....GA.....»

IL COMITATO UNICO DI GARANZIA PER LE PARI OPPORTUNITÀ, LA VALORIZZAZIONE DEL BENESSERE DI CHI LAVORA E CONTRO LE DISCRIMINAZIONI

della Dott.ssa Claudia Tarascio

L'art. 21 della l. 4.11.2010, n. 183 ha apportato modifiche all'art. 57 del d. lgs. 165/2001 prevedendo la costituzione da parte delle pubbliche amministrazioni, entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge, del Comitato Unico di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni.

Tale organismo, che deve essere istituito senza nuovi o maggiori oneri per la finanza locale, sostituisce, unificandone le competenze, i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del *mobbing*.

A differenza dei comitati paritetici e sul fenomeno del *mobbing* il comitato unico di garanzia è un organismo obbligatorio, la cui mancata costituzione comporta responsabilità dei dirigenti incaricati della gestione del personale, da valutare anche ai fini del raggiungimento degli obiettivi.

Il co. 4 dell'art. 57 del d. lgs. 165/2001, come modificato dal Collegato Lavoro, prevede che le modalità di funzionamento del CUG siano disciplinate da linee guida contenute in una direttiva emanata di concerto dal dipartimento della funzione pubblica e dal dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, da emanare entro novanta giorni dall'entrata in vigore della l. 183/2010.

Le linee guida, valedoli per il primo biennio di applicazione della l. 183/2010, sono state sottoscritte dal dipartimento della funzione pubblica e dal dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 4.3.2011 e sono, al momento, in attesa della registrazione della Corte dei Conti. Il testo ha ricevuto il parere positivo della Conferenza unitaria.

Un primo elemento di incertezza è legato alla composizione dell'organismo. L'art. 21 della l. 183/2010 dispone che il CUG abbia

composizione paritetica e che sia formato da un componente designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione e da un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione in modo da assicurare nel complesso la presenza paritaria di entrambi i generi.

Le linee guida fanno riferimento ai componenti designati dalle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi degli artt. 40 e 43 del d. lgs. 165/2001 e da un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione, nonché da altrettanti componenti supplenti, assicurando nel complesso la presenza paritaria di entrambi i generi.

La rappresentatività di cui agli artt. 40 e 43 del d. lgs. 165/2001 è quella legata alla contrattazione collettiva e, quindi, alle organizzazioni sindacali che abbiano nel comparto o nell'area una rappresentatività non inferiore al 5%, considerando a tal fine la media tra il dato associativo e il dato elettorale. Il dato associativo è espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali rispetto al totale delle deleghe rilasciate nell'ambito considerato. Il dato elettorale è espresso dalla percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze unitarie del personale rispetto al totale dei voti espressi nell'ambito considerato.

Il riferimento agli artt. 40 e 43 da parte delle linee guida comporta un indirizzo differente rispetto al criterio delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative presso l'amministrazione. Inoltre, tenuto conto che le amministrazioni sono tenute a costituire un unico CUG che includa le rappresentanze di tutto il personale, sia dirigente che non dirigente, nel caso di enti in cui sia presente la dirigenza, occorre calcolare la rappresentatività delle OO.SS. di entrambe le aree di

contrattazione.

Sulla questione è intervenuto con un recente parere il ministero del lavoro, che ad un ente locale che domandava se ai fini della designazione dei componenti del CUG dovesse essere considerate le OO.SS. firmatarie dei contratti collettivi nazionali ovvero quelle, sempre firmatarie dei contratti collettivi nazionali, aventi il maggior numero di iscritti nel singolo ente, ha risposto che *“le OO.SS. chiamate a designare i propri rappresentanti all'interno del CUG siano solo quelle rappresentative nell'ambito dell'amministrazione di pertinenza tra quelle individuate dall'ARAN come rappresentative, a prescindere dalla circostanza che abbiano o meno sottoscritto i CCNL”*.

L'esatta individuazione della componente sindacale è determinante ai fini della corretta costituzione del CUG, stante la composizione paritetica dello stesso.

Le organizzazioni sindacali hanno piena libertà nella designazione dei propri componenti (che siano dipendenti della pubblica amministrazione richiedente oppure no). Il rispetto dell'autonomia sindacale non consente alle pubbliche amministrazioni di imporre criteri di scelta relativamente al genere dei componenti da nominare. E' auspicabile che le organizzazioni sindacali provvedano a designare i propri componenti, effettivi e supplenti, in modo da assicurare la rappresentanza di entrambi i generi.

L'amministrazione, invece, deve nominare solo propri dipendenti che siano in possesso dei requisiti di professionalità, esperienza, e attitudine maturati in organismi analoghi rilevabili attraverso il percorso lavorativo. Per accertare il possesso dei requisiti di cui sopra, le linee guida suggeriscono alle amministrazioni di fare riferimento in primo luogo ai *curricula* degli interessati, presentati secondo un modello eventualmente predisposto dall'amministrazione stessa e comunque a seguito di una procedura trasparente di interpellato rivolta a tutto il personale, prevedendo anche eventuali colloqui. L'amministrazione può procedere anche attraverso modalità elettive, preventivamente disciplinate attraverso apposita circolare interna

La nomina del CUG è di competenza del

dirigente preposto al vertice dell'amministrazione, quindi, del Direttore Generale, se nominato, ovvero, nel caso in cui al vertice dell'amministrazione siano preposti più dirigenti pari ordinati, la competenza è del dirigente competente alla gestione delle risorse umane. La giunta comunale, può, eventualmente fornire linee di indirizzo al dirigente preposto alla nomina.

Il Presidente è scelto tra gli appartenenti ai ruoli della stessa amministrazione in possesso di elevate capacità organizzative e comprovata esperienza maturata anche in analoghi organismi o nell'esercizio di funzioni di organizzazione e gestione del personale.

Per il funzionamento del CUG è necessario che sia nominata la metà più uno dei componenti previsti e che l'organismo si doti di un proprio regolamento entro 60 giorni dalla costituzione che disciplini, in particolare, le modalità di convocazione, la periodicità delle riunioni, il *quorum* strutturale per la validità delle stesse, la diffusione delle informazioni, l'accesso ai dati, i casi di dimissioni, decadenza e sostituzione dei componenti e del Presidente, l'audizione di esperti, il rapporto sulle attività, ecc.

A differenza dei comitati per le pari opportunità e dei comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, che avevano una valenza prevalentemente legata alla contrattazione collettiva, il CUG accentua il ruolo propositivo dell'organismo in materia di corretta gestione del personale in un'ottica di parità e di contrasto alle discriminazioni in genere, che discendano da quei fattori di rischio già evidenziati dalla legislazione comunitaria come quelli legati all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, alla origine etnica, alle disabilità. Una tutela che comprende, il trattamento economico, le progressioni in carriera, la sicurezza e che viene estesa all'accesso al lavoro.

Inoltre, il CUG risponde all'esigenza di avere all'interno di ogni amministrazione un osservatorio qualificato in grado di assicurare quelle condizioni di benessere organizzativo, di pari opportunità, di salute e sicurezza che possano portare ad una maggiore produttività dei lavoratori.

Di significativa rilevanza è l'azione che il CUG svolge in continuo collegamento con il

Consigliere nazionale di parità, che si realizza anche attraverso il raccordo con l'Osservatorio interistituzionale sulle buone prassi e la contrattazione e decentrata, previsto dal Piano Italia 2020 dei Ministeri del lavoro e delle Politiche Sociali e per le Pari Opportunità. Il collegamento con l'Osservatorio alimenterà la costituzione di una banca dati relativa alle buone prassi e lo scambio di informazioni sulle reciproche attività e funzioni. Si ricorda che l'art. 37 del d. lgs. 198/2006 prevede la legittimazione processuale del consigliere di parità e che qualora le consigliere o i consiglieri di parità regionali e, nei casi di rilevanza nazionale, la consigliera o il consigliere nazionale rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto, le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni possono chiedere all'autore del-

la discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Inoltre ai consiglieri di parità è demandata una funzione conciliativa e transattiva per garantire al lavoratore discriminato una veloce e concreta risoluzione della controversia, con effetto deflattivo del carico giudiziario

Il consigliere di parità, inoltre, è pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p. ed ha obbligo di segnalare all'autorità giudiziarie fatti che integrino ipotesi di reato di cui venga a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni.

Per aiutare le amministrazioni pubbliche ad avviare rapidamente i Comitati Unici di garanzia è attiva dal 25 marzo la casella di posta elettronica monitoraggiocug@governo.it, attraverso la collaborazione dei dipartimenti funzione pubblica e pari opportunità, di raccordo con la Consigliera nazionale di parità.

«.....GA.....»

LA RISERVA DI POSTI A CANDIDATI ESTERNI ALLA PA NELLE C.D. PROGRESSIONI VERTICALI: FACOLTÀ OD OBBLIGO PER L'AMMINISTRAZIONE?

dell'Avv. Fabio Falco

Ricognizione della giurisprudenza in materia di concorsi banditi dalla PA, con particolare riferimento alla problematica della riserva di posti nelle c.d. progressioni verticali.

E' incontrovertibile, nel nostro ordinamento - in forza dell'art. 63, co. 4, del d. lgs. n.165/01 - che le procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti sono state escluse dalla privatizzazione del pubblico impiego, restando devolute alla giurisdizione dei TAR.

Può, quindi, affermarsi, anzi che il G.A. sia il "giudice naturale" dei concorsi pubblici, con i limiti che di seguito si espongono.

Se, infatti, per le assunzioni di personale *ex novo*, dall'esterno, nessun dubbio esiste in dottrina e giurisprudenza circa la giurisdizione in capo al G.A., per ciò che attiene i concorsi c.d. "interni" (ove l'assunzione non viene ovviamente in rilievo essendo già costituito il rapporto di lavoro pubblico) la giurisprudenza a lungo si è divisa nel cercare un sicuro criterio di riparto, non essendo al riguardo sufficiente il contributo fornito dal citato art. 63.

Per ciò che attiene la prima opzione suesposta (concorsi per assunzione *ex novo*), è chiaro che la PA banditrice esercita un potere funzionale, ai sensi dell'art. 97 cost., di selezione del personale più meritevole.

Tale esercizio di funzione amministrativa, esprimendo discrezionalità (nella concreta scelta dei più meritevoli, ma anche nel rispetto dei principi di buon andamento, imparzialità, pubblicità, trasparenza) non può che dare vita, nella sfera giuridica dei candidati, a posizioni di interesse legittimo che, anche al di là del citato art. 63, co. 4, determinano il sindacato del G.A., secondo il riparto tracciato dalla celebre sentenza della C. cost. n. 204/2004.

Senonchè né tale ultima pronunzia né, come detto, il citato art. 63, soccorrono, *prima facie*, per fornire un sicuro criterio di riparto

di giurisdizione nei c.d. concorsi interni.

Solo recentemente si è avuta piena soluzione della problematica, cambiando ordine prospettico rispetto ai primi orientamenti.

Sembra, infatti, che la giurisdizione del G.A. si ricavi non tanto dall'esercizio di poteri funzionali di valutazione (*rectius* di selezione) e né, per ragioni ovvie, dalla novità della costituzione *ex novo* di personale pubblico (essendo i concorrenti degli interni), quanto piuttosto dall'indagine sull'oggetto dei posti funzione messi a bando nelle c.d. progressioni interne.

In altri termini, se le mansioni e le caratteristiche dei posti messi a bando rimangono sostanzialmente le stesse, cambiando solo la pesatura economica all'interno della medesima area o categoria professionale, il rapporto di lavoro non solo non è costituito *ex novo*, ma rimane di fatto lo stesso.

Ne consegue che la procedura concorsuale de qua si configura come un atto di gestione del rapporto di lavoro (che non muta nella sua funzione ma viene solo meglio retribuito), come tale soggetto alla giurisdizione del G.O.

Viceversa ove la progressione interna possa definirsi "verticale", cioè idonea a dare luogo ad un passaggio, verso l'alto, non solo economico ma anche di area o categoria sub specie di maggiori e diverse responsabilità (che si traducono nell'esercizio di funzioni amministrative di livello qualitativo superiore), il rapporto che ne consegue - pur rimanendo tra le stesse parti - costituisce una novazione sotto il profilo oggettivo, assimilabile a nuova assunzione.

Infatti, è come se intervenisse una novazione oggettiva *ex art.1230 e ss. c.c.* che desse vita, tra le stesse parti, ad un nuovo rapporto.

Tale rapporto "ricostituito" postula, però, a ben vedere, un nuovo esercizio di poteri funzionali di scelta in capo alla PA, cui si contrappongono esclusivamente interessi legittimi in capo ai candidati, con conseguente giurisdizione in capo al G.A. non solo in virtù dell'art. 63, co. 4, del citato d. lgs. n.165/2001 (che individua un riparto per materia), quanto piuttosto per l'evenienza di attività autoritativa e non solo gestionale della PA, essendo coerente con l'ordinario criterio di riparto, basato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Tale approdo giurisprudenziale, tuttavia, non è stato immune da contrasti, anche se oggi può riportarsi quello che è ormai l'orientamento consolidato della giurisprudenza: *"in sede di riparto di giurisdizione, per "concorso pubblico" deve intendersi non solo quello aperto a candidati esterni, ma anche quello "riservato" ai dipendenti ai fini delle progressioni verticali di particolare rilievo qualitativo, restando affidata in tal caso la selezione all'esercizio dei poteri pubblici e ai procedimenti amministrativi ("pubblicità" in tal senso). Per i concorsi interni, la giurisdizione è quindi determinata dall'esito della verifica in ordine alla natura della progressione verticale, restando riservato all'ambito dell'attività autoritativa soltanto il mutamento dello status professionale, non le progressioni meramente economiche, né quelle che comportano sì il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese tuttavia nella stessa area, categoria, o fascia di inquadramento, e caratterizzate, di conseguenza, da profili professionali omogenei nei tratti fondamentali, diversificati sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo. L'analisi deve condurre il giudice di merito a valutare la sussistenza della giurisdizione del g.a., affermando che proprio per effetto della valenza normativa ormai acquisita dalla nozione di area funzionale, o categoria, il giudice deve verificare, sulla base delle previsioni della contrattazione collettiva nazionale dei dipendenti pubblici se, al di là delle parole adoperate dagli stipulanti, risulti realmente definito un sistema di classificazione che accorpi all'interno di un'area, o categoria, funzionale, una pluralità di profili professionali, i quali, seppure*

differenziati nei livelli, si presentino omogenei in quanto riconducibili ad un patrimonio professionale almeno potenzialmente identico per tutti i lavoratori che vi appartengono; in maniera che il passaggio dall'una all'altra concreti quella che la giurisprudenza definisce "novazione" per significare il notevole e definitivo salto di qualità sul piano del diverso grado di autonomia e di responsabilità" (Cfr., *ex plurimis*, TAR Lazio, II, 2.10.2009, n.9559).

Correttamente, poi, va distinta la novazione "oggettiva" di cui alle progressioni verticali (che giustifica la giurisdizione del G.A.) dalla mobilità volontaria di cui all'art.30 del d. lgs. n. 165/01, ove non viene in rilievo una novazione soggettiva *ex art. 1235 c.c.*, quanto piuttosto, al più, una cessione di contratto di lavoro *ex art. 1406 c.c.*, la quale, al di fuori del potere (pubblicistico) di organizzazione, si atteggia ad atto di gestione del rapporto PA/pubblico dipendente senza l'esercizio di poteri autoritativi e, perciò, soggetto alla giurisdizione dell'A.G.O. (Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. Un., 12.1.2011, n.503).

Chiarito, dunque, il riparto di giurisdizione in materia di pubblici concorsi, occorre esaminare un aspetto particolare della vicenda, relativo all'ammissibilità o meno di progressioni verticali interamente riservate a soggetti interni alla PA banditrice.

Che la realtà conosca innumerevoli casi in cui tale eventualità si sia verificata, è un dato di fatto, potendosi quindi affermare che una progressione verticale per soli interni è certamente figura compatibile (*rectius* che è stata ritenuta compatibile) con il sistema.

Occorre, tuttavia, riesaminare tale dato alla luce di una recente sentenza del TAR E. Romagna, Bo, I, 12.4.2011, n. 343 secondo la quale sussiste un generale divieto per la PA, salvo motivate ed espresse eccezioni (da valutare caso per caso e in concreto), di bandire procedure verticali riservate solo a personale interno. Tale giurisprudenza fonda il suo orientamento sulla portata dell'art. 97, co. 3, cost. e dell'art. 35 del d. lgs. n. 165/01, ricavando da tali norme il principio, solo eccezionalmente derogabile, per cui tutti i concorsi banditi dalla PA devono essere "pubblici", cioè aperti anche a candidati non già titolari

di un rapporto di servizio con l'amministrazione.

A tale affermazione, del tutto condivisibile sul piano dell'eguaglianza anche sociale e delle pari opportunità di cui all'art. 3 cost., può obiettarsi che né nell'art. 97, co.3, cost. né nell'art. 35 d. lgs. n.165/01 si rinviene, tuttavia, un espresso divieto di bandire progressioni verticali riservate solo a candidati interni.

Può, invece, sostenersi che sono proprio i doveri di buon andamento ed imparzialità, coevi all'agire funzionale della PA, che impongono che le progressioni verticali, di regola, debbano essere aperte anche ai candidati esterni. Infatti - chiarito che tali concorsi postulano l'esercizio di poteri autoritativi/discrezionali su cui ha giurisdizione il G.A. secondo l'ordinario criterio di riparto - l'esigenza del rispetto di canoni di imparzialità, economicità, par condicio (etc.) non può che tradursi sulla necessità di concedere anche a soggetti esterni la chance di partecipare a tali selezioni e, se risultati meritevoli, di divenire

dipendenti pubblici.

