



GAZZETTA AMMINISTRATIVA

DEI COMUNI DELLE PROVINCE DELLE REGIONI D'ITALIA

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

IN QUESTO NUMERO

- *ABUSO D'UFFICIO: QUANDO NE RISPONDE IL DIRIGENTE DELL'UFFICIO TECNICO COMUNALE*
- *PER NON AVER RISPETTATO LE QUOTE ROSA IL TAR LAZIO ANNULLA LA GIUNTA DEL COMUNE DI ROMA*
- *IL NUOVO RUOLO DELLE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE NEGLI ENTI LOCALI PER LA GESTIONE DEI SERVIZI SOCIO-CULTURALI*
- *LA FIGURA DEL DIFENSORE CIVICO NEGLI ENTI LOCALI*
- *LA SCIA EDILIZIA. NATURA GIURIDICA E TUTELA DEL TERZO ALLA LUCE DELLA ADUNANZA PLENARIA N. 15/2011 E DELLE RECENTI NOVITÀ LEGISLATIVE*
- *IL NUOVO PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE: LA SEM-PLIFICAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E LA RESPONSABILIZZAZIONE DEL PRIVATO*
- *IMPIANTI DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI - ILLEGITTIMITÀ DELLA SOSPENSIONE DEI PROCEDIMENTI AUTORIZZATORI*
- *IL SISTRI E GLI ENTI LOCALI, ADEMPIMENTI E ATTUAZIONE*
- *LE OFFERTE INAPPROPRIATE TRA IRREGOLARITÀ ED INAMMISSIBILITÀ*
- *APPALTI AGGIUDICATI AL PREZZO PIÙ BASSO DOPO L'EMANAZIONE DELLA L. 106/11: PRIMI TENTATIVI PER ARGINARE IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO*
- *LA SOSPENSIONE DEI LAVORI NEL NUOVO REGOLAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI*
- *DANNO ALL'IMMAGINE DELLA PA. LE FATTISPECIE DI REATO LEGITTIMANTI LA RICHIESTA RISARCITORIA*
- *COPERTURA DEI POSTI VACANTI: MOBILITÀ, SCORRIMENTO DELLA GRADUATORIA ANCORA VALIDA ED EFFICACE, NUOVO CONCORSO*
- *IL CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI A SOGGETTI ESTERNI ALLA P.A.: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA SEZ I TER TAR LAZIO N.7481/2011*
- *L'OBLIGO DELLA MEDIAZIONE COME ATTO PROPEDEUTICO AL CONTENZIOSO TRIBUTARIO*

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 Bartoccioni (Ambiente), Dott. Marco Benvenuti (Osservatorio Corte Costituzionale), Avv. Maria Cristina Colacino (TUEL), Dott. Pasquale Colafemmina (Normativa d'impresa), Avv. Antonio Cordasco (Energia), Dott. Paolo Cortesini (Risorse Umane), Dott.ssa Flora Cozzolino (Osservatorio Corte Costituzionale), Avv. Giuseppe Dall'Ozzo (Responsabilità), Prof. Michele De Cilla (Appalti), Dott. Fabrizio De Castris (Patti Territoriali), Avv. Maurizio Dell'Unto (Autorità), Avv. Stefano Di Giovan Paolo (Banche ed Assicurazioni), Dott. Daniele Fabbro (Vaticano), Avv. Andrea Iacobini (Comunicazione), Avv. Livio Lavitola (Edilizia), Avv. Francesco Lettera (Ambiente), Avv. Andrea Pistilli (Esecuzione dei Lavori Pubblici), Dott. Adriano Marini (Pubblico Impiego e Formazione del Personale), Avv. Federico Mazzella (Servizi Pubblici Locali), Prof. Enrico Michetti, Avv. Simone Morani (Acqua), Prof. Salvatore Napolitano (Contratti della PA), Avv. Mario Nigro (Osservatorio Corte Costituzionale), Dott. Stefano Olivieri Pennesi (Bilancio), Avv. Andrea Perrotta (Finanziamenti comunitari), Avv. Valentina Romani (Tributi e Fiscalità degli Enti Locali), Prof.ssa Maria Rosaria 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: 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. Roberto Cavallo Perin, Prof. Guido Corso, Prof. Francesco De Leonardis, Prof. Enrico Follieri, Prof. Carlo Emanuele Gallo, Prof. Vincenzo Caputi Iambrenghi, Prof. Giovanni Leone, Prof. Fiorenzo Liguori, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Prof. Fabio Merusi, Pres. Filippo Paone, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Aristide Police, 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: IL DIFFICILE EQUILIBRIO NELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA CONCORRENZA ED AUTONOMIA NEL DECRETO LIBERALIZZAZIONI
del Prof. Avv. Enrico Michetti..... 4

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 7
REDAZIONALI 11
ABUSO D'UFFICIO: QUANDO NE RISPONDE IL DIRIGENTE DELL'UFFICIO TECNICO COMUNALE
dell'Avv. Antonio Cordasco 11
PER NON AVER RISPETTATO LE QUOTE ROSA IL TAR LAZIO ANNULLA LA GIUNTA DEL
COMUNE DI ROMA
dell'Avv. Maria Cristina Colacino 16
IL NUOVO RUOLO DELLE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE NEGLI ENTI LOCALI PER LA
GESTIONE DEI SERVIZI SOCIO- CULTURALI
della Dott.ssa Claudia Tarascio 18
CORTE COSTITUZIONALE E CRISI ECONOMICA: ANALISI DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI LEGISLAZIONE ANTICRISI
della Dott.ssa Alessandra Dominici 22
IL RAPPORTO TRA COMPETENZE STATALI E REGIONALI IN MATERIA AMBIENTALE:
CONFERME E APPARENTI RIPENSAMENTI
del Dott. Gabriele Magrini 31
LA FIGURA DEL DIFENSORE CIVICO NEGLI ENTI LOCALI
del Dott. Massimiliano Mignanelli 35
GIURISPRUDENZA 37
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990)
..... 37
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI
..... 40
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE
..... 42

EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 57
REDAZIONALI 61
LA SCIA EDILIZIA. NATURA GIURIDICA E TUTELA DEL TERZO ALLA LUCE DELLA ADUNANZA
PLENARIA N. 15/2011 E DELLE RECENTI NOVITÀ LEGISLATIVE
della Dott.ssa Valentina Pavone 61
IL NUOVO PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE: LA SEM-
PLIFICAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E LA RESPONSABILIZZAZIONE DEL PRIVATO
della Dott.ssa Raffaella Vaira 67
IMPIANTI DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI - ILLEGITTIMITÀ DELLA SOSPENSIONE DEI
PROCEDIMENTI AUTORIZZATORI
degli Avv.ti Marco Frascaroli e Luca Fiasconaro 73
IL SISTRI E GLI ENTI LOCALI, ADEMPIMENTI E ATTUAZIONE
degli Avv. Anna Cinzia Bartoccioni e Francesco Palazzotto 76
GIURISPRUDENZA 80
URBANISTICA 80
EDILIZIA 83



ABUSI EDILIZI.....	89
PAESAGGIO	93
ESPROPRIAZIONI.....	97
AMBIENTE	100
OSSERVATORIO PENALE	103

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	106
REDAZIONALI	110
LE OFFERTE INAPPROPRIATE TRA IRREGOLARITA' ED INAMMISSIBILITA' <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i>	110
APPALTI AGGIUDICATI AL PREZZO PIÙ BASSO DOPO L'EMANAZIONE DELLA L. 106/11: PRIMI TENTATIVI PER ARGINARE IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO (II^ PARTE) <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni.....</i>	112
LA SOSPENSIONE DEI LAVORI NEL NUOVO REGOLAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI <i>del Dott. Andrea di Stazio</i>	117
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: LINEE GUIDA SULLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI AI SENSI DELL'ART. 3 DELLA L. 13.8.2010, N. 136 <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....</i>	120
GIURISPRUDENZA.....	134
CONTRATTI PUBBLICI <i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro.....</i>	134
SERVIZI PUBBLICI LOCALI..... <i>dell'Avv. Federico Mazzella.....</i>	137

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	143
REDAZIONALI	146
DANNO ALL'IMMAGINE DELLA PA. LE FATTISPECIE DI REATO LEGITTIMANTI LA RICHIESTA RISARCITORIA <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e dell'Avv. Fiammetta Orsi</i>	146
COPERTURA DEI POSTI VACANTI: MOBILITÀ, SCORRIMENTO DELLA GRADUATORIA ANCORA VALIDA ED EFFICACE, NUOVO CONCORSO <i>dell'Avv. Flavia Virginia Prosperetti.....</i>	148
IL CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI A SOGGETTI ESTERNI ALLA P.A.: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA SEZ I TER TAR LAZIO N.7481/2011 <i>dell'Avv. Fabio Falco</i>	151
GIURISPRUDENZA.....	154

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	163
REDAZIONALI	167
“SOCIAL CARD”: EVOLUZIONE FINANZIARIA E NORMATIVA DI UNO STRUMENTO PER IL WELFARE TERRITORIALE <i>del Dott. Prof. Stefano Olivieri Pennesi</i>	167
L'OBBLIGO DELLA MEDIAZIONE COME ATTO PROPEDEUTICO AL CONTENZIOSO TRIBUTARIO <i>del Dott. Stefano Renzini.....</i>	171
PAREGGIO DI BILANCIO E COSTITUZIONE <i>della Dott.ssa Rosa Valicenti</i>	173
LA DISCIPLINA DELL'AVANZO DI AMMINISTRAZIONE: ASPETTI VINCOLATI ED ASPETTI DA	



REGOLAMENTARE	
<i>della Dott.ssa Eugenia Materia</i>	184
GIURISPRUDENZA	190

IL DIFFICILE EQUILIBRIO NELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA CONCORRENZA ED AUTONOMIA NEL DECRETO LIBERALIZZAZIONI

del Prof. Avv. Enrico Michetti

Le autonomie locali, oggi più di ieri, sono chiamate ad erogare beni e servizi alla stregua di operatori privati mediante prestazioni orientate alla realizzazione del benessere e della coesione sociale della comunità di riferimento. A tal fine, il legislatore concede al comune una scelta per così dire “*manichea*”: l’ente locale dovrà decidere se liberalizzare il servizio ovvero qualora in base ad una analisi di mercato la libera iniziativa economica non garantisca un servizio rispondente ai bisogni della comunità procedere all’attribuzione del servizio in esclusiva. In tale circostanza che si ritiene utile percorrere l’ente locale dovrà a seguito di idonea istruttoria illustrare i benefici e le ragioni che motivano il mantenimento di una gestione in esclusiva. Tale decisione andrà assunta con delibera consiliare in cui già si potrà decidere con quale delle tre soluzioni possibili si intenda procedere all’affidamento del servizio in regime di esclusiva. La gestione *in house*, la gara a doppio oggetto e la procedura di gara ad evidenza pubblica rappresentano le tre soluzioni a cui si accennava e che di seguito verranno partitamente analizzate adattandole al caso di specie:

A) Gestione “*in house*”: Tale soluzione appare praticabile alla condizione di ricorrere ad imprese a totale capitale pubblico, purchè la soglia del servizio non superi i euro 200.000,00 D.L. 1/2012 cd sulle liberalizzazioni, per l’affidamento *in house* del servizio;

B) Gara a doppio oggetto: Tale soluzione prevede che si possa affidare il servizio ad una società mista pubblico-privato in cui il socio privato selezionato con procedura ad evidenza pubblica debba conferire il necessario apporto tecnologico-operativo necessario all’ottimale espletamento del servizio. Si chiama gara a doppio oggetto perché in una unica gara si procede all’affidamento del servizio ed alla selezione del socio privato operativo.

C) Gara tradizionale ad evidenza pubblica. A tale procedura possono accedere in via teorica le società pubbliche nei limiti previsti dalla legge, tutte le società private e le società miste (comma 8 della legge 183/2011 “ .. *il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite ..*”).

La deliberazione con cui il Comune perviene alla scelta di mantenere il regime di esclusiva del servizio dovrà essere ritualmente pubblicata ed andrà anche inviata all’Autorità Garante del mercato nei modi e nei termini successivamente indicati.

Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell’ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell’incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

Il divieto di cui sopra opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

I componenti della commissione di gara per l’affidamento della gestione di servizi pubblici lo-

cali non devono aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Riguardo alla composizione della società mista il legislatore prescrive che al socio privato debba essere conferita una partecipazione al capitale sociale non inferiore al 40 per cento. Tale disposizione sembrerebbe riferirsi alle condizioni richieste per la partecipazione alla gara a doppio oggetto, ma poi a ben vedere l'apposizione riguardante il predetto 40 per cento utilizzata dal legislatore sembrerebbe riguardare tutte le società miste in quanto il legislatore stesso fa specifico riferimento alla qualità del socio ed al suo ruolo operativo ponendo la propria attenzione non ad una specifica procedura di selezione del socio privato ma a tutte indipendentemente dalle finalità, dalle modalità e dai tempi spesso non contestuali tra costituzione ed affidamento della gestione del servizio.

Si consideri inoltre che a norma dell'art. 25 del Dl n. 1 del 2012 per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui sopra è adottata previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali. La delibera e il parere debbono essere resi pubblici sul sito internet, e con ulteriori modalità idonee.

L'invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per il parere obbligatorio, della verifica e del relativo schema di delibera quadro, è effettuato entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali. La delibera quadro è comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, entro trenta giorni dal parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In assenza della delibera, l'ente locale non potrà procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.

I concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi.

Relativamente poi agli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di 200.000,00 ovvero non conformi a quanto previsto dalle leggi 148 e 183 del 2011, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31.12.2012;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31.3.2013;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi



connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 10.10.2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13.8.2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30.6.2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31.12.2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30.6.2013 o del 31.12.2015.

Come si vede, la normativa incide, quanto meno nelle intenzioni, nel verso dell'ampliamento dei meccanismi concorrenziali, riducendo le possibilità di gestioni domestiche mediante l'abbassamento della soglia di valore del servizio da affidare. Il banco di prova della bontà della scelta sarà la completezza della delibera quadro in cui l'ente manifesterà la propria scelta, dovendo l'ente locale nell'atto in questione dar conto delle ragioni, di natura economico sociale, che spingono nel verso di una scelta piuttosto che in un'altra.

«.....GA.....»

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LA P.A. NEL PROVVEDIMENTO FINALE DI DINIEGO NON PUÒ INTRODURRE ULTERIORI CAUSE OSTATIVE NON INDICATE GIÀ NEL PREAVVISO DI RIGETTO

Sebbene non deve sussistere un rapporto di identità tra l'atto recante il "preavviso di rigetto" e l'atto recante la determinazione conclusiva del procedimento né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti (a proposito delle ragioni ostative ivi indicate), essendo del tutto legittimo che l'amministrazione ritenga, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche – in relazione alle osservazioni del privato e anche autonomamente –, è necessario, però, che il contenuto del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione ex art. 10-bis della l. n. 241 del 1990, dovendosi ritenere precluso all'amministrazione fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale; è illegittimo, insomma, che in tali casi venga arricchita la motivazione del provvedimento negativo di ragioni giustificative non preventivamente sottoposte al doveroso contraddittorio procedimentale. (TAR Emilia Romagna, Parma, n. 360/2011).

«..... GA.....»

DOPPIO INCARICO ADDIO

La Corte Costituzionale e' intervenuta sulla lacuna legislativa che consentiva il cumulo della carica di Sindaco con quella di parlamentare a coloro che già parlamentari intendevano candidarsi alla carica locale. Tale

possibilità si pone in contrasto con la causa di ineleggibilità legislativamente prevista per l'ipotesi speculare dei titolari di un ufficio pubblico locale che intendono partecipare alla competizione elettorale per uno dei due rami del parlamento sui quali grava, per contro, l'obbligo di dimettersi previamente. La Consulta ha, quindi, dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, 2, 3 e 4 della l. 15.2.1953, n. 60 (Incompatibilità parlamentari), nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti (Corte Costituzionale, sentenza n. 277/2011)

«..... GA.....»

IL TERMINE PER CHIEDERE L'ANNULLAMENTO DEI PROVVEDIMENTI DELLA P.A.

Quando il provvedimento amministrativo incida in modo diretto, immediato e concreto sulla posizione giuridica di un soggetto, comprimendogli o disconoscendogli diritti o altre utilità di cui questi è titolare, il termine per chiederne l'annullamento decorre dalla sua conoscenza, che, in difetto di formale comunicazione, si concretizza nel momento della piena percezione dei suoi contenuti essenziali (autorità emanante, contenuto del dispositivo ed effetto lesivo), senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione, che è rilevante solo ai fini della successiva proposizione dei motivi aggiunti. (CdS, IV, n. 5940/2011).

«..... GA.....»

MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL POTE-



RE DI AUTOTUTELA

Il provvedimento di revoca dell'amministrazione tendente alla rimozione di un precedente atto esistente ed efficace, deve essere adottato con le medesime formalità procedurali seguite per l'adozione dell'atto rimosso e ad opera dello stesso organo, in coerenza con il principio di competenza intesa come misura dei poteri attribuiti ad un dato organo. (CdS, V, sentenza n. 5382/2011).

«..... GA.....»

CONSEGUENZE DELL'INDICAZIONE SULLA SCHEDA ELETTORALE DI UN CANDIDATO INESISTENTE

Ai sensi dell'art. 64 del d.P.R. n. 570/1960, nei Comuni con popolazione fino a quindicimila abitanti la nullità del voto di preferenza a favore del candidato a consigliere comunale non comporta la nullità del voto di lista, che resta quindi valido. La scheda che riporta un valido crocese gno sul simbolo della lista e la indicazione della preferenza per un candidato inesistente ha quindi, comunque, validità, anche se, ovviamente, soltanto per la lista. L'inefficacia della preferenza espressa in favore del candidato e non costituente segno di riconoscimento non può mai ripercuotersi sul voto di lista stante l'autonomia della relativa manifestazione di volontà. (CdS, V, n. 6070/2011).

«..... GA.....»

GIUNTA E CONSIGLIO NON DECIDONO SULLA RISOLUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Gli atti comportanti la risoluzione del rapporto di lavoro devono qualificarsi come atti gestionali e non sono ascrivibili ai poteri di indirizzo spettanti agli organi politici. (CdS, V, sentenza n. 5976/2011).

«..... GA.....»

ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI ANCHE A TUTELA DI UN ESIGUO NUMERO DI PERSONE

L'accertata presenza di un fenomeno di inquinamento acustico, anche se non coinvolgente l'intera collettività, è sufficiente a concretare l'eccezionale ed urgente necessità di intervenire a tutela della salute pubblica mediante ordinanza sindacale ex art. 9, comma 1, l. 26.10.1995 n. 447, non prevedendo la norma alcun parametro numerico o dimensionale. (TAR Piemonte, Torino, II, n. 1127/2011)

«..... GA.....»

RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLA P.A. SOLO IN PRESENZA DI COLPA

Ai fini dell'ammissibilità di una domanda risarcitoria conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo non è sufficiente la sola rimozione dell'atto, ma deve valutarsi la sussistenza dell'elemento psicologico quanto meno della colpa, dovendosi, invero la responsabilità patrimoniale della p.a. conseguente alla rimozione delle determinazioni amministrative dalla stessa assunte, inserirsi nel sistema delineato dall'art. 2043 c.c. e sul punto va espletata un'apposita verifica. (CdS, IV, 1.12.2011, n. 6345)

«..... GA.....»

AI FINI DEL RISARCIMENTO, I DANNI SUBITI DEVONO ESSE PROVATI

Per poter ottenere il risarcimento è necessario fornire la prova di aver subito un danno ingiusto a causa dell'azione illegittima dell'amministrazione. All'azione di risarcimento danni proposta dinanzi al giudice amministrativo si applica infatti il principio dell'onere della prova previsto nell'art. 2697 c.c., in virtù del quale spetta al danneggiato fornire in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, e quindi del danno di cui si invoca il ristoro per equivalente monetario, con la conseguenza che, laddove la domanda di risarcimento danni non sia corredata dalla prova del danno da risarcire, la stessa deve essere respinta. Anche l'art. 64, comma 1, del c.p.a. stabi-

lisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova riguardanti i fatti posti a fondamento delle loro domande. (CdS, III, 30.11.2011, n. 6342)

«..... GA.....»

CONDANNA DELLA P.A. AL RISARCIMENTO DEL DANNO ANCHE IN ASSENZA DELL'IMPUGNAZIONE DELL'ATTO LESIVO PRESUPPOSTO

La questione della pregiudizialità della domanda di annullamento dell'atto illegittimo rispetto all'azione di risarcimento del danno, già risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in favore della autonomia delle azioni e della proponibilità della domanda di risarcimento dinanzi al giudice amministrativo anche in difetto di previa domanda di annullamento dell'atto lesivo (Cass. SS.UU. ordd. 13659, 13660 e 13911 del 13.6.2006), è ora disciplinata dal codice del processo amministrativo, che all'art. 30 prevede che l'azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma entro il termine di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Pur non essendo detta disposizione applicabile direttamente ad una fattispecie risalente ad epoca anteriore alla sua entrata in vigore (16 settembre 2010), seguendo l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato espresso nella decisione 23.3.2011, n. 3, il Collegio reputa di estendere la disciplina da essa desumibile - ad eccezione del termine di decadenza, evidentemente inapplicabile *ratione temporis* - anche alla presente controversia, in quanto ricognitiva di principi appartenenti ad un quadro normativo precedente all'entrata in vigore del codice. Ne discende che la domanda di ristoro di un danno patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse pretensivo diretto ad ottenere la concessione edilizia, proposta entro il termine quinquennale di prescrizione ai sensi dell'art. 2947 c.c., è da considerarsi, pure in assenza della previa domanda di annullamento dell'atto lesivo, ammissibile. (CdS, V, 29.11.2011, n. 6296).

«..... GA.....»

NUOVI PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI SULL'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento enuncia tre principi importanti ovvero: a) il diritto all'accesso ove ne ricorrano i presupposti e non sussistano altre cause ostative (quale ad es. una previsione espressa nell'apposito regolamento dell'ente), può essere esercitato anche con riferimento ad atti endoprocedimentali in pendenza del relativo procedimento; b) la disamina della rilevanza e dell'attualità dell'interesse dell'istante ad ottenere l'accesso si giustifica essenzialmente qualora l'istante chieda di accedere ad atti i cui destinatari primari siano terzi ovvero ad atti rivolti strutturalmente a soddisfare primariamente interessi non identificabili con quelli dell'istante; la questione si pone invece in termini diversi qualora l'istante chieda di accedere ad atti che appartengono ad un procedimento iniziato a sua domanda per ottenere dall'ente l'adempimento delle sue pretese (nella fattispecie: domanda presentata dall'interessato per ottenere il pagamento delle sue spettanze per attività professionali rese all'ente medesimo); in tale ipotesi invero l'interesse all'accesso - in costanza di inadempienza della P.A. - è *in re ipsa* e l'istante non ha l'onere di fornirne altra spiegazione o dimostrazione, né vi sono spazi perché l'ente possa sostenere il contrario; c) non vi è preclusione a ricorrere al giudice amministrativo qualora l'istanza di accesso, già rigettata con un diniego non impugnato, sia stata riproposta e nuovamente rigettata con un diniego diversamente motivato (principio della impugnabilità dell'atto non meramente confermativo). (CdS, III, 28.11.2011, n. 6276)

«..... GA.....»

POTERI DEL GIUDICE DELL'OTTEMPERANZA: VINCOLATI NEL RISULTATO, MA LIBERI NELL'INDIVIDUAZIONE DELLE MISURE PIÙ IDONEE AD ATTUARE IL GIUDICATO



Nel giudizio di ottemperanza il vincolo che deriva al giudice dalla domanda di parte atiene solo al risultato e non al quomodo per raggiungere un tale risultato. Vale a dire, che a fronte di una fondata domanda di ottemperanza il giudice ha il dovere di adottare misure atte a garantire che l'ottemperanza avvenga effettivamente e in tempi rapidi. Tuttavia la scelta delle modalità per raggiungere il risultato è riservata al giudice – nell'ambito dei confini segnati dal giudicato - e non è vincolata dai suggerimenti e dalle richieste di parte. Da un lato, il giudizio di ottemperanza rientra nella c.d. giurisdizione di merito, in cui il giudice ha il potere di sostituzione all'amministrazione (art. 7, co. 6, c.p.a.), e lo

esercita secondo scelte non vincolate, quanto ai mezzi, alla domanda di parte, alla stessa stregua in cui la pubblica amministrazione individua, secondo proprie valutazioni, i migliori mezzi per conseguire il risultato richiesto. Dall'altro lato, l'art. 114, co. 4, lett. a), c.p.a., espressamente dispone che in caso di accoglimento del ricorso per ottemperanza, il giudice ordina l'ottemperanza "prescrivendo le relative modalità", che dunque rientrano nei poteri di ufficio del giudice. Analogamente dispone l'art. 34, co. 1, lett. e), secondo cui il giudice "dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato", così demandando al giudice la scelta di tali misure. (CdS, V 12.12.2011, n. 6501).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ABUSO D'UFFICIO: QUANDO NE RISPONDE IL DIRIGENTE DELL'UFFICIO TECNICO COMUNALE

dell'Avv. Antonio Cordasco

Il dirigente di un Ufficio Tecnico Comunale che rilascia una concessione illegittima commette il reato di abuso d'ufficio (Corte di Cassazione Penale, Sez. III, 14.7.2011, n. 27703)

Con la sentenza in commento, la Cassazione Penale ha ritenuto che il responsabile di un ufficio tecnico comunale possa rispondere del reato di abuso d'ufficio laddove rilasci una concessione edilizia in sanatoria per un'opera non conforme agli strumenti urbanistici generali adottati e vigenti in quel comune.

Nella fattispecie concreta, la Suprema Corte ha accertato che l'autorizzazione in sanatoria rilasciata fosse “atto illegittimo in quanto non esistente in riferimento ad opere temporanee ed in contrasto con la normativa vigente, in modo da consentire a questi l'ingiusto vantaggio patrimoniale rappresentato dalla permanenza delle opere adibite a deposito della società amministrata dallo stesso cittadino, nonché a garantirgli l'impunità nel procedimento nel quale quest'ultimo era indagato per abuso edilizio”.

In particolare, dalla motivazione resa nella sentenza in commento, risulta che “quando le sentenze di primo e secondo grado concordano nell'analisi e nella valutazione degli elementi di prova posti a fondamento delle rispettive decisioni, la struttura motivazionale della sentenza di appello si salda con quella precedente e forma con essa un unico complessivo corpo argomentativo ... e proprio in riferimento a questo capo della sentenza, la Corte di appello di Lecce ha fatto riferimento ai convincenti argomenti della sentenza del giudice di prime cure.

Peraltro, la censura proposta in sede di legittimità più che attenere, come enunciato, all'elemento soggettivo, sembra proporre una

censura di mancata offensività del fatto contestato, per assenza di qualunque compressione dell'interesse pubblico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, nel rilascio di un permesso a costruire in sanatoria “condizionato” e quindi revocabile dalla P.A. Il rilievo è infondato, in quanto il provvedimento concessorio rilasciato, pur condizionato, ha consentito di mantenere la struttura abusiva, ricavandone quindi un'utilità ed anche di realizzare un incremento di valore economico del proprio lotto di terreno. A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha affermato che configura un ingiusto vantaggio patrimoniale anche il mero incremento del valore commerciale dell'immobile”.

La questione di cui al presente contributo, concerne quindi il più ampio aspetto della violazione o meno di norme di legge nel caso in cui non siano rispettati gli strumenti urbanistici vigenti.

Tale argomento è stato ampiamente dibattuto in giurisprudenza e soprattutto all'indomani della entrata in vigore della l. n. 234/1997 recante la nuova formulazione dell'abuso d'ufficio.

La giurisprudenza ritiene infatti che la norma del codice penale non preveda che le violazioni di strumenti urbanistici che non hanno carattere regolamentare, possa dar luogo alla fattispecie del reato di abuso d'ufficio.

La Cassazione Penale, VI, con sentenza n. 11984 del 18.11.1998, in particolare ha poi precisato che la violazione della legge urbanistica avrebbe fornito una interpretazione in contrasto con i principi costituzionali della



riserva di legge e della determinatezza della fattispecie incriminatrice.

Tale contrasto giurisprudenziale si è tuttavia successivamente appianato, in quanto la giurisprudenza successiva si è attestata nell'orientamento propugnato (cfr in tal senso, Sez. VI, 19.9.2009 n. 3357) dalla sentenza in commento.

La questione va invero inquadrata nella più ampia accezione che concerne la violazione dell'art. 323 c.p. nell'attuale formulazione della norma stessa "violazione di legge o di regolamento" letta e coordinata in disposto con le norme di legge in materia edilizia e urbanistica.

Per comprendere appieno la fattispecie concreta giova quindi in primo luogo ricordare, conformandosi a quanto in proposito statuito dalla dottrina, quali siano i requisiti del reato in commento: "a) condotta: un attività qualificata dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale; b) evento: il compimento d'un fatto illegittimo alla stregua dell'ordinamento amministrativo, che sia conseguenza della condotta suddetta; c) dolo: coscienza e volontà di determinare, mediante l'abuso dei poteri inerenti alla pubblica funzione, il compimento d'un atto illegittimo alla stregua dell'ordinamento amministrativo; d) particolare scopo dell'autore del reato o dolo specifico: consistente nel fine di recare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio. Di talchè, per l'esistenza del reato in questione, non è sufficiente la declaratoria di illegittimità dell'atto compiuto per mezzo di poteri inerenti le funzioni di pubblico ufficiale, occorrendo l'ulteriore concorso del requisito soggettivo al fine di recare ad altri un danno o di procurargli un vantaggio".

Nell'individuazione del reato una particolare attenzione meritano quindi i requisiti quali l'esistenza del dolo, per il quale "occorre la consapevolezza di adoperare, per commettere il fatto, poteri inerenti alla funzione pubblica, senza riguardo, però, alla qualificazione giuridica che il soggetto attribuisca alla funzione o a se stesso; il danno o il vantaggio altrui, cui l'agente mira, dev'essere poi ingiusto, indebito e consiste in qualsiasi nocumento o beneficio, patrimoniale o non patrimoniale. Deve infatti trattarsi

del danno o vantaggio di un soggetto (singolo o collettivo) diverso dal pubblico ufficiale, autore principale del reato proprio; non rileva, però, e il delitto sussiste ugualmente, che la persona a cui il pubblico ufficiale agisce, sia correa nel reato. Il soggetto, cui il danno o il vantaggio si riferisce, non deve essere l'ente pubblico, all'esercizio delle cui funzioni è preposto il pubblico ufficiale che abusa dei poteri ad esse inerenti. Non è inoltre necessario per l'esistenza del delitto che il danno o vantaggio si sia oggettivamente o concretamente verificato. Il reato, pertanto, è consumato nel momento e nel luogo in cui il pubblico ufficiale compie il fatto illegittimo".

Peraltro alcune disposizioni del c.c., ed in particolare l'art. 869, dispone tra l'altro che "i proprietari di immobili nei comuni dove sono formati i piani regolatori devono osservare le prescrizioni dei piani stessi nelle costruzioni e nelle edificazioni o modificazioni delle costruzioni esistenti".

Risulta pertanto, come precisato da altro orientamento giurisprudenziale (Cass. Pen. Sez. VI 24.6.1999 n. 8194), di tutta evidenza che se il proprietario deve attenersi alle prescrizioni dei piani regolatori nel presentare il progetto da sottoporre a licenza e nell'eseguire l'opera a licenza ottenuta, a maggior ragione sono tenuti alle stesse prescrizioni gli amministratori all'atto di concedere la licenza edilizia.

Diversamente opinando, precisa la Suprema Corte, si verificherebbe una situazione abnorme, in base alla quale male agisce il proprietario che edifica in violazione delle prescrizioni dei piani regolatori pur avendo ottenuto licenza dall'autorità amministrativa, e bene agisce l'amministratore pubblico che quella licenza violatrice delle prescrizioni dei piani regolatori ha rilasciato.

Inoltre l'art. 871 c.c. precisa che le regole da osservarsi nelle costruzioni sono stabilite dalla legge speciale e dai regolamenti edilizi comunali e il successivo art. 872 aggiunge che «le conseguenze di carattere amministrativo della violazione delle norme indicate dall'articolo precedente sono stabilite da leggi speciali».

Il quadro di riferimento normativo precisato, ribadisce la Corte di Cassazione con la ri-

chiamata pronuncia, non solo per gli aspetti prettamente civilistici del problema, è di natura esclusivamente legislativa nel senso che il precetto relativo alla violazione delle prescrizioni dei piani regolatori (non importa se approvati con norme regolamentari) discende sia dal codice civile, sia dalle norme di leggi speciali da quest'ultimo richiamate.

Quanto alle leggi speciali il punto di riferimento è la legge urbanistica (l. 17.8.1942, n. 1150), (salve ovviamente le ultime e successive modifiche) che all'art. 10 prescrive: le regole generali per l'approvazione del piano regolatore generale e al successivo art. 31 determina le condizioni per l'ottenimento della licenza di costruzione da parte del Sindaco del comune in cui l'opera deve essere eseguita.

Al pari di quanto osservato, evidenzia altresì la Corte, in ordine alle norme del codice civile, la richiesta della licenza presuppone che il richiedente osservi le prescrizioni contenute nei piani regolatori generali e, *a fortiori*, che il legale rappresentante p.t. dell'amministrazione comunale osservi le medesime prescrizioni. Nel caso di una richiesta del privato *contra legem*, come tale illegittima, e una licenza concessa egualmente *contra legem*, ma indifferente giuridicamente.

Il quadro è completato dalla l. 28.1.1977, n. 10, sulla edificabilità dei suoli, che esplicita normativamente quanto desunto a livello interpretativo dalle norme finora menzionate.

L'art. 1 della l. n. 10 del 1977 stabilisce che l'esecuzione delle opere comportanti trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio è subordinata a concessione da parte del sindaco ai sensi della stessa legge, mentre l'art. 4 dispone che la concessione è data dal sindaco al proprietario dell'area o a chi abbia titolo (per richiederla) con le modalità, con la procedura e con gli effetti di cui all'art. 31, l. 17.8.1942, n. 1150 e successive modifiche e integrazioni «*in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi*».

Si pone a questo punto, secondo la Corte, il quesito se il piano regolatore generale debba considerarsi regolamento o strumento urbanistico; quesito dalla cui soluzione dipende la

più generale questione che qui rileva in ordine all'applicazione dell'art. 323 c.p. nell'ipotesi in cui la licenza edilizia venga concessa in violazione del piano regolatore generale.

Che il piano regolatore non sia regolamento è questione risolta più volte della Suprema Corte.

Sin dall'ottobre 1998, la Suprema Corte pur assumendo conclusioni diverse in ordine al problema se le norme del piano regolatore generale possono essere recepite dalla legge e come tali determinanti per l'applicazione dell'art. 323 c.p. nel caso di illegittima concessione della licenza edilizia - afferma che al potere regolamentare, un tempo inteso come manifestazione della discrezionalità amministrativa e quindi legittimamente autodisciplinato dai soggetti emananti, sono state date basi e disciplina legislativa nei confronti delle autonomie locali (deputate appunto alla materia delle concessioni edilizie) già dall'art. 5 della l. n. 142 del 1990.

Il regolamento deve intendersi connotato dal carattere della tipicità e perciò tale da poter essere riconosciuto soltanto nei casi in cui la sua emanazione sia espressamente consentita dalla legge.

Il primo requisito dell'atto, precisa altresì la Corte di Cassazione, è del resto che il soggetto emanante lo qualifichi come regolamento, facendo dichiaratamente uso del relativo potere con riferimento alla fonte legislativa abilitante.

L'uso della denominazione regolamento è infatti espressamente disposto dall'ultimo comma dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988, con una di quelle norme cui viene riconosciuta portata generale. L'emanazione comporta la deliberazione da parte del consiglio comunale, ma comporta altresì, in modo tipizzante, la pubblicazione e l'assunzione di obbligatorietà il quindicesimo giorno successivo (art. 10 disposizioni preliminari al c.c.).

Inoltre la sentenza 16.10.1998, offre una soluzione diversa rispetto a quella appena ora ricordata, si pone sulla medesima linea nell'escludere che il piano regolatore possa considerarsi norma regolamentare.

Il dato può dirsi acquisito, tanto da non doversi aggiungere ulteriori considerazioni a quelle prima evidenziate, così da potersi riba-



dire senza ulteriori argomentazioni che il piano regolatore generale non rientra nella categoria dei regolamenti.

Che il piano regolatore generale sia strumento urbanistico, anzi lo strumento urbanistico per eccellenza, appare di tutta evidenza alla luce delle norme della l. 17.8.1942, n. 1150 e successive modifiche, in particolare l'art. 7 della precitata legge dispone che il piano deve considerare la totalità del territorio comunale e, per quanto riguarda il contenuto, deve indicare le localizzazioni di opere e impianti pubblici; la divisione del territorio in zone con la precisazione di quelle destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna di esse; i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico. Sotto questo profilo esso contiene prescrizioni di immediata applicazione, pur potendo assumere anche carattere programmatico di scelte generali.

La essenzialità del piano regolatore generale come strumento urbanistico è tale per cui, ove i Comuni non abbiano provveduto a munirsene, la legge stessa (art. 41 *quinquies*, co. 1, l. n. 1150 del 1942) vi supplisce ponendo una serie di limitazioni alla edificabilità. Lo stesso articolo, nei commi successivi, stabilisce altre regole sia in relazione ai comuni già dotati di piano regolatore, sia a quelli che devono approvarlo, sia a quelli che intendono rivedere il piano preesistente.

Dal complesso delle disposizioni normative riportate si evince, secondo il Giudice di Cassazione, con assoluta sicurezza che la concessione edilizia deve conformarsi alle previsioni degli strumenti urbanistici (*in primis* il piano regolatore).

Il rinvio della legge agli strumenti urbanistici fa sì che la condotta illecita (concessione data senza il rispetto del piano regolatore) si configuri come violazione di legge.

Il Giudice della Nomofilachia, con altra sentenza n. 11620 del 20.3.2007 (Cass. Pen., Sez. VI) rileva che, se è pur vero che gli strumenti urbanistici (piano regolatore, programma di fabbricazione, piano di recupero, etc.) non rientrano nella categoria dei "regolamenti", ma in quella degli atti amministrativi generali, la violazione delle relative pre-

visioni rappresentano "solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica ed è a quest'ultima normativa che deve farsi riferimento per ritenere concretata la violazione di legge quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p."

Infatti, la condotta "abusiva" punita dall'art. 323 c.p., nella formulazione dettata dalla l. n. 234/1997, consiste nell'atto compiuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio "in violazione di norme di legge o di regolamento".

La giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla rilevanza penale ex art. 323 c.p. della condotta sostanziata nel rilascio di una concessione edilizia (ora, permesso di costruire) in violazione delle prescrizioni del "piano regolatore" e, più in generale, degli "strumenti urbanistici".

Rilevanza ammessa da quelle decisioni, ormai prevalenti le quali, pur concordando sulla natura non regolamentare del piano regolatore e, più in generale, degli strumenti urbanistici, hanno fondato la soluzione positiva sul rilievo che il mancato rispetto delle prescrizioni del piano regolatore finisce con il risolversi in una violazione della disciplina primaria di settore (Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 25.1.2007).

Pertanto, secondo la Cassazione, la concessione che violi le prescrizioni del piano regolatore è illegittima perchè direttamente lesiva della richiamata normativa primaria di settore, sicché può costituire la base per l'addebito ex art. 323 c.p..

Resta quindi, e a fronte di quanto rilevato, da verificare se tale "violazione di legge", per essere rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 323 c.p., non violi il principio di stretta legalità.

Osserva in proposito la Cassazione, che la C. cost., con la sentenza 11.6.1990, n. 1282, ha chiarito il tema affermando che il principio di stretta legalità vigente nella materia penale può ritenersi soddisfatto, sotto il profilo della riserva di legge, allorché la legge determini con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale, essendo necessario che la legge consenta di distinguere la sfera del lecito e quella dell'illecito, ponendo a

tal fine una indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati.

Non contrasta, perciò, con il principio della riserva, sia la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo rispetto ad elementi normativi del fatto sottratti alla possibilità di un'anticipata individuazione particolareggiata da parte della legge, sia l'ipotesi in cui il precetto penale assume una funzione *lato sensu* sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa ove sia la legge ad indicarne i presupposti, contenuto, caratteri e limiti, in modo che il precetto penale riceva intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto.

La norma dell'art. 323 c.p., richiedendo per la sanzionabilità della condotta del pubblico ufficiale che la stessa sia caratterizzata dalla inosservanza sostanziale, non essendo sufficiente quella formale o procedimentale, di norma introdotte da leggi (o da regolamenti) e sia per il necessario nesso causale produttiva di ingiusto vantaggio patrimoniale, procede alla definizione tipica della fattispecie per parte, con elementi naturalistici determinati da espressioni e modi di uso comune, e per parte con rinvio alla valutazione posta da norme di legge (o di regolamento) che fungono da mediazione per la delimitazione materiale e di fatto, eliminando ogni incertezza della fattispecie: norma che deve risultare violata. Nel caso di specie, precisa la Cassazione, la mediazione conoscitiva e tipizzante, effetto del rinvio operato con i termini "*violazione di legge*", a partire dall'attività concessoria svolta dal pubblico ufficiale in materia edilizia, è certa per il contenuto e incidente esaustivamente sulla connotazione materiale della condotta vietata.

Infatti, per disposizione di legge, qui definita in senso proprio, a fronte del dovere di chi voglia edificare di munirsi della conces-

sione edilizia, sussiste il dovere del Sindaco di provvedere a norma dell'art. 4 della l. n. 10 del 1977.

La concessione è data dal Sindaco con la procedura e con gli effetti di cui all'art. 31 della l. n. 1150 del 1942.

Sulla base di questi dati normativi la Suprema Corte (sez. VI, 16.10.1998, Lo Baido) ha chiaramente affermato che *«il principio discriminante la condotta lecita da quella illecita è fissato con precisione non soggetta ad interpretazioni ambigue o incerte. Esso deriva dalla imposizione della volontà statuale a mezzo dello strumento della legge e in questa, quanto alla norma di mediazione, fa riferimento ad elementi descrittivi dell'obbligo di comportamento che rinviano non ad altri elementi normativi propri, ma a presupposti di fatto, in questo caso gli strumenti urbanistici esistenti. Si deve ritenere che questi ultimi partecipano soltanto alla determinazione del contesto applicativo materiale della attività del pubblico ufficiale, pienamente descritta, sotto il profilo della doverosità della condotta, da specifica norma di legge, la quale soltanto costituisce l'oggetto della violazione, contemplata dall'art. 323 c.p., ai fini della sussistenza dell'elemento materiale del reato in esame»*.

Di conseguenza, consumandosi la mediazione dell'elemento normativo, fissato dalla legge per le concessioni edilizie, all'interno di un circuito normativo di fonti primarie, l'apparato prescrittivo degli strumenti urbanistici si definisce in funzione di presupposto di fatto della norma di legge violata che delimita la possibilità di concessione edilizia (da parte del concedente) alla conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, così che non possono restare margini di incertezza sulla individuazione della condotta vietata. (Cass. Pen. Sez. VI 24/6/1999 n. 8194 cit.).

PER NON AVER RISPETTATO LE QUOTE ROSA IL TAR LAZIO ANNULLA LA GIUNTA DEL COMUNE DI ROMA

dell'Avv. Maria Cristina Colacino

La II Sezione del TAR Lazio ha affermato che, nella composizione degli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, l'obiettivo dell'equilibrio di genere, oltre a rispondere allo scopo dell'attuazione del principio dell'eguaglianza sostanziale, ha natura strumentale rispetto ai fini del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, posto che esso garantisce l'acquisizione al modus operandi dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità di genere

Con sentenza n. 6673 del 13-25.7.2011, la Seconda sezione del TAR Lazio ha affrontato, in maniera specifica e dettagliata, il tema dell'applicazione del principio delle pari opportunità tra uomini e donne nel campo della rappresentanza politica - nel caso concreto si trattava della composizione della Giunta del comune di Roma arrivando ad affermare che nella composizione degli organi amministrativi è l'equilibrio di genere a garantirne il buon andamento.

Per giungere a tale, importantissima affermazione, il TAR Lazio, in primo luogo, offre una carrellata delle varie pronunce giurisprudenziali, in particolare della Corte costituzionale, che si sono susseguite, sul tema, negli ultimi anni.

Sulla stregua di tali pronunce i Giudici della Seconda sezione del TAR arrivano ad affermare che il principio delle pari opportunità è divenuto uno degli strumenti fondamentali per il perseguimento del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione. Di tal che, alle norme dello statuto di Roma Capitale che statuiscono l'equilibrio di genere viene attribuita natura normativo-precettiva, poiché non sono solo delle mere enunciazioni di principio, ma sono dei veri e propri "precetti puntuali, importanti, che vincolano l'azione amministrativa".

Di conseguenza tali precetti sono inderogabili ed immodificabili ed una modificazione fornita per cercare di giustificare le ragioni per le quali non è stato garantito, nel caso concreto, l'equilibrio di genere, risulta del tutto inammissibile.

Ma la decisione del TAR Lazio, oltre ad affermare quanto appena detto, risulta di particolare pregio anche perché arriva a statuire che il principio delle pari opportunità va ricondotto, oltre che all'esplicita norma di cui all'art. 51 della carta costituzionale, anche e soprattutto alla norma di cui all'art. 97 della Cost. relativa all'imparzialità ed al buon andamento della P.A.

Infatti, affermano i Giudici della Seconda Sezione, l'equilibrio di genere rappresenta, sotto questo aspetto, uno strumento per mezzo del quale viene assicurato all'operato dell'ente l'acquisizione "di tutto quel patrimonio umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume un'articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità di genere".

Se così non fosse, le P.A. sarebbero "potenzialmente carenti sul piano della funzionalità, perché sprovviste dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato".

Vi è, comunque, da sottolineare che l'equilibrio di genere è assicurato anche se al genere che è numericamente inferiore saranno attribuiti compiti o ruoli il cui "rilievo sostanziale e funzionale sia tale, secondo logicità e ragionevolezza, da compensare il gap numerico" e questo perché la funzionalità della P.A. può raggiungersi anche tramite un riequilibrio tra i due sessi di natura qualitativa piuttosto che quantitativa.

Tuttavia, ricondurre il principio delle pari opportunità nell'alveo del principio costituzionale del buon andamento e dell'impar-

zialità della P.A. (ex art. 97 Cost.) apre la strada ad ulteriori approfondimenti che riguardano, più specificamente, il *modus operandi* in concreto della P.A..

Ci si chiede, infatti, se mancando l'equilibrio di genere la P.A. possa comunque funzionare – sempre verificando l'effettivo raggiungimento di un buono ed adeguato livello di imparzialità e buon andamento – oppure se la P.A. sia da considerare del tutto inadeguata ed impossibilitata a porre in essere i compiti ad essa assegnati e quindi debba essere modificata nella propria composizione interna.

Su questa seconda opzione è orientata la sentenza in commento che arriva ad afferma-

re che il non equilibrio tra i due sessi comporta necessariamente una nuova composizione della P.A. senza, quindi, accertare, nella fattispecie concreta, l'assenza o meno di una specifica competenza sociale piuttosto che culturale tale da “*ridondare in un'impossibilità accertata di funzionamento*”.

Si può ricercare il perché di tale orientamento da parte del Giudice del TAR Lazio nel fatto che la Giunta Capitolina è un organo di vertice, di tal che, poiché ha una competenza di portata generale deve poter usufruire di un apporto collaborativo che si apra, quanto più possibile, a tutte le professionalità e/o sensibilità.

«.....GA.....»

IL NUOVO RUOLO DELLE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE NEGLI ENTI LOCALI PER LA GESTIONE DEI SERVIZI SOCIO-CULTURALI

della Dott.ssa Claudia Tarascio

L'esigenza di attrarre capitale privato e la crescente volontà della pubblica amministrazione di interagire con il privato nella gestione dei servizi pubblici ha portato negli ultimi anni ad orientare l'attenzione degli enti territoriali verso il settore delle fondazioni ed, in particolare, verso quella forma di gestione più flessibile in termini di adesione, che è la fondazione in partecipazione.

Questo istituto non trova una disciplina codificata essendo frutto dell'esperienza notarile che ha coniugato gli elementi patrimoniali tipici della fondazione di diritto privato (titolo II del libro I del codice civile, artt.14-35) con l'elemento personale proprio dell'associazione ed in cui il vincolo del patrimonio al perseguimento di un pubblico interesse si unisce alla possibilità dei soggetti fondatori di concorrere direttamente ad amministrare il patrimonio stesso, privilegiando l'attenzione sull'assetto organizzativo e sulle modalità di gestione del patrimonio disponibile.

Il modello di fondazione delineato nel codice civile nel corso degli anni ha evidenziato dei limiti dovuti principalmente alla rigidità del modello stesso ed alla difficoltà a tenere conto di contesti in rapida evoluzione e sensibili alla diversificazione dei bisogni; inoltre, l'esigenza di creare collaborazioni sinergiche e *partnership* tra pubblico e privato, con varietà di soggetti economici ed istituzionali, necessitava di un modello più flessibile e più aperto all'elemento partecipativo, piuttosto che patrimoniale.

La fondazione di partecipazione supera il modello tradizionale per aprirsi all'apporto di diversi soggetti, pubblici e privati, che assumono un peso diverso a seconda della contribuzione all'interno della fondazione, così come prevista nello statuto (soci fondatori, sostenitori, soci ordinari, soci benemeriti), ed in cui l'atto costitutivo è a struttura aperta, ovvero è un contratto che può ricevere

l'adesione di altre parti oltre a quelle originarie. L'ingresso dei nuovi soci viene, infatti, risolto utilizzando il modello di adesione ex art. 1332 c.c.: è l'atto di fondazione, che è un negozio giuridico, cui si applicano le norme sui contratti, che prevede la possibilità di adesione di ulteriori parti, secondo le modalità stabilite dall'atto stesso.

In questo modo è più agevole il coinvolgimento di tutti quei soggetti che vogliono impegnarsi nel settore *non profit* (nell'ambito della cultura e dell'arte, della ricerca scientifica, della valorizzazione del patrimonio artistico, dell'istruzione, dell'assistenza). Questa partecipazione è maggiormente sentita da parte degli enti locali nell'ambito della gestione dei servizi socio-assistenziali (*ex* IPAB) e culturali-ricreativi, che auspica un'osmosi di *know-how* manageriale dei privati con la garanzia del perseguimento delle finalità di interesse pubblico proprio delle istituzioni locali.

Allo stesso tempo diversi interventi legislativi hanno favorito l'adesione verso soggetti non profit, basti pensare alle agevolazioni tributarie previste in favore degli enti non lucrativi (d. lgs. 4.12.1997, n. 460) o alle leggi relative all'elargizione di contributi pubblici ad organismi particolarmente rilevanti.

Il modello di riferimento è il *charitable trust* anglosassone, che ha un suo esempio nel *National Trust*, ente non profit con finalità di tutela e conservazione del patrimonio storico, culturale ed ambientale del Regno Unito, nel cui consiglio di amministrazione fanno parte sia rappresentanti di singoli privati, sia enti pubblici ed istituzioni private che aderiscono all'organizzazione.

In Italia un esempio è costituito dal FAI (Fondo per l'Ambiente Italiano) che per primo ha aperto la strada ai sostenitori che mediante il versamento di una quota annuale partecipano come volontari all'attività dell'ente e possono eleggere un loro rappresen-

tante nel consiglio di amministrazione.

La Fondazione di Partecipazione, quindi, se pure frutto di una elaborazione notarile trova la sua legittimazione giuridica nel quadro normativo esistente:

- l'art. 1 del d.P.R. 10.2.2000, n. 361 che oltre alle fondazioni ed alle associazioni prevede anche *“le altre istituzioni di carattere privato”* e che prevede il riconoscimento della personalità giuridica attraverso l'apposito registro istituito presso le Prefetture;

- l'art. 1332 c.c. relativo al *“contratto aperto”*, cui è assimilabile l'atto costitutivo della Fondazione di Partecipazione, contratto caratterizzato da una comunione di scopo e dalla possibilità che anche successivamente alla stipulazione del contratto sia ammessa la variazione dei contraenti senza che ciò implichi una modifica del contratto stesso (clausola aperta);

- l'art. 45, co. 1 della cost. che recita *“la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e la finalità”*;

- l'art. 59, co. 3, della l. finanziaria 2001 il quale prevede per le Università la possibilità di costituire fondazioni di partecipazione strumentali alla loro attività.

Per quanto concerne gli enti locali l'art. 35, co. 15, della Finanziaria 2002 (l. 28.12.2001 n. 448) introducendo l'art. 113 bis nel T.U.E.L., disciplinava la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica prevedendo che *“gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero ad associazioni o fondazioni da loro costituite o partecipate”*.

Questa norma è stata caducata dalla Corte costituzionale con sentenza 27.7.2004, n. 272 ed oggi la disciplina dei servizi pubblici locali va nuovamente rivista alla luce dell'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008 a seguito del referendum popolare del giugno scorso e della nuova disciplina introdotta dall'art. 4 del d.l. 138/2011 convertito, con modificazioni, dalla l. 148/2011.

Allo stesso tempo l'abrogazione dell'art. 113 bis del d. lgs. 267/2000 pone il problema

se sia ancora possibile conferire in via diretta la gestione dei servizi culturali.

La distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale è frutto dell'elaborazione della C. giust. CE. Sotto il profilo teorico non sono distinguibili aprioristicamente e, ad eccezione delle attività strumentali proprie dell'ente (servizi demografici, statistici, ecc.), quasi tutte le attività comunali possono rivestire una rilevanza economica. In tal senso la delibera consiliare che disciplina il servizio dovrà dare specifiche motivazioni circa le modalità di svolgimento del servizio per valutarne i profili di rilevanza economica (come ad esempio valutare la presenza o meno di tariffe a copertura dei costi del servizio, ovvero valutare la presenza di elementi non concorrenziali, che portino ad escludere la rilevanza economica del servizio).

Inoltre va ricordato che l'art. 115 del codice dei beni culturali (d. lgs. 22.1.2004, n. 42), a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 62/2008, prevede quale forma di gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica la gestione diretta e la gestione indiretta tramite concessione a terzi.

La precedente formulazione dell'art. 115, co. 3, del d. lgs. 42/2004 prevedeva la possibilità di gestire indirettamente tali attività mediante affidamento a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione cui i beni pertengono.

Il co. 6 del medesimo articolo prevedeva addirittura come via preferenziale per comuni e province il ricorso a tali modelli di gestione, con conferimento a soggetti costituiti o partecipati, salvo che, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche dell'attività di valorizzazione, non risultasse conveniente od opportuna la gestione in forma diretta.

L'attuale formulazione dell'art. 115 stabilisce, invece, le sole forme di gestione diretta, per mezzo di strutture interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile e provviste di idoneo personale tecnico, anche in forma consortile pubblica, ovvero di gestione indiretta, tramite concessione a terzi



delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta o integrata, da parte delle amministrazioni i cui beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'art. 112, co. 5, del medesimo codice.

L'art. 112, co. 5, prevede, infatti, che lo Stato, per il tramite del ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni o gli altri enti pubblici territoriali possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani strategici di sviluppo culturale e i programmi relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica, riaprendo di fatto alle fondazioni un nuovo spazio operativo.

L'art. 115, co. 3, prevede tuttavia che i privati che eventualmente partecipano ai soggetti di cui all'art. 112, co. 5, non possono essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione.

L'utilizzo del modello della fondazione di partecipazione può, inoltre, costituire una risposta alternativa al modello consortile che ha recentemente incontrato limiti da parte del legislatore. L'art. 2, co. 186, della l. n. 191/2009, infatti, ha disposto la soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, ovvero dei consorzi costituiti ai sensi dell'art. 31 del d. lgs. 267/2000 per l'esercizio associato di funzioni. Inoltre l'art. 2, co. 28, della l. 244/2007 ha disposto che: Ai fini della semplificazione della varietà e diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovra comunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, ad ogni amministrazione comunale è consentita l'adesione ad una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli artt. 31, 32 e 33 del citato t.u. di cui al d. lgs. 18.8.2000, n. 267, fatte salve le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti.

Allo stato attuale, pertanto, la scelta della forma di gestione di un servizio pubblico locale va effettuata mediante un'analisi comparativa (analisi *SWOT*) fra le diverse formule gestionali, l'analisi di fattibilità giuridico-istituzionale, l'analisi dell'ambiente di riferimento e dei possibili soggetti (pubblici e pri-

vati) da coinvolgere.

A tale riguardo andranno tenute in considerazione le caratteristiche distintive dei singoli enti: la dimensione organizzativa, le abilità e le competenze della dirigenza, la tipologia ed eterogeneità dei servizi da erogare all'utenza. I punti di forza delle forme gestionali esternalizzate sono normalmente caratterizzati da maggiori gradi di snellezza, semplicità, rapidità e rispondenza organizzativa e operativa, attivazione di relazioni collaborative interistituzionali, attivazioni di partnership pubbliche/private.

Tendenzialmente la scelta di forma di gestione esterna è connessa alla carenza delle necessarie risorse e competenze, alla opportunità di attrarre capitale privato e *know-how* manageriale, nonché in relazione ai noti vincoli indotti sul piano finanziario ed organizzativo dalle norme in materia di patto di stabilità interno. La prospettiva di giungere alla costruzione di una Fondazione di partecipazione deve nascere, pertanto, dalla valutazione dell'integrazione funzionale tra le attività della fondazione di partecipazione e gli altri servizi forniti sul territorio, dalla valutazione dinamica dell'integrazione tra la fondazione di partecipazione e le altre aziende "*strumentali*" (ad esempio per la gestione di attività accessorie, complementari, commerciali), nella convinzione che la stessa costituisca un'esperienza radicata sul territorio e che possa rappresentare lo strumento giuridico più efficace per coordinare gli interessi pubblici di un dato contesto territoriale di concerto con altri soggetti istituzionali e non.

Per garantire che si raggiunga un reale equilibrio tra pubblico e privato è importante che lo statuto della Fondazione di partecipazione sappia valorizzare il contributo che tutti i soggetti partecipanti apportano al suo interno, sia in termini di conferimento patrimoniale, che di capacità gestionale, ovvero di contributo morale.

Tale obiettivo viene raggiunto attraverso un sistema di *governance* interna che preveda:

1. la presenza degli enti pubblici territoriali sia in veste di fondatori, sia con propri rappresentanti nel consiglio di amministrazione e nell'organo di sor-

veglianza, che è organo di vigilanza interna investito di funzioni di controllo e che ha il compito di verificare che l'attività della fondazione sia conforme alla legge, allo statuto ed al perseguimento dell'interesse pubblico;

2. la presenza di fondatori costituiti da privati che contribuiscano significativamente a dotare la fondazione dei mezzi necessari al raggiungimento delle proprie finalità;
3. la presenza di partecipanti aderenti e partecipanti sostenitori che, mediante il versamento di somme di denaro o la prestazione di lavoro volontario o la donazione di beni, contribuiscano al mantenimento della fondazione. Detti partecipanti possono essere riuniti in un comitato di consulenza (*Advisory Board*), che, composto da soggetti che si distinguono per l'elevata professionalità e cultura, fornisce pareri consultivi, formula proposte per la programmazione dell'attività, procede all'elezione di propri rappresentanti in seno al consiglio di amministrazione;
4. il consiglio di amministrazione, organo di gestione ordinaria e straordinaria ed i cui membri sono nominati dall'assemblea Generale;
5. Il consiglio generale o assemblea di

partecipazione, organo costituito dai soli fondatori, quale sintesi di tutte le componenti.

A questi organi vanno aggiunti il presidente, con funzioni di rappresentanza, il segretario o direttore generale, con compiti gestionali ed il collegio dei revisori dei conti, con compiti di verifica e controllo.

In conclusione va ribadito che la scelta di utilizzare la fondazione di partecipazione nella gestione dei servizi socio assistenziali o culturali-ricreativi deve privilegiare l'esigenza di aprirsi alle modalità gestionali privatistiche in termini di maggiore efficienza, efficacia ed economicità, utilizzando le opportunità, anche di natura fiscale proprie delle *on-lus* e per attrarre capitale privato, anche attraverso azioni di *fund-raising* e non per eludere i vincoli imposti agli enti locali in materia di patto di stabilità e di limiti alle assunzioni, limiti che continuerebbero ad esistere in presenza di una significativa componente partecipativa pubblica.

Lo schema della fondazione di partecipazione resta un modello flessibile, i cui organi, la loro composizione, le persone chiamate a farne parte, i compiti loro attribuiti, sono lasciati alla determinazione dei fondatori, purchè sia sempre salvaguardato il vincolo di un patrimonio destinato ad uno scopo e l'immodificabilità dello scopo da parte degli amministratori.

«.....GA.....»

CORTE COSTITUZIONALE E CRISI ECONOMICA: ANALISI DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI LEGISLAZIONE ANTICRISI

della Dott.ssa Alessandra Dominici

1. La Corte costituzionale è stata ed è tutt'oggi garante della continuità istituzionale e della tenuta del nostro sistema ordinamentale. L'assolvimento di tale difficile compito è stato possibile grazie ad una giurisprudenza che non si è limitata ad uno statico controllo di legittimità delle leggi, ma si è fatta interprete di una realtà che muta ed è portatrice di nuove istanze in un dialogo costante con il legislatore e con la politica.

Gli strumenti di quest'azione evolutiva sono stati, essenzialmente, l'utilizzo di nuove tipologie di sentenze che superano la rigida alternativa tra rigetto e accoglimento¹ e il bilanciamento dei valori² che, di volta in volta, necessitavano di essere contemperati.

Questa opera di contemperamento tra diversi valori è possibile soprattutto grazie alla presenza, nella nostra Costituzione, di clausole suscettibili di interpretazioni differenti e mutevoli nel tempo, definite dalla dottrina con i vocaboli più disparati: si è parlato di "termini vaghi"³ oppure di "concetti indeterminati", di "norme elastiche"⁴ o ancora di "principi valvola"⁴; è comunque unanime l'idea che essi costituiscano uno degli elementi di elasticità che permette alla nostra Costituzione rigida di sopravvivere e adattarsi ai cambiamenti della società. Si è detto, a tal proposito, che la presenza di questo tipo di

norme è ricollegabile alla consapevolezza del legislatore costituente della sua "incapacità a prevedere tutto il reale e tutte le possibili forme della sua evoluzione" e alla conseguente scelta di rimettere all'interprete la determinazione dei modi e dei tempi "del contrappunto giuridico normativo del dato sociale"⁵.

L'esperienza storica ci ha mostrato che la Corte costituzionale ha sfruttato la potenzialità ermeneutica di tali "principi valvola"⁶ soprattutto nelle situazioni di grave crisi economica per compiere l'indispensabile opera di mediazione tra le ragioni del diritto e quelle dell'economia.

Volgendo uno sguardo al passato, ad esempio, la Corte costituzionale ha operato dei grandi *revirements* interpretativi per giustificare scelte legislative in materia giuslavoristica dettate prevalentemente da contingenti esigenze di bilancio⁷. Difatti, alla fine degli anni novanta, si è assistito ad una relativizzazione dei principi di "piena" e "stabile" occupazione di cui all'art. 4 Cost. per salvare dalla scure della dichiarazione di illegittimità tutta una serie di leggi volte a contenere il costo del lavoro⁸.

⁵ M. LUCIANI, op cit, p. 81.

⁶ Sulla presenza di disposizioni a valenza semantica indefinita o plurima nella Costituzione economica come conseguenza del compromesso raggiunto in Assemblea costituente tra impostazioni e principi disomogenei, vedi A. ZORZI GIUSTINIANI, *Corte costituzionale e costituzione economica*, in *Giur. It.*, 1982, parte quarta, p. 268.

⁷ M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2009, vol. XVIII, pp. 1-19.

⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione*, in *il diritto del lavoro dell'emergenza*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO e L. VENTURA, Napoli, 1979, p.13 e ss. Vedi anche C. cost. n. 380/1994; C. cost. n. 183/1997; C. cost. n.293/1997; C. cost. n. 330/1999; C. cost. n.189/2001.

¹ Sulle sentenze manipolative vedi: A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, pp. 234-257.

² R. BIN, *Diritti e Argomenti*. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 1992, pp.105 e ss.

³ K. WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997, p.139.

⁴ Traduzione italiana dell'espressione "Ventilbegriffe" apparsa per la prima volta in K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien u. Leipzig, 1924, p. 86. Citato da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 79, nota 4.

Inoltre, a distanza di poco tempo, la Corte ha ridimensionato, in via interpretativa, anche la portata del parametro del minimo retributivo garantito ai lavoratori dall'art. 30 Cost.⁹, al fine di avallare degli interventi di razionalizzazione del sistema pensionistico¹⁰.

La tendenza a sfruttare al massimo le possibilità applicative dei c.d. “termini vaghi” non è una peculiarità solo della nostra Corte costituzionale ma è una costante storica che ritroviamo anche nella giurisprudenza costituzionale di altri paesi come, ad esempio, in quella della Corte suprema americana durante la crisi del 1929. A tal proposito è stato scritto, in un importante lavoro sulla forma di Stato¹¹, che “il grado di adattabilità delle costituzioni è massimo nel periodo di crisi economica, fasi storiche in cui i cambiamenti sono necessari per arginare situazioni di necessità contingenti e gravose”.

Una conferma di tali argomentazioni ci viene anche dalla più recente attualità. Il Giudice delle leggi, infatti, nella giurisprudenza dello scorso anno, ha fatto più volte un espresso riferimento alla grave crisi economica di dimensioni internazionali che sta attraversando il nostro Paese. L'*argumentum* della crisi è stato, ancora una volta, utilizzato per motivare delle interpretazioni innovative di alcune norme costituzionali nelle pronunce con cui la Corte ha salvato dalla censura d'incostituzionalità alcuni “provvedimenti legislativi dell'emergenza”.

2. La prima pronuncia in cui emerge una tendenza di questo tipo è la sentenza n.10 del 2010, in materia di servizi sociali, in cui la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 81 l. 112/2008¹² con

cui si prevedeva l'istituzione da parte dello Stato di un fondo speciale (con determinazione delle relative modalità di finanziamento) avente la precipua finalità di “soddisfacciamento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti tramite l'erogazione di social card”.

Dalla lettura di questa pronuncia emerge che la Corte ha ammesso in nome delle difficili situazioni economiche delle deroghe ad alcuni principi cardine del nostro ordinamento sul riparto di competenza tra Stato e Regioni.

Un importante strumento di difesa dell'autonomia regionale che sembra perdere la sua centralità è, ad esempio, il principio di “leale collaborazione”¹³, forte “contrappeso pratico”¹⁴ dei casi di avocazione da parte dello Stato di competenze legislative spettanti alle Regioni.

Nel caso di specie, infatti, la Corte legittima lo Stato a regolamentare il finanziamento e l'utilizzo della social card, senza essere tenuto a rispettare alcun vincolo di collaborazione con le Regioni né sotto forma di intesa, né tantomeno in quella di parere vincolante.

Ciò stupisce poiché la materia dei LEP¹⁵, a cui la Corte riconduce espressamente la norma in esame, è stata fino ad oggi il campo di sperimentazione più fertile del principio di leale collaborazione e per di più, in altre pronunce in cui si presentava la medesima interferenza tra i LEP e la materia dell'assistenza sociale, la Corte ha dichiarato imprescindibile il rispetto di tale principio da parte dello Stato¹⁶.

Si deve considerare che anche in questo caso la Corte non ammette una deroga assolu-

⁹ L'espressione a cui al Corte dava nel caso di specie un'interpretazione più restrittiva che in passato era “mezzi adeguati alle esigenze di vita”.

¹⁰ Vedi C. cost. n. 771/86; C. cost. n. 390/96 e C. cost. n. 417/1972 su cui L. ANTONINI, Il ridimensionamento del sistema pensionistico, ovvero: fra “fatti ostinati” e argomenti “deboli”, il principio del montante attuariale dei contributi come possibile contro limite, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 3722.

¹¹ K. WHEARE, op. cit., pp. 367 – 368.

¹² Recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività e la perequazione finanziaria

¹³ Sul principio di leale collaborazione *ex multis in particolare* c.f.r. la voce di R. BIFULCO, *Leale collaborazione* (principio di), in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3356.

¹⁴ A. RUGGERI, “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in www.forumcostituzionale.it.

¹⁵ Livelli essenziali delle prestazioni sociali.

¹⁶ È il caso della tutela dell'ambiente e dell'edilizia residenziale pubblica: cfr. C. cost. 247/2007 e C. cost. 121/2010.

ta e illimitata del principio di cui si discute, affermando nella parte conclusiva della pronuncia, che “*in condizioni di normalità le procedure concertative possano essere riprese*”.

Tuttavia, la valutazione della persistenza o meno della crisi economica sembrerebbe essere rimessa alla discrezionalità del legislatore che, considerando “*crisi*” anche tutte le difficoltà economiche più lievi che un dissesto finanziario lascia inevitabilmente dietro di sé, potrebbe continuare ad oltranza nell’esautorare le Regioni da una materia come l’assistenza sociale notevolmente radicata sul territorio.

A destare maggior stupore è, peraltro, il fatto stesso che la Corte riconduca la norma oggetto del giudizio alla materia dei LEP di cui all’art. 117, co. 2, lett. m), Cost., una delle c.d. “*materie trasversali*” più frequentemente utilizzate per ammettere una restrizione dell’autonomia legislativa delle regioni.

Questo concetto è stato coniato dalla stessa Corte costituzionale già all’indomani della riforma del titolo V del 2001, per conferire elasticità al rigido riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni delineato dal nuovo art. 117 della Costituzione. Con questa espressione, come ricorda la stessa Corte¹⁷, non ci si riferisce ad una vera e propria materia ma piuttosto ad una “*competenza*”, appunto trasversale, idonea ad investire tutte quelle materie rispetto alle quali il legislatore statale deve poter predisporre le misure necessarie per attribuire a tutti i destinatari, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione nazionale possa limitarle o condizionarle.¹⁸

Nel caso in esame la previsione di un fondo vincolato per finanziare la social card è, secondo la Corte, in linea di principio appartenente alla materia “*dell’assistenza e dei servizi sociali*”¹⁹, indiscutibilmente di competenza residuale della Regione ma, per la “*fi-*

¹⁷ C. cost. n. 10/2010, punto 6.3 del considerato in diritto.

¹⁸ Vedi C. cost. nn. 383 e 285/2005.

¹⁹ C. cost. n. 10/2010, punto 6.3 del considerato in diritto.

nalità delle disposizioni impugnate e l’ambito in cui incidono” può essere considerata rientrante nella categoria dei LEP e quindi riconducibile a una competenza statale seppur solo trasversale.

La Corte afferma, inoltre, e questo è il profilo più innovativo della pronuncia, che “*in particolare i casi in cui la determinazione del livello essenziale non permetta, da sola, di realizzare utilmente la finalità dallo stesso prevista*”, può essere giustificata la previsione da parte dello Stato anche “*della diretta erogazione di una provvidenza, oltre che della fissazione di un livello strutturale e qualitativo di una data prestazione, al fine di assicurare più compiutamente il soddisfacimento dell’interesse meritevole di tutela*”.

Si ammette quindi che lo Stato nelle materie trasversali possa anche dettare una disciplina minuziosa ed esaustiva dei vari aspetti inerenti al diritto sociale tutelato; basti pensare che, nel caso di specie, la legge dichiarata non incostituzionale lascia ad un decreto ministeriale persino la determinazione dei criteri e le modalità di individuazione dei beneficiari della *social card*.

La Corte giustifica l’adozione di un concetto così esteso di competenza trasversale con due fattori: il primo è il collegamento, connaturato alla materia dei LEP, con i principi fondamentali della dignità e dell’eguaglianza dedotti dagli artt. 2 e 3 Cost., il secondo è la presenza di “*una congiuntura economica eccezionalmente negativa*”²⁰.

Come è evidente, l’elemento veramente nuovo ed eccezionale che ha determinato una tale compressione della competenza regionale in materia di assistenza sociale in questa occasione, è stata la crisi economica, poiché altre volte la Corte ha attribuito la competenza in materia dei diritti sociali essenziali allo Stato senza privare totalmente le Regioni del potere di determinare la relativa normativa di attuazione e dettaglio, e in tutte queste occasioni venivano inevitabilmente poste in rilievo la dignità e l’eguaglianza, in quanto principi costituzionali connaturati alla materia dei LEP.

²⁰ C. cost. n. 10/2010, punto 6.4 del considerato in diritto.

Dovrebbe tranquillizzare l'affermazione della Corte secondo cui la competenza statale sui LEP non può essere invocata a fondamento della disciplina di “*interi settori materiali*”²¹, tuttavia questo rischia di essere vanificato dal sempre possibile cumulo di tale competenza esclusiva con altri titoli di legittimazione disseminati nell'art. 117, co. 2 e 3, Cost..²²

Riferendosi ancora alla crisi economica, la Corte giustifica in questa pronuncia la violazione dell'art. 119 Cost., in materia di autonomia economica e finanziaria delle Regioni.

La Corte, infatti, considera legittima la previsione di un fondo vincolato in materia di competenza regionale essenzialmente per tre motivi: la perdurante inattuazione dell'art. 119 in materia di federalismo fiscale, i principi di solidarietà ed eguaglianza e, infine, la “*situazione di crisi internazionale, economica e finanziaria che ha investito negli anni 2009-2010 anche il nostro Paese*”.²³

Tuttavia, anche in questo caso, è solo la crisi economica che permette alla Corte di differenziare il caso in esame rispetto ai precedenti aventi similmente ad oggetto finanziamenti vincolati in materia di assistenza sociale.²⁴

²¹ L'affermazione ribadita nella C. cost. n. 10/2010 è una costante della giurisprudenza costituzionale. Vedi ad es. C. cost. nn. 285 e 385/2005; C. cost. nn. 182 e 248/2006 e C. cost. n. 387/2007.

²² C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione, Regioni*, n. 4, 2010, pp. 941-957. L'effetto dell'attrazione gravitazionale esercitato su determinati ambiti rimessi all'autonomia politica legislativa delle Regioni può essere ancora più ampio se si considera che in alcuni casi il confine tra le materie di competenza statale e regionale è labile e che in altri casi le materie di competenza statale e regionale si mostrano complementari e interdipendenti.

²³ C. cost. punto 6.4 del considerato in diritto.

²⁴ Ad esempio in C. cost. n. 50 / 2008 la Corte aveva vagliato la bontà delle altre due condizioni, ovvero la tutela dei diritti fondamentali e l'inattuazione del federalismo fiscale e le aveva considerate non sufficienti ad attribuire podestà legislativa solo in capo allo Stato. Il Giudice costituzionale, in particolare, affermava che “non sono consentiti finanziamenti a destinazione vincolata in materie di competenza regionale residuale ovvero concorrente, in quanto ciò si risolverebbe in uno strumento, indiretto, ma pervasivo, d'ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni (...) nonché di sovrapposizione di indirizzi e politiche

Si può quindi ritenere che la crisi economica abbia permesso di interpretare in senso così ampio la competenza statale in una materia regionale, da legittimare la violazione del principio dell'autonomia finanziaria delle Regioni che sebbene non ancora pienamente attuato fino ad oggi, era sempre stato tenuto in considerazione dalla Corte come limite inderogabile del potere legislativo dello Stato.

La Corte afferma, infine, che in tema di social card anche la competenza amministrativa spetta al legislatore ma non indaga, nella sua motivazione, la sussistenza dei presupposti che giustificano la chiamata in sussidiarietà dello Stato ai sensi dell'art. 118 Cost.; questo lascia intendere, forse, che la crisi economica cui si fa riferimento in tutta la pronuncia, porta con sé delle esigenze unitarie già di per sé sufficienti a legittimare l'intervento dello Stato.

3. La Corte costituzionale, dopo la discussa sentenza sulla social card, è tornata nel giro di poco tempo²⁵ a pronunciarsi sulla medesima legge, la n. 112 del 2008.

Gli articoli censurati in questa occasione erano gli artt. 6 *quater*, *quinques* e *sexies* i quali prevedevano la revoca di alcune risorse che il CIPE aveva ripartito in passato tra le diverse Regioni, al fine di destinarle ad interventi di rilevanza strategica nazionale. Tale revoca era condizionata dal fatto che le risorse non fossero ancora impiegate o programmate in accordi di programma del FAS²⁶ e che fosse comunque rispettata la ripartizione delle risorse per l'85% alle Regioni del sud e il restante 15% a quelle del nord; inoltre, qualificava espressamente tali previsioni come norme di principio per le province autonome di Trento e Bolzano.

La Regione Emilia-Romagna riteneva che tali norme, vincolanti l'uso delle risorse in materia di competenza regionale (sviluppo economico, industria, commercio, artigianato, agricoltura e così via, spettanti tutte alla competenza regionale *ex art. 117, co. 4, Cost.*), si

governate centralmente e quelli legittimamente decisi dalle Regioni in materie di loro competenza.

²⁵ C. cost. n. 16/2010.

²⁶ FAS: fondo per le aree sotto utilizzate istituito nel 2002.



ponessero in aperta violazione con gli artt. 117 e 119, Cost. perché non potevano essere considerate norme generali riconducibili a quei principi di “*coordinamento della finanza pubblica*” la cui determinazione è riservata allo Stato.

La Corte, invece, nega la violazione dell’art. 117, co. 3, Cost. poiché la legge impugnata verteva, al più, in materia di competenza concorrente e dettava norme che potevano essere considerate “*norme cornice*” perseguendo l’obiettivo di concentrare le risorse su interventi di rilevanza strategica nazionale.

Nel qualificare le norme esaminate come “*norme cornice*”, il Giudice costituzionale mostra di compiere tale valutazione alla luce del fatto che la normativa sottoposta al suo vaglio “*è imposta dall’esigenza di far fronte alla grave crisi economica e finanziaria, di dimensioni internazionali, che ha investito il Paese*”, elemento che appare già nelle prime righe della pronuncia.

La Corte afferma espressamente che “*la stessa nozione di principio fondamentale non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma deve tenere conto del contesto e del momento congiunturale in relazione ai quali l’accertamento va compiuto, e della peculiarità della materia*”.

Da tale premessa si potrebbe intendere che quando c’è una situazione di crisi economica lo Stato, nelle ipotesi in cui fosse legittimato a dettare solo norme di principio, potrebbe introdurre anche una disciplina più minuziosa in grado di incidere direttamente sulla competenza regionale, norme che usualmente sarebbero qualificate di dettaglio ma che, per l’eccezionalità della situazione e per lo scopo perseguito dal legislatore, possono essere fatte rientrare nel concetto di “*principi fondamentali*” di una materia, inteso in senso lato.

Tale ragionamento lascia spazio a qualche perplessità, in quanto la Corte costituzionale sembra far dipendere la natura generale o particolare di una previsione legislativa, dalla finalità perseguita dal legislatore che l’ha predisposta; si confonde così il dato teleologico con quello strutturale, che come tale dovrebbe essere stabile e insuscettibile di interpretazioni giurisprudenziali differenti nel tempo.

Probabilmente, il ragionamento della Corte è stato determinato dalla volontà di preservare l’efficacia di una normativa statale volta a sanare una situazione di emergenza.

Con tale legge, infatti, sono stati predisposti interventi di rilevanza strategica nazionale, che in caso di sua dichiarazione d’incostituzionalità, sarebbero stati rinviati a data non definita considerata la difficoltà di trovare risorse alternative per finanziarli.

Bisogna anche notare che la Corte, in questa pronuncia, dichiara espressamente di poter far salva la norma impugnata anche perché il legislatore ha previsto uno strumento di partecipazione al processo di redistribuzione dei fondi²⁷ per le Regioni a cui è stata parzialmente sottratta l’autonomia di spesa e lascia intendere che in assenza di questo momento collaborativo avrebbe probabilmente dichiarato la sua incostituzionalità.²⁸ Torna quindi ad acquisire ruolo predominante, nonostante la crisi economica, quel principio di leale collaborazione che sembrava aver perso vigore nella precedente pronuncia sulla social card.

4. Se nella pronuncia appena analizzata, la Corte costituzionale dà un’interpretazione molto ampia del concetto di “*carattere generale*” di un principio, in una sentenza di poco successiva,²⁹ per evitare di dichiarare incostituzionale l’art. 13 *bis* del d.l. 78/2009 (provvedimenti anticrisi) convertito con la l. 102 del 2009, ne fornisce una altrettanto ampia dell’opposto concetto di “*carattere specifico*” di una norma.

Considerando che in presenza di due termini con significati antitetici l’espansione della portata applicativa dell’uno, inevitabilmente comporta una contrazione dell’area semantica dell’altro, un tale approccio interpretativo della Corte può far sorgere delle perplessità laddove non si vadano ad analizzare le ragioni sostanziali che sorreggono le due pronunce.

²⁷ Intesa tra Amministrazione e Regioni per realizzare una ricognizione programmatica delle risorse disponibili e parere della Conferenza Stato-Regioni vedi C. cost. n. 16/2010, punto 2.1 del considerato in diritto.

²⁸ C. cost. n. 16/2010, punto 2 del considerato in diritto .

²⁹ C. cost. n. 182 /2010.

In particolare, la questione sottoposta al vaglio della Consulta, nella pronuncia in esame riguardava la conformità allo statuto del Trentino-Alto Adige e alle sue norme di attuazione del suddetto art. 13 *bis* nella parte in cui prevedeva una riserva al bilancio statale dell'imposta straordinaria sulle attività finanziarie e patrimoniale introdotta con il medesimo decreto.

Lo statuto del Trentino dispone in linea generale che i 9/10 di tutte le nuove entrate devono essere destinati alla provincia autonoma.

Le norme di attuazione cui esso rinvia (d. lgs. 268/1992), ammettono un'eccezione a tale principio e quindi una riserva del gettito straordinario allo Stato, unicamente se ricorrono alcune condizioni tra cui il fatto che il gettito sia per legge destinato alla copertura di spese nuove, “*specifiche*” e non aventi carattere continuativo.

Ora, considerando che la norma impugnata stabiliva che le nuove entrate devono essere gestite in conformità al DPEF³⁰ degli anni 2010-2013, la Corte esamina il contenuto di tale documento per valutare la reale destinazione del gettito riservato nel caso di specie e la conseguente sussistenza o meno di una violazione dell'autonomia statutaria regionale.

Alla luce di tale esame, la Corte considera integrato il requisito della “*specificità*” della spesa, per il fatto che le spese a cui è destinato il gettito riservato allo Stato dalla norma impugnata è mirato al “*finanziamento di misure sufficientemente individuate dallo stesso DPEF*”. Il DPEF, nella parte testualmente citata nella motivazione della pronuncia, parla in realtà in linea del tutto generale di “*supporto alle famiglie, finanziamento agli investimenti pubblici, finanziamento delle opere di ricostruzione per l'Abruzzo, finanziamento della cooperazione internazionale allo sviluppo*”. A ben vedere, queste sono indicazioni di massima che il legislatore dà al governo per indirizzare l'utilizzo del gettito ma non sono spese predeterminate, interventi mirati ad ottenere specifici risultati concreti.

Anche in questa sentenza, la Corte sembra

³⁰ Documenti di Programmazione Economico Finanziaria.

quindi muoversi intorno ad un provvedimento anticrisi, e che si sia proposta di salvarlo dalla declaratoria d'incostituzionalità perché conscia dell'esigenza di un intervento tempestivo dello Stato che arginasse le conseguenze negative della contingenza economica. Per far ciò ha utilizzato ancora una volta l'elasticità semantica di taluni termini normativi, in particolare quelle dello Statuto del Trentino-Alto Adige e delle norme di attuazione cui esso rinvia.

5. Un ulteriore esempio di pronuncia in cui ricorre l'*argumentum* della crisi economica e in cui si assiste all'utilizzo di un “*principio valvola*” per soddisfare le esigenze ad essa connesse, è la sent. n. 121 del 2010 in cui la Corte dà un'interpretazione sfumata del criterio di riparto competenziale tra Stato e Regioni, motivando la sua decisione con esigenze contingenti quali le “*imperiose necessità sociali, indotte anche dall'attuale grave crisi economica nazionale e internazionale*”³¹ e in particolare la “*pressante esigenza di fornire una tutela alle giovani coppie ed ai nuclei familiari a basso reddito, che oggi incontrano enormi difficoltà ad acquisire un alloggio in proprietà*”.

La norma oggetto del giudizio³² prevedeva l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di un “*fondo per l'accesso al credito per l'acquisto della prima casa da parte di giovani coppie o dei nuclei familiari monogenitoriali con figli minori, con priorità per quelli i cui componenti non risultano occupati con rapporto di lavoro a tempo determinato*” e prevedeva che i criteri per l'accesso al fondo venissero stabiliti con decreto del Ministro della Gioventù d'intesa con la Regione interessata.

Alcune Regioni impugnarono tale norma perché la ritenevano violare l'art. 117, co. 4, Cost. e l'art. 119 Cost. in quanto istitutiva di un fondo vincolato in materia di competenza regionale. La Corte ammette che l'intervento

³¹ C. cost. n.121/2010, punto 18.2 del considerato in diritto.

³² Art. 13, co. 3 *bis*, del d. lgs. 112/2008. NB: è solo una delle norme oggetto della pronuncia in esame, ma l'unica veramente rilevante per l'utilizzo concreto dell'*argumentum* della crisi.



legislativo in questione attiene alla materia dei “servizi sociali” di competenza residuale delle Regioni ma giustifica un’ingerenza dello Stato in tale ambito perché viene rispettato il principio di leale collaborazione³³ e perché ci si trova ancora una volta nella materia trasversale dei LEP. La Consulta riconduce, infatti, nell’ambito dell’art. 117, co. 2, Cost. non solo le indicazioni di principio in tema di soddisfacimento delle esigenze abitative primarie ma anche la creazione di un fondo vincolato a soddisfarle.³⁴

Infine, la Corte ammette la legittimità della norma censurata affermando “l’impossibilità di far prevalere il principio di tutela o quello competenziale in modo assoluto”. Il principio di competenza residuale delle Regioni nelle materie non elencate nell’art. 117 Cost. sembra, così, poter essere derogato o quantomeno attenuato quando intervengono altre esigenze di tutela più importanti.

La Corte lascia intendere che nel caso di specie sussistono due fattori determinanti la necessità di temperare il principio competenziale con la tutela delle esigenze abitative primarie: il primo è l’inattuazione dell’art. 119 Cost., che determina la mancata disponibilità da parte delle Regioni di risorse proprie idonee a fronteggiare il grado di tutela che loro graverebbe “se lo Stato si limitasse a fissare i livelli essenziali delle prestazioni senza alcuna previsione in ordine alla provvista dei mezzi finanziari”; il secondo, altrettanto determinante, è la grave crisi economica che ancora una volta viene chiamata in causa per giustificare leggi statali limitative della competenza residuale delle Regioni nella materia dei “servizi sociali”.

6. L’*argumentum* della crisi è presente in tutte le pronunce fino ad ora analizzate ma la sentenza in cui emerge con maggior evidenza è la nota “sentenza Alitalia”.³⁵

³³ La legge oggetto del giudizio prevede, infatti, un’intesa con la conferenza unificata Stato-Regioni e il vincolo al rispetto delle politiche abitative regionali.

³⁴ La Corte propone un’interpretazione di materia trasversale che richiama quella adottata in materia di social card.

³⁵ C. cost. n. 279/2010.

In questa occasione il “*termine vago*” richiamato nella motivazione della Corte è quello dell’ “*utilità sociale*”, il cui significato viene ampliato fino ad essere considerato inclusivo di interessi che “*appartengono prevalentemente alla sfera economica*”, per evitare di dichiarare l’incostituzionalità di una legge statale che si presentava fortemente lesiva del principio della libera concorrenza ma, al contempo, era indispensabile in una situazione di crisi in cui il nostro Paese rischiava di vedere fallita la sua compagnia aerea di bandiera e di lasciare un gran numero di persone prive di lavoro e sostentamento.

Volendo ricostruire la vicenda di cui si è occupata la pronuncia in esame, si deve considerare la gravissima situazione economica in cui si dibatteva ormai da tempo l’Alitalia nella primavera del 2008, quando erano naufragate le trattative con Air France e il governo predispose un piano di salvataggio *ad hoc*.

Punto cardine del piano era la cessione degli *assets* di Alitalia ad una nuova società che avrebbe acquisito anche il controllo del principale concorrente, AirOne. Per agevolare la complessa operazione veniva ulteriormente ritoccata la disciplina legislativa concernente la ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza; al fine di spianare la strada al raggruppamento delle diverse entità societarie sotto l’egida dell’unico gruppo nascente, veniva introdotta la disposizione oggetto della pronuncia in esame.

Tale norma, l’art. 1, co. 10, d.l. 134/2008 (disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione industriale di grandi imprese in crisi) sottraeva le operazioni concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, dall’autorizzazione dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato prevista dalla l. 287/90.

Il legislatore del 2008 imponeva alle imprese coinvolte solo l’obbligo di comunicare preventivamente la concentrazione all’Autorità, la quale poteva dettare misure comportamentali volte a tutelare i consumatori.

Il TAR Lazio che ha adito la Corte, su iniziativa di alcune imprese concorrenti di Alitalia che si sono di fatto trovate escluse dal mercato, riteneva che tale norma si ponesse in

contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. perché lesiva della libertà di concorrenza e della parità di trattamento tra le imprese concorrenti, in quanto permetteva che un unico vettore, grazie alla sua dimensione e composizione, detenesse il monopolio dell'intera rete di collegamenti sul territorio nazionale, con una riduzione notevole del novero dei possibili concorrenti.

La norma ha, tuttavia, passato indenne il vaglio di costituzionalità poiché, secondo la Corte, la concorrenza tutelata indirettamente dall'art. 41 Cost. è un valore che non riceve una "protezione assoluta" ma può subire delle limitazioni per il soddisfacimento contestuale di altri interessi costituzionalmente rilevanti³⁶ con i quali deve essere inevitabilmente bilanciata.

In ogni caso, precisa la Corte, una deroga a tale principio può essere giustificata purché sia limitata nel tempo, rispondente al canone di ragionevolezza, non realizzi un'ingiustificata disparità di trattamento e infine rispetti il principio di proporzionalità.

Tali limiti sono rispettati nel caso di specie, in quanto la compressione della libertà di concorrenza è circoscritta temporalmente ai tre anni successivi al decreto in esame che lascia comunque un margine di intervento dell'Autorità, seppure solo sotto forma di imposizione di comportamenti a tutela dei consumatori.

Inoltre, sostiene la Corte, in una "situazione eccezionale" come quella in esame, il bilanciamento di una molteplicità di valori impone una scelta "non tipica" che non può essere considerata irragionevole solo perché è stata operata mediante un atto legislativo.

A sostegno della legittimità di un intervento statale come quello operato con il decreto "salva-Alitalia", la Corte ha riportato anche l'esempio di alcune legislazioni straniere che permettono la deroga di norme a tutela della concorrenza (in particolare quelle volte a limitare le concentrazioni potenzialmente lesive della stessa) in situazioni di crisi d'impresa.

L'argomento principe della motivazione

³⁶ Sentenza in commento, punto 8.1 del considerato in diritto che rimanda a C. cost. nn. 162/2009 e 276/2006.

della Corte è, tuttavia, quello della crisi economica, strumento utilizzato per giustificare un'interpretazione tendenzialmente innovativa del concetto di "utilità sociale".³⁷

Nel caso di specie, si deve considerare che la Consulta aveva un unico strumento per considerare le norme derogatorie del principio del libero mercato conformi all'art. 41 Cost.: dimostrare che esse fossero volte al raggiungimento di utilità o finalità sociali. Questi sono, infatti, gli unici limiti costituzionalmente ammessi alla libertà di concorrenza.³⁸

Per tale ragione la Corte, nella sua pronuncia, ha qualificato come "sociali" anche i fini essenzialmente economici che la legge impugnata si prefiggeva di raggiungere.

Tra questi obiettivi, la Corte cita espressamente quello di garantire la continuità del servizio dei trasporti, la tutela dei livelli occupazionali e le esigenze strategiche dell'economia nazionale e di evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale.³⁹

I Giudici costituzionali precisano che solo in questa congiuntura economica eccezionale, e per la particolarità del settore coinvolto, si può adottare un concetto così ampio di "utilità sociale"; di conseguenza lasciano intendere che in ogni altra eventualità le finalità meramente economiche non sono idonee a comprimere la libertà di concorrenza riconosciuta, indirettamente, dall'art. 41 Cost. e a tutela della concorrenza.

In dottrina tale pronuncia è stata oggetto di numerose critiche e il percorso ermeneutico seguito dalla Corte in relazione al limite dell'"utilità sociale" è stato definito "nient'altro che una forzatura"⁴⁰, mentre altri hanno visto questa pronuncia come una "resa incondizionata" della Corte, "il crollo delle difese immunitarie dell'apparato anti-trust al primo assalto probante sferrato da un

³⁷ Sul concetto di utilità sociale vedi M. LUCIANI, op. cit., pp.77-134.

³⁸ Art. 41, c 2 e 3, Cost.

³⁹ C. cost. 270/2010, punto 9 del considerato in diritto.

⁴⁰ P. FILIPPI, Amministrazione straordinaria Alitalia. La deroga al divieto di concentrazione e utilità sociale del salvataggio, in Il Fallimento, 2011, n 2, p. 153.

agente patogeno robusto”.⁴¹

Si può invece ritenere che la Corte costituzionale abbia agito come sempre considerando il contesto socio-economico, nel quale le sue decisioni sono destinate a produrre effetti. Inoltre si deve considerare che nella pronuncia in esame non si è ammessa una compressione assoluta della libertà di concorrenza perché il decreto salva-Alitalia ha un'efficacia limitata ad un preciso arco temporale e perché lascia comunque un ruolo di controllo, seppur marginale, dell'autorità antitrust sulle concentrazioni delle imprese in crisi.

7. Da questa rassegna di giurisprudenza costituzionale dello scorso anno, emerge la tendenza della Corte costituzionale ad espandere i diritti sociali, diritti “costosi” nel senso che comportano investimenti di risorse pubbliche senza un ritorno economico nelle casse dello Stato.

Tutto ciò appare in controtendenza rispetto alla precedente giurisprudenza Costituzionale, presente nei periodi di crisi (si pensi alle sentenze in materia di diritto del lavoro a cui si è accennato sopra), e comunque in contrasto con la nota esigenza di “restringere i cordoni della borsa” che accomuna tutti gli Stati nei momenti di difficoltà economica.

Occorre tuttavia notare che la Corte, nelle sentenze esaminate, si pronunciava più che altro sulla opportunità che questi diritti sociali venissero soddisfatti con interventi statali, più celeri e uniformi rispetto a quelli che eventualmente avrebbero potuto prevedere le Regioni; enti che risultano, tra l'altro, carenti di risorse autonome da investire data la perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost..

Se e quando la Corte verrà interrogata sulla legittimità del *quantum* di tutela che lo Stato ha riconosciuto ai singoli in tempo di crisi, allora emergerà in modo più eclatante il contrasto tra le proclamazioni garantiste effettuate dalla Consulta in queste prime pronunce e

⁴¹ A. CALMIERI, R. PARDOLESI, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, in *Foro it.*, maggio 2011, p.2923 ss. Sul tema vedi anche P. FILIPPI, *op. cit.* e ancora M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.*, 2010, n. 4, p.3296.

le esigenze di bilancio.

Si può auspicare che non si ripresenti uno scenario come quello già visto circa venti anni fa quando, in occasione della crisi economica e finanziaria dei primi anni '90, la Corte fece propria la dottrina dei “diritti - legislativamente e finanziariamente - condizionati” sorta in ambito del diritto alla salute, applicandola anche al campo dei diritti sociali.⁴²

Si potrebbe, invece, sperare che la Corte fissi un *minimum* inderogabile di tutela dei diritti sociali che vada salvaguardato anche in momenti di crisi economica.

Limite ispirato ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, frutto di un reale bilanciamento tra esigenze di economia e diritto evitando soluzioni volte principalmente ad avalare l'operato di questo o quel legislatore.

Dopotutto questa è la via che è stata intrapresa dal Tribunale costituzionale tedesco e che sembra affacciarsi timidamente anche in alcune recenti pronunce del nostro Giudice delle leggi.

Il Bundesverfassungsgericht tedesco con una decisione del 9.2.2010, in un caso concernente proprio una prestazione assistenziale di carattere economico, ha prospettato la necessità della garanzia del “*minimo vitale*” perché connesso con i principi della dignità umana e dello Stato sociale.

A sua volta, la nostra Corte costituzionale con la sent. n. 94 del 2009⁴³, relativa al Servizio Sanitario Nazionale, ha stabilito che sulle strutture pubbliche, a differenza di quelle private, grava l'“*obbligo di prestare i servizi anche oltre il tetto di spesa assegnato*”, proprio sancendo implicitamente l'esistenza di un minimo di tutela sanitaria riconoscibile al cittadino indipendentemente dalle esigenze

⁴² Vedi a titolo esemplificativo sent. C. cost. n. 455/90 in cui si affermava che non può parlarsi di un diritto soggettivo pieno e incondizionato rispetto a prestazioni sanitarie che oltrepassino i limiti di erogazione legittimamente previsti dalle leggi ordinarie. Si ritiene quindi che legittimamente le prestazioni erogate - in aggiunta a quelle del Servizio sanitario nazionale - in favore di anziani “*non autosufficienti*” ricoverati in case di riposo della Provincia di Trento sono limitate in base a parametri riferiti al numero delle persone assistibili e al costo *pro-capite*.

⁴³ Punto 7.3 del considerato in diritto.

dell'economia e della finanza pubblica.⁴⁴

⁴⁴ Vedi anche C. cost. 80/2010, in cui è il servizio prestatto dagli assistenti di sostegno nelle scuole è stato considerata una misura idonea a integrare il minimo di tutela del diritto allo studio del minore disabile garanti-

to dagli artt. 2, 3, co. 2, 34 e 38 Cost e come tale insuscettibile di essere diminuita dal legislatore statale.

«.....GA.....»

IL RAPPORTO TRA COMPETENZE STATALI E REGIONALI IN MATERIA AMBIENTALE: CONFERME E APPARENTI RIPENSAMENTI

del Dott. Gabriele Magrini

Breve commento a margine delle sentenze della Corte costituzionale 23.2.2011, n. 70 e n. 67

Con le pronunce in commento la Corte costituzionale torna nuovamente ad occuparsi del controverso rapporto tra competenze statali e regionali in materia di tutela dell'ambiente alla luce del novellato art. 117 Cost., da un lato confermando l'esclusività della potestà legislativa statale in materia di tutela ambientale, dall'altro riducendo apparentemente lo spazio per il legislatore regionale di apportare livelli di tutela più rigorosi rispetto a quelli fissati a livello statale.

Entrambe le decisioni derivano da due separati ricorsi promossi in via principale dal Governo, con i quali venivano impugnate, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s) cost., alcune disposizioni introdotte da due leggi della regione Basilicata.

Con la prima pronuncia (Corte costituzionale 23.2.2011, n. 70) la Corte è chiamata a decidere della legittimità costituzionale della 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 naturali protette in Basilicata*) che attribuiva agli enti parco regionali la possibilità di adottare provvedimenti, anche in deroga al divieto – previsto dall'art. 11, co. 3, l. 6.12.1991, n. 394 (*Legge quadro sulle aree protette*)¹ – di compiere at-

tività e opere che possano compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora, alla fauna e ai rispettivi habitat, mediante un apposito regolamento provvisorio del parco approvato dal consiglio regionale.

La disposizione regionale viene dichiarata dalla Corte illegittima in quanto lesiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela ambientale ex art. 117, co. 2, lett. s), cost., attraverso il contrasto con l'art. 11, co. 1 e 3 della l. 6.12.1991, n. 394 che stabilisce che “*il regolamento del parco (...) è adottato dall'Ente parco*” e che “*nei parchi sono vietate le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora, alla fauna e ai rispettivi habitat*” nonché del successivo art. 22 della stessa legge, che nel fissare i principi fondamentali della disciplina delle aree protette regionali, stabilisce che l'adozione dei regolamenti delle aree protette regionali deve avvenire con legge regionale “*in conformità ai principi di cui all'art. 11*”.

Pertanto, la norma regionale impugnata nell'attribuire al consiglio regionale un potere regolamentare in materia di parchi, riservato dalla legge statale alla competenza dell'Ente

¹ Per una trattazione generale della materia si rinvia a B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 231; A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N.

OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2005, 425.



Parco², ma soprattutto nel prevedere una deroga ai divieti stabiliti dal legislatore statale in materia di attività e di opere consentite all'interno delle aree naturali protette regionali, altera quell'assetto di interessi, che costituisce il livello minimo di tutela in materia ambientale, svolto dal legislatore statale, quale espressione della sua competenza esclusiva in materia ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost.³. In particolare, la pronuncia conferma la precedente giurisprudenza della Corte secondo la quale *“la disciplina ambientale che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, viene a funzionare come un limite alla disciplina che le regioni e le province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato”*⁴. Infatti, già all'indomani della nuova formulazione dell'art. 117, Cost. ad opera della l. cost. 18.10.2001, n. 3 e secondo una sostanziale linea di continuità con l'orientamento ante riforma, nella giurisprudenza della Corte l'ambiente viene qualificato quale *“valore costituzionalmente protetto”*, che in quanto tale, delinea una sorta di materia *“trasversale”*, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato il potere di fissare standard minimi di tutela, uniformi

² Il regolamento del parco, in particolare, previsto dall'art. 11, L. 6.12.1991, n. 394, assume un ruolo fondamentale nella gestione del parco medesimo, in quanto disciplina le attività consentite entro il territorio del parco, nonché la tipologia e le modalità di costruzione di opere e manufatti. Sul punto si veda A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON, *op. cit.*, 430.

³ Sempre in materia di parchi nazionali tale principio è stato affermato in C.cost., 18.3.2005, n. 108, la quale ha dichiarato l'illegittimità di una legge della regione Umbria che introduceva deroghe al divieto di esercizio dell'attività di cava all'interno dei parchi nazionali ritenendo che *“dal confronto fra la norma statale interposta in materia di parchi nazionali [...] e la norma regionale impugnata emerge evidente che le modifiche introdotte, lungi dal disporre una disciplina più rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, derogano in peius agli standard di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale”*.

⁴ C.cost. 14.11.2007, n. 378; in senso conforme C. cost. 10.3.2008, n. 62; C. cost. 4.12.2009, n. 314.

sull'intero territorio nazionale⁵.

Il rapporto *“sostanzialmente”* concorrente tra competenze statali e regionali in materia di tutela dell'ambiente elaborato dal giudice delle leggi è stato successivamente meglio definito specificando che da una parte sono affidate allo Stato la tutela e la conservazione dell'ambiente, mediante la fissazione di livelli *“adeguati e non riducibili di tutela”* e dall'altra compete alle regioni, nel rispetto dei livelli di tutela fissati dalla disciplina statale, di esercitare le proprie competenze, dirette essenzialmente a regolare la fruizione dell'ambiente, evitando compromissioni o alterazioni dell'ambiente stesso.

Più in particolare la Corte ha specificato che *“se è vero che le regioni, nell'esercizio delle loro competenze, non debbono violare i livelli di tutela dell'ambiente posti dallo Stato, è altrettanto vero, che, una volta che questi ultimi siano stati fissati dallo Stato medesimo, le regioni stesse, purché restino nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, possono pervenire a livelli di tutela più elevati, così incidendo, in modo indiretto sulla tutela dell'ambiente”*⁶ lasciando, in tal modo, una *“sostanziale”* potestà residuale delle regioni in materia⁷.

⁵ In questo senso C.cost., 26.7.2002, n. 407. Per una ricostruzione del rapporto Stato-regioni in materia di tutela dell'ambiente cfr. P. MADDALENA, *“L'interpretazione dell'art.117 e dell'art.118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente”*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. CECCHETTI, *“La materia tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella giurisprudenza costituzionale: lo Stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti”*, in www.federalismi.it, 8.4.2009, 7, il quale rileva una *«spiccata linea di continuità che il giudice delle leggi mostra di privilegiare, evitando di abbandonare i tratti fondamentali della linea interpretativa affermata nel vigore del vecchio modello di riparto delle competenze, ossia continuando a concepire la potestà legislativa in tema di tutela dell'ambiente (e degli altri oggetti ad essa pertinenti) come una potestà sostanzialmente concorrente, o comunque ripartita tra il legislatore statale e il legislatore regionale, secondo un criterio ispirato – nella sostanza e, comunque, in senso lato – al principio di sussidiarietà e ai suoi corollari»*.

⁶ C.cost.. 22.7.2009, n. 225. In senso conforme C. cost. 5.3.2009, n. 61; 23.1.2009, n. 12.

⁷ Infatti, ammettere che le Regioni possano adottare misure di tutela dell'ambiente più rigorose rispetto agli standard minimi - uniformi definiti dal legislatore sta-

Pertanto, riguardo alla questione in oggetto, la regione Basilicata non avrebbe potuto prevedere soglie inferiori di tutela, mentre, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa avrebbe potuto prevedere livelli maggiori, che implicano logicamente e necessariamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali. Con la seconda pronuncia (C. cost. 23.2.2011, n. 67) la Corte è chiamata a decidere, tra le varie questioni, della legittimità costituzionale dell'allegato alla l. reg. Basilicata 19.1.2010, n. 1 (*Norme in materia di energia e Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale d. lgs. 3.4.2006, n. 152 – l. reg. n. 9/2007*) contenente il Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale (P.I.E.A.R.) il quale, relativamente alle aree della “Rete Natura 2000” (siti di importanza comunitaria – SIC e pSIC – e zone di protezione speciale – ZPS e pZPS), introduceva il divieto assoluto alla realizzazione di determinati impianti (solari termodinamici, fotovoltaici di micro generazione e di grande generazione), senza consentire il preventivo esperimento della valutazione di incidenza ex art. 5, d.P.R. 8.9.1997, n. 357 (*Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche*) che, eventualmente, avrebbe potuto invece consentire, nelle aree di interesse, l'installazione dell'impianto.

La Corte perviene alla dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione regionale impugnata, ritenendo che il divieto aprioristico alla realizzazione, nelle aree “Rete Natura 2000”, degli impianti in oggetto costituisce violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost., attraverso il sostanziale svuotamento della funzione attribuita dal legislatore statale allo strumento della valutazione di incidenza di cui all'art. 5,

tale, significa attribuire una potestà legislativa regionale diretta sulla tutela dell'ambiente di tipo residuale. In questo modo si giunge al risultato di una sostanziale “delimitazione” della potestà legislativa dello Stato in tema di tutela dell'ambiente, a fronte della quale si aprono gli spazi di una “concorrente” legislazione delle Regioni di tipo residuale. Sul punto cfr. M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 12-14.

d.P.R. 8.9.1997, n. 357, che invece potrebbe precludere, nei singoli casi, la praticabilità dell'intervento.

In particolare il giudice delle leggi, confermando l'interpretazione fornita dalle pronunce precedenti, specifica che la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente “è intesa ad assicurare livelli di protezione non solo adeguati, ma anche uniformi, fungendo così da limite invalicabile per la legislazione regionale”⁸.

Tuttavia, l'esigenza di garantire l'uniformità della disciplina statale, conduce la Corte a non condividere le ragioni di una più rigorosa tutela in aree di eccezionale valore ambientale alla base della disposizione regionale impugnata e ad affermare che “l'esigenza di una valutazione unitaria del sistema “ambiente”... non tollera discipline regionali differenziate, che insidiano l'organicità della tutela complessiva già individuata a livello nazionale”⁹.

La pronuncia costituisce un apparente ripensamento del rapporto tra competenze statali e regionali in materia ambientale, ponendosi in sostanziale discontinuità rispetto all'orientamento precedente: quello secondo il quale, configurandosi gli standard di tutela fissati dal legislatore nazionale generalmente come standard “minimi”, le regioni possono derogare a tali standard attraverso l'introduzione di misure e di livelli di tutela più rigorosi e restrittivi.

Infatti, nell'affermare l'intollerabilità di discipline regionali “differenziate” inevitabilmente la Corte nega qualsiasi possibilità di interventi legislativi regionali di maggior rigore ambientale rispetto ai livelli minimi di tutela fissati dal legislatore statale, facendo in tal modo venir meno quella competenza “sostanzialmente” concorrente o residuale delle regioni in materia di tutela dell'ambiente che, in quanto espressione del principio di sussidiarietà, veniva ritenuta un principio generale¹⁰. La pronuncia, pertanto, da un lato evidenzia una concezione dell'ambiente in senso materiale, quale “sistema” unitario ed organico, dall'altro lato perviene al definitivo ri-

⁸ Cfr. il Par. 8.1. del *Considerato in diritto*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sul punto cfr. M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 18.



conoscimento della competenza esclusiva dello Stato in materia attraverso l'affermazione della inderogabilità assoluta degli standard statali da parte del legislatore regionale, in maggiore aderenza alla norma costituzionale e confermando, in tal modo,

l'orientamento interpretativo già fornito dalla Corte in alcune più recenti sentenze¹¹.

¹¹ Cfr. *ex multis*, C. cost. 7.11.2007, n. 367; C. cost. 14.11.2007, n. 378; C. cost. 23.7.2009, n. 232.

«.....GA.....»

LA FIGURA DEL DIFENSORE CIVICO NEGLI ENTI LOCALI

del Dott. Massimiliano Mignanelli

La Provincia e il Comune rappresentano le realtà territoriali e amministrative più vicine al cittadino e, quindi, almeno fino a quando non venga istituito il Difensore civico nazionale, potenzialmente più adatte a soddisfarne le esigenze; ed è proprio in ambito locale che la Difesa civica dovrebbe maggiormente diffondersi. In Italia, però, il Difensore civico provinciale e comunale è stato per la prima volta oggetto di attenzione normativa, come in precedenza accennato, solo nel 1990.

Prima di allora, in assenza di una legislazione in merito, molti Enti Locali avevano intrapreso, attraverso una propria regolamentazione, diverse iniziative atte a fornire strumenti di garanzia a favore del cittadino. Non di rado, addirittura, alcune Province e Comuni si sono spinti anche ad istituire la figura del Difensore civico attraverso autonome deliberazioni, puntualmente, però, annullate dai Comitati regionali di controllo (Co.re.co), che forti di una carenza legislativa in materia e in linea con il radicato convincimento che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fosse di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria.

Solo, si ricordava, nel 1990 con l. n. 142, vi è stato un cambio di rotta, grazie anche alla posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa che ha individuato nel Difensore civico comunale e provinciale un organismo dell'organizzazione locale che intraprende azioni di persuasione e di stimolo per una corretta ed efficace amministrazione.

Attualmente, i Difensori civici provinciali sono appena 37 sul totale di 110 province¹.

Per quanto riguarda invece i Difensori civici comunali, risultano essere poco più di

¹ Dato fornito dall'associazione difesa consumatori e ambiente di Verona, (<http://www.adicon-sumverno.it/abolito-ildifensorecivicocomunale/>).

500 su un totale di 8.092 Comuni².

L'art. 8 della suddetta legge, quindi, prevedeva (ma vedremo come anche il t.u. degli enti locali ha praticamente lasciato immutato il quadro normativo) la possibilità per gli statuti comunali e provinciali di istituire il Difensore civico con le funzioni di controllo sull'attività della pubblica amministrazione e di tutela degli interessi dei cittadini nei confronti dell'operato della stessa amministrazione locale, in aderenza ai principi costituzionali, già più volte citati, del buon andamento ed imparzialità.

In attesa di un intervento finalizzato all'istituzione del Difensore civico nazionale, la scelta del legislatore è ricaduta su una legge che definisse i caratteri generali dell'istituto del Difensore civico locale, demandando ai singoli statuti il potere, non di poco conto, non solo di istituirlo ma di allargarne l'ambito di competenze, sempre nei limiti della legge. Tale scelta si giustifica con la volontà di valorizzare le specifiche esigenze territoriali rimettendo ai singoli Comuni e Province la facoltà di regolamentare, da esercitare sulla base delle proprie realtà demografiche, culturali, sociali ed economiche. In realtà, però, se escludiamo qualche diversificazione in merito alle modalità e ai requisiti di elezione, tale potenzialità non è stata sfruttata, tant'è che non si registrano rilevanti elementi di eterogeneità.

Le ragioni vanno ricercate, probabilmente, nel proposito degli organi amministrativi a rifuggire da forme incisive di controllo. Scelte che rispecchiano, fra l'altro, quella che sembra essere la volontà politica, a livello nazionale, in merito alla Difesa civica.

Il d. lgs. n. 267 del 2000, (t.u. degli Enti Locali) in esecuzione alla l. delega 59/97 ha,

² Dato disponibile sul sito: (<http://www.radio24.ilsole24ore.com/main.php?articolo=difensore-civico-catania-comune-legge>).



di fatto, riproposto, con l'art. 11, il contenuto dell'art. 8 della l. n. 142/90.

Colpisce, in primo luogo, la volontà di continuare a non rendere obbligatoria, almeno a livello locale, l'istituzione del Difensore civico, in un contesto europeo già ampiamente avviato a favorire questo importante strumento.

Poche, quindi, le innovazioni introdotte dal TUEL, che avrebbe potuto (e dovuto) dare maggiore slancio all'istituto, a partire dalla sua previsione obbligatoria in ambito locale. Per inciso, le disposizioni del TUEL non si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano, territori in cui la Difesa civica locale, qualora adottata, deve trovare riferimento nella legge regionale o provinciale (Trento e Bolzano).

Tornando alla comparazione tra la l. 142/90 e il d. lgs. n.267/2000, in quest'ultimo si rilevano principalmente due novità, la prima connessa all'individuazione della qualificazione dell'istituto, e la seconda relativa alle funzioni:

1. la l. n. 142/90 collocava il Difensore civico tra gli "Istituti di partecipazio-

ne". Si tratta di un inquadramento che, da un lato, ne esalta la figura in quanto, come garante dei diritti, il Difensore civico contribuisce a realizzare l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co.2 della cost.; dall'altro, invece, ne riduce il reale potenziale, come strumento di garanzia dei, più volte citati, principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione previsti dall'art. 97 della cost. D'altro canto, non si ravvisa nel Difensore civico una vera e propria partecipazione popolare all'attività amministrativa. Da qui la necessità di individuare una *sedes materiae* diversa e la scelta del TUEL è ricaduta sull'inserimento del Difensore civico, al pari degli altri istituti di partecipazione popolare, nel Titolo I, "Disposizioni generali", dandone, quindi, una connotazione più generica;

2. introduzione della funzione di controllo nelle ipotesi previste dall'art. 127 di cui si è già detto in precedenza.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 30.12.2011, n. 6996
Accesso - agli atti di gara - prova di resistenza - superamento - necessità.

È legittimo il diniego di accesso agli atti afferenti l'offerta dell'aggiudicataria opposto dalla PA. alla controinteressata, posti i segreti commerciali ivi contenuti e la legittima esclusione di quest'ultima dalla procedura competitiva.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.12.2011, n. 6472
Accesso ai documenti sottratti all'obbligo di ostensione per via regolamentare - interpretazione - discrezionalità - non sussiste.

In materia di documenti sottratti all'accesso ai sensi del d.m. 603/1996 il rilievo della riconducibilità di un documento amministrativo alla tipologia astratta contemplata dai regolamenti adottati dalle singole amministrazioni in attuazione della citata normativa, primaria e secondaria, di riferimento vincola il funzionario a negare l'accesso e non gli consente alcun apprezzamento discrezionale sulle conseguenze dell'eventuale esibizione dell'atto richiesto e sull'idoneità di quest'ultima a determinare, in concreto, quel pregiudizio ai preminenti interessi generali catalogati all'art. 24, co. 2, l. 241/90 che la pertinente previsione regolamentare mira a scongiurare (nella specie è stato ritenuto legittimo il diniego di accesso ad un dossier acquisito dal Comando Generale della Guardia di Finanza presso l'amministrazione fiscale francese contenente dati e notizie riguardanti alcuni contribuenti italiani inseriti nella lista dei detentori di disponibilità finanziarie presso la HSBC Private Bank di Ginevra, trattandosi di documentazione afferente alla cooperazione internazionale).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.11.2011, n. 6212
Regolamento - annullamento giurisdizionale - efficacia erga omnes.

L'efficacia dell'annullamento giudiziale di un atto a natura regolamentare si estende a tutti i possibili destinatari, sebbene non siano stati parti del giudizio, perché gli effetti della sen-

tenza si estendono al di là delle parti che sono intervenute nel singolo giudizio, dato che l'annullamento di un atto amministrativo a contenuto normativo ha efficacia erga omnes per la sua ontologica indivisibilità.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.11.2011, n. 6208
Provvedimento amministrativo - trasmesso via fax - conoscenza - presunzione relativa.

Secondo costante giurisprudenza, l'invio tramite fax del provvedimento amministrativo rappresenta uno strumento idoneo - in assenza di espresse prescrizioni che dispongano altrimenti - a determinare la piena conoscenza del provvedimento stesso, in quanto il fax costituisce un sistema basato su linee di trasmissione di dati e su apparecchiature che consentono di documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia - attraverso il c.d. rapporto di trasmissione - la ricezione del messaggio in quello ricevente, sicuramente atto a garantire l'effettività della comunicazione, salva l'eventuale prova contraria concernente la funzionalità dell'apparecchio ricevente fornita, secondo l'ordinaria regola processualistica, da chi afferma la mancata ricezione del messaggio.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.10.2011, n. 5527
Responsabilità amministrativa - contratti pubblici - elemento soggettivo - dimostrazione - necessità - non sussiste - possibilità di aggiudicazione - dimostrazione - necessità - non sussiste.

In materia di diritto al risarcimento del danno derivante alla seconda classificata dalla illegittima aggiudicazione ad altra impresa concorrente non vi è necessità di dare prova né della componente soggettiva dell'illecito; né della circostanza per cui in assenza dell'illegittimità accertata la danneggiata si sarebbe aggiudicata la gara, sussistendo un danno risarcibile consistente nella perdita della possibilità, giuridicamente ed economicamente suscettibile di



autonoma valutazione, di aggiudicarsi la gara (c.d. perdita di chance).

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.9.2011, n. 5058

Diritto di accesso - consigliere comunale - copia di password di accesso al sistema informatico dell'ente locale - sussiste.

I consiglieri comunali possono accedere a tutti gli atti (pure di tipo contabile) la cui conoscenza si riveli utile (art. 43, d. lgs. n. 267/2000) per un migliore espletamento del loro mandato elettorale (cfr. CdS, n. 5264/2007 e dec. n. 5020/2007), per cui, nel loro caso, il titolo all'accesso si configura come corredato da un'ulteriore connotazione rispetto a quello riconosciuto alla generalità dei cittadini, potendo esso legittimamente sostenersi sull'esigenza di assumere anche solo semplici informazioni non contenute in formali documenti o di natura riservata (fermo restando il vincolo del segreto al quale sono tenuti i consiglieri comunali), nel rispetto dell'orientamento condivisibilmente seguito dalla Commissione per l'accesso incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (v. risoluzioni 3.2.2009 e 16.3.2010). E tanto deve dirsi pure per l'ottenimento di una password mediante la quale accedere alla visione di un programma di contabilità.

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 24.10.2011, n. 700

Accesso esplorativo - diniego - legittimità.

La disciplina sull'accesso è volta a tutelare solo il diritto alla conoscenza di particolari documenti da parte di chi vi abbia un interesse qualificato e non già la pretesa di poter effettuare un controllo generico e generalizzato sull'attività dell'amministrazione, allo scopo di verificare la possibilità di eventuali, future lesioni della sfera dei privati.

Il diritto di accesso ai documenti non si configura quindi come una sorta di azione popolare, volta ad ottenere una verifica in via generale della trasparenza e legittimità dell'azione amministrativa tanto più che, specularmente rispetto al diritto alla conoscenza degli atti, sussiste la legittima pretesa dell'amministrazione a non subire intralci alla propria attività istituzionale, possibili in ragione della presentazione di istanze strumentali e/o dilatorie tali da produrre un appesantimento dell'azione ammini-

strativa in contrasto con il canone fondamentale dell'efficienza ed efficacia dell'azione stessa di cui all'art. 97 Cost..

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 24.10.2011, n. 684

Danno da ritardo - risarcibilità - va affermata.

Sussiste la responsabilità risarcitoria del Comune che abbia ingiustificatamente ampliato i tempi di approvazione della lottizzazione e di rilascio della relativa concessione, allungamenti stimabili in un lasso di tempo superiore all'anno. L'art. 2 bis l. 241/90 presuppone infatti che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica.

In questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento.

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 2.12.2011, n. 2883

Provvedimento amministrativo - sottoscrizione - elemento essenziale - assenza - nullità.

È nullo il provvedimento di diniego di intervento edilizio richiesto con D.I.A. privo di sottoscrizione, trattandosi di elemento essenziale ai sensi dell'art. 21 septies l. 241/90.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 11.11.2011, n. 1704

Responsabilità amministrativa - a seguito di legittimo annullamento in autotutela di un P.P. - sussiste.

È legittimo il provvedimento di annullamento della delibera comunale di approvazione del P.P. basata, in ossequio alle risultanze di apposita conferenza dei servizi sulla non necessità di procedere alla formazione di variante urbanistica, adottata a distanza di soli 9 mesi e prima del perfezionamento della convenzione urbanistica, allorquando sussista l'esigenza di ripristinare l'ordine giuridico violato e si dia adeguata ponderazione comparativa dei con-

trapposti interessi, salva la responsabilità risarcitoria dell'ente comunale per i danni medio tempore subiti dal privato che abbia riposto un incolpevole affidamento sulla validità della procedura.

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 19.9.2011, n. 1231

Accesso - in materia ambientale - legittimazione assoluta - sussiste - specifica indicazione degli atti richiesti - necessità - non sussiste.

Il diritto di accesso in materia ambientale può essere esercitato da chiunque senza necessità di dimostrare uno specifico interesse (che è da considerare in re ipsa per ciascun essere umano o ente che lo rappresenti o ne sia emanazione) e senza che vi sia la necessità di una puntuale indicazione degli atti richiesti, risultando sufficiente una generica richiesta di informazioni sulle condizioni di un determinato contesto ambientale per costituire in capo all'amministrazione l'obbligo di acquisire tutte le notizie relative allo stato della conservazione e della salubrità dei luoghi interessati dall'istanza, ad elaborare e a comunicarle al richiedente.

TAR Piemonte, Sez. I, 30.6.2011, n. 718

Partecipazione al procedimento - memorie scritte - obbligo di valutazione da parte dell'amministrazione - sussiste.

La funzione della partecipazione del cittadino

al procedimento amministrativo attraverso la prospettazione di osservazioni e controdeduzioni è quella di far emergere gli interessi, anche spiccatamente privati, che sottostanno all'azione amministrativa discrezionale, in modo da orientare correttamente ed esaustivamente la stessa scelta della P.A. attraverso una ponderata valutazione di tutti gli interessi (pubblici e privati) in gioco per il raggiungimento della maggiore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico. E se ciò non comporta che l'amministrazione sia tenuta ad accogliere le osservazioni del privato, un rilievo invalidante del provvedimento amministrativo deve invece riconoscersi quando sia provato che l'amministrazione non abbia neppure esaminato le osservazioni e le controdeduzioni formulate dall'interessato a seguito della rituale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento (CdS, IV, 22.10.2004, n. 6959; CdS, IV, 29.4.2002, n. 2280) Né, in senso contrario, può soccorrere l'art. 21 octies, co. 2 della l. 241/90 e s.m.i., invocato dalla difesa erariale, attesa la natura non vincolata degli atti impugnati e la mancata dimostrazione in giudizio da parte dell'amministrazione che gli atti impugnati, alla luce delle risultanze istruttorie e delle deduzioni presentate dall'interessato, non avrebbero potuto essere diversi da quelli in concreto adottati.