Infatti, come detto, tali procedure non si atteggiano quali atti paritetici di gestione del rapporto di lavoro pubblico privatizzato, ma danno in concreto vita a rinnovati rapporti, cui ben possono accostarsi gli atti di costituzione *ex novo* di rapporti di lavoro.

Prova della correttezza di tale conclusione è proprio la circostanza che non muta nemmeno il Giudice chiamato a risolvere le relative controversie, che è comunque il G.A.

D'altronde la tutela dei dipendenti interni ben può essere assicurata, anche nell'ottica di un ragionevole bilanciamento di interessi, dal l'istituto della riserva parziale di posti, che è peraltro prassi comune in numerosi concorsi.

Può, allora, concludersi che prevedere anche la partecipazione di candidati esterni in una progressione verticale appare preferibile nell'ottica di una lettura costituzionalmente orientata dell'esercizio della funzione amministrativa, anche se, come detto, tale dato non si ricava direttamente né dall'art. 97, co. 3, Cost. né dall'art. 35 d. lgs. n. 165/01.

«.....GA.....»

L'AZIONE CIVILE NEL PROCEDIMENTO "PENALE" A CARICO DEGLI ENTI COLLETTIVI

della Dott.ssa Adelina Giangrande

Lo schema attorno al quale si è snodata la ricerca tradotta nel presente contributo ha avuto ad oggetto in prima battuta l'esame e l'analisi della natura giuridica da riconoscere alla responsabilità dei soggetti collettivi. Sullo sfondo della tematica in questione resta lo scenario socio-economico che ha condotto, sulla scorta dell'esperienza giuridica anglosassone, ad apprestare nuovi e più efficaci strumenti di contrasto al dilagante fenomeno della criminalità d'impresa, e la constatazione che anche i paesi europei di *civil law* prevedono oggi, in larga maggioranza, la diretta responsabilità delle imprese, perlopiù penale, autonoma rispetto a quella, eventuale, delle persone fisiche che agiscono per l'impresa.

Il problema della natura della responsabilità, ampiamente dibattuto come si è visto, intercetta il profilo del principio personalistico, che la tradizione giuridica fa discendere, oltre che dall'art. 27 Cost., dall'art. 197 c.p. Nell'ordine teorico delle questioni affrontate, si tratta, indubbiamente, di un *primum* logico perché dalla sua corretta impostazione e soluzione dipendono altre questioni. Non siamo di fronte ad un esercizio di pura accademia giuridica perché la stessa verifica di compatibilità costituzionale di non poche disposizioni del decreto esaminato s'impone solo aderendo ad una ricostruzione in termini penalistici della richiamata responsabilità.

Per quanto la dottrina sia divisa tra la tesi amministrativa, la tesi penale e quella c.d. del *tertium genus*, e la giurisprudenza di legittimità in diverse pronunce ha mostrato un atteggiamento equivoco, aggirando il tema fin dove possibile o limitandosi ad affermazioni contraddittorie (emblematica è Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Rv. 232957, cit. nelle note 61, 74 e 100, che dopo aver affermato la natura sostanzialmente penale della responsabilità, ha precisato che, in verità, si tratterebbe di un *tertium genus* nascente dall'ibridazione della responsabilità ammini-

strativa con principi e concetti propri della sfera penale), si è ritenuta maggiormente persuasiva la tesi penale. I principali argomenti a sostegno, tra quelli valorizzati dalla dottrina, sono compendiabili nell'adesione alla teoria organica di Gierke per quanto riguarda l'essenza dell'ente e, dunque, l'affermazione del principio di immedesimazione organica in virtù del quale il reato commesso dalla persona fisica-organo verrà imputato automaticamente all'ente senza dover ricorrere a meccanismi traslativi, perché l'organo non agisce per conto della persona giuridica, visto che l'organo è la persona giuridica. E, correlativamente, nella ricerca di un sostrato psicologico al coinvolgimento della persona giuridica si è valutato come soddisfacente il riferimento ad una colpa di organizzazione, ossia alle deficienze di un sistema organizzativo congegnato per prevenire l'illegalità e rivelatosi, tuttavia, inadeguato e fallimentare nel suo concreto dispiegarsi. In ossequio al principio della responsabilità penale personale, che predica la necessità di un nesso psichico tra la condotta e il suo autore, la punizione dell'ente, anche a prescindere dalla punizione della persona fisica, si giustifica perché può muoversi allo stesso rimprovero di non aver adottato misure organizzative idonee ad evitare il comportamento illecito. La colpa di organizzazione si affianca, come si è visto, ad un criterio soggettivo di imputazione che rappresenta l'*análogon* del dolo, e che si rinviene nella politica criminale d'impresa o nella sistematica utilizzazione dell'impresa per scopi delittuosi. Questo più intenso grado di adesione psicologica esige il ricorso a sanzioni proporzionate quali lo scioglimento dell'ente o la revoca definitiva dei permessi e delle concessioni. In definitiva, si recepisce un'idea di colpevolezza quale contenitore che può riempirsi di contenuti diversi a seconda che sia riferita alla persona fisica o alla persona giuridica, quest'ultima capace di scelte auto-

nome che possono indirizzarsi verso comportamenti legali e virtuosi o verso comportamenti devianti con effetti volutamente dannosi perché riconducibili ad una deliberata politica d'impresa od occasionalmente dannosi perché riconducibili ad una cattiva organizzazione. Così come, civilisticamente e penalisticamente, si riconosce in capo alla struttura collettiva e impersonale la titolarità di determinati attributi tradizionalmente di stampo individualistico, si pensi all'onore o all'immagine che possono essere sia offesi che minacciati, allo stesso modo deve ammettersi che l'ente possa maturare una capacità criminale e tradurla in atti concreti, per mezzo dei propri organi. Ne risulterebbe, ad opinare in senso contrario, un'ingiustificata diversità di trattamento giuridico. Dunque, il rapporto tra l'ente e i suoi organi, sebbene ricostruibile in termini di immedesimazione e di assimilazione soggettiva, salva l'ipotesi in cui l'agire sia sorretto da un interesse esclusivo della persona fisica del tutto estraneo alla sfera degli interessi imprenditoriali, si configura in termini di possibile autonomia sul piano intellettuale-volitivo e, di riflesso, su quello della perseguibilità. L'ente non è, infatti, una mera somma di individui ma una struttura indipendente che opera nel sistema capitalistico con piena maturità e come tale va trattato anche sul piano politico-criminale. Sicché in un sistema economico aperto e fortemente concorrenziale e in un ordinamento giuridico evoluto non possono residuare aree di impunità per le imprese. La constatazione che *societas saepe delinquit* comporta la necessità che essa soggiaccia ai rigori della legge penale.

Nelle considerazioni che precedono è la matrice dogmatica sulla quale s'innesta la scelta, naturale, fisiologica, dello strumento processualpenalistico per l'accertamento della responsabilità dell'ente e per l'applicazione delle sanzioni relative, con un rinvio generale alla disciplina del codice di rito sia pure entro il limite della compatibilità. Limite che va interpretato come espressivo dell'esigenza di adattare un processo pensato e strutturato secondo una visione antropomorfa alla peculiare fisionomia dell'indagato/imputato. Gli indici maggiormente significativi della natura

penale si rinvergono nell'accentuato parallelismo degli istituti, sul piano sia del diritto sostanziale (cfr. in special modo l'enunciazione dei principi di legalità, di irretroattività della legge sfavorevole e di retroattività di quella favorevole, l'applicabilità del tentativo, le analogie del sistema cautelare, l'afflittività del sistema sanzionatorio e il meccanismo di commisurazione delle sanzioni pecuniarie) che formale (cfr., oltre al generale rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale e alle relative disposizioni di attuazione, l'estensione delle garanzie relative all'imputato, delle regole in tema di competenza, delle modalità di contestazione dell'illecito all'ente che replicano quelle di cui all'art. 405, co. 1, c.p.p.).

Per quanto riguarda l'adozione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi è possibile distinguere tra modelli adottati prima della commissione del reato e quelli confezionati in epoca posteriore. I primi possono sollevare l'ente dalla responsabilità allorché il reato sia stato commesso dai soggetti apicali, al concorrere delle altre condizioni specificate dall'art. 6, ossia che l'ente dimostri altresì di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento ad un proprio organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, che il modello sia stato fraudolentemente eluso dall'autore del reato-presupposto e che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo a ciò deputato. Si tratta di una prova ardua, addirittura impossibile nei casi in cui l'autore del reato-presupposto resti ignoto. Più agevole è la posizione processuale dell'ente nelle ipotesi in cui il reato-presupposto sia stato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, gravando sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare che l'attività criminosa è stata agevolata dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza ed essendo, comunque, esclusa la responsabilità dall'adozione ed efficace attuazione preventiva del modello. Si è anche dato conto del tentativo dottrinario di superare, nel quadro della ricostruzione penalistica della responsabilità, la censura di inco-

stituzionalità dell'art. 6 per il contrasto con la presunzione di innocenza attraverso il richiamo alla categoria concettuale delle scriminanti. Diverso è il discorso per quanto riguarda i modelli *post delictum* che hanno, di per sé, l'effetto di ridurre la sanzione pecuniaria.

Si comprende come il modello, la cui adozione è configurata come facoltativa, diventi, allora, cartina di tornasole della funzionalità del complessivo impianto normativo.

L'esperienza applicativa del decennio trascorso dimostra che solo poche imprese preferiscono dotarsi preventivamente del modello, affrontandone i costi peraltro significativi, visto che in una valutazione aziendalistica costi/benefici i rischi che si corrono non adottandoli sono significativamente compensati dalla possibilità di ricorrervi dopo, a reato consumato, godendone gli effetti premianti. Invero, tra un modello preventivo, economicamente oneroso, che difficilmente potrà consentire all'ente di sottrarsi alla responsabilità e un modello successivo che, anche da solo, garantirà un alleggerimento consistente della sanzione, da un terzo alla metà, la scelta è quasi obbligata. Questo è un punto di criticità che tradisce gli intenti normativi di prevenzione generale e speciale riflettendosi negativamente sull'economia di mercato perché, da un lato, non si contrasta in modo efficace la criminalità societaria che continuerà ad assicurare a determinate imprese un *surplus* di

profitti e di capacità competitiva, con i prevedibili effetti distorsivi, e, dall'altro, si premia la respiscenza e il ravvedimento operoso più che l'adeguamento organizzativo *ante factum* in grado di neutralizzare o quantomeno di ridurre apprezzabilmente i rischi dell'illegalità.

Per quel che concerne il sistema sanzionatorio e cautelare è necessario effettuare ulteriori considerazioni. In particolare, nella materia cautelare, si è posta in luce la logica anticipatoria tipica di questa fase nella quale si tende a massimizzare l'effettività delle pene mediante un contraddittorio anticipato che s'inserisce tra la richiesta del P.M. e l'ordinanza applicativa. Si tratta di una significativa deviazione dalle coordinate ordinarie che si giustifica in ragione dell'effetto potenzialmente devastante della misura sulla vita dell'ente e sugli interessi di una serie di soggetti incolpevoli e della necessità di creare uno spazio difensivo nel quale l'ente possa offrire la prova liberatoria di cui all'art. 6.

Anche in tema di sanzioni, tuttavia, si è registrata una criticità, ossia l'intrinseca debolezza di un sistema dotato di scarsa effettività per le molteplici vie di fuga offerte all'imputato e per la considerazione che il rischio per l'ente, quando il sistema non si arresti prima e sfoci in un positivo accertamento della sua responsabilità, si riduce al pagamento di una somma di denaro, per giunta con ampi margini di riducibilità.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 11.4.2011, n. 124

Incarichi dirigenziali non apicali conferiti a personale esterno all'amministrazione - prevista cessazione dell'incarico quale effetto automatico del mutamento di governo - illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 19, comma 8, del d. lgs. n. 165 del 2001, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 40 del d. lgs. n. 150 del 2009 (Attuazione della l. 4.3.2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni), nella parte in cui dispone che gli incarichi di funzione dirigenziale generale di cui al co. 5 bis, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d. lgs. n. 165 del 2001, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, per contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

L'art. 19, co. 8, del d. lgs. n. 165 del 2001 dispone la cessazione di incarichi dirigenziali di livello generale a soggetti esterni, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. Con la sentenza in esame, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per contrasto con l'art. 97 cost., la previsione (sia per una volta ed in via transitoria, sia per un numero indeterminato di future occasioni) della cessazione dall'incarico quale effetto automatico del mutamento del governo (effettuata, quindi, a prescindere da ogni valutazione circa l'operato del dirigente).

Corte costituzionale, 7.4.2011, n. 115

Esercizio potere sindacale di ordinanza *extra ordinem* in materia di incolumità e sicurezza ex art. 54, co. 4, del d. lgs. n. 267/00 - limitazione ai soli casi di contingibilità ed urgenza.

La norma censurata attribuisce ai sindaci il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione, le quali, pur non potendo derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quel-

lo finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza «di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»... Nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti la disposizione censurata viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost.... Si deve rilevare altresì la violazione dell'art. 97 cost. e... a fortiori, dell'art. 3, primo comma, Cost.

Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale ha stabilito che l'esercizio del potere sindacale di emanare ordinanze *extra ordinem*, a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana ex art. 54, co. 4, d. lgs. 267/00, è consentito soltanto se sussistano i presupposti della contingibilità e della urgenza, nel rispetto degli artt. 23, 97 e 3 cost..

Le ordinanze sindacali *extra ordinem*, in buona sostanza, non possono essere né arbitrarie, né prive di limitazioni per l'autorità emanante.

Ciò, in primo luogo, in quanto l'art. 23 cost. impone che ogni conferimento di poteri amministrativi avvenga in conformità del principio di legalità sostanziale, non ammettendosi che tali poteri possano essere assolutamente discrezionali ed indeterminati; in secondo luogo, perché l'assenza di limiti all'esercizio del potere sindacale di ordinanza, si pone in contrasto con l'art. 97 cost., impedendo al principio dell'imparzialità dell'agire amministrativo di trovare, in via generale e preventiva, fondamento effettivo nella legge; infine, perché un esercizio del potere sindacale di emanare ordinanze *extra ordinem* privo di qualsivoglia limitazione crea una evidente disparità di trattamento tra i cittadini, i cui comportamenti possono essere ritenuti leciti o illeciti a seconda delle frazioni del territorio nazionale di competenza dei vari sindaci, in palese contrasto con il principio di uguaglianza ex art. 3 cost..

Di guisa che, per garantire il rispetto del dettato costituzionale, è necessario limitare la possibilità dei sindaci di emanare ordinanze *extra ordinem* ai soli casi contingibili ed urgenti.

Corte di Cassazione, Pen., III, 9. 3.2011, n. 9281

Abuso edilizio - permesso di costruire illegittimo.

Responsabilità del dirigente comunale per omesso impedimento dell'evento ex art. 40, co. 2, c.p. - non sussiste.

La responsabilità ex art. 40, co. 2, del c.p. presuppone una condotta omissiva, ossia il mancato compimento dell'azione che si attendeva da parte di un soggetto obbligato giuridicamente a compierla e che, se compiuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento antigiuridico. Si è invece al di fuori della previsione normativa quando l'agente abbia posto in essere una condotta commissiva, contribuendo con essa alla produzione dell'evento (nel caso di specie, rilasciando un permesso di costruire illegittimo). Ne consegue che è invocato impropriamente il disposto dell'art. 40, co. 2, del c.p. per fondare la responsabilità del dirigente dell'ufficio urbanistico comunale per il reato di abuso edilizio realizzato con il rilascio di un permesso di costruire illegittimo.

Corte di Cassazione, Pen., VI, 7.4.2011, n. 13775

Inadeguata od omessa manutenzione rete stradale.

Funzionario dell'Ufficio tecnico del comune - responsabilità penale per lesioni colpose.

Sussiste.

Il sindaco e il responsabile dell'ufficio tecnico del comune assumono la posizione di garanzia, sulla base di una generale norma di diligenza che impone agli organi dell'amministrazione comunale, rappresentativi o tecnici che siano, di vigilare, nell'ambito delle rispettive competenze, per evitare ai cittadini situazioni di pericolo derivanti dalla non adeguata manutenzione e dal non adeguato controllo dello stato delle strade comunali.

Il funzionario dell'Ufficio tecnico del Comune addetto alla manutenzione della rete stradale è onerato delle attività di controllo e di manutenzione delle strade ed è tenuto a rimuovere quelle situazioni di irregolarità da cui è prevedibile possano sorgere problemi per la circolazione degli utenti.

Se omette tale attività, risponderà penalmente per le eventuali lesioni causate ai cittadini.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.3.2011, n. 1713

Giudizio penale di responsabilità per ragioni di servizio - sentenza assolutoria ex art. 530, co. 2, c.p.p. - rimborso delle spese legali sostenute per la difesa - spetta.

La rimborsabilità delle spese legali sopportate dal dipendente pubblico assolto da un giudizio di responsabilità occorsogli per ragioni di servizio è espressione della regola civilistica generale di cui all'art. 1720, comma secondo, cod. civ. in tema di rapporti tra mandante e mandatario... L' art. 530 c.p.p. al primo comma individua una pluralità di formule assolutorie, al secondo comma recepisce la regola di giudizio in base alla quale va pronunciata l'assoluzione anche quando manchi o sia insufficiente o contraddittoria la prova sulla sussistenza del fatto reato, sulla sua commissione da parte dell'imputato, sulla qualificazione del fatto stesso come reato, ecc. Entrambe le ipotesi assolutorie escludono ogni responsabilità agli effetti penali... Il dispositivo è, quindi, sempre di pieno proscioglimento. In presenza di una sentenza che nega la responsabilità agli effetti penali dell'imputato, sussiste il diritto alla misura indennitaria, in concorso con gli ulteriori elementi dall' art. 18 della l. n. 137 del 1997, trattandosi di disposizione che non discrimina fra le diverse ipotesi di formule assolutorie prefigurate dall' art. 530 c.p.p. e non assegna all'Amministrazione un'area di discrezionalità che le consenta di sovrapporsi e sostituirsi a quella effettuata dal giudice a quo. Accedere all'opposta tesi consentirebbe, muovendo dalla motivazione della sentenza assolutoria, una riedizione in sede amministrativa del giudizio sull'ascrivibilità o meno all'imputato del fatto reato per il quale è stata esercitata l'azione penale dando, quindi, luogo ad una rinnovata valutazione nel merito degli estremi di responsabilità, che l' art. 18 della l. n. 137 del 1997 non prevede affatto e, tantomeno, consente.

Il diniego espresso da una pubblica amministrazione in merito ad un'istanza avanzata da un proprio dipendente relativamente al rimborso di spese legali sostenute per la difesa in un procedimento penale cui era stato sottoposto per ragioni di ufficio, è illegittimo se si basa sul presupposto che, nella motivazione della sentenza di assoluzione, sia stata affermata la permanen-

za del dubbio sulla sussistenza della condotta asseritamente illecita tenuta dall'imputato.

Come osservato dalla sentenza in commento, infatti, l'art. 530 c.p.p. al primo comma individua una pluralità di formule assolutorie e, al secondo comma, recepisce la regola di giudizio in base a cui va pronunciata l'assoluzione anche quando manchi o sia insufficiente o contraddittoria la prova sulla sussistenza del fatto-reato, sulla sua commissione, sulla qualificazione del fatto stesso come reato, etc.

Entrambe le ipotesi assolutorie escludono ogni responsabilità dell'imputato agli effetti penali, e ciò anche nel caso in cui la motivazione della sentenza di assoluzione affermi la permanenza del dubbio sulla sussistenza della condotta asseritamente illecita tenuta dall'imputato. Pertanto, anche nel caso di sentenza assolutoria ex art. 530, co. 2, c.p.p., sussiste senza dubbio il diritto del dipendente al rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in giudizio (necessariamente in concorso con gli ulteriori elementi di cui all'art. 18 della l. n. 137 del 1997).

Corte dei Conti, Basilicata, 8. 2.2011, n. 65

Responsabilità amministrativa e contabile - Ufficio di presidenza del consiglio regionale - Mancata adozione di provvedimenti volti ad interrompere l'erogazione di indennità economica nei confronti di ex consiglieri regionali eletti in parlamento - Danno erariale - Sussiste.

La fattispecie di danno... deve essere valutata alla luce del dato normativo contenuto nel 2° comma dell'art. 122 della costituzione che prescrive testualmente: "Nessuno può appartenere contemporaneamente a un consiglio o a una giunta regionale e ad una delle Camere del Parlamento, ad un altro consiglio o ad altra giunta regionale, ovvero al Parlamento europeo". La cogenza e la precettività del divieto... si risolve nell'affermare la sussistenza di una ipotesi di incompatibilità ("Consigliere regionale...e membro di una delle due Camere") sottratta ad ogni interpretazione, o modifica normativa di rango non costituzionale, che ne attenui in qualunque modo la portata e la forza. In altre parole, il Costituente, con la norma dell'art. 122, co. 2, ha inteso chiaramente "pre-giudicare" - sancendone la impossibile coesistenza - la contemporanea titolarità in testa a un medesimo soggetto delle funzioni di

governo o legislative regionali e di quella legislativa statale o europea... L'Ufficio di Presidenza si atteggia ad organo di supporto operativo del consiglio regionale, del quale cura la generale ed ottimale organizzazione dei lavori, ed ai cui componenti assicura la provvista e la conservazione di tutte le prerogative - anche economiche - preordinate all'ordinato e regolare esercizio della funzione legislativa... Da quanto fin qui spiegato deriva la competenza dei componenti dell'Ufficio di Presidenza del consiglio regionale e del Dirigente generale ad esso preposto ad adottare i provvedimenti di "interruzione" della erogazione delle indennità consiliari, in quanto consequenziali - in chiave di automaticità - alle ricevute comunicazioni di opzione per la carica elettiva nazionale da parte dei quattro Consiglieri regionali eletti al Senato.

In base all'art. 122, co. 2, cost., è vietata qualsiasi possibilità di coesistenza, in capo alla stessa persona, di due funzioni legislative, quella di parlamentare e di consigliere regionale.

Una volta che i consiglieri regionali abbiano manifestato la volontà di esercitare l'opzione in favore della carica di parlamentare, gli organi di gestione delle risorse finanziarie hanno il compito e l'obbligo di disporre l'interruzione della erogazione della indennità consiliare regionale correlata alla carica "rifiutata", il cui riconoscimento è incompatibile con la erogazione della indennità parlamentare. Nel caso in cui i componenti dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale ed il Direttore generale omettano di adottare provvedimenti volti ad interrompere la corresponsione di trattamenti economici agli ex consiglieri regionali neo parlamentari, essi risponderanno del danno erariale causato, consistente nell'ingiustificata elargizione di risorse pubbliche disposta in favore di chi non era titolare di alcun diritto a riceverle.

Corte dei Conti, Lazio, 5.5.2011, n. 741

Affidamento di incarichi a professionisti esterni.

Mancata prova della carenza di personale in organico che giustifica tale affidamento.

Danno erariale - sussiste.

L'affidamento di incarichi a professionisti esterni alla pubblica amministrazione costituisce danno erariale se l'asserita insufficienza del personale tecnico in organico, idonea a giusti-

ficare tale affidamento, si traduce in una mera clausola di stile, in una affermazione priva di riscontri. Tuttavia, è indubbio che se le opere eseguite dai professionisti esterni abbiano apportato vantaggi alla comunità amministrata, appare equo e ragionevole limitare l'importo del danno risarcibile.

TAR Calabria, Cz, 28. 2.2011, n. 221

Accesso ai documenti comunali da parte dei consiglieri comunali.

Diritto soggettivo pubblico strumentale all'espletamento del mandato - limitazioni concernenti intere categorie di atto o tutti gli atti successivi ad una determinata data.

Illegittimità.

È illegittima, per contrasto con l'art. 43, co. 2 del TU Enti locali la norma regolamentare che non ammette la richiesta di accesso agli atti di un consigliere comunale avente ad oggetto tutti gli atti adottati successivamente ad una certa data oppure concernente intere categorie di atti, in quanto tale limitazione confligge con il diritto, riconosciuto ai consiglieri comunali dalla suddetta norma legislativa, di ottenere dagli uffici comunali "tutte le notizie e le informazioni utili all'espletamento del proprio mandato"... Il diritto di accesso del consigliere comunale alla documentazione del comune si attegga quale diritto soggettivo pubblico di accesso, concretantesi nella facoltà di visione e di ottenere copia dei documenti al fine di garantire, senza limitazioni, la più ampia informazione, allo scopo di valutare, con piena cognizione, la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'amministrazione, in vista dell'esercizio del mandato elettorale di cui il consigliere è stato investito dai cittadini... Il diritto di avere dall'ente tutte le informazioni che siano utili all'espletamento del mandato non incontra alcuna limitazione derivante dalla loro natura riservata, in quanto il consigliere comunale è vincolato all'osservanza del segreto.

TAR Piemonte, 25.3.2011, n. 276

Assoluzione del dipendente pubblico in sede penale - procedimento disciplinare connesso a quello penale - rimborso delle spese legali per la difesa in seno al procedimento disciplinare.

Non spetta.

Diritto al rimborso delle spese legali per i soli ambiti processuali, con esclusione delle fasi amministrative, quali quella disciplinare.

Ai sensi dell'art. 18 della l. 23.5.1997, n. 135, "le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato".

La sentenza in commento ritiene che, secondo il tenore letterale della disposizione sopra citata, il diritto al rimborso delle spese legali vada limitato ai soli ambiti processuali, con esclusione delle fasi amministrative.

Poiché, come chiarito dalla Corte Costituzionale con sentenza del 30.5.2008, n. 182, il procedimento disciplinare riveste natura amministrativa e non giurisdizionale, deve consequenzialmente ritenersi escluso il diritto del dipendente al rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in seno allo stesso.

TAR Puglia, Ba, 31.3.2011, n. 528

Danni da mobbing - azione di risarcimento del dipendente pubblico nei confronti della amministrazione datrice di lavoro - onere probatorio rigoroso in capo al ricorrente.

La regola generale dell'onere probatorio, secondo cui spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti su cui fonda la pretesa avanzata, trova integrale applicazione nel giudizio risarcitorio, nel quale non ricorre quella diseguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato che giustifica nel giudizio di legittimità l'applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo. Detto principio trova ora conferma nella previsione normativa di cui all'art. 64, comma 1 cod. proc. amm. Per "mobbing" si intende una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emar-

ginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, pertanto, rilevanti: a) la molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio. La condotta di mobbing dell'amministrazione pubblica datrice di lavoro, consistente in comportamenti materiali o provvedimenti contraddistinti da finalità di persecuzione e di discriminazione, indipendentemente dalla violazione di specifici obblighi contrattuali nei confronti di un suo dipendente, deve da quest'ultimo essere provata e, a tal fine, valenza decisiva è assunta dall'accertamento dell'elemento soggettivo, e cioè dalla prova del disegno persecutorio... Determinati comportamenti non possono essere qualificati come mobbing se è dimostrato che vi è una ragionevole e alternativa spiegazione. E' evidente che nel caso di specie i comportamenti posti in essere dalla PA resistente nei confronti dell'odierno ricorrente non si caratterizzano per il carattere unitariamente persecutorio e discriminante (il cui onere probatorio, rimasto inadempito, gravava - come detto - su parte ricorrente) mancando altresì la prova del disegno persecutorio. Né detti comportamenti possono essere qualificati come "mobbing" posto che la stessa amministrazione, come visto in precedenza, ha dimostrato nel corso del presente giudizio che vi è una ragionevole e alternativa spiegazione.

TAR Piemonte, 7.4.2011, n. 357

Delega di funzioni del sindaco agli assessori comunali in materia edilizia - validità.

La materia edilizia non è attribuita al Sindaco come ufficiale di governo, ma come capo dell'amministrazione comunale, sicchè non sussiste alcun divieto per il sindaco di delegare le proprie funzioni agli assessori... La mancata

indicazione degli estremi della delega di firma e delle ragioni di impedimento del Sindaco non inficia l'atto impugnato in mancanza di norme che prescrivano tale obbligo. Era onere della ricorrente provare il fatto negativo della insussistenza della delega o della ragione di impedimento.

TAR Lombardia, 1.4.2011, n. 1010.

Estinzione del procedimento disciplinare per inerzia procedimentale.

Illegittimità della sanzione successivamente irrogata.

L'art 120, co. 1, del d.P.R. n. 3/57 stabilisce che "Il procedimento disciplinare si estingue quando siano decorsi novanta giorni dall'ultimo atto senza che nessun ulteriore atto sia stato compiuto". Risulta dal provvedimento impugnato che il procedimento disciplinare instaurato nei confronti del ricorrente è stato sospeso in data 24.6.2008 ed è stato riattivato in data 31.3.2009. Nel periodo intercorrente fra le due date non è stato adottato alcun atto di procedura. Ne consegue che, in applicazione dell'art. 120, co. 1, del d.P.R. n. 3/57, il procedimento disciplinare si è estinto prima dell'adozione del provvedimento conclusivo con cui è stata irrogata la sanzione la quale, per questa ragione, deve considerarsi illegittimamente disposta. Né può condividersi la tesi per cui il procedimento disciplinare era da ritenersi sospeso giacchè il dipendente risultava all'epoca sottoposto a procedimento penale per gli stessi fatti che avevano dato origine al procedimento disciplinare. La sospensione del procedimento disciplinare, infatti, può essere disposta solo dal momento in cui il dipendente assume la qualità di imputato nel processo penale, e quindi solo dopo il suo rinvio a giudizio o solo dopo l'adozione degli altri atti con i quali il pubblico ministero chiede al giudice di decidere sulla pretesa punitiva, non già, invece, quando il procedimento penale si trova ancora nella fase delle indagini preliminari.

La ratio dell'estinzione del procedimento disciplinare per decorso del termine di cui all'art. 120 del d.P.R. n. 3/57 è da ravvisarsi nella obiettiva necessità che tale procedimento si chiuda in tempi ragionevoli. In una materia così delicata, in cui sono in gioco la personalità del dipendente e la prosecuzione della sua attività

lavorativa, non è ammissibile che questi rimanga sottoposto alla potestà punitiva dell'amministrazione per un tempo indeterminato.

Anche per questa ragione, si ritiene che il giudice debba limitarsi a verificare la sussistenza dell'inerzia procedimentale, senza poter apprezzare l'esistenza di eventuali circostanze che possano avere influenzato l'operato dell'amministrazione e determinato il ritardo nell'adozione dell'atto di irrogazione della sanzione.

TAR Lombardia, Bs, 28. 4.2011, n. 638

Consiglieri comunali - mancata partecipazione alle sedute per opposizione a scelte non condivise.

Revoca del consigliere - illegittimità della delibera.

- le assenze per mancato intervento dei Consiglieri alle sedute del consiglio comunale non debbono essere giustificate preventivamente di volta in volta;
 - le giustificazioni possono essere fornite successivamente, anche dopo la notificazione all'interessato della proposta di decadenza, ferma restando l'ampia facoltà di apprezzamento del consiglio comunale in ordine alla fondatezza, serietà e rilevanza delle circostanze addotte;
 - i presupposti dai quali consegue la decadenza vanno interpretati restrittivamente e con estremo rigore, data la limitazione che la stessa comporta all'esercizio di un *munus publicum*;
 - le assenze danno luogo a revoca quando denotano un atteggiamento di disinteresse, ovvero motivi futili o inadeguati rispetto agli impegni presi con l'incarico pubblico elettivo.
- Rientra nel diritto del consigliere comunale

l'impiego di tutti gli strumenti giuridici offerti dall'ordinamento per opporsi a decisioni non condivise (quali, ad esempio, l'espressione di voto contrario, l'astensione dal voto o l'omessa partecipazione alla seduta anche al fine di impedire il formarsi del quorum strutturale).

TAR Piemonte, 14.4.2011, n. 482

Mancata predisposizione di semplici accorgimenti per la prevenzione di infortuni - violazione dell'art. 2087.

Condanna della amministrazione al risarcimento dei danni.

La semplice assenza del dispositivo antiscivolo sulle scale dell'ufficio ha quantomeno agevolato la caduta e tanto integra una violazione dell'art. 2087 c.c., considerato l'onere del datore di lavoro di adottare ogni accorgimento idoneo a prevenire infortuni, tanto più che l'accorgimento in questione è di semplice applicazione.

Trib. Trento, Sez. Lavoro, 4. 5.2011, n. 11

Trasformazione coattiva del rapporto di lavoro da part-time a tempo pieno - contraria volontà del dipendente.

Illegittimità.

E' illegittima la trasformazione del rapporto di lavoro da part-time a tempo pieno autoritativamente disposta dal datore di lavoro in assenza del consenso del lavoratore. E' stato così disapplicato l'art. 16, l. 183/2010 perché non conforme alla direttiva 15.12.1997 n. 97/81/CE, così come recepita dall'Italia con d. lgs. 61/2000.

«.....GA:.....»

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LEGGE N. 85/2011. FEDERALISMO FISCALE: PROROGA DEI TERMINI PER L'ESERCIZIO DELLA DELEGA DI CUI ALLA L. 5.5.2009 N. 42. G.U. N. 139 DEL 17.6. 2011

*Entrata in vigore del provvedimento:
18.6.2011*

Art. 1

1. Alla l. 5.5.2009, n. 42, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'art. 2, co. 1, le parole: «ventiquattro mesi» sono sostituite dalle seguenti: «trenta mesi»; b) all'art. 2, co. 3, le parole: «sessanta giorni» sono sostituite dalle seguenti: «novanta giorni»; c) all'art. 2, co. 7, le parole: «due anni» sono sostituite dalle seguenti: «tre anni»; d) all'art. 3, il co. 6 è sostituito dal seguente: «6. Qualora il termine per l'espressione del parere scada nei trenta giorni che precedono il termine finale per l'esercizio della delega o successivamente, quest'ultimo è prorogato di centocinquanta giorni»; e) all'art. 16, dopo il co. 1 è aggiunto il seguente: «1-bis. Gli interventi di cui al co. 1 sono riferiti a tutti gli enti territoriali per i quali ricorrano i requisiti di cui all'art. 119, quinto comma, della costituzione»; f) all'art. 23, co. 6, alinea, le parole: «trentasei mesi» sono sostituite dalle seguenti: «quarantotto mesi»; g) all'art. 27, co. 1, le parole: «ventiquattro mesi» sono sostituite dalle seguenti: «trenta mesi». 2. Le disposizioni di cui al co. 1, lett. b) e d), non si applicano nei riguardi dei procedimenti relativi agli schemi di decreto legislativo che, alla data di entrata in vigore della presente legge, sono già stati trasmessi alla Conferenza unificata ai fini dell'intesa di cui

all'art. 2, co. 3, secondo periodo, della l. 5.5.2009, n. 42. 3. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

«..... GA.....»