«.....GA.....»

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

Corte Costituzionale, 7.10.2011, n. 261

Istituzione di nuovi comuni - competenza legislativa regionale - sussiste.

È inammissibile la q.d.l.c. dell'art. 3 l.reg. Piemonte 51/92 laddove consente – in violazione del disposto dell'art. 15, co. 1, d. lgs. 267/00 secondo cui le Regioni non possono istituire nuovi Comuni con popolazione inferiore ai diecimila abitanti – il solo divieto di istituire Comuni la cui popolazione consista in meno di cinquemila unità. È infatti questa una materia attratta alla competenza legislativa regionale, giusto il disposto dell'art. 133, co. 2, Cost..

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 21.11.2011, n. 866

Scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiosi - C.A.P. - obbligo - non sussiste.

Non sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa, posto il carattere intrinsecamente urgente che connota l'adozione del provvedimento, provvedimento estremo che costituisce la reazione (ineludibile ed inevitabile) dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica. Depone inoltre in tal senso la difficile ipotizzabilità di un apporto sostanziale valido della collaborazione procedimentale preclusa, considerata anche la formale riservatezza degli elementi documentali e indiziari su cui si basa necessariamente il provvedimento di scioglimento.

TAR Puglia, Le, Sez. II, 14.12.2011, n. 2085

Ordinanze contingibili ed urgenti - termini iniziale e finale di efficacia – necessità - non sussiste.

È legittima l'ordinanza contingibile e urgente sprovvista di un termine iniziale e finale di efficacia (nella specie il Sindaco aveva ordinato ad un pastore di trovare un idoneo percorso alternativo per il transito di animali in gregge o in mandria).

TAR Sardegna, Sez. II, 25.11.2011, n. 1140

Progressioni verticali - concorsi interni - limiti.

Con riferimento agli enti locali, decorre dal 1.1.2010 l'applicabilità dell'art. 62, d. lgs. 150/2009, nella parte in cui stabilisce che le progressioni tra aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50% di quelli messi a concorso. Ne discende che da tale data deve ritenersi implicitamente abrogato l'art. 91 d. lgs. 267/2000, giusto il richiamo contenuto nel precedente art. 88 alle disposizioni del d. lgs. 29/93 ed attualmente al (l'art. 52) d.lg. 165/01.

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 15.11.2011, n. 1376

Ordinanza di contigibilità ed urgenza - motivazione specifica - obbligo - sussiste.

È illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente con la quale sono stati ordinati l'abbattimento di tutte le parti pericolanti di alcuni fabbricati ritenuti pericolosi per l'incolumità dei cittadini e la rimozione di tutti i detriti che ingombrano le vie pubbliche e la rimozione di qualsiasi materiale e rifiuto che sono segno di ambiente malsano e la totale eliminazione dell'emergenza igienico sanitaria, la quale non dia conto degli immobili o delle parti degli stessi effettivamente pericolanti ovvero degli effettivi rischi per l'incolumità pubblica.

TAR Campania, Na, Sez. I, 7.11.2011, n. 5167

Giunta comunale - composizione - principio di pari opportunità - osservanza - necessità - sussiste.

È illegittimo il provvedimento di nomina di soli componenti maschili all'interno della Giunta Comunale quante volte non emerga dal tenore del decreto la necessaria attività istruttoria volta ad acquisire la disponibilità alla nomina di persone di sesso femminile, né adeguata motivazione in ordine alle ragioni della mancata applicazione del principio di pari opportunità posto dall'art. 51 Cost. e richiamato dall'art. 6 d. lgs. 267/00.

TAR Puglia, Le, Sez. II, 25.10.2011, n. 1847

Pianta organica - determinazione - motivazione specifica - obbligo - non sussiste - alta discrezionalità - sussiste.

Pianta organica - inserimento di tutte le figure professionali previste nella contrattazione collettiva - obbligo - non sussiste.

È legittima la determinazione della giunta comunale la quale, nel rideterminare la pianta organica, ometta di inserire la figura dell'Istruttore Direttivo Geologo, ben potendo detta amministrazione avvalersi delle capacità tecniche specifiche, di cui questa figura professionale si connota, avvalendosi di consulenze esterne di natura libero-professionale. Sono questi infatti provvedimenti ascritti alla categoria degli atti amministrativi di carattere generale e programmatico, sottratti ad un obbligo specifico di motivazione, ai sensi dell'art. 3, co. 2 l. 241/90 e connotati da alta discrezionalità, aventi contenuto programmatico strategico ed afferenti alle fondamentali potestà comunali; pertanto, sindacabili dinanzi al giudice amministrativo unicamente in caso di palese illogicità o incongruenza. I profili professionali indicati nella contrattazione collettiva del Comparto Regioni ed Autonomie locali non devono necessariamente essere riprodotti nella loro totalità nella dotazione organica dell'Ente, avendo la contrattazione collettiva funzione meramente esemplificativa e non vincolante per l'amministrazione locale, cui è riconosciuta piena autonomia decisionale, sulla base delle proprie esigenze, in merito alla delimitazione dei propri assetti organizzativi e, quindi, alla individuazione dei profili professionali del personale da assumere alle proprie dipendenze.

TAR Lazio, La, Sez. I, 4.10.2011, n. 769

Ordinanza di contigibilità ed urgenza - volta ad ingiungere il rispetto di prescrizioni a tutela della salute - legittimità.

È legittima l'ordinanza di contigibilità ed urgenza con la quale sia ordinato l'innalzamento delle bocche di emissione delle canne fumarie della propria abitazione a un'altezza di almeno un metro rispetto al colmo del tetto dell'abitazione confinante adottata in ossequio all'art. 6.15, d.P.R. 1392/70 il quale stabilisce che le bocche dei camini devono risultare più alte di almeno 1 m rispetto al colmo dei tetti, ai parapetti ed a qualunque altro ostacolo o struttura distante meno di 10 m..

TAR Puglia, Le, Sez. I, ord. 30.9.2011, n. 680

Doppi incarichi - presso enti diversi - divieto di cumulo degli emolumenti - sussiste.

È legittima la determinazione provinciale con la quale si è negata, in favore di soggetti che rivestono la doppia carica di consiglieri provinciali e di sindaco di altre amministrazioni comunali, l'erogazione dei gettoni di presenza legati alla partecipazione dei medesimi alle sedute del Consiglio provinciale e delle singole commissioni consiliari, posto che la disposizione di cui all'art. 5, co. 6, d.l. 78/10 ha introdotto un divieto espresso e generalizzato di cumulo tra indennità di funzione e gettoni di presenza.

TAR Campania, Na, Sez. III, 2.9.2011, n. 4314

Attività commerciali - provvedimenti repressivi - competenza dirigenziale - sussiste.

La competenza ad adottare gli atti repressivi ai sensi dell'art. 22, co. 6, d. lgs. 114/98 non spetta più, nel nuovo assetto ordinamentale delle autonomie locali, al Sindaco ma all'organo dirigenziale settorialmente individuato come competente.

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 27.7.2011, n. 248

Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 8-quinquies, co. 2, lett. b), d. lgs. 30.12.1992, n. 502 (riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della l. 23.10.1992, n. 421), introdotto dall'art. 79, co. 1-quinquies, 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 modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133 - artt. 3, 32, 97, 113 e 117, co. 2, lett. m), cost. - rigetto.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, con tre ordinanze di analogo contenuto, ha sollevato altrettante questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8-quinquies, co. 2, lett. b), d. lgs. 30.12.1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della l. 23.10.1992, n. 421), introdotto dall'art. 79, co. 1-quinquies, 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 modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia ha evidenziato come la norma, secondo cui le Regioni "possono individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati", violerebbe gli artt. 3, 97 e 113 cost., che danno fondamento al principio di "legalità sostanziale". La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata tale ricostruzione affermando che la norma impugnata debba essere interpretata non letteralmente ma alla luce del restante contenuto dello stesso art. 8-quinquies, co. 2, che prevede la definizione di

"accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliero-universitarie", e la conclusione di "con quelle private e con i professionisti accreditati". La Corte ha rilevato come proprio il collegamento che unisce l'autorizzazione regionale e gli accordi con i soggetti interessati, nel rendere palese la finalizzazione di tali accordi al raggiungimento di determinati scopi, definisca anche l'ambito entro il quale deve essere esercitato il potere autorizzatorio della Regione e, pertanto, debba escludersi la violazione del principio di legalità sostanziale, giacché esso può ritenersi soddisfatto ogni qual volta si rinvenga l'esistenza di criteri, nel testo normativo, in grado di orientare l'azione dell'autorità amministrativa. In argomento, v. conformi C. cost.: 17.07.1998, n. 267; 18.03.2005, n. 111; 26.05.2005, n. 200; 23.11.2007, n. 387; 14.11.2008, n. 371 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, sent. 25.7.2011, n. 244

Tutela dell'ambiente - rifiuti - libera circolazione delle merci - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 33, co. 2, l. reg. Veneto 21.1.2000, n. 3 (Nuove norme in materia di gestione dei rifiuti), nonché del combinato disposto dei co. 2 e 3 dell'art. 33 della stessa l. reg. Veneto - accoglimento parziale - inammissibilità.

Il TAR del Veneto, con l'ordinanza 3.6.2010, n. 298, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative in epigrafe nel procedimento vertente tra la Alless.p.a. e la Regione Veneto in riferimento agli artt. 3, 41, 117, co. 2, lett. s), e 120 cost., in particolare, nella parte in cui prevede che "nelle discariche realizzate al fine di smaltire i rifiuti speciali sia riservata una quota non superiore al 25% della capacità ricettiva allo smaltimento dei rifiuti conferiti da soggetti" terzi extraregionali.

In merito, la Corte ha ritenuto la questione fondata laddove la disposizione impugnata pone dei limiti allo smaltimento di rifiuti speciali non pericolosi, provenienti da altre regioni, nelle discariche ubicate nel Veneto. Tali limiti soggettivi, definiti dalla stessa Regione Veneto come “sistema della responsabilità del produttore e dell’autosmaltimento”, si pongono in contrasto sia con la competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, co. 2, lett. s), cost., sia con il principio della libera circolazione delle merci di cui all’art. 120 cost.

Difatti, la Corte ha ribadito, come da propria giurisprudenza, che la disciplina dei rifiuti si colloca nell’ambito della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e che, pertanto, è riservato allo Stato il potere di fissare i livelli di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale (si vedano, sent. 24.7.2009, n. 249 e sent. 14.3.2008, n. 62). Inoltre, nel fissare i predetti limiti, il legislatore regionale si è arrogato competenze che esulano anche da eventuali interessi funzionalmente collegati con quelli ambientali, quali il governo del territorio e la tutela della salute.

Infine, è stato chiarito che la disposizione censurata, restringendo la fruibilità delle discariche, porrebbe un limite alla possibilità di ricevere i predetti rifiuti, in assenza di ragioni di utilità sociale ovvero di possibili danni alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, nonché andrebbe ad incrementare la movimentazione dei rifiuti sul territorio.

In proposito, la Corte ha ricordato che il rifiuto è un “bene commercialmente rilevante”, oggetto di attività imprenditoriale, in quanto, “anche alla luce della normativa comunitaria il rifiuto è pur sempre considerato un prodotto” (cfr. sent. 19.10.2001, n. 335). Pertanto, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, co. 2, l. reg. Veneto 21.1.2000, n. 3, limitatamente alle parole “non superiore al venticinque per cento della capacità ricettiva”(Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale 20.09.2011, n. 243

Proroga vincoli preordinati all’esproprio - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 7, co. 9, l.reg. Basilicata 3.11.2009, n. 41 - artt. 3, 42, 43 e 97 cost. - accoglimento.

Il TAR Basilicata ha sollevato q.l.c. dell’art. 7,

co. 9, l. reg. Basilicata 3.11.2009, n. 41 (Disciplina dei consorzi per lo sviluppo industriale), nella parte in cui prevede che i piani industriali approvati ai sensi dell’art 51 del d.P.R. 6.3.1978, n. 218 (testo unico sugli interventi del mezzogiorno) o della l. reg. Basilicata 29.7.1994, n. 41 siano prorogati per due anni in attesa che i consorzi interessati provvedano ad adottare nuovi strumenti di pianificazione con le procedure previste dalla medesima legge impugnata. Tale norma violerebbe, secondo il giudice a quo, il diritto di proprietà dei proprietari dei terreni sottoposti al vincolo di cui agli artt. 42 e 43 cost., nonché i principi di ragionevolezza, di legalità e buon andamento della pubblica amministrazione desumibili dagli artt. 3 e 97 cost., perché sottopone a vincoli preordinati all’esproprio senza indennizzo e senza un attuale bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco, immobili già a suo tempo inciso dai piani industriali durante il normale periodo di efficacia.

La Corte costituzionale, concordando con il ragionamento del giudice rimettente che è sostanzialmente analogo a quello espresso dalla stessa Corte nella sent. n. 314 del 2007 a cui si rinvia nella sentenza in esame, dichiara incostituzionale la norma impugnata per violazione degli artt. 3, 42, co. 3, e 97 cost. (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 25.07.2011, n. 242

Istruzione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 92, co. 2 bis, l. Provincia autonoma di Trento 7.8.2006, n. 5 (Sistema educativo di istruzione e formazione del Trentino), come introdotto dall’art. 53, co. 4, l. prov. 12.9.2008, n. 16 (Disposizioni per la formazione dell’assestamento del bilancio annuale 2008 e pluriennale 2008-2010 e per la formazione del bilancio annuale 2009 e pluriennale 2009-2011 della Provincia autonoma di Trento. Legge finanziaria provinciale 2009) – Art. 67, co. 8, l. Provincia autonoma di Trento 28.12.2009, n. 19 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2010 e pluriennale 2010-2012 della Provincia autonoma di Trento. Legge finanziaria provinciale 2010) - artt. 3, 4, 16, 51 e 97 Cost. - accoglimento.



La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 92, co. 2 bis, l. Provincia autonoma di Trento 7.8.2006, n. 5 (Sistema educativo di istruzione e formazione del Trentino), come introdotto dall'art. 53, co. 4, l. prov. 12.9.2008, n. 16 (Disposizioni per la formazione dell'assestamento del bilancio annuale 2008 e pluriennale 2008-2010 e per la formazione del bilancio annuale 2009 e pluriennale 2009-2011 della Provincia autonoma di Trento. Legge finanziaria provinciale 2009) in quanto, prevedendo l'inserimento in fondo alla graduatoria dei docenti provenienti da altre province indipendentemente dal punteggio da loro posseduto, determina un'ingiustificata disparità di trattamento tra docenti con i medesimi requisiti, fondata sulla diversa provincia di loro provenienza, violando così l'art. 3 cost. La Corte ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 67, co. 8, l. Provincia autonoma di Trento 28.12.2009, n. 19 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2010 e pluriennale 2010-2012 della Provincia autonoma di Trento. Legge finanziaria provinciale 2010), il quale prevede che, in occasione dell'aggiornamento eccezionale delle indicate graduatorie da effettuarsi nel 2010 (un anno prima rispetto alla cadenza biennale prevista) chi abbia prestato per tre anni consecutivi servizio nelle scuole della Provincia ha diritto a quaranta punti, concedibili fino ad un massimo di quattro volte. La Corte ha ritenuto che tale norma non sia conforme al canone della ragionevolezza, in quanto introduce, con un effetto temporale rigidamente circoscritto ad un anno, una disciplina eccentrica e derogatoria rispetto a quella vigente non solo nel periodo anteriore, ma persino in quello posteriore all'esaurimento dell'anno stesso. In argomento, v. conformi C. cost.: 24.06.1994, n. 263; 09.02.2011, n. 41 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 22.07.2011, n. 235
Stabilimenti balneari - demanio marittimo - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri - artt. 1, co. 1, e 2 l. reg. Campania 25.10.2010, n. 11 (Modifica alla l. reg. 21.1.2010, n. 2 "Disposizioni per la for-

mazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Campania - legge finanziaria anno 2010") - artt. 117, co. 2, lett. e), l) e s), cost. - accoglimento.

Lo Stato solleva una questione di legittimità costituzionale contro le parti dell'art. 1 della suddetta legge della regione Campania che istituisce una nuova disciplina per gli stabilimenti balneari. In particolare, la norma stabilisce che tali strutture possano realizzare piscine "in deroga alla normativa primaria e speciale e agli strumenti urbanistici paesaggistici"; stabilisce, inoltre, che, in attesa dell'approvazione del Piano di utilizzo delle aree demaniali e della legge regionale sul turismo, sia consentito agli stabilimenti di lasciare per l'intero anno le installazioni realizzate per l'uso balneare; prevede, poi, che i comuni rilascino apposite autorizzazioni per le attività connesse alla prevalente attività balneare; infine, la legge stabilisce che le nuove strutture debbano essere sottoposte ad autorizzazione paesaggistica semplificata.

Nonostante l'abrogazione della legge regionale impugnata, la Corte ritiene di procedere ugualmente, in quanto l'immediata applicabilità della norma fa ragionevolmente presumere che essa sia stata effettivamente applicata.

Essa rileva, quindi, che, come evidenziato dal ricorrente, la normativa censurata, prevedendo deroghe alla pianificazione paesaggistica e apposite procedure di autorizzazione, invade la competenza legislativa statale; le disposizioni impugnate, infatti, intervengono in materia di tutela del paesaggio, che è un ambito riservato alla potestà legislativa dello Stato (art. 117, co. 2, lett. s, cost.), e sono in contrasto con quanto previsto dal d.lgs. n. 42 del 2004.

Inoltre, l'esame si sofferma anche sull'ultimo paragrafo dell'art. 1, co. 1, della legge regionale impugnata, che stabilisce che non sia possibile prevedere biglietti di ingresso alla battigia marittima. In merito a ciò la Corte accoglie ancora i rilievi del ricorrente, affermando che la battigia fa parte del demanio marittimo e la relativa disciplina rientra nella materia dell'ordinamento civile, su cui vige potestà legislativa statale esclusiva (art. 117, co. 2, lett. l, cost.).

Infine, viene impugnato l'art. 2 della medesima legge, che esclude le concessioni demaniali idriche dall'applicabilità del d. lgs. 26.3.2010,

n. 59, applicativo della direttiva 2006/123/CE, in quanto “afferenti alle attività sanitarie”. Il decreto stesso, tuttavia, non stabilisce niente in materia di esclusione del demanio idrico. La disciplina censurata, quindi, viene fatta rientrare nella materia dei servizi nel mercato interno, di competenza legislativa statale, in quanto è diretta a tutelare la concorrenza (art. 117, co. 2, lett. e, cost.) (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 22.7.2011, n. 232

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale – art. 43 d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122 - artt. 117, co. 3 e 4, e 118, co. 2, cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del censurato art. 43 del d.l. n. 78/2010, come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010, nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l’ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

La disposizione censurata prevedeva l’istituzione “nel Meridione d’Italia” di “zone a burocrazia zero”, stabilendo che in tali zone, una volta istituite, le “nuove iniziative produttive” godessero di alcuni vantaggi.

Secondo la Regione Puglia, le disposizioni impugnate risultavano troppo generiche perché esse concentravano i poteri amministrativi in capo a un commissario di Governo per le autorizzazioni nei confronti delle nuove “iniziative economiche” che nascevano nel Mezzogiorno d’Italia, non ponendo limiti precisi né geografici e né di competenza. Pertanto, ad avviso della ricorrente, esse invadevano il campo di “burocrazie” diverse da quella statale. Per la Regione ricorrente, lo Stato può sostituirsi ad altri livelli di governo solo secondo la “sussidiarietà”, cioè solo quando, in situazioni ben delimitate, è evidente che il livello territoriale sia inadeguato a svolgere le funzioni cui è chiamato.

I giudici costituzionali hanno accolto le censure della ricorrente. Per costante affermazione della medesima Corte, in relazione al principio di legalità sostanziale, tale scelta deve giustificarsi

si in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Secondo la pronuncia della Corte, quindi, affinché nelle materie di cui all’art. 117, co. 3 e 4, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale e, al tempo stesso, regolarne l’esercizio, è necessario che essa detti una disciplina logicamente pertinente, che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine e che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l’esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Infatti, solo la presenza di tali presupposti, alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, consente di giustificare la scelta statale dell’esercizio unitario di funzioni, allorché emerga l’esigenza di un esercizio unitario delle funzioni medesime (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 22.07.2011, n. 230

Professioni - sport - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 3, co. 1, lett. m), 11, co. 5, 6 e 7, e 17, co. 1, lett. a) e b), l. reg. Calabria 22.11.2010, n. 28 (Norme in materia di sport nella Regione Calabria) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, co. 1, lett. m), 11, co. 5, 6 e 7, e 17, co. 1, lett. a) e b), della l. reg. Calabria n. 28/2010, per violazione dell’art. 117, co. 3, cost. In particolare, l’art. 11, co. 5, reca un elenco delle «professioni in ambito sportivo», il co. 6 indica le condizioni richieste ai fini dell’iscrizione negli albi professionali, di cui il co. 7 regola l’aggiornamento.

L’istituzione di tali albi è disciplinata dagli artt. 3, co. 1, lett. m), e 17, co. 1, lett. b), che assegna alla Giunta il potere di costituirli, mentre la lett. a) le conferisce il compito di definire i profili professionali nelle discipline sportive, laddove non disciplinati dalla legge statale, e di individuare caratteristiche e requisiti dei percorsi formativi.

La Corte, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di tutte le disposizioni impugnate per



contrasto con l'art. 117, co. 3, cost. Secondo la Corte, esse vanno ascritte alla materia di legislazione concorrente delle "professioni", per l'evidente finalità di incidere sulla individuazione dei profili professionali operanti nell'ambito sportivo, ed hanno ecceduto i limiti della normativa di dettaglio. Ciò perché le norme censurate operano su di un duplice livello: da un lato, consentono alla Giunta, ove la legge statale non abbia riconosciuto determinate figure professionali, di definirne gli elementi costitutivi e le modalità formative (art. 17, co. 1, lett. a); dall'altro lato, disciplinano (art. 11, co. 6 e 7) gli albi professionali. La Corte ha ritenuto che tale articolato intervento normativo, il cui nucleo si colloca nella fase genetica di individuazione normativa della professione, assume carattere di principio e, pertanto, rientra nelle competenze del legislatore statale (sentenze n. 300/2010, n. 328/2009, n. 93/2008, n. 57/2007, n. 153/2006, n. 424/2005 e n. 353/2003).

In particolare, non spetta alla legge regionale né creare nuove professioni, né introdurre diversificazioni in seno all'unica figura professionale disciplinata dalla legge dello Stato, né, infine, assegnare tali compiti all'amministrazione regionale e, in particolare, alla Giunta. La potestà legislativa regionale deve infatti esercitarsi sulle professioni individuate e definite dalla normativa statale (art. 1, co. 3, d.lgs. n. 30/2006, recante norme in tema di ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'art. 1 l. n. 131/2003) (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 22.07.2011, n. 229
Coordinamento della finanza pubblica - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 6 l. reg. Sardegna 19.11.2010, n. 16 (Disposizioni relative al patto di stabilità territoriale) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

L'art. 6, l. reg. Sardegna 19.11.2010, n. 16 definisce il termine per la trasmissione all'Assessorato regionale, da parte degli enti locali, delle richieste di modifica degli obiettivi dei singoli enti locali in tema di patto di stabilità territoriale. Al riguardo, la difesa statale contesta la legittimità della norma in questione, in quanto fissa termini per la trasmissione alla

regione delle suddette richieste, incompatibili con i termini fissati dalle disposizioni statali per la trasmissione da parte delle regioni, al Ministero dell'Economia, degli elementi informativi relativi a ciascun ente locale occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica.

Accogliendo la tesi del ricorrente, la Corte sottolinea che la norma censurata si colloca all'interno di un quadro normativo statale e regionale volto ad assicurare il rispetto dei vincoli di finanza pubblica posti dal patto di stabilità. In particolare, la norma impugnata contrasta con un quadro normativo statale volto a fissare i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica. Secondo la Corte, infatti, rientra nella competenza statale ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost., la fissazione di una tempistica uniforme per tutte le Regioni circa la trasmissione di dati attinenti alla verifica del mantenimento dei saldi di finanza pubblica. Tale competenza si radica logicamente nell'esigenza di coordinamento della finanza pubblica nell'ambito del patto di stabilità interno, in quanto tempi non coordinati delle attività di monitoraggio "provocherebbero difficoltà operative e incompletezza della visione d'insieme, indispensabile perché si consegua l'obiettivo del mantenimento dei saldi di finanza pubblica". Pertanto, precisa la Corte, i termini che le regioni, anche a statuto speciale, fissano al proprio interno per la comunicazione dei dati da parte degli enti locali non possono essere successivi a quelli stabiliti su base nazionale. Alla luce di queste considerazioni, la Corte conclude per l'illegittimità costituzionale della norma impugnata dallo Stato (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 22.7.2011, n. 228
Regioni - impiego pubblico - spoils system - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 4, co. 1, l. reg. Abruzzo 23.6.2006, n. 20 (Misure per il settore sanità relative al funzionamento delle strutture sanitarie ed all'utilizzo appropriato dei regimi assistenziali del macrolivello ospedaliero e territoriale e per la loro regolazione) - artt. 97, co. 1, e 98, co. 1, cost. - accoglimento.

In seguito a una q.l.c. promossa in via incidentale dalla Corte di appello dell'Aquila, con la

pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1, l. reg. Abruzzo 23.6.2006, n. 20 (Misure per il settore sanità relative al funzionamento delle strutture sanitarie ed all'utilizzo appropriato dei regimi assistenziali del macrolivello ospedaliero e territoriale e per la loro regolazione) per violazione degli artt. 97, co. 1, e 98, co. 1, cost. In particolare, la Corte censura la norma regionale che stabilisce la cessazione automatica degli incarichi di direttore amministrativo e direttore sanitario, se gli stessi non vengono confermati entro tre mesi dalla data di insediamento del nuovo direttore generale, nonché la previsione che stabilisce la mancata corrispondenza di compensi e indennizzi ai suddetti dirigenti in caso di mancata conferma dell'incarico. Più specificamente, richiamando anche la costante giurisprudenza in materia, la Corte perviene alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma impugnata evidenziando che il meccanismo di decadenza automatica di tutti i direttori amministrativi e sanitari entro tre mesi dalla data di nomina del nuovo direttore generale, consentendo l'interruzione del rapporto di ufficio in corso senza che siano riscontrabili oggettive ragioni legate al comportamento del dirigente, lede il principio di buon andamento e di continuità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 cost. Al riguardo, la Corte ricorda che i meccanismi di decadenza automatica (c.d. spoils system) si pongono in contrasto con gli artt. 97 e 98 cost. quando essi siano riferiti a figure dirigenziali non apicali ovvero a titolari di uffici amministrativi per i quali non assuma rilievo il criterio "della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del titolare dell'organo che nomina", introducendo in tal modo alterazioni del principio di continuità dell'azione amministrativa e dei doveri di esclusività e neutralità dei pubblici impiegati. Pertanto, la Corte perviene all'accoglimento del ricorso e dichiara l'illegittimità della norma impugnata. In senso conforme: C. cost., 25.5.2010, n. 224; C. cost., 12.1.2010, n. 34; C. cost., 16.6.2006, n. 233 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, sent. 22.7.2011, n. 227

Tutela dell'ambiente - V.I.A. - V.A.S. - giu-

dizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 108, co. 1, 113, 115, co. 1, 2 e 3, 145, co. 11, punto c), e 151 l. reg. Friuli-Venezia Giulia del 21.10.2010, n. 17 (Legge di manutenzione dell'ordinamento regionale 2010) - accoglimento parziale.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 113 e 115, co. 1, 2 e 3, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 21.10.2010, n. 17 in quanto incidenti sulla materia della tutela dell'ambiente di competenza esclusiva dello Stato. In particolare, l'art. 113 l. reg. menzionata è stato censurato nella misura in cui prevede che il soggetto proponente presenti all'ente reg. competente in materia di V.I.A. il progetto definitivo e lo studio sull'impatto ambientale senza l'allegato elenco delle autorizzazioni, intese, concessioni e assensi comunque denominati per la realizzazione dell'opera stessa.

La Corte rileva che la materia ambientale, nella specie il procedimento di V.I.A., non è enumerata tra quelle di competenza regionale dallo Statuto regionale, e, pertanto, la disposizione impugnata viola l'art. 117, co. 2, lett. s), cost. e lo statuto speciale del Friuli-Venezia Giulia.

Quanto all'art. 115, co. 1, 2 e 3, l. reg. in questione, relativo alla pubblicità del progetto e dello studio di impatto ambientale, la Corte ha ritenuto che le disposizioni censurate fossero difformi dalla disciplina nazionale prevista dall'art. 23, co. 1, d. lgs. n. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente) e comportassero una minore tutela dell'ecosistema, in quanto sarebbe ritardata la pubblica conoscenza dell'inizio del procedimento e, conseguentemente, la possibilità di partecipazione informata al medesimo procedimento (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 4.7.2011, n. 217

Incarichi nella sanità - contenimento delle spese per il personale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su artt. 1 e 2, co. 1 e 4, l. reg. Puglia 24.9.2010, n. 12 (Piano di rientro 2010-2012. Adempimenti) - artt. 33, 117 e 118 cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, l. reg. Puglia 24.9.2010, n. 12, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 l. reg. Puglia 8.4.2011, n. 5, recante «Norme in materia di Residenze sanitarie e socio-sanitarie assisten-



ziali (RSSA), riabilitazione e hospice e disposizioni urgenti in materia sanitaria», nella parte in cui si applica alle aziende ospedaliero-universitarie.

La norma censurata nel presente giudizio prevede un blocco del turn-over nel personale delle aziende, non consentendo le assunzioni in servizio per il triennio 2010-2012. Secondo la Corte, le disposizioni in oggetto sono illegittime perché la Regione non può dettare unilateralmente disposizioni sul personale delle aziende ospedaliero-universitarie, ma deve garantire il principio dell'autonomia delle università e il principio di leale collaborazione tra università e Regione (artt. 33, 117 e 118 cost.) (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 18.7.2011, n. 213

Demanio e patrimonio statale, concessioni demaniali marittime - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 4 l. reg. Marche 11.2.2010, n. 7 (Norme per l'attuazione delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo), art. 5 l. reg. Veneto 16.2.2010, n. 13 (Adeguamento della disciplina regionale delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa alla normativa comunitaria. Modifiche alla legge regionale 4 novembre 2002, n. 33 «Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo» e successive modificazioni), artt. 1 e 2 l. reg. Abruzzo 18.2.2010, n. 3 (Estensione della durata delle concessioni demaniali per uso turistico-ricreativo) - art. 117, co. 1 e 2, lett. a) e e), cost. - accoglimento.

Vengono proposte dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con tre diversi ricorsi, questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni indicate in oggetto, le quali hanno in comune il fatto che stabiliscono, ricorrendo determinati presupposti specificati dalle leggi stesse, il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime. Secondo il ricorrente, un siffatto meccanismo di proroga violerebbe i principi derivanti dall'ordinamento comunitario e recepiti nell'ordinamento nazionale in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza. Sulla base della propria consolidata giurisprudenza sul punto, la Corte dichiara l'illegittimità delle norme regionali impugnate

per violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. a) e e), cost. Infatti, ad avviso dei giudici costituzionali, le l. regionali determinano una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, impedendo di fatto a coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. In argomento, cfr. ex multis, C. cost. 20.5.2010, n. 180 e 26.11.2010, n. 340 (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 13.07.2011, n. 209

Valutazione di impatto ambientale - tutela dell'ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri - art. 43, co. 6, secondo periodo, l. reg. Toscana 12.02.2010, n. 10 (Norme in materia di valutazione ambientale strategica VAS, di valutazione di impatto ambientale VIA e di valutazione di incidenza) - artt. 117, co. 1 e 2, lett. s), cost. - rigetto.

Lo Stato solleva una questione di legittimità costituzionale in riferimento alle varie disposizioni della legge della regione Toscana in materia di valutazione di impatto ambientale, di cui la Corte affronta quella relativa all'art. 43, co. 6. Al primo periodo (non oggetto di giudizio), la legge stabilisce in via generale che venga effettuata una valutazione di impatto ambientale sui rinnovi di autorizzazioni per l'esercizio di attività per le quali all'epoca del rilascio non sia stata effettuata alcuna valutazione e che attualmente invece la prevedano. Al secondo periodo (oggetto di giudizio), la norma stabilisce che, in presenza di parti di opere non interessate da modifiche, la VIA viene effettuata anche su di esse, con la sola finalità, tuttavia, di ottenere la migliore mitigazione possibile degli impatti.

Secondo il ricorrente, il secondo periodo dell'articolo lederebbe l'art. 117, co. 1 e 2, lett. s), Cost., in quanto la limitazione delle finalità della procedura di VIA, seppur apprezzabile sotto il profilo economico-finanziario, risulterebbe contraria "all'effetto utile" della direttiva 85/337/CEE, da cui la normativa oggetto di analisi deriva. Secondo l'accusa, quindi,

l'amministrazione procedente potrebbe negare la prosecuzione dell'attività, contrariamente a quanto stabilito dalla normativa regionale.

La Corte, richiama diversi pareri espressi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale e interpreta la disposizione nel senso che la VIA per il rinnovo dell'autorizzazione deve essere effettuata sull'intera opera, mirando a realizzare gli effetti voluti dalla procedura per le modifiche di opere intervenute successivamente all'entrata in vigore della normativa comunitaria e non assoggettate preventivamente a valutazione e che tale valutazione, con riguardo a parti di opere non modificate. Essa, infatti, appare rivolta esclusivamente alla mitigazione degli impatti ambientali (e non all'eventuale cessazione dell'attività). Saranno dunque le autorità competenti sia a distinguere le parti che non hanno subito alcuna influenza da quelle invece realmente modificate, sia a decidere se le modifiche apportate rendano impossibile la suddetta distinzione, con la conseguenza che risulterà applicabile solo il primo periodo del co. 6, mancando i presupposti per applicare il secondo. Basandosi su tale ragionamento, quindi, la Corte dichiara non fondata la questione.

In argomento v. C. giust. CE 03.07.2008, causa C-215/06, in relazione alla c.d. VIA postuma; C. cost. 26.02.2010, n. 67, in relazione alla necessità della VIA per i rinnovi delle autorizzazioni; C. giust. CE 17.03.2011, causa C-275/09 (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 13.7.2011, n. 207

Bilancio e contabilità pubblica - coordinamento della finanza pubblica - comunità montane - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1 d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) - Artt. 117 e 119 cost. - rigetto.

La norma statale impugnata prevede il definanziamento delle autorizzazioni di spesa, i cui stanziamenti annuali non risultano impegnati sulla base delle risultanze del Rendiconto generale dello Stato relativo agli anni 2007, 2008 e 2009, e la destinazione di tali disponibilità finanziarie al fondo ammortamento dei titoli di Stato. Per effetto di tale norma è stato previsto il definanziamento degli stanziamenti di circa 44 milioni di euro a favore del Fondo nazionale

per la montagna, e dunque, a favore anche delle comunità montane. La Regione Liguria lamenta la lesione da parte dello Stato dell'autonomia finanziaria regionale e della competenza legislativa residuale regionale in materia di comunità montane, con violazione degli artt. 119 e 117, co. 4, cost.

La Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, chiarendo che la materia in oggetto della norma impugnata rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost., in quanto attinente all'ordinamento contabile. Si tratta di risorse statali, non ancora utilizzate, che, sulla base di una rinnovata valutazione delle esigenze di finanza pubblica, ricevono nel bilancio dello Stato una nuova destinazione (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 13.7.2011, n. 205

Energia elettrica - proroga di concessioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della Reg. Liguria - Art. 15, co. 6-ter, lett. b) e d), e 6-quater, d. l. 31.5.2008, n. 78 - art. 117 cost. - accoglimento.

Le norme impuginate dispongono una proroga per le concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico. La Regione Liguria ha proposto un ricorso, sostenendo che il legislatore statale, nel concedere la suddetta proroga, avrebbe legiferato nel dettaglio sulla materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", attribuita alla competenza legislativa concorrente dall'art. 117, co. 3, Cost.

La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che le disposizioni impuginate, disciplinando la durata e la programmazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico, si ascrivono alla materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", attribuita alla competenza legislativa concorrente. Ad avviso della Corte, le norme de quibus, nel prevedere la proroga automatica di dette concessioni, si configurano quali norme di dettaglio e, pertanto, ledono la competenza legislativa concorrente delle Regioni.

La Corte ha peraltro precisato che le disposizioni impuginate sono comunque incoerenti rispetto ai principi generali stabiliti dalla legi-



slazione statale della temporaneità delle concessioni e dell'apertura alla concorrenza, contrastando con i principi comunitari in materia, questo perché, seppure per un periodo temporaneamente limitato, "impediscono l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori" (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 15.6.2011, n. 192

Ambiente - energia - mancato assoggettamento dei piani alla disciplina sulla Valutazione Ambientale Strategica (VAS) di cui al codice dell'ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 27 l. Regione Piemonte 3.8.2010, n. 18 (Assestamento al bilancio di previsione per l'anno finanziario 2010 e disposizioni finanziarie) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso una questione di legittimità costituzionale sull'art. 27 l. reg. Piemonte n. 18/2010 (Assestamento al bilancio di previsione per l'anno finanziario 2010 e disposizioni finanziarie), recante il titolo «moratoria delle procedure relative a impianti fotovoltaici non integrati», che sospende le procedure autorizzative in corso o attivate successivamente all'entrata in vigore della legge regionale medesima, relativamente ad impianti fotovoltaici non integrati da realizzare su terreni ricompresi in determinate aree di pregio ambientale, individuate dalla Giunta regionale. Il ricorrente ha eccepito che la norma impugnata eccede le competenze regionali in materia.

Ad avviso della Corte, la materia oggetto della norma in questione deve ricondursi alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni. A tale proposito, la Corte ha rilevato che nella medesima materia lo Stato ha dettato i principi generali attraverso il 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).

Ciò premesso, la Corte ha accolto il ricorso per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost., chiarendo che la norma impugnata viola i suddetti

principi e, in particolare, l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, nella parte in cui sospende le procedure autorizzative in corso o attivate successivamente all'entrata in vigore della medesima legge regionale; questo perché l'art. 12 del suddetto d.lgs. fissa al co. 4 il termine massimo della conclusione del procedimento autorizzativo in 180 giorni. In argomento, v. conformi C. cost.: 10.10.2006, n. 364; 29.05.2009, n. 166; 09.02.2010, n. 124; 26.03.2010, n. 119; 06.05.2010, n. 168; 26.11.2010, n. 344; 25.01.2011, n. 44 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 15.6.2011, n. 191

Ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, co. 1, l. reg. Liguria 29.9.2010, n. 15 (Modifica della legge regionale 6.6.2008, n. 12: Calendario venatorio regionale triennale e modifiche alla legge regionale 1.7.1994, n. 29: Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio e sue modificazioni e integrazioni) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

La norma regionale impugnata regola gli orari in cui è consentito l'esercizio venatorio. In particolare, stabilisce che la caccia di selezione agli ungulati sia consentita fino ad un ora dopo il tramonto, mentre la caccia da appostamento fisso o temporaneo alla selvaggina migratoria è consentita fino a mezz'ora dopo il tramonto.

Ad avviso del ricorrente, nel prevedere la possibilità che la caccia alla selvaggina migratoria possa svolgersi fino a mezz'ora dopo il tramonto, la norma impugnata si porrebbe in contrasto con quanto stabilito dall'art. 18, co. 7, della l. 11.2.1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), che, in termini generali, autorizza la caccia da un'ora prima del sorgere del sole fino al tramonto, ammettendo che la sola caccia di selezione degli ungulati sia permessa sino ad un'ora dopo il tramonto del sole.

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso, evidenziando che la sopra citata disciplina statale è ascrivibile al novero delle misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili ed è quindi ascrivibile alla materia della tutela dell'ambiente attribuita alla competenza legi-

slativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. La Corte ha pertanto dichiarato l'incostituzionalità della norma, nella parte in cui consente la caccia alla selvaggina per un periodo di tempo superiore a quello stabilito dalla sopra citata normativa statale (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale 15.6.2011, n 190

Ambiente e caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - l. reg. Lombardia 21.9.2010, n. 16 e art. 2 l. reg. Toscana 6.10.2010, n. 50 (Disciplina dell'attività di cattura di uccelli da richiamo appartenenti alle specie cacciabili per l'anno 2010 ai sensi dell'art. 4 l. 11.02.1992 n 157 e dell'art 34 l. reg. 12.01.1994, n. 3) - art 117, co. 1 e 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la l. reg. Lombardia 21.09.2010, n. 16 per intero e l'art. 2 della l. reg. Toscana 6.10.1010, n. 50 per violazione degli artt 117, co. 1 e 2, lett. s), cost.

Quanto alla violazione dell'art. 117, co. 1, cost., il ricorrente ha sostenuto che le leggi impugnate, prevedendo la possibilità di catturare gli uccelli da richiamo, contrastano con la direttiva 2.4.1979, n. 79/409/CEE che impone un generale divieto di cacciare le specie protette e la possibilità di derogare a tale divieto solo attraverso provvedimenti dotati di una motivazione esplicita e circostanziata.

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso per violazione dell'art 117, co. 1, cost. Ad avviso della Corte, infatti, le norme impugnate non contenendo alcuna motivazione della deroga al divieto di caccia delle specie protette si pongono in contrasto con la direttiva 2.4.1979, n. 79/409/CEE, e dunque con l'art. 117, co. 1, Cost. La Corte ha ritenuto assorbita la censura relativa alla violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost. (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 15.6.2011, n. 189

Regioni - impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 2, co. 10, e art. 5 l. reg. Basilicata 25.10.2010, n. 31 (Disposizioni di adeguamento della normativa regionale al decreto legislativo 27.10.2009, n. 150. Modifica art. 73, l. reg. 30.12.2009, n. 42. Modifiche

della l. reg. 9.2.2001, n. 7. Modifica art. 10, l. reg. 2.2.1998, n. 8 e s.m.i.) - art. 36 l. reg. Basilicata 30.12.2010, n. 33 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione annuale e pluriennale della regione Basilicata. Legge finanziaria 2011) - artt. 97 e 117, co. 2, lett. o), cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 10 della l. reg. Basilicata n. 31/2010 nella parte in cui autorizza la Giunta e il Consiglio regionale a coprire temporaneamente, ma senza l'indicazione di adeguati limiti temporali, i posti di dirigente rimasti vacanti, mediante conferimento degli stessi ai dirigenti interni apicali del comparto. Ad avviso della Corte, ciò comporta la violazione dell'art. 97 Cost., in quanto, lasciando all'arbitrio dell'organo esecutivo l'instaurazione di rapporti di lavoro di natura dirigenziale, rende possibile l'elusione del principio del concorso pubblico quale strumento ordinario di selezione del personale per l'accesso nella pubblica amministrazione.

La Corte ha poi rilevato che il medesimo art. 2, co. 10, si pone in contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, nella parte in cui consente che le funzioni dirigenziali siano affidate stabilmente a soggetti privi della necessaria attitudine professionale. Per le medesime ragioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36, l. reg. Basilicata n. 33/2010, nella parte in cui estende agli enti e alle aziende partecipate dalla regione le modalità di selezione del personale dirigenziale previste dal sopra menzionato art. 2 co. 10, della l. reg. Basilicata n. 31/2010. Inoltre, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della suddetta l. reg. Basilicata n. 31/2010 nella parte in cui, a fini contributivi, ha equiparato al lavoro subordinato il servizio prestato presso le segreterie particolari degli amministratori regionali dal personale precario assunto per chiamata fiduciaria. Ciò perché, ad avviso della Corte, ciò attiene alla materia della previdenza sociale riservata dall'art 117, co. 2, lett. o), Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 15.6.2011, n. 188

Organi di governo - giudizio di legittimità



costituzionale in via incidentale - art. 10 l. reg. Puglia 28.01.2005, n. 2 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale) - art. 123 cost. e art. 24, co. 1, statuto regione Puglia - accoglimento.

Il TAR Puglia, sede di Bari, solleva una questione di legittimità costituzionale in riferimento alla legge elettorale regionale che consente di attribuire a gruppi di liste collegate con il Presidente eletto un premio di maggioranza la cui entità può portare all'elezione di un numero di consiglieri superiore a quello fissato nello statuto regionale.

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso, chiarendo che l'art. 123 Cost. stabilisce che la forma di governo regionale rientra nella competenza statutaria. La norma costituzionale pone delle vere e proprie riserve normative a favore della fonte statutaria, rispetto alle competenze del legislatore ordinario regionale. Nell'ambito di tali riserve, rientra, ad avviso della Corte, anche la determinazione del numero di consiglieri, che rappresenterebbe una scelta politica sottesa alla determinazione della forma di governo regionale.

La legge elettorale in esame, perciò, determinando in sede di sua applicazione un aumento dei seggi consiliari rispetto al numero previsto dallo statuto, contrasta conseguentemente con l'art. 123 della Costituzione. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: sulla riserva normativa della fonte statutaria in materia di forma di governo 14.06.2007, n. 188, 13.01.2004, n. 2, 27.07.2004, n. 272, 05.06.2003, n. 196, 13.01.2006, n. 3 (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, sent. 15.6.2011, n. 187

Ambiente - concorrenza - acque reflue - rifiuti - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 30, 40, co. 2, e 42, co. 7 e 9, l. reg. Marche 15.11.2010, n. 16 (Assestamento del Bilancio 2010) - art. 117, co. 1 e 2, lett. e) e s), Cost. - accoglimento.

L'art. 30 della l. reg. indicata in epigrafe prevede che i Comuni con meno di duemila abitanti possano dotarsi di impianti di depurazione entro la data del 31.12.2015, ossia ben oltre il termine fissato dal d. lgs. 11.5.1999, n. 152 al 31.12.2005.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., affermando che la norma regionale è ascrivibile alla materia della tutela dell'ambiente attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha peraltro rilevato come la norma impugnata contrasti con la disciplina statale, in particolare con il suddetto d.lgs. 3.4.2006, n. 152, ove è imposta l'esistenza di tali impianti di depurazione delle acque reflue senza la possibilità di ulteriori deroghe.

L'art. 40, co. 2, della legge regionale impugnata stabilisce che il servizio idrico integrato, in quanto volto a soddisfare un diritto fondamentale, non è ascrivibile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che il servizio idrico integrato è ascrivibile ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, in relazione ai quali la potestà legislativa spetta in via esclusiva allo Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost.

Infine, l'art. 42, co. 7 e 9, della l. reg. impugnata, pone a carico dei Comuni la gestione dei rifiuti prodotti dalle navi, peraltro in assenza di coinvolgimento delle Autorità marittime. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., chiarendo che la disciplina dei rifiuti è riconducibile alla materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema attribuita alla competenza legislativa dello Stato e ciò anche nel caso in cui i rifiuti siano stati prodotti sulle navi. V. precedenti conformi: C. cost., 22.12.2010, n. 373 e 8.4.2010, n. 127 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 10.6.2011, n.185

Armonizzazione dei livelli di tassazione - contributo acquisto carburanti - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3 l. reg. Friuli-Venezia Giulia 11.8.2010, n. 14 (Norme per il sostegno all'acquisto dei carburanti per autotrazione e di promozione per la mobilità individuale ecologica e il suo sviluppo) - art. 117, co. 1, Cost. - rigetto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 l. reg. Friuli-Venezia Giulia 11.8.2010, n. 14 per contrasto con la direttiva

CE 2003/96 e, dunque, con l'art. 117, co. 1, cost. nella parte in cui prevede la concessione di contributi sull'acquisto di carburanti nella forma di rimborso (effettuato dalla Regione) di una parte del prezzo; questo perché la norma comporterebbe una riduzione indiretta delle accise sui carburanti senza l'autorizzazione della Commissione europea, di cui all'art. 19 della citata direttiva.

La Corte ha respinto il ricorso, chiarendo che la l. reg. censurata dispone l'erogazione dei contributi direttamente al consumatore attraverso la riduzione del prezzo dovuto, per il tramite del gestore. Tale rimborso non è in grado di influire sull'ammontare della tassazione assolta dai soggetti passivi dell'accisa, né di ledere la direttiva CE invocata di armonizzazione dei livelli di tassazione. Ciò in quanto l'accisa è esigibile all'atto dell'immissione in consumo del prodotto nel territorio dello Stato, non coincidente con l'erogazione nel serbatoio del consumatore il quale, pertanto, non può essere ritenuto soggetto passivo dell'imposta. La direttiva invocata non contiene, peraltro, alcuna norma che impedisca la differenziazione regionale del prezzo dei prodotti energetici, una volta rispettati i limiti minimi di tassazione imposti, circostanza non posta in dubbio. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 25.3.2010, n. 115 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 12.6.2011, n. 184

Appalti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 20, co. 8 e 9, l. reg. Sardegna 7.8.2007, n. 5 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto) - art. 117, co. 2, lett. e), Cost. e art. 3, lett. e), l. cost. 26.2.1948, n. 3 - accoglimento.

Il TAR Sardegna ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, co. 8 e 9, l. reg. Sardegna n. 5/2007, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. e dell'art. 3, lett. e), l. cost. 26.2.1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), in quanto, rendendo ammissibile l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare sotto soglia comunitaria, si porrebbe in contrasto con l'art. 122, co. 9, d.

lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, co. 3, l. 18.4.2005, n. 62).

La Corte ha ricordato che la disciplina del Codice degli appalti, nella parte concernente le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione, è strumentale a garantire la tutela della concorrenza e, conseguentemente, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome che siano titolari di una competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato; ciò in quanto le disposizioni del Codice degli appalti, per la parte in cui sono correlate all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., e alla materia "tutela della concorrenza", vanno "ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea", che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione. La legislazione regionale deve, quindi, osservare anche i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, fissati dal d. lgs. n. 163/2006, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e non possa né avere un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo, né alterare negativamente il livello di tutela garantito dalle norme statali.

La Corte, quindi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, co. 8, della legge regionale impugnata, nella parte in cui, in difformità rispetto alla norma statale, stabilisce che la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale può essere prevista in riferimento a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Conseguentemente, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del successivo co. 9, nella parte in cui dispone che, "qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non si applica [...] l'esclusione automatica di cui al co. 8", anziché prevedere, come stabilito dalla norma statale, che la facoltà



di esclusione automatica non può essere esercitata, “quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”.

La Corte, infine, ha precisato che la dichiarata illegittimità costituzionale dell’art. 20, co. 8 e 9, l. reg. Sardegna n. 5/2007, nelle parti indicate, comporta l’applicazione della disciplina stabilita dalla norma statale, in riferimento sia all’importo dei lavori in relazione ai quali è ammissibile la previsione della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale, sia al numero minimo delle offerte ammesse che rendono ammissibile la previsione di siffatta facoltà (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 11.5.2011, n. 182

Finanza pubblica - limiti di spesa - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 1, e 12, co. 2, l. reg. Toscana 29.12.2010, n. 65 (Legge finanziaria 2011) - art. 117, co. 3, Cost. - accoglimento.

Le norme impugnate hanno posto un limite, per l’anno 2011, alle spese per il personale di enti e aziende sanitarie regionali, all’ammontare sostenuto nel 2006, ridotto dell’1,4 per cento, e ciò, ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri, in contrasto con l’art. 2, co. 71, della l. 23.12.2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2010), che pone il 2004 e non il 2006 come anno di riferimento per l’individuazione del limite di spesa.

La Corte ha accolto il ricorso, affermando che nell’immediato, al fine di ottenere un risultato finanziario di contenimento delle spese, è tollerabile che lo Stato, nell’ambito dei poteri di coordinamento della finanza pubblica, individui criteri ai quali le regioni devono attenersi. Pertanto, nel caso di specie, la Regione Toscana non avrebbe dovuto sottrarsi al suddetto vincolo posto dall’art. 2, co. 71, l. 23.12.2009, n. 191 che assume il 2004 come anno di riferimento per l’individuazione del limite di spesa per il personale delle aziende sanitarie (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 11.5.2011, n. 170

Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 5 l. reg. Abruzzo 14.7.2010, n. 24 (Interventi a sostegno dell’aeroporto Abruzzo) e art. 5, co.

4, l. reg. Abruzzo 18.08.2010, n. 38 (Interventi normativi e finanziari per l’anno 2010) - art. 117, co. 2, lett. l), Cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sull’art. 5, l. reg. Abruzzo 14.07.2010, n. 24, che permetteva ai dirigenti della Regione di prorogare eventuali contratti di collaborazione in essere per consentire l’ordinata conclusione dei progetti agli stessi affidati. Con il medesimo ricorso è stato impugnato l’art. 5, co. 4, della l. reg. Abruzzo 18.08.2010, n. 38 secondo cui le suddette proroghe possono essere disposte anche più volte, nel caso siano necessarie alla definizione dei programmi o progetti per i quali i lavori sono in corso e comunque nel rispetto delle norme generali di finanza pubblica.

La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di entrambe le norme impuginate per violazione dell’art. 117, co. 2, lett. l), Cost. La Corte ha chiarito che la disciplina dei contratti di collaborazione attiene alla materia dell’ordinamento civile, attribuita dal sopra citato art. 117, co. 2, lett. l), Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Ad avviso della Corte, pertanto, le norme impuginate non solo disciplinavano una materia estranea alla competenza legislativa regionale, ma si ponevano anche in aperto contrasto con la relativa normativa statale (art. 7, co. 6, lett. d), d.lgs. n. 165/2011) secondo la quale la durata dei contratti di collaborazione deve essere predeterminata al momento della loro stipulazione (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 12.5.2011, n. 165

Energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1, d.l. 8.7.2010, n. 105 (Misure urgenti in materia di energia), convertito, con modificazioni, nella l. 13.8.2010, n. 129 - artt. 117, 118 e 120 Cost. e principio di leale collaborazione - accoglimento parziale.

La Regione Toscana, la Provincia autonoma di Trento e la Regione Puglia hanno promosso questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 1, d.l. 8.7.2010, n. 105 (Misure urgenti in materia di energia), convertito in legge, con modificazioni, nella l. 13.8.2010, n. 129, nella parte in cui introduce i co. 2 e 4 dell’art. 4 d.l. 1.7.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi,

nonché proroga di termini), convertito, con modificazioni, nella l. 3.8.2009, n. 102.

La Corte ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 2, terzo periodo, d.l. n. 78/2009, in quanto attribuisce al commissario del Governo il potere sostitutivo, in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche – Regioni ed enti locali – che non abbiano rispettato i termini previsti dalla legge o quelli più brevi, comunque non inferiori alla metà, eventualmente fissati in deroga dallo stesso commissario, occorrenti all'autorizzazione e all'effettiva realizzazione degli interventi in materia di energia. La Corte ha rilevato che la norma è in contrasto con l'art. 120 Cost. e con l'art. 8 l. 5.6.2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), in quanto tali norme prevedono che il potere sostitutivo spetti al Governo e non ad un organo amministrativo e che il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, assegni all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari e che, solo decorso inutilmente detto termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, assumi i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomini un apposito commissario. La norma censurata prevede invece che il commissario possa ridurre, fino alla metà, i termini previsti dalla legge.

La Corte ha inoltre riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 4, d.l. n. 78/2009 che prevede un potere sostitutivo del Governo in caso di mancato raggiungimento dell'intesa, esercitabile «decorsi trenta giorni dalla convocazione del primo incontro tra il Governo e la regione o la provincia autonoma interessata». La Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma in quanto non prevede la procedura il coinvolgimento per il raggiungimento di un'intesa delle Regioni interessate, in modo da contemperare le ragioni dell'esercizio unitario di date competenze e la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle Regioni, essendo la materia de qua attribuita alla potestà legislativa concorrente.

In argomento, v. conformi C. cost.: 13.01.2004,

n. 8; 27.07.2005, n. 339; 14.10.2005, n. 383; 06.02.2007, n. 24; 21.03.2007, n. 98; 11.02.2010, n. 40; 26.03.2010, n. 121; 17.06.2010, n. 215; 02.02.2011, n. 33 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 12.5.2011, n. 163

Appalti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1 l. reg. Calabria 13.7.2011, n. 16 (Definizione del sistema di finanziamento della Stazione Unica Appaltante) - art. 117, co. 3, Cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. reg. Calabria 13.7.2010, n. 16, per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost., in quanto la predetta norma, nel prevedere genericamente che il sistema di finanziamento della Stazione Unica Appaltante nelle gare riguardanti gli enti del servizio sanitario regionale sia definito dalla Giunta regionale, si porrebbe in contrasto con i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 1, co. 796, lett. b), l. 27.12.2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007). Ciò in quanto non sarebbero rispettati i vincoli strumentali al conseguimento dell'equilibrio economico del sistema sanitario contenuti nel piano di rientro oggetto dell'accordo stipulato il 17.12.2009 dalla Regione Calabria con il Ministero della Salute ed il Ministero dell'Economia.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma impugnata, chiarendo che l'art. 1, co. 796, lett. b), l. n. 296/2006 costituisce espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica. La Corte ha poi chiarito che l'assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario determina una situazione nella quale l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute e, in particolare, nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa. In particolare, il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli al-



la spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari.

Ciò chiarito, ad avviso della Corte nel caso in esame è evidente come la Regione abbia contravvenuto all'accordo stipulato con lo Stato e al relativo piano di rientro del disavanzo; questo perché nel suddetto accordo era previsto, tra le altre cose, che entro il 31.12.2010 la Giunta regionale avrebbe dovuto modificare lo strumento di finanziamento della Stazione Uni-

ca Appaltante introducendo una nuova forma di finanziamento, mediante la previsione di un budget prefissato per il funzionamento della Stazione stessa.

La disposizione censurata, invece, non solo non ha fissato alcun tetto di spesa, ma non ha dettato alcun criterio per la Giunta, al fine di determinare l'entità della deroga al generale sistema di finanziamento della Stazione Unica Appaltante, lasciando un margine di discrezionalità non compatibile con gli impegni assunti con la firma e l'adozione del piano di rientro (Red. Filippo Barbagallo).

«.....GA.....»

URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

IMPOSSIBILE PER LA GIUNTA E IL CONSIGLIO COMUNALE EFFETTUARE VALUTAZIONI CONTRASTANTI CON IL PIANO REGOLATORE

Se un'area è stata destinata dal piano regolatore all'edificazione, nel corso del procedimento di approvazione del piano attuativo non è giuridicamente possibile che la medesima area non vada considerata in concreto edificabile 'per ragioni ambientali e paesaggistiche', e cioè sulla base di valutazioni diametralmente opposte a quelle già poste a base dello strumento primario che ha previsto l'edificabilità sul piano urbanistico. Ove emergano le relative ragioni, può essere attivato il procedimento per la modifica del piano regolatore, ma - sul piano urbanistico - non può essere respinto il progetto di lottizzazione conforme allo strumento primario" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.10.2011, n. 5485).

«..... GA.....»

INIBIZIONE ALL'USO DELLA CANNA FUMARIA

Se la canna fumaria non supera il colmo del tetto ove è collocata, è legittimo il provvedimento con il quale il Comune ne ha inibito l'uso al proprietario dell'edificio, onde evitare emissioni nocive e pericolose (Consiglio di Stato, Sez. III, 5.10.2011, n. 5474).

«..... GA.....»

IL RUSTICO CONSENTE IL CONDONO EDILIZIO

La nozione di ultimazione delle opere, cui oc-

corre far riferimento ai fini dell'applicabilità della disciplina sul condono edilizio, coincide con l'esecuzione del rustico (inteso come muratura priva di rifinitura e da non confondere con lo scheletro, le pareti esterne non potendo considerarsi mere rifiniture) e comprende anche il necessario completamento della copertura. (Consiglio di Stato, V, sentenza n. 5625/2011).

«..... GA.....»

SOLTANTO ARCHITETTI PER I RESTAURI DI INTERESSE STORICO ARTISTICO

La riserva di competenza degli architetti sussiste per ogni tipologia di intervento su immobili gravati da vincolo storico artistico ai sensi della l. 1089/39 (oggi d. lgs. 42/04), ad eccezione delle attività propriamente tecniche di edilizia civile per le quali l'art. 52 prevede la competenza anche degli ingegneri; la competenza degli architetti, poi, si estende anche agli interventi realizzati su immobili non assoggettati a vincolo storico artistico quando presentino "rilevante interesse artistico". (TAR Lazio, sentenza n. 7997/2011).

«..... GA.....»

PERMESSO DI COSTRUIRE ANNULATO SE IL CALCOLO DEL CEMENTO ARMATO E' FATTO DAL GEOMETRA

Solo le opere in cemento armato relative a piccole costruzioni accessorie rientrano nella competenza dei geometri, risultando influente che il calcolo del cemento armato sia stato affidato ad un ingegnere o ad un archi-



tetto. La competenza dei geometri è limitata alla progettazione, direzione e vigilanza di modeste costruzioni civili, con esclusione di quelle che comportino l'adozione - anche parziale - di strutture in cemento armato; solo in via di eccezione si estende anche a queste strutture purché si tratti di piccole costruzioni accessorie nell'ambito di edifici rurali o destinati alle industrie agricole, che non richiedano particolari operazioni di calcolo e che per la loro destinazione non comportino pericolo per le persone (TAR Lazio, Sez. II bis, 3.10.2010, n. 7670).

«..... GA.....»

NESSUN TITOLO ABILITATIVO PER I CONDIZIONATORI ESTERNI

Il posizionamento dei condizionatori climatici all'esterno dell'edificio, pur potendo comportare, in ipotesi, alterazione della sagoma e dell'aspetto esteriore può dirsi opera del tutto minore e sostanzialmente libera non idonea a ledere in modo apprezzabile né l'interesse paesaggistico né tantomeno quello urbanistico. (TAR Puglia, Bari, ordinanza n. 847/2011).

«..... GA.....»

L'ESPROPRIAZIONE IRREGOLARE OBBLIGA IL COMUNE A RISARCIRE ANCHE IL DANNO MORALE

Arrivano le prime pronunce del Consiglio di Stato sul nuovo art. 42 bis del T.U. Espropriazione n. 327/2001, introdotto dall'art. 34 della cd. "Manovra economica 2011" (d.l. 6.7.2011, n. 98), il quale, reintroducendo l'istituto dell'acquisizione sanante, prevede, in ipotesi di espropriazioni illegittime, che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, anche con riferimento ai fatti antecedenti (co. 8 art. 42 bis). Il riferimento al danno non patrimoniale in tale disposizione costituisce disposizione innovativa, che impone la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione. (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5844/2011).

«..... GA.....»

PREZZO PIENO PER LA VENDITA DI IMMOBILI PUBBLICI DI "PREGIO"

Se lo stabile è stato dichiarato di "pregio" e' inapplicabile l'abbattimento del prezzo di cui all'art. 3, co. 8, d.-l. n. 351 del 2001 con obbligo dei conduttori esercenti la facoltà d'opzione per la cessione in proprietà di pagare il prezzo pieno. (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 5786/2011).

«..... GA.....»

NIENTE POLITICI NELLA COMMISSIONE EDILIZIA PENA L'ILLEGITIMITÀ DELLA VARIANTE AL PRG

Nella Commissione edilizia comunale, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Testo Unico in materia urbanistica (che ha reso facoltativa la Commissione Edilizia Comunale) non può più far parte il Sindaco in quanto organo politico. Essa deve essere composta soltanto da tecnici onde evitare "commistione" tra istanze politiche e competenze tecniche all'interno di un organo esclusivamente deputato allo svolgimento di una funzione tecnica (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 5695/2011).

«..... GA.....»

RILASCIO DEL CERTIFICATO DI AGIBILITÀ SOLO IN PRESENZA DI CONFORMITÀ URBANISTICO-EDILIZIA DELL'IMMOBILE

Sul presupposto che la normativa primaria di rango statale (d. P.R. 380/2001, Legge n. 47/1985) non consente il rilascio del certificato di agibilità o di abitabilità con riferimento ad immobili non conformi alla normativa urbanistico edilizia, il Giudice Amministrativo ha dichiarato l'illegittimità della norma del Regolamento Urbanistico Edilizio Comunale (RUEC) di un Comune campano che, per contro, consentiva di certificare provvisoriamente l'abitabilità di immobili, pur non in regola con le disposizioni urbani-

stico-edilizie, qualora fosse stata presentata un'istanza condonistica, non ancora definita, e nel rispetto delle altre condizioni di legge. Il Tribunale, verificato che nella Regione Campania manca una specifica legislazione regionale che regoli il rilascio del certificato di agibilità, ha, quindi, affermato la piena applicabilità delle disposizioni statali, peraltro, espressamente richiamate anche dalla recente legislazione regionale di settore (L.R. n. 19/2009 cd. piano casa) con conseguente annullamento della norma del RUEC censurata. (TAR Campania, Sez. VI, sentenza n. 4648/2011).

«..... GA.....»

LA MOTIVAZIONE DELL'ORDINE DI RIPRISTINO DELLO STATO DEI LUOGHI

L'ordine di rimessione in pristino in quanto atto vincolato di repressione di illecito edilizio non abbisogna di particolare motivazione specie quando si possa escludere – in considerazione della particolare consistenza degli interventi abusivi sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto il profilo qualitativo, e tenuto conto del carattere recente dell'esecuzione delle opere abusive – la configurabilità di una situazione di consolidamento della posizione del privato per decorso del tempo e inerzia dell'amministrazione. (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 5997/2011).

«..... GA.....»

CONTRASTI SULL'UBICAZIONE DI NUOVE FARMACIE COMUNALI

Nell'istituzione di nuove sedi farmaceutiche da assegnare mediante concorso se il numero complessivo delle farmacie del Comune corrisponde a quello legale e non vi è alterazione della zona di competenza del titolare di una farmacia preesistente, quest'ultimo non ha un interesse giuridicamente qualificato a discutere dell'ubicazione delle altre farmacie, salvo il rispetto dei limiti di distanza fra i rispettivi locali. (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 5992/2011).

«..... GA.....»

LE REGIONI NON POSSONO DEFINIRE GLI INTERVENTI DI RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA IN MANIERA DIVERSA DALLA LEGGE STATALE

La Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la Legge regionale della Lombardia n. 12/2005 nella parte in cui esclude l'applicabilità del limite della sagoma alle ristrutturazioni edilizie mediante demolizione e ricostruzione. Secondo la Consulta in base alla normativa statale di principio un intervento di demolizione e ricostruzione che non rispetti la sagoma dell'edificio preesistente – intesa quest'ultima come la conformazione planivolumetrica della costruzione e il suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale – configura un intervento di nuova costruzione e non di ristrutturazione edilizia e, quindi, la Regione non può discostarsi da tale definizione atteso che rientra nella competenza legislativa statale stabilire la linea di distinzione tra le ipotesi di nuova costruzione e quelle degli altri interventi edilizi. (Corte costituzionale, sentenza 23.11.2011, n. 309)

«..... GA.....»

IL TERMINE PER IMPUGNARE L'ORDINE DI SOSPENSIONE DEI LAVORI È 45 GIORNI E NON 60 GIORNI

L'art. 27, co. 3, del d.P.R. n. 380/2001 e s.m.i., statuisce che la sospensione dei lavori ha effetto fino all'adozione ed alla notifica dei provvedimenti definitivi sanzionatori, che deve avvenire “entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori”, ciò comporta che, una volta trascorsi 45 giorni dalla sua notificazione, il provvedimento di sospensione dei lavori non produce più effetti nei confronti dei soggetti destinatari. Da tale presupposto discende l'inammissibilità del ricorso proposto avverso l'ordine di sospensione notificato oltre il suddetto termine in quanto i ricorrenti non potevano comunque subire alcun nocimento dall'ordine di sospensione dei lavori in parola e trarre alcun



vantaggio dal suo eventuale accoglimento. (TAR Lazio, Sez. I Quater, sentenza breve 21.11.2011, n. 9141).

«..... GA.....»

EDIFICABILITÀ IN AREA SOGGETTA A VINCOLO ARCHEOLOGICO

Il vincolo archeologico posto su un'area non ne comporta l'inedificabilità assoluta, ma l'obbligo di verificare, da parte dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo stesso, la compatibilità dell'intervento edilizio con le ragioni di tutela. Infatti, la valutazione di compatibilità non muta in relazione al fatto che l'opera sia stata realizzata o meno: l'autorità preposta alla tutela del vincolo deve in ogni caso verificare se quel determinato tipo di intervento sia o meno compatibile con il vincolo. Il giudizio circa tale compatibilità non è in alcun modo influenzato dal fatto che l'opera sia stata, o meno, realizzata: o l'intervento è compatibile con il vincolo ed allora lo era sia prima che dopo la realizza-

zione, o non lo è ed allora l'autorizzazione postuma non può essere rilasciata, non già perché non chiesta in precedenza, ma perché non poteva essere rilasciata anche se richiesta tempestivamente. (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 30.11.2011, n. 6323)

«..... GA.....»

ESONERO DAL PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO DI URBANIZZAZIONE PER I PARCHEGGI PERTINENZIALI

La realizzazione dei parcheggi obbligatori è esonerata dall'onere di pagamento del contributo di urbanizzazione, mentre di converso i parcheggi costruiti in aree private per libera scelta speculativa di un imprenditore, diversamente dai parcheggio pertinenziali, rappresentano una modificazione edilizia del territorio realizzata su domanda del soggetto interessato, assimilabile a tutte le altre forme di edificazione soggette a concessione e ai relativi oneri. (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 6154/2011).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA SCIA EDILIZIA. NATURA GIURIDICA E TUTELA DEL TERZO ALLA LUCE DELLA ADUNANZA PLENARIA N. 15/2011 E DELLE RECENTI NOVITÀ LEGISLATIVE

della Dott.ssa Valentina Pavone

Ricostruita la disciplina legislativa dei titoli abilitativi in materia edilizia, l'A. analizza i problemi di coordinamento della disciplina della Denuncia di inizio attività (DIA) in materia edilizia con quella generale di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990, relativo alla Segnalazione di inizio attività (SCIA). L'indagine affronta, in particolare, i profili di criticità della DIA edilizia, relativi, sul piano sostanziale, alla definizione della sua natura giuridica e, sul piano processuale, alla individuazione dei rimedi esperibili dal terzo che si ritenga leso dall'attività illegittimamente intrapresa sulla base di una dichiarazione di inizio attività, alla luce del recente indirizzo interpretativo espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 29.7.2011, n. 15, e alla luce dei recenti sviluppi legislativi.

L'attuale riferimento normativo dei titoli che abilitano i privati allo svolgimento di attività edilizie è costituito dagli artt. 6 e ss. del d.P.R. 6.6.2001, n. 380, c.d. Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, come modificato e integrato per effetto di un recente intervento di riforma ad opera della l. 22.5.2010, n. 73. La normativa prevede un regime differenziato sulla base della diversa natura delle opere da realizzare e, quindi della diversa incidenza sul preesistente assetto urbanistico ed edilizio.

Gli interventi edilizi, infatti, possono rientrare nell'attività libera tout court, laddove si tratti della realizzazione di opere rientranti nell'elencazione del novellato primo comma dell'art. 6¹; per gli interventi, elencati nel 2

¹ Il regime di libertà assoluta vige, infatti, per "a) gli interventi di manutenzione ordinaria; b) gli interventi volti all'eliminazione di barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio; c) le opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico, ad esclusione di attività di ricerca di idrocarburi, e che siano eseguite in aree esterne al centro edificato; d) i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-

co.², è stata prevista una forma di liberalizzazione condizionata: in tali ipotesi la novità legislativa si rinviene nell'incombenza sul privato dell'obbligo di comunicare al Comune – anche per via telematica – l'inizio dei lavori

silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari; e) le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola."

² Si fa riferimento a "a) (...) interventi di manutenzione straordinaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), ivi compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici; b) (...) opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni; c) (...) opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni, anche per aree di sosta, che siano contenute entro l'indice di permeabilità, ove stabilito dallo strumento urbanistico comunale, ivi compresa la realizzazione di intercapedini interamente interrate e non accessibili, vasche di raccolta delle acque, locali tombati; d) i pannelli solari, fotovoltaici, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A) di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444; e) le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici."

e, laddove si tratti, in particolare, di interventi di manutenzione straordinaria³, nell'ulteriore adempimento di presentare – oltre che le autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore e, i dati identificativi dell'impresa alla quale intende affidare la realizzazione dei lavori – una relazione tecnica.

Nell'art. 10 del T.U. sono indicati gli interventi che, operando una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, possono realizzarsi previo rilascio da parte dell'amministrazione comunale del permesso di costruire.

Al di fuori degli interventi di cui agli artt. 6 e 10, i soggetti privati possono intervenire con opere edilizie attraverso una denuncia di inizio attività, il cui iter procedimentale è disciplinato nell'art. 23 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380.

Trenta giorni prima dell'inizio dei lavori, il proprietario dell'immobile – ovvero chi abbia titolo di provvedere a tale denuncia – ha l'obbligo di presentare allo sportello unico la denuncia con una minuziosa relazione di un progettista abilitato, che attesti la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e a quelli adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, nonché alle disposizioni in materia di sicurezza e a quelle igienico-sanitarie. Nel termine di trenta giorni dalla denuncia, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove riscontri l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, deve notificare al denunciante l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza.

È, comunque, possibile la presentazione di una nuova denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia.

³ Precisa la norma “di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), ivi compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici”.

La normativa di settore va oggi coordinata con la disposizione generale di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990, come modificata dai recenti interventi di riforma, operati con la legge n. 106 del 2011 e, poi, con il d.l. n. 138 del 2011, convertito nella l. n. 148 del 2011⁴.

L'art.19, che reca la disciplina generale della DIA, oggi SCIA (segnalazione di certificazione di inizio attività), nell'ambito delle attività dei privati diverse da quelle a natura edilizia, contempla, oggi, due nuovi commi, riguardanti la SCIA in materia edilizia: il comma 6-bis e il comma 6-ter.

Prima di procedere all'analisi di tali prescrizioni, occorre, seppur sinteticamente, dar conto dell'attuale disciplina della SCIA.

Il modulo di semplificazione procedimentale della SCIA, disciplinato nell'art. 19, prevede la sostituzione dell'atto provvedimento, avente efficacia abilitativa all'esercizio di un'attività imprenditoriale, commerciale o artigianale – il cui rilascio è subordinato esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale – , con la presentazione di una segnalazione di inizio attività da parte del soggetto interessato.

Si tratta di una segnalazione certificata poiché ad essa il segnalante deve allegare le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, nonché le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero le dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'art. 38, co. 4, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6.8.2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza

⁴ Sulle modifiche subite dalla disciplina contenuta nell'art. 19, si rinvia a N. Paolantonio e W. Giulietti, Art. 19 – Segnalazione certificata di inizio attività – Scia, in Codice dell'azione amministrativa, M.A. Sandulli (a cura di), Milano, 2010. Con particolare riguardo alle novità introdotte nel 2011, cfr. Id., SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria, in www.giustamm.it.

dell'amministrazione.

Secondo l'attuale normativa, l'attività può iniziare alla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente, coincidente con il momento della ricezione da parte della stessa amministrazione.

L'amministrazione competente entro sessanta giorni dalla presentazione della segnalazione è legittimata ad esercitare una verifica sulla sussistenza dei requisiti e dei presupposti, legittimanti lo svolgimento dell'attività segnalata: in caso di accertata carenza, l'amministrazione, nell'esercizio del potere inibitorio, deve adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. Al generale potere di controllo si accompagna il riconoscimento in capo all'amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21-*nonies*.

All'interno di tale disciplina generale, il Legislatore nazionale prende in considerazione lo strumento della SCIA c.d. edilizia, attraverso il co. 6 *bis* e il co. 6 *ter*: il primo introdotto dall'art. 5, co. 2, della l. n. 106 del 2011 e, poi, modificato dall'art. 6, co. 1, del d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011; il secondo aggiunto ex novo dall'art. 6, comma 1, decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011.

Coordinando la normativa generale e quella di settore, viene ridotto alla metà (trenta giorni) il termine assegnato all'amministrazione comunale per esercitare il potere di controllo sulla sussistenza dei requisiti e dei presupposti, richiesti per l'esercizio dell'intervento edilizio attraverso la dia: in altri termini, il privato potrà iniziare l'attività solo dopo che siano decorsi trenta giorni dalla presentazione allo Sportello unico della denuncia. Tale lasso di tempo è, quindi, assegnato all'amministrazione comunale per l'esercizio del potere di controllo.

Il co. 6 *bis* appare di rilievo poiché – ferme le disposizioni relative alla vigilanza

sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6.6.2001, n. 380, e dalle leggi regionali – con l'inciso iniziale del secondo periodo viene disposta l'applicabilità alle ipotesi di SCIA edilizia delle disposizioni di cui ai commi 4 e 6. Attraverso la tecnica del rinvio, dunque, è consentito, in forza del novellato comma 4 dell'art. 19⁵, che decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori all'amministrazione di intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

Il co. 6, invece, è una norma a carattere penale, poiché contempla il reato di false dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni che corredano la segnalazione. È previsto, infatti, che laddove il fatto non possa configurare un più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni.

Pare doversi applicare anche la SCIA edilizia, da ultimo, il disposto del comma 6-ter che affronta l'annoso problema della natura giuridica delle SCIA/DIA e della tutela giurisdizionale esperibile dai soggetti che si assumono danneggiati dall'azione posta in essere da un altro soggetto in forza della suddetta denuncia/segnalazione.

Prima di riflettere sul contenuto della disposizione de qua, si ritiene utile sintetizzare il dibattito sulla definizione della natura giuridica della DIA, che ha di recente visto l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 29.7.2011, n.15.

L'adesione alla tesi pubblicistica o privatistica rileva in ordine alla individuazione delle forme di tutela attivabili dal terzo, lesa dall'attività illegittimamente intrapresa sulla

⁵ Il comma 4 dell'art. 19 è stato modificato dall'art. 6, comma 1, del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011.

base di una dichiarazione di inizio attività.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza 5 gennaio 2011, n. 14, di fronte alla molteplicità degli orientamenti giurisprudenziali, in base ai quali sono state formulate distinte ipotesi ricostruttive ha deferito ex art. 99 del Codice del processo amministrativo all'esame all'Adunanza Plenaria, le questioni concernenti la natura giuridica della denuncia di inizio di attività ed il regime processuale applicabile per la tutela degli interessi legittimi dei terzi al fine di assicurare univoci orientamenti giurisprudenziali in materia⁶.

Secondo la tesi⁷, che privilegia la natura soggettivamente e oggettivamente privata della denuncia (*rectius*, segnalazione), di atto del privato, il terzo leso dall'attività posta in essere in forza di tale atto, può esperire il rimedio dell'azione avverso il silenzio-inadempimento: una volta decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio, il terzo sarebbe legittimato unicamente a presentare all'amministrazione formale istanza per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori previsti e ad impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi, oppure a impugnare il provvedimento emanato all'esito del-

⁶ Nell'ordinanza di rimessione, pertanto, viene messo in risalto che la questione riguardante la tutela del terzo avverso la denuncia di inizio di attività, coinvolge, specificamente, i seguenti profili: "a) la qualificazione giuridica sostanziale dell'istituto e, quindi, la natura privata oppure provvedimento della fattispecie realizzata a mezzo della denuncia di inizio di attività, tenendo presente che il testo unico dell'edilizia la comprende tra i titoli abilitativi, anche se atto del denunciante privato; b) risolta la qualificazione di natura sostanziale, involgente sia i poteri di inibizione che di autotutela successiva (autotutela fatta salva anche nell'istituto recente della s.c.i.a.), conseguente è il problema delle tecniche di tutela, dei risvolti processuali e dei rimedi giurisdizionali ai quali può ricorrere il terzo; c) sulla base della soluzione adottata nella ricostruzione sostanziale dell'istituto, il rimedio giurisdizionale effettivo, comprende anche la eventuale ammissibilità, in tale fattispecie ma anche più in generale, della azione di accertamento da parte del terzo dinanzi a fattispecie che modificano i confini tra pubblico e privato e che esigono, a fini di liberalizzazione e semplificazione, un intervento solo eventuale e successivo dell'amministrazione pubblica nel rapporto tra autorità e libertà."

⁷ CdS, IV, 13.5.2010, n. 2919; CdS, V, 22.02.2007, n. 948.

la avvenuta verifica. Secondo un ulteriore indirizzo giurisprudenziale, il terzo potrebbe agire dinanzi al giudice amministrativo per l'accertamento della inesistenza dei presupposti stabiliti dall'ordinamento.

Secondo la tesi⁸ che privilegia la consistenza provvedimento dell'atto, il terzo che ritenga di essere pregiudicato dalla effettuazione di una attività edilizia assentita in modo implicito, potrebbe agire dinanzi al G.A. per chiedere l'annullamento del titolo abilitativo formatosi per il decorso del termine fissato dalla legge entro cui l'amministrazione può impedire gli effetti della Dia⁹.

Il giudice amministrativo¹⁰, solo ai fini della risoluzione del problema della tempestività della impugnativa avverso una denuncia di inizio di attività, ha ritenuto operante, nell'esperimento dei rimedi a tutela del terzo pregiudicato, il termine decadenziale di sessanta giorni ex art. 21 l. 6.12.1971, n. 1034, osservando che la struttura tradizionalmente impugnatoria del giudizio amministrativo può riguardare anche fattispecie a formazione provvedimento implicita, come la Dia in materia edilizia.

Di fronte all'orientamento che qualifica la dia come atto a natura provvedimento¹¹ e all'opposta prospettazione secondo cui la dia è *per tabulas* atto del privato¹², il supremo Consesso amministrativo ha dato un contributo alla definizione del dibattito giurisprudenziale sulla natura della d.i.a. (oggi s.c.i.a.), e, quindi, sulle conseguenti tecniche di tutela

⁸ Cons. Stato, sez. VI, con 9.02.2009, n. 717.

⁹ Cons. Stato, sez. IV, 13.1.2010, n. 72.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 4.5.2010, n. 2558.

¹¹ Con la conseguenza che al terzo leso è riconosciuto l'interesse ad impugnare, ai fini dell'annullamento giurisdizionale, il titolo abilitativo implicito. I fautori di tale ricostruzione assimilano la dia, quale provvedimento indiretto, al provvedimento espresso del permesso di costruire, ovvero alla fattispecie del silenzio assenso con attivazione della tutela processuale prevista nell'art. 29 del nuovo Codice del Processo Amministrativo.

¹² E per questo è ammissibile la proponibilità di "una azione di accertamento autonomo (negativo) della inesistenza dei presupposti per ritenere completata la fattispecie, con effetti che trovano nel momento conformativo il potere e il dovere (da parte dell'amministrazione) di rimuovere gli effetti eventualmente verificatisi".

azionabili dal terzo leso, qualificando il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione nel termine di sessanta giorni perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inhibitorio alla stregua di un atto tacito di diniego del provvedimento inhibitorio.

Secondo l'Adunanza Plenaria la segnalazione non sarebbe un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo: essa costituisce *"un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge"*, a cui è connesso *"un potere amministrativo di divieto, da esercitare a valle della presentazione"*.

Il terzo che ritiene lesa la propria situazione giuridica soggettiva dall'attività intrapresa in forza della segnalazione, secondo la lettura dell'Adunanza, può proporre un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, nel rispetto del termine decadenziale di impugnazione: il decorso del termine per l'adozione eventuale dell'atto di divieto pone fine al procedimento amministrativo avviato d'ufficio, con *"l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inhibitorio"*, pertanto il decorso del termine per provvedere integra *"l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inhibitorio"*.

A ciò deve aggiungersi che il terzo, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, è legittimato all'esercizio *"dell'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di adempimento), tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inhibitorio, ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della l. n. 241/1990"*.

Quanto al *dies a quo* del ricorso per annullamento, ai sensi di legge il termine decadenziale di sessanta giorni per proporre l'azione prende a decorrere solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo (cfr. art. 41, co. 2, del codice).

Ove, invece, il terzo subisca una lesione in

un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio di tale potere, come nel caso della S.C.I.A., l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa, con l'ulteriore corollario della possibilità di chiedere misure cautelari *ante causam*.

Tuttavia, concludono i giudici, in forza del principio di economia processuale, l'azione di accertamento, una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto in quanto la portata sostanziale del ricorso iniziale finisce per investire in pieno, sul piano del *petitum* sostanziale e della *causa petendi*, la decisione della pubblica amministrazione di non adottare il provvedimento inhibitorio.

La ricostruzione dell'istituto della d.i.a. (oggi s.c.i.a.) operata dal massimo Organo della giustizia amministrativa ha avuto vita breve.

La recente modifica legislativa, operata sull'art. 19 della l. n. 241/1990 attraverso l'introduzione del co. 6 *ter*, per effetto della l. n. 148/2011, condivide e contrasta le soluzioni interpretative dell'Adunanza Plenaria.

La disposizione, da un lato, chiarisce il campo di applicazione degli istituti in questione (*"...si riferiscono ad attività liberalizzate..."*) e, dall'altro, interviene nel campo della tutela del terzo che si ritenga leso dall'attività posta in essere dal contro interessato.

L'intervento del legislatore conferma quanto affermato dal Consiglio di Stato in merito alla valenza non provvedimentale della S.C.I.A. e della D.I.A., ma prevede, in senso contrario ai giudici amministrativi, forme di tutela diverse a favore del terzo.

Pur condividendo con il Supremo Consesso la qualificazione giuridica della SCIA come atto di diritto privato - negando cioè la tesi pubblicistica volta a promuovere la natura provvedi mentale dell'istituto -, come corret-



tamente messo in risalto dalla dottrina¹³, il rinvio in via esclusiva all'azione sul silenzio inadempimento di cui all'art. 31 c.p.a. rischia di costituire un passo indietro rispetto alla equilibrata soluzione delineata dall'Adunanza Plenaria e di creare nuove incertezze sulla natura sostanziale dell'istituto ed sulle conseguenti azioni esperibili dal terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata.

Occorre evidenziare, infatti, che se l'azione di accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere prevista dall'art. 31 c.p.a. richiede, come osservato dalla stessa Adunanza, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato dalla legge per la definizione del procedimento amministrativo, dall'altro lato in base all'attuale contenuto dispositivo dell'art. 19, il decorso infruttuoso del termine perentorio di legge concesso alla PA. dalla legge per adottare i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività implica la definitiva consumazione del potere stesso.

¹³ M.A. Sandulli, Primiissima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011, in www.federalismi.it.

Si deve, quindi, ritenere che l'azione del silenzio esperita dopo il decorso del termine fissato dalla legge per esercitare il potere inhibitorio abbia ad oggetto l'esercizio del diverso ed ampiamente discrezionale potere di autotutela, il che implica una evidente ed incisiva limitazione dell'effettività della tutela giurisdizionale garantita dagli artt. 24, 103 e 113 della Carta costituzionale.

In definitiva, dopo gli interventi giurisprudenziali e legislativi, allo stato attuale, nel settore edilizio, la S.C.I.A. sostituisce integralmente la D.I.A. salve le gli ambiti lasciati alla super-D.I.A. in base alle leggi regionali; i lavori potranno iniziare immediatamente e dovranno essere ultimati entro tre anni; all'amministrazione è assegnato un termine breve di trenta giorni per intervenire (in luogo dei sessanta previsti negli altri casi di attività soggetta a S.C.I.A.), fermo restando il potere di autotutela; al privato è attribuito il potere di sollecitare l'amministrazione alle verifiche, e di impugnare, in caso di inerzia da parte di quest'ultima, il relativo silenzio *ex art.* 31 c.p.a.

«.....GA.....»

IL NUOVO PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE: LA SEMPLIFICAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E LA RESPONSABILIZZAZIONE DEL PRIVATO

della Dott.ssa Raffaella Vaira

Il permesso di costruire, versione ormai consolidata della storica concessione edilizia, ha costituito, sino all'entrata in vigore della recente l. n. 106/2011, un provvedimento emanato all'esito di un procedimento amministrativo disciplinato nella maniera più tradizionale del termine. L'attuale formulazione dell'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001, rubricato "Procedimento per il rilascio del permesso di costruire", contiene, invece, nuove regole finalizzate a semplificare notevolmente la procedura amministrativa, favorendo, da un lato, l'operato della PA. e dall'altro lato l'interesse alla realizzazione dell'intervento edilizio desiderato dal privato, il quale, tuttavia, viene fortemente responsabilizzato attraverso l'introduzione di una nuova fattispecie di reato

Le modalità e gli strumenti attraverso i quali la Pubblica Amministrazione tutela l'interesse dell'ordinato sviluppo del territorio e, quindi, interviene nelle attività edilizie dei soggetti privati, hanno subito, nel tempo, diverse, sostanziali modifiche.

Come noto, si è passati dalla licenza edilizia di cui alla l. n. 1150 del 1942, alla concessione edilizia di cui alla l. n. 10 del 1977, in seguito sostituita, più nella forma che nella sostanza, con il permesso di costruire disciplinato nel d.P.R. n. 380 del 2001 (Testo Unico dell'Edilizia).

Nel t.u. edilizia il permesso di costruire rientra in un sistema tripartito di titoli legittimanti all'edificazione, a loro volta, corrispondenti a specifiche categorie di interventi edilizi.

L'attività edilizia può, infatti, essere libera, come sancito dall'art. 6, soggetta a permesso di costruire, oppure realizzabile attraverso lo strumento della denuncia di inizio attività (DIA).

I titoli abilitativi, pertanto si distinguono, oggi, in permesso di costruire (artt. 10 e 11 TUE) e DIA (artt. 22 e 23 TUE), entrambi finalizzati alla verifica del rispetto da parte del soggetto privato della normativa urbanistica contenuta nelle leggi statali e regionali, nonché delle prescrizioni dei piani generali ed attuativi, ma differenti tra loro per l'ambito di applicazione ed il procedimento amministrativo che con essi si instaura.

Per quanto concerne l'ambito applicativo, mentre il permesso di costruire è correlato a interventi precisamente indicati dal legislatore, la DIA è identificata quale titolo abilitativo di carattere residuale, potendo essere autorizzata per tutti quegli interventi edilizi non elencati né nell'art. 6 TUE (attività edilizia libera) né nell'art. 10 TUE (permesso di costruire).

Nella specie, l'ambito di applicazione del permesso di costruire coincide con quella tipologia di interventi che comportano una sostanziale trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, identificati dall'art. 10 TUE con gli interventi di nuova costruzione; gli interventi di ristrutturazione urbanistica; gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso.

È evidente, quindi, come il permesso di costruire, al pari della sostituita concessione edilizia¹, costituisca titolo edilizio necessario

¹ Il cambio di nomenclatura da "concessione edilizia" a "permesso di costruire" è evidente segno della volontà del legislatore del Testo Unico dell'Edilizia di eliminare ogni dubbio interpretativo circa la natura giuridica autorizzatoria da attribuirsi al provvedimento della concessione edilizia, in ragione all'inerenza dello

per la realizzazione di interventi incidenti in maniera importante sul tessuto urbanistico ed edilizio. Il co. 3 dell'art. 10 TUE, precisa, infatti, che le Regioni possono individuare con legge ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire.

Dal punto di vista procedurale, invece, il permesso di costruire instaura un procedimento amministrativo nel senso letterale e più classico del termine, che tuttavia, in questi ultimi mesi ha subito interessanti modifiche da parte della l. 12.7.2011, n. 106 di conversione del d.l. 13.5.2011 n. 70 (*"Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia"*), entrambi finalizzati alla "liberalizzazione" delle costruzioni private o, più propriamente, alla "semplificazione" dei procedimenti volti all'acquisizione dei necessari titoli per costruire².

È doveroso evidenziare come la legge di conversione abbia particolarmente inciso sulle portate letterale dell'art. 5 del d.l. n. 70/2011, rubricato *"Costruzioni private"* e, a sua volta, modificante in più punti il T.U. n. 380/2001.

Nella specie, le modifiche principali riguardano la variazione di termini e l'introduzione del silenzio assenso nel procedimento di rilascio del permesso di costruire, le integrazioni alla disciplina dello sportello unico per l'edilizia per le richieste in via telematica, nonché l'estensione della SCIA anche agli interventi edilizi³.

ius aedificandi al diritto di proprietà. In termini più ampi si rinvia a R. VAIRA, *La SCIA in materia edilizia: la semplificazione amministrativa nell'esercizio dello ius aedificandi tra passato e futuro*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 4/2010, p. 76 ss. (nota 1-2).

² Cfr. O. FORLENZA, *Permesso di costruire con silenzio-assenso*, in *Guida al Diritto*, n. 31/2011, p. 43 ss.

³ La Segnalazione Certificata di Inizio Attività, che la l. n. 122/2010, di conversione con modifiche del d.l. n. 78/2010, ha sostituito, più nella forma che nella sostanza, all'istituto della Dichiarazione di Inizio Attività (a sua volta Denuncia di inizio attività sino all'entrata in vigore della l. n. 80/2005), attraverso la modifica del testo dell'art. 19 della l. n. 241/1990, trova oggi applicazione anche nella materia edilizia. La l. n. 106/2011, infatti, eliminando definitivamente ogni dubbio di carattere interpretativo (cfr. R. VAIRA, *La SCIA in materia edilizia: la semplificazione amministrativa*

In questa sede, si presterà particolare attenzione alle modifiche che hanno interessato il procedimento amministrativo finalizzato al rilascio del permesso di costruire, al fine di comprenderne la portata innovativa.

La norma che delinea il procedimento volto al rilascio del permesso di costruire è contenuta nell'art. 20 del TUE. Dal confronto tra la formulazione odierna e la stesura ad essa previgente, emerge quale prima variazione quella relativa al co. 1, concernente la domanda per il rilascio del permesso e quindi la c.d. fase dell'iniziativa del procedimento.

Nella specie, novità si individuano nei documenti che la norma identifica quali allegati necessari alla domanda, che deve sempre essere sottoscritta da uno dei soggetti legittimati e presentata allo Sportello Unico⁴, ma deve oggi essere corredata, oltre che dagli elaborati progettuali richiesti dal regolamento edilizio, anche da una *"dichiarazione del progettista abilitato"*, che sostituisce l'autocertificazione richiesta dalla norma previgente⁵.

Sulla falsariga di quanto, sin dalla sua formulazione originaria, l'art. 23 TUE prevede per la DIA, la parte II del co. 1 dell'art. 20 precisa che la dichiarazione del progettista abilitato deve asseverare la conformità del

nell'esercizio dello ius aedificandi tra passato e futuro, cit.), ha stabilito, all'art. 5, co. 1, lett. b, che, ai fini della liberalizzazione delle costruzioni private, si estende *"la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) agli interventi edilizi precedentemente compiuti con denuncia di inizio attività (DIA)"*. È doveroso, tuttavia, evidenziare che nel testo del d.P.R. n. 380/2001, continua a parlarsi di denuncia di inizio attività.

⁴ Come noto, lo Sportello Unico per l'Edilizia è stato introdotto dall'art. 5 del d.P.R. n. 380/2001, sulla falsariga dello Sportello Unico per le Attività Produttive, che istituito presso varie amministrazioni comunali aveva reso un importante contributo alla semplificazione amministrativa ed all'agevolazione dell'approccio del cittadino con la P.A. Nella specie, lo Sportello Unico per l'Edilizia svolge, all'interno dell'amministrazione comunale di riferimento, una funzione di centro collettore degli atti dei privati rilevanti in campo edilizio.

⁵ Prima dell'entrata in vigore della l. n. 106/2011 gli allegati della domanda di permesso di costruire erano costituiti, oltre che dagli elaborati progettuali, da *"un'autocertificazione circa la conformità del progetto alle norme igienico-sanitarie nel caso in cui il progetto riguardi interventi di edilizia residenziale ovvero la verifica in ordine a tale conformità non comporti valutazioni tecnico-discrezionali"*:

progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie nel caso in cui la verifica in ordine a tale conformità non comporti valutazioni tecnico-discrezionali, alle norme relative all'efficienza energetica⁶.

Se per quanto concerne la fase c.d. dell'iniziativa, l'art. 20 TUE contiene queste variazioni rispetto alla formulazione previgente, immutata si presenta invece la disciplina dedicata alla fase istruttoria.

I co. 2, 3, 4 e 5, infatti, continuano a stabilire che, entro 10 giorni dalla presentazione della domanda da parte del privato, lo Sportello Unico per l'edilizia deve comunicare all'interessato il nominativo del responsabile del procedimento⁷, il quale, entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda cura l'istruttoria, avvalendosi della collaborazione dello Sportello Unico anche per l'acquisizione dei necessari pareri⁸.

Entro il medesimo termine, il responsabile del procedimento può richiedere modifiche di modesta entità al progetto originario che rilevi necessarie ai fini del rilascio del permesso di costruire stesso, indicando al soggetto privato un termine per aderire alla richiesta di modifica, che, se condivisa, comporta per il soggetto privato stesso l'onere di integrare la documentazione entro i successivi quindici giorni⁹.

Interessanti novità nell'attuale testo dell'art. 20 TUE si rilevano, invece, in riferimento al co. 5, dedicato all'interruzione del termine fissato dal co. 3. Tale norma stabilisce, infatti, che il termine di sessanta giorni,

entro cui il responsabile del procedimento è tenuto a completare l'istruttoria della richiesta avanzata dal privato, può essere interrotto una sola volta entro trenta giorni¹⁰ - invece che quindici come da formulazione previgente - dalla presentazione della domanda, esclusivamente per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata e che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente. In tali casi, il termine ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa.

Mutamenti si registrano anche in ordine al testo del co. 6, il quale, nella formulazione ante riforma disciplinava i casi in cui ai fini della realizzazione dell'intervento fosse necessario convocare una conferenza di servizi per l'acquisizione di atti di assenso da altre amministrazioni, mentre oggi, riportando con rilevanti modifiche il testo del previgente co. 7, fissa i termini entro i quali il provvedimento finale debba essere adottato e quindi notificato all'interessato.

Ai sensi dell'attuale co. 6, il provvedimento finale, che lo Sportello Unico provvede a notificare all'interessato, deve essere adottato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio, entro il termine di trenta giorni - invece che quindici come da previgente testo - dalla proposta di provvedimento formulata dal responsabile del procedimento all'esito della valutazione della conformità del progetto alla normativa vigente¹¹.

Un'interessante integrazione della norma in oggetto è costituita dalla disposizione secondo la quale il suindicato termine di trenta giorni è fissato in quaranta giorni per i casi in cui il dirigente o il responsabile del procedimento abbia comunicato all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990, inserito, come noto, dalla l. n. 15/2005 per

⁶ Cfr. art. 23, co.1, TUE, ai sensi del quale la DIA deve essere presentata, allo Sportello Unico per l'edilizia, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitari.

⁷ Art. 20, co.2, TUE.

⁸ Art. 20, co.3, TUE.

⁹ Art. 20, co.4, TUE.

¹⁰ Come stabilito dal co. 7 (nella previgente formulazione co. 6) dell'art. 20 TUE i termini fissati dal comma 5 come del co. 3 "sono raddoppiati per i comuni con più di 100.000 abitanti, nonché per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento".

¹¹ Art. 20, co.3, TUE.

imporre alle autorità decidenti, nei procedimenti amministrativi su iniziativa di parte, l'obbligo di rendere noto al soggetto interessato i motivi che ostacolano l'accoglimento della sua richiesta, all'esito dell'istruttoria sino a quel momento espletata, al fine di consentirgli di integrare le informazioni ed i documenti a disposizione della P.A. precedente, per condurla ad una decisione di diverso contenuto¹².

Invariata si presenta, invece, le modalità di pubblicazione dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire, finalizzate, evidentemente, a consentire ad ogni cittadino interessato di prendere visione, presso gli uffici comunali, del permesso di costruire e dei relativi atti del progetto. Tale pubblicazione avviene mediante affissione all'albo pretorio, nonché, per quanto concerne gli estremi del permesso stesso, attraverso l'indicazione nel cartello esposto presso il cantiere, secondo le modalità stabilite dal regolamento edilizio.

Procedendo all'analisi del co. 8, si giunge all'individuazione della novità più eclatante che la l. n. 106/2011 ha introdotto nel testo dell'art. 20 TUE: l'introduzione del silenzio-assenso per i procedimenti di rilascio del permesso di costruire.

Sino all'entrata in vigore della novella del 2011, infatti, il co. 9 prevedeva che il decorso

¹² La comunicazione *ex art. 10-bis* della l. n. 241/1990 è uno strumento che garantisce al privato un completo contraddittorio procedimentale a fini difensivi e determina un effetto deflattivo per il contenzioso amministrativo, dal momento che rende la decisione unilaterale della P.A. condivisa dai soggetti che ne sono destinatari. In tali termini CdS, Commissione speciale, parere 26.2.2008, n. 2518/2007. Cfr, inoltre, TAR Molise, I, 26.06.2009, n. 591, secondo cui l'art. 10-bis configura "una sorta di tentativo obbligatorio di conciliazione". In dottrina cfr. S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it.*, 2005, che ha formulato l'espressione tanto sintetica quanto efficace di "preavviso di rigetto"; V. FANTI, *La "nuova" comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 11, p. 1252, secondo cui l'art. 10-bis comporta l'instaurazione di una ulteriore fase procedimentale, definibile "contraddittorio predecisorio", che consente al privato di fornire nuovi elementi di valutazione che non possono essere ignorati dalla P.A., ai fini di un corretto esercizio del potere discrezionale, a sostegno della propria posizione di interesse legittimo.

inutile del termine fissato per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire, configurasse ipotesi di silenzio-rifiuto; la richiesta di rilascio del permesso di costruire, in caso di inerzia della P.A., doveva, pertanto, intendersi come non accolta dall'amministrazione competente.

Ai sensi dell'attuale co. 8, invece, il decorso del termine, fissato dalla legge per la conclusione del procedimento relativo al rilascio del permesso di costruire, in assenza dell'emanazione di alcun provvedimento conclusivo ed al di fuori dei casi in cui il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, comporta la formazione del silenzio-assenso sulla domanda presentata, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui ai co. 9 e 10.

È evidente come la sostituzione del tradizionale silenzio diniego - previsto sin dall'art. 30, co. 6, della l. n. 1150/1942, come sostituito dalla l. n. 765/1967 - con il silenzio assenso sia espressione del principio di semplificazione amministrativa, che, come già evidenziato, ha ispirato la l. n. 106/2011.

Con l'introduzione del silenzio assenso, infatti, devono considerarsi rilasciati tutti quei permessi di costruire richiesti dal soggetto privato e non espressamente negati dall'amministrazione comunale, nei termini, alla stessa assegnati dalla legge, per la conclusione dei relativi procedimenti.

La *ratio* di una modifica tanto radicale è stata presto identificata con l'esigenza di riduzione dei carichi di spesa gravanti sul bilancio dello Stato, correlati all'introduzione dell'art. 2 *bis* nella l. n. 241/1990¹³, che impone alle P.A. l'obbligo di risarcire il c.d. danno da ritardo, ossia il danno ingiustamente cagionato al cittadino in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento¹⁴.

¹³ Articolo introdotto dalla l. n. 69/2009.

¹⁴ Cfr. P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 2011 di conversione del DL 70 13 maggio 2011. Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*, in *www.giustamm.it.*, 2011, secondo cui "la disposizione modificatrice contenuta nella legge 106 è una norma «tremontiana» di-

Dal momento che la giurisprudenza tende progressivamente ad ampliare le tipologie di danno risarcibile, collegabili al ritardo/inerzia della PA. a concludere in maniera espressa i procedimenti amministrativi per i quali è competente¹⁵, il legislatore del 2011 ha, evidentemente, considerato necessario ridurre le fattispecie di danno in un settore che da sempre vede la PA. destinataria di numerose richieste da parte del cittadino interessato alla realizzazione di interventi edilizi.

Attraverso l'introduzione del silenzio-assenso per i procedimenti interessanti l'ottenimento da parte del privato del permesso di costruire, al ritardo della PA. si attribuisce il medesimo valore di provvedimento di rilascio del provvedimento richiesto, di modo che la condotta dilatoria o inerte dell'ufficio competente al relativo rilascio non possa dar luogo ad alcun danno, mancandone il presupposto principale, ossia la lesione dell'interesse privato¹⁶.

È, tuttavia, doveroso evidenziare come l'applicazione del silenzio-assenso nella materia edilizia non costituisca una novità in senso assoluto. Si ricorda, infatti, che l'art. 8 del d. l. n. 9/1982 (c.d. decreto Nicolazzi), convertito dalla l. n. 94/1982¹⁷, aveva introdotto una figura di silenzio-assenso per la quale, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda di concessione, il provvedimento si considerava rilasciato. Tale fi-

retta a ridurre i carichi di spesa che il bilancio statale è costretto annualmente a sopportare per risarcire i danni da ritardo”.

¹⁵ Cfr. CdS, V, 24.05.2011, n. 1271, che configura risarcibile non soltanto il danno patrimoniale ma anche quello biologico.

¹⁶ Cfr. P. URBANI, *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge n.106 2011 di conversione del DL 70 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, cit.

¹⁷ L'art. 8 del c.d. decreto Nicolazzi sanciva, infatti che “fino al 31 dicembre 1984 la domanda di concessione ad edificare per interventi di edilizia residenziale diretti alla costruzione di abitazioni od al recupero del patrimonio edilizio esistente, si intende accolta qualora entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato il provvedimento motivato con cui viene negato il rilascio”. Per tali ipotesi il co. 2 precisava che il richiedente potesse dar corso ai lavori dando comunicazione al sindaco del loro inizio, previa corresponsione al comune degli oneri dovuti.

gura di silenzio-assenso, introdotto sino al 1984 e in seguito prorogato a tutto il 1991, è stata eliminata nel nostro ordinamento giuridico prima implicitamente dalla l. n. 493/1993, di conversione del d.l. n. 398/1993 e poi, in maniera espressa dal TUE¹⁸, dopo un periodo, tuttavia, di scarsissimo successo dovuto, essenzialmente, all'atteggiamento di chiusura degli istituti bancari a concedere finanziamenti per la realizzazione di interventi edilizi per i quali non fosse presente un espresso titolo abilitativo.

L'ambito di applicazione del silenzio-assenso trova un limite nei casi in cui il permesso di costruire venga richiesto all'amministrazione comunale per la realizzazione di interventi aventi ad oggetto immobili sottoposti a vincolo di carattere ambientale, paesaggistico o culturale.

La l. n. 106/2011 ha, infatti, inserito al co. 9 ed al co. 10 dell'art. 20 TUE, due norme che distinguono i casi in cui il vincolo sia di competenza, anche in via di delega, della stessa amministrazione comunale procedente ovvero di altra amministrazione.

In riferimento alle ipotesi del primo tipo, il co. 9 sancisce che il termine per l'adozione del provvedimento finale da parte del dirigente o del responsabile dell'ufficio, inizia a decorrere dal rilascio del relativo atto di assenso. Nel caso in cui tale atto non dovesse essere favorevole, decorso il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, deve intendersi formato il silenzio-rifiuto sulla domanda di permesso di costruire.

Per le ipotesi in cui, invece, l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela sia di competenza di amministrazione diversa da quella procedente, ove l'interessato al permesso di costruire non abbia prodotto il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela del vincolo stesso, il competente ufficio comunale acquisisce il relativo assenso nell'ambito di apposita conferenza di servizi. Anche in tali casi è prescritto sia lo slittamento del decorso del termine per l'adozione del provvedimento finale, sia il formarsi del silenzio-rifiuto anziché del silenzio-assenso.

¹⁸ Art. 136 del d.P.R. n. 380/2001.

La seconda parte del co. 10, sancisce, infatti, che il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo decorre dall'esito della conferenza di servizi e che, in presenza di un esito di quest'ultima non favorevole, il decorso del termine fissato per l'adozione del provvedimento conclusivo comporti la formazione del silenzio-rifiuto sulla domanda di permesso.

Ne consegue quindi, che, nel rispetto di quanto sancito dall'art. 20 della l. n. 241/1990, disciplinante in via generale l'istituto del silenzio-assenso¹⁹, tale strumento di semplificazione amministrativa incontra un inevitabile limite in relazione a quei procedimenti istaurati a seguito di una richiesta di permesso di costruire per la realizzazione di interventi edilizi che, oltre ad interessare il patrimonio urbanistico-edilizio *sic et simpliciter*, possano incidere in qualche maniera anche su quello ambientale, paesaggistico o culturale.

¹⁹ Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 20, co. 4, l. n. 241/1990 come modificato dalla l. n. 69/2009, l'istituto del silenzio assenso non può essere applicato "agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti".

Nel concludere l'analisi sinora condotta, è doveroso evidenziare come nella sua opera di *restyling* del procedimento volto al rilascio del permesso di costruire, il legislatore del 2011 abbia, tuttavia, posto quale "contrappeso" all'introduzione del silenzio assenso, espressione del principio di semplificazione amministrativa²⁰, la configurazione di una nuova fattispecie criminosa sanzionante le false attestazioni o dichiarazioni o asseverazioni contenute nell'istanza di rilascio del permesso di costruire, chiara espressione del principio di responsabilizzazione del cittadino.

L'odierno art. 20 TUE stabilisce, infatti, al comma 13, che, ad eccezione dei casi in cui il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni, attestazioni o asseverazioni allegare alla richiesta di permesso di costruire, dichiara o attesti falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti previsti dalle leggi urbanistiche e dai regolamenti edilizi è punito con la reclusione da uno a tre anni.

²⁰ L'obiettivo della "semplificazione amministrativa" ha indotto il legislatore del 2011 ad inserire nell'art. 20 TUE anche il comma 12, il quale attribuisce alle Regioni la possibilità di ampliare gli strumenti che ad essa si ispirano, nel rispetto, tuttavia, della disciplina di carattere nazionale. La norma, infatti, afferma che "Fermo restando quanto previsto dalla vigente normativa in relazione agli adempimenti di competenza delle amministrazioni statali coinvolte, sono fatte salve le disposizioni contenute nelle leggi regionali che prevedano misure di ulteriore semplificazione e ulteriori riduzioni di termini procedurali".

IMPIANTI DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI – ILLEGITTIMITÀ DELLA SOSPENSIONE DEI PROCEDIMENTI AUTORIZZATORI

degli Avv.ti Marco Frascaroli e Luca Fiasconaro

Illegittima la sospensione del procedimento autorizzatorio se non per la riscontrata assenza di una delle condizioni stabilite dalla normativa vigente al momento della scadenza dei termini prevista per la formazione del titolo (TAR Puglia, Le, I, 18.7.2011, n. 1373)

Il TAR Puglia - Lecce, con la sentenza in commento, si è pronunciato in ordine ai profili di illegittimità della sospensione di un procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione per la installazione di impianti energetici da fonti rinnovabili, adottata sulla base di normativa regolamentare ancora in corso di predisposizione.

Secondo quanto affermato dai giudici amministrativi infatti, *"non è consentita la inibitoria dell'intervento che si intende realizzare se non per la riscontrata assenza di una o più delle condizioni stabilite dalla normativa vigente al momento della scadenza dei termini previsti per la formazione del titolo, senza poter mai invocare al medesimo fine atti regolamentari che allo stato risultano solo in corso di predisposizione"*.

Ed invero, una siffatta condotta si porrebbe in contrasto, in primo luogo, con il comma 2 dell'art. 21 quater della legge sul procedimento amministrativo, il quale, com'è noto, prevede che *"l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze"*.

È nota al riguardo la portata del precetto dettato dal predetto art. 21 quater, co. 2, il quale ha come primo obiettivo proprio quello di garantire la prontezza e celerità del procedimento amministrativo e, in tale finalità, risulta intimamente collegato con il generale principio previsto, in seno alla medesima leg-

ge sul procedimento, dall'art. 2 laddove risulta inequivocabilmente sancito il *"dovere"* in capo all'amministrazione di concludere il procedimento, con relativa assegnazione di un termine in tal senso, sempre al fine di garantire l'applicazione del generale principio di buona amministrazione.

Inoltre, il TAR leccese ha altresì rilevato che una sospensione *sine die* dei procedimenti autorizzatori, procrastinando di fatto il rilascio della relativa autorizzazione per un periodo di tempo indeterminato, violerebbe anche i principi fondamentali di semplificazione stabiliti dalla legislazione in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, rientrando nella competenza legislativa concorrente delle regioni, ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost..

Tali principi fondamentali risultano convergenti e possono d'altra parte essere desunti dalla stessa legislazione statale del settore energetico-ambientale e, in particolare, dal d. lgs. 29.12.2003, n. 387 (Attuazione della dir.2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), il quale dispone all'art. 12 co.3 che *"La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela*

dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico".

La medesima norma, prevede al quarto comma che "L'autorizzazione di cui al co. 3 è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. [...] Il termine massimo per la conclusione del procedimento di cui al presente comma non può comunque essere superiore a novanta giorni, al netto dei tempi previsti dall'art. 26 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152, e successive modificazioni, per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale".

Tale precetto, proprio in un'ottica di accelerazione delle fasi burocratiche che di norma incontra un'istanza rivolta alla PA, è stato ripetutamente ritenuto in giurisprudenza confermativo dell'intento del legislatore di favorire le iniziative volte alla realizzazione degli impianti in questione, semplificando il relativo procedimento autorizzativo e concentrando l'apporto valutativo di tutte le amministrazioni interessate nella conferenza di servizi, ai fini del rilascio di una autorizzazione unica (da ultimo, TAR Sicilia, Pa, II, n. 14627/2010).

Si consideri peraltro che, oltre che con riferimento ad un'accertata illegittimità ex art. 12 del poter inibitorio della PA., come nella decisione in commento, anche una mera sospensione del procedimento autorizzatorio integrerebbe la violazione del predetto precetto in ordine alla tempestiva conclusione della procedura volta al rilascio dell'autorizzazione.

In tali termini si è già espresso in precedenza un altro Tar, (TAR Molise, sentenza n. 984/2006) il quale ha avuto modo di rilevare come "in nessuna norma di legge s'individui il fondamento del potere di moratoria in relazione a tutti i realizzandi impianti eolici, non potendosi lo stesso ritenere insito in quello generale di programmazione in materia, pacificamente attribuito all'Ente regionale, il quale infatti non può ex se comprendere medio tempore, in attesa della compiuta adozione del relativo documento, una sospensione altrettanto generalizzata per tale tipologia di

impianti. Non solo ciò è vero, ma il potere in questione è stato esercitato in violazione dell'art. 12 del d. lgs. 29.12.2003, n. 387 – a sua volta attuativo della dir. 2001/77/CE - il quale in primo luogo afferma che tali impianti "sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti", il che vale già ad escludere in nuce qualsiasi potere di moratoria, del tutto incompatibile con detta asserzione, e successivamente, nel prevedere un'autorizzazione unica, stabilisce che il termine massimo per la conclusione del relativo procedimento sia di 180 giorni. E' evidente che la sospensione disposta dalla Regione Molise rende impossibile il rispetto di detto termine, in tal modo integrando una chiara violazione della citata disposizione normativa che lo prevede e contravvenendo altresì allo spirito di massimo favor rispetto a tale tipologia di impianti, che traspare dall'intero decreto nonché, a monte, nella Direttiva di cui esso costituisce attuazione e di altri accordi conclusi a livello internazionale, tesi alla produzione di energia pulita, quale il protocollo di Kyoto. Una tale generalizzata sospensione si pone anche in contrasto con l'art. 41 cost., in quanto impedisce all'iniziativa economica, ivi tutelata, di potersi esplicare nel campo in argomento, per tutto il periodo considerato, sul territorio molisano, in nome di una non meglio specificata esigenza di attendere l'adozione di linee programmatiche per l'insediamento di detti impianti".

Come più volte affermato dalla Consulta, la norma sopra citata deve peraltro qualificarsi quale principio fondamentale in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», essendo stata adottata in conformità alle regole della semplificazione e del buon andamento dell'attività amministrativa garantendo, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo (Cfr., ex multis, C. cost., 9.11.2006, n. 364).

Difatti, la ponderazione tra gli interessi connessi alla produzione di energia e le esigenze ambientali impone una concertazione preventiva, in ossequio al principio di leale cooperazione, che l'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003 rimette all'emanazione delle linee

guida nazionali. Solo in base alla formulazione di dette linee guida, ogni Regione potrà adeguare i criteri così definiti alle specifiche caratteristiche dei rispettivi contesti territoriali, non essendo nel frattempo consentito porre limiti di edificabilità degli impianti di produ-

zione di energia da fonti rinnovabili su determinate zone del territorio regionale nè sospendere le procedure autorizzative per la realizzazione di tali impianti in determinate parti del territorio regionale (Cfr. C. cost., 15.6.2011, n. 192).

«.....GA.....»

IL SISTRI E GLI ENTI LOCALI, ADEMPIMENTI E ATTUAZIONE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni e dell'Avv. Francesco Palazzotto

Il nuovo d.m. 52 del 2011 ha riunito in unico testo i cinque decreti finora emanati riguardo al SISTRI. Analisi delle problematiche relative all'attuazione inerenti gli enti locali

Il SISTRI (Sistema informativo di controllo della tracciabilità dei rifiuti) previsto dall'articolo 189 del d. lgs. 152/2006 e dall'art. 14 *bis* del d.l. 78/2009 convertito dalla l. 102/2009 è stato razionalizzato con la pubblicazione del d.m. ambiente 18.2.2011 n° 52, G.U. 26.4.2011. Il decreto in oggetto ha riunito in un unico testo i cinque decreti finora emanati in materia¹. Questi ultimi hanno cessato di produrre effetti dalla data di entrata in vigore del t.u. fissata per l'11.5. 2011.

Il sistema di tracciamento telematico dei rifiuti che era stato cancellato il 13 agosto, alla vigilia del suo esordio, dal dl 138/2011, è stato ripristinato ad opera di un emendamento allo stesso decreto dalla Commissione bilancio del Senato il 5.9.2011, in sede d'esame dell'iter di conversione del provvedimento².

In tale contesto peraltro, imprese, operatori e parlamentari stanno ponendo interrogazioni e proposte di legge per prorogare l'avvio del Sistema ad una data non antecedente al 31.12.2012³. Secondo quanto disposto dalla l. n. 148/2011 vi sono diverse date di inizio per gli adempimenti richiesti dal SISTRI. Le date sono:

a) dal 17.9.2011 al 15.12.2011 verifica della tecnologia SISTRI da parte del Ministe-

¹ Con l'adozione del t.u. sul SISTRI si adempie esclusivamente ad una specifica opera di uniformità interpretativa delle norme fin qui prodotte con i decreti del 17.12.2009, del 15.2.2010, del 9.7.2010, del 28.9.2010 e del 22.12.2010. In particolare il testo del d.m. 52/2011 coordina e raggruppa le definizioni già fornite dai precedenti decreti ed elimina quelle norme che erano ancorate a precisi termini temporali ormai superati.

² L. 14.9.2011, n. 148 di conversione del d.l. 138/2011.

³ Viene chiesto anche che il SISTRI diventi obbligatorio anche per i vettori stranieri che operano sul territorio italiano, nel settore del trasporto rifiuti e una *class-action* volta alla restituzione dei contributi già versati, se non addirittura al rimborso delle spese sino ad ora sostenute.

ro dell'Ambiente per valutare semplificazioni e migliorie; dal 17.9.2011 acquista efficacia l'accordo della conferenza unificata del 27.7.2011 fra Governo, Regioni e Autonomie locali in merito alla gestione delle informazioni sulla tracciabilità dei rifiuti, ai sensi dell'art. 9, co. 2, lett. c), del d. lgs. 28.8.1997, n. 281.

b) il 16 dicembre, entro tale data il Ministero dell'Ambiente dovrà individuare i rifiuti a bassa criticità ambientale cui potranno essere applicate le procedure (SISTRI) per i rifiuti non pericolosi.

c) dal 9 febbraio 2012 scattano gli obblighi di: comunicazione telematica dei rifiuti gestiti; tracciamento satellitare dei mezzi di trasporto dei rifiuti; monitoraggio ingresso/uscite dei mezzi dalle discariche; i produttori di rifiuti soggetti a ritiro obbligatorio potranno delegare gli adempimenti SISTRI a consorzi di recupero.

d) dopo il 1 giugno 2012, il Ministero dell'Ambiente, tramite d.m., indicherà gli adempimenti operativi SISTRI per i produttori di rifiuti speciali pericolosi con non più di dieci dipendenti.

A completamento delle previsioni della legge di conversione della manovra di ferragosto, Governo, Regioni ed enti locali, con l'accordo pubblicato in G.U. n. 206 lo scorso 5.9.2011, hanno delineato le informazioni e i dati che dovranno essere veicolati per il corretto funzionamento del sistema, quali ad esempio il rilascio di autorizzazioni rilevanti da parte di Regioni, Province e Comuni.

Secondo i termini dell'accordo, al SISTRI dovranno confluire tutte le informazioni sugli atti autorizzativi e sulle comunicazioni riguardanti le attività di recupero in procedura semplificata, degli impianti di recupero e/o smaltimento dei rifiuti, attraverso l'interconnessione con il catasto telematico. Inoltre,

le Regioni, le Province ed i Comuni qualora competenti al rilascio delle autorizzazioni devono rendere disponibili le informazioni relative alle autorizzazioni e comunicazioni vigenti con le seguenti modalità:

a) entro tre mesi dalla data di sottoscrizione dell'Accordo, utilizzando gli standard di cui all'all.1 dell'accordo;

b) successivamente le informazioni dovranno essere trasmesse entro 15 giorni dall'efficacia dei relativi provvedimenti; anche le Regioni, le Province ed i Comuni non dotati di sistemi informativi devono trasmettere le informazioni collegandosi al sito del catasto telematico seguendo le procedure ivi indicate.

Gli stessi enti, infine, potranno accedere al SISTRI attraverso il catasto telematico per finalità di consultazione e verifica delle informazioni ivi contenute, nel rispetto della vigente normativa in materia di trattamento dei dati. L'accordo prevede anche che i contenuti minimi, disponibili tramite il catasto telematico, relativi alle attività di produzione e di gestione dei rifiuti devono comprendere almeno le informazioni già contenute nel MUD. L'atto impegna Regioni, Province e Comuni a riversare nel database SISTRI tutti i dati utilizzando standard condivisi. Gli enti preposti alla vigilanza, controllo e all'accertamento degli illeciti utilizzeranno per l'esercizio delle loro funzioni i dati in oggetto. Gli enti preposti al controllo sono l'Arpa e le Province, queste ultime fino a quando esisteranno, considerato che il ddl costituzionale licenziato dal governo lo scorso 8 settembre ne ha disposto la cancellazione. In merito ai controlli occorre ricordare che il d. lgs. n. 205 del 2010 ha apportato delle modifiche agli artt. 195, 197 e 199 del d. lgs. n. 152 del 2006 (t.u. Ambiente) che riguardano il regime delle competenze. Ai sensi dell'art. 197 alle Province è attribuita la competenza ad effettuare controlli periodici in capo agli enti e alle imprese che producono rifiuti pericolosi, alle imprese che raccolgono e trasportano rifiuti a titolo professionale, agli stabilimenti e alle imprese che smaltiscono o recuperano rifiuti, curando, in particolare, che vengano effettuati adeguati controlli periodici sulle attività sottoposte alle procedure semplificate di cui agli

artt. 214, 215, e 216. I controlli concernenti la raccolta ed il trasporto di rifiuti pericolosi devono riguardare, in primo luogo, l'origine e la destinazione dei rifiuti. Inoltre le province, nella programmazione delle ispezioni e controlli, possono tenere conto, nella determinazione della frequenza degli stessi, delle registrazioni ottenute dai destinatari nell'ambito del sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS). Tutti gli enti locali (regioni, province, comuni), qualora producano rifiuti pericolosi sono tenuti ad iscriversi al SISTRI, come produttori di rifiuti pericolosi, secondo la tempistica di cui sopra. Gli stessi soggetti, qualora titolari di autorizzazioni di impianti di recupero/smaltimento di rifiuti urbani sono, altresì, obbligati ad iscriversi al SISTRI, ai sensi dell'art. 1, co. 1 lett. a) del d.m. 17.12.2009, nella categoria recuperatori/smaltitori. I centri di raccolta che operano ai sensi del d.m. 8.4.2008 sono esentati dall'obbligo di iscrizione. I comuni non sono, invece, tenuti ad iscriversi al SISTRI come produttori di rifiuti urbani. Solo i Comuni della regione Campania devono, ai sensi dell'art. 2 del citato d.m. 17.12.2009, iscriversi al SISTRI, come produttori di rifiuti urbani⁴. Almeno nella fase di *start up*, anche in considerazione dell'attuale modello organizzativo prevalente dei Comuni, si ritiene di suggerire alcune modalità operative per semplificare la gestione del SISTRI per i Comuni e per tutti i soggetti giuridici obbligati, al fine di garantire l'adeguatezza e quindi la sostenibilità del nuovo sistema di tracciabilità dei rifiuti e, soprattutto, per evitare il rischio concreto di *"abbandoni sconsiderati dei rifiuti pericolosi sul territorio"*.