AGENZIA DELLE ENTRATE, 13.6.2011

Publicato l'elenco dei codici catastali comunali e delle aliquote dell'addizionale comunale per gli anni 2010-2011.

«..... GA.....»

MINISTERO DELL'ECONOMIA E FINANZE: CIRCOLARE N. 11/2011 CONCERNENTE IL "PATTO DI STABILITÀ INTERNO" PER IL TRIENNIO 2011-2013

Nella Gazzetta Ufficiale n. 135 del 13.6.2011 è stata pubblicata la circolare n. 11/2011 del ministero dell'economia e finanze concernente il "patto di stabilità interno" per il triennio 2011-2013 per le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti (commi 87 e seguenti dell'art. 1 della l. 13.12.2010, n. 220).

«..... GA.....»

AGENZIA DELLE ENTRATE, CIRCOLARE 1.6.2011 N. 26/E, CEDOLARE

**SECCA SUGLI AFFITTI - ART. 3 DEL
D. LGS. 14.3.2011, N. 23 (DISPOSIZIONI
IN MATERIA DI FEDERALISMO FI-
SCALE MUNICIPALE)**

L'agenzia delle entrate interviene fornendo i primi chiarimenti in ordine all'applicazione del nuovo regime di tassazione sostitutivo precisando l'ambito applicativo, le condizioni per l'applicazione, le modalità di registrazione del contratto e l'esercizio del diritto di opzione, la durata e gli effetti dell'opzione, l'incidenza della cedolare secca sulla determinazione del reddito, nonché la disciplina delle sanzioni

«..... GA.....»

**MINISTERO DELL'ECONOMIA E DEL-
LE FINANZE, DECRETO 13.5.2011 (G.U.
N. 126 DEL 1.6.2011)**

A decorrere dal 1.5.2011 il tasso d'interesse annuo posticipato da corrispondere, ai sensi dell'art. 1, co. 3 della l. 29.10.1984, n. 720 e successive modificazioni, sulle somme depositate nelle contabilità speciali fruttifere degli enti ed organismi pubblici è determinato nella misura dello 1,00% lordo.

«..... GA.....»

**D.P.C.M. 23.3.2011 (G.U. N. 129 DEL
25.5.2011)**

... recante misure correttive al patto di stabilità interno tra le novità si segnalano: - l'art. 2 che individua il tetto massimo di incidenza percentuale dell'importo del saldo finanziario ex l. n. 220/2010, sulla media triennale 2006-2008 delle spese correnti distinguendo tra: 1) comuni con oltre 200.000 abitanti (10,5%); 2) comuni con popolazione compresa tra i 10.000 e i 200.000 abitanti (7%); comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti (5,4%); province (7%); - l'art. 3 che considera nel saldo finanziario le entrate originate dalla cessione di azioni o quote di società operanti nel settore dei servizi pubblici locali, nonché quelle derivanti da distribuzione di dividendi determinati da operazioni straordinarie e le risorse relative alla vendita del pa-

trimonio immobiliare.

«..... GA.....»

**AGENZIA DELLE ENTRATE, ANNUA-
RIO 2011**

... l'agenzia delle entrate ha pubblicato un utile vademecum nel quale tra l'altro vengono indicate le principali scadenze fiscali, viene dato ampio risalto alle recenti novità tributarie tra le quali la cedolare secca, la legge di stabilità 2011, le misure fiscali del d.l. n. 78/2010 ed, infine, utili indicazioni per la compilazione delle dichiarazioni dei redditi

«..... GA.....»

**AGENZIA DELLE ENTRATE, PROVVE-
DIMENTO 22.6.2011**

Dal 1.10.2011 gli interessi di mora per ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo sono determinati nella misura del 5,0243% in ragione annuale.

«..... GA.....»

**AGENZIA DELLE ENTRATE, PROVVE-
DIMENTO 21.6.2011**

Lo Stato, le regioni, le province, i comuni e gli organismi di diritto pubblico non soggiacciono all'obbligo di segnalazione delle operazioni IVA sopra i 3000 euro (cd spesometro).

«..... GA.....»

**D. LGS 91/2011 (G.U. N. 145 DEL
24.6.2011), ADEGUAMENTO ED ARMO-
NIZZAZIONE DEI SISTEMI CONTA-
BILI DELLE REGIONI, DELLE PRO-
VINCE E DEI COMUNI**

Dal 1.9.2011 entrerà in vigore il settimo decreto attuativo che promuove l'armonizzazione delle procedure contabili attraverso l'introduzione di una disciplina omogenea dei procedimenti di programmazione, gestione, rendicontazione e controllo.

«..... GA.....»

D.M. 30.6.2011 (G.U. n. 153 del 4.7.2011)

Differito al 31.8.2011 il termine di approvazione del bilancio di previsione degli enti locali.

«..... GA.....»

L. 12.7.2011, N. 106 CONVERSIONE IN LEGGE, CON MODIFICAZIONI, DEL D.L. 13.5.2011, N. 70, CONCERNENTE

SEMESTRE EUROPEO - PRIME DISPOSIZIONI URGENTI PER L'ECONOMIA

A decorrere dal 1.1.2012, in deroga alle vigenti disposizioni, la società Equitalia Spa, nonchè le società per azioni dalla stessa partecipate cessano di effettuare le attività di accertamento, liquidazione e riscossione, spontanea e coattiva, delle entrate, tributarie o patrimoniali, dei comuni e delle società da essi partecipate.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

VERIFICHE ISPETTIVE E “NUOVA” LEGGE DI CONTABILITÀ E FINANZA PUBBLICA

del Dott. Filippo Barbagallo

Commento alla sentenza n. 370/2010 della Corte Costituzionale

La sentenza n. 370 del 15.12.2010.

La regione Lombardia ha sollevato 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 una verifica amministrativo-contabile concernente la gestione delle risorse finanziarie destinate agli enti strumentali dipendenti dalla medesima regione, lamentando il contrasto con gli artt. 117, co. 4, e 118 cost..

La Corte ha dichiarato non fondata la questione, in quanto l'attività ispettiva svolta dai Servizi ispettivi di finanza pubblica spetta allo Stato, in quanto preparatoria rispetto alla funzione di coordinamento della finanza pubblica, in ordine alla quale concorrono, a norma dell'art. 117, co. 3, cost., potestà legislativa statale e potestà legislativa regionale.

La Corte, come anche in passato, 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, della cost..

In sostanza, la finalità dell'azione di coordinamento esige che, a livello centrale, si possano collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, bensì anche i poteri eventualmente ne-

cessari perché tale finalità di coordinamento (che di per sé eccede inevitabilmente le possibilità di intervento dei livelli territoriali sub-statali) possa essere concretamente realizzata.

Considerazioni dottrinarie sull'art. 14 della nuova legge di contabilità e finanza pubblica (l. n. 196/2009): “codifica” delle verifiche ispettive e “prudenza” del legislatore.

Nel risolvere la questione di costituzionalità, la Corte ha applicato l'art. 14 della “nuova” legge di contabilità e finanza pubblica, laddove dispone che, in relazione alle esigenze di controllo e di monitoraggio degli andamenti di finanza pubblica, utilizzando anche i dati della banca dati unitaria delle amministrazioni pubbliche, il dipartimento della ragioneria generale dello Stato provvede ad effettuare, tramite i servizi ispettivi di finanza pubblica, verifiche sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche, ad eccezione delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano.

I referti delle verifiche, ancorché effettuate su richiesta delle amministrazioni, sono documenti accessibili nei limiti e con le modalità previsti dalla l. n. 241/1990.

In ogni caso, per gli enti territoriali i predetti servizi effettuano verifiche volte a rilevare eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica e procedono, altresì, alle verifiche richieste dal Ministro competente all'avvio della procedura di cui all'art. 8 della l. 5.6.2003, n. 131.

In tal modo, è possibile compiere verifiche

aggiuntive allorquando, dall'esame dei dati della banca dati unitaria della amministrazioni pubbliche si accenda un campanello d'allarme su possibili rischi di non conseguimento degli obiettivi fissati.

Nel caso delle verifiche riferite agli enti territoriali, i relativi referti sono posti a conoscenza della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, in vista della possibile attivazione di un procedimento che ha per oggetto la definizione concordata, per gli enti che non sono in grado di attuarlo autonomamente, di un piano finalizzato al conseguimento degli obiettivi del "Piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza" (di cui all'art. 18 della l. n. 42/2009, come modificato dall'art. 51, co. 3, della l. n. 196/2009)¹.

Tale disposizione ha suscitato talune considerazioni da parte della dottrina.

Anzitutto, occorre notare che il legislatore, nonostante regioni ed enti locali abbiano sovente opposto chiusure e resistenze rispetto alle verifiche ispettive dei S.I.Fi.P., sia per quelle finalizzate ad effettuare verifiche amministrativo-contabili in senso proprio, sia quelle disposte per la verifica del Patto di stabilità interno ovvero al cd. Patto per la salute tra Stato e regioni in sede di Conferenza unificata, ha "codificato" tale attività ispettiva nei confronti di detti enti.

La riforma del titolo V della costituzione, avvenuto con la l. costituzionale n. 3 del 2001, infatti, ha ampliato il ruolo legislativo ed amministrativo, rispettivamente, di regioni ed enti locali, dando luogo ad interpretazioni diverse del concetto di Stato.

L'art.14 della l. n. 196/2009 è intervenuto, in buona sostanza, a risolvere tali diverse interpretazioni.

Occorre, inoltre, rilevare che, dalle disposizioni citate, emerge una certa "prudenza" del legislatore nell'estendere totalmente alle autonomie i poteri ispettivi della ragioneria generale dello Stato.

Infatti, la norma ritiene praticabili tali poteri nei confronti degli enti locali ma non delle regioni, benché il carattere accessivo della

funzione ispettiva rispetto alla tutela dell'ordine finanziario generale (e, cioè, ad una finalità di sicura appartenenza statale nell'ambito del "coordinamento della finanza pubblica") non dovrebbe impedire di far luogo a ispezioni, eventualmente "congiunte" fra Stato e regioni, anche sulla gestione delle amministrazioni regionali².

Si potrebbe, anzi, argomentare che, grazie all'innovazione contenuta nella nuova legge di contabilità e finanza pubblica, i controlli dei S.I.Fi.P. appaiono completi verso comuni, province, comunità montane e città metropolitane (comprendendo sia verifiche amministrativo-contabili che verifiche "sugli scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica", come ad esempio il Patto di stabilità interno ed il cd. "Patto per la salute per gli anni 2010-2012), mentre nei confronti degli enti regionali, gli stessi appaiono limitati ai soli "scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica" essendo tali enti inquadrabili tra gli "enti territoriali" menzionati nella lett. d) dell'art. 14 della l. n. 196/2009³.

Le motivazioni della Consulta: la rilevanza delle leggi di ordinamento della finanza pubblica.

Occorre rilevare, inoltre, che la Corte giunge alle sue conclusioni richiamando il contenuto della sentenza n. 376/2003, sottolineando come "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; onde, attesa la specificità della materia, non può ritenersi preclusa alla legge statale la possibilità, nella materia medesima, di prevedere e disciplinare tali poteri, anche in forza dell'art. 118, co. 1, della costituzione. Il carattere "finalistico" dell'azione di coordinamento esige che, a livello centrale, si possano collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, ma, altresì, i poteri pun-

¹ G. Vegas, *Il nuovo bilancio pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2010, pag. 140.

² G. D'Auria, *I controlli e la copertura finanziaria delle leggi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7/2010, pag. 690.

³ A.L. Tarasco, *Il problema dell'efficacia dei controlli ispettivi esterni*, in *Nuove autonomie*, 2010, fasc. 1, pag. 169.

tuali eventualmente necessari perché la finalità di coordinamento (che di per sé eccede inevitabilmente, in parte, le possibilità di intervento dei livelli territoriali sub-statali) possa essere concretamente realizzata”.

Ne deriva che l'attività ispettiva finalizzata al coordinamento della finanza pubblica può concretarsi in verifiche analitiche, nel caso in cui sia necessario compiere controlli puntuali, anche “per campione”, per accertare lo stato della finanza pubblica ed averne una “visione unitaria”⁴.

La difesa regionale ha sostenuto la riconducibilità dell'attività ispettiva oggetto del conflitto alla materia de “l'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalle regioni” e, dunque, alla potestà legislativa residuale regionale, richiamando due pronunce della Corte (sentenza n. 182/1997 e n. 228/1993), relative all'esercizio del potere dei Servizi ispettivi di finanza pubblica nei confronti delle autonomie territoriali.

Ma dette pronunce, come ha ricordato la Corte, riguardavano le province autonome di Trento e di Bolzano e, dunque, enti ad autonomia speciale; erano precedenti alla riforma del titolo V della parte II della costituzione; si riferivano ad enti del servizio sanitario, sui quali il ministero dell'economia e delle finanze esercita, comunque, un controllo attraverso la nomina dei componenti del collegio dei revisori dei conti.

La ricorrente ha anche richiamato il citato art. 14, co.1, lett.d), della l.31.12.2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), laddove, nel disporre che il ministero dell'economia e delle finanze – dipartimento della ragioneria generale dello Stato possa “effettuare, tramite i servizi ispettivi di finanza pubblica, verifiche sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche, ad eccezione delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano”.

La Corte ha osservato che la difesa regionale ha richiamato soltanto il primo periodo dell'art. 14, co. 1, lett. d), della l. n. 196/2009, senza far cenno al terzo e al quarto comma,

⁴ Vedasi anche la sentenza n. 267/2006 e l'ordinanza n. 285/2007.

secondo cui, “in ogni caso, per gli enti territoriali i predetti servizi effettuano verifiche volte a rilevare eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica e procedono altresì alle verifiche richieste dal Ministro competente all'avvio della procedura di cui all'art. 8 della l. 5.6.2003, n. 131. I referti delle verifiche di cui al terzo periodo sono inviati alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica affinché possa valutare l'opportunità di attivare il procedimento denominato “Piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza”, di cui all'art.18 della l.5.5.2009, n. 42, come modificato dall'art. 51, co. 3, della presente legge”.

Le disposizioni del terzo e quarto periodo dell'art. 14, co. 1, lett. d), della l. n. 196 del 2009, pertanto, consentono lo svolgimento di verifiche correlate al coordinamento della finanza pubblica.

La conclusione cui è giunta la Corte trova ulteriore conferma nelle norme generali sul sistema finanziario pubblico e nella disciplina concernente il federalismo fiscale.

L'art. 28, co. 1, della l. 27.12.2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), prevede, infatti, che “Allo scopo di assicurare il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il Ministero dell'economia e delle finanze provvede all'acquisizione di ogni utile informazione sul comportamento degli enti ed organismi pubblici di cui all'articolo 1, co.2, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, anche con riferimento all'obbligo di utilizzo delle convenzioni CONSIP, avvalendosi dei propri rappresentanti nei collegi sindacali o di revisione presso i suddetti enti ed organismi e dei servizi ispettivi di finanza pubblica”.

Inoltre, la l. 5.5.2009, n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione), dopo aver stabilito, all'art. 5, co.1, “l'istituzione, nell'ambito della Conferenza unificata, della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica come organismo stabile di coordinamento della finanza pubblica” e precisato, tra i principi e criteri direttivi, che “la Conferenza verifica la congruità dei dati e delle basi informative fi-

nanziarie e tributarie, fornite dalle amministrazioni territoriali”, ha previsto, all’art. 18, co. 1, che “il Governo, previo confronto e valutazione congiunta in sede di Conferenza unificata, propone norme di coordinamento dinamico della finanza pubblica volte a realizzare l’obiettivo della convergenza dei costi e dei fabbisogni standard dei vari livelli di governo nonché un percorso di convergenza degli obiettivi di servizio dei livelli essenziali delle prestazioni e alle funzioni fondamentali di cui all’art.117, co. 2, lett. m) e p), della Costituzione”.

L’art. 14, co. 1, lett. d), della l. n. 196/2009, dunque, ha attribuito un ruolo preliminare ai Servizi ispettivi di finanza pubblica, strumentale anche al fine del reperimento delle informazioni utili ad assicurare il perseguimento degli obiettivi e il coordinamento della finanza pubblica da parte dell’apposita Conferenza permanente.

Ciò non significa che le ispezioni dei Servizi ispettivi di finanza pubblica nei riguardi delle regioni possano essere effettuate senza limitazioni. Tale attività deve rispettare l’autonomia finanziaria delle regioni, sia di entrata sia di spesa ed essere finalizzata alla raccolta di dati e informazioni utili al perseguimento delle finalità di coordinamento della finanza pubblica. Qualora le verifiche ispettive dovessero evidenziare elementi di illegittimità ovvero significativi scostamenti rispetto alle esigenze di finanza pubblica, costituirebbero la base sulla quale innestare le procedure appositamente contemplate dalla Costituzione, dalla disciplina legislativa sulla finanza pubblica e sul federalismo e dalla normativa relativa alla Corte dei conti.

Stato della giurisprudenza costituzionale in materia di verifiche ispettive dei S.I.Fi.P..

L’esame della sentenza n. 370/2010 ci permette di effettuare un breve “stato dell’arte” della scarsa giurisprudenza costituzionale in materia.

Oltre alla sentenza in commento, infatti, non si rinvencono molte tracce nella giurisprudenza costituzionale in materia di verifiche ispettive dei S.I.Fi.P..

Altre pronunce sull’argomento sono costi-

tuite, come in precedenza accennato, dalla sentenza n. 182/1997 e dalla sentenza n. 228/1993, richiamata dalla prima.