1. Le sedi comunali, oltre al municipio vero e proprio, sono solitamente costituite e articolate in più unità locali, quali: magazzini; cimitero; biblioteca; ambulatori; ecc.. Secondo quanto previsto dalla normativa, ciascuna unità, in quanto produttrice diretta, dovrebbe avere una propria iscrizione e funzionalità autonoma, questo comporta una serie di problemi:

⁴ Nota sul nuovo Sistema per la Tracciabilità dei Rifiuti (SISTRI), ANCI.

- ciascuna unità operativa, pur nella propria autonomia funzionale, dipende comunque e totalmente dal municipio centrale;
- ciascuna unità potrebbe non disporre di personale con competenze che consentano di utilizzare correttamente il nuovo sistema;
- spesso molte delle unità locali non dispongono della strumentazione informatica necessaria allo svolgimento delle procedure.

Alla luce di queste oggettive situazioni si ritiene indispensabile che il comune (almeno quello di minore dimensione demografica), a prescindere dalle unità locali da cui è costituito (più o meno dipendenti o più o meno autonome) debba provvedere, comunque, ad una sola iscrizione e che tutte le procedure siano a carico di un solo ufficio competente in modo da concentrare le conoscenze e le capacità richieste per coordinare ed applicare correttamente la nuova normativa.

2. Diversi comuni dispongono sul proprio territorio di piattaforme ecologiche (o centri di raccolta) che gestiscono direttamente, o in forma associata o attraverso altre modalità quali, ad esempio, la gestione in appalto a soggetti giuridici autorizzati aventi i necessari requisiti di idoneità. Presso tali sedi sono conferite dai cittadini e dalle imprese locali autorizzate alcune tipologie di rifiuto speciale e pericoloso che, in sicurezza, sono adeguatamente separate e stoccate. Anche i Comuni stessi conferiscono in tali sedi sia i rifiuti prodotti direttamente nel palazzo comunale e/o nelle altre unità locali, sia quelli abbandonati abusivamente sul territorio e raccolti dagli operatori ecologici dell'amministrazione. Detti rifiuti vengono poi avviati allo smaltimento o ai vari centri di coordinamento per il recupero secondo i canali previsti dalle normative. Stante la situazione descritta (riconosciuta da tutti come "virtuosa"), che si riscontra in moltissime realtà locali, è facile comprendere che se si vogliono ottenere garanzie di successo per il sistema che dovrà perseguire la gestione e la tracciabilità dei rifiuti pericolosi, ci si dovrà necessariamente affidare ad un modello gestionale che utilizzi pienamente dette strutture ove presenti. Infatti attraverso queste realtà consolidate si possono realizzare dei modelli operativi che siano so-

stanzialmente attuabili, sicuri, economici e adeguati, nonché operativi a pieno regime in tempi ristretti. Pertanto si ritiene che sia sicuramente più opportuno e più facile avviare il SISTRI ponendo in capo anche al soggetto giuridico gestore della piattaforma ecologica, a tutti gli effetti considerata unità locale, l'obbligo-garantibilità della iscrizione al SISTRI con tutti gli adempimenti conseguenti.

A nostro parere così facendo, si raggiungerebbero facilmente molti degli obiettivi del SISTRI con una netta semplificazione dei processi e delle modalità operative che nessuno esclude possano essere ulteriormente approfonditi ed eventualmente migliorati in successive fasi.

Per il raggiungimento degli obiettivi sopra esposti l'ANCI è disponibile a valutare proposte operative che consentano ai comuni di migliorare ancora di più i propri standard qualitativi in questo settore che, tra l'altro, consente di misurare il livello di civiltà e di lungimiranza di una comunità.

3. Si ritiene, infine, che tutte le amministrazioni che hanno appaltato a soggetti giuridici autorizzati (società partecipate o a capitale privato) la gestione in regime di "global service" delle aree, delle unità locali e delle attrezzature che producono rifiuti definiti pericolosi, debbano essere esentati dall'iscrizione al SISTRI e dai relativi adempimenti. Sul sito del SISTRI si evincerebbe l'esonero dall'obbligo di iscrizione, ma su tale punto rimane ancora qualche incertezza. Sarebbe necessario individuare una modalità giuridica per cui i comuni possano delegare in "outsourcing" un eventuale soggetto terzo e quindi non essere obbligati a pagare il contributo al SISTRI. Si segnala infine la problematica relativa alle iscrizioni degli impianti di proprietà comunale affidati a terzi. Il Ministero ha ribadito all'ANCI che gli oneri derivanti dal SISTRI afferiscono ai titolari degli impianti⁵, indicando che nell'ipotesi in cui non sia stata ancora effettuata la volturazione dell'autorizzazione e l'amministrazione comunale si sia iscritta al SISTRI, quest'ultima dovrà immediatamente segnalare l'avvio delle

⁵ Nota inviata dal Ministero all'ANCI, www.anci.it.

procedure di volturazione al Ministero dell'Ambiente ai fini dell'attribuzione del contributo al soggetto gestore [...] che provvederà ad effettuare l'iscrizione al SISTRI non appena avvenuta la volturazione. Da ciò deriverebbe un evidente problema nel caso di variazione degli affidamenti. La soluzione potrebbe essere che il gestore si iscriva in funzione del contratto di servizio e non della volturazione dell'autorizzazione. Non sono obbligati all'iscrizione al SISTRI i centri di raccolta comunali o intercomunali disciplinati dal d.m. 8.4.2008, come modificato dal d.m. 13.5.2009 che svolgono unicamente attività di raccolta, mediante raggruppamento per frazioni omogenee per il trasporto agli impianti di recupero, trattamento e, per le frazioni non recuperabili, di smaltimento, dei rifiuti urbani e assimilati ed iscritti all'Albo Nazionale gestori Ambientali.

Qualora dal centro di raccolta di cui al d.m. 8.4.2008 i rifiuti vengano movimentati da una impresa di trasporto iscritta al SISTRI, il sistema di tracciabilità si avvia con la compilazione della Scheda SISTRI – Area Movimentazione da parte del trasportatore che deve inserire i dati inerenti il produttore che coincide con il centro di raccolta.

I centri di raccolta e le piattaforme di conferimento autorizzate ai sensi del d.lgs. 152/06 art. 208 e seguenti, gestite nell'ambito del servizio pubblico o di altro circuito organizzato di raccolta, che accettano rifiuti speciali, previa convenzione e che effettuano unicamente operazioni di messa in riserva R13 e deposito preliminare D15 di rifiuti speciali sono tenuti ad iscriversi al SISTRI nella categoria centri raccolta/piattaforme e pagare il contributo annuo di 500 Euro indipendentemente dalla quantità di rifiuti gestiti.

Relativamente ai rifiuti non pericolosi prodotti da uffici, o scuole, questi non derivano dalle attività di cui alle lettere c, d e g dell'art. 184 del d. lgs. 152/06. Quindi se un'impresa o un ente che effettua unicamente attività di ufficio non produce rifiuti pericolosi, questa non è tenuta all'iscrizione al SISTRI. Se invece tale impresa produce anche rifiuti pericolosi, questa è tenuta

all'iscrizione al SISTRI come produttore di rifiuti pericolosi. Tuttavia, se la gestione delle apparecchiature che possono produrre rifiuti pericolosi (quali toner, inchiostri, apparecchiature elettroniche) è esternalizzata - ad esempio, effettuata interamente da una società terza nell'ambito di un contratto di manutenzione o di leasing - allora è la società che effettua tale attività che dovrà iscriversi al SISTRI.

I Comuni, indipendentemente dal numero di abitanti, non devono iscrivere le unità locali con meno di dieci dipendenti, ivi comprese quelle affidate ad associazioni senza scopo di lucro. Nel caso in cui non ci sia nessuna unità locale con più di dieci dipendenti, si iscrive comunque il Comune, con la somma dei dipendenti delle singole unità locali.

Si ricorda che il contributo SISTRI si riferisce all'anno solare di competenza, indipendentemente dal periodo di effettiva fruizione del servizio, potendo essere rideterminato, con cadenza annuale, con decreto ministeriale. Dalle prime valutazioni risulterebbe che gli operatori iscritti al SISTRI debbano comunicare le quantità e le caratteristiche qualitative dei rifiuti oggetto della loro attività utilizzando i dispositivi. La tipologia delle informazioni che ciascun operatore iscritto deve fornire al SISTRI è riportata nelle Schede SISTRI di cui all'allegato III del d.m. 18.2.2011, n. 52 (cosiddetta test unificazione SISTRI)⁶. Le istruzioni per la compilazione delle Schede SISTRI sono disponibili sul sito internet del SISTRI⁷ e non corrispondono, quantomeno in toto, a quanto pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

Diversi punti sono rimasti ancora aperti nonostante i chiarimenti da parte delle istituzioni, sarà comunque necessario l'impegno di tutti gli operatori del settore giuridico per rispondere alle attuali e future problematiche che si porranno nella fase di attuazione.

⁶ Il SISTRI e gli enti locali (come soggetti aderenti al sistema): cenni, A. Pierobon, Approfondimento 23/05/2011, www.unitel.it.

⁷ <http://www.sistri.it>.

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

della Prof.ssa Maria Rosaria Salerno

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.12.2011, n. 6363
P.I.P. - scadenza - effetti - variante - adozione - illegittimità.

È illegittima la delibera di variante del P.I.P. adottata quando il piano che ne forma oggetto sia ormai scaduto. Invero, la giurisprudenza insegna che quando vi sia l'approvazione di un secondo piano per gli investimenti produttivi, a seguito della perdita di efficacia di quello precedente per il decorso del termine fissato dalla legge, si impone un'integrale riedizione delle valutazioni occorrenti ai fini dell'originaria adozione del piano, e pertanto una valutazione del tutto nuova circa la scelta pianificatoria attuativa rimasta (in tutto o in parte) irrealizzata. In tal caso si deve perciò nuovamente verificare se sussista un «interesse generale, che trascenda l'interesse privato dell'assegnatario», e questo «di volta in volta mediante accertamenti di fatto e valutazioni che debbono trovare compiuta espressione nella motivazione»; e tale accertamento deve riguardare i possibili incentivi «alla iniziativa economica, l'aumento della produttività, la creazione di nuovi posti di lavoro» (CdS, IV, 539/95).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 1.12.2011, n. 6349

P.R.G. - approvazione - Regione - poteri.

Il Piano regolatore generale comunale, così come qualsivoglia strumento urbanistico, discende dalla concorrente ma autonoma valutazione di due diverse autorità, quali – per l'appunto – il Comune e la Regione. Nell'ambito del relativo procedimento il ruolo del Comune è, in linea di principio, preponderante, in quanto ad esso spetta l'iniziativa e la formulazione di una compiuta proposta, mediante l'adozione del progetto di piano; alla Regione, invece, spetta non solo di negare l'approvazione, ma anche di approvare il piano apportandogli, entro certi limiti e condizioni, modifiche non accettate dal Comune. In parti-

colare la Regione, all'atto dell'approvazione dello strumento urbanistico, può apportare a quest'ultimo le modifiche che non comportino sostanziali innovazioni (cc.dd. facoltative), le modifiche conseguenti all'accoglimento di osservazioni presentate al piano ed accettate con deliberazione del Consiglio comunale (cc.dd. concordate), nonché le modifiche riconosciute indispensabili per assicurare il rispetto delle previsioni del piano territoriale regionale di coordinamento, la razionale sistemazione delle opere e degli impianti di interesse dello Stato, la tutela del paesaggio e dei complessi storici, monumentali, ambientali e archeologici, nonché l'adozione di standard urbanistici minimi (cc.dd. obbligatorie).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.11.2011, n. 6049

P.R.G. - adozione - osservazioni dei privati - rigetto - specifica motivazione - obbligo - non sussiste.

P.R.G. - adozione - motivazione - obbligo - limiti - destinazione agricola.

Riserva naturale - stralcio - Comune - tutela paesaggistica - potere - sussiste.

Le osservazioni dei privati ai progetti di strumenti urbanistici sono un mero apporto collaborativo alla formazione di detti strumenti e non danno luogo a peculiari aspettative, con la conseguenza che il loro rigetto non richiede una specifica motivazione, essendo sufficiente che esse siano state esaminate e ritenute in contrasto con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del piano. Le scelte effettuate dall'Amministrazione nell'adozione degli strumenti urbanistici costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità, sicché anche la destinazione data alle singole aree non necessita di apposita motivazione, oltre quella che si può evincere dai criteri gene-

rali, di ordine tecnico-discrezionale, seguiti nell'impostazione del piano stesso, essendo sufficiente l'espresso riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto di modificazione al piano regolatore generale, salvo che particolari situazioni non abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni: in sostanza le uniche evenienze, che richiedono una più incisiva e singolare motivazione degli strumenti urbanistici generali, sono date dal superamento degli standards minimi di cui al d.m. 2.4.1968, con riferimento alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento, indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona di determinate aree; dalla lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione e, infine, dalla modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo. Nessuna aspettativa, invece, deriva dalla diversa destinazione urbanistica pregressa della medesima area, rispetto alla quale l'amministrazione conserva ampia discrezionalità, potendo modificare in peius rispetto agli interessi del proprietario la destinazione urbanistica.

La destinazione agricola di un suolo non deve rispondere necessariamente all'esigenza di promuovere specifiche attività di coltivazione, e quindi essere funzionale ad un uso strettamente agricolo del terreno, potendo essere concretamente volta a sottrarre parti del territorio comunale a nuove edificazioni, ovvero a garantire ai cittadini l'equilibrio delle condizioni di vivibilità, assicurando loro quella quota di valori naturalistici e ambientali necessaria a compensare gli effetti dell'espansione dell'aggregato urbano.

Una volta stralciato un suolo dal perimetro del parco a seguito delle determinazioni pianificatorie assunte dall'Ente competente, spetta comunque al Comune la facoltà di perseguire, attraverso gli ordinari strumenti di zonizzazione dei suoli, anche obiettivi di conservazione e di limitazione dell'attività edificatoria diversi e

ulteriori rispetto a quelli cui è preposta l'Autorità deputata alla salvaguardia di valori paesaggistici e ambientali.

Consiglio di Stato, Sez.IV, 13.7.2011, n. 4242

PRG - motivazione - riferimento alla relazione di accompagnamento - legittimità.

PRG - contenimento volumetrie - al fine di evitare l'eccessiva antropizzazione - legittimità.

In sede di adozione di PRG, la motivazione delle destinazioni delle singole aree può evincersi dai criteri generali, di ordine tecnico discrezionale, seguiti nell'impostazione del piano stesso, essendo a tal fine sufficiente l'espresso riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto di modificazione al piano regolatore generale.

È legittima e ragionevole la scelta, effettuata dal Comune in sede di adozione del nuovo PRG, di contenere le volumetrie al fine di prevenire che, come è capitato ad altri comuni turistici, l'eccessiva antropizzazione del territorio - facendo venir progressivamente meno l'attrattiva paesaggistico - ambientale della località - finisca per nullificare l'interesse dei villeggianti ed di conseguenza innescare una irrimediabile crisi del relativo settore.

T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Tn, 16.12.2011, n. 316

Strumenti urbanistici eterogenei - contrasto - conseguenze - annullamento.

In ipotesi di contrasto tra strumenti urbanistici comunali e strumenti sovraordinati, trattandosi della eliminazione di antinomie scaturenti dall'operare di fonti eterogenee l'ordinamento prevede l'istituto dell'annullamento.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 26.7.2011, n. 1979

Piani di lottizzazione - termine decennale - decorso - conseguenze - inefficacia - nuovo piano - redazione - obbligo - sussiste - nuova convenzione - stipulazione - potere - non sussiste.

Va riconosciuta ai piani di lottizzazione l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 16 e 17 l. 1150/1942, con la conseguenza che va riconosciuta anche ad essi l'applicabilità del termine massimo di validità decennale entro il

quale devono essere attuati e decorso il quale divengono inefficaci per la parte inattuata. Una volta scaduto il piano attuativo il Comune deve disciplinare la parte di piano che non ha avuto attuazione mediante un nuovo piano nel rispetto delle procedure previste dalla legge per l'approvazione dei piani attuativi, non potendo limitarsi ad addivenire alla stipula di una nuova convenzione che modifichi quanto previsto dai piani attuativi divenuti inefficaci (nella specie la nuova stipula della convenzione di lottizzazione avrebbe inciso sull'obbligo di asservimento ad uso pubblico dell'area a verde, riducendola).

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 7.7.2011, n. 1843
PRG - formazione - aree agricole - divieto assoluto di edificazione - motivazione specifica - necessità - sussiste.

In sede di formazione del nuovo PRG l'ente comunale è tenuto a rispettare la consolidata giurisprudenza secondo cui eventuali divieti assoluti di edificazione nelle aree agricole richiedono una specifica e particolare motivazione, in quanto le stesse ledono la legittima aspettativa dell'imprenditore agricolo allo sviluppo della propria attività.

TAR Marche, Sez. I, 7.7.2011, n. 569
PRG - formazione - affidamento del privato - motivazione specifica e proporzionale - necessità - sussiste.
PRG - formazione - economicità ed efficacia - inosservanza - illegittimità.

Le scelte effettuate dall'Amministrazione, nell'adozione degli strumenti urbanistici, non necessitano di apposita motivazione, oltre quella che si può evincere dai criteri generali seguiti nell'impostazione del piano stesso.

È richiesta però una più incisiva e singolare motivazione, ossequiosa del principio di proporzionalità, per le scelte poste in essere in sede di adozione di nuovi strumenti urbanistici generali nelle ipotesi di: a) superamento degli standards minimi di cui al dm 2.4.1968; b) lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante da convenzioni di lottizzazione o da accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree; c) aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di accertamento

dell'illegittimità del silenzio-rifiuto formatosi su una domanda di concessione edilizia; d) modificazione in zona agricola della precedente destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo (nella fattispecie è stata ritenuta integrata l'ipotesi sub b, in considerazione delle modificazioni in peius ad un terreno acquistato dalla ricorrente direttamente dal Comune a seguito di asta pubblica).

È illegittima la previsione di PRG destinata a rimanere inattuata, per non avere previsto il Comune strumenti atti in concreto a garantire il raggiungimento dell'obiettivo dato. In materia urbanistica invero l'interesse pubblico esige che le previsioni di PRG vengano attuate nei modi e nei tempi stabiliti; prescrizioni urbanistiche che restano lettera morta, non possono considerarsi azione amministrativa efficace, poiché inidonee a stimolare e promuovere lo sviluppo socio-economico del territorio, attraverso iniziative per la trasformazione o la conservazione funzionale dell'esistente, producendo il risultato opposto, cioè di un sostanziale congelamento delle stesse (nella specie i ricorrenti impugnavano la delibera di adozione del nuovo PRG, il quale subordinava l'attuazione di Comparto di espansione industriale ad un intervento minimo di mitigazione, da realizzare nel comparto medesimo – con frustrazione dell'affidamento - o in zona agricola circostante in proprietà a terzi, rimettendosi in questo caso all'esclusivo gioco delle trattative tra privati).

TAR Toscana, Sez. I, 5.7.2011, n. 1133
Regolamento urbanistico - potenzialità edificatoria - subordinata a condizioni sproporzionate - illegittimità.

È illegittima la previsione del Regolamento Urbanistico comunale che, nel consentire la realizzazione di insediamenti produttivi, imponga tuttavia condizioni al concreto rilascio dei permessi di costruire sproporzionate, eccessivamente onerose e non correlate alle esigenze proprie degli edifici realizzandi (nella specie progettazione e realizzazione di una complessa opera idraulica, preceduta da uno studio idraulico quantitativo di dettaglio).

TAR Lazio, Sez. II bis, 5.7.2011, n. 5889

Strumenti attuativi - decadenza - nuova pianificazione - obbligo - sussiste.

A seguito del venir meno di un vincolo a verde pubblico su aree private sorge per l'ente locale l'obbligo di procedere a nuova pianificazione dell'area.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 28.6.2011, n. 951

Piano per il governo del territorio - nuova adozione - sovradimensionamento della crescita demografica - illegittimità.

Sono illegittime, in assenza di una congrua motivazione, le previsioni del nuovo piano per il governo del territorio, imperniate su un netto sovradimensionamento del futuro numero di abitanti (nella specie l'aumento degli indici era basato sulla considerazione di un incremento superiore al 30% nel quinquennio, laddove l'evoluzione demografica del Comune nell'ultimo quarantennio si assestava su una sostanziale stabilità).

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte Costituzionale, 23.11.2011, n. 309

Legislazione regionale - ristrutturazione edilizia - autonoma definizione - potere - non sussiste.

Sono costituzionalmente illegittimi gli art. 27, co. 1, lett. d, l. reg. Lombardia 12/2005 nella parte in cui esclude l'applicabilità del limite della sagoma alle ristrutturazioni edilizie mediante demolizione e ricostruzione; 103 l. reg. Lombardia 12/2005 nella parte in cui disapplica l'art. 3 d.P.R. 380/01; 22 l. reg. Lombardia 7/10 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative – Collegato ordinamentale 2010).

Invero, rientrano nell'ambito della normativa di principio in materia di governo del territorio sia le disposizioni legislative riguardanti i titoli abilitativi per gli interventi edilizi (C.Cost, 303/2003); sia, a fortiori, le disposizioni che definiscono le categorie di interventi, perché è in conformità a queste ultime che è disciplinato il regime dei titoli abilitativi, con riguardo al procedimento e agli oneri, nonché agli abusi e alle relative sanzioni, anche penali. In base alla normativa statale di principio, quindi, un intervento di demolizione e ricostruzione che non rispetti la sagoma dell'edificio preesistente – intesa quest'ultima come la conformazione planivolumetrica della costruzione e il suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale – configura un intervento di nuova costruzione e non di ristrutturazione edilizia. Diversamente,

se il legislatore regionale potesse definire a propria discrezione tale linea, la conseguente difformità normativa che si avrebbe tra le varie Regioni produrrebbe rilevanti ricadute sul «paesaggio [...] della Nazione» (art. 9 Cost.), inteso come «aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale» (C.Cost. 367/2007), e sulla sua tutela.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.12.2011, n. 6612

Industrie insalubri - prima classe - PdC - illegittimità - condizioni.**Industrie insalubri - ampliamento - PdC - diniego - basato sul parere negativo della Asl - legittimità.****Industrie insalubri - Asl - parere negativo – basato sul principio di precauzione - legittimità.**

Una industria o manifattura iscritta nella prima classe di cui all'art. 216 r.d. 1265/1934 può essere permessa nell'abitato, quante volte l'industriale che l'esercita provi che, per l'introduzione di nuovi metodi o speciali cautele, il suo esercizio non reca nocimento alla salute del vicinato. Inoltre, secondo la giurisprudenza di legittimità, se il titolare dimostra che, per l'introduzione di nuovi metodi o speciali cautele, l'esercizio dell'attività non reca nocimento alla salute del vicinato, le distanze eventualmente prescritte dal p.r.g. possono essere derogate.

È legittimo il diniego di rilascio di permesso di costruire per l'ampliamento di un opificio con

connesso impianto di depurazione basato su un parere negativo dell'autorità sanitaria. Invero l'autorità comunale può, in materia di industrie insalubri, discostarsi dal parere negativo reso dall'Autorità sanitaria locale in ipotesi di assoluta insufficienza, carenza, approssimazione dello stesso, ove le allegazioni di parte – o comunque acquisite dall'amministrazione comunale – provino oltre ogni dubbio la relativa inattendibilità e la sussistenza di comprovati elementi che escludano inconvenienti sanitari ascrivibili all'azienda. Ove viceversa, l'autorità comunale intenda conformarsi al provvedimento di diniego della ASL, la motivazione del diniego di permesso di costruire richiama il contenuto del parere negativo dell'autorità sanitaria e l'assenza di elementi che inducano a discostarsene.

Il parere negativo dell'ASL in materia di industrie insalubri ben può basarsi sul principio di precauzione, essendo questo principio autonomo che discende dagli obblighi del Trattato europeo di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi anche se unicamente potenziali per la salute, la sicurezza e per l'ambiente, facendo in ciò necessariamente prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici dei singoli cui sia fondatamente addebitabile il pregiudizio temuto ovvero già occorso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.11.2011, n. 6296
PdC - condizioni - irragionevolezza - illegittimità.

È illegittima l'imposizione, in sede di rilascio di PdC, di prescrizioni illogiche ed irragionevoli (nella specie l'area da destinare a parcheggio era stata imposta in misura del tutto ultronea rispetto a quanto previsto dagli strumenti urbanistici, impendendo finanche la realizzazione di servizi ed impianti tecnici; era inoltre stata imposta una traslazione non motivata delle costruzioni tale da alterare le zone di rispetto tra edifici e tra essi ed i confini e rendere impossibile la circolazione; nonché l'accesso da una strada che, data la conformazione orografica dell'area, avrebbe comportato onerose misure di grandissimo impatto senza alcun leale confronto partecipativo).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.10.2011, n. 5759

Standard - distanze - ambito di applicazione - sopraelevazioni - rispetto - obbligo - sussiste - quota del nuovo edificio - irrilevanza.

L'art. 9, co. 2, d.m. 1444/68 è applicabile sia alle nuove costruzioni, sia alle sopraelevazioni, indipendentemente dalle contrastanti previsioni degli strumenti urbanistici e dal fatto che la nuova costruzione sia destinata ad essere mantenuta ad una quota inferiore a quella dalle finestre antistanti e a distanza dalla soglia di queste conforme alle previsioni dell'art. 907 co.3, c.c.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.9.2011, n. 5102
Concessione in sanatoria - domanda incompleta per carenza di documenti - effetti.

La mancata allegazione della documentazione ex art. 35, co.3, l. n. 47/1985, comporta la preclusione per l'istante di ottenere la concessione in sanatoria per silenzio assenso prevista dal successivo comma 18, e non di far considerare inesistente la domanda stessa. Nel caso in cui l'Amministrazione comunale inviti l'interessato a presentare la documentazione integrativa di quella già prodotta, interviene l'interruzione del termine biennale necessario al formarsi del silenzio assenso della P.A. ex art. 35, co.17, l. n. 47/1985 e l'inizio di un nuovo termine dalla data di deposito di quanto richiesto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.9.2011, n. 5028
PdC - decadenza - ripermetrazione parco naturale - sussiste.

PdC - decadenza - procedimento - CAP - necessità - non sussiste.

L'art. 15, co. 4, d.P.R. 380/01, secondo cui "Il permesso decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio" si applica anche ai mutamenti nella pianificazione determinati dalla ripermetrazione dei parchi naturali.

L'istituto della decadenza del permesso di costruire ha natura dichiarativa ed effetti ex tunc, non essendo per esso predicabile l'istituto di cui all'art. 7 l.proc.amm.. In altre parole l'atto è emanato per il solo verificarsi dell'evento indicato dalla legge ed è sottratto alla disponibilità delle parti, per cui il privato, anche se fosse tempestivamente avvertito dell'avvio del relati-

vo procedimento, non avrebbe alcuna possibilità d'influirvi a proprio vantaggio.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.9.11, n. 4968

PdC - istanza - legittimazione - diritto personale di godimento - sufficienza - esclusione - attribuzione negoziale della relativa facoltà - necessità - sussiste - istruttoria - obbligo - ampiezza.

Standard - strumenti urbanistici - derogabilità - esclusione - computo - criteri - definizione.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale poiché la legittimazione attiva a chiedere il rilascio di un titolo abilitativo edilizio è configurabile non solo in capo al proprietario del terreno, ma anche in favore del soggetto titolare di altro diritto di godimento del fondo, che lo autorizzi a disporre con un intervento costruttivo, la pubblica amministrazione non è tenuta a svolgere una preliminare indagine istruttoria che si estenda fino alla ricerca d'ufficio di eventuali elementi limitativi, preclusivi o estintivi del titolo di disponibilità allegato dal richiedente.

La disciplina imperativa delle distanze posta dall'art. 9 d.m. 1444/68 prevale e sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione, per cui le distanze legali previste dagli standards urbanistici sono immediatamente applicabili ai rapporti privati, anche ove gli strumenti urbanistici prevedono distanze minori.

Le distanze legali tra edifici ai fini del rispetto dell'art. 9 d.m. 1444/68 vanno calcolate con riferimento ad ogni punto dei fabbricati e non alle sole parti che si fronteggiano e a tutte le pareti finestrate e non solo a quella principale, prescindendo anche dal fatto che esse siano o meno in posizione parallela, e va computata in relazione a tutti gli elementi costruttivi, anche accessori, qualunque ne sia la funzione, aventi i caratteri della solidità, della stabilità e della immobilizzazione, salvo che non si tratti di sporti e di aggetti di modeste dimensioni con funzione meramente decorativa e di rifinitura, tali da potersi definire di entità trascurabile rispetto all'interesse tutelato dalla norma riguardata nel suo triplice aspetto della sicurezza, della salubrità e dell'igiene (nel caso di specie sono stati ritenuti computabili balconi di am-

piezza pari a ml. 1,50, stante la loro funzione di estendere ed ampliare per l'intero fronte dell'edificio la parte utilizzabile per l'uso abitativo).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.8.2011, n. 4835

PdC - procedimento - archiviazione - per mancanza del progetto degli impianti elettrici - legittimità.

È legittima l'archiviazione del procedimento volto al rilascio del permesso di costruire, disposta in quanto il progetto di edificazione non risultava corredato da quello relativo agli impianti elettrici, giusto il disposto dell'art. 6, l. 46/90, il quale ritiene obbligatoria la redazione del progetto ed il suo deposito contestualmente al progetto edificatorio con lo scopo di garantire un controllo sulla sicurezza "ab origine" dell'edificio.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.7.2011, n. 4134

Aree asservite - mutamento indici edificatori - irrilevanza.

Lo strumento urbanistico, nel disporre le future conformazioni del territorio, considera le sole "aree libere", tali dovendosi ritenere quelle che non risultano già edificate (in quanto costituenti aree di sedime di fabbricati o utilizzate per opere di urbanizzazione), ovvero quelle che, nel rispetto degli standard urbanistici, risultano comunque già utilizzate per l'edificazione (in quanto asservite alla realizzazione di fabbricati, onde consentirne lo sviluppo volumetrico). Quanto esposto comporta che eventuali variazioni degli indici di fabbricazione in melius non possono riguardare aree già utilizzate a fini edificatori; al contrario, eventuali variazioni in senso restrittivo dei predetti indici si impongono ad aree per le quali, pur essendo in precedenza previsti indici più favorevoli, non siano state ancora utilizzate a fini edificatori.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.6.2011, n. 3868

Fasce rispetto stradale - ambito di applicazione - strade private - esclusione.

Servitù uso pubblico - costituzione - modalità - *dicatio ad patriam* - usucapione.

Le disposizioni urbanistiche finalizzate a disciplinare le fasce di rispetto delle costruzioni ai fini della sicurezza della circolazione si applica, in linea con l'art. 1 d.lgs. 285/92 e a meno di testuali e proporzionali indicazioni contra-

rie- unicamente alle aree pubbliche e ad uso pubblico destinate alla circolazione.

La costituzione su una strada privata di una servitù di uso pubblico può avvenire, alternativamente, a mezzo della cd. *dicatio ad patriam* - costituita dal comportamento del proprietario di un bene che metta spontaneamente ed in modo univoco il bene a disposizione di una collettività indeterminata di cittadini, producendo l'effetto istantaneo della costituzione della servitù di uso pubblico -, ovvero attraverso l'uso del bene da parte della collettività indifferenziata dei cittadini, protratto per il tempo necessario all'usucapione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.6.2011, n. 3823

Asservimento - vincoli conseguenti - aventi causa - trasmissibilità - va affermata.

Asservimento - caratteristiche - definitività - perpetuità - vanno affermate.

Secondo la costante e condivisibile giurisprudenza, l'asservimento di un fondo, in caso di edificazione, costituisce una qualità oggettiva dello stesso, opponibile ai terzi, che continua a seguire il fondo anche nei successivi trasferimenti a qualsiasi titolo intervenuti in epoca successiva.

Il vincolo creato dall'asservimento permane sul fondo servente a tempo indeterminato, creando una relazione pertinenziale nella quale viene posta "durevolmente" a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro". In definitiva, gli effetti derivanti dal vincolo, integrando una qualità oggettiva del terreno, hanno carattere definitivo ed irrevocabile e provocano la perdita definitiva delle potenzialità edificatorie dell'area asservita, con permanente minorazione della sua utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 21.12.2011, n. 1779

Certificato di destinazione urbanistica - natura costitutiva - esclusione.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente il certificato di destinazione urbanistica ha natura ed effetti meramente dichiarativi e non costitutivi di posizioni giuridiche.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 7.12.11, n. 1022

PdC - variante - termine inizio lavori - nuova

decorrenza - esclusione.

Poiché tra il provvedimento di variante e l'originario permesso di costruire non sussiste autonomia, in sede di rilascio di variante non decorre un nuovo termine di avvio dei lavori. Conseguentemente il dies a quo dell'avvio dei lavori deve essere determinato con riferimento al titolo concessorio originario.

TAR Toscana, Sez. III, 28.11.2011, n. 1830

Pertinenza - nozione civilistica - nozione urbanistica - differenze.

Il concetto civilistico di pertinenza (definito dagli artt. 817 e ss. c.c.) differisce da quello urbanistico, il quale ultimo non comprende i manufatti che hanno caratteristiche costruttive e dimensionali tali da alterare visibilmente e notevolmente lo stato dei luoghi (nella specie sono state ritenute nuove costruzioni un insieme di strutture prefabbricate e roulotte, in quanto adibite ad usi ripetuti nel tempo, anche in virtù della presenza degli allacciamenti fognari ed elettrici).

TAR Lazio, Sez. II bis, 21.9.2011, n. 7507

PdC - decadenza - accertamento - atto dichiarativo - adozione - necessità - sussiste.

Sussiste l'obbligo del privato di adempiere all'obbligazione, assunta in sede di rilascio della concessione edilizia e per il periodo massimo di validità della stessa, di trasferire al Comune una porzione di terreno adiacente alla futura costruzione assentita, posto che la decadenza dal PdC necessita dell'intermediazione di un formale atto dichiarativo adottato all'esito di un contraddittorio col privato.

TAR Sicilia, Ct, 15.9.2011, n. 2220

PdC - istanza - legittimazione - diritto personale di godimento - sufficienza - esclusione - attribuzione negoziale della relativa facoltà - necessità - sussiste - istruttoria - obbligo - ampiezza.

Secondo la consolidata esegesi dell'art. 11 d.P.R. 380/11 la "disponibilità dell'area al fine della legittimazione alla presentazione dell'istanza autorizzatoria implica una relazione qualificata a contenuto reale con il bene, salvo che il diritto personale di godimento attribuisca al titolare la facoltà di attuare interventi sull'immobile. Al Comune spetta soltanto

la verifica, in capo al richiedente, di un titolo sostanziale idoneo a costituire la c.d. "posizione legittimante", senza alcuna ulteriore e minuziosa indagine che si estenda fino alla ricerca di eventuali fattori limitativi, preclusivi o estintivi del titolo di disponibilità dell'immobile, salvo che la sussistenza di detti fattori ostativi non emerga, con pari grado di certezza, dagli atti del procedimento eventualmente introdotti da chi ne abbia interesse (nella specie è stato ritenuta rientrando nella facoltà dell'affittuario di immobile ad uso agricolo la legittimazione a presentare istanza per lavori di manutenzione ordinaria volte alla realizzazione di opere modeste ed eliminabili con facilità, finalizzate all'adeguamento dei locali ad uso ristorante/cucina al fine di ottenere il certificato di agibilità e l'autorizzazione per la somministrazione al pubblico di alimenti e bevande).

TAR Campania, Na, Sez. IV, 15.9.11, n. 4402
Barriere architettoniche - eliminazione - opere conseguenti - n.o. indefettibilità - esclusione.

È legittimo il diniego di autorizzazione paesaggistica per opere volte alla eliminazione di barriere architettoniche su immobili vincolati, poiché dal tenore dell'art. 4, l. 13/89 emerge che il legislatore, nel bilanciamento degli opposti interessi inerenti da una parte alla tutela del patrimonio storico ed artistico nazionale e dall'altra alla salvaguardia dei diritti alla salute ed al normale svolgimento della vita di relazione e socializzazione dei soggetti in minorate condizioni fisiche, ha inteso sì dare prevalenza ai menzionati diritti della persona, ma nei soli limiti in cui non sia accertato e motivato un "serio pregiudizio" del bene vincolato.

TAR Lazio, Sez. II quater, 13.9.2011, n. 7290
Rustico - nozione.

La nozione di rustico, anche intesa nel senso più ampio possibile, richiede l'intervenuto completamento di tutte le strutture essenziali, tra le quali anche le "tamponature esterne" e la copertura, in modo tale da consentire di individuare e calcolare esattamente i volumi, indipendentemente dai materiali utilizzati, mentre non costituisce completamento della costruzione al rustico la semplice realizzazione delle strutture portanti in cemento armato, senza le

tamponature laterali.

TAR Campania, Na, Sez. II, 9.9.11, n. 4356
Contributo di costruzioni - esenzioni totale e parziale - presupposti.

Lo speciale regime di gratuità della concessione edilizia richiede il concorso di due requisiti, l'uno di carattere soggettivo consistente nell'esecuzione delle opere da parte di enti "istituzionalmente competenti", vale a dire da parte di soggetti ai quali la realizzazione dell'opera sia demandata in via istituzionale (ivi compresi i soggetti privati destinatari di una concessione di opera pubblica); e l'altro di carattere oggettivo, concernente l'ascrivibilità del manufatto oggetto di concessione edilizia alla categoria delle opere pubbliche o di interesse generale.

Al titolo abilitativo a costruire relativo ad un immobile destinato a casa di cura privata spetta la parziale esenzione dal contributo urbanistico, prevista dall'art. 10, l. 10/77 e s.m.i. per le concessioni relative a costruzioni o impianti destinati ad attività industriali o artigianali dirette alla trasformazione di beni ed alla prestazione di servizi, dal momento che l'attività imprenditoriale diretta alla prestazione di servizi sanitari è a pieno titolo un'attività industriale, giusta la definizione di "attività industriale" che si ricava dall'art. 2195 cod. civ..

TAR Puglia, Le, Sez. I, 9.9.11, n. 1586
Parcheggi interrati - costruzione in deroga - vincolo di pertinenzialità - necessità. Locali interrati - esclusione volumetria - condizioni.

La l. 122/89 ammette la possibilità di introdurre parcheggi interrati anche in deroga agli strumenti urbanistici alla condizione che gli stessi siano caratterizzati da vincoli di pertinenzialità rispetto alle unità abitative.

In materia edilizia i vani interrati non sono computabili ai fini del calcolo della complessiva volumetria dell'immobile, qualora le costruzioni si articolino in volumi fuori terra e locali interrati a quelli asserviti e sempre che siano insuscettibili di produrre un aumento del carico urbanistico, non siano destinati alla stabile permanenza dell'uomo (cantine, locali adibiti a strutture tecnologiche, garage al servizio di un appartamento), o lo strumento urbanistico non lo escluda espressamente.

TAR Sardegna, Sez. II, 2.9.2011, n. 912

PdC - diniego - rischio idraulico potenziale - legittimità.

È legittimo il diniego di permesso di costruire motivato sulla circostanza per cui l'area interessata dall'intervento edilizio ricade in zona di pericolosità idraulica molto elevata, accertata con apposito studio approvato dal Consiglio Comunale, ancorché la procedura di variante al PAI, per l'inserimento dell'area fra le zone ad alta pericolosità idraulica, non sia stata conclusa dal competente organo, dovendosi applicarsi il principio generale di precauzione che impone di dare assoluta prevalenza, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, alla protezione della salute e dell'ambiente, anche nelle ipotesi in cui il pericolo di rischio idraulico sia solo potenziale.

TAR Toscana, Sez. III, 1.9.11, n. 1373

Contributi di urbanizzazione - in ipotesi di mutamento di destinazione d'uso nei 10 anni successivi alla ultimazione dei lavori - quantum precedentemente corrisposto - irrilevanza.

Qualora il privato intenda modificare l'originaria destinazione dell'immobile nei dieci anni successivi all'ultimazione dei lavori, trova applicazione la sanzione prevista dall'art. 19, co. 3, d.P.R. n. 380/2001, che prevede un contributo di urbanizzazione calcolato nell'importo massimo corrispondente alla nuova destinazione, determinato con riferimento al momento dell'intervenuta variazione, senza prendere in considerazione il quantum dovuto in base ai parametri di calcolo vigenti per la destinazione pregressa.

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 5.8.2011, n. 1554

Contributi di concessione - società agricola - esclusione - legittimità.

L'esenzione dal contributo di concessione, prevista dall'art.17, d.P.R. 380/2001, è posta in ragione della destinazione dell'immobile alla conduzione del fondo e alle esigenze dell'imprenditore agricolo a titolo principale, sia esso persona fisica o giuridica. L'ordinamento comunitario ha infatti permesso di chiarire definitivamente che una diversità di trattamento tra soggetti giuridici dell'ordina-

mento, basata esclusivamente sulle forme nelle quali queste sono costituite, è contraria al principio di non discriminazione. Inoltre l'art. 2 d.lg. 99/2004 prevede che la ragione sociale o la denominazione sociale delle società, che hanno quale oggetto sociale l'esercizio esclusivo delle attività di cui all'art. 2135 cod.civ., deve contenere l'indicazione di "società agricola".

TAR Puglia, Le, Sez. III, 6.7.2011, n. 1245

PdC - istanza - legittimazione - condomino - pertinenza esclusiva spazio-funzionale - necessità - sussiste.

Rientra tra le facoltà del singolo condomino eseguire opere che siano strettamente pertinenti alla sua unità immobiliare, sotto i profili funzionale e spaziale, con la conseguenza che egli va considerato come soggetto avente titolo per ottenere a nome proprio l'autorizzazione o la concessione edilizia relativamente a tali opere (fattispecie relativa al rilascio del permesso di costruire per la sostituzione della canna fumaria di un ristorante in assenza del consenso del proprietario del lastrico solare, ritenuta legittima in quanto mera sostituzione di un quid esistente e non già realizzazione ex novo di un intervento edilizio).

TAR Campania, Na, Sez. II, 28.6.2011, n. 3459

Contributi di costruzione - prescrizione - decorrenza - data di rilascio del PdC.

La prescrizione del diritto di credito del Comune per i contributi di costruzione inizia a decorrere dal momento stesso del rilascio della concessione edilizia (cfr. CdS, V, 13.6.2003 n.3332; IV, 16.1.2009 n.216, secondo cui "il fatto costitutivo dell'obbligo giuridico del titolare della concessione edilizia, di versare il contributo previsto, è rappresentato dal rilascio della concessione medesima, ed è a tale momento, quindi, che occorre aver riguardo per la determinazione dell'entità del contributo, divenendo il relativo credito certo, liquido o agevolmente liquidabile ed esigibile").

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 8.6.2011, n. 2193

Standard - monetizzazione - accordo negoziale - maggiore onerosità rispetto all'obbligo normativo - vincolatività - va affermata.

L'obbligo di versare la somma corrispondente

all'incremento di fabbisogno di aree a standard, dovuto al passaggio dalla destinazione industriale a quella terziaria, ove sorretto da un'autonoma fonte negoziale, grava sul privato a prescindere dalla doverosità di tale impegno in base alla legge, alle previsioni dello strumento urbanistico o alle disposizioni dirigenziali. Invero, poiché si verte in tema di diritti disponibili, ben può la parte promittente liberamente assumere impegni patrimoniali a prescindere da un obbligo normativo o, comunque, più onerosi rispetto a quelli astrattamente previsti dalla legge posto che un simile impegno

non si pone in contrasto con norme imperative.

TAR Lazio, I quater, 24.5.2011, n. 4622

PdC - mutamento di destinazione d'uso funzionale - necessità - non sussiste.

In mancanza di una normativa regionale contraria, il semplice cambio di destinazione d'uso, effettuato senza opere evidenti, non implica necessariamente un mutamento urbanistico-edilizio del territorio comunale e, come tale, non abbisogna di concessione edilizia qualora non sconvolga l'assetto dell'area in cui l'intervento edilizio ricade.

«.....GA.....»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.12.2011, n. 6606
Sospensione dei lavori - revoca - vicino - obbligo di c.a.p. - non sussiste.

Il controinteressato è nel procedimento di revoca della sospensione dei lavori privo di qualsivoglia garanzia partecipativa, posto che viceversa l'estensione dell'obbligo di c.a.p. comporterebbe un aggravio procedimentale in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.10.11, n. 5500
PdC - istruttoria - pareri facoltativi - incompetenza - è irrilevante.

Condonò - silenzio assenso - formazione - presupposti - richiesta di n.o. - insufficienza Bosco - nozione - alberi di alto fusto - infertilità - va esclusa.

Salvi i casi nei quali, in violazione dell'art. 1, co. 2, l. 241/1990, l'incombente istruttorio costituisce un inutile, svuotato, manifesto aggravio dell'iter procedimentale, ai sensi del successivo art. 6, co. 1, lett. a, l'organo di amministrazione attiva, nella fase istruttoria del procedimento, può richiedere, a sua discrezione ed indipendentemente da un'espressa previsione, pareri e valutazioni sull'oggetto del provvedimento ad altri organi con specifica qualificazione normativa. L'incompetenza dell'organo consultivo può dunque avere rilievo solo nel caso in cui la legge prevede espressamente pareri ob-

bligatori di specifici organi a tal fine normativamente officiati. Nelle altre ipotesi il ricorso al parere di altri organismi è semplicemente inconferente ai fini della legittimità dell'atto.

Ai sensi dell'art. 32, l. 47/85, la mancata espressione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo nel termine di 180 giorni dalla domanda non determina il formarsi del silenzio assenso, ma semmai del silenzio rifiuto, con conseguente inoperatività del termine perentorio di 24 mesi per la formazione del silenzio-assenso.

Ai sensi dell'art. 2, co. 3, d. lgs. 327/2001 la nozione di "bosco" deve essere riferita non soltanto ai terreni completamente coperti da boschi o foreste di alto fusto, ma anche (per identità di ratio) a tutte le aree parzialmente boscate, a condizione che siano concretamente inserite in un contesto con la preponderanza di vegetazione, anche di tipo arbustivo. Pertanto, a prescindere dalla presenza o meno di alberi di alto fusto, non vi sono dubbi della sussistenza di un vincolo boschivo anche qualora l'area sia coperta solo da vegetazione qualificabile come "macchia".

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.9.11, n. 5412

Sanzione pecuniaria - alternativa alla demolizione - presupposti - conseguenze.

Alla stregua della più attenta giurisprudenza formatasi in materia di applicabilità dell'art.

12, l. n. 47/85, la relativa previsione trova applicazione non solo nei casi in cui sia stata riscontrata una parziale difformità rispetto ad un previo e già rilasciato titolo abilitativo a costruire, ma anche quando la costruzione sia avvenuta in assenza di concessione edilizia, poiché il presupposto per l'applicazione della disciplina sanzionatoria pecuniaria in questione, in luogo di quella reale, è costituito dalla salvaguardia della staticità della parte non abusiva del manufatto e non anche dalla circostanza che l'abuso sia caratterizzato da una parziale difformità rispetto ad un previo rilascio concessorio.

Il pagamento della sanzione pecuniaria in luogo di quella reale, se esclude che le opere edilizie abusive possano essere legittimamente demolite, non ne rimuove, però, il carattere anti-giuridico. Ne deriva che per detti beni, definiti "urbanisticamente anti-giuridici" sono esclusi il compimento di ulteriori lavori in difformità o in assenza della concessione edilizia e la legittimazione successiva. Inoltre in caso di adozione di variante degli strumenti urbanistici già regolanti la zona in cui essi sono ubicati, l'amministrazione è meno vincolata nell'esercizio dei propri poteri, rispetto alla diversa ipotesi di costruzione invece legittimamente edificata, così come, in caso di espropriazione per pubblica utilità, il valore del bene soggetto ad ablazione andrebbe calcolato tenendo conto della sola area di sedime.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.9.11, n. 5102

Condono - silenzio assenso - formazione - presupposti - completezza documentale.

Il decorso dei termini fissati dall'art. 35, co. 18, l. 47/85 per la formazione del silenzio assenso sull'istanza di condono presuppone in ogni caso la completezza della domanda di sanatoria e l'integrale versamento di quanto dovuto a titolo di oblazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.9.2011, n. 4982

Certificato di agibilità - diniego - motivato sul contrasto tra PdC e normativa urbanistica - illegittimità.

Sanzione pecuniaria - alternativa alla demolizione - eccessiva onerosità del ripristino - irrilevanza.

È illegittimo il diniego del certificato di agibilità

motivato in relazione all'illegittimità della concessione edilizia, non avendo questa alcuna attinenza con fini di tutela urbanistico edilizia, limitandosi ad attestare la corrispondenza dell'opera realizzata al progetto assentito, nonché la mancanza di cause di insalubrità limitate alla costruzione in sé considerata.

Il privato sanzionato con l'ordine di demolizione per la costruzione di un'opera edilizia abusiva non può invocare l'applicazione a suo favore dell'art. 12, co. 2, l. n. 47/1985 se non fornisce seria ed idonea dimostrazione del pregiudizio stesso sulla struttura e sull'utilizzazione del bene residuo, a nulla valendo che la demolizione implicherebbe una notevole spesa e potrebbe incidere sulla funzionalità del manufatto, perché per impedire l'applicazione della sanzione demolitoria occorre un effettivo pregiudizio alla restante parte dell'edificio, consistente in una menomazione della intera stabilità del manufatto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.7.2011, n. 4234

Parcheggi - I. Tognoli - interrimento mediante riporto artificiale - applicabilità - esclusione.

La deroga per la realizzazione di autorimesse e parcheggi prevista dall'art. 9, l. 24.3.1989 n. 122, opera solo nel caso in cui, i parcheggi da destinare a pertinenza di singole unità immobiliari, siano totalmente al di sotto dell'originario piano naturale di campagna (nella specie è stato ritenuto solo parzialmente interrato il garage costruito mediante l'artificiale riporto di terra al di sopra del piano naturale di campagna fino ad 1 m).

TAR Campania, Sa, Sez. I, 30.12.2011, n. 2105

Difformità esecutive marginali - certificato di agibilità - diniego - illegittimità.

Ai sensi dell'art. 24 d.P.R. 380/2001, il certificato di agibilità attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente; conseguentemente, eventuali difformità esecutive rispetto al progetto assentito non sono ex se idonee a precludere il rilascio del certificato medesimo, laddove inerenti ad aspetti marginali del manufatto (in particolare se, come nel caso di specie,

prive di incidenza sulla volumetria e sulla superficie dell'immo-bile interessato) e/o, comunque, riconducibili all'ambito dell'attività edilizia cd. libera.

TAR Toscana, Sez. III, 28.11.2011, n. 1832
Demolizione e ricostruzione - qualificazione - manutenzione straordinaria - esclusione.
Precarietà - platea in c.a. - esclusione.
Acquisizione gratuita - area di sedime - quantificazione - valutazione tecnica.
Ordinanza di demolizione - inottemperanza - accertamento - CAP - necessità - non sussiste.

La demolizione con successiva ricostruzione è incompatibile con le tipologie di intervento sul patrimonio edilizio esistente inferiori alla ristrutturazione, dal momento che solo nel definire quest'ultima (di maggiore entità rispetto alla manutenzione straordinaria e al restauro e risanamento conservativo) il legislatore ha previsto la possibilità di demolire e ricostruire.

Un manufatto che insiste su una platea in c.a., non può per ciò stesso essere qualificato come precario, comportando una trasformazione edilizia del territorio assoggetta a permesso di costruire.

Con riferimento al provvedimento di acquisizione gratuita, la quantificazione dell'area da acquisire nella misura di dieci volte la complessiva superficie abusivamente costruita costituisce una determinazione dettata da ragioni di ordine tecnico censurabili unicamente per irragionevolezza e/o incongruenza.

L'accertamento di inottemperanza, incorporato nel decreto di acquisizione e con esso debitamente notificato, non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento, in quanto non produce effetti nuovi ma si limita a sancire un effetto giuridico, il trasferimento dei beni a favore dell'amministrazione, che si è già prodotto a seguito dell'inerzia dei responsabili dell'abuso nel termine loro assegnato.

TAR Lazio, Sez. I quater, 21.11.11, n. 9110
Demolizione - legittimità - previa sospensione - necessità - non sussiste.
Sanatoria - istanza- presentazione - effetti - contemporaneo procedimento sanzionatorio - improcedibilità - non sussiste.
Nessuna norma prevede che la demolizione

debba essere necessariamente preceduta dall'ordine di sospensione dei lavori, poiché quest'ultimo costituisce espressione di un potere cautelare e, quindi, ontologicamente diverso da quello cui inerisce la misura ripristinatoria che ha natura vincolata e, quindi, necessitata.

La presentazione di una domanda di sanatoria edilizia ex art. 36 d.P.R. 380/01 non determina, diversamente da quanto previsto per i procedimenti di condono, l'improcedibilità del procedimento sanzionatorio.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 11.11.2011, n. 5299

Acquisizione gratuita - estraneità del proprietario dell'area - condizioni.

L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale insiste l'opera abusiva non opera nei confronti del proprietario dell'area solo laddove questi dimostri, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che egli, essendone venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo ovvero per ripristinare lo status quo ante utilizzando gli strumenti offerti dall'ordinamento.

TAR Sardegna, Sez. II, 2.9.2011, n. 914

Sanatoria - istanza - normativa urbanistica sopravvenuta - irrilevanza - va affermata.

L'art. 36 d.P.R. 380/2001, ove sussista la doppia conformità dell'opera abusiva alla normativa urbanistica vigente al momento della realizzazione dell'opera e a quella vigente al momento della domanda di accertamento di conformità, impone all'autorità comunale il rilascio della sanatoria, che non può essere opposta per una modificazione della normativa urbanistica successiva alla presentazione della domanda.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 1.8.2011, n. 1231

Condono - diniego - opere realizzate in violazione servitù idraulica - legittimità.

Servitù idraulica - disciplina locale derogatoria - legittimità - condizioni.

Sono legittimi il diniego di permesso di costruire in sanatoria e la successiva ordinanza di demolizione emessa in pari data, aventi ad oggetto un fabbricato realizzato all'interno della c.d. fascia di servitù idraulica, trovando appli-

cazione l'art. 33, l. 47/85 il quale contempla i vincoli di inedificabilità, includendo in tale ambito i casi in cui le norme vietino in modo assoluto di edificare in determinate aree.

La deroga al divieto di costruzione di opere dagli argini dei corsi d'acqua, previsto dall'art. 96, lett. f, t.u. 25.7.1904 n. 523, in favore delle "discipline vigenti nelle diverse località" è limitata ad ipotesi connotate da specialità, nelle quali sia tenuto esplicitamente conto della regola generale espressa dalla normativa statale e delle peculiari condizioni delle acque e degli argini. In altre parole, solo se lo scopo dell'attività costruttiva lungo il corso d'acqua è quello specifico di salvaguardarne il regime idraulico la disciplina locale assume valenza derogatoria della norma statale, in quanto meglio ne attua l'interesse pubblico perseguito.

TAR Toscana, Sez. III, 15.7.2011, n. 1214
PdC in sanatoria - istanza - inutile decorso di 60 gg. - tacito diniego - configurabilità. Demolizione - omessa C.A.P. - irrilevanza. Demolizione - interesse pubblico specifico e concreto - motivazione - obbligo - inutile decorso di 30 e 40 anni - sussiste.

L'art. 36, co. 3, d.P.R. 380/2001 prevede che, decorsi sessanta giorni dalla richiesta di permesso di costruire in sanatoria, la stessa si intende rifiutata. Pertanto, trascorso il suddetto termine, si forma un tacito provvedimento di diniego. La norma, che da un lato risponde allo scopo di evitare il protrarsi di situazioni di incertezza suscettibili di incentivare l'abusivismo, dall'altro lato pone una presunzione relativa di difformità urbanistico-edilizia dei lavori realizzati senza titolo, accollando ragionevolmente al soggetto che ha violato la legge e versa in una condizione illecita l'onere di attivarsi prontamente, anche nelle sedi giudiziarie, affinché sia dimostrata la natura solo formale e non sostanziale dell'illecito.

L'ordine di demolizione non presuppone necessariamente la comunicazione di avvio del procedimento, stante il suo carattere di atto dovuto e vincolato, basato su meri accertamenti tecnici e privo di apprezzamenti discrezionali.

L'obbligo di esternare ragioni di pubblico interesse concreto e attuale a sostegno dell'ordine di demolizione sussiste solo a fronte di opere realizzate da lunghissimo tempo, come ad

esempio 30 o 40 anni.

TAR Toscana, Sez. III, 15.7.2011, n. 1214
Dislivello artificiale - PdC - necessità - sussiste.

La creazione di un dislivello che non trova riscontro in un preesistente stato del luogo, comporta una rilevante modifica dell'andamento naturale del terreno e altera il naturale scolo delle acque, assumendo, quale non esigua modifica dell'andamento naturale del terreno, le caratteristiche di nuova costruzione, come tale assoggettata alle norme sulle distanze.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 9.7.2011, n. 1057
Condono - istanza - legittimazione - promissario acquirente - sussiste.

Legittimati all'istanza di condono edilizio ex l.724/94 sono oltre coloro che hanno titolo a richiedere la concessione edilizia/permesso di costruire, anche il promissario acquirente o il conduttore e più in generale tutti coloro che vi abbiano interesse, senza il necessario consenso ed anche, al limite, contro la volontà del proprietario del bene.

TAR Liguria, Sez. I, 5.7.2011, n. 1051
Ordinanza di demolizione - legittimazione passiva - proprietario incolpevole - esclusione.

È illegittima l'ordinanza di demolizione notificata al proprietario il quale risulti aver ceduto in locazione l'immobile a terzi, qualora sia ulteriormente accertata la perdita della disponibilità del bene in favore del conduttore, responsabile dell'abuso. La giurisprudenza ha infatti da tempo chiarito che in caso di costruzione realizzata in assenza del necessario titolo concessorio, il proprietario dell'area su cui il medesimo viene edificato può essere ritenuto responsabile, per una mancanza nel proprio dovere di controllo e vigilanza solo nella misura in cui goda della effettiva disponibilità dell'immobile ovvero abbia personalmente eseguito o dato mandato di eseguire i lavori abusivi; di converso, laddove tale disponibilità manchi, il proprietario non può essere considerato responsabile dell'abuso edilizio neanche qualora abbia espresso il proprio assenso alla realizzazione dell'opera.

TAR E.Romagna, Bo, Sez. I, 1.7.2011, n. 552
Condono - diniego - vincolo di rispetto ferroviario - mancato rilascio del n.o. - legittimità.
La fascia di rispetto ferroviario di cui all'art. 49, d.P.R. 753/80 rappresenta un vincolo di inedificabilità relativa - potendo gli uffici compartimentali di F.S. autorizzare riduzioni delle distanze fissate - e come tale si applica anche agli abusi preesistenti.

TAR Veneto, Sez. II, 1.7.2011, n. 1110
Mutamento destinazione d'uso funzionale - modifica della tipologia costruttiva o dell'organizzazione interna degli spazi - necessità - sussiste.
È da escludere il mutamento di destinazione

d'uso da residenziale a professionale ove si tratti di attività esercitata in un locale dell'abitazione privo di caratteristiche e di organizzazione proprie dello studio professionale da uno dei soggetti residenti, senza attrezzatura e senza la configurazione esterna dei locali come studio professionale aperto al pubblico. Per poter parlare di un mutamento funzionale della destinazione d'uso di un immobile, invero, occorre riferirsi alle oggettive caratteristiche dei locali interessati dall'intervento di trasformazione, dovendosi escludere tale mutamento quando l'utilizzazione dei locali non abbia comportato una modifica della tipologia costruttiva o, quantomeno, dell'organizzazione interna degli spazi.

«.....GA.....»

- PAESAGGIO -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.11.2011, n. 6032
N.o. - annullamento - termine perentorio - superamento - illegittimità.
Il termine per l'annullamento del n.o. paesaggistico, pur essendo perentorio e decorrente dalla ricezione da parte della Soprintendenza dell'autorizzazione rilasciata e della documentazione tecnico-amministrativa sulla cui base l'autorizzazione è stata adottata, non decorre quando la Soprintendenza ritenga necessario richiedere atti mancanti. Solo dal momento in cui la Soprintendenza riceva la documentazione completa può quindi computarsi la decorrenza del termine; ulteriori integrazioni istruttorie, purché non si tratti di ingiustificati aggravamenti del procedimento attraverso domande pretestuose, dilatorie o tardive, possono essere richieste dalla Soprintendenza, e in questo caso - in base alla incontestata normativa di settore, vigente razione temporis - l'originario termine di sessanta giorni si prolunga di ulteriori trenta giorni, con la conseguenza che il tempo decorrente dall'originario ricevimento degli atti fino alla richiesta istruttoria sommato a quello successivo che va dal ricevimento della documentazione integrativa richiesta fino all'adozione del provvedimento di annullamento non deve complessivamente essere superiore a novanta

giorni.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.8.2011, n. 4854
N.o. - annullamento - CAP - atti equipollenti - ammissibilità.
N.o. - motivazione - insufficienza - annullamento - legittimità.
*La comunicazione di avvio del procedimento di annullamento del n.o. paesaggistico tollera equipollenti, quali la richiesta di documentazione integrativa.
È legittimo l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica rilasciato per un intervento edilizio di notevole consistenza in un'area inedita e interessata da regime vincolistico di tipo sostanzialmente conservativo qualora l'amministrazione delegata non abbia adeguatamente considerato e motivato sulla massiccia ed irreversibile trasformazione del territorio progettata.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 21.7.2011, n. 4418
N.o. - diniego - degrado area - omessa considerazione - illegittimità.
È illegittimo il provvedimento di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata in sanatoria dall'ente delegato per immobili inseriti in area vincolata, qualora l'area sia stata

sostanzialmente modificata nelle sue connotazioni essenziali attraverso realizzazioni condonate e ampiamente precedenti il vincolo. Il giudizio di comparazione dell'opera al contesto da difendere va infatti rapportato alla considerazione del sistematico degrado degli originari valori paesaggistici naturali esistenti sull'area, degrado che è precedente al vincolo e che si è sedimentato per effetto delle numerose costruzioni del tipo e del genere di quella autorizzata, oggetto nel tempo di provvedimenti di sanatoria edilizia e paesaggistica.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.6.2011, n. 3894
Dichiarazione interesse storico artistico - discrezionalità tecnica - sussiste - discrezionalità amministrativa - sussiste.
Termini conclusione del procedimento - superamento - conseguenze - provvedimento tardivo - illegittimità esclusione.

La declaratoria di particolare interesse storico ed artistico di un immobile scaturisce dall'applicazione di canoni e criteri aventi un grado notevole di opinabilità, poiché basati sulla valutazione del contenuto artistico e della rilevanza storica dei beni, con l'effetto dell'ampiezza della discrezionalità esercitata e della conseguente limitazione del riscontro di legittimità al solo difetto di motivazione, alla illogicità manifesta ed all'errore di fatto.

Il superamento del termine legale per l'adozione del provvedimento finale non comporta consumazione del potere, in tal modo non determinando alcun effetto viziante sulla determinazione comunque adottata in ritardo.

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 10.6.11, n. 418
Beni culturali - dichiarazione - procedimento - discrezionalità - sussiste.
Beni culturali - dichiarazione - procedimento - integrità formale - edificazione o degrado dell'area - interesse privato - fruibilità - rilevanza - esclusione.

Il giudizio espresso dall'amministrazione dei beni culturali ai fini dell'imposizione di un vincolo, attesa la sua fisiologica opinabilità, può essere sindacato solo ove esso si collochi comunque al di fuori da quei limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato che l'amministrazione è istituzionalmen-

te chiamata ad applicare, risultando, così, in tutto o in parte inattendibile (fattispecie relativa alla dichiarazione di interesse etnoantropologico e storico particolarmente importante di un pozzo artificiale profondo ca. 7 m, a monte del quale si sviluppa una galleria con annesse camere di captazione per ca. 50 m, ritenuto dall'Amministrazione statale struttura idonea a testimoniare in quale forma le popolazioni stanziate in quello che è ora l'abitato di Catania abbiano attivato procedure di ricerca e captazione di un bene essenziale alla vita e all'attività dell'uomo, nonché alla trasformazione di vaste aree incolte in compendi produttivi).

La dichiarazione di interesse culturale non può essere subordinata alla "integrità formale" del bene tutelato, avendo da tempo la giurisprudenza evidenziato - in particolare nel settore archeologico - la necessità di salvaguardare e di consegnare alla conoscenza delle generazioni future anche testimonianze e reperti in parte rovinati e danneggiati o originariamente facenti parte di complessi più ampi, parzialmente smembrati per effetto di eventi naturali o per l'intervento umano.

La dichiarazione di interesse culturale non trova ostacoli nella avvenuta edificazione di un'area ovvero nella sua condizione di degrado, poiché l'imposizione del vincolo costituisce il presupposto per l'imposizione al proprietario delle cautele e delle opere necessarie alla conservazione del bene e per la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell'integrità dello stesso.

La dichiarazione di interesse culturale non richiede una ponderazione degli interessi privati con gli interessi pubblici connessi con l'introduzione del regime di tutela, neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto al privato sia stato contenuto nel minimo possibile, sia perché la dichiarazione di particolare interesse non è un vincolo a carattere espropriativo, costituendo i beni di rilievo etnoantropologico una categoria originariamente di interesse pubblico, sia perché comunque la disciplina costituzionale del patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9 Cost.) erige la sua salvaguardia a valore primario del vigente ordinamento.

La dichiarazione di interesse culturale non può

essere subordinata al requisito della fruibilità, intesa in assoluto come concreta e attuale possibilità per la collettività di godere del bene o come programma con cui l'Amministrazione (in rigida contestualità con l'apposizione del vincolo) individua le modalità per consentire o programmare tale godimento pubblico, poiché anche sul piano logico la fruizione costituisce finalità o evento successivo e distinto rispetto alla qualificazione e conseguente tutela del bene, le quali si correlano - nel disegno codicistico - esclusivamente alle caratteristiche intrinseche della cosa stessa, che ne impongono la conservazione. Più in particolare la fruizione della collettività, sempre che non vi ostino ragioni di tutela, costituisce la "destinazione" funzionale e non la caratteristica strutturale dei beni già riconosciuti come appartenenti al patrimonio culturale. In tal senso depongono del resto sia l'elenco dei dieci criteri in base ai quali viene dall'anno 2005 aggiornata la Lista dei patrimoni dell'umanità; sia l'esistenza di beni di sicuro interesse culturale che non possono essere "partecipati" direttamente dalla collettività per la loro natura (come i siti minerari) o per la loro collocazione (come i beni sommersi o subacquei di cui alla l. 157/2009 di ratifica della relativa Convenzione UNESCO) o appunto per esigenze insormontabili di tutela (come le Grotte di Lascaux notoriamente interdette dalle Autorità francesi a partire dall'anno 2008 perfino agli studiosi al fine di prevenire danni da surriscaldamento ai graffiti paleolitici).

TAR Sardegna, Sez. II, 25.11.2011, n. 1130
Condono – vincolo paesaggistico – sopravvenienza – n.o. – necessità – sussiste
Vincolo – compromissione – rilevanza – va esclusa

La P.A. deve verificare la sussistenza dei presupposti per il rilascio del condono al momento della adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, con la conseguenza che eventuali mutamenti verificatisi medio tempore nel tessuto ordinamentale, compresa l'istituzione di un vincolo di conservazione paesaggistica, non possono non riflettersi sul procedimento medesimo.

La situazione di compromissione della bellezza naturale ad opera di preesistenti realizzazioni

non impedisce ed, anzi, maggiormente richiede, per la legittimità dell'azione amministrativa, che ulteriori costruzioni non deturpino ulteriormente l'ambiente protetto.

TAR Lazio, Sez. I ter, 23.11.2011, n. 9178

Riserve naturali - apposizione dei vincoli - inappropriata scelta - sindacabilità.

In ragione di quanto previsto dalla l. 394/1991 e dalla l.reg. Lazio 29/97 le riserve naturali - rientranti nella più ampia categoria delle aree naturali protette - sono costituite da aree terrestri, fluviali, lacuali o marine che contengono una o più specie naturalisticamente rilevanti della flora e della fauna, ovvero presentino uno o più ecosistemi importanti per le diversità biologiche o per la conservazione delle risorse genetiche, rispetto alle quali sussistono particolari esigenze di tutela, sotto il profilo non solo della conservazione dello stato dei luoghi ma anche del rapporto tra attività antropiche ed ambiente naturale. L'attività di individuazione di dette aree richiede, dunque, particolare attenzione, rivestendo un ruolo di indiscussa importanza in ragione dell'inerenza alle finalità essenziali della tutela della natura. Ne discende l'illegittimità per "inappropriata" della scelta di sottoposizione a vincolo di un'area ubicata in una posizione assolutamente marginale nell'ambito del detto perimetro, antropizzata e priva di qualsiasi peculiarità.

TAR Basilicata, Sez. I, 11.11.2011, n. 543

N.o. - annullamento - per difetto di motivazione - legittimità.

N.o. - rilascio - compromissione del territorio - rilevanza - esclusione.

È legittimo il provvedimento di annullamento del n.o. paesaggistico motivato sull'assenza nel provvedimento comunale di rilascio del nulla osta di un attento esame del progetto relativo all'intervento da realizzare e la compatibilità dello stesso nel contesto ambientale in cui andava ad inserirsi, a nulla rilevando la considerazione per cui la zona interessata dall'intervento progettato è altamente inquinata da altri interventi che non hanno per nulla rispettato e per nulla si sono ispirati all'architettura tradizionale pisticcese. Infatti, la circostanza che una zona, oggetto di particolare interesse, sia stata già, per effetto di interventi sconside-

rati, parzialmente compromessa non giustifica il rilascio di permessi che ne comportino un ulteriore degrado, ma richiede, semmai, una maggiore attenzione da parte dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo al fine di preservare gli spazi residui da un ulteriore vulnus dei valori ambientali tutelati.

TAR Emilia Romagna, Bo, Sez. II, 28.9.2011, n. 671

N.o. - annullamento - termine - completezza documentale - è necessaria.

N.o. - annullamento - per difetto di motivazione - è legittimo.

Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, il previsto termine di 60 giorni per operare l'annullamento del n.o. paesaggistico non inizia a decorrere se non dal momento in cui perviene alla competente Soprintendenza l'autorizzazione comunale con tutta la relativa completa documentazione.

È legittimo l'annullamento ministeriale dell'autorizzazione paesaggistica per difetto di motivazione poiché l'oramai pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa ha stabilito che l'autorizzazione paesaggistica deve necessariamente indicare le specifiche ragioni sulla base delle quali l'ente preposto alla tutela del relativo vincolo ritiene che l'intervento abusivo sia compatibile con l'ambiente circostante, oggetto di tutela.

TAR Lazio, Sez. II bis, 14.9.2011, n. 7273

Disciplina vincolistica - programmazione negoziata - contrapposti interessi - bilanciamento - obbligo - sussiste.

È illegittimo il parere negativo reso dalla Soprintendenza in seno alla conferenza di servizi funzionale alla sottoscrizione dell'accordo di programma previsto in seno ad apposita procedura di patto territoriale per essere il progetto di insediamento commerciale contrario alla disciplina paesaggistica prevista per le "zone agricole non compromesse con modesto valore paesaggistico ed ambientale" perché, posto il contenuto dell'art. 27 bis l.reg. Lazio 24/98 e 131 d.lg. 42/04 spetta all'Amministrazione di porre in essere un ragionevole bilanciamento delle esigenze dello sviluppo territoriale sottese alla normativa sui patti territoriali e sulla programmazione contrattata, che può anche con-

durre all'indicazione di modifiche e/o integrazioni progettuali volte a conciliare gli interessi rilevanti nella fattispecie.

TAR Liguria, Sez. I, 28.6.2011, n. 1015

N.o. - istanza - legittimazione - disponibilità materiale - rilevanza.

Demolizione - manufatti abusivi realizzati in zona sottoposta a vincolo di inedificabilità assoluta - motivazione - accertata abusività - sufficienza.

Precarietà - materiali utilizzati - irrilevanza - destinazione naturale - è dirimente.

La disposizione di cui all'art. 146, d. lgs. 42/2004 individua i soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione paesaggistica indicandoli nei proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili di aree di interesse paesaggistico, ovvero, in senso letterale, in tutti coloro che hanno con la "res", oggetto di protezione vincolistica, una relazione dominicale e/o materiale, ovvero, secondo un'interpretazione estensiva conforme al dettato costituzionale - a coloro che del bene debbono avere la disponibilità materiale, pena l'inefficacia del sistema di tutela giurisdizionale

L'ordine di demolizione di opere edilizie abusive insistenti in area soggetta ad un vincolo di inedificabilità assoluta non abbisogna di una motivazione particolarmente diffusa ed anche relativamente ad un abuso risalente nel tempo risulta sufficiente l'affermazione dell'accertata abusività del manufatto. La precarietà di un manufatto, al fine di escludere la necessità del rilascio di un titolo edilizio, va valutata a prescindere dalla temporaneità della destinazione soggettivamente impressa dal costruttore e dalla maggiore o minore amovibilità delle parti che lo compongono, considerando invece l'opera alla luce della sua obiettiva e intrinseca destinazione naturale che ne riveli l'uso oggettivamente precario e temporaneo.

TAR E. Romagna, Pa, Sez.I, 28.6.2011, n. 223

N.o. - modificazioni progettuali - rinnovazione - necessità - sussiste.

Ogni modificazione del progetto edilizio originariamente assentito richiede in via automatica un'ulteriore formale verifica di compatibilità con i valori tutelati dal vincolo paesaggistico, salvo che, in relazione alla tipologia del manu-

fatto e alle valutazioni già compiute dall'Autorità investita del potere di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica emerga la modestia della consistenza delle opere aggiuntive o la obiettiva inidoneità delle stesse a mu-

tare il quadro di riferimento a suo tempo oggetto di valutazione, nel qual caso la reiterazione del procedimento ex art. 146 del d. lgs. 42/2004 si risolve in un'inutile duplicazione di attività amministrativa.

«.....GA.....»

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Corte Costituzionale, 22.12.2011, n. 338

Indennità - irregolarità del bene a fini ICI - totale elisione - incostituzionalità.

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 1, d.lg. 504/92 e, conseguentemente, dell'art. 27, l. 87/53, non stabilendo dette norme alcun limite alla riduzione dell'indennità di esproprio, in caso di omessa dichiarazione/denuncia ai fini dell'imposta comunale sugli immobili (ICI) o di dichiarazione/denuncia di valori assolutamente irrisori.

Invero sia la giurisprudenza di questa Corte che quella della Corte EDU hanno individuato in materia di indennità di espropriazione un nucleo minimo di tutela del diritto di proprietà, in virtù del quale l'indennità di espropriazione non può ignorare «ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene», né può eludere un «ragionevole legame» con il valore di mercato. In applicazione di tale principio, l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni deve realizzare, in primo luogo, un «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e il requisito della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. In secondo luogo, nonostante che al legislatore ordinario spetti un ampio margine, l'acquisizione di beni senza il pagamento di indennizzo in ragionevole rapporto con il loro valore costituisce normalmente un'ingerenza sproporzionata.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.12.2011, n. 6619

Retrocessione - presupposti - valida conclusione del procedimento espropriativo - accessione invertita - incompatibilità.

L'istituto della retrocessione presuppone, a monte, un procedimento espropriativo conclusosi con l'emanazione del decreto di esproprio;

e, successivamente, la dichiarazione di inservibilità del bene espropriato per la realizzazione di opera pubblica e non utilizzato. Esso non può dunque trovare applicazione a fronte di ipotesi di accessione invertita, la quale presuppone proprio una occupazione di un bene da parte della Pubblica Amministrazione (quantomeno) in assenza di legittima conclusione del procedimento espropriativo entro i termini previsti dalla dichiarazione di pubblica utilità.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.12.2011, n. 6468

Dichiarazione di p.u. - motivazione - sindacabilità - limiti.

La dichiarazione di pubblica utilità cd. implicita, conseguendo ex lege alla approvazione del progetto definitivo di opera pubblica, non abbisogna di una particolare motivazione. Peraltro, l'individuazione dell'area sulla quale collocare l'opera pubblica costituisce una scelta che è espressione di discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, sindacabile dal giudice, in sede di legittimità, solo per violazione di legge ovvero per eccesso di potere per illogicità con riferimento al terreno individuato correlato al tipo di opera pubblica da realizzare, e non ad una valutazione comparativa tra le diverse possibilità astrattamente rappresentabili alla valutazione dell'amministrazione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 1.12.2011, n. 6351

Irreversibile trasformazione del fondo - conseguenze.

Con l'introduzione dell'art. 42 bis d.P.R. 327/2001 il legislatore ha nuovamente configurato in capo alla P.A. il potere discrezionale, già disciplinato dall'art. 43, di scegliere - valutare le circostanze e comparati gli interessi in

conflitto – se demolire in tutto o in parte l'opera (affrontando le relative spese) e restituire l'area al proprietario, oppure se disporre l'acquisizione (evitando che sia demolito, paradossalmente, quanto altrimenti risulterebbe meritevole di essere ricostruito).

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.11.2011, n. 5844
Occupazione appropriativa e usurpativa: distinzioni.

In caso di occupazione illegittima, la distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa ha ad oggetto l'individuazione del dies a quo di commissione dell'illecito: nell'ipotesi di occupazione usurpativa, esso decorre dal momento dell'immissione in possesso da parte dell'amministrazione; in caso di occupazione appropriativa, esso decorre dalla scadenza del termine di occupazione legittima del terreno (ciò rileva al fine di individuare il momento in cui misurare il valore venale ai fini della quantificazione del risarcimento del danno).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.9.2011, n. 4970
Art. 43 TU espr. - incostituzionalità - conseguenze.

A seguito della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 d.P.R. 327/2001 il Comune che non voglia procedere alla restituzione del bene può addivenire alla conclusione del contratto traslativo, tramite l'acquisizione del consenso della controparte; ovvero adottare un nuovo provvedimento, tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie; ovvero ancora esperire il procedimento espropriativo semplificato (re)introdotta dall'art. 34, co. 1, d.l. 98/11, conv. in l. 111/11.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.9.2011, n. 4591
Vincoli - destinazione a parcheggio - natura espropriativa - esclusione.

La destinazione a parcheggio impressa dallo strumento urbanistico a determinate aree, non comportando automaticamente l'ablazione dei suoli ed, anzi, ammettendo la realizzazione anche da parte di privati, in regime di economia di mercato, delle relative attrezzature destinate all'uso pubblico, costituisce vincolo conformativo, e non anche espropriativo, per cui la relativa imposizione non necessita della contestuale

previsione di un indennizzo, né di una puntuale motivazione sulle ragioni poste a base della eventuale reiterazione della previsione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.8.2011, n. 4833
Art. 43 TU espr. - incostituzionalità - conseguenze.

Occupazione illegittima - conseguenze - obbligazione risarcitoria - ammontare - determinazione - criteri.

A seguito della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 d.P.R. 327/2001 il Comune che non voglia procedere alla restituzione del bene ha come unica possibilità di ottenere il consenso della controparte per la stipula di un contratto di vendita, anche con funzione transattiva, oppure di agire con un nuovo procedimento espropriativo.

In caso di illegittima occupazione del fondo per la realizzazione di un'opera pubblica spetta al proprietario danneggiato il risarcimento dal momento in cui l'occupazione dell'area privata è divenuta illegittima al momento in cui la pubblica amministrazione acquisterà legittimamente la proprietà dell'area, da determinare in relazione al valore di mercato dell'immobile così come individuato (non già alla data di trasformazione dello stesso né a quella di proposizione del ricorso introduttivo, bensì) alla data in cui sarà adottato l'atto transattivo al quale consegua l'effetto traslativo.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.7.2011, n. 4242
Vincoli - natura conformativa - natura espropriativa - distinzione - criteri.

Sussiste un vincolo conformativo quante volte le infrastrutture e gli interventi previsti dal PRG possano essere realizzati anche a mezzo di iniziative totalmente private o in forme di partenariato misto pubblico-privato ovvero quante volte le limitazioni alla proprietà privata siano finalizzate al perseguimento di obiettivi di interesse generale, ai sensi dell'art. 42, II co. Cost. allo scopo di assicurarne la funzione sociale (come ad es. vincolo di inedificabilità, c.d. "di rispetto", a tutela di una strada esistente, a verde attrezzato, a parco, a zona agricola di pregio, verde, ecc.; prescrizioni delle NTA circa altezza, cubatura, superficie coperta, distanze, zone di rispetto e indici di fabbricabilità). I vincoli espropriativi, viceversa, concernono

beni determinati, in funzione della localizzazione puntuale di un'opera pubblica, la cui realizzazione non può quindi coesistere con la proprietà privata.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8.7.2011, n. 3500
Dichiarazione di p.u. - C.A.P. collettiva - contenuto - soggetti e beni espropriandi - individuazione - necessità - sussiste.

Occupazione di urgenza - motivazione - specificità - necessità - sussiste.

L'avviso di cui all'art. 11 d.P.R. 327/11 deve contenere, per essere legittimo e coerente con il predetto articolo e con gli artt. 7 e 8 l. 241/90, gli elementi volti a determinare i soggetti espropriandi ed i beni oggetto del procedimento amministrativo; e ciò sia che la comunicazione avvenga personalmente, sia che essa avvenga in forma collettiva mediante avviso pubblico (nella fattispecie è stato ritenuto illegittimo l'avviso pubblico pubblicato in difetto di indicazioni oggettive o numeriche sulla penetrazione sul territorio delle opere pubbliche).

Il ricorso alla speciale procedura ex art. 22-bis, d.P.R. 327/01 richiede una motivazione specifica dell'amministrazione in ordine alle obiettive ragioni di urgenza, posto che esso costituisce un subprocedimento in deroga, speciale rispetto allo stesso subprocedimento in deroga di cui all'art. 22, T.U. cit..

TAR Campania, Na, Sez. V, 14.12.2011, n. 5764

Dichiarazione di p.u. implicita - c.a.p. - necessità - sussiste.

Acquisizione sanante - provvedimento ex art. 42 bis T.U. espr. - adozione - obbligo - sussiste.

Anche nelle ipotesi in cui ricorre la dichiarazione di pubblica utilità c.d. "implicita", ovvero quella insita nell'approvazione del progetto dell'opera pubblica, il relativo procedimento deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento. È questo un principio valevole per le fasi della progettazione preliminare e di quella definitiva. A seguito dell'introduzione dell'art. 42 bis d.P.R. 327/2001 la PA può divenire proprietaria del bene privato o al termine del procedimento, che si conclude sul piano fisiologico con il decreto di esproprio o con la cessione del bene espro-

priando, oppure quando, essendovi una patologia per cui il bene è stato modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, con un provvedimento di acquisizione ex post che preveda il ristoro integrale del danno subito.

TAR Sardegna, Sez. II, 2.9.2011, n. 913

Occupazione temporanea - obbligazione pecuniaria - determinazione - illegittima apprensione del fondo - rilevanza - va affermata.

Con riferimento ai procedimenti espropriativi che siano culminati con un valido ed efficace decreto di esproprio, ai sensi dell'art. 50, d.P.R. 327/2001 è dovuta al proprietario dell'area e per la relativa occupazione una indennità per ogni anno pari ad un dodicesimo di quanto sarebbe dovuto nel caso di esproprio dell'area e, per ogni mese o frazione di mese, una indennità pari ad un dodicesimo di quella annua. Nel caso, viceversa, di acquisizione di un terreno con il decreto di cui all'art. 43, d.P.R. 327/01, emanato prima dell'annullamento dell'articolo medesimo da parte della Corte Costituzionale, al proprietario del terreno, a titolo di risarcimento per mancato godimento del bene nel periodo di occupazione illegittima, vanno corrisposti gli interessi moratori sul valore di mercato in ciascun anno del periodo di occupazione.

TAR Emilia Romagna, Pa, Sez. I, 12.7.2011, n. 245

Art. 43 T.U. espr. - incostituzionalità - conseguenze.

A seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 d.P.R. 327/2011, il G.A. può negare al privato la richiesta di restitutio in integrum quando, ai sensi dell'art. 2058 cod.civ., il costo di ripristino supera il valore di mercato del bene (nella fattispecie il ripristino avrebbe richiesto il disfacimento di parte dell'opera pubblica e la inutilizzabilità dell'intera opera pubblica che rimarrebbe priva di una parte essenziale per il suo funzionamento).

TAR Lazio, Sez. II bis, 5.7.2011, n. 5889

Vincoli ambientali - natura espropriativa - esclusione - natura conformativa - va affer-

mata.

Va riconosciuto il carattere non espropriativo, ma soltanto conformativo, dei vincoli d'inedificabilità imposti dai piani urbanistici, a qualsivoglia titolo, per ragioni latu senso ambientali, come i vincoli di rispetto a tutela di strade esistenti e, in genere, i vincoli a verde di zona (per parchi, attrezzature collettive o privati).

Detti vincoli, a differenza di quelli preordinati all'espropriazione, non svuotano il contenuto del diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene in modo tale da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale, ovvero diminuendone significativamente il suo valore di scambio, con la conseguenza che non sono soggetti a decadenza e hanno validità a tempo indeterminato.

TAR Lazio, Sez. I, 4.7.2011, n. 5846

Dichiarazione di p.u. - C.A.P. collettiva - contenuto - beni espropriandi - individuazione - necessità - sussiste.

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 - a pena di illegittimità - descrivere i terreni o edifici espropriandi e, ove possibile, indicare i dati catastali degli immobili e i nomi dei proprietari catastali. 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.

Corte di appello civ., Sez. I, 6.6.2011, n. 2521

Vincoli - natura conformativa - natura espropriativa - distinzione - criteri.

Vincoli ambientali - natura espropriativa - esclusione - natura conformativa - va affermata.

Per vincolo espropriativo o sostanzialmente espropriativo deve intendersi quel vincolo che incide su beni determinati in funzione della localizzazione puntuale di un'opera pubblica e che hanno portata e contenuto direttamente ablatori. Viceversa sono al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene (quali, ad es., parcheggi, impianti sportivi, mercati e complessi per la distribuzione commerciale, edifici per iniziative di cura e sanitarie etc.). Non sono inquadrabili negli schemi dell'espropriazione, dei vincoli indennizzabili e dei termini di durata i beni immobili aventi valore paesistico-ambientale, in virtù della loro localizzazione o della loro inserzione in un complesso che ha in modo coesistente le qualità indicate dalla legge (fattispecie relativa alla inclusione dell'area nel PTPR, posta la rilevanza archeologica).

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.09.2011, n. 5193
Impianti di recupero rifiuti - localizzazione - legittimazione processuale - comuni limitrofi - necessità prova puntuale della pericolosità dell'impianto - esclusione - conferenza di servizi ex art. 208 d. lgs. n. 152/2006 - partecipazione.

Sono soggetti interessati alla localizzazione di un impianto di recupero di rifiuti non solo agli appartenenti al comune di ubicazione, ma anche ai cittadini dei comuni limitrofi, quali enti competenti alla tutela degli interessi della collettività dei propri cittadini. E ciò anche ai fini della partecipazione alla conferenza di servizi

ex art. 208 d. lgs. 152/2006 in qualità di enti locali interessati, indipendentemente dal fatto che l'impianto non sia ubicato nel territorio dei comuni, ma sia solo limitrofo ad essi.

I cittadini dei comuni limitrofi hanno, altresì, legittimazione processuale ad agire, appaiono, infatti, logicamente portatori di interessi sostanziali sotto vari profili (in particolare con riguardo alla eventuale svalutazione delle loro aree, alla minore appetibilità delle stesse, alla salubrità dei siti). Come tali sono legittimati ad agire per il rispetto della normativa anche procedimentale di settore, una volta che essa sia posta a tutela della corretta localizzazione dell'impianto. D'altra parte:

- la legittimazione non si può subordinare alla produzione di una prova puntuale della concreta pericolosità dell'impianto, reputandosi sufficiente una prospettazione delle temute ripercussioni su un territorio comunale collocato nelle immediate vicinanze della centrale da realizzare. (Consiglio Stato, sez. VI, 05 dicembre 2002, n. 6657); - ancorché poi un impianto di trattamento di rifiuti ricada in altro vicino comune è ovvio che esso può arrecare disagi e danni non solo agli appartenenti al comune di ubicazione, ma anche ai cittadini dei comuni limitrofi (Consiglio Stato, sez. V, 3.5.2006, n. 2471).

TAR Lazio, Rm, Sez. I ter, 4.10.2011, n. 7682

Rifiuti - discarica - impugnazione provvedimento - criterio della vicinitas - insufficiente.

Il comune che impugna un provvedimento per la riclassificazione di una discarica deve dimostrare il pregiudizio effettivamente subito dall'area di competenza, posto che il criterio della vicinitas non è considerato sufficiente, producendo elementi e/o dati di carattere oggettivo, idonei ad attestare l'effettiva sussistenza di un pregiudizio.

TAR Toscana, Sez. II, 27.9.2011, n. 1430

Impianti eolici - impatto territoriale - contemperamento - interesse nazionale approvvigionamento energetico.

L'impatto territoriale degli impianti per la produzione di energia eolica, sicuramente rilevante e tale da giustificare l'esercizio dei poteri urbanistici e paesaggistici, non è tuttavia un elemento da considerare in via esclusiva, dovendo

l'attività in parola tener conto altresì (e principalmente) dell'interesse nazionale - costituzionalmente rilevante - all'approvvigionamento energetico, soprattutto se in forme non inquinanti, il quale richiede la necessità, in base al principio di proporzionalità, della precisa indicazione delle ragioni ostative al rilascio della autorizzazione paesaggistica, al fine di eliminare sproporzioni fra la tutela dei vincoli e la finalità di pubblico interesse sotteso alla produzione ed utilizzazione dell'energia elettrica.

Tar Campania, Na, 26.9.2011, n. 4495

Rifiuti - tariffa - legittimazione - Comune

In Campania i Presidenti delle province sono investiti del compito di fissare la tariffa provinciale per lo smaltimento dei rifiuti indifferenziati, con obbligo di copertura integrale dei costi mediante imposizione dei relativi oneri a carico dell'utenza. Se ne inferisce che la tariffa per lo smaltimento dei rifiuti, benché formalmente unitaria, si compone di due voci distinte e separate, la prima di competenza provinciale (volta a coprire gli oneri derivanti dal trattamento, smaltimento e recupero dei rifiuti) e la seconda di spettanza comunale (per le residue voci di costo di raccolta e trasporto sopportate a livello locale).

Il comune può contestare la correttezza delle modalità dell'esercizio delle competenze provinciali, con precipuo riguardo alla presunta lesione inferta sotto il profilo economico ai singoli cittadini utenti del servizio, proponendo sostanzialmente un'azione surrogatoria nell'interesse del singolo utente inciso (anche non cittadino del comune ricorrente). La legittimazione a ricorrere può, quindi, spettare al comune, quale ente esponenziale della comunità municipale, solo nei casi in cui esso agisca a tutela di interessi collettivi, purché si tratti di un interesse differenziato e qualificato che ruoti attorno all'incidenza sul territorio comunale dei provvedimenti impugnati. In altri termini, occorre vagliare se l'attività di determinazione del costo per tonnellata di rifiuti indifferenziati leda in qualche modo la sfera giuridica delle funzioni istituzionalmente individuate dalla legge in capo ai comuni.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 14.9.2011, n. 1601

Discarica - valori limite - deroga - non in ba-

se intera discarica - singole tipologie di rifiuti.

L'art. 10, co. 1 del d.m. 3.8.2005 (definizione dei criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica) prevede espressamente la possibilità di autorizzare <<valori limite più elevati per i parametri specifici fissati agli articoli 5, 6, 8 e 9>>, condizionando tale possibilità di autorizzazione alla presentazione di adeguata <<valutazione di rischio, con particolare riguardo alle emissioni della discarica, che, tenuto conto dei limiti per i parametri specifici previsti dal presente decreto, dimostri che non esistono pericoli per l'ambiente in base alla valutazione dei rischi>> e prevedendo che il relativo provvedimento autorizzatorio sia preso <<caso per caso, per rifiuti specifici per la singola discarica, tenendo conto delle caratteristiche della stessa discarica e delle zone limitrofe>>. Appare pertanto evidente come il riferimento ad una deroga calibrata con riferimento a <<rifiuti specifici per ... singola discarica>> imponga una valutazione che non può limitarsi alla valutazione di rischio relativa all'intera discarica, ma imponga una valutazione riferita anche alle caratteristiche delle singole tipologie di rifiuti concretamente conferiti in discarica.

TAR Campania, Sa, Sez. I, 7.9.2011, n.1497

Potere di annullamento della Soprintendenza - mero controllo di legittimità - sostituzione di una propria valutazione - esclusione.

Il potere di annullamento della Soprintendenza dell'autorizzazione rilasciata dal Comune (quale sub — delegato) non comporta un riesame complessivo delle valutazioni discrezionali compiute dalla Regione e da un ente sub — delegato, tale da consentire la sovrapposizione o la sostituzione di una propria valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio dell'autorizzazione, ma si estrinseca in un controllo di mera legittimità che si estende a tutte le ipotesi riconducibili all'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.4.2011, n. 1476). Compito del giudice, pertanto, è verificare che l'amministrazione preposta all'esercizio del potere di annullamento abbia rispettato, in occasione del suo puntuale esercizio, i limiti alla stessa imposti dall'ordinamento: ciò, essenzialmente, sulla scorta delle motivazioni poste a

fondamento del provvedimento caducatorio, dalle quali (per assicurarne la legittimità) non deve desumersi una mera diversa valutazione della compatibilità della trasformazione progettata con la salvaguardia del pregio paesaggistico dell'area interessata, ma l'enucleazione degli elementi dimostrativi del cattivo uso fatto da parte dell'amministrazione comunale dei suoi poteri autorizzatori.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 6.9.2011, n. 2166

Rifiuti – bonifica – proprietari - rivalsa

L'art. 245, co. 2, ultimo periodo, del d. lgs. n. 152 del 2006 consente ai proprietari [o interessati a qualsiasi titolo] di aree inquinate di procedere direttamente al ripristino ambientale mediante interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino, per ragioni proprie, presumibilmente di carattere commerciale o imprenditoriale, al fine di non attendere il complesso avvio dei relativi procedimenti e di liberare le proprie aree dall'inquinamento e non subire l'imposizione dell'onere reale previsto dalla normativa di riferimento, salvo rivalsa nei confronti dei diretti responsabili, se non coincidenti con i proprietari stessi.

TAR Toscana, Fi, Sez. II, 01.09.2011, n. 1375

Rifiuti - ordinanza - destinatario - effettivo responsabile.

L'ordinanza di dare luogo ad ulteriori analisi al fine della caratterizzazione e definitivo smaltimento dei rifiuti può essere diretta solo all'effettivo responsabile dell'abbandono, infatti l'art. 192 d.lgs. n. 152/06 richiede che il destinatario della stessa sia colui cui è riconducibile l'abbandono o il deposito incontrollato del rifiuto.

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 01.09.2011, n. 2152

V.A.S. - impatto significativo - anche positivo - omissione - annullamento

La Valutazione Ambientale Strategica, introdotta dalla Direttiva 2001/42/CE, è la valutazione delle conseguenze ambientali di piani e programmi, finalizzata all'assunzione - attraverso la valutazione di tutte le possibili alternative pianificatorie - di determinazioni integrate e sistematiche di considerazioni di carattere ambientale, territoriale, sociale ed economico.

La V.A.S. si realizza in fase di elaborazione del piano mediante la redazione di un rapporto ambientale che deve considerare lo stato dell'ambiente attuale del territorio interessato e le sue alterazioni in presenza e non del provvedimento da valutare, confrontato anche con possibili alternative strategiche, localizzative e tecnologiche.

È, in ogni caso determinante la circostanza che la valutazione ambientale strategica, quale strumento di tutela dell'ambiente, va effettuata in tutti i casi in cui i piani abbiano "impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale".

Invero, "l'impatto significativo" non è quello caratterizzato da connotazioni negative in termini di alterazioni delle valenze ambientali, ma è quello ricavabile dalla definizione di impatto ambientale contenuto alla lettera c) dell'art. 5 del t.u. ambientale quale "alterazione qualitativa e/o quantitativa, diretta ed indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa dell'ambiente, inteso come sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, (...)", per cui la valutazione ambientale strategica va eseguita in tutti i casi di interazione (anche positiva) tra l'attività pianificatoria e le componenti ambientali. Pertanto, l'omessa preventiva sottoposizione a V.A.S. del piano paesaggistico rende illegittimo con conseguente annullamento del provvedimento di adozione.

TAR Calabria, Ct, Sez. I, 07.06.2011, n. 805

Fonti rinnovabili - procedimento - autorizzazione - principi comunitari ed internazionali.

Invero, l'utilizzazione delle fonti di energia rinnovabile è considerata di pubblico interesse e di pubblica utilità, e le opere relative sono dichiarate indifferibili ed urgenti (art 12, co. 1,

del d.lgs. 387/2003), anche in considerazione del fatto che la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra attraverso la ricerca, la promozione, lo sviluppo e la maggior utilizzazione di fonti energetiche rinnovabili e di tecnologie avanzate e compatibili con l'ambiente costituisce un impegno internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione del cosiddetto "Protocollo di Kyoto" dell'1.12.1997 (ratificato con l. n. 120 del 2002).

La realizzazione e gestione di impianti eolici rientra tra le attività di impresa liberalizzate, che, a scopo di semplificazione burocratica ed in ossequio ai principi comunitari, viene sottoposta, previa conferenza di servizi, ad un'autorizzazione unica, che costituisce anche titolo per la costruzione dell'impianto, e, quindi, è anche sostitutiva del permesso di costruire, poiché il Comune può far valere il proprio interesse, ambientale ed urbanistico, ad una corretta localizzazione urbanistica del parco eolico e alla sua conformità edilizia, nell'ambito della suddetta conferenza di servizi (cfr. Consiglio Stato, Sez. III° par. 14.10.2008 n. 2849).

La cosiddetta "moratoria eolica" si pone in contrasto con i principi stabiliti dalla disciplina comunitaria in materia e, in particolare, della Direttiva 2001/77/CE che ha individuato, tra gli obiettivi che gli Stati membri sono chiamati a conseguire, quello di "ridurre gli ostacoli normativi all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili", quello di "razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo", quello di "garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili" nonché con lo spirito di "favor" per gli impianti di tale tipologia.

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO PENALE -

del Dott. Andrea Valerio Cambi

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 14.12.2011, n. 46343

Edificazione solo fittiziamente connessa alla

agricoltura - lottizzazione abusiva - è configurabile.

È sussistente il reato di lottizzazione abusiva

allorché l'attività edificatoria sia solo fittiziamente connessa alla coltivazione ed allo sfruttamento produttivo di terreni agricoli, ma sia in realtà diretta a trasformare in residenziale una zona che nelle previsioni di piano aveva una destinazione esclusivamente agricola (nella specie i giudici di merito hanno ritenuto esistente il reato poiché gli imputati, privi della qualifica di agricoltori, avevano posto in vendita le costruzioni realizzate non come case rurali a servizio del fondo, ma come unità abitative civili autonome con annesso suolo non utilizzabile, per le ridotte dimensioni, a fini agricoli.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 14.12.2011, n. 46328

Istanza di condono - false attestazioni - procedimento amministrativo - mancata conclusione favorevole - reato di falso - sussiste.

Sussiste il reato di falso p.e p. dall'art. 483 c.p. ove il privato, all'atto della presentazione di istanza di condono edilizio, attesti falsamente la data di ultimazione delle opere, e ciò anche quando il procedimento amministrativo non abbia avuto seguito.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 12.12.2011, n. 45969

PdC in sanatoria - contenente prescrizioni sostanziali - doppia conformità - esclusione.

È da escludere la sussistenza del requisito della "doppia conformità" quando la concessione in sanatoria imponga prescrizioni aventi natura sostanziale in quanto volte ad adeguare l'opera agli strumenti urbanistici vigenti

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 7.12.2011, n. 45704

Acquisizione gratuita - perfezionamento - presentazione istanza di condono - irrilevanza.

Non incide sulla legittimità del provvedimento dell'autorità giudiziaria di restituzione dell'immobile dissequestrato al Comune (anziché al privato) la pendenza di una pratica di condono edilizio, e ciò in considerazione del positivo esaurimento della procedura acquisitiva con l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 25.11.2011,

n. 43669

Abuso in atti di ufficio - autorizzazione paesaggistica - mancata trasmissione alla Soprintendenza - configurabilità.

Risponde del reato p.e p. dall'art. 323 cp il responsabile dell'U.T.C. che rilasci l'autorizzazione paesaggistica senza sottoporla al controllo di legittimità della competente Soprintendenza.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 29.7.2011, n. 30224

Disciplina antisismica - violazione - materiali utilizzati - rilevanza - esclusione.

L'obbligo di denuncia e di presentazione dei progetti previsto dall'art. 9, d.P.R. 380/2001 e quello di preventiva autorizzazione previsto dal successivo art. 94 riguardano tutte le opere realizzate nelle zone sismiche e precisamente, come prevede l'art. 83, «tutte le costruzioni la cui sicurezza possa comunque interessare la pubblica incolumità, da realizzarsi in zone dichiarare sismiche», a nulla rilevando la natura dei materiali impiegati e delle relative strutture.

Infatti, la finalità perseguita dal legislatore è quella di rispettare le esigenze di una più rigorosa tutela dell'incolumità pubblica nelle zone dichiarate sismiche.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 28.7.2011, n. 30033

Ristrutturazione edilizia - nozione - interventi - connessione finalistica - valutazione - necessità - sussiste.

La ristrutturazione edilizia consiste nella trasformazione di un organismo edilizio mediante un insieme sistematico di opere che portino a un organismo in tutto o in parte diverso dal precedente con interventi che comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi e impianti.

Tale attività di ristrutturazione può attuarsi attraverso una serie d'interventi che si caratterizzano per la connessione finalistica delle opere eseguite, che non devono essere riguardate analiticamente ma valutate nel loro complesso al fine di individuare se esse siano o meno rivolte al recupero edilizio dello spazio attraverso

so la realizzazione di un edificio in tutto o in parte nuovo

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 28.7.2011, n. 30045

Totale difformità - suddivisione e chiusura di vani - configurabilità - sussiste.

La realizzazione di una maggiore superficie al piano terra di un fabbricato, con suddivisione in due vani non previsti in progetto e la creazione di un terzo locale mediante la chiusura di una veranda possono collocarsi tra gli interventi in difformità totale, in quanto aventi senza dubbio rilevanza urbanistica e recando gli stessi quel requisito di sostanziale autonomia rispetto al dato progettuale originario richiesto dalle disposizioni richiamate.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 18.7.2011, n. 28233

Condono - ultimazione delle opere - copertura provvisoria - esclusione.

La presenza della copertura provvisoria e non definitiva impedisce che un manufatto per il quale sia richiesto il condono edilizio possa ritenersi ultimato al rustico.

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 22.6.2011, n. 25015

PdC - case mobili - necessità - sussiste.

Costruzione abusiva - responsabilità - proprietario - colpa - dimostrazione - necessità - sussiste.

Bellezze naturali - deturpamento - danno concreto - dimostrazione - necessità - sussiste.

È configurabile il reato di costruzione edilizia abusiva anche nell'ipotesi di installazione di

roulotte, camper e case mobili, sia pure montati su ruote e non incorporati al suolo, aventi una destinazione duratura per soddisfare esigenze abitative. Devono ritenersi, infatti, pienamente equiparate alle "nuove costruzioni", ai fini della necessità del rilascio del permesso di costruire, le strutture abitative mobili che, pure avendo la parvenza della mobilità, hanno caratteristiche obiettive di stabilità e capacità di trasformare in modo durevole l'area occupata ed utilizzata definitivamente a scopo edilizio.

Non può essere attribuito ad un soggetto, per il solo fatto di essere proprietario di un area, un dovere di controllo dalla cui violazione derivi una responsabilità penale per costruzione abusiva, essendo a tal proposito viceversa dirimenti la disponibilità, giuridica e di fatto, della superficie edificata; l'interesse specifico ad effettuare la nuova costruzione (principio del "cui prodest"); nonché tutte quelle situazioni e quei comportamenti, positivi o negativi, da cui possano trarsi elementi integrativi della colpa e prove circa la compartecipazione, anche morale, all'esecuzione delle opere.

La contravvenzione di cui all'art. 734 cod. pen. si configura come un reato di danno, e non di pericolo (o di danno presunto), richiedendo per la sua punibilità che si verifichi in concreto la distruzione o l'alterazione delle bellezze protette.

Non è sufficiente, pertanto, per integrare gli estremi del reato, né l'esecuzione di un'opera né la semplice alterazione dello stato naturale delle cose sottoposte a vincolo, ma occorre che tale alterazione abbia effettivamente determinato la distruzione o il deturpamento della bellezza naturale.

«.....GA.....»

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

L'art. 4 del d.l. 13.8.2011, n. 138 (convertito con modificazioni, in l. 14.9.2011, n. 148; cd. "Manovra bis") ha dettato disposizioni in materia di "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea".

Tale art. 4 è stato poi modificato dall'art. 9 della legge 12.11.2011, n. 183 (cd. "Legge di stabilità 2012"), avente ad oggetto la "Liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica".

Com'è noto, il d.P.R. 18.7.2011, n. 113 ha sancito l'esito della consultazione referendaria del 12-13 giugno scorso che ha portato all'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito con modificazioni in l. 6.8.2008, n. 133), nel testo modificato dall'art. 15 del d.l. 25.9.2009, n. 135 (convertito con modificazioni in l. 20.11.2009, n. 166).

Per sommi capi, tale norma, "in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione" (co. 1), aveva previsto che l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali sarebbe dovuto

avvenire "in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società ... individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ... b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ... le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 %" (co. 2). Solo "in deroga alle modalità di affidamento ordinario" di cui sopra, era prevista la possibilità che il conferimento della gestione avvenisse "a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano" (co. 3).

In particolare, il ricorso al modello "in house" era ammesso "per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato" (co. 3), ed era imposto all'ente affidante di "dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo" (co. 4).

A distanza di due mesi esatti dal voto del referendum abrogativo, il legislatore nazionale – ricorrendo anche in questo caso alla decre-

tazione in via d'urgenza – ha introdotto una nuova disciplina dei servizi pubblici locali, improntata alla loro liberalizzazione, per molti versi riprodotto della precedente, a cominciare dai medesimi principi guida richiamati nell'incipit.

Rimane, invero, la distinzione tra quelle che l'art. 23-bis definiva “modalità di affidamento ordinario” e la gestione cosiddetta “in house”, che rimane “in deroga” pur con presupposti diversi.

Così, l'art. 4 del d.l. n. 138/11 “il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici” (co. 8); mentre, “nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio”, a questo “deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio” (co. 12).

In deroga a quanto sopra, “se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta “in house”” (co. 13), le quali, in quanto “affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno” (co. 14).

A ben vedere, cambiano i presupposti al ricorrere dei quali è ammesso il ricorso al modello “in house”, adesso concentrati nel tetto dei 900.000 euro annui di valore economico del servizio.

Non è, tuttavia, venuta meno la necessità di effettuare un'analisi di mercato, che viene ora generalizzata, in quanto deve essere “effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali”, e “comunque ... prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi”; con l'espressa previsione – introdotta dall'art. 9 della l. n. 183/11 – che “In caso contrario ... l'ente locale non può procedere

all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo” (co. 4).

In particolare, l'art. 4 in esame prevede che gli enti locali:

- i) verifichino “la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ... liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità” (comma 1);
- ii) adottino “All'esito della verifica ... una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio” (co. 2);
- iii) diano a tale delibera “adeguata pubblicità” e la inviino “all'Autorità garante della concorrenza e del mercato anche ai fini della relazione al Parlamento” (co. 3);
- iv) non possano “in assenza della delibera ... procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo” (co. 4).

Sul fronte dei settori esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina, quale tributo all'esito del referendum, il servizio idrico integrato è stato aggiunto all'elencazione già presente nel primo comma dell'art. 23-bis, che comprendeva: “il servizio di distribuzione di gas naturale ... il servizio di distribuzione di energia elettrica ... il servizio di trasporto ferroviario regionale ... nonché la gestione delle farmacie comunali” (co. 34).

Da rimarcare, infine, come l'art. 4 in esame disciplini, “Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati”, il contenuto del bando di gara o della lettera di invito delle procedure selettive per l'affidamento dei servizi pubblici (co. 11 e 12), nonché, in modo puntuale, le situazioni di incompatibilità tra amministratori, dirigenti

e responsabili degli uffici degli enti locali preposti al controllo ed alla vigilanza sui servizi pubblici locali ed assunzione di incarichi inerenti alla gestione dei medesimi (co. 19 e 20), ivi compresi i ruoli di amministratori di società partecipate (co. 21) ovvero di membri delle commissioni di gara (coo. 22 e 23)

«..... GA.....»

IL COMUNE NON PUÒ AFFIDARE IN HOUSE IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

La Commissione Nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche in risposta ad un quesito formulato da alcuni consiglieri comunali in ordine alla legittimità dell'affidamento in house providing effettuato dal proprio comune ha evidenziato come l'affidamento in house del S.I.I. non è conforme alla normativa vigente in quanto, sebbene residui agli enti locali la titolarità del servizio, essa ha comportato il trasferimento in capo all'Autorità d'Ambito del potere di gestire ed organizzare il servizio idrico integrato, facendo venir meno ogni competenza in materia spettante, prima, ai comuni. Nel caso di specie, inoltre, rilevata l'inerzia della AATO nell'affidamento del servizio il Conviri ha diffidato quest'ultima agli adempimenti di competenza precisando che in difetto la Regione dovrà procedere alla nomina di un commissario ad acta per l'avvio delle procedure di affidamento. (Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, parere n. 8269/2011).

«..... GA.....»

DOPO L'APERTURA DELLE BUSTE NON PUÒ VARIARE IL NUMERO DEI COMPONENTI DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE

La variazione della consistenza numerica della commissione giudicatrice, intervenuta in un momento in cui i membri originari avevano già potuto prendere conoscenza dei contenuti delle offerte tecniche presentate dai concorrenti, si pone in contrasto con l'esigenza di trasparenza e la garanzia di continuità del-

le operazioni valutative che impongono di individuare in detto discrimine temporale il limite invalicabile oltre il quale non può essere variata la consistenza numerica della Commissione atteso il rischio di inquinamento del processo valutativo che sortisce ex se un effetto invalidante rispetto agli atti successivamente compiuti. (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5906/2011).

«..... GA.....»

ANNULLATA LA GARA SE L'APERTURA DELLE BUSTE AVVIENE IN SEDUTA RISERVATA

Negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere in seduta pubblica trova applicazione con specifico riferimento anche all'apertura della busta dell'offerta tecnica. E', quindi, illegittima la clausola del bando che prevede, per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, una seduta riservata, atteso che all'apertura delle buste delle offerte tecniche, come per quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, deve procedersi in seduta pubblica, trattandosi di un passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale che deve essere presidiata a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento. (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 5866/2011).

«..... GA.....»

INFILTRAZIONI MAFIOSE NEGLI APPALTI PUBBLICI

Gli elementi relativi al "tentativo di infiltrazione mafiosa" devono avere una consistenza oggettiva circostanziata, ancorché anche solo indiziaria, che renda evidente la concretezza e attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa. Nel caso attenzionato, il Consiglio di Stato ha, per contro, evidenziato che l'informativa antimafia si fondava, invece, su elementi in parte non provati, in parte inattuali, in parte del tutto occasionali, essendo incensu-



rato l'amministratore e avendo il socio reati estinti che per la loro tipologia non sono indiziari di contiguità mafiosa, e non essendovi

prova di loro frequentazioni in ambienti criminali. (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 6027/2011).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LE OFFERTE INAPPROPRIATE TRA IRREGOLARITÀ ED INAMMISSIBILITÀ

dell'Avv. Salvatore Napolitano

Fra le norme che il codice dei contratti (d. lgs. n. 163/06) detta in materia di ammissibilità delle offerte ce ne è una relativa al requisito dell'appropriatezza.

La norma è ovviamente indirizzata alle stazioni appaltanti, chiamate ad esprimere la propria valutazione per procedere all'aggiudicazione.

Il requisito dell'appropriatezza dell'offerta va tenuto distinto da quello della convenienza, anch'esso requisito di ammissibilità.

Più nello specifico, l'art. 57, co. 2, del d. lgs. 163/06 (Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) prevede che le stazioni appaltanti possano aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *“qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata”*.

L'art. 81, invece, in tema di convenienza prevede che *“Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”*.

Ebbene, per un Committente è necessario distinguere se e quando un'offerta risulti inappropriata o inconveniente: nel primo caso, infatti, è consentito che la stazione appaltante aggiudichi il contratto mediante proce-

dura negoziata senza previa pubblicazione di bando; nel secondo, invece, ove la stazione appaltante non voglia procedere all'aggiudicazione, è solo possibile indire una nuova procedura, aperta o ristretta che sia.

In altri termini, se nessuna delle offerte presentate risulti appropriata è come se non fosse intervenuta alcuna offerta, condizione che prelude all'esperimento della procedura negoziata senza bando; al contrario, l'ipotesi contemplata dall'art. 81, co. 3 del d. lgs. n. 163/06 presuppone che sia stata selezionata l'offerta migliore e che, in effetti, sia possibile procedere all'aggiudicazione ma la stazione appaltante, con apprezzamento di merito (sindacabile, peraltro, solo in relazione a profili di illogicità o travisamento, cfr. CdS, IV, 31.5.2007, n. 2838), si determina a non procedere.

Nell'insieme delle offerte inappropriate rientrano quelle (TAR Lazio, II ter, 9.10.2002, n. 8442):

- irregolari, cioè viziate nella forma;
- inammissibili, ossia carenti dei requisiti sostanziali per la partecipazione alla gara;
- inadeguate, dal punto di vista tecnico, al punto da non poter essere neanche valutabili.

L'offerta inappropriata, quindi, è del tutto inadeguata a soddisfare l'interesse pubblico sotteso all'indizione della gara.

La convenienza dell'offerta, invece, attiene principalmente al profilo economico dell'offerta, ma non solo: quando il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la selezione dell'offerta più conveniente non dipende unicamente da un giudizio strettamente econo-

mico ma anche da un giudizio valutativo su ulteriori aspetti che variano a seconda dell'oggetto del contratto e che concorrono, nell'apprezzamento della stazione appaltante, a qualificare l'offerta come la più vantaggiosa sebbene, in ipotesi, potrebbe anche non essere quella più economica (cfr. TAR Campania, Na, I, 11.12.2006, n. 10460).

Tanto premesso, si ponga un esempio di offerta non appropriata.

Si dia il caso di una gara bandita per l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione di un'opera. E' noto che fra i requisiti dell'istituto della concessione vi sia "la gestione funzionale ed economica" dell'opera (ex art. 143 del d.lgs. n. 163/06).

Ebbene, se un concorrente offrisse di gestire l'opera per un periodo di tempo irrisorio, l'istituto concessorio risulterebbe praticamente snaturato e non risponderebbe più alle esigenze cui è preordinato: la concessione di lavori pubblici è un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori la cui controprestazione consiste nel diritto di gestire l'opera, o in tale diritto accompagnato da un prezzo (cfr. C. giust. CE, II, 27.10.2005 n. 187). Ove il (potenziale) concessionario non si assumesse i rischi legati alla gestione, la sua proposta non potrebbe assolutamente considerarsi appropriata rispetto allo strumento concessorio prescelto dalla Stazione aggiudicatrice dal momento che, lasciando sostanzialmente a carico della stessa la gestione dell'opera, sarebbe da qualificare come appalto, non anche come concessione.

Per questo un'offerta del genere sarebbe da considerare inappropriata e, dunque, inammissibile.

Soprattutto, non sarebbe confrontabile con le offerte presentate da altri concorrenti perchè tanto inadeguata da non essere – in teoria – neanche valutabile.

E per l'appunto il requisito dell'appropriatezza è posto a tutela dei principi di *par condicio* e concorrenza in sede di gara.

Un'offerta non appropriata, infatti, è

un'offerta non valutabile. Ma un'offerta non valutabile è inidonea al confronto da effettuarsi con le offerte presentate dagli altri concorrenti sulla base dei parametri stabiliti dall'amministrazione nella *lex specialis* di gara.

Non a caso, nella prassi si è posto il problema della legittimità dei tentativi di "adeguamento" alla *lex specialis* delle offerte inappropriate tramite espedienti quali le interpretazioni adeguatrici da parte delle Commissioni o l'uso distorto dell'istituto della richiesta di chiarimenti ex art. 43 d.lgs. n. 163/06.

La giurisprudenza nega l'ammissibilità di tali condotte perché violerebbero i principi di unicità dell'offerta e, quindi, di *par condicio*: basti pensare che la richiesta di chiarimenti è un istituto che consente di ricorrere all'integrazione o alla regolarizzazione postuma dell'offerta, ma è previsto per rimediare a vizi puramente formali, non anche per regolarizzare offerte non conformi ai requisiti richiesti dalla disciplina di gara (cfr. CdS, III, 19.3.2011 n. 1696).

In altri termini, deve essere sempre preservata la parità di trattamento fra i concorrenti e questa parità si assicura garantendo che ogni partecipante possa offrire una sola offerta, imm modificabile e conforme ai requisiti prescritti dalla legge di gara. L'amministrazione, perciò, è tenuta a mantenere e ad imporre una condotta che consenta a tutte le imprese interessate di giocare le proprie *chances* competitive attraverso al formulazione di offerte appropriate.

Solo in questo modo, infatti, dopo un regolare confronto, è possibile selezionare l'offerta migliore sul mercato e, cioè, l'offerta più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato e quindi garantire la cura dell'interesse pubblico.

Ciò, ovviamente, in omaggio ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e nel rispetto dei principi di fonte comunitaria.

APPALTI AGGIUDICATI AL PREZZO PIÙ BASSO DOPO L'EMANAZIONE DELLA L. 106/11: PRIMI TENTATIVI PER ARGINARE IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO (II^ PARTE)

dell'Avv. Gianluca Piccinni

1. Premessa; 2. Costo del lavoro, fisso ed inderogabile a seguito dell'introduzione del nuovo co. 3 bis all'art. 81 del codice; 3. Reintroduzione "a tempo" del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti sotto soglia (art. 253 co. 20 bis del codice)

1. Premessa.

La conversione in legge (l. 12.7.2011, n. 106), con modifiche, del "decreto sviluppo", successivamente alla pubblicazione del nostro precedente articolo sul fenomeno dei ribassi eccessivi nelle gare di appalto, ci impone di completare l'analisi, sia pur sinteticamente, con le novità che il legislatore ha inteso apportare per tentare di arginare e risolvere tale annoso problema.

2. Costo del lavoro, fisso ed inderogabile a seguito dell'introduzione del nuovo co. 3 bis all'art. 81 del codice.

Uno dei principali correttivi che il legislatore ha inteso apportare al codice per "colpire" le imprese senza scrupoli che si aggiudicavano gli appalti con ribassi anomali mediante l'utilizzo del "lavoro nero", è stata l'introduzione del co. 3 bis dell'art. 81 del codice, norma di immediata applicazione per tutte le procedure di gara (aperte, ristrette e negoziate), in tutti i settori e per qualunque importo, sia per gli affidamenti a corpo che a misura, sia con il criterio del prezzo più basso che con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 81 del codice risulta, attualmente, così riformulato:

"1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

"2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al co. 1, quello più adeguato in

relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al co. 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta."

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

3 bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più significative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

Inoltre, la l. 106/2011, all'art. 4, co. 2 punto i-ter, ha previsto l'abrogazione del co. 2, lett. g) dell'art. 87, che prevedeva l'ammissibilità delle giustificazioni in materia di costo del lavoro.

La *ratio* della norma è quella di equiparare il valore della manodopera al costo della sicurezza (art. 86 co. 3 ter del Codice) per rendere tale costo non negoziabile e non soggetto a ribasso.

E' di tutta evidenza – si legge nella proposta di legge – l'importanza di tale misura: attualmente infatti proprio le amministrazioni pubbliche [...] rischiano di favorire e di premiare quelle imprese che operano una concorrenza sleale, improntata sul mancato rispetto dei contratti e delle disposizioni di legge".

In precedenza, la definizione del costo della manodopera andava effettuata nella fase di

progettazione, mediante l'utilizzo di voci di costo da indicare esplicitamente negli elaborati di progetto (specificatamente per i lavori la stima di manodopera era condotta attraverso il "Quadro di incidenza della manodopera", nonché la quota di sicurezza da non sottoporre a ribasso derivante dagli studi specifici definiti – DUVRI e/o PSC).

Nella successiva fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, la Commissione richiedeva altresì la verifica di congruità di tali voci, fornendo i parametri di riferimento da utilizzarsi, per la conduzione della verifica, per il solo costo del lavoro.

In particolare, in fase di verifica di congruità dell'offerta, l'amministrazione doveva «valutare che il valore economico fosse adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza» e ciò avveniva mediante il rinvio alle tabelle ministeriali.

Con la nuova disciplina, dunque, deve ritenersi superato quanto disciplinato dall'art. 39, co. 3 del Regolamento nelle parti in cui presuppone di assoggettare a verifica di congruità la componente di costo della manodopera, in quanto il costo del personale non costituisce più un elemento dell'offerta e pertanto non va assoggettato a giudizio di anomalia.

Considerare, come fa il legislatore, il costo della manodopera come un costo fisso oltre a prestare il fianco a non poche perplessità, in quanto si tratta di un dato non agevolmente determinabile a priori per tutte le tipologie di appalto, rischia di esporre l'Italia a procedure di infrazione per l'evidente contrasto con i principi di derivazione comunitaria che restano ovviamente vigenti.