Con la sentenza n. 182/1997 la Corte si è espressa a seguito di un ricorso presentato dalla provincia autonoma di Trento per conflitto di attribuzione nei confronti di tre note del ministero del tesoro, datate 1 dicembre 1995, aventi ad oggetto “Accertamenti ispettivi presso l’Azienda USL di Trento”, indirizzate, rispettivamente, all’Assessorato provinciale alla sanità, ad un dirigente dei servizi ispettivi ed al direttore della Ragioneria regionale dello Stato, incaricati di eseguire l’ispezione.

La provincia ricorrente ha lamentato la lesione delle proprie attribuzioni, definite dagli artt. 8, n. 1, 9, co. 1, n. 10, 16, co. 1, e 54 dello statuto speciale (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), nonché dalle norme di attuazione e, segnatamente, dall’art. 2 del decreto legislativo emanato con d.P.R. 28 marzo 1975, n. 474 (come sostituito dall’art. 1 del d. lgs. 16.3.1992, n. 267) e dall’art. 4 del d. lgs. 16.3.1992, n. 266.

Nel decidere sul ricorso, la Corte, richiamando la sentenza n. 228/1993, pronunciata su analogo conflitto sollevato dalla Provincia autonoma di Bolzano nei confronti di una nota del medesimo ministero, avente ad oggetto una verifica amministrativo-contabile presso l’Unità sanitaria locale n. 2 di Merano, ha negato che dall’art. 29 del r.d. n. 2440/1923 e dall’art. 3 della l. n. 1037/1939 potesse desumersi il potere di verifica o ispezione nei confronti della Provincia autonoma.

I passaggi argomentativi sui quali fu allora risolto il conflitto a favore della Provincia autonoma possono essere così riassunti.

Lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31.8.1972, n. 670), all’art. 4, co. 1, n. 7, attribuisce alla regione competenza esclusiva in materia di ordinamento degli enti sanitari e ospedalieri ed affida, in base all’art. 9, co. 1, n. 10, competenza legislativa concorrente alle province autonome in materia di igiene e sanità, ivi compresa l’assistenza sanitaria e ospedaliera.

Le norme di attuazione delle due diverse sfere di competenza hanno puntualizzato che alla regione spetta la “disciplina del modello

di organizzazione delle istituzioni ed enti sanitari”, mentre alle province autonome é attribuita potestà legislativa e amministrativa attinente al funzionamento e alla gestione degli enti sanitari⁵.

Conformemente a questa ripartizione dei compiti tra regione e province autonome, delineata nelle norme di attuazione, la regione, con l’art. 15 della legge regionale n. 6/1980, aveva già attribuito il controllo sugli atti e sugli organi delle Unità sanitarie locali alle Giunte provinciali, ai sensi dell’art. 54 dello statuto speciale e la provincia di Bolzano, con l’art. 26 della legge provinciale n. 33/1988, aveva istituito un “Ufficio economia sanitaria”, investito del compito di controllare l’impiego dei fondi, di revisionare i fattori di costo delle unità sanitarie locali e di provvedere alla rendicontazione verso lo Stato.

Tale assetto normativo trova la sua norma di chiusura nell’art. 4 del d. lgs. n. 266/1992, secondo il quale, nelle materie di competenza propria della regione o delle province autonome, la legge non può attribuire agli organi statali funzioni amministrative, compresa la funzione di vigilanza, diverse da quelle spettanti allo Stato secondo lo statuto speciale e le relative norme di attuazione.

Sulla base di tale ricostruzione normativa, la Corte ha affermato che anche il potere ispettivo sulle Unità sanitarie locali, in quanto riconducibile al più ampio potere di vigilanza, deve ritenersi riferito alle province autonome, con la conseguente esclusione, stante l’assenza di una previsione specificamente espressa a questo fine nello statuto speciale e nelle relative norme di attuazione, di un controllo aggiuntivo da parte del ministero del tesoro, esercitabile in forza di norme anteriori alla definizione dello speciale ordinamento regionale.

Le esposte argomentazioni valgono anche per la provincia autonoma di Trento, la quale, con la legge provinciale n. 10/1993, attuando il modello organizzativo stabilito dalla regione, ha istituito l’Azienda provinciale per i servizi sanitari, ha disciplinato l’attività di controllo su di essa attribuendola alla Giunta

provinciale, ai sensi dell’art. 54 dello statuto e a un collegio dei revisori composto da cinque membri (tre dei quali designati dal Consiglio provinciale e due dal ministro del tesoro, secondo i principi della legislazione statale); ha istituito nuovi servizi della Giunta (in particolare, il Servizio ispettivo attività sanitarie), con funzioni di vigilanza e verifica dell’attività dell’Azienda; ha, infine, previsto, attraverso un richiamo indiretto alla disciplina posta dalla l. n. 833/1978, l’obbligo dell’Azienda di fornire rendiconti trimestrali alla Provincia, che, a sua volta, li trasmette ai Ministeri della sanità e del tesoro.

La conclusione della Corte è stata, quindi, che il potere ispettivo dello Stato nei confronti dell’Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento non può fondarsi sugli artt. 29 del r.d. n. 2440/1923 e 3 della legge n. 1037/1939.

Il solo elemento di diversità rispetto alla fattispecie già esaminata dalla Corte nella sentenza n. 228/1993, é che, in questo caso, a fondamento del potere ispettivo, viene indicato anche l’art. 65 del d. lgs. n. 29/1993, il quale prevede che il ministero del tesoro, anche su espressa richiesta del Ministro della funzione pubblica, dispone visite ispettive a cura dei servizi ispettivi di finanza della Ragioneria generale dello Stato, coordinate con altri analoghi servizi, per la valutazione e la verifica delle spese, con particolare riferimento agli oneri dei contratti collettivi nazionali e decentrati, denunciando alla Corte dei conti le irregolarità riscontrate.

La difesa statale ha segnalato che l’accertamento ispettivo disposto dal ministero del Tesoro, in quanto avente ad oggetto l’assunzione diretta di dipendenti appartenenti alla categoria degli invalidi civili ai sensi della legge n. 462/1968 da parte dell’Unità sanitaria locale, riguarderebbe il controllo del costo del lavoro ai fini del buon andamento dei pubblici uffici (art. 97 cost.), della responsabilità dei pubblici dipendenti (art. 28 cost.), del tendenziale equilibrio di bilancio (art. 81 cost.), del coordinamento dell’autonomia finanziaria della provincia con la finanza dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni (art. 119 cost.) e non riguarderebbe il funzionamento e la gestione degli

⁵ Art. 2, co. 1 e 2, del d.lgs. emanato con d.P.R. n. 474/1975, come sostituito dall’art. 1 del d. lgs. n. 267/1992.

enti sanitari, né l'ordinamento degli uffici provinciali o degli enti paraprovinciali (materie attribuite alla potestà legislativa e amministrativa della provincia ricorrente).

La Corte non ha condiviso la tesi dell'Avvocatura per molteplici ragioni.

In primo luogo, la circostanza che la finalità dell'accertamento ispettivo sia il contenimento del costo del lavoro non esclude che la materia, sulla quale l'ispezione verteva, sia proprio quella del funzionamento e della gestione degli enti sanitari, nella quale la competenza provinciale non è controversa.

Altro è l'attività di gestione degli enti sanitari, che investe ogni profilo della loro attività, altro sono, invece, le norme che gli organi preposti alla gestione e ai controlli su di essa sono chiamati ad applicare: quando pure tali norme siano poste dallo Stato nell'esercizio di una competenza propria (è il caso della disciplina dello stato giuridico dei dipendenti delle Unità sanitarie locali o quello della assunzione diretta degli invalidi civili), non viene meno la competenza "gestoria" affidata alla provincia autonoma dall'art. 2, co.2 d. lgs. emanato con d.P.R. n. 474/1975, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 267/1992.

Anche in questo caso viene in considerazione l'art. 4 del d. lgs. n. 266/1992, a mente del quale in materie di competenza della Provincia è escluso l'esercizio della funzione di vigilanza da parte degli organi statali, essendo tale funzione rimessa alla stessa provincia.

Inoltre, le note del ministero del tesoro, nonostante la precisazione dell'Avvocatura generale dello Stato, sono state giudicate generiche e non consentivano di identificare il contenuto dell'attività ispettiva.

L'assunzione diretta degli invalidi civili è istituito di fonte legale (art. 15 della l. n. 462/1968), rispetto al quale l'oggetto dei controlli previsti dall'art. 65 (valutazione e verifica delle spese, con particolare riferimento agli oneri dei contratti collettivi nazionali e decentrati) è apparso poco pertinente.

Sotto un ulteriore profilo, l'art. 65 del d. lgs. n. 29/1993 non è stato ritenuto applicabile alle regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto non contiene un principio fondamentale di riforma economico-sociale.

Nei confronti delle autonomie speciali opera l'art. 2 della legge di delegazione 23.10.1992, n. 421⁶.

Peraltro, non ogni previsione contenuta in tale articolo costituisce norma di riforma economico-sociale, ma solo i principi da esso desumibili, come del resto chiarito dall'art. 1, co. 3, del d. lgs. n. 29/1993.

Per quanto riguarda, in particolare, il contenimento dei costi del lavoro pubblico, indicato come obiettivo della legge di delegazione all'art. 2, lett. 1), non sono le singole puntuali previsioni di controllo e di verifica statale che trovano applicazione nei confronti delle regioni ad autonomia speciale e delle province autonome, ma solo l'esigenza che siano da tali enti definiti procedure e sistemi di controllo idonei al conseguimento dell'obiettivo del contenimento dei costi.

Anche a voler ritenere che l'art. 65 del d. lgs. n. 29/1993 contenga una norma fondamentale di riforma economico-sociale e, in quanto tale idonea a limitare le competenze delle Province autonome, l'art. 4 del d.lgs n. 266/1992, di attuazione dello statuto speciale, osta a che la disciplina statale si spinga fino al punto di sostituire lo Stato nelle attività di vigilanza che spettano alla stessa provincia.

Conseguentemente, lo Stato, in virtù del carattere riformistico dell'anzidetta disciplina, potrebbe conformare l'attività provinciale, comprimendone la capacità di autodeterminazione, ma non potrà mai assumere in proprio, in forza di una legge ordinaria e al di fuori delle procedure di cui all'art. 107 dello statuto per il Trentino-Alto Adige, l'esercizio della funzione ispettiva⁷.

L'assunzione da parte del ministero di uno strumento ispettivo inteso alla rilevazione dei costi non è stato ritenuto giustificabile neanche nel contesto normativo delineato dalla legge di delegazione n. 421/1992; tanto meno essa si giustifica se si considera che il ministero del tesoro partecipa al controllo delle Unità sanitarie locali attraverso la nomina di due componenti del collegio dei revisori dei

⁶ Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale.

⁷ Sentenze nn. 366 e 40 del 1992, n. 3 del 1991, nn. 343 e 224 del 1990.

conti, il quale assume, come rilevato nella sentenza n. 107 del 1987 della Corte, un ruolo di mediatore in materia finanziaria e amministrativo-contabile tra le Unità sanitarie locali da una parte e lo Stato e le regioni dall'altra.

Infine, secondo il giudice delle leggi, il ministero del tesoro poteva assumere ogni necessaria informazione sia attraverso i rendiconti trimestrali delle Aziende, sia nel quadro del rapporto di leale collaborazione al quale né le regioni ad autonomia speciale né le province autonome potrebbero sottrarsi: senza che, quindi, si renda necessaria l'attivazione di strumenti ispettivi scarsamente appropriati nei confronti di enti dotati di una speciale posizione di autonomia costituzionalmente garantita.

Per tali ragioni, la Corte Costituzionale, nel dichiarare che non spettava allo Stato e, per esso, al ministero del tesoro disporre accertamenti ispettivi nei confronti dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento, ha annullato le note del ministero del tesoro.

Considerazioni conclusive.

Dalle considerazioni che precedono, si può ben ritenere che le disposizioni di cui all'art. 14 della "nuova" legge di contabilità e finanza pubblica" evidenziano come le verifiche dei servizi ispettivi non sono rivolte solo al mero accertamento del puntuale rispetto delle norme, anche di contenimento della spesa pubblica, ma, altresì, a contribuire al controllo degli andamenti di finanza pubblica, anche nell'ottica del necessario rispetto dei vincoli di fonte comunitaria, alla cui osservanza concorrono tutti i livelli di governo. Si tratta, quindi, di trovare, nella concreta attuazione del sistema dei controlli, un punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare il rispetto dei vincoli di finanza pubblica e quella di garantire l'autonomia costituzionalmente riconosciuta alle regioni e agli enti locali. Al riguardo, sarebbe utile approfondire il ruolo e le prospettive del controllo statale sulla finanza pubblica, anche nell'ottica dell'attuazione del federalismo fiscale.

«.....GA.....»

L'ADEGUAMENTO DELLA LEGGE DI CONTABILITÀ E FINANZA PUBBLICA ALLA NUOVA "GOVERNANCE ECONOMICA EUROPEA". IL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA

della Dott.ssa Rosa Valicenti

Legge n. 39 del 7.4.2011 che modifica la l. 196 del 31.12.2009

1. Introduzione.

La legge di contabilità e finanza pubblica approvata nel 2009 è stata sottoposta ad un intervento di modifica ad opera della l. n. 39 del 2011, allo scopo principale di adeguare alcune norme in essa contenute alle nuove regole adottate dalle istituzioni comunitarie per rafforzare il coordinamento delle politiche economiche e di bilancio (c.d. *governance* economica europea). Il legislatore ha, inoltre, colto l'occasione per operare ulteriori modifiche e correzioni ritenute opportune alla luce delle esigenze evidenziate nel corso del primo periodo di applicazione.

Nel presente contributo si sofferma l'attenzione sulle nuove regole comunitarie e sui riflessi di queste sulle procedure nazionali di programmazione economico-finanziaria, con particolare riferimento al documento di economia e finanza che ha sostituito la decisione di finanza Pubblica.

2. Il contesto economico europeo.

Nel corso del 2010 le istituzioni comunitarie hanno avviato una profonda riflessione ed un articolato percorso di revisione del sistema di *governance* economica dell'unione, in risposta alle gravi crisi che hanno caratterizzato gli ultimi anni e nella prospettiva di attuazione della Strategia Europa 2020 per la crescita e l'occupazione¹.

Gli interventi del Consiglio Europeo² e

¹La Commissione ha presentato il 3 marzo 2010 la comunicazione COM(2010) 2020 intitolata «*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*» all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:IT:HTML>;

²Il Consiglio europeo del 25-26 marzo 2010, ha istituito una *task force* sulla *governance* economica presie-

della Commissione³, preceduti da un intenso dibattito, sono rivolti ad incrementare la sorveglianza sulle politiche di bilancio degli stati membri ed introducono, altresì, l'esigenza di prevedere meccanismi di coordinamento effettivo delle politiche economiche nazionali, mediante una adeguata sorveglianza macroeconomica e la preventiva condivisione in sede europea delle politiche nazionali e dei principali interventi di riforma strutturale, volti a fornire adeguato impulso alla crescita economica.

La valutazione delle autorità comunitarie, sino ad ora rivolta ai risultati *ex post* della gestione delle finanze pubbliche dei singoli Stati, in riferimento agli obiettivi parametrici posti dal Trattato di Maastricht e dal Patto di Stabilità (deficit di bilancio e debito pubblico), si estende ora direttamente anche alle procedure e ai contenuti della programmazio-

duta da Herman Van Rompuy, con il compito di individuare "le misure necessarie per conseguire l'obiettivo di un miglior quadro per la soluzione delle crisi e una migliore disciplina di bilancio, esplorando tutte le opzioni per rafforzare il quadro giuridico". La relazione finale, presentata il 21.10.2010, è consultabile all'indirizzo

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/117432.pdf;

³La Commissione ha presentato la Comunicazione del 12.5.2010 intitolata "Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche" s disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0250:FIN:IT:PDF>;

e la Comunicazione del 30 giugno 2010 intitolata "Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche per la stabilità, la crescita e l'occupazione – Gli strumenti per rafforzare la governance economica dell'UE" sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0367:FIN:IT:PDF>;

ne⁴ economico-finanziaria delle risorse e degli investimenti pubblici, nell'ambito di un più ampio quadro di vigilanza e coordinamento dell'economia dei Paesi membri.

Il patto di stabilità e di crescita, che sin dalla sua origine è stato incentrato più sulla stabilità, che sulla crescita, ha mostrato scarsa efficacia, non essendo stato in grado di garantire effetti adeguati né sul piano della sorveglianza delle politiche di bilancio né su quello dello sviluppo e della competitività dell'economia.

Per tali ragioni le istituzioni comunitarie sembrano porre maggiore attenzione al piano macroeconomico e all'esigenza di garantire uno sviluppo strutturale dell'economia, ampliando l'ambito della sorveglianza europea alle decisioni di politica economica (e non solo di bilancio), mediante la valutazione annuale e preventiva dei rischi di squilibri nazionali sul piano macroeconomico.

Pur rimanendo la politica economica una materia di competenza degli stati membri⁵, (diversamente dalla politica monetaria e di cambio che sono espressamente comunitarizzate), ne risulta ampliato il grado di coordinamento e integrazione nella prospettiva di una graduale e progressiva evoluzione in senso comunitario.

⁴ G. RIVOSECCHI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti* in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2011 rileva quale elemento di novità "il recente rilancio della programmazione in chiave europea come metodo di governo dei conti pubblici e come incisivo strumento di governance complessiva delle politiche economiche".