In particolare, il contrasto potrebbe verificarsi con l'art. 55 della dir. 2004/18/CE che testualmente dispone: "Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione. Dette precisazioni possono riguardare in particolare: [...] d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui

deve essere effettuata la prestazione [...]), in base ai quali il costo del lavoro va valutato nell'ambito del sub-procedimento di verifica di congruità dell'offerta, con la precisazione anche, da parte della giurisprudenza, che le tabelle ministeriali in materia non sono inderogabili, ma rappresentano dei valori medi di riferimento (cfr. TAR Lazio, II ter, 11239/2009, CdS, V, n. 2835/2008).

Inoltre, il CdS, nella sentenza 23.6.2011 n. 3807, ha evidenziato l'importanza dell'elemento "costo del lavoro", che travalica l'ambito della gara di appalto in riferimento al quale è apprezzato ai fini della congruità dell'offerta presentata, atteso che esso ha in realtà riguardo ai valori fondamentali di solidarietà, uguaglianza e libertà che si rinvergono nel principio di retribuzione adeguata e sufficiente di cui all'art. 36 della Costituzione: l'indagine sulla sua congruità deve pertanto necessariamente coinvolgere non solo e non tanto gli aspetti logico-formali dell'offerta e delle sue giustificazioni, quanto piuttosto il concreto substrato materiale e organizzativo della struttura dell'impresa aggiudicataria, onde accertare e verificare che effettivamente il costo del lavoro indicato nell'offerta sia obiettivamente (e non solo soggettivamente) idoneo ad assicurare il pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali sopra indicati.

Come spesso ci ha abituati negli ultimi tempi il legislatore, la nuova previsione ha alimentato (ed alimenta tuttora) notevoli dubbi e perplessità interpretative che possono riassumersi in due posizioni prevalenti.

Secondo una parte della dottrina, la stazione appaltante dovrebbe indicare *ex ante* nel bando di gara l'importo del costo del lavoro da valutarsi come fisso ed incompressibile e quindi non dovrebbe essere assoggettabile a ribasso.

Di conseguenza, l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti: una parte pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali), una parte pari al costo della sicurezza ed una parte pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile delle imprese.

Poiché il legislatore, come abbiamo visto, con riferimento alle prime due parti non consente ribassi, ne deriva che il confronto concorrenziale si svolgerebbe su una ridotta percentuale del costo complessivo (solo sulla terza), con l'effetto di incentivare le imprese a presentare ribassi maggiori al crescere della loro produttività; tali ribassi non sarebbero verificabili in alcun modo, se non con riferimento al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile.

I disagi sarebbero ancora maggiori qualora venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che di per sé implica la presentazione da parte delle imprese di proposte progettuali o di proposte migliorative del progetto posto a base di gara.

Sul piano pratico la determinazione del costo del personale in fase di indizione dei bandi di gara pone ulteriori notevoli problemi operativi in relazione a talune tipologie di appalti (approvvigionamento di beni prodotti all'estero, i servizi di progettazione, i servizi informatici, i servizi assistenziali, forniture sanitarie) per i quali è assai difficile stabilire *ex ante* l'entità della manodopera utilizzabile.

Discorso diverso va fatto con riferimento ai lavori pubblici perché in tal caso è possibile dedurre il costo del personale, in fase di progettazione, sulla base delle analisi dei prezzi in base alle quali si redigono gli elenchi prezzi ed in base alle disposizioni contenute nel co. 3 dell'art. 39 del d.P.R. n. 207/2010 in merito alla "tabella della incidenza della manodopera".

E' altresì evidente come la quantificazione del costo del personale dipenda anche, qualitativamente e quantitativamente, dalle prestazioni offerte nella proposta progettuale qualora la gara si svolga sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio considerato da molti come il migliore per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Se per costo del personale si intende la somma complessiva dei corrispettivi pagati al personale per eseguire una prestazione qualsiasi sia la sua natura (lavoro, servizio o fornitura), esso è ancorato a due elementi: il costo orario del personale ed il numero di ore per cui è utilizzato. La disposizione, però è

assai carente sul punto perché si fa carico di indicare uno solo dei due elementi, quello del costo orario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale. Del resto, il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa. L'esecuzione di una stessa prestazione, quindi, può comportare fra due o più imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata.

Inoltre, siffatta interpretazione verrebbe a configgere con i principi di libera concorrenza tutelati dalla nostra Costituzione e dalla normativa comunitaria (cfr. considerando 46 della Dir. CEE) in quanto i concorrenti verrebbero limitata la propria autonomia di determinare l'organizzazione interna del lavoro e delle maestranze dovendosi uniformare al parametro predeterminato e fisso stabilito dalla stazione appaltante.

In particolare, le maggiori perplessità derivano dal fatto che:

- per quantificare il costo del personale l'amministrazione è tenuta ad indicare essa stessa il numero delle unità per singola qualifica da inserire nel progetto, sicché si avrebbe come paradosso che è la stessa stazione appaltante, e non più il concorrente, a predisporre una parte rilevante dell'offerta dell'impresa;

- si limita in modo significativo l'originalità dell'offerta, pregiudicando la possibilità per il concorrente di proporre soluzioni innovative;

- la stazione appaltante, non avendo al suo interno le professionalità e le competenze specifiche di settore, al fine di poter ovviare a detta carenza, sarebbe costretta a ricorrere alle consulenze esterne con conseguente lievitazione dei costi e notevole aumento dei tempi di indizione delle gare;

- l'amministrazione potrebbe, in sede di determinazione del costo del lavoro, sovrastimare o sottodimensionare l'entità del personale necessario con il rischio di un sensibile aggravio di spesa ovvero di una minor efficienza del servizio;

- i costi del personale sono notevolmente variabili in ragione del fatto che la retribuizio-

ne dovuta varia da unità ad unità per effetto di benefici economici, anzianità, scatti, indennità *ad personam* etc.);

Il fondamento di tale teoria si basa su un duplice aspetto: da un lato, l'introduzione del co. 3 *bis* dell'art. 81 che prevede il costo del lavoro come fisso ed inderogabile e, dall'altro, l'abrogazione della norma che prevedeva giustificazioni in merito al costo del lavoro e alla sicurezza. La contestuale abrogazione dell'art. 87, co. 2, lett. e) e g), può voler significare una sola cosa: la verifica dei costi minimi del personale e di sicurezza vada anticipata, dalla fase di anomalia, alla fase di determinazione del prezzo a base di gara e di offerta dei concorrenti.

La seconda interpretazione, ritenuta preferibile dall'Autorità dei LLPP, è quella che ritiene che il co. 3 *bis* dell'art. 81 è norma bifasica che sancisce, cioè, l'obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro in due momenti diversi: una prima fase, consistente nella verifica della produttività presentata dal concorrente; una seconda fase, consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione.

Tale verifica andrebbe fatta sempre sull'aggiudicatario anche nel caso in cui la gara si sia svolta con la procedura dell'esclusione automatica.

Inoltre, occorre considerare che non è stata apportata alcuna modifica al secondo periodo del co. 3 *bis* dell'art. 86 del codice, il quale prevede che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e, quindi, fa riferimento ai minimi salariali. Il co. 3 *bis* dell'art. 81, invece, rinvia ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore. Dunque, in sede di verifica dell'anomalia, la Commissione di gara è comunque tenuta a valutare il rispetto del costo del lavoro, atteso che è rimasto in vigore l'art. 86, co. 3 *bis*, del codice, di cui l'art. 87, co. 2, lett. g), ora abrogato, costituiva una mera riproduzione.

Altra disputa riguarda gli effetti dell'obbligo di indicazione *ex ante* del costo orario mi-

nimo non ribassabile - in linea di principio possibile senza alterazione della normale dinamica competitiva - e indicazione *ex ante* del costo non ribassabile del lavoro nel suo complesso. Quest'ultima ipotesi non può prescindere dalla identificazione *ex ante*, da parte della stazione appaltante, di una struttura organizzativa tipo, con un numero determinato di addetti e di un determinato livello di produttività ipotizzato di quella teorica organizzazione, con la conseguenza che - ai fini della valutazione delle offerte - non essendo il costo complessivo del lavoro ribassabile, viene sottratta al mercato la possibilità pratica e concreta di competere sull'ottimizzazione organizzativa e sull'incremento della produttività, senza salvaguardia reale degli obblighi contributivi e retributivi.

E' ovvio che la stazione appaltante non potrà comunque imporre un'organizzazione al concorrente, ma è altrettanto ovvio che laddove l'organizzazione teorica ipotizzata dalla stazione appaltante non corrisponda a quella reale, poiché il costo complessivo del lavoro non andrebbe soggetto a ribasso, il concorrente in grado di garantire quel particolare servizio (giacché è soprattutto nei servizi e, in particolare, in quelli integrati e complessi che il problema risulta evidentissimo) con un'organizzazione più snella e, quindi, meno costosa, si vedrebbe comunque attribuito d'ufficio un costo del lavoro non ribassabile più alto di quello reale, con inevitabile alterazione anche delle altre componenti dell'offerta.

Di contro, ove la stazione appaltante avesse ipotizzato un'organizzazione più snella di quella reale, l'imprenditore si dovrebbe confrontare con un costo del lavoro non ribassabile inferiore a quello effettivo e potrebbe essere incoraggiato a pratiche elusive per poter rimanere competitivo sul mercato.

Ove si aderisse all'interpretazione fornita dall'Avcp si finirebbe con l'attribuire una valore innovativo piuttosto ristretto alla portata della novella. Infatti, il principale elemento di novità rispetto all'attuale assetto consisterebbe nella circostanza che la verifica del costo del lavoro dovrebbe essere effettuata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui non si rinvenissero offerte anomale ovvero in tutti i casi di esclusione automatica delle offerte

che, come noto, il Decreto Sviluppo consente in via generalizzata per tutti gli appalti sotto-soglia sino al 2013.

Non solo, l'ipotesi suggerita dall'Autorità secondo la quale l'espressione "*costo del personale*" andrebbe intesa come costo orario, che non può essere inferiore al minimo salariale, senza tener conto del numero delle ore lavorative necessarie per effettuare l'opera, dipendendo le stesse dall'organizzazione dell'impresa, non sembrerebbe avere una effettiva portata innovativa rispetto alla disciplina previgente, così come interpretata dalla giurisprudenza.

Viceversa, rispetto alle modalità di determinazione del costo del lavoro, delle due interpretazioni sembra essere più convincente quella secondo la quale per costo del personale si deve intendere il costo complessivo, determinato moltiplicando il costo orario (valutato sulla base dei minimi salariali) per il numero delle ore lavorative necessarie per eseguire le lavorazioni previste nell'appalto. Tale costo andrebbe indicato nel bando di gara quale valore non ribassabile, analogamente a quanto avviene per i costi della sicurezza. Di conseguenza, il ribasso verrebbe effettuato e giustificato esclusivamente in relazione agli altri elementi che compongono i prezzi, quali i materiali, i trasporti, noli, attrezzature, spese generali ed utili.

Ciò in quanto maggiormente aderente al dettato letterale della norma; infatti, l'espressione "*al netto delle spese relative al costo del personale*" e l'equiparazione di tale costo a quello della sicurezza farebbero pensare alla volontà del legislatore di sottrarre al ribasso il valore complessivo del costo del personale.

Così facendo si riuscirebbe a contenere i ribassi eccessivi e a contrastare più efficacemente la concorrenza di imprese scarsamente organizzate e che si avvalgono di lavoro nero per aggiudicarsi gli appalti.

3. Reintroduzione "a tempo" del sistema di esclusione automatica delle offerte ano-

male per gli appalti sotto soglia (art. 253, co. 20 bis del codice).

La seconda novità, peraltro meramente confermativa di quanto già previsto nel decreto sviluppo, riguarda l'introduzione del co. 20 bis all'art. 253 del codice.

Con tale aggiunta, il legislatore ha reintrodotta il sistema di esclusione automatica in caso di ribassi anomali, stabilendo che: "*Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31.12.2013 le disposizioni di cui agli art. 122, co. 9, e 124, co. 8, per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 28*".

In forza di tale disposizione sarà consentito alle stazioni appaltanti, fino al 31.12.2013, di esercitare la facoltà di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale per tutte le gare di importo inferiore alla soglia comunitaria.

In altre parole, l'operatività della facoltà già prevista dagli artt. 122, co. 9, e 124 co. 8, del codice è stata estesa a tutti gli appalti sotto soglia e non è più limitata agli appalti di importo inferiore o pari a 1 milione di euro.

La novità, ovviamente, riguarda solo gli appalti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso ed è significativa del fatto che una maggiore azione di contrasto con il dilagante fenomeno dei ribassi anomali si ha con la rievocazione dei sistemi del passato.

L'esclusione delle offerte sospettate di anomalia sarà dunque automatica ma non potrà essere esercitata qualora il numero dei concorrenti sia inferiore a 5.

Tale modifica diventa di fondamentale importanza per l'economia dei lavori pubblici, visto che il criterio del prezzo più basso e del massimo ribasso aveva portato il mercato delle gare di appalto a ribassi che sfioravano il 50% con evidenti ripercussioni sia sulla qualità dei lavori e sul buon esito degli stessi e sia sull'economia ed i bilanci delle imprese.

Vedremo se anche questo deterrente, tratto dall'esperienza del passato, sarà utile alla mitigazione dei ribassi e se sarà il caso di introdurlo anche per gli appalti sopra soglia.

LA SOSPENSIONE DEI LAVORI NEL NUOVO REGOLAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

del Dott. Andrea Di Stazio

Analisi di uno dei più frequenti motivi di contenzioso negli appalti pubblici

Uno dei motivi più frequenti di contenzioso negli appalti lavori pubblici riguarda la sospensione e la successiva ripresa dei lavori.

La materia è trattata dagli artt. 158, 159 e 160 del d.P.R. 207/2010. La norma prevede che, qualora circostanze speciali impediscano in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, il direttore dei lavori ne ordini la sospensione, indicando le ragioni e l'imputabilità anche con riferimento alle risultanze del verbale di consegna. Le circostanze speciali per le quali viene ammessa la sospensione dei lavori sono le avverse condizioni climatiche, le cause di forza maggiore o la presenza di altre circostanze speciali che ne impediscono la esecuzione o la realizzazione a regola d'arte. La sospensione ordinata dal Direttore dei Lavori permane per il tempo strettamente necessario a far cessare le cause che hanno imposto l'interruzione dell'esecuzione dell'appalto. Tra le cause che possono motivare la sospensione si segnalano inoltre le situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari, per cause imprevisi o imprevedibili o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale. La sospensione per la redazione della perizia di variante è inoltre ammessa solo quando dipenda da fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto quali rinvenimenti imprevisi o non prevedibili nella fase progettuale o per la "sorpresa" geologica ai sensi dell'art. 1664 co. 2 del codice civile.

Frequente motivo di contenzioso la sospensione per avverse condizioni climatiche;

in tale fattispecie si confrontano alcuni principi giuridici che possono sembrare antinomici.

L'art. 40 del d.P.R. prevede l'obbligo di inserire nella progettazione esecutiva il cronoprogramma delle lavorazioni; il cronoprogramma è redatto al fine di stabilire in via convenzionale, nel caso di lavori compensati a prezzo chiuso, l'importo degli stessi da eseguire per ogni anno intero decorrente dalla data della consegna. Inoltre il co. 3 dell'articolo in questione stabilisce che nel tempo contrattuale debba tenersi conto della prevedibile incidenza dei giorni di andamento stagionale sfavorevole.

L'art. 43 co. 10 del d.P.R. stabilisce invece l'obbligo per l'esecutore di presentare, prima dell'inizio dei lavori, un programma esecutivo dettagliato, anche indipendente dal cronoprogramma di cui all'art. 40, co. 1, nel quale sono riportate, per ogni lavorazione, le previsioni circa il periodo di esecuzione nonché l'ammontare presunto, parziale e progressivo, dell'avanzamento dei lavori alle scadenze contrattualmente stabilite per la liquidazione dei certificati di pagamento. La differenza tra il cronoprogramma previsto nel progetto esecutivo ed il programma esecutivo dei lavori (nella prassi chiamato programma operativo lavori POL) è evidente: il cronoprogramma è redatto unilateralmente dall'amministrazione per l'applicazione del prezzo chiuso e consiste nell'aumento del prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento; la percentuale si applica all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi ed è fissata, con decreto del Ministro delle infrastrutture da emanare entro il 31 marzo di ogni anno, nella misura ecceden-

te la predetta percentuale del 2 per cento. In tale ambito il cronoprogramma che è redatto quando ancora non è stata individuata la Ditta Appaltatrice deve necessariamente tener conto delle avverse condizioni climatiche. L'impresa appaltatrice provvede invece a redigere il programma esecutivo sulla scorta delle risultanze concrete della situazione effettiva dello stato dei luoghi; il POL – che l'impresa deve rispettare in base a quanto stabilito dal capitolato speciale d'appalto – è redatto dall'impresa stessa con la finalità essenziale di effettuare “una produzione industrializzata” nel cantiere; si sottolinea che l'abilità – e fonte di guadagno delle imprese - è proprio quella di coordinare efficacemente le varie fasi di lavoro, anche al fine di ottimizzare l'impiego delle varie attrezzature di cantiere, soprattutto di quelle necessarie per eseguire lavori di speciale difficoltà.

Da ciò ne deriva per l'impresa un diritto all'esecuzione dei lavori non già nelle migliori condizioni possibili ma quanto meno nelle condizioni di normalità. Sussiste quindi un vero diritto dell'impresa ad ottenere la sospensione dei lavori allorché le condizioni atmosferiche impediscano l'esecuzione delle opere secondo il POL; il POL – lo ribadiamo – è lo strumento dell'impresa per programmare la produzione in cantiere dalla quale ricavare l'utile; la presenza di elementi atmosferici ostativi alla corretta produzione comporta il diritto per l'impresa di ottenere la sospensione dei lavori.¹

Ovviamente quando sono venute a cessare le circostanze speciali ostative all'esecuzione dei lavori essi devono essere prontamente ripresi; l'art. 159 co. 3 del d.P.R. 207/2010 stabilisce che l'esecutore che ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori, senza che la stazione appaltante abbia disposto la ripresa dei lavori stessi, possa diffidare per iscritto il responsa-

¹ La presente tesi è confortata da diverse fonti autorevoli; si vedano ad esempio le Direttive della Provincia Autonoma di Bolzano per la per la trattazione delle riserve delle imprese nell'esecuzione di lavori pubblici (Bolzano, 2008) e P.M. Piacentini P. M. PIACENTINI, in AA.VV., Manuale del diritto dei lavori pubblici, a cura di A. Bargone e P. Stella Richter, Milano 2001, 455-456

bile del procedimento a dare le necessarie disposizioni al direttore dei lavori perché provveda a quanto necessario alla ripresa.

Tale diffida è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione.

La giurisprudenza² in merito afferma che qualora la sospensione dei lavori, disposta dall'amministrazione committente, si protragga illegittimamente dopo che siano venute meno le cause di forza maggiore, condizioni climatologiche od altre simili circostanze ostative alla loro prosecuzione a regola d'arte, ovvero dopo che siano venute meno le ragioni di pubblico interesse o necessità giustificative della sospensione medesima, si debba riconoscere all'appaltatore, oltre al diritto ad una congrua proroga del termine per l'ultimazione dell'opera, e al rimborso delle maggiori spese (con l'osservanza dell'onere della tempestiva riserva non oltre il verbale di ripresa dei lavori), anche il diritto di conseguire la risoluzione del contratto per inadempimento dell'Amministrazione medesima, senza necessità di preventiva riserva, ed in applicazione dei principi generali sui contratti sinallagmatici, ove ne concorrano i relativi requisiti.

L'art. 159 co. 4 del d.P.R. 207/2010 stabilisce che qualora la sospensione, o le sospensioni se più di una, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore possa richiedere lo scioglimento del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone allo scioglimento, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti.

Per la sospensione dei lavori, qualunque sia la causa, non spetta all'esecutore alcun compenso o indennizzo, salvo che la stazione appaltante si sia opposta allo scioglimento del contratto. Se la sospensione non è dovuta per

² Corte di Cassazione, Sezione I, sent. n. 1728 del 17/03/1982

fatto attribuibile all'appaltatore la sua durata non è calcolata nel tempo fissato dal contratto per l'esecuzione dei lavori.

Nel caso in cui la stazione appaltante disponga la sospensione parziale dei lavori essa determina altresì il differimento dei termini contrattuali pari ad un numero di giorni determinato dal prodotto dei giorni di sospensione per il rapporto tra ammontare dei lavori non eseguiti per effetto della sospensione parziale e l'importo totale dei lavori previsto nello stesso periodo secondo il cronoprogramma allegato al progetto esecutivo (non il POL!) ai sensi dell'art. 40 del d.P.R. 207/2010. Altro frequente argomento di contenzioso sono le cosiddette sospensioni illegittime; l'art. 160 del d.P.R. 207/2010 stabilisce che tutte le sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle precedentemente elencate sono considerate illegittime e danno diritto all'esecutore ad ottenere il risarcimento dei danni subiti; il medesimo articolo al co. 2 indica i criteri di quantificazione del danno derivante da sospensione illegittima. Sul tema della sospensione illegittima si segnala una recente pronuncia della Corte di Cassazione che afferma la sospensione può considerarsi legittima allorché sia stata disposta per esigenze obiettive e non originate dall'interesse del committente mentre è da considerarsi illegittima la sospensione originata da cause riconducibili a carenze organizzative dell'amministrazione. Nei casi di sospensione disposta fuori dai casi della legge effettuata per ovviare ai propri comportamenti negligenti l'amministrazione è tenuta a risarcire i danni subiti dall'appaltatore, senza che rilevi la mancata opzione per lo scioglimento del

contratto; tale facoltà è infatti riconosciuta all'appaltatore solo nel caso di sospensione legittima disposta per motivi di pubblico interesse o necessità che superi un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori e comunque superiore a sei mesi.³

Ai fini della quantificazione del risarcimento del danno derivante da illegittima sospensione dei lavori, totale o parziale, vanno dunque considerate le seguenti voci:

1. spese generali
2. ritardata formazione dell'utile;
3. mancato ammortamento dei macchinari presenti in cantiere;
4. retribuzioni inutilmente corrisposte al personale.

Tra le sospensioni legittime e quelle illegittime vi è inoltre un'ampia casistica di sospensioni di fatto disposte dalla stazione appaltante - eventualmente anche a mezzo di ordini di servizio impartiti dal direttore dei lavori - e non accompagnate da provvedimento formale di sospensione che consta di verbale redatto ai sensi dell'art. 158 co. 3 del d.P.R. 207/2010. Riteniamo che tali "sospensioni di fatto" debbano essere trattate alla stregua delle sospensioni illegittime e che per le stesse l'esecutore delle opere abbia diritto al risarcimento del danno subito utilizzando *analogia legis* i criteri sopra esposti.

³ Corte di Cassazione, Sezione I, sent. n. 14510 del 21.6.2007

LINEE GUIDA SULLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI AI SENSI DELL'ART. 3 DELLA L. 13.8.2010, N. 136

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 4 del 7.7.2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Come noto, il 7.9.2010 è entrato in vigore il "Piano straordinario contro le mafie", varato con l. n. 136 del 13.8.2010, che prevede importanti misure di contrasto alla criminalità organizzata e nuovi strumenti per prevenire infiltrazioni criminali, tra cui, in particolare, quello della tracciabilità dei flussi finanziari.

In materia, sono già intervenute due precedenti determinazioni dell'Autorità (la n. 8 del 18.11.2010, recante "Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, l. 13.8.2010, n. 136 come modificata dal d.l. 12.11.2010, n. 187", e la n. 10 del 22.12.2010, recante "Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari"); ora, a seguito dell'introduzione di un sistema semplificato per l'acquisizione del CIG per talune fattispecie (entrato in funzione a far data dal 2.5.2011) e, soprattutto, alla luce dell'esperienza acquisita nel primo periodo di applicazione della normativa, è stato ritenuto necessario adottare una nuova determinazione che provveda ad un riordino della materia nonché all'individuazione di nuove linee interpretative ed applicative.

Si procederà, quindi, alla disamina della stessa ponendo in evidenza, in particolare, i risvolti pratici conseguenti alle indicazioni dell'Autorità.

1. Ambito di applicazione.

1.1 Soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità.

L'art. 3 della l. in disamina si applica alle "stazioni appaltanti", definite all'art. 3, co. 33, del codice come "le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32" ed agli enti aggiudicatori di cui all'art. 207 del codice, ivi incluse le imprese pubbliche. Le amministrazioni aggiudicatrici, a loro volta, sono individuate dal co. 25 del richiamato articolo, che menziona "le

amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti".

1.2 La filiera delle imprese.

Il co. 1 dell'art. 3 citato afferma che: "gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali (...)".

L'Autorità si sofferma, in particolare, sulla nozione di "filiera" per fornirne una chiara interpretazione, partendo, a tal fine, dal dato normativo.

L'art. 6, co. 3, del d.l. n. 187/2010 chiarisce che l'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita "ai subappalti come definiti dall'art. 118, co. 11 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto". Pertanto, la dizione "contratti di subappalto" include i subappalti e i subcontratti "assimilati" ai subappalti ai sensi dell'art. 118, co. 11, prima parte, del codice; la dizione "subcontratti" designa, invece, l'insieme più ampio dei contratti derivati dall'appalto, ancorché non qualificabili come subappalti. Quindi, evidenzia l'Autorità, la tracciabilità si applica anche ai subcontratti che non prevedono apporto di manodopera e/o non superano i limiti quantitativi indicati nell'art. 118, co. 11, del codice.

Inoltre, si rammenta che il d.P.R. 2.8.2010, n. 150, recante il regolamento in materia di rilascio delle informazioni antimafia a seguito di accesso nei cantieri, all'art. 1, precisa che le imprese interessate all'esecuzione dei lavo-

ri pubblici sono “*tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell’opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l’importo dei relativi contratti o dei subcontratti*”.

Pertanto, ai fini dell’assoggettabilità agli obblighi di tracciabilità, non assumono rilevanza né la forma giuridica (ad esempio, società pubblica o privata, organismi di diritto pubblico, imprenditori individuali, professionisti) né il tipo di attività svolta dagli operatori economici.

Per quel che riguarda la figura del subcontraente, espressamente indicata dall’art. 3 della l. n. 136/2010, che pare aver suscitato diverse perplessità in merito alla sua possibile inclusione nella filiera, l’Autorità rileva come il criterio a cui ricorrere è quello della stretta dipendenza funzionale della prestazione oggetto del subcontratto rispetto a quella dell’appalto principale. Si deve trattare, dunque, di subcontratti che presentano un filo di derivazione dal contratto principale, nel senso di essere attinenti all’oggetto di tale contratto. Andrebbero escluse, pertanto, quelle tipologie di attività collaterali, in cui viene a scemare il nesso di collegamento con il contratto principale. Nesso che, invece, permane anche quando il contratto derivato non presenti un asservimento esclusivo rispetto a quello principale.

1.3 Concessionari di finanziamenti pubblici anche europei.

Ulteriore dubbio interpretativo sorge in relazione alla nozione di “*concessionari di finanziamenti pubblici anche europei*”.

In primo luogo, l’Autorità mette in luce come l’art. 3 citato richiede espressamente, ai fini dell’individuazione dell’ambito soggettivo di applicazione, che i soggetti siano “*a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici*”, ovvero richiede una correlazione con l’esecuzione di appalti di lavori, servizi e forniture. Conclusivamente, l’Autorità chiarisce che nella espressione in disamina devono ritenersi inclusi (e, quindi, sottoposti agli obblighi di tracciabilità) i soggetti, anche privati, destinatari di finanzia-

menti pubblici che stipulano appalti pubblici per la realizzazione dell’oggetto del finanziamento, indipendentemente dall’importo.

1.4 I flussi finanziari soggetti a tracciabilità.

Dall’ampia dizione impiegata dall’art. 3, co. 1, discende che la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione, tra l’altro, a quelli derivanti dai seguenti contratti:

- contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del Codice, di cui al Titolo II, Parte I dello stesso, ivi compreso l’affidamento a contraente generale;
- concessioni di lavori e servizi;
- contratti di partenariato pubblico privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria;
- contratti di subappalto, subfornitura e sub-contratti;
- contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti.

New consegue che le norme in commento si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto pubblico ed a prescindere dal valore che può anche essere modico.

L’Autorità chiarisce poi che la normativa sulla tracciabilità si applica ai flussi finanziari derivanti dai contratti di appalto e di concessione posti in essere dalle stazioni appaltanti ai sensi dell’art. 32 del codice (lavori, servizi e forniture ivi previsti), dagli enti aggiudicatori ai sensi dell’art. 207 e dai soggetti aggiudicatori ai sensi dell’art. 3, co. 31 e 32 del codice. Da ciò consegue che la tracciabilità trova, altresì, applicazione ai lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l’esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell’art. 16, co. 2, del d.P.R. 6.6.2001, n. 380, e dell’art. 28, co. 5 della l. 17.8.1942, n. 1150. Infine, l’Autorità chiarisce che l’applicazione della l. n. 136/2010 ai contratti di appalto ed a quelli di concessione, di cui agli artt. 30, nonché 142 e 253, co. 25, del codice, prescinde dall’esperimento di una gara per l’affidamento degli stessi; in altri

termini non rileva né l'importo del contratto né la procedura di affidamento utilizzata.

1.5 Concessioni di lavori e servizi.

L'Autorità rileva come alcuni operatori economici hanno sollevato dubbi sulla possibilità di dare concreta attuazione agli obblighi prescritti dalla normativa, sul presupposto che, in determinati contratti di concessione, non vi siano pagamenti effettuati dall'ente pubblico concedente in favore del soggetto privato concessionario. Bisogna tener presente che le concessioni, di norma, sono costruite con operazioni economiche complesse in cui i costi possono non essere sostenuti direttamente e/o integralmente dall'ente pubblico, ma dalla collettività che usufruisce di un determinato lavoro o servizio (si pensi, ad esempio, al trasporto pubblico locale); ciò non di meno è necessario applicare la tracciabilità ai pagamenti diretti agli operatori economici facenti parte della filiera rilevante (ossia il complesso di attività necessarie, secondo i criteri sopra evidenziati, per lo svolgimento della prestazione). E ciò a prescindere dalla procedura utilizzata.

L'Autorità chiarisce poi che, per le concessioni di lavori pubblici, la tracciabilità si applica anche agli affidamenti di lavori alle imprese collegate ai sensi dell'art. 149 del Codice. Sempre con riguardo alle concessioni di lavori pubblici, resta fermo che la tracciabilità si applica, oltre che agli appalti di sola esecuzione dei lavori, anche agli appalti di lavori ad oggetto misto, come gli appalti integrati o, comunque, previsti dall'art. 53, co. 2, lett. b) e c) del codice.

Infine, la tracciabilità si applica anche agli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, pur se il recente pronunciamento referendario ha abrogato la disciplina dettata dall'art. 23 *bis* del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, con conseguente abrogazione anche del relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 7.9.2010, n. 168).

1.6 Tracciabilità tra soggetti pubblici.

E' escluso dall'ambito di applicazione della tracciabilità il trasferimento di fondi da parte delle amministrazioni dello Stato in fa-

vore di soggetti pubblici (anche in forma societaria) per la copertura di costi relativi alle attività espletate in funzione del ruolo istituzionale da essi ricoperto *ex lege*, anche perché tale trasferimento di fondi è, comunque, tracciato.

Devono ritenersi, parimenti, escluse dall'ambito di applicazione della l. n. 136/2010 le movimentazioni di danaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni da soggetti, giuridicamente distinti dalle stesse, ma sottoposti ad un controllo analogo a quello che le medesime esercitano sulle proprie strutture (cd. affidamenti *in house*); ciò in quanto, come affermato da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, in tale caso assume rilievo la modalità organizzativa dell'ente pubblico, risultando non integrati gli elementi costitutivi del contratto d'appalto per difetto del requisito della terzietà. D'altra parte, resta ferma l'osservanza della normativa sulla tracciabilità per la società *in house* quando la stessa affida appalti a terzi, rivestendo in tal caso la qualifica di stazione appaltante.

Sono, altresì, esclusi gli appalti di cui al secondo comma dell'art. 19 del codice, posto che detti appalti sono contenuti in un perimetro pubblico, ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, tali da rendere *ex se* tracciati i rapporti, anche di natura finanziaria, intercorrenti tra le amministrazioni aggiudicatrici.

Rileva ancora l'Autorità che soggiace, invece, agli obblighi di tracciabilità la procedura di selezione del socio privato di una società mista con contestuale affidamento dei compiti operativi al socio stesso (cd. socio operativo): conseguentemente, per tale fattispecie, è necessario richiedere il CIG all'Autorità.

Parimenti, sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in condizioni di concorrenza con operatori di mercato.

1.7 Contratti con operatori non stabiliti in Italia.

L'Autorità afferma che per le ipotesi di contratti sottoscritti tra pubbliche amministrazioni italiane ed operatori economici non stabiliti all'interno del territorio nazionale, sembra escludersi la possibilità, in assenza di specifici accordi con gli Stati esteri di provenienza del soggetto esecutore, di assoggettare l'operatore economico straniero alle sanzioni stabilite dall'art. 6 della l. n. 136/2010 per il mancato rispetto degli obblighi di tracciabilità. Eventuali inadempimenti potranno, in sostanza, valere solo sul piano contrattuale.

Inoltre, l'Autorità prende in considerazione l'ipotesi in cui, nel caso di acquisto, da parte di stazioni appaltanti, di forniture o servizi infungibili, da un operatore economico non stabilito sul territorio nazionale, il solo operatore economico in grado di eseguire la prestazione opponga un rifiuto all'accettazione integrale delle clausole di tracciabilità (in ipotesi adducendo una normativa interna incompatibile). In tali situazioni, sarà onere dell'amministrazione sia motivare in ordine alla sussistenza di un unico possibile contraente sia conservare idonea documentazione che comprovi che la stessa si è diligentemente attivata richiedendo l'applicazione della tracciabilità e ferma restando la necessità di rispettare tutti gli obblighi che prescindono dal consenso dell'operatore economico privato (ad esempio, richiesta del CIG).

Diversamente, non sono soggetti a tracciabilità i contratti stipulati da un operatore economico italiano con una stazione appaltante estera.

1.8 Contratti nei settori speciali.

Sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i flussi finanziari derivanti dai contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell'ambito dei settori "speciali" individuati dalla direttiva 2004/17/CE e dal Codice, parte III, mentre sono da ritenersi esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di tali attività. L'esclusione appare estendibile anche ai contratti che si riferiscono ad attività "direttamente esposte alla concorrenza" ai sensi dell'art. 219 del codice.

Al fine di evitare elusioni della normativa sulla tracciabilità, quest'ultima trova altresì applicazione ai flussi finanziari relativi a con-

tratti di appalto affidati direttamente da un ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 218 del codice.

1.9 Contratti di servizi esclusi.

La normativa sulla tracciabilità trova applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi di cui al Titolo II, parte I, del codice, purché gli stessi siano riconducibili alla fattispecie dell'appalto.

Parimenti, devono ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'all. II B a cui, come è noto, si applicano, solo alcune disposizioni del codice.

L'Autorità procede poi ad alcune puntualizzazioni che si rendono necessarie con riguardo all'art. 19, co. 1 del codice.

Quest'ultimo, infatti, contempla una molteplicità di figure contrattuali eterogenee, non tutte qualificabili come contratti d'appalto. A titolo esemplificativo, gli obblighi di tracciabilità non si estendono ai contratti di lavoro conclusi dalle stazioni appaltanti con i propri dipendenti (art. 19, co. 1, lett. e) ed alle figure agli stessi assimilabili (ad esempio, la somministrazione di lavoro con le pubbliche amministrazioni, disciplinata dagli articoli 20 e ss. del d. lgs. n. 276/2003, così come il lavoro temporaneo ai sensi della l.n. 196/1997), fermo restando che, come in seguito specificato, sono soggetti a tracciabilità i contratti tra stazione appaltante ed agenzie di lavoro. Parimenti esclusi dal perimetro di applicazione della tracciabilità sono i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni (art. 19, co. 1, lett. a), nonché concernenti i servizi di arbitrato e conciliazione (art. 19, co. 1, lett. c). Sono invece soggetti alla tracciabilità i contratti pubblici di cui all'art. 19, co. 1 che sono appalti di servizi, quali i servizi finanziari menzionati alla lettera a), secondo periodo, ed i contratti di servizi di ricerca e sviluppo di cui alla lett. f).

L'Autorità specifica poi che gli appalti aggiudicati ai sensi dell'art. 25 del codice nonché i contratti di sponsorizzazione di cui all'art. 26 del codice sono esclusi dall'obbligo di richiesta del CIG e dalla tracciabilità dei

flussi.

1.10 Incarichi di collaborazione.

Non sono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli incarichi di collaborazione *ex art. 7, co. 6, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165.*

Invece, i servizi di collocamento e reperimento di personale, contemplati nell'all. II B categoria 22 del codice (la cui disciplina si rinviene nell'art. 20 del codice), sono soggetti agli obblighi di tracciabilità, con riferimento al rapporto tra le stazioni appaltanti ed i soggetti incaricati del collocamento e del reperimento del personale stesso.

1.11 Amministrazione diretta e cottimo fiduciario.

Gli obblighi di tracciabilità non si applicano allo svolgimento di prestazioni di lavori, servizi e forniture tramite amministrazione diretta, ai sensi dell'art. 125, co. 3 del codice. E' opportuno a riguardo specificare, però, che le acquisizioni di beni e servizi effettuate dal responsabile del procedimento per realizzare la fattispecie in economia sono soggette agli obblighi di cui all'art. 3 della l. n. 136/2010 qualora siano qualificabili come appalti.

Diversamente sono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli acquisti in economia mediante procedura di cottimo fiduciario, ivi compresi gli affidamenti diretti di cui all'art. 125, co. 8 ultimo periodo e co. 11, ultimo periodo.

1.12 Ipotesi peculiari.

L'Autorità passa in rassegna alcune fattispecie specifiche al fine di individuarne i relativi obblighi in materia di tracciabilità.

Per quanto riguarda i raggruppamenti temporanei di imprese *ex art. 37 del codice* nonché i consorzi ordinari di concorrenti *ex art. 34, co. 1, lett. e) del codice*, ciascun componente del raggruppamento o consorzio è tenuto ad osservare, in proprio e nei rapporti con eventuali subcontraenti, gli obblighi derivanti dalla l. n. 136/2010, anche al fine di non interrompere la concatenazione di flussi tracciati tra stazione appaltante e singoli subcontraenti.

Sono, inoltre, sottoposti a tracciabilità anche i flussi finanziari nell'ambito delle socie-

tà tra imprese riunite a valle dell'aggiudicazione *ex art. 93 del d.P.R. 5.10.2010, n. 207* ed i propri contraenti, nonché tra la società e le imprese del raggruppamento.

Nel caso di consorzi stabili, qualora il consorzio esegua direttamente i lavori, lo stesso dovrà osservare gli obblighi di tracciabilità nei rapporti con la stazione appaltante e con i subcontraenti. Nella diversa ipotesi in cui il consorzio indichi le imprese esecutrici, queste ultime devono avere un conto dedicato sul quale il consorzio, a seguito del pagamento da parte della stazione appaltante sul conto dedicato dello stesso, effettua a sua volta il pagamento.

Per quel che concerne, poi, le fattispecie ove è adottato il sistema del *cash pooling*, l'Autorità afferma che, con riguardo agli incassi e pagamenti effettuati a valere sui conti delle singole società nei confronti di soggetti esterni al gruppo, l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari attraverso l'inserimento del CIG/CUP e l'utilizzo di conti bancari/postali dedicati deve essere pienamente assicurato. Mentre, nel caso di movimentazioni tra le stesse società del gruppo, ove la società interessata sia una stazione appaltante, è comunque necessario acquisire il CIG al fine di assicurare la puntuale ricostruibilità degli affidamenti infragruppo. Le informazioni che consentono la ricostruibilità delle singole operazioni effettuate devono essere conservate per 10 anni e devono essere esibite a richiesta degli organismi deputati ai controlli.

Da ultimo, l'Autorità esamina l'ipotesi di compensazione di reciproci crediti tra i soggetti della filiera, puntualizzando che tale compensazione non può in alcun modo interrompere la filiera degli operatori, né esonerare dai restanti obblighi inerenti la tracciabilità dei flussi finanziari. A titolo esemplificativo, qualora la compensazione operi tra appaltatore e subappaltatore, quest'ultimo sarà comunque tenuto ad osservare le regole della tracciabilità negli eventuali rapporti a valle; inoltre, tutti i relativi contratti dovranno essere muniti della clausola di tracciabilità e dovranno essere altresì osservate stringenti misure di rendicontazione atte a comprovare la avvenuta compensazione.

Lo stesso dicasi per le ipotesi di *datio in*

solutum di cui all'art. 53, co. 6, del codice ove è opportuno che il CIG venga comunque indicato nei relativi atti di compravendita, rimanendo, inoltre, fermi i restanti obblighi di tracciabilità.

2. Fattispecie specifiche.

2.1 Servizi bancari e finanziari.

Devono ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità gli appalti di servizi bancari e finanziari, sottoscritti tra intermediari finanziari abilitati e stazioni appaltanti. Infatti, l'istituto bancario assume, a tutti gli effetti, la veste di appaltatore della filiera.

Tuttavia, l'Autorità fornisce alcune puntualizzazioni con riguardo ai contratti di mutuo: si ritiene ammissibile assoggettare il rimborso delle rate di mutuo al regime di tracciabilità attenuata; ciò comporta l'utilizzabilità del RID, a patto che il CIG venga indicato nella autorizzazione/delega all'accredito in conto. Inoltre, per i contratti di mutuo stipulati antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 136/2010, l'obbligo di tracciabilità, in caso di utilizzo del RID, può ritenersi assolto mediante l'abbinamento al conto dedicato del codice dell'azienda creditrice.

2.2 Servizio di tesoreria degli enti locali.

In relazione ai servizi di tesoreria disciplinati dagli artt. 209 e seguenti del d. lgs. n. 267/2000, l'Autorità ritiene che, a motivo della qualificazione del tesoriere come organo funzionalmente incardinato nell'organizzazione dell'ente locale, in qualità di agente pagatore, e, quindi, della tesoreria come un servizio bancario a connotazione pubblicistica, gli obblighi di tracciabilità possano considerarsi assolti con l'acquisizione del CIG al momento dell'avvio della procedura di affidamento.

Ulteriori precisazioni sono fornite con riguardo all'ordinazione di pagamento impartita dagli enti locali al tesoriere, ai sensi dell'art. 185 del d. lgs. citato: in caso di pagamenti assoggettati agli obblighi di tracciabilità, la causale del pagamento indicata nel relativo mandato di pagamento, dovrà riportare il codice CIG e, ove necessario, il codice CUP.

2.3 Servizi legali.

I servizi legali, essendo ricompresi nell'all. II B del Codice, sono soggetti alla disciplina sulla tracciabilità dei flussi.

Tuttavia, l'Autorità evidenzia la stretta contiguità tra le figure dell'appalto di servizi e del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli artt. 2230 c.c. e seguenti: pertanto sarà preciso onere della stazione appaltante quello di individuare la corretta qualificazione giuridica della fattispecie. A riguardo, l'Autorità opportunamente chiarisce che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, un *quid pluris* per prestazione o modalità organizzativa.

2.4 Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto.

Gli obblighi di tracciabilità trovano applicazione agli appalti aventi ad oggetto il servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto: le stazioni appaltanti sono, quindi, tenute a richiedere il CIG al momento dell'indizione della procedura di gara per la selezione della società emittitrice e riportare tale CIG nei pagamenti effettuati a favore di quest'ultima (mediante l'uso di strumenti di pagamento tracciabili). I contratti sottoscritti devono, inoltre, essere muniti della clausola di tracciabilità.

Ciò chiarito, attese le peculiarità che caratterizzano il servizio in esame, l'Autorità ritiene necessario rendere alcune specificazioni con riguardo alla filiera a valle delle società emittitrici e, cioè, con riferimento agli obblighi di tracciabilità in capo agli esercenti convenzionati. Al fine di non gravare la rete di esercenti di oneri sproporzionati, il CIG potrà essere riprodotto sul frontespizio del buono pasto in modo da rendere evidente la connessione tra il contratto principale ed il flusso finanziario da esso generato; non sarà quindi necessario inserire i singoli CIG nelle fatture, anche se gli incassi sono riferibili a più commesse. Inoltre non sono soggetti agli obblighi

di tracciabilità gli acquisti di beni e servizi effettuati a monte dagli esercenti per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa, dal momento che detti acquisti rientrano nell'ambito della normale operatività dei ristoratori e prescindono dall'eventuale spendita del buono pasto, presso i relativi esercizi commerciali, da parte di dipendenti pubblici.

2.5 Servizi sanitari.

Con riguardo alle prestazioni socio sanitarie e di ricovero, di specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale erogate dai soggetti privati in regime di accreditamento ai sensi della normativa nazionale e regionale in materia, l'Autorità ritiene che tali prestazioni non possono essere soggette agli obblighi di tracciabilità, posto che la peculiarità della disciplina di settore non consente di ricondurre agevolmente tali fattispecie nell'ambito del contratto d'appalto; tuttavia, è necessario prendere atto di un orientamento giurisprudenziale non sempre conforme e concorde. Di conseguenza, non si ritiene applicabile la normativa sulla tracciabilità alle prestazioni sanitarie indirette, quali, ad esempio, i rapporti derivanti dall'erogazione di prestazioni di assistenza protesica agli invalidi civili e di guerra, nonché ai minori di anni diciotto, né la fornitura diretta di farmaci al cittadino da parte di farmacie convenzionate.

Resta fermo che le prestazioni in esame devono essere tracciate qualora siano erogate mediante appalti o concessioni soggetti all'art. 3 della l. n. 136/2010.

2.6 Erogazioni e liberalità a favore di soggetti indigenti.

Per assenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione dell'art. 3 della l.n. 136/2010, la tracciabilità non si applica all'erogazione diretta, a titolo individuale, di contributi da parte della pubblica amministrazione a soggetti indigenti o, comunque, a persone in condizioni di bisogno economico e fragilità personale e sociale ovvero, ancora, erogati per la realizzazione di progetti educativi.

Tuttavia, deve tenersi distinto, da tale ipotesi, l'appalto eventualmente aggiudicato ad operatori economici per la gestione del pro-

cesso di erogazione e rendicontazione dei contributi ovvero l'appalto o la concessione aggiudicati per l'erogazione delle prestazioni, tutti soggetti agli obblighi di tracciabilità a prescindere dal *nomen juris* attribuito alla fattispecie (così, ad esempio, l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di *voucher* sociali, o, ancora, gli appalti affidati, ex art. 5 della l. n. 381/1991, alle cooperative che svolgono le attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate).

2.7 Servizi di ingegneria ed architettura.

Con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, le norme sulla tracciabilità si applicano a tutti i soggetti di cui all'art. 90, co. 1, lett. d), e), f), f *bis*), g) e h) del codice e, quindi, anche ai professionisti (persone fisiche) ed agli studi professionali, che concorrono all'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i predetti servizi.

2.8 Contratti stipulati dalle agenzie di viaggio.

I contratti stipulati dalle stazioni appaltanti con le agenzie di viaggio aventi ad oggetto la prestazione dei servizi offerti dalle stesse agenzie sono sottoposti agli obblighi di tracciabilità, mentre sono esclusi i fornitori dei servizi di trasporto, ricettivi e di ristorazione acquistati dalle agenzie per conto delle stazioni appaltanti.

Ugualmente, le agenzie di viaggio, quando rendono i loro servizi in favore di imprese appaltatrici, non rientrano nel concetto di "*filiera*"; tuttavia, i servizi svolti dalle stesse sono da ritenersi compresi nel co. 3 dell'art. 3 della l. n. 136/2010 e, quindi, soggetti al regime di tracciabilità attenuata.

2.9 Cessione dei crediti.

I cessionari dei crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorsi di progettazione ed incarico di progettazione sono tenuti ad indicare il CIG (e, ove necessario, il CUP) e ad effettuare i pagamenti all'operatore economico cedente mediante strumenti che consentono la piena tracciabilità, sui conti correnti dedicati.

Tuttavia, nel caso di cessione, da parte di

uno stesso appaltatore, di una pluralità di crediti a loro volta riconducibili a diversi contratti di appalto con più stazioni appaltanti, si ritiene possibile consentire al *factor* di effettuare le relative anticipazioni verso l'appaltatore cedente mediante un unico bonifico, a patto che siano rispettate le seguenti condizioni:

- i CIG/CUP relativi a tutti i contratti di appalto da cui derivano i crediti ceduti devono essere correttamente indicati nel contratto di cessione;

- il *factor* deve indicare nello strumento di pagamento il CIG/CUP relativo al contratto di cessione che presenta il valore nominale più elevato, purché il cessionario sia comunque in grado di collegare ciascun credito ceduto al relativo CIG/CUP; quanto precede vale anche per erogazione effettuate a fronte di incassi ricevuti;

- il conto corrente su cui il *factor* effettua il pagamento deve essere lo stesso conto indicato dal cedente alla stazione appaltante quale conto dedicato e tale circostanza deve risultare dall'articolato del contratto di cessione notificato o comunicato alla stessa stazione appaltante. In caso contrario, il cedente dovrà effettuare tanti atti di cessione quanti sono i conti correnti dedicati che intende utilizzare in funzione di quanto a suo tempo comunicato alle stazioni appaltanti;

- il cedente deve indicare, per ciascuna fattura ceduta, il relativo CIG/CUP;

- il *factor* deve conservare la documentazione contabile comprovante a quali contratti di appalto si riferiscono i singoli crediti ceduti;

- al fine di evitare una interruzione nella ricostruibilità del flusso finanziario relativo alla filiera, l'appaltatore, una volta ricevuto il pagamento da parte del *factor*, deve applicare integralmente gli obblighi di tracciabilità, indicando tutti i singoli CIG/CUP.

Resta fermo che, qualora le condizioni elencate non possano essere integralmente rispettate, il *factor* torna ad essere obbligato ad effettuare le anticipazioni al cedente mediante singoli bonifici, ciascuno con indicazione del CIG relativo allo specifico contratto a cui si riferiscono i crediti ceduti.

Inoltre, deve osservarsi che la normativa

sulla tracciabilità si applica anche ai movimenti finanziari relativi ai crediti ceduti, quindi tra stazione appaltante e cessionario, il quale deve conseguentemente utilizzare un conto corrente dedicato.

Per quanto attiene ad eventuali cessioni di crediti futuri e/o non ancora sorti, la tracciabilità deve essere, comunque, assicurata, anche se in tale caso non è ovviamente possibile indicare il CIG/CUP nell'anticipo effettuato all'operatore economico, fermo restando l'onere di conservare idonea documentazione e di applicare integralmente la normativa sulla tracciabilità una volta stipulato il contratto di appalto cui si riferiscono i crediti ceduti.

2.10 Contratti nel settore assicurativo.

Per quanto attiene alla prassi dei pagamenti nel mercato assicurativo tra le imprese di assicurazione, i *broker* e le pubbliche amministrazioni loro clienti, l'Autorità ritiene che sia consentito al *broker* d'incassare i premi per il tramite del proprio conto corrente separato di cui all'art. 117 del codice delle assicurazioni, identificato e comunicato quale conto "*dedicato*" ai sensi della l. n. 136/2010, senza richiedere l'accensione di un altro conto dedicato in via esclusiva ai pagamenti che interessano le stazioni appaltanti. L'art. 117, co. 3 *bis*, del codice delle assicurazioni prevede, altresì, in alternativa all'accensione del conto separato, una fideiussione bancaria: in tal caso, il *broker* deve avere un conto bancario o postale nel quale transitano tutti i pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione, muniti del relativo CIG, secondo quando indicato in via generale.

Non si ritengono soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti di riassicurazione, in quanto non rientranti nella filiera rilevante.

2.11 Contratti di associazione.

La normativa sulla tracciabilità non trova applicazione al pagamento di quote associative effettuato dalle stazioni appaltanti, atteso che le suddette quote non configurano un contratto d'appalto.

2.12 Contratti dell'autorità giudiziaria.

Gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione agli incarichi conferiti *ad perso-*

nam dalla autorità giudiziaria secondo criteri discrezionali e fiduciari, strettamente collegati ed indispensabili per la conduzione delle proprie attività processuali o investigative (ad esempio, gli incarichi affidati agli ausiliari del magistrato quali periti, esperti, interpreti, traduttori, difensori di persone ammesse al patrocinio gratuito con oneri a carico dell'erario, custodi; ovvero, ancora, le spese di giustizia relative ad intercettazioni telefoniche, servizi di videoripresa, rilevamento a distanza, attivazione di ponti radio).

Tuttavia, l'Autorità precisa che le regole della tracciabilità tornano ad essere pienamente applicabili in tutti i casi in cui possa configurarsi un rapporto negoziale qualificabile come contratto di appalto, ai sensi del Codice; ciò vale, ad esempio, nel caso di accordi-quadro stipulati con fornitori di servizi di alta tecnologia o per il noleggio degli apparati di intercettazione, che costituiscono una cornice contrattuale stabile nel tempo e non limitata alla specifica attività processuale o investigativa.

2.13 Risarcimenti ed indennizzi.

I risarcimenti eventualmente corrisposti dalle imprese assicuratrici appaltatrici ai soggetti danneggiati dalle stazioni appaltanti assicurate sono esclusi dagli obblighi di tracciabilità: tali soggetti terzi danneggiati, infatti, non possono in alcun modo essere equiparati agli appaltatori, subappaltatori e subcontraenti della filiera delle imprese.

Le medesime considerazioni valgono per le indennità, gli indennizzi ed i risarcimenti dei danni corrisposti a seguito di procedure espropriative, poste in essere da stazioni appaltanti o da enti aggiudicatori.

2.14 Cauzioni.

Ai sensi del co. 3 dell'art. 3 della l. n. 136/2010, possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico, purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità, i pagamenti per fidejussioni stipulate dagli operatori economici in relazione alla commessa, tra cui, ad esempio, la cauzione definitiva. Per tali pagamenti, inoltre, non deve essere indicato il CIG/CUP. Resta fermo l'onere di conservare idonea documentazione probatoria.

3. Modalità di attuazione della tracciabilità.

L'Autorità individua gli obblighi di tracciabilità in tre adempimenti:

- utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva;
- effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle medesime commesse pubbliche esclusivamente con lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- indicazione, negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione, del CIG e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della l. n. 3/2003, del CUP.

3.1 Utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati.

I pagamenti effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore e quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici devono transitare su conto corrente dedicato, bancario o postale; su tale conto devono essere effettuate sia le operazioni in entrata che quelle in uscita (pagamenti ed incassi).

L'Autorità ritiene assimilati ai conti correnti (bancari o postali) i conti di pagamento accesi presso i prestatori di servizi di pagamento autorizzati di cui all'art. 114 *sexies* del d. lgs. n. 385/1993. Inoltre, si ammette che gli istituti bancari possano ricevere pagamenti dalle pubbliche amministrazioni su conti interni purché muniti di IBAN ed a condizione che i pagamenti medesimi siano in ogni caso disposti con l'indicazione del CIG. Nel caso di successivo pagamento, disposto a valere sul medesimo appalto a favore di altro soggetto della filiera, la banca – fermo restando l'obbligo di utilizzare lo stesso CIG con il quale è stato disposto il pagamento sul conto interno – potrà utilizzare un diverso conto dedicato garantendo, comunque, in ogni momento, la ricostruibilità dei flussi.

Il conto corrente, poi, può essere dedicato anche in via non esclusiva e, pertanto, esso può essere utilizzato promiscuamente per più

commesse, purché, secondo quanto disposto dall'art. 6 co. 4 del d.l. n. 187/2010, per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui al co. 7 dell'art. 3 della l. n. 136/2010. Inoltre, sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate.

È, altresì, ammesso dedicare più conti alla medesima commessa, così come dedicare un unico conto a più commesse. Gli operatori economici, inoltre, possono indicare come conto corrente dedicato anche un conto già esistente, conformandosi tuttavia alle condizioni normativamente previste.

Da ultimo, considerato che un fornitore può avere una molteplicità di contratti stipulati con la medesima stazione appaltante, l'Autorità ammette che lo stesso comunichi il conto corrente dedicato una sola volta, valevole per tutti i rapporti contrattuali. Con tale comunicazione l'appaltatore deve segnalare che, per tutti i rapporti giuridici che verranno instaurati con la medesima stazione appaltante (presenti e futuri), si avvarrà, fatte salve le eventuali modifiche successive, di uno o più conti correnti dedicati (indicandone puntualmente gli estremi identificativi) senza necessità di formulare apposite comunicazioni per ciascuna commessa.

3.2 Reintegro dei conti correnti dedicati.

In base all'art. 3, co. 4, come modificato dall'art. 7 del d.l. n. 187/2010, *“ove per il pagamento di spese estranee ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia necessario il ricorso a somme provenienti da conti correnti dedicati di cui al medesimo comma 1, questi ultimi possono essere successivamente reintegrati mediante bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni”*. La previsione deve essere letta, chiarisce l'Autorità, in connessione con la facoltà, sancita dal co. 2 del medesimo articolo, di impiegare il conto corrente dedicato anche per pagamenti non riferibili in via esclusiva alla realizzazione degli interventi per i quali è stato rilasciato il CIG. In detta evenienza, qualora l'operatore economico intenda reintegrare i fondi del conto dedi-

cato, lo potrà fare solo mediante bonifico bancario o postale o con altri strumenti idonei a garantire la tracciabilità, nei termini già esposti.

3.3 Utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili.

L'art. 3, co. 1, della l. n. 136/2010 prevede che i movimenti finanziari relativi agli appalti pubblici siano effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni: non deve, quindi, venire dispersa l'informazione finanziaria identificativa del contratto o del finanziamento pubblico a cui è correlata ogni singola movimentazione di denaro soggetta a tracciabilità.

Al bonifico bancario o postale devono intendersi assimilati altri servizi di trasferimento di fondi aventi le caratteristiche del bonifico gestiti da prestatori di pagamento diversi dalle banche e dalle Poste, nonché le c.d. Ri.Ba. (Ricevute Bancarie Elettroniche), sussistendo, in quest'ultimo caso, un vincolo relativo alla circostanza che il CUP e il CIG devono essere inseriti fin dall'inizio dal beneficiario invece che dal pagatore.

L'Autorità esamina, poi, l'articolata situazione che caratterizza i servizi di addebito diretto. Per quel che concerne il servizio RID (Rapporti Interbancari Diretti), esso non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità, atteso che la procedura sottostante non è in grado di gestire informazioni o causali specifiche relative alla singola disposizione di pagamento. Diverso è, invece, il caso del SEPA *Direct Debit*, i cui flussi informativi prevedono un campo libero facoltativo nel quale potrebbero essere ospitati i codici in parola, consentendo quindi di rispettare il requisito della piena tracciabilità.

E' comunque ammissibile il pagamento di tasse, tributi o tariffe mediante versamento su conto corrente postale.

4. Richiesta ed indicazione del CIG e del CUP.

L'art. 3, co. 5, della l. n. 136/2010 stabilisce, tra le modalità di attuazione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari,

l'obbligo di indicare negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione, effettuata dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti tenuti al rispetto di tale obbligo, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità su richiesta della stazione appaltante e, qualora sia obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della l. 16.1.2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP).

L'Autorità, prima di fornire precise indicazioni in materia, ricorda che è preciso onere delle stazioni appaltanti verificare sul sito dell'Autorità la presenza di eventuali aggiornamenti relativi al funzionamento del sistema SIMOG, nonché le istruzioni operative; i chiarimenti sulla compilazione delle maschere per l'ottenimento del CIG vanno, invece, richiesti al *contact center* dell'Autorità.

4.1 Il codice CUP.

L'assegnazione del CUP da parte del Comitato Interministeriale per la programmazione economica-CIPE, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, è volta ad assicurare la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici, con riferimento ad ogni nuovo progetto di investimento pubblico.

Le condizioni imprescindibili che rendono obbligatoria la richiesta del CUP sostanzialmente sono le seguenti:

- la presenza di un decisore pubblico;
- la previsione di un finanziamento, anche non prevalente, diretto o indiretto, tramite risorse pubbliche;
- la presenza di un obiettivo di sviluppo economico e sociale comune alle azioni e/o agli strumenti di sostegno predetti;
- la previsione di un termine entro il quale debba essere raggiunto l'obiettivo.

4.2 Il codice CIG.

La richiesta e la conseguente assegnazione del CIG, prima dell'emanazione della legge n. 136/2010, rispondevano alla diversa esigenza di vigilare sulla regolarità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici sottoposti alla vigilanza dell'Autorità. Il CIG è ora divenuto anche lo strumento, insieme al CUP, su cui è imperniato il sistema della tracciabilità dei flussi di pagamento; tale

nuova funzione ha comportato l'estensione dell'utilizzo del CIG a tutte le fattispecie contrattuali contemplate nel codice, indipendentemente dall'importo dell'appalto e dalla procedura di scelta del contraente adottata.

Con deliberazione del 3.11.2010, è stato ribadito l'obbligo a carico del responsabile del procedimento di registrarsi presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), che attribuisce un "numero di gara" ad ogni nuova procedura di affidamento, determinando l'importo dell'eventuale contribuzione in relazione al valore presunto del contratto; successivamente il responsabile del procedimento provvede all'inserimento dei lotti (o dell'unico lotto) che compongono la procedura a ciascuno dei quali il Sistema assegna un CIG, fissando altresì l'importo dell'eventuale contribuzione a carico degli operatori economici. Sono esclusi dall'obbligo di richiesta del CIG gli appalti di cui all'art. 25 del d. lgs. n. 163/2006. La stazione appaltante è tenuta a riportare i CIG nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerte comunque denominata. Il CIG deve, pertanto, essere richiesto dal responsabile del procedimento in un momento antecedente all'indizione della procedura di gara. Nel caso di acquisti di beni e servizi effettuati senza lo svolgimento di una gara o la richiesta di offerta, come ad esempio per mezzo del Mercato elettronico della p.a. (MEPA), ai sensi dell'art. 11 del d.P.R. n. 101/2002, il CIG va inserito nell'ordinativo di pagamento. Analogamente, qualora la stazione appaltante sia esclusa dall'obbligo di contribuzione in favore dell'Autorità o nei casi in cui il contratto sia eseguito in via d'urgenza, il CIG è richiesto, al più tardi, nell'ordinativo di pagamento.