⁵ L'art. 119 TFUE prevede infatti che *l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Parallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali dell'Unione conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*

3. Le proposte legislative della Commissione.

La Commissione europea ha presentato nel settembre 2010 un pacchetto di proposte legislative, attualmente in itinere⁶, che traducono in concreto le analisi e le riflessioni emerse e forniscono il raccordo tra le proposte volte allo sviluppo e all'occupazione nell'ambito della Strategia di Lisbona 2020 e la riforma del Patto di stabilità.

In particolare la Commissione ha proposto la modifica della base normativa del Patto di Stabilità, tanto in riferimento alla parte preventiva, disciplinata dal regolamento n. 1466/97⁷, che alla parte correttiva del patto, riguardante la procedura per i disavanzi eccessivi, prevista dal regolamento n. 1467/97⁸.

In sostanza si propone di rafforzare il criterio della "politica di bilancio prudente" nei periodi favorevoli per costituire le necessarie riserve da utilizzare nei periodi sfavorevoli; di porre maggiore attenzione all'andamento del debito pubblico e non più soltanto al parametro del disavanzo, prevedendo criteri più stringenti per la riduzione del debito entro la soglia del 60% del PIL.

Allo scopo di assicurare l'effettiva applicazione della sorveglianza di bilancio e una procedura sanzionatoria meno complessa, la Commissione ha proposto un nuovo regolamento⁹ recante, tra l'altro, la previsione di un

⁶ Le proposte legislative presentate dalla Commissione sono attualmente sottoposte all'iter di approvazione disposto dalla normativa comunitaria che prevede l'esame degli altri organi competenti (Consiglio, Parlamento europeo, Comitato economico e sociale) secondo le modalità e i tempi previsti dalle specifiche procedure delineate dalla normativa europea. Il Consiglio Europeo del 24/25 marzo ha adottato tali proposte con alcune modifiche. L'approvazione definitiva dovrebbe intervenire per giugno 2011.

⁷ COM(2010)526. Proposta di regolamento che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche

⁸ COM(2010)522. Proposta di regolamento che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi

⁹ COM(2010)524. Proposta di regolamento relativo all'effettiva applicazione della sorveglianza di bilancio nell'area dell'euro.

“meccanismo di voto al contrario” per effetto del quale la sanzione si applica immediatamente su proposta della Commissione, salvo diversa votazione del Consiglio europeo, a maggioranza qualificata.

Al fine di conseguire una migliore integrazione e trasparenza delle informazioni rilevanti e per assicurare un livello minimo di qualità e di coerenza con il sistema di bilancio dell'UEM, è stata, infine, proposta una direttiva¹⁰ che definisce i requisiti minimi dei sistemi di bilancio degli Stati membri in riferimento al sistema contabile, alle statistiche, alle metodologie e prassi in materia di previsioni, alle norme e procedure di bilancio, nonché ai sistemi di coordinamento tra livelli di governo. La più importante novità è rappresentata dai due nuovi regolamenti¹¹ dedicati alla sorveglianza preventiva e successiva degli squilibri macroeconomici.

E', infatti, prevista una nuova Procedura per gli Squilibri Macroeconomici Eccessivi da affiancare a quella per i Disavanzi Eccessivi, allo scopo di valutare la situazione dei Paesi membri in base a specifici indicatori¹² macroeconomici. La nuova procedura dovrebbe, inoltre, essere assistita da specifiche sanzioni da applicare nel caso in cui gli stati membri non si conformino alle raccomandazioni formulate dalla Commissione e dal Consiglio europeo.

4. Gli interventi del Consiglio Europeo: il semestre europeo e il Patto “Euro Plus”.

¹⁰ COM(2010)523. Proposta di direttiva relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri

¹¹ COM(2010)527 proposta di regolamento sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici. COM(2010)525 proposta di regolamento sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nell'area dell'euro.

¹² La Commissione Europea ha predisposto uno “scoreboard” basato su otto variabili rivolte allo scopo di individuare eventuali squilibri macroeconomici degli Stati membri. Alcuni indicatori hanno carattere esterno e sono il saldo corrente e la posizione finanziaria verso l'estero, il tasso di cambio reale ed effettivo. Altri indicatori presentano, invece, carattere interno e valutano l'aumento del prezzo reale delle case, il valore del settore immobiliare, il rapporto tra debito del settore privato/PIL, la condizione del credito nel settore privato, il rapporto debito pubblico/PIL.

Il Consiglio ECOFIN del 7 settembre 2010 ha introdotto modifiche, operanti già a partire dal 2011, al codice di condotta per l'applicazione del Patto di Stabilità e di Crescita.

Nel nuovo codice di condotta si prevede la istituzione del c.d. semestre europeo che costituisce una procedura organica finalizzata al coordinamento preventivo delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri e istituisce un vero e proprio ciclo annuale di programmazione europea nel quale confluiscono le decisioni di bilancio nazionali.

Un nuovo calendario ha previsto tempi e modalità del coordinamento tra Istituzioni Comunitarie e Paesi membri in relazione alla programmazione delle politiche economiche e di bilancio.

Nel contesto di tale procedura è richiesta la presentazione alla Commissione Europea, da parte degli Stati membri, annualmente e contestualmente del Programma di Stabilità e di Convergenza (PSC elaborato nell'ambito del Patto di stabilità e crescita) e del Programma Nazionale di Riforma (PNR elaborato nell'ambito della nuova Strategia UE 2020). Tale novità assume una rilevanza centrale in quanto le relazioni e le valutazioni concernenti la strategia economica, Europa 2020, e quelle relative al patto di stabilità e crescita (PSC) verranno elaborate simultaneamente e in modo coordinato al fine di rendere compatibili e armonizzati gli strumenti e gli obiettivi delle politiche di bilancio nel più ampio contesto delle politiche economiche perseguite a livello comunitario. Ciò implica la predisposizione e la presentazione contestuale dei programmi annuali di stabilità (per i paesi Euro) o di convergenza (per i paesi non Euro) e dei programmi di riforma, allo scopo di individuare le misure da adottare e per riferire sui progressi già compiuti. Entrambi questi programmi, che dovrebbero contenere i necessari riferimenti incrociati, saranno sottoposti alle autorità comunitarie e agli altri Stati membri. Tali documenti, in quanto rivolti a realizzare il coordinamento tra programmazione europea e programmazione nazionale, sono destinati ad assumere un ruolo fondamentale nella programmazione economico-finanziaria degli stati membri.

Il Consiglio europeo ha, inoltre, approvato

il “*Patto euro plus*”¹³ che, nella prospettiva del coordinamento ex ante delle politiche economiche nell’Area dell’Euro, indica gli obiettivi prioritari che dovranno essere perseguiti da ciascuno Stato membro aderente al patto: stimolare la competitività, stimolare l’occupazione, rafforzare la stabilità finanziaria e assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche.

In relazione a quest’ultimo profilo preme evidenziare che il Patto impegna gli Stati aderenti all’espresso recepimento nell’ordinamento nazionale delle regole di bilancio definite nel Patto di Stabilità e Crescita. Ciascun Paese, mediante lo strumento giuridico nazionale ritenuto adeguato (costituzionale o legge quadro) e il tipo di regola di bilancio considerata opportuna (sull’indebitamento, sul saldo primario, sulle spese), si è impegnato a recepire le regole di bilancio dell’UE e garantirne il carattere vincolante e la riferibilità anche ai livelli di governo subnazionali.

Questo Patto, ferma restando la natura convenzionale, è stato definito come un trattato nel trattato, in quanto destinato a modificare la struttura costituzionale europea nella prospettiva di una integrazione politica¹⁴. Dopo il mercato comune e la moneta unica, anche le politiche economiche si avviano, per ora senza una modifica del trattato, ma con accordi intergovernativi, verso una comunitarizzazione.

5. La necessità di adeguare le procedure e i contenuti della programmazione nazionale e di introdurre regole fiscali più severe.

Le disposizioni della l. n. 196 in materia di programmazione economico-finanziaria nazionale sono risultate non compatibili con la configurazione del semestre europeo, efficace già a partire dal 2011¹⁵. Per tale motivo si è

¹³ Il patto è stato approvato nell’ambito del Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011 dai capi di stato e di governo dei paesi dell’area euro. Vi hanno aderito, inoltre, Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia, e Romania.

¹⁴ Nella premessa del Documento di Economia e Finanza 2011 sez. I, pag. III.

¹⁵ Il documento di programmazione nazionale deve essere inviato entro fine aprile alle autorità comunitarie

reso opportuno un intervento tempestivo di revisione della legge di contabilità e finanza pubblica al fine di adeguare già dal 2011, il ciclo della programmazione nazionale sotto il profilo del contenuto dei documenti e delle relative procedure.

La legge 39 ha, altresì, introdotto alcune nuove regole di bilancio (art. 3 rubricato misure in materia di stabilità finanziaria) improntate al rafforzamento del rigore della disciplina fiscale per la riduzione del deficit e del debito pubblico, tanto nella prospettiva dell’attuazione delle modifiche sostanziali del patto di stabilità, proposte dalla Commissione, che delle indicazioni derivanti dal patto Euro Plus.

Sul piano della regole di bilancio, si registra, inoltre, il rinvigorirsi del dibattito intorno alla opportunità di intervento sull’art. 81 della costituzione e sul suo rapporto con le regole di bilancio europee.

Si conferma perciò, in maniera sempre più evidente la prevalenza delle fonti comunitarie sulle fonti nazionali, del resto ampiamente riconosciuta nel cammino della giurisprudenza costituzionale e della corte di giustizia¹⁶, e dalla novella dell’art. 117 cost. che ha recepito tale evoluzione, disponendo che *la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*

6. Le modifiche alla l. 196: Il documento di economia e finanza tra programmazione nazionale e comunitaria.

La l. n. 39 del 7.4.2011 modifica il ciclo di programmazione finanziaria e di bilancio in relazione tanto al calendario quanto ai contenuti sostanziali.

La legge di contabilità e finanza pubblica del 2009 aveva avvicinato la fase della programmazione (decisione di finanza pubblica presentata entro il 15 settembre) a quella della manovra di bilancio (legge di bilancio e legge

mentre, secondo la disciplina vigente era previsto per il 15 settembre.

¹⁶ BIN- PETRUZZELLA *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, p.64.

di stabilità presentate entro il 15 ottobre), allo scopo di disporre, di un quadro economico e di finanza pubblica più aggiornato rispetto a quello normalmente disponibile al 30 giugno per il precedente documento di programmazione economico e finanziario¹⁷. La modifica apportata con la legge 39, adeguandosi alle nuove esigenze europee, riporta la fase programmatoria alla prima parte dell'anno, fissando al 10 aprile il termine per la presentazione alle Camere del Documento di economia e finanza (DEF)¹⁸ che sostituisce la Decisione di finanza pubblica.

In tal modo il Governo potrà predisporre il documento di programmazione nazionale prima di presentare il programma di stabilità e il programma di riforma entro il 30 aprile, come richiesto dal semestre europeo. Il documento nazionale dovrà, sotto il profilo sostanziale, tener conto delle principali previsioni sullo scenario macroeconomico internazionale, formulate nel mese di gennaio nel rapporto presentato dalla Commissione europea¹⁹, e delle indicazioni formulate dal Consiglio europeo nel mese di marzo, in relazione ai principali obiettivi di politica economica per l'Unione e per l'Area euro e alle possibili strategie di riforma²⁰.

Il legislatore nazionale, nell'adeguamento alle procedure europee, ha scelto di inserire direttamente nel documento di programmazione nazionale (DEF) i contenuti dei documenti richiesti a livello europeo per il coordinamento della programmazione economica e finanziaria (il Programma di Stabilità) e il

Programma Nazionale di Riforma (che si inserisce nella strategia per la crescita e l'occupazione Lisbona 2020).

Il DEF assume quindi una doppia valenza: sul piano nazionale e allo stesso tempo su quello comunitario, divenendo il momento di congiunzione e coordinamento tra la programmazione comunitaria e quella nazionale.

Infatti, dopo la presentazione del DEF al Parlamento, (e alla Conferenza Permanente per il coordinamento della Finanza pubblica²¹), il Programma di stabilità ed il Programma nazionale di riforma in esso contenuti, sono inviati alle autorità comunitarie entro il 30 aprile²². Nei successivi mesi di giugno e luglio, il Consiglio Europeo e il Consiglio dei Ministri finanziari, sulla base della valutazione del Programma di stabilità, formulano indicazioni specifiche, prima che gli Stati membri rendano definitive le proprie politiche di bilancio. Nel caso in cui il Consiglio consideri necessario rivedere gli obiettivi di medio termine e le misure indicate per il loro conseguimento, invita lo Stato membro a rivedere il programma presentato.

Risulta evidente come la modifica procedurale sia densa di conseguenze sul piano sostanziale: in tal modo il governo nazionale adegua la programmazione nazionale alle direttive comunitarie e, in tal modo, condiziona le successive decisioni di bilancio (legge di bilancio e legge di stabilità).

7. La nota di aggiornamento al DEF: la programmazione definitiva.

Tornando al livello nazionale, entro il 20 settembre, cioè poche settimane prima della presentazione dei disegni di legge di bilancio e di stabilità (15 ottobre) il Governo invia alle Camere la Nota di aggiornamento del DEF²³. Tale documento, già previsto dalla legge

¹⁷ G. VEGAS *Il nuovo bilancio pubblico*, Il mulino 2010 p. 201; A. VILLA, *La triennialità della manovra, l'articolazione del bilancio, la contabilità economica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2010, p. 674; F. BARBAGALLO, *Commentario alla nuova legge di contabilità e finanza pubblica*, R. LOIERO (a cura di) Dike, 2010.

¹⁸ Il DEF 2011 è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2011. La Camera ha approvato con la risoluzione parlamentare del 28 aprile e il Senato con la risoluzione del 5 maggio.

¹⁹ La Commissione europea con la comunicazione COM(2011)11 del 12.1.2011 ha presentato la prima Analisi annuale della crescita che ha dato l'avvio al semestre europeo 2011.

²⁰ Il Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011 ha indicato i principali obiettivi in materia di risanamento di bilancio e di riforme strutturali per il 2012.

²¹ L'art. 7 co. 3 della legge 196 prevede il parere della Conferenza Permanente. Si rinvia in proposito al paragrafo.

²² Art. 9 L. 196/2009 come sostituito dall'art. 1, comma 2, L. 7 aprile 2011, n. 39. *Il Programma di stabilità e il Programma nazionale di riforma sono presentati al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione europea entro il 30 aprile e comunque nei termini e con le modalità previsti dal Codice di condotta sull'attuazione del patto di stabilità e crescita.*

²³ Art. 10 bis l. 196/2009 aggiornata.

468/1978, era stato abrogato dalla legge 196 (che aveva avvicinato il momento della programmazione a quello della decisione di bilancio) e viene ora ripristinato con varie funzioni.

In primo luogo si rende opportuno allo scopo di aggiornare le previsioni economiche e di finanza pubblica in relazione alla maggiore affidabilità delle informazioni disponibili sulle entrate tributarie e contributive nonché sull'andamento del quadro macroeconomico. In secondo luogo tale documento consentirà di aggiornare gli obiettivi programmatici, in conseguenza delle eventuali raccomandazioni formulate dal Consiglio Europeo ed eventualmente di stabilire una diversa articolazione di tali obiettivi tra i sottosettori del conto della PA (Amministrazioni centrali, amministrazioni locali ed enti di previdenza). Tale momento della programmazione, che diviene definitiva, assume una maggiore rilevanza sotto il profilo interno in quanto, oltre alla possibilità di adeguamento ai rilievi comunitari, è prevista la eventuale modifica della declinazione interna degli obiettivi programmatici²⁴, nonché il contenuto del patto di stabilità interno e del patto di convergenza²⁵. E' prevista in tale fase il coinvolgimento degli enti territoriali, per il tramite della Conferenza Permanente della finanza pubblica, come di seguito evidenziato.

8. I soggetti del ciclo di programmazione finanziaria e di bilancio.

E' evidente che il nuovo ciclo della programmazione comporta un'innovazione rilevante nelle Relazioni finanziarie intergovernative²⁶ che coinvolgono direttamente i tre

²⁴ L'art. 10 bis co. 1 lett. a) prevede tra i contenuti della prima sezione del DEF l'eventuale aggiornamento degli obiettivi programmatici della DEF, al fine di stabilire una diversa articolazione di tali obiettivi tra i sottosettori.

²⁵ L'art. 10 bis co. 1 lett. d) prevede tra i contenuti della prima sezione del DEF il Patto di stabilità interno e le sanzioni previste ai sensi dell'articolo 17, della l. 42/2009, nonché il contenuto del Patto di convergenza e le misure atte a realizzare il percorso di convergenza previsto dall'articolo 18 della citata legge n. 42.

²⁶ R. BIFULCO, *Le relazioni intergovernative finanziarie negli Stati composti tra Costituzione, politiche costituzionali e politiche di maggioranza*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di) *Federalismi Fiscali*

livelli di governo comunitario, nazionale e subnazionale.

Per quanto concerne il profilo comunitario si è già rilevata una più diretta influenza delle indicazioni provenienti dalle Autorità europee sulla programmazione nazionale, con il conseguimento di un maggior grado di integrazione della politica economica degli Stati membri.

A livello nazionale, pur considerando gli accresciuti vincoli comunitari, rimane centrale il ruolo del Governo nella predisposizione della programmazione economico-finanziaria. L'Esecutivo trova, nel momento della risoluzione parlamentare il confronto con l'assemblea elettiva.

A tale proposito è possibile osservare come l'inserimento del Programma di stabilità e del Programma nazionale di riforma, previsti dal semestre europeo, nell'ambito del DEF comporti un più diretto e formale coinvolgimento del Parlamento nelle nuove procedure di *governance* economica europea²⁷. Ciò del resto risulta in linea con quanto raccomandato nel nuovo codice di condotta elaborato dal Consiglio europeo.

In tale ottica il nuovo art. 9 prevede, in linea generale, oneri di trasmissione da parte del Governo alle Camere dei documenti ricevuti dalle Istituzioni UE nell'ambito del semestre europeo e, in particolare, l'obbligo del MEF di riferire alle Commissioni Parlamentari circa le linee guida di politica economica e di bilancio elaborate dal Consiglio Europeo.

Ulteriori modifiche apportate all'art. 4, (già rubricato controllo parlamentare) mirano al potenziamento del ruolo di controllo del Parlamento sulla finanza pubblica.

e Costituzioni, Giappichelli, Torino, 2001; RIVOSECCHI G., *Le relazioni intergovernative finanziarie tra riforma a costituzione invariata e revisione del titolo V*, in E. ROZO ACUNA (a cura di), *Lo Stato e le autonomie. Le regioni nel nuovo titolo V della costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003; RIVOSECCHI G., *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007.

²⁷ Il Governo sottopone il DEF, contenente i due documenti programmatori richiesti in sede europea, alla deliberazione parlamentare entro il 10 aprile (art. 7 co. 2 lett. a). Successivamente, il programma di stabilità e il programma nazionale di riforma sono presentati al Consiglio e alla Commissione europea entro il 30 aprile.

Resta da indagare il ruolo dei livelli di governo territoriali, coinvolti tramite la Conferenza Permanente per il Coordinamento della Finanza Pubblica.

9. La Conferenza Permanente per il Coordinamento della Finanza Pubblica (cpcfp).

La Conferenza Permanente per il Coordinamento della Finanza Pubblica²⁸, da istituire nell'ambito della Conferenza Unificata, in attuazione dell'art. 5 della l. 5.5.2009, n. 42 (legge delega per il federalismo fiscale), costituisce un organismo stabile per il coordinamento della finanza pubblica fra comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato, e sarà composta dai rappresentanti dei diversi livelli istituzionali di governo²⁹.

La legge delega affida molteplici funzioni a tale organismo che rappresenta il luogo di confronto istituzionale sulle decisioni relative al coordinamento della finanza pubblica. Con particolare riferimento alla programmazione, si prevede il coinvolgimento della Conferenza Permanente nella definizione degli obiettivi di finanza pubblica per comparto, anche in relazione ai livelli di pressione fiscale e di indebitamento; il contributo nella definizione delle procedure per accertare eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica e per promuovere l'attivazione degli eventuali interventi necessari per il rispetto di tali obiettivi.

In raccordo con le funzioni attribuite alla

²⁸ N. LUPO, *Il procedimento di attuazione della delega sul federalismo fiscale e le nuove sedi della collaborazione tra i livelli territoriali: commissione bicamerale, commissione tecnica paritetica e conferenza*, in *Federalismi.it*, 2009.

²⁹ Lo schema di decreto legislativo, non ancora definitivamente approvato, prevede (art. 14) che la Conferenza è copresieduta dal Ministro dell'economia e delle finanze e dal Presidente della Conferenza Unificata; ne fanno parte altresì il Ministro dell'interno, il Ministro per le riforme per il federalismo, il Ministro per la Semplificazione normativa, il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, il Presidente dell'Associazione Nazionale dei Comuni d'Italia - ANCI, il Presidente dell'Unione Province d'Italia - UPI. Intervengono, inoltre, 6 Presidenti di Regione, 4 sindaci e 2 Presidenti di Provincia, designati rispettivamente dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, dall'ANCI e dall'UPI.

Conferenza dalla legge delega sul federalismo fiscale, la legge 196 (di contabilità e finanza pubblica) ne aveva già previsto il coinvolgimento nella fase di predisposizione della Decisione di finanza pubblica. Era previsto infatti l'invio alla Conferenza delle linee guida per la ripartizione dei saldi obiettivo tra i sottosettori delle AA.PP., con l'indicazione del contenuto normativo del patto di stabilità interno con largo anticipo (15 luglio) rispetto alla presentazione del documento programmatico al Parlamento (15 settembre)³⁰. A sua volta la Conferenza Permanente avrebbe dovuto definire il dettaglio delle regole attraverso cui collegare nell'ambito del patto di stabilità interno, gli obiettivi dell'intero sottosettore³¹ degli enti locali con il contributo richiesto ad ogni singolo ente. Entro il 10 settembre era formulato il parere della Conferenza sulle linee guida delle DFP, da presentare al Parlamento, a corredo della Decisione di finanza Pubblica per la relativa risoluzione parlamentare.

Nella modifica apportata dalla legge 39/2011, a causa della notevole compressione dei tempi a disposizione per la programmazione, derivanti dal calendario europeo, (cioè dell'anticipo del documento di economia e finanza al mese di aprile), non è stata prevista la predisposizione delle linee guida né del relativo invio alla CPCFP. Quest'ultima si esprime, seppure a posteriori³² ed entro termini assai ristretti, sull'intero documento (e non più soltanto sulle linee guida). L'art. 7 co. 3 novellato prevede che il DEF sia inviato entro il 10 aprile³³, per il relativo parere alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, la quale si esprime in tempo utile per le deliberazioni parlamentari.

³⁰ Cfr. art. 10 versione precedente della L. 196.

³¹ Il settore delle Amministrazioni pubbliche considerato rilevante ai fini europei, in base al Sistema europeo dei conti (c.d. SEC '95) è articolato in tre sottosettori: Amministrazioni centrali, Amministrazioni locali, Enti di previdenza e assistenza sociale.

³² Il parere sulla DEF 2011 è stato formulato, in data 5.5.2011, dalla Conferenza Unificata (che nelle more della istituzione della Conferenza Permanente per il Coordinamento della Finanza Pubblica ne esercita provvisoriamente le funzioni ex art. 52 co. 5 della l. 196/2009).

³³ In concomitanza con la presentazione al Parlamento prevista per la medesima scadenza.

Se da un lato è ampliato l'ambito di valutazione della conferenza all'intero documento, dall'altro i tempi a disposizione sono estremamente ristretti e, soprattutto, si è persa la possibilità di intervento preventivo, volto a valorizzare il coinvolgimento delle autonomie locali già nella fase della definizione degli obiettivi aggregati di finanza pubblica.

Una possibilità di intervento è prevista nella successiva fase (settembre) della redazione della nota di aggiornamento al DEF.

Come già sopra rilevato, è questa la fase in cui la programmazione diviene definitiva e che, sotto il profilo interno, assume maggiore rilevanza. In tale momento è infatti, tra l'altro, possibile la modifica della ripartizione degli obiettivi programmatici, in raccordo con il contenuto del patto di stabilità interno e del patto di convergenza.

Il parere della Conferenza è previsto³⁴ in riferimento all'eventuale aggiornamento delle linee guida per la ripartizione degli obiettivi programmatici.

Sotto il profilo procedurale il termine per

³⁴Art. 10 *bis* co. 2.

l'invio delle linee guida alla CPCFP coincide con il termine per la presentazione al Parlamento della Nota di aggiornamento al DEF. Ciò potrebbe limitare di fatto la possibilità per la conferenza di incidere sul contenuto del documento. Le criticità riscontrate, in merito al ruolo della Conferenza nel novellato processo di programmazione economico finanziaria, sono state rilevate in diverse sedi istituzionali³⁵.

Al fine di superare o quantomeno attenuare tali criticità, la Camera, con un ordine del giorno (9/3921-B/2 presentato il 6.4.2011, seduta n. 459) ha impegnato il *Government* a valutare l'opportunità di prendere nel prossimo futuro iniziative anche legislative, fermo restando le prerogative del Parlamento, al fine di valorizzare a pieno il ruolo degli enti territoriali e della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica nella predisposizione dei documenti di bilancio fin dall'inizio del loro iter.

³⁵ Audizione sull'A.C. 3921 di UPI e ANCI presso la Commissione Bilancio Camera dei Deputati, Roma, 20.1.2011.

IL CONTROLLO “COLLABORATIVO” DELLA CORTE DEI CONTI SUL BILANCIO DEGLI ENTI LOCALI

della Dott.ssa Antonella Zella

Brevi note a margine della sentenza della Corte Costituzionale 7.2.2011 n. 37

Con sentenza n. 37 del 7.2.2011 la C. cost. ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dalla C. conti - sezione regionale di controllo per la regione Lombardia. Essa riteneva non legittimo che le regole del patto di stabilità potessero imporre in caso di lecita assunzione dell'impegno di spesa in esercizi precedenti, la scelta tra pagare il debito violando le disposizioni sul patto di stabilità o osservare queste ultime e violare le regole sul pagamento dei debiti regolarmente assunti. La Corte rimettente sostiene di essere legittimata a sollevare la questione, assumendo che la pronuncia resa ai sensi dell'art. 1, co. 168, l. 23.12.2005, n. 266 «*costituisce l'accertamento di un fatto giuridico (mancato rispetto del patto di stabilità interno) non fondato sulla valutazione dell'attività gestoria dell'ente ma conseguente all'esame di legalità e regolarità delle scritture contabili*». Invero, il raffronto tra la fattispecie ed il parametro normativo «*non è finalizzato alla adozione di effettive misure correttive (come avviene nella sede dell'esame del bilancio preventivo)*», bensì - all'esito dell'accertamento di una grave irregolarità di natura finanziaria e contabile - all'adozione di misure sanzionatorie sulle quali la C. conti è tenuta a vigilare. La sezione regionale sostiene, quindi, che - alla luce dell'interpretazione della l. 11.3.1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*) fornita dalla stessa giurisprudenza costituzionale - vi è «*una linea di tendenza di significativo ampliamento delle nozioni di giudice e di giurisdizione*».

Le attribuzioni della C. conti in base all'art. 1, co. 168 l. 23.12.2005 n.266, «*possono essere lette in funzione di garanzia degli enti territoriali nel disegno complessivo di riforma del titolo V della Costituzione*», laddove l'accertamento della sana gestione

finanziaria ed il rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità è «*stato affidato ad una istituzione caratterizzata dalla terzietà*»¹. Soltanto la C. conti può, a parere del rimettente, «*tutelare effettivamente la giustiziabilità costituzionale dei diritti ed interessi degli enti territoriali lesi da norme statali della cui costituzionalità si dubita*». Quanto alla non manifesta infondatezza, la sezione di controllo per la regione Lombardia evidenzia, anzitutto, che la normativa impugnata, relativa al patto di stabilità interno per l'anno 2007, ha previsto che gli enti territoriali, per quell'anno, siano tenuti «*al rispetto di due vincoli: uno riferito alla gestione di competenza e l'altro alla gestione di cassa*». Ad avviso della rimettente il vincolo di competenza non incide sulla libertà degli amministratori locali «*di scegliere le attività da intraprendere, impegnando le relative somme stanziare nel bilancio di previsione*». L'introduzione di «*un limite alla gestione di cassa*» può, invece, «*impedire che vengano effettuati pagamenti in misura eccedente il saldo finanziario, anche in presenza di debiti scaduti relativi ad obbligazioni legittimamente assunte in esercizi precedenti*». La disciplina legislativa denunciata verrebbe, quindi, a confliggere con vari parametri costituzionali. Sussisterebbe un contrasto con gli artt. 81, 117 e 119 cost..

Ciò, in quanto, anche dopo la riforma costituzionale del 2001, lo Stato ha conservato il potere di disciplinare in linea generale il sistema dei bilanci pubblici secondo il criterio di competenza. Sicché, «*a fronte di un sistema imperniato sulla gestione di competenza e su obbligazioni legittimamente assunte nei confronti di terzi non è né razionale né legittimo stabilire le regole del patto di stabilità*».

¹ Così, C. cost. 7.6.2007 n. 179.

Posto che, dopo la riforma del titolo V, parte II Cost., lo Stato nell'esercizio dei poteri di coordinamento della finanza pubblica e del sistema contabile pubblico «*deve agire nel solco del principio della leale collaborazione, tenendo conto delle esigenze e necessità degli enti territoriali*», il legislatore statale «*non può prevedere obblighi a carico dell'ente che costringano gli amministratori ad adottare comportamenti gestionali che, in qualunque modo, implicino la violazione di disposizioni di legge*». La Consulta ha dichiarato l'inammissibilità della questione per difetto di legittimazione della C. conti, atteso il contesto normativo in cui operano le Sezioni regionali di controllo segnato dall'art. 1, co.166-169, l. 23.12.2005, n. 266².

La Corte ha definito quello configurato dalle norme censurate una nuova tipologia di controllo affidato alla C. conti, finalizzato ad assicurare, in vista della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, la sana gestione finanziaria degli enti locali, nonché il rispetto, da parte di questi ultimi, del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento posto dall'ultimo comma dell'art. 119 cost.³

Tale controllo ha la caratteristica, in una prospettiva non più statica (com'era il tradizionale controllo di legalità-regolarità), ma dinamica, di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo alla adozione di effettive misure correttive.

Ne consegue che esso assume anche i caratteri propri del controllo sulla gestione in senso stretto e concorre, insieme a quest'ultimo, alla formazione di una visione unitaria della finanza pubblica, ai fini della tutela dell'equilibrio finanziario e di osservanza del patto di stabilità interno, che la C. conti può garantire⁴, in un'ottica "collaborativa". Il tipo di controllo in esame non può essere considerato "attività giurisdizionale", trattandosi di un controllo diretto non a dirimere una controversia, ma ad assi-

curare, in via collaborativa, la sana gestione degli enti locali, nonché il rispetto da parte di questi ultimi del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento di cui all'art. 119 Cost. A supporto di ciò, il medesimo Giudice ricorda il potere del legislatore di assegnare alla C. conti qualsiasi altra forma di controllo, purché questo abbia un suo fondamento costituzionale⁵. Peraltro, la previsione da parte di una legge dello Stato del controllo in esame rientra nella competenza propria di quest'ultimo di dettare principi nella materia concorrente dell'«*armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica*»⁶.

Il Giudice delle leggi, invece, ha pacificamente ammesso la legittimazione della C. conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale, nell'esercizio della sua funzione di controllo, in due ambiti specifici: quello del giudizio di parificazione del bilancio dello Stato⁷, che si svolge nelle forme della giurisdizione contenziosa; nonché quello dell'ipotesi di controllo preventivo di legittimità⁸, con funzione analoga a quella giurisdizionale, volto a garantire la legalità degli atti ad esso sottoposti, in ragione, altresì, dell'esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che più difficilmente verrebbero ad esso sottoposte per altra via.

Dalla natura collaborativa del controllo disciplinato dalle norme impugnate emerge una netta separazione tra la funzione di controllo della C. conti e l'attività amministrativa degli enti, che sono sottoposti al controllo stesso.

Né può dirsi che la vigilanza sull'adozione delle misure necessarie da parte degli enti interessati implichi un'invasione delle competenze amministrative di questi ultimi, poiché l'attività di vigilanza, limitatamente ai fini suddetti, è indispensabile per l'effettività del controllo stesso, complementare rispetto al controllo sulla gestione amministrativa, ed utile per soddisfare l'esigenza degli equilibri di

² Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006.

³ In tal senso, vedasi la prima pronuncia in materia, C. cost. n. 179 del 2007 cit.

⁴ C.cost. 21.6.2006 n. 267.

⁵ *Ex multis*, C.cost. 12.1.1995, n. 29 del 1995 e, da ultimo, sent. 21.6.2006, n. 267.

⁶ Art. 117, co.3 cost.

⁷ *Ex plurimis*, C.cost. 9.6.2008, n.213; 14.6.1995, n. 244.

⁸ In tal senso, C. cost.15.10.1991 n.384, 12.11.76, n. 226.

bilancio. Appare utile, anche ai fini interpretativi della pronuncia de qua, un'analisi del sistema dei controlli amministrativi. Negli ultimi anni si è prodotta una radicale trasformazione dello stesso cui è stato dato avvio con le previsioni di cui alla l. 14.01.1994, n. 20 e al d. lgs. 30.7.1999, n. 286.