L'Autorità, poi, puntualizza che il CIG deve essere richiesto anche con riferimento ai contratti stipulati tra il 7.9.2010 e il 12.11.2010, benché in tale lasso temporale fosse prescritta l'indicazione nei pagamenti del solo CUP. Inoltre, rileva che la normativa non impone agli operatori della filiera l'indicazione del CIG nell'ambito delle fatture emesse per l'esecuzione del contratto o del subcontracto.

4.3 Casi di semplificazione del CIG.

Dal 2.5.2011, l'Autorità ha reso disponibili alcune semplificazioni nella procedura di rilascio del CIG, al fine di agevolare gli adempimenti della stazione appaltante con riguardo soprattutto agli appalti di modesto valore economico (cfr. comunicato del Presidente del 2.5.2011).

In particolare, per i contratti di lavori di importo inferiore a 40.000 euro ed i contratti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro (ora anch'essi di importo inferiore a 40.000 euro, come da modifica *ex art. 4, co. 2, lett. m bis*), del d.l. n. 70/2011 convertito in l. n. 106/2011), affidati ai sensi dell'art. 125 del decreto legislativo n. 163/2006 o con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, per i contratti di cui agli articoli 16, 17 e 18 del codice, di qualunque importo, nonché per gli altri contratti esclusi del tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice di importo inferiore o uguale a 150.000 euro e per i contratti affidati direttamente dagli enti aggiudicatori o dai concessionari di lavori pubblici ad imprese collegate, ai sensi degli articoli 218 e 149 del codice, la stazione appaltante può acquisire il CIG introducendo un numero ridotto di informazioni oppure richiedere fino a due carnet di CIG. Ogni carnet, la cui durata è di 90 giorni dal rilascio, contiene 50 codici GIG che possono essere immediatamente utilizzati. I dati relativi a ciascun CIG devono essere inviati all'Autorità non oltre 30 giorni dalla data di scadenza del carnet.

4.4 Il CIG negli accordi quadro.

Per quanto concerne gli acquisti effettuati sulla base di accordi quadro, a cui le pubbliche amministrazioni possono aderire mediante l'emissione di ordinativi di fornitura, la centrale di committenza richiede l'attribuzione di un CIG in relazione alla procedura ad evidenza pubblica che deve essere svolta per la conclusione dell'accordo. I singoli contratti stipulati dalle amministrazioni che aderiscono all'accordo con gli operatori economici selezionati dalla centrale di committenza devono essere identificati con un nuovo CIG ("*CIG derivato*"), che dovrà essere riportato nei pagamenti relativi allo specifico contratto.

Qualora il soggetto (amministrazione) che stipula l'accordo quadro coincida con quello che è parte negli appalti a valle dell'accordo, i flussi finanziari relativi alle singole prestazioni faranno riferimento al medesimo CIG relativo all'accordo.

4.5 Il CIG nelle gare divise in più lotti.

Nel caso di una gara che comprenda una molteplicità di lotti, come avviene ad esempio nelle procedure svolte dalle ASL o da centrali di committenza per l'acquisto di prodotti farmaceutici e sanitari, la stazione appaltante richiede un CIG per ciascun lotto. Il sistema SIMOG consente al RUP, a valle dell'aggiudicazione di diversi lotti ad un medesimo operatore economico (con il quale la stazione appaltante stipulerà un contratto unico), di eleggere a "*CIG master*" uno dei CIG relativi ai singoli lotti. Il CIG master può essere utilizzato per i pagamenti relativi a tutti i lotti, ferma restando la necessità di riportare nel contratto l'elenco completo di tutti i codici CIG relativi ai lotti affidati.

4.6 Acquisti destinati a più commesse.

Nel caso in cui per una prestazione/fornitura oggetto di un subcontracto si faccia ricorso alle risorse finanziarie provenienti da diversi contratti di appalto, occorre, di regola, effettuare distinti pagamenti per ogni commessa, ovvero – se compatibile con il tracciato bancario – indicare nel bonifico (unico) tutti i relativi CIG, fermo restando l'onere di conservare idonea documentazione contabile.

In via residuale, nel caso di impossibilità a seguire le modalità indicate, una terza possibilità è quella prevista nelle Linee guida del CASGO, le quali consentono di indicare un solo CIG (quello relativo al flusso prevalente), a patto che tutti i restanti CIG vengano riportati nella relativa fattura.

5. La tracciabilità attenuata.

L'art. 3, coo. 2 e 3, della l. n. 136/2010 disciplina alcuni peculiari movimenti finanziari posti in essere dagli operatori economici facenti parte della filiera. Tali pagamenti, sulla base dell'interpretazione dell'Autorità, sono soggetti ad una sistema di tracciabilità "*atte-*

nuta”, in quanto possono essere effettuati senza l’indicazione del CIG e del CUP, nei limiti e secondo le modalità che si vanno ad illustrare.

5.1 Pagamenti ex art.3, co. 2.

L’art. 3, co. 2, prevede che devono transitare sui conti correnti dedicati le movimentazioni verso conti non dedicati, quali:

- stipendi (emolumenti a dirigenti e impiegati);
- manodopera (emolumenti a operai);
- spese generali (cancelleria, fotocopie, abbonamenti e pubblicità, canoni per utenze e affitto);
- provvista di immobilizzazioni tecniche;
- consulenze legali, amministrative, tributarie e tecniche.

Si deve provvedere a tali pagamenti attraverso un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, ad uno o più contratti pubblici. Il pagamento deve essere effettuato e registrato per il totale dovuto ai soggetti indicati, anche se non riferibile in via esclusiva ad uno specifico contratto. Con riferimento a tali pagamenti, dunque, l’Autorità ritiene che non vada indicato il CIG/CUP. Infatti, tale pagamento possono essere effettuati anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, quali i servizi di addebitamento diretto o le cartelle di pagamento purché emesse a valere su un conto dedicato. E’ consentito anche l’utilizzo di assegni bancari e postali purché ricorrano tutte le seguenti condizioni:

- i soggetti ivi previsti non siano in grado di accettare pagamenti a valere su un conto corrente (o conto di pagamento);
- il conto su cui vengono tratti i titoli sia un conto dedicato;
- i predetti titoli vengano emessi muniti della clausola di non trasferibilità (non è necessario che sugli stessi venga riportato il CUP e il CIG).

5.2 Pagamenti ex art. 3, co. 3.

Ai sensi dell’art. 3, co. 3, della l. n. 136/2010 possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico i pagamenti per:

- imposte e tasse;
- contributi INPS, INAIL, Cassa Edile;
- assicurazioni e fidejussioni stipulate in

relazione alla commessa;

- gestori e fornitori di pubblici servizi (energia elettrica, telefonia ecc.).

Tali pagamenti devono essere obbligatoriamente documentati e, comunque, effettuati con modalità idonee a consentire la piena tracciabilità delle transazioni finanziarie, senza l’indicazione del CIG/CUP. Possono essere pertanto effettuati mediante addebiti diretti (RID o SEPA *direct debit*) su carte di pagamento, purché emesse a valere su un conto dedicato.

5.3 Utilizzo di carte carburante.

L’utilizzo di carte di pagamento con spendibilità limitata all’acquisto di una gamma circoscritta di beni o servizi – come le c.d. “*carte carburante*” – può essere consentito in regime di tracciabilità attenuata, a patto che il CIG sia univocamente collegato al conto dedicato al funzionamento delle carte; le transazioni effettuate da ciascuna delle carte emesse devono essere ricondotte al suddetto CIG.

5.4 Pagamenti delle utenze della pubblica amministrazione.

Procedendo ad un’estensione analogica della norma di cui all’art. 3, co. 3, citato, l’Autorità ritiene che anche i pagamenti relativi alle utenze delle pubbliche amministrazioni (quali, a titolo esemplificativo, luce, gas e telefono) possano essere effettuati, analogamente alle modalità indicate nei contratti di mutuo, avvalendosi del RID senza indicare i codici CIG nel singolo pagamento; ma ciò è ammesso soltanto nella delega a monte.

6. Il fondo economale.

Per le spese effettuate dai cassieri delle stazioni appaltanti, mediante il fondo economale, deve ritenersi consentito l’utilizzo di contanti, nel rispetto della normativa vigente: la gestione di tali spese, superando il rigido formalismo delle procedure codificate, avviene secondo modalità semplificate sia per quanto riguarda il pagamento (per pronta cassa), contestuale all’acquisto indifferibile del bene o servizio, sia per quanto concerne la documentazione giustificativa della spesa. Per questi motivi, deve trattarsi di spese di non rilevante entità, necessarie per sopperire con

immediatezza ed urgenza ad esigenze funzionali dell'ente e previamente tipizzate dall'amministrazione mediante l'introduzione di un elenco dettagliato all'interno del proprio regolamento di contabilità ed amministrazione (l'Autorità le individua, a titolo esemplificativo, nelle spese relative ai pagamenti di valori bollati, imposte ed altri diritti erariali, spese postali, biglietti di mezzi di trasporto, giornali e pubblicazioni). Non deve trattarsi di spese effettuate a fronte di contratti d'appalto e, pertanto, la corretta qualificazione della singola operazione, da effettuarsi a seconda delle specificità del caso concreto ed alla luce degli ordinari criteri interpretativi, rientra nella responsabilità della stazione appaltante precedente.

7. Comunicazioni.

L'art. 3, co. 7, della l. n. 136/2010 dispone che i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità devono comunicare alla stazione appaltante:

- gli estremi identificativi dei conti correnti bancari o postali dedicati, con l'indicazione dell'opera/servizio/fornitura alla quale sono dedicati;
- le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare sugli stessi;
- ogni modifica relativa ai dati trasmessi.

La comunicazione deve essere effettuata entro sette giorni dall'accensione del conto corrente ovvero, nel caso di conti correnti già esistenti, *“dalla loro prima utilizzazione in operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica”*. L'Autorità chiarisce che bisogna ritenere che il termine *“utilizzazione”* sia stato impiegato nel senso di *“destinazione”* del conto alla funzione di conto corrente dedicato. Per tutti i rapporti giuridici in atto o

che verranno instaurati con la medesima stazione appaltante (presenti e futuri), l'appaltatore/contraente si può avvalere di uno o più conti correnti dedicati, senza la necessità di comunicazioni aggiuntive per ogni commessa pubblica.

In caso di persone giuridiche, la comunicazione de qua deve essere sottoscritta da un legale rappresentante ovvero da un soggetto munito di apposita procura.

L'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi informativi di cui all'art. 3, co. 7, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro ex art. 6, co. 4, della l. n. 136/2010. Al fine di permettere alle stazioni appaltanti di assolvere all'obbligo di verifica delle clausole contrattuali, sancito dall'art. 3, co. 9, i soggetti tenuti al rispetto delle regole di tracciabilità, tramite un legale rappresentante o soggetto munito di apposita procura, devono inviare alla stazione appaltante copia di tutti i contratti sottoscritti con i subappaltatori ed i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture. La comunicazione può anche avvenire per estratto mediante l'invio della singola clausola di tracciabilità ed idonea evidenza dell'avvenuta sottoscrizione; l'Autorità ritiene altresì ammissibile assolvere all'onere di comunicazione mediante l'invio di dichiarazioni sostitutive sottoscritte, secondo le formalità di legge, con le quali le parti danno atto, dettagliandoli, dell'avvenuta assunzione degli obblighi di tracciabilità. Resta, tuttavia, fermo che le stazioni appaltanti ed i soggetti della filiera devono comunque effettuare idonei controlli a campione sulle dichiarazioni rese.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.10.2011, n. 5658
Bando di gara - offerta economica presentata in busta chiusa e con cera lacca - idoneità - uso ceralacca come requisito essenziale modalità presentazione offerte - legittimità - esclusione della gara.

Nel caso in cui il disciplinare di una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, in riferimento alle modalità di presentazione dell'offerta economica, preveda che la stessa debba essere inserita nell'apposita busta chiusa e sigillata con ceralacca e che le buste siano inserite in un unico plico a sua volta chiuso e sigillato con ceralacca ed individui, quale motivo di esclusione, la mancata sigillatura con ceralacca del plico esterno e della busta contenente l'offerta economica, deve ritenersi che l'uso della ceralacca per sigillare le buste configuri un requisito essenziale delle modalità di presentazione delle offerte, la cui assenza conduce alla legittima esclusione della società che non si sia attenuta a tale prescrizione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.10.2011, n. 5531
Appalto di lavori - requisito regolarità contributiva - legittimità esclusione dalla gara.

La presenza di un durc negativo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, obbliga la stazione appaltante ad escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza che si possano effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli inadempimenti ed alla definitività dell'accertamento previdenziale.

La regolarità contributiva, inoltre, deve essere conservata nel corso di tutto l'arco temporale impegnato dallo svolgimento della procedura mentre non assume rilievo l'intervento di un adempimento tardivo da parte dell'impresa.

Pertanto, è legittima la decisione con cui la stazione appaltante disponga di non aggiudicare il contratto all'impresa con riguardo alla

quale era stata accertata, durante la gara, una situazione di irregolarità mediante durc negativo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.10.2011, n. 5497
Gara - appalto di servizio di tesoreria - esclusione - omesso versamento del contributo all'AVCP - illegittimità.

Se un'Amministrazione provinciale indice una licitazione privata per l'affidamento di un servizio di tesoreria che la lex specialis qualifica come gratuito, è da considerarsi illegittima l'esclusione della ditta dalla licitazione di cui sopra a causa dell'omesso versamento del contributo in favore dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici. Infatti il pagamento del contributo non è dovuto in caso di servizio sostanzialmente gratuito.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4.10.2011, n. 5434
Giustizia amministrativa - appello - appello incidentale c.d. 'improprio' - termine per la proposizione - coincide con il termine di impugnazione ordinario ex art. 28 L. TAR..

Contratti della P.A. - bando e lettera d'invito - impugnazione immediata - sussiste solo nel caso di clausole impeditive della partecipazione.

Bando e lettera d'invito - divieto di commissione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione - costituisce principio generale - individuazione.

Bando e lettera d'invito - illegittimità di una clausola - di regola non si trasmette alle altre - eccezione a tale regola - individuazione.

L'appello incidentale autonomo o improprio, ossia diretto a censurare capi di sentenza diversi da quelli impugnati dal ricorrente principale, sostenuto da un interesse non dipendente dall'impugnativa principale, assume solo la ve-

ste formale del gravame incidentale, per realizzare il simultaneus processus, ma va proposto nei termini stabiliti per quello principale, in quanto soggetto alla disciplina generale prevista dall'art. 28, l. 7 dicembre 1971 n. 1034.

L'onere di immediata impugnazione del bando è strettamente riconnesso alla contestazione di clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, ostantive all'ammissione dell'interessato, o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, laddove; va invece escluso un siffatto onere nei riguardi di ogni altra clausola dotata solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre una concreta ed attuale lesione può essere valutata unicamente all'esito, negativo per l'interessato, della medesima procedura.

Costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in quanto trova fondamento nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione. Infatti le caratteristiche soggettive dell'offerente, che in taluni casi sono state apprezzate quali garanzie della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, non sono suscettibili di incidere sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi non possono essere considerate alla stregua di parametro valutativo delle caratteristiche oggettive dell'offerta, attesa l'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo. L'illegittimità di clausola del bando di gara generalmente non si estende automaticamente alle altre non dipendenti o addirittura all'intero provvedimento, comportando il rinnovo dell'intera procedura.

Tuttavia, a conclusioni diverse deve giungersi nel caso in cui la clausola illegittima rivesta una tale importanza nell'economia generale della gara, da doversi ritenere che essa rappresenti uno dei contenuti essenziali delle determinazioni manifestate attraverso l'indizione della

procedura; in siffatte ipotesi, non è possibile procedere al giudizio di frazionamento della complessiva disciplina di gara, attraverso la pura e semplice avulsione della clausola illegittima, né è possibile valutare la disciplina di gara nel suo complesso semplicemente come se la clausola in parola non esistesse.

TAR Campania, Na, I, 13.10.2011 n. 4769

Gara - appalti di forniture - esclusione - riferimento al fatto che l'impresa interessata ha fatto ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso della certificazione di qualità - nel caso in cui dal contratto di avvalimento si evinca che la società ausiliaria non si è impegnata a mettere a disposizione l'intera organizzazione aziendale certificata, posta alla base della certificazione di qualità, bensì solo le risorse necessarie per consentire una parte di una determinata fornitura - legittimità.

E' legittima l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di forniture, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta stessa, al fine di dimostrare il possesso della certificazione di qualità, espressamente richiesta dal bando di gara ai fini della partecipazione, ha fatto ricorso all'avvalimento di impresa ausiliaria ex art. 49, d. lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), nel caso in cui comunque, dal chiaro tenore del contratto di avvalimento, esibito in sede di gara, emerga che la società ausiliaria non si sia impegnata a mettere a disposizione l'intera organizzazione aziendale certificata, posta alla base della certificazione di qualità, bensì solo le risorse necessarie per consentire una sola parte di una determinata fornitura richiesta dalla stazione appaltante.

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 12.10.2011, n. 1791

Offerta - sottoscrizione - funzione.

Nelle gare per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, la sottoscrizione dell'offerta costituisce condizione di giuridicità della dichiarazione, con conseguente legittima esclusione dell'offerente, anche in mancanza di un'esplicita comminatoria in tal senso nel bando di gara, per evidenti esigenze di garanzia sia del principio della par condicio fra i partecipanti, sia dell'esigenza di effettivo conseguimento in modo utile degli obiettivi funzionali



perseguiti dall'amministrazione appaltante. Non è infatti configurabile in specie una mera irregolarità formale, suscettibile di sanatoria, considerato che una dichiarazione (rectius: offerta) non sottoscritta è priva di un elemento essenziale per la sua giuridica esistenza, con la conseguenza che l'eventuale regolarizzazione si tradurrebbe in un'integrazione dell'offerta proposta, configurandosi perciò come una violazione del principio della par condicio.

TAR Lazio, III *ter*, 7.10.2011, n. 7785

Prevalenza dell'interesse sostanziale sui canoni formalistici - principio di tassatività cause di esclusione - bando di gara - requisito della capacità tecnica - esclusione di una impresa che ha dimostrato di aver effettuato servizi analoghi in frazioni diverse della medesima città ma che, per estensione territoriale e densità abitativa, possono essere considerate città diverse - illegittimità.

Il principio della massima partecipazione alle gare d'appalto impone che l'interpretazione delle clausole del bando di gara debba essere improntato alla prevalenza dell'elemento sostanziale sul dato meramente formale, come confermato anche dal co. 1 bis dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 introdotto dal d.l. 70/2011. Di talchè, laddove la lex specialis di gara richieda che il concorrente, ai fini della qualificazione, dimostri di aver effettuato servizi analoghi in diverse città, la suddetta prescrizione non può essere intesa nel senso di precludere la parte-

cipazione di una ditta che abbia effettuato i suddetti servizi analoghi in frazioni della medesima città che, per la loro estensione territoriale e per l'alto numero di abitanti, possano essere considerate quali contesti territorialmente diversificati.

Sicché, in assenza di univocità interpretativa della relativa clausola del bando afferente il requisito di capacità tecnica, il seggio di gara, onde evitare una 'caccia all'errore' che sfoci in una determinazione sproporzionata rispetto alla ratio sottesa alle stesse regole di partecipazione alla gara, deve valutare gli elementi forniti a supporto del requisito da parte della concorrente al di fuori di una applicazione rigidamente formalistica della stessa norma di gara, tenuto conto che il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici è soggetto ai limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali; tale funzione consiste nel delineare, attraverso l'individuazione di specifici elementi indicati della capacità economica, finanziaria e tecnica, il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare il programma contrattuale perseguito dall'amministrazione ed a proseguire nel tempo l'attività espletata in modo adeguato e così da non frustrare la finalità di tutela cui sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte Costituzionale, 25.11.2011, n. 320

Servizio idrico integrato - proprietà pubblica delle reti - sussiste.

E' costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio della proprietà pubblica delle reti, dell'art. 49, co. 2 e 4, legge Regione Lombardia 26/03, nella parte in cui prevedono che gli enti locali possano costituire società patrimoniali d'ambito mediante conferimento della proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato e la possibilità di assegnare a tali società il compito di espletare le gare per l'affidamento del servizio idrico.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.10.2011, n. 5495

Distribuzione gas naturale - divieto ex art. 14, co. 5, d. lgs. 164/00 - portata.

L'art. 14, co. 5, del d. lgs. 164/00 commina l'esclusione dalle gare aventi ad oggetto l'attività di distribuzione del gas naturale delle società, loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che "in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica". Fermo tanto e aderendo totalmente all'orientamento giurisprudenziale di cui alla sentenza CdS, V, n. 417/10, va ribadito che, al fine di assicurare condizioni reali di concorrenzialità nel settore, deve escludersi la partecipazione alla procedura de qua di soggetti titolari di precedenti "affidamenti diretti", idonea di per sé ad alterare in radice la procedura di gara pubblica. Il divieto ha portata generale e va riferito a tutti i soggetti che sono titolari di un affidamento diretto e non subisce temperamenti nemmeno qualora gli affidamenti diretti siano operati a favore di società che abbiano svolto una gara per la scelta del socio.

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.10.2011, n. 5461

Società miste - delibere comunali prodromiche a delibere societarie - giurisdizione a.g.a..

In tema di provvedimenti relativi a società a partecipazione pubblica, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha segnalato che in tema di società per azioni a partecipazione maggioritaria del comune, le delibere comunali con le quali sono decise la riduzione della partecipazione azionaria, l'emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo del comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente; ne consegue che le controversie relative all'annullamento delle suddette delibere spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., ord. 3.11.09 n. 23200).

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.9.2011, n. 5403

Art. 24 R.D. 2578/25 - gestione impianti illuminazione pubblica - riscatto da parte del comune - presupposti.

E' legittimo l'esercizio del diritto di riscatto da parte del comune nei confronti della società titolare del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica, senza il preavviso di un anno, qualora l'originaria concessione sia scaduta: l'art. 24 del r.d. 15.10.25 n. 2578, secondo cui il potere di riscatto deve essere esercitato con il preavviso di un anno, trova applicazione per le concessioni di servizi già affidati ai privati che vengono a risolversi prima della naturale scadenza contrattuale (CdS, V, 10.5.94, n. 451) mentre nel caso di specie l'originaria concessione trentennale era scaduta al momento dell'esercizio del riscatto e non poteva considerarsi tacitamente prorogata in base ad una apposita clausola della convenzione, in quanto prima della scadenza era entrato in vigore l'art. 6 l. 24.12.93 n. 537, che ha introdotto il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servi-

zi, con la previsione – inserita in sede di successive modifiche – della nullità dei contratti stipulati in violazione del predetto divieto.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.9.2011, n. 5379
Gestione impianti sportivi - rilevanza economica - procedure di affidamento.

Ai sensi dell'art. 90 L. 289/02 (Legge Finanziaria 2003) che disciplina la gestione degli impianti sportivi, l'art. 1 della L.R. Lombardia 27/06, distingue l'affidamento degli impianti aventi rilevanza economica da quelli che, viceversa, ne sono privi: solo in relazione ai primi, stante la necessità di garantire “una gestione di tipo imprenditoriale”, il legislatore regionale ha previsto la forma dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica; al contrario, con riferimento agli impianti sportivi senza rilevanza economica, ha ammesso la possibilità di un loro affidamento in via diretta.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.9.2011, n. 5068
Appalto di servizi e concessioni - distinzione. Servizio di trasporto scolastico e servizio di trasporto pubblico - distinzione.

Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (cfr. Sez. VI 15.5.02, n. 2634). Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, percependone il corrispettivo dall'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si avrà appalto quando l'onere del

servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione. E tale assunto, è stato più volte confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, la quale ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08), mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi (Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08).

Il servizio di trasporto scolastico deve essere inquadrato nella categoria degli appalti e non già in quella dei servizi di trasporto pubblico locale: una cosa, infatti, è il servizio pubblico degli autobus, offerto ad un pubblico indifferenziato che vi accede liberamente mediante il semplice pagamento del biglietto, altra è il servizio di trasporto scolastico che, viceversa, è dedicato esclusivamente agli alunni degli istituti considerati e comporta, quindi, ben precise e limitate modalità di accesso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.9.2011, n. 4901
Convenzione di gestione del servizio idrico integrato - potere di approvazione del consiglio comunale - limiti.

Quando la convenzione approvata in ambito di predisposizione del rapporto con il gestore del servizio idrico integrato contiene una serie notevole di differenze rispetto alla convenzione tipo elaborata dalla Regione, è fuori discussione che le modifiche possono essere esaminate e, se considerate, non coerenti con il sistema prefigurato dalla Regione, possono senz'altro condurre alla non approvazione della convenzione da parte del Consiglio Comunale.

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4.8.2011, n. 17
Art. 13 d.l. 223/06, (cd. decreto Bersani) - società di “terza generazione” - applicabilità.

Il presupposto per l'eventuale applicazione del divieto contenuto nell'art. 13 del d.l. 223/06 anche nei confronti delle società cd. di terza generazione o di terzo grado è che la società costituita o posseduta dall'ente locale svolga

servizi strumentali per lo stesso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 30.6.2011, n. 3920
Servizio idrico integrato - tariffa.

Il Giudice Costituzionale ha inequivocabilmente stabilito che la tariffa del servizio idrico integrato si configura, in tutte le sue componenti, come corrispettivo di una prestazione commerciale complessa - corrispettivo che, pur se determinato nel suo ammontare in base alla legge, trova fonte non in un atto autoritativo direttamente incidente sul patrimonio dell'utente, bensì nel contratto di utenza. Pertanto, quale corollario: è irragionevole l'imposizione all'utente dell'obbligo del pagamento della quota riferita al servizio di depurazione anche in mancanza della controprestazione, non potendosi, in contrario, qualificare come controprestazione il fatto che le somme pagate dagli utenti in mancanza del servizio sarebbero destinate, attraverso un apposito fondo vincolato, all'attuazione del piano d'ambito, comprendente anche la realizzazione dei depuratori, e non potendosi ritenere, stante l'unitarietà della tariffa, che le sue singole componenti abbiano natura non omogenea, e, conseguentemente, che anche solo una di esse, a differenza delle altre, non abbia natura di corrispettivo contrattuale ma di tributo (Corte costituzionale, 10 ottobre 2008, n. 335).

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.6.2011, n. 3809
Affidamento servizi pubblici - bando di gara - requisiti

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.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.6.2011, n. 3607
Art. 24 R.D. 2578/25 - riscatto da parte del comune - presupposti.

L'art. 24 del r.d. 15.10.1925 n. 2578, secondo cui il potere di riscatto deve essere esercitato con il preavviso di un anno, trova applicazione per le concessioni di servizi già affidati ai privati che vengono a risolversi prima della naturale scadenza contrattuale (CdS, V, 10.5.94, n. 451): l'assenza di una valida proroga della convenzione e il proseguimento del rapporto in via di mero fatto impediscono l'applicabilità del citato art. 24 nella parte in cui garantisce le concessioni in corso con la previsione di un termine annuale che deve precedere l'esercizio del diritto di riscatto.

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 24.11.2011, n. 1422
Gestione porto turistico - servizio pubblico - esclusione.

Art. 3, co. 27, l. 244/07 - ratio.

L'attività di gestione, manutenzione e valorizzazione di un porto turistico e dei servizi correlati sostanzia una attività imprenditoriale, nella quale non sono ravvisabili i tratti del servizio pubblico, nemmeno a rilevanza economica, non trattandosi di un servizio rivolto ad una platea indifferenziata di utenti e diretto ad erogare utilità alla collettività.

In tema di divieto di costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali da parte di p.a., l'art. 3, co. 27, l. 24.12.2007, n. 244, ha come obiettivo quello di sostenere la concorrenza ed il mercato e non quello di sottrarre al mercato attività imprenditoriali per ricondurle ad un ambito di gestione pubblicistico.

TAR Veneto, Sez. I, 10.10.2011, n. 1509

Art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - portata.

Art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - ratio.

L'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 vieta, nella sostanza, l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, in concessione o in appalto, alle società che già gestiscono servizi pubblici locali ad esse affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, anche per il tramite di società controllanti o da essa controllate.

La ratio della predetta disposizione va ravvisata nell'esigenza di impedire alterazioni del mercato concorrenziale che deriverebbero dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di



ulteriori servizi pubblici locali a quei soggetti che, in quanto già affidatari diretti di tali servizi, si trovano in una posizione di privilegio acquisita al di fuori dei meccanismi dell'evidenza pubblica.

Premesso che è affatto irrilevante la modalità di affidamento prescelta dalla stazione appaltante (appalto o concessione), atteso che il divieto posto dal legislatore riguarda genericamente "l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori", non v'è motivo per ritenere che le modalità di remunerazione delle attività, la bilateralità del rapporto e la mancanza dell'alea, pur idonee a far ascrivere la gara nella categoria dell'appalto anziché in quella della concessione, possano influire sulla natura delle prestazioni da svolgere: è evidente che anche in tal caso le attività affidate continuano a configurarsi quale servizio pubblico locale, essendo del tutto irragionevole ritenere che esse possano, al contrario, perdere detta qualità in dipendenza della tipologia dell'affidamento (concessione o appalto).

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 6.10.2011, n. 1466

Art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - ratio.

Art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - cooperative sociali - applicabilità.

Il divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08, sostanzialmente riproduttivo di analogia previsione contenuta al sesto comma dell'art. 113 d. lgs. 267/00, è finalizzato ad evitare che soggetti imprenditoriali qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con la pubblica amministrazione, possano lucrare in questa loro veste ulteriori rendite di posizione in altri mercati ovvero in altri ambiti territoriali, a danno del libero gioco della concorrenza (cfr. A.V.C.P., parere 5.11.09, n. 128; TAR Piemonte, sez. I, 14.1.11 n. 26).

La norma trova applicazione anche nei confronti delle cooperative sociali; le quali, ai sensi dell'art. 5 l. 381/91, sarebbero ammesse a stipulare convenzioni con le amministrazioni in deroga alla disciplina sui contratti pubblici, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le categorie di persone svantaggiate di cui all'art. 4 della stessa legge; tut-

tavia, secondo le più recenti e condivisibili affermazioni della giurisprudenza, il servizio di igiene urbana, qualificabile come servizio pubblico locale diretto a soddisfare i bisogni dell'intera collettività, non può essere affidato mediante convenzione diretta ai sensi dell'art. 5 cit., poiché tale norma attribuisce agli enti pubblici la facoltà di derogare alla disciplina in materia di contratti per la "fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi" e, correttamente interpretata, può trovare applicazione nel solo caso in cui l'amministrazione debba acquistare beni e servizi in proprio favore, secondo lo schema dell'appalto pubblico di servizi e forniture, e non anche affidare a terzi lo svolgimento di servizi pubblici, mediante lo strumento della concessione (così TAR, Lo, Bs, sez. I, 30.3.09 n. 719).

In ogni caso, il divieto introdotto dall'art. 23-bis d.l. 112/08 (ed ancor prima dall'art. 113 del TUEL del 2000), in quanto norma posteriore e di carattere speciale, oltreché preordinata alla tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici, nel rispetto dei principi discendenti dall'ordinamento comunitario, trova prevalenza rispetto alla disposizione di favore riguardante le cooperative sociali, che non possono concorrere all'affidamento di servizi pubblici locali, ove siano titolari della gestione di altro servizio, sulla base di convenzione non preceduta da procedura di evidenza pubblica ed ancora in corso al momento dell'indizione della gara.

TAR Veneto, Sez. I, 13.9.2011, n. 1392

Art. 24, co. 4, d. lgs. 93/11 - servizio distribuzione gas naturale.

Non può ritenersi preclusiva del proseguimento della gara bandita dal Comune la mancata specificazione del valore assoluto del rimborso spettante al gestore uscente, invocandosi in proposito la disposizione contenuta nell'art. 24, co. 4, d. lgs. 93/11, a tenore della quale le procedure attivate prima dell'entrata in vigore del detto d.lgs. possono essere portate a compimento solo in caso di avvenuta definizione dei criteri di valutazione delle offerte e del valore del rimborso al gestore uscente. Ciò sia in forza dell'interpretazione letterale della norma (la quale richiede, genericamente, la definizione

dei criteri di valutazione delle offerte e del valore del rimborso al gestore uscente, e non anche l'indicazione di una somma puntuale), sia perché è ben noto che tale valore, a fronte degli inevitabili contrasti fra domanda e offerta, trova di regola una precisa definizione solo a seguito di defatiganti trattative ovvero di giudizio arbitrale.

TAR Puglia, Ba, sez. I, 24.8.2011, n. 1230
Concessione pubblico servizio - giurisdizione a.g.a. - sussiste (salvo indennità, canoni e altri corrispettivi).

I giudizi aventi ad oggetto le vicende di un rapporto di concessione di pubblico servizio, compresa la decadenza, non estesi a indennità, canoni ed altri corrispettivi, rientrano nella giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c), del d. lgs. 2.7.10 n. 104 (come già in base all'art. 33 del d. lgs. 31.3.98 n. 80, nel testo modificato dall'art. 7 della l. 21.7.00 n. 205 e risultante dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 204/04) (Cass. civ., Sez. un., n. 8094/07; n. 27336/08; Cons. Stato, V, n. 5165/03; n. 7214/10).

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 24.6.2011, n. 939
Art. 13 d.l. 223/06, (cd. decreto Bersani) - ratio.

Art. 13 d.l. 223/06, (cd. decreto Bersani) - Società di "terza generazione" - applicabilità.
Art. 13 d.l. 223/06, (cd. decreto Bersani) - società di "terza generazione" - applicabilità - limiti.

Lo scopo del divieto [dettato dall'art. 13 del d.l. 223/2006] è quello di evitare le distorsioni alla concorrenza provocate dalle Società che fruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento senza gara: esse potrebbero partecipare alle procedure comparative sfruttando le posizioni privilegiate acquisite senza il previo confronto concorrenziale.

Se dunque la ratio è quella di tutelare i principi di concorrenza e di trasparenza nonché quello di libertà di iniziativa economica – che risulterebbero turbati dalla presenza (diretta o indiretta) della mano pubblica la quale provoca un'elusione del rischio d'impresa – devono considerarsi partecipate da amministrazioni pubbliche regionali o locali anche le Società

partecipate da Società intermedie controllate da dette amministrazioni: il divieto previsto dall'art. 13, in altri termini, deve ritenersi applicabile ad un'impresa partecipata da un'altra impresa, che a sua volta è controllata da amministrazioni pubbliche locali.

I divieti e gli obblighi imposti dal predetto art. 13 coo. 1 e 2 trovano dunque una ben ragionevole giustificazione per le società c.d. strumentali ma non per le società le quali – pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto alla sola operatività con gli Enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri Enti o loro società o aziende pubbliche e private) – operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato prendendo parte alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (CdS, V – 11/1/2011 n. 77).

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 22.6.2011, n. 1622
Appalto di servizi e concessioni - distinzione.
Appalto di servizi e concessioni - distinzione - soggetto tenuto al corrispettivo.

Mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore svolge la sua attività in favore di una p.a., la quale utilizza le relative prestazioni ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la PA. nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

L'appalto di servizi concerne dunque prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta; normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

C. Conti, Sez. Reg. controllo Lombardia, 26.9.2011, n. 489

Gestione farmacia comunale - servizio pubblico locale essenziale - rilevanza economica - tendenziale.

Servizi Pubblici Locali - rilevanza economica - presupposti.

Si pone la questione circa la qualificazione giuridica del servizio di gestione della farmacia comunale, da sempre caratterizzato da elementi di specialità normativa, attesa l'inerenza con il diritto alla salute dei cittadini derivante dalla distribuzione territoriale di farmaci all'utenza: al riguardo, la Sezione è orientata in linea generale verso la natura di servizio pubblico essenziale, a carattere locale, e a tendenziale rilevanza economica (Sezione contr. Lombardia, del. n. 195/2009/PAR e n. 196/2009/PAR).

Deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che s'innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme d'intervento finanziario pubblico dell'attività in questione. Deve invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza (cfr., in tal sen-

so, TAR Sardegna 2.8.05, n. 1729; TAR Liguria, Sez. II, 28.4.05, n. 527; TAR Campania 7.11.03, n. 13382; TAR Umbria 24.10.03, n. 821). La conclusione cui è giunta la Sezione circa la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica o meno, indica che non sia possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, valutata di volta in volta con riferimento al singolo servizio da espletare a cura dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può cagionare sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento, nonché ai suoi caratteri di redditività ed autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi). La resa concreta del servizio è di spettanza dell'ente locale, cui compete la valutazione circa le modalità ottimali di espletamento del servizio farmaceutico, con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, all'organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza, dal un lato, e dell'universalità e dell'erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni, dall'altro.

«.....GA:.....»

PUBBLICO IMPIEGO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

TFS E TFR: ULTERIORI CHIARIMENTI E ISTRUZIONI OPERATIVE SUI NUOVI TERMINI DI PAGAMENTO DEI TRATTAMENTI DI FINE SERVIZIO E DI FINE RAPPORTO

"Dipendente di un comune che cessa per dimissioni successivamente al 12.8.2011, ma a quella data aveva già maturato il requisito pensionistico (ad esempio pensione di anzianità con quota 96): il termine per la liquidazione della prestazione TFS/TFR non è di 24 mesi ma il previgente di 6 mesi". "Dipendente di un ministero che cessa dal servizio per limiti di età successivamente al 12 agosto 2011 ma a tale data aveva già maturato il diritto alla pensione (di vecchiaia): il termine per la liquidazione del TFS/TFR non è sei mesi ma quello previgente di 105 giorni". Questi ed altri gli esempi forniti dall'Inpdap nelle istruzioni operative sui nuovi termini di pagamento dei trattamenti di fine servizio e di fine rapporto ai sensi dell'art. 1, co 22 e 23, d.l. n. 138/2011 convertito in legge dall'art. 1, co 1, l. 14.9.2011, n. 148. (INPDAP, nota operativa 30.11.2011, n. 41).

«..... GA.....»

NUOVE MODALITÀ DI REDAZIONE E COMUNICAZIONE DEI VERBALI RELATIVI ALLE VISITE MEDICHE DOMICILIARI

L'Inps rende note le nuove modalità di redazione e comunicazione dei verbali redatti a seguito delle visite mediche domiciliari precisando che al termine della visita, i medici di controllo, attraverso l'utilizzo di personal computer portatili, di cui saranno dotati dall'INPS, redigeranno presso il domicilio del lavoratore l'apposito "verbale informatico" che sarà trasmesso in tempo reale ai si-

stemi informatici dell'Istituto. In tal modo, l'esito della visita risulterà immediatamente disponibile per le attività di competenza dell'INPS e reso contestualmente accessibile dal datore di lavoro che l'abbia eventualmente richiesta. I medici saranno dotati anche di un'apposita stampante portatile per fornire al lavoratore le previste copie del verbale. (INPS, circolare 28.11.2011, n. 150)

«..... GA.....»

EX DIPENDENTI IN PENSIONE POSSONO LAVORARE PER L'ENTE LOCALE

Il ministero del lavoro, in risposta all'interpello formulato dall'Anci, ha chiarito che gli ex dipendenti collocati a riposo possono svolgere attività di natura occasionale ed accessoria (giardinaggio, manutenzione edifici, strade, parchi e monumenti) in favore degli Enti Locali nei limiti di compenso stabiliti dal legislatore. (Ministero del Lavoro, interpello n. 44/2011).

«..... GA.....»

LEGGE DI STABILITÀ 2012: INCENTIVI PER L'OCCUPAZIONE FEMMINILE E GIOVANILE

L'art. 22 della l. n.183 del 12.11.2011 (cd Legge di stabilità 2012), ha introdotto nuovi istituti lavorativi volti a promuovere l'occupazione quali, in particolare, il nuovo contratto di apprendistato, il contratto di inserimento (con particolare riferimento all'inserimento delle donne), il contratto part-time ed il telelavoro. Per quanto riguarda l'apprendistato la legge riconosce alle imprese che hanno alle proprie dipendenze un numero di addetti pari o inferiore a nove una decontri-



buzione totale (contributi previdenziali ed assistenziali Inps ed Inail) per tre anni per tutti i contratti di apprendistato stipulati a decorrere dal 1.1.2012 e fino al 31.12.2013. Sono, inoltre, previsti incentivi per il contratto di inserimento, con particolare riferimento ai contratti stipulati in favore delle donne che risiedono nelle aree dove il tasso di occupazione femminile sia inferiore di almeno 20 punti percentuali rispetto a quello maschile o il cui tasso di disoccupazione femminile superi di almeno 10 punti percentuali quello maschile. L'incentivo è rivolto alle donne di qualsiasi età prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno 6 mesi. Infine, sono state introdotte alcune misure finalizzate all'incentivazione del part-time e del telelavoro, queste ultime dedicate soprattutto a donne, disabili e lavoratori in mobilità. (l. 12.11.2011 n. 183, Gazzetta Ufficiale n. 265 del 14.11.2011)

«..... GA.....»

RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE PER OMESSO UTILIZZO DELLA TECNOLOGIA

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il d.P.C.M. recante la nuova disciplina delle comunicazioni con strumenti informatici tra imprese e amministrazioni pubbliche che introduce l'obbligo di utilizzare esclusivamente le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. A decorrere dal 1.7.2013, infatti, la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avvengono esclusivamente in via telematica. Fino a tale data potrà essere utilizzata la posta elettronica certificata.

In caso di inosservanza dell'obbligo scatta la responsabilità dirigenziale, mentre l'attuazione e l'osservanza sono rilevanti ai fini della misurazione e valutazione della performance organizzativa e di quella individuale dei dirigenti. (d.P.C.M. 22.7.2011, Gazzetta Ufficiale n. 267 del 16.11.2011).

«..... GA.....»

ALLUNGATI I TERMINI PER IL PAGAMENTO DEI TFR E TFS

L'INPDAP fornisce indicazioni sulle novità introdotte dalla l. 14.9.2011 n. 148 precisando che l'allungamento dei termini di pagamento della buona uscita ai lavoratori del comparto pubblico si applica a coloro che sono cessati o che cesseranno dal servizio successivamente al 12.8.2011. Vengono previsti tre termini di erogazione che variano in base alla causa di cessazione del rapporto di lavoro: 1) 105 giorni (termine breve) dalla cessazione del rapporto in caso di cessazione del servizio per inabilità o decesso; 2) 6 mesi dalla cessazione del rapporto in caso di raggiungimento dei limiti di età o di servizio, estinzione del rapporto di lavoro a tempo determinato. Decorso il termine l'Inpdap deve mettere in pagamento la prestazione entro 3 mesi e decorsi i due periodi per un totale di 270 giorni sono dovuti gli interessi; 3) 24 mesi dalla cessazione del rapporto in tutti gli altri casi (per es. dimissioni, licenziamento). Scaduto il termine l'istituto deve mettere in pagamento entro 3 mesi e decorso il periodo complessivo di 27 mesi sono dovuti gli interessi. (INPDAP circolare n. 16/2011).

«..... GA.....»

FUORI DALLA P.A. PER PERMANENTE INIDONEITÀ PSICOFISICA

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il d.P.R. n. 171/2011 recante il regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica, a norma dell'art. 55 octies del d. lgs n. 165/2001 (d.P.R. n. 171/2011 - G.U. n. 245 del 20.10.2011).

«..... GA.....»

AGEVOLAZIONI PER LA FORMAZIONE UNIVERSITARIA NELLA PA.

Con circolare del 7.10.2011 il Ministro Brunetta precisa la portata ed i limiti delle agevo-

lazioni riconosciute ai pubblici dipendenti per garantirne il diritto allo studio. (Funzione Pubblica, circolare n. 12/2011).

«..... GA.....»

PUNITO IL DIRIGENTE CHE NON FA OSSERVARE L'ORARIO DI LAVORO

È di natura commissiva (non omissiva) la condotta del dirigente di un ufficio pubblico che non impedisce la violazione dell'osservanza dell'orario di lavoro di alcuni dipendenti, offrendo addirittura loro un sostegno morale e un incoraggiamento all'illecito perpetrato. Trattasi di condotta con valenza agevolatrice nella commissione del reato (Corte di Cassazione, Sez. Pen., II, 29.9.2011, n. 35344).

«..... GA.....»

ORMAI NELLA PA SOLO PER CONCORSO

Nel caso in cui si sia stato costituito in via di fatto un rapporto, che sia munito degli indici sintomatici del rapporto di pubblico impiego può essere accolta la domanda volta ad ottenere il pagamento delle differenze retributive fra quanto effettivamente percepito nel periodo di lavoro svolto alle dipendenze della p.a. e quanto sarebbe spettato in forza della disciplina normativa e collettiva del settore, e alla conseguente regolarizzazione della posizione previdenziale, ma resta comunque nullo e improduttivo di effetti il rapporto di lavoro instaurato al di fuori dei parametri legislativi che, nel rispetto dell'art. 97, co. 3 della Costituzione, regolano l'accesso al pubblico impiego tramite concorso. (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6021/2011).

«..... GA.....»

È PECULATO UTILIZZARE IL FAX DELL'UFFICIO PER SCOPI PRIVATI

L'utilizzo del fax di ufficio per fini privati integra il reato di peculato d'uso, a prescindere da un danno economicamente quantificabile che, comunque, è ravvisabile nella distrazione dello strumento dai fini di istituto e dalla sua temporanea inutilizzabilità per quelle stesse finalità. (Cass. Pen., SS. UU., n. 37971/2011).

«..... GA.....»

CONTRASTO TRA CCNL E CONTRATTO AZIENDALE: NESSUNA GERARCHIA TRA LE FONTI DI ACCORDO COLLETTIVO MA PARI DIGNITÀ

La giurisprudenza ha da tempo rilevato che nell'ipotesi di successione di contratti collettivi di diverso livello (nazionale, provinciale, aziendale) l'eventuale contrasto tra le relative previsioni non segue i principi di gerarchia e di specialità, propri delle fonti legislative, ma è sorretto dalla primaria esigenza di individuazione della effettiva volontà delle parti desumibile dal coordinamento e dalla successione delle varie disposizioni; queste ultime da configurarsi come aventi pari dignità, con l'effetto che un nuovo contratto collettivo, sia esso nazionale o aziendale, può anche modificare "in pejus" la disciplina collettiva precedente di qualsiasi livello essa sia. Pertanto non sussiste alcun rapporto gerarchico tra il CCNL e quello aziendale avendo entrambi natura privatistica e convenzionale e distinguendosi tra di loro solo da un punto di vista funzionale. (Consiglio di Stato, Sez. III, 29.11.2011, n. 6301).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

DANNO ALL'IMMAGINE DELLA P.A. LE FATTISPECIE DI REATO LEGITTIMANTI LA RICHIESTA RISARCITORIA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e dell'Avv. Fiammetta Orsi

I reati compiuti dal dipendente pubblico che possono comportare la condanna per danno all'immagine della P.A., sono solo quelli disciplinati nel Capo I, Titolo I, Libro II del c.p. (Reati contro la Pubblica Amministrazione), oppure anche quelli comuni? Il contrasto interpretativo tra la Corte Costituzionale e la Magistratura contabile.

La recente sentenza della Consulta (C. cost., 15.12.2010, n. 355), ha circoscritto l'ambito applicativo della azione del Giudice contabile per il risarcimento del danno all'immagine della P.A. alle sole sentenze irrevocabili di condanna pronunciate nei confronti dei dipendenti pubblici o di enti pubblici o di enti a prevalente partecipazione pubblica e solamente per i delitti contro la P.A. previsti dagli artt. 314-335 del c.p. (peculato, concussione, corruzione, indebita percezione di erogazione a danno dello Stato, etc.). Per la Corte costituzionale, quindi, la tutela del danno all'immagine subito dalla P.A. per un fatto posto in essere dai propri dipendenti, sussisterebbe solo ed esclusivamente nei casi previsti dall'art.7, l. 27.3.2001, n. 97 (*"Norme sul rapporto tra provvedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti della amministrazioni pubbliche"*), con esclusione di ogni ulteriore tutela per quelli derivanti da reati diversi commessi contro la P.A. e, a maggior ragione, per quelli da fatto illecito non costituente reato.

La pronuncia della Corte costituzionale ha così dichiarato infondate e rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune Magistrature contabili con riferimento all'art. 17, co. 30 *ter*, d.l. 78/09, convertito con l. 102/09 (c.d. *"Lodo Bernardo"*) che, proprio perché rinviava al richiamato art. 7, l. 97/01, consentiva l'azione istruttoria da parte della Procura operante presso il Giudice con-

tabile, ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale per il risarcimento del danno all'immagine pubblica, unicamente alle fattispecie di reato rubricate nel Capo I, Titolo I, Libro II del c.p. e, cioè, ascrivibili alla sola categoria dei *"Delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione"*.

A conclusioni diverse rispetto all'arresto della Consulta giunge il Giudice contabile della Sez. Toscana che, con la recentissima sentenza del 2.8.2011, n. 277, ha ritenuto sussistere la responsabilità per danno d'immagine anche per reati diversi da quelli disciplinati dal c.p., a cui rimanda l'art. 7 l. 97/01, a sua volta richiamato nel co. 30 *ter*, d.l. 78/09.

Preliminarmente i Giudici contabili ritengono che la sentenza della Corte costituzionale n. 355/10 non possa né debba rappresentare un limite invalicabile per i Giudici, in quanto detta pronuncia non è dichiarativa di una illegittimità costituzionale con efficacia *erga omnes* ma solamente di rigetto. Tale, per ciò stesso, da determinare un vincolo, peraltro nemmeno assoluto, solo per il giudice del procedimento (giudice *a quo*) ove la relativa questione di legittimità costituzionale è stata sollevata.

Una sentenza di rigetto della Corte costituzionale (così come quelle interpretative di rigetto), in quanto tale, non può vincolare gli altri giudici diversi da quello *a quo*, che rimangono pertanto liberi di esercitare il potere-dovere di interpretare in piena autonomia

la norma denunciata, con l'unico limite dell'adeguatezza e della conformità ai principi costituzionali.

Trattasi delle medesime considerazioni espresse, sul punto, dalle Sezioni Unite della Cassazione penale (Cass. Pen., sez. un., 17.5.2004, n. 23016), lì riferite alle decisioni interpretative di rigetto ma che, come detto, correttamente il Giudice contabile nella sentenza in commento ritiene di poter estendere anche a quelle di rigetto "(...) *quando queste, come nel caso di specie, non si fondino sul 'diritto vivente' (cioè su di una interpretazione consolidata) ma siano il frutto di una scelta tra più opzioni interpretative tutte da verificare*" (C. conti, cit.).

I Giudici contabili, con la sentenza 277/11, hanno adottato una interpretazione dell'art. 17, co. 30 *ter*, d.l. 78/09 diversa da quella fatta propria dalla C. cost. nella sentenza 355/10, richiamando a tal fine le opzioni interpretative di quelle Magistrature contabili (Sez. Lazio, sentenza n. 462/2009 e della Sez. Lombardia, (sentenze nn. 16, 50, 130, 131, 132, 813/2010) "*per le quali (...) la tutela del danno all'immagine della pubblica amministrazione continua a sussistere anche se il danno deriva non da un reato contro la pubblica amministrazione, ma da uno comune*".

Ed infatti la Corte dei Conti, con un articolata e condivisibile ricostruzione interpretativa, osserva innanzi tutto che l'art. 17 co. 30 *ter*, d.l. 78/09 non indichi direttamente i casi in cui l'azione per danno all'immagine possa essere esercitata, limitandosi a rinviare alle figure di reato richiamate nel primo periodo dell'art. 7 l. 97/01 (appunto, i delitti contro la pubblica amministrazione).

Ma, osserva la Corte dei Conti, l'art. 7 consta anche di un secondo periodo che recita: "*(...) resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con d.lgs. 28.7.1989*".

L'art. 129, co. 3, disp. att. c.p.p., prevede che il pubblico ministero, quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, debba informare il pro-

curatore regionale presso la C.conti, dando notizia della imputazione.

La C. conti, con una lettura unitaria e coordinata dei due periodi di cui si compone l'art. 7, ritiene per l'effetto che sia proprio la clausola di salvaguardia *ex art. 129 disp. att. c.p.p.* a legittimare, con la riferibilità a qualunque "(...) *reato che ha cagionato un danno per l'erario (...)*", l'azione risarcitoria del danno all'immagine senza alcuna limitazione.

Pertanto non può essere esclusa la tutela del danno all'immagine della pubblica amministrazione anche in presenza di reati comuni (come ad esempio lo stupro di un'alunna da parte di un insegnante ovvero lo sfruttamento della prostituzione di immigrate clandestine da parte di agenti di polizia che, anzi, sono a volte addirittura più odiosi e lesivi del prestigio della amministrazione pubblica rispetto a quelli di cui agli artt. 314-335 del c.p.) e, altra conseguenza degna di sottolineatura, a prescindere dal passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna.

E' quanto mai verosimile che la diversità degli approcci interpretativi adottati dalla Consulta e dalla Magistratura contabile a sostegno delle rispettive pronunce, potrebbe alimentare un vibrante dibattito giurisprudenziale su una fattispecie delicatissima come quella in commento.

A quanto oggi risulta, la Corte costituzionale, con ordinanze 21.7.2011, nn. 219 e 220, ha ribadito l'orientamento espresso nella sentenza 355/2010 per quel che concerne l'esercizio della azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e modi previsti dall'art. 7, l. 97/01.

Trattandosi di pronunce precedenti rispetto alla data di pubblicazione della sentenza della Corte dei Conti, Toscana, non poteva che essere altrimenti.

E' auspicabile che, al più presto, si consolidi uno scenario giurisprudenziale univoco e un "*diritto vivente*" funzionale all'esigenza di evitare il rallentamento della attività amministrativa, riconducendo ad unità la interpretazione dell'art. 17, co. 30 *ter*, d.l. 78/09 e, con esso, il richiamato art. 7 l. 97/01.

COPERTURA DEI POSTI VACANTI: MOBILITÀ, SCORRIMENTO DELLA GRADUATORIA ANCORA VALIDA ED EFFICACE, NUOVO CONCORSO

dell' Avv. Flavia Virginia Prosperetti

In presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione deve sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, illustrando le ragioni della scelta e giustificando il sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti idonei.

In un clima di difficoltà economica e finanziaria, come quello in cui si trova attualmente il nostro Paese, al fine di tutelare anche esigenze di politica sociale e contenere la spesa pubblica, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è vista costretta ad esaminare e dirimere la contrapposizione tra la tesi che assegna all'amministrazione un'ampia discrezionalità nella scelta di avviare nuove procedure concorsuali per il reclutamento del personale e la contrapposta opinione, secondo la quale l'amministrazione è obbligata ad utilizzare le graduatorie approvate in precedenza, con l'esclusione dell'espletamento di nuove procedure, al fine di realizzare la semplificazione amministrativa e rispondere al principio di economicità dell'azione della P.A..

Da una parte, infatti, vi è l'orientamento, recepito maggiormente dal Giudice Amministrativo di primo grado e dalla Corte di Cassazione secondo cui, al fine di reclutare il personale, l'amministrazione dovrebbe procedere allo scorrimento della graduatoria, ancora valida ed efficace, non potendo non tener conto delle posizioni di soggetti già in precedenza selezionati quali idonei, soprattutto in carenza di valide ragioni che giustifichino la scelta di indire una nuova procedura concorsuale (in tal senso Cass. sez.un. 29.9.2003, n. 14529 e 9.2.2009, n. 3055; TAR Sardegna 19.10.1999, n. 1228; TAR Lazio 30.1.2003, n. 536 e 15.9.2009, n. 8743; TAR Puglia, Le, 10.10.2005, n. 4452; TAR Lombardia 15.9.2008, n. 4073).

Dall'altra, vi è l'orientamento, che si può definire più "tradizionale", e prevalentemente seguito dal Consiglio di Stato, sino alla remissione della questione all'Adunanza Plenaria, di cui in seguito si dirà, che ravvisa -nella

determinazione dell'amministrazione di avviare una nuova procedura concorsuale, al fine di reclutare personale, anche alla presenza di una graduatoria ancora valida ed efficace-, l'espressione di un potere di ampia discrezionalità e non richiedente alcuna specifica motivazione, in quanto l'indizione di un concorso per l'accesso ai pubblici impieghi costituisce sempre la regola, di diretta derivazione costituzionale, ai sensi dell'art. 97 (cfr. CdS, V, 19.11.2009, n. 7243 e 18.12.2009, n. 8369; CdS, IV, 27.7.2010, n. 4911).

Con la sentenza 28.7.2011, n. 14 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha aderito all'orientamento secondo cui l'amministrazione deve sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, dando conto delle ragioni che impongono il sacrificio dei soggetti utilmente collocati in graduatoria.

L'Adunanza Plenaria, con la sopra citata sentenza, supera quindi l'orientamento tradizionale secondo cui la decisione della pubblica amministrazione di indire un nuovo concorso non richiederebbe alcuna motivazione ed, altresì, escludendo la tesi contrapposta, secondo la quale la disciplina sullo scorrimento delle graduatorie assegnerebbe agli idonei un diritto soggettivo pieno all'assunzione, riconosce la discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla decisione se procedere o meno al reclutamento del personale, tenuto conto delle disponibilità di bilancio, delle scelte programmatiche effettuate dagli organi di indirizzo, degli eventuali limiti normativi alle assunzioni ecc., ma pone l'obbligo di motivare sempre circa la modalità prescelta per il reclutamento, dando conto della esistenza di eventuali graduatorie, anco-

ra valide ed efficaci, al momento dell'indizione della nuova procedura concorsuale.

Il Consiglio di Stato ha, dunque, affermato un principio che privilegia in generale lo scorrimento delle graduatorie, che può recedere solo dinanzi a specifiche circostanze o discipline speciali prevalenti che devono essere espressamente e puntualmente indicate nel provvedimento con cui l'amministrazione sceglie di indire un nuovo concorso.

Il principio affermato segue la disciplina legislativa, da ultimo introdotta con l'art. 35, co. 5 *ter* del t.u. del pubblico impiego (aggiunto dall'art. 3, co. 87, della l. 24.12.2007, n. 244), secondo cui *"le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali"*.

Tale disciplina, di portata generale, nel pieno rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità, persegue l'evidente fine di contenere la spesa pubblica, con riferimento ai costi necessari per l'espletamento delle procedure concorsuali ed al tempo stesso persegue lo scopo di *"proteggere"* i soggetti, collocati in graduatoria.

È stata pertanto, rafforzata la preferenza al procedimento dello scorrimento delle graduatorie per il reclutamento del personale, senza con ciò derogare alla regola, di derivazione costituzionale, del concorso.

Infatti, il sistema di reclutamento del personale attraverso lo scorrimento delle graduatorie non è un sistema alternativo alla procedura concorsuale, bensì è una modalità che presuppone che sia stato svolto in precedenza un concorso, con cui siano stati individuati i soggetti meritevoli, nel pieno rispetto degli artt. 97 e 98 della cost..

All'amministrazione è, comunque, data la possibilità di scegliere se indire un nuovo concorso per il reclutamento di personale, ma tale modalità costituisce, ormai, l'eccezione e, pertanto, la relativa decisione deve essere adeguatamente motivata.

L'obbligo di motivare assume particolare rilevanza quando la pubblica amministrazione si trova dinanzi ad una pluralità di opzioni.

In tale caso l'amministrazione è tenuta a

considerare oltre gli aspetti organizzativi suoi propri, anche le posizioni giuridiche di coloro che sono stati ritenuti meritevoli, nell'ambito di una precedente procedura concorsuale nonché i costi economici ed amministrativi, al fine di contemperare, come detto, la necessità di coprire i posti vacanti con le esigenze di politica sociale e di contenimento della spesa pubblica.

Vi sono, comunque, dei casi in cui la decisione dell'amministrazione di procedere al reclutamento del personale attraverso l'indizione di un concorso, anziché procedere con lo scorrimento della graduatoria, appare pienamente giustificabile.

Ad esempio, il caso in cui vi siano delle speciali disposizioni normative che impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata magari a particolari meccanismi di progressioni nelle carriere. In tale eventualità l'amministrazione ha il dovere di procedere con l'indizione di una nuova procedura concorsuale, salvo valutare sempre ragioni di opportunità che possano portare a preferire l'altra modalità di reclutamento del personale.

Anche nel caso in cui vi sia stata una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella cui si riferiva la graduatoria, ancora efficace, la scelta dell'amministrazione di procedere con l'indizione di un nuovo concorso, appare pienamente giustificata.

In altri termini, se le nuove procedure prevedono l'introduzione di una prova che nel precedente bando non era prevista, ciò è idoneo a giustificare il ricorso alla modalità di reclutamento tramite concorso da parte della pubblica amministrazione.

Le suddette circostanze, richiamate a titolo esemplificativo, non eliminano tuttavia l'obbligo della pubblica amministrazione di motivare la scelta effettuata, ma ne attenuano solo la rilevanza.

L'amministrazione, infatti, non può esimersi dall'obbligo di valutare comparativamente gli interessi contrapposti coinvolti, gli interessi pubblici da una parte e le aspettative di coloro che sono stati collocati come idonei nelle graduatorie dall'altra, anche se, in presenza di una normativa speciale in materia, conserva un ampio potere discrezionale di va-

lutazione.

A seguito del principio affermato dall'Adunanza Plenaria con la citata sentenza 28.7.2011, n. 14, la sezione VI del Consiglio di Stato, con sentenza 12.9.2011, n. 