Ciò, anche in ragione della crescente complessità del sistema amministrativo in parallelo alla complessiva evoluzione dell'ordinamento, anche sopranazionale; circostanza che ha imposto il concorso dei diversi livelli di governo a garanzia degli equilibri sia degli enti che del sistema unitario della finanza pubblica. In sintonia con quanto espresso, appare evidente la particolare rilevanza attribuita dal legislatore alla funzione del controllo sulle gestioni che ha portato la C. conti al centro di una rete di controlli multiforme. Così, i controlli preventivi e di legittimità sui singoli atti (totalmente scomparsi per le regioni e gli enti locali) sono stati sostituiti dai controlli successivi "sui risultati delle gestioni", il cui modello è ora applicato sia allo Stato, sia alle regioni e agli enti locali. Sono stati introdotti i controlli interni, sono state create nuove forme di controllo (quali quelle sul rispetto del patto di stabilità interno) rivolte ad assicurare la coesione del sistema finanziario. La "nuova" Corte dei Conti⁹, sì come ridefinita dalla l. 14.1.1994, n. 20, ha compiti molto più ampi che in passato, che si estrinsecano nell'esame – su scala macro – degli andamenti e delle tendenze della finanza pubblica; nella verifica di bilanci e rendiconti; nella valutazione (a livello nazionale) delle leggi di spesa rispetto all'adeguatezza dei mezzi finanziari predisposti; nell'analisi – su scala micro – dei complessi di attività e intere gestioni al fine di operare un raffronto tra risultati ed obiettivi. La C. conti ha esteso, così, il suo osserva-

⁹ Così definita da G. D'AURIA nella Relazione al Seminario su "Lavoro pubblico. Ritorno al passato. A proposito della delega al governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e sulla contrattazione, organizzato da Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale. Dipartimento settori pubblici Cgil nazionale, Consulta giuridica Cgil, Fp-Cgil, Flc-Cgi, Roma Parlamentino del Cnel, 16 febbraio 2009.

torio all'intero orizzonte della finanza pubblica, essendosi prima della riforma ridotta ad essere la C. conti dello Stato e di alcuni enti pubblici¹⁰. L'art. 148 del t.u. degli enti locali¹¹ ha confermato la sottoposizione degli enti locali al controllo. La stessa C. cost. ha qualificato la rinnovata posizione istituzionale della C. conti da un lato come organo al servizio dello Stato-comunità (e, quindi, non solo dello Stato-governo, ma anche delle regioni e degli enti locali); dall'altro, come "garante imparziale" dell'equilibrio economico-finanziario dell'intero settore pubblico o, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità¹². La riforma del titolo V cost. ha escluso radicalmente il controllo di legittimità sugli atti amministrativi, confermando invece l'applicabilità dei controlli interni e l'attività di controllo esterno sulla gestione negli enti locali attuato dalla C. conti con alcune innovazioni. La stessa riforma ha rafforzato, quindi, il controllo collaborativo¹³ di cui alla sentenza in nota, con nuove modalità rispondenti all'esigenza di momenti di analisi unitari, ai fini di coordi-

¹⁰ Così, S. CASSESE, *Dal controllo sul processo al controllo sul prodotto*, in *Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per la funzione pubblica, Il nuovo sistema di controllo interno nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1993, 53.

¹¹ D. lgs. 18.8.2000 n. 267.

¹² In tal senso, sent. 29/1995 cit.

¹³ Secondo F. BATTINI, *Il nuovo assetto del sistema dei controlli pubblici*, relazione per il 50° Convegno di Studi Amministrativi, in AA.VV., *L'attuazione del titolo V della Costituzione*, Milano, 2005, 720 ss., la finalità del controllo collaborativo è quello di "supporto all'attività di controllo politico degli organi elettivi, sia per ciò che attiene alle risultati" che contestualmente all'attuazione del federalismo hanno comportato la moltiplicazione dei controlli anche per la "mutevolezza" e il "tecnicismo" dei parametri da adottare, con un'evidente esigenza di uniformità delle valutazioni; inoltre l'autonomia degli enti deve confrontarsi con i vincoli di fonte comunitaria per esigenze di equilibrio finanziario, che richiedono un sistema "centrale" dei controlli tramite forme convenzionali (Patti di stabilità, accordi derivanti dalle conferenze stato-regioni). Per approfondimenti, L. SAMBUCCI, *Riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e controlli di legittimità sugli atti*, in *Riv. Corte conti*, 2004, IV, 329 ss.

namento della finanza pubblica con la verifica degli equilibri di bilancio di comuni, province e regioni in relazione al patto di stabilità interno e ai vincoli derivanti dalla C.E.? (credo sia Ue).

Alle Sezioni regionali di controllo sono stati attribuiti compiti di verifica, con l'obbligo di riferire esclusivamente ai consigli degli enti controllati, senza però la previsione di alcuna forma di intervento "repressivo"¹⁴.

Tale carattere collaborativo è stato interpretato come funzione ausiliaria delle regioni e degli enti locali¹⁵ essendo rappresentato da un referto agli organi elettivi finalizzato a stimolare iniziative correttive da attuarsi a mezzo dei medesimi organi. Non è prevista l'obbligatorietà per l'ente controllato di attenersi alle indicazioni del controllore, né tantomeno "un'interferenza nel merito delle scelte effettuate"¹⁶, ma semplicemente la segnalazione delle cause delle irregolarità con il sollecito della correzione. La natura collaborativa limita, pertanto, le conseguenze del controllo alla segnalazione all'ente controllato delle disfunzioni rilevate e rimette allo stesso ente l'adozione delle misure necessarie, con una netta separazione tra la funzione della C. conti e l'attività amministrativa degli enti. Vi è da registrare, però, negli ultimi anni¹⁷ una linea di politica legislativa di raffor-

zamento delle funzioni di controllo¹⁸ che vede gli organi di controllo interno tenuti alla segnalazione di violazioni collegate ai singoli atti.

A ciò si aggiunga la previsione di cui all'art.1, co. 168, l. 23.12.2005, n. 266 nella parte in cui attribuisce alle Sezioni regionali di controllo due compiti distinti e complementari: da un lato, l'adozione di una "specifica pronuncia" nell'ipotesi di comportamenti difforni dalla sana gestione o il mancato rispetto del patto di stabilità interno; dall'altro, il compito di vigilare sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e delle limitazioni predisposte in coerenza con le regole del patto¹⁹.

Il legislatore, quindi, attribuendo nuovi compiti e nuove funzioni alla Corte e sottraendone altri, ha in qualche modo ridisegnato il ruolo dell'Istituto nell'ordinamento. Sembrerebbe che l'intento sia stato quello di rafforzare la funzione della Corte di organo preposto al controllo, ed in particolare di quella forma di controllo successivo che ha la pecu-

¹⁴ Art.7 l. 5.6.2003 n.131.

¹⁵ F. BATTINI, *Il rapporto di ausiliarità tra sezioni regionali di controllo ed organi rappresentativi delle autonomie*, in G. FARNETI – S. POZZOLI (coordinato da), AA. VV., *Enti locali e sistema dei controlli*, cit., 111 ss.

¹⁶ G. DELLA CANANEA, *I controlli sugli enti territoriali nell'ordinamento italiano: il ruolo della Corte dei Conti*, 6, relazione al convegno I controlli amministrativi, bilancio di una riforma, Assisi, 28 – 29 maggio 2009. Questo modello ha superato la tendenza frequente dei controllori ad esercitare la funzione di controllo come "codecisione" interferendo nelle scelte di merito degli enti locali controllati, peraltro non compatibile con l'autonomia che ha comportato progressivamente la riduzione e poi l'eliminazione dell'area dei controlli di "conformazione"; sul punto, S. CASSESE, *Le disfunzioni dei controlli amministrativi*, in AA. VV., *I controlli in Italia*, Bologna, 1993, 14 ss., nonché G. D'AURIA, *Modelli di controllo nel settore pubblico: organi, parametri, misure*, ivi, 201 ss.

¹⁷ Leggi finanziarie 2005 e 2006.

¹⁸ F. PIZZETTI, *Il controllo collaborativo ed i rapporti con i controlli interni*, in F. PIZZETTI – A. POGGI, *Il sistema "instabile" delle autonomie locali*, Torino, 2007, 59 ss.

¹⁹ Si richiama, ad es. il programma delle attività da effettuarsi nell'anno 2008 con deliberazione n. 3/2008 della Sezione regionale del controllo per l'Emilia Romagna, ai fini delle relazioni da trasmettere al consiglio regionale e ai consigli comunali e provinciali, riguardo all'affidabilità e all'attendibilità della gestione di bilancio, l'equilibrio del bilancio rispetto al Patto di stabilità interno e del vincolo dell'indebitamento di cui all'art. 119 Cost., sull'efficienza, economicità ed efficacia delle singole gestioni; più precisamente, per la regione assumono rilievo obiettivi di "verifica degli equilibri di bilancio" per il rispetto del patto di stabilità e del vincolo di indebitamento nonché la verifica della spesa sanitaria; mentre per i comuni, la verifica degli equilibri di bilancio con particolare riguardo alla esternalizzazione dei servizi anche con riferimento al modello societario. Questi obiettivi sono comunque presenti anche nella deliberazione per l'attività di controllo da svolgere nel 2007 (i documenti sono reperibili nel sito www.corteconti.it).

Più di recente, la l. 3.8.2009, n. 102, di conversione del d.l. 1.7.2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, prevede all'art. 9-bis le modalità di attuazione del Patto di stabilità interno per gli enti locali relativo all'anno 2009, riguardo a pagamenti, indebitamento, mutui concessi dalla Cassa depositi e prestiti s.p.a..

liare caratteristica della collaborazione con gli enti controllati.

A fronte di questa tendenza legislativa si deve registrare, tuttavia, ancora qualche perplessità sull'effettiva incisività del controllo sulla gestione, attività che, come sopra riferito, non è accompagnata da alcun potere sanzionatorio: avendo questa forma di controllo un'efficacia preventiva dei danni ed essendo difficile quantificare una attività di tal fatta, è quasi inevitabile che esso sia ancora percepito come un'attività non pienamente efficace. In conclusione, se la molteplicità dei controlli trova innegabilmente una propria ragion d'essere, appare necessario assicurarne un effettivo raccordo, che ne salvaguardi autonomia ed insieme unitarietà. In questa logica si inquadra la priorità data alla programmazione dei controlli, insieme a quelle misure intese a

dare unitarietà ai principi affermati nell'esercizio del controllo svolto dalla Corte, come espressamente sancito in una recente disposizione normativa²⁰ con esplicito riferimento alle "funzioni che ad essa spettano in materia di finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale".

²⁰ Art. 17, co. 31, d.l. 1.7. 2009, n. 78, secondo cui "al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo, nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare importanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle sezioni riunite".

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, ord. 19.5.2011, n. 172

Esenzione ICI – immobili destinati ad edilizia residenziale pubblica- non sussistenza.

La Consulta ribadisce l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'esenzione dall'ICI prevista dalla lett. a) del co. 1 dell'art. 7 del d. lgs. n. 504/1992 non spetta in relazione agli immobili destinati a edilizia residenziale pubblica posseduti da un comune ed ubicati nel territorio di un altro comune, perché essi non sono direttamente e immediatamente destinati ai compiti istituzionali dell'ente (Corte Cass. sentenze n. 14094 del 2010; n. 20577 del 2005; n. 142 e n. 21571 del 2004).

Corte di Cassazione, Sez. Tributaria 21.7.2011 n. 16050

Notificazione avviso di accertamento - necessità deposito avviso di ricevimento - sussistenza.

Qualora la notificazione dell'avviso di accertamento sia stata fatta nelle forme prescritte dall'art. 140 c.p.c., ai fini della prova dell'avvenuto perfezionamento del procedimento notificatorio, è necessaria la produzione in giudizio dell'avviso di ricevimento della raccomandata con la quale l'ufficiale giudiziario abbia dato notizia al destinatario dell'avvenuto compimento delle formalità di cui al suddetto articolo.

Corte di Cassazione, ord. 19.4.2011 n. 9025

Attribuzione immobile diversa categoria catastale - ritenuta ruralità del fabbricato.

L'attribuzione all'immobile di una diversa categoria catastale deve essere impugnata specificamente dal contribuente che pretenda la non soggezione all'imposta per la ritenuta ruralità del fabbricato; allo stesso modo il comune dovrà impugnare l'attribuzione della categoria catastale A/6 o D/10 al fine di potere legittimamente pretendere l'assoggettamento del fabbricato all'imposta. Per i fabbricati non iscritti in catasto l'assoggettamento all'imposta è condizionato all'accertamento positivamente concluso della sussistenza dei requisiti per il ricono-

scimento della ruralità del fabbricato previsti dal d.l. n. 557 del 1993, art. 9, e successive modificazioni che può essere condotto dal giudice tributario investito dalla domanda di rimborso proposta dal contribuente, sul quale grava l'onere di dare prova della sussistenza dei predetti requisiti.

Corte di Cassazione ord. 24.3.2011, n. 6780

TOSAP - affissione abusiva - non esenzione.

... ritenuto che tale relazione appare pienamente condivisibile in quanto è illogica e non suffragata da alcuna ragione testuale la tesi della ricorrente per cui le affissioni pubblicitarie abusive o irregolari dovrebbero considerarsi esenti dalla imposizione TOSAP e d'altra parte deve negarsi che nella specie possa considerarsi violato il principio della doppia imposizione. I motivi secondo, terzo e quarto del ricorso investono, con una censura di difetto di motivazione, delle valutazioni in diritto operate dalla C.T.R. e come tali sono inammissibili ma va anche aggiunto che il terzo motivo difetta di autosufficienza in relazione alla dedotta violazione dei parametri legali di calcolo dell'imposta.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.6.2011 n. 3820

Dimissioni contestuali di due componenti su tre - dissolvimento del collegio - sussistenza.

in seno al collegio dei revisori dei conti, le dimissioni contestuali di due componenti su tre determinano il dissolvimento dell'intero collegio, in quanto l'insanabile mancanza del quorum strutturale di un organo collegiale, implicando la definitiva impossibilità di funzionamento dell'organismo, è causa di scioglimento dello stesso in omaggio ai principi generali in materia di funzionamento degli organi collegiali.

Consiglio di Stato, Sez. V 30.6.2011 n. 3920

Coerentemente con il precetto costituzionale non può essere richiesto alcunché al cittadino relativamente alla depurazione se quest'ultimo non riceve un beneficio diretto. A nulla vale l'istituzione di un fondo vincolato alla realizza-

zione di impianti o altre opere afferenti la depurazione delle acque.

TAR Piemonte, To, 9.7.2011 n. 748

Revisore contabile - valutazione compartativa dei curricula - consiglio comunale - natura fiduciaria dell'incarico.

La nomina del controinteressato è avvenuta previa votazione da parte del consiglio comunale, celebratasi dopo che il consiglio aveva discusso e valutato i curricula dei candidati (come si legge nel verbale della seduta). In ogni caso, come è reso chiaro dall'art. 234, co. 3, del d. lgs. n. 267 del 2000, il revisore è eletto dal consiglio comunale, la cui scelta tecnicamente non presuppone una valutazione comparativa tra diversi aspiranti, ma ha natura essenzialmente fiduciaria costituendo il frutto di un apprezzamento altamente discrezionale (la cui illegittimità potrebbe apprezzarsi unicamente lungo il versante della manifesta irragionevolezza o illogicità, vizio non ricorrente nella presente fattispecie).

TAR Piemonte, Sez. I, 30.6.2011 n. 708

Nuovi tributi - istituzione - violazione art. 23 Cost. - sussistenza.

Il comune non può istituire nuovi tributi, nuove tariffe od altre prestazioni patrimoniali che non siano specificatamente previste dalla legge dello Stato, in caso contrario violerebbe in primis l'art. 23 della cost..

TAR Puglia, Le, Sez. II, 24.5.2011, n. 919

Dimissioni degli organi di revisione degli enti locali - irrevocabili - dimissioni consiglieri comunali - sussistenza.

In particolare, in base al combinato disposto degli art. 3 e 4 del d.l. n. 293/1994, gli organi amministrativi scaduti e non sostituiti entro il termine di scadenza sono prorogati per non più di quarantacinque giorni. L'art. 5, co. 1, e l'art. 6 del d.l. n. 293/1994 stabiliscono rispettivamente l'efficacia immediata dell'atto di ricostituzione dell'organo scaduto e la decadenza degli organi non ricostituiti nel termine previsto, sancendo la nullità degli atti adottati dopo il periodo di proroga. Le disposizioni normative sopra richiamate si ispirano al principio di continuità dell'azione amministrativa, avendo la funzione di assicurare che l'esercizio delle

funzioni pubbliche da parte degli organi amministrativi si svolga senza soluzione di continuità.

Dalla semplice disamina delle predette disposizioni emerge con chiara evidenza che ai componenti dell'organo di revisione degli enti locali non si applica l'art. 38, co. 8, del d. lgs. n. 267/2000, che disciplina le dimissioni dei consiglieri comunali, stabilendone la irrevocabilità e la immediata efficacia e prescrivendo l'obbligo del consiglio comunale di procedere alla surroga del consigliere dimissionario nel termine perentorio di giorni dieci.

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, deve ritenersi che non fosse precluso al componente del collegio dei revisori del comune di Alezio di ritirare le proprie dimissioni, una volta cessata la causa di incompatibilità, in quanto di dette dimissioni l'organo consiliare, ancorché informalmente reso partecipe, non ha mai preso atto né ha avviato il procedimento volto alla sostituzione del componente dimissionario. Oltre alle considerazioni che precedono, la censura appare meritevole di accoglimento anche per ragioni di carattere sostanziale, in quanto al momento della adozione della variazione al bilancio da parte della giunta comunale di Alezio, poi ratificata dal consiglio comunale, la causa di incompatibilità era comunque cessata.

Corte dei Conti, Sicilia, Appello, 9.6.2011, n. 158

Avvio dell'azione di danno erariale - magistratura contabile - articolo di giornale - notizia qualificata.

La notizia di danno ricavata da un articolo di giornale, per poter determinare l'avvio della azione di danno erariale da parte della Magistratura contabile, deve essere "qualificata" cioè essere sufficientemente precisa e realistica.

Corte dei Conti, Lazio, 16.5.2011 n. 775

Danno erariale - soggetti destinatari di fondi pubblici - modus operandi della PA - sussistenza.

I soggetti privati destinatari di fondi pubblici che agiscono in modo da incidere negativamente sul modus operandi della PA rispondono del danno erariale provocato.



Corte dei Conti del. 29.4.2011 (G.U. n. 148 del
28.6.2011 suppl. ord. n. 159)

**Linee guida organi di revisione economi-
co-finanziaria degli enti locali.**

*Pubbligate le linee guida per gli organi di revi-
sione economico-finanziaria degli enti locali
per la predisposizione delle relazioni sul bilan-
cio di previsione esercizio 2011 e rendiconto
esercizio 2010 e questionari allegati.*

«.....GA.....»



PER ULTERIORI INFORMAZIONI
TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356

Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

Chiuso in redazione il 30 agosto 2011
Finito di stampare nel mese di settembre 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 assoluta dall'Editore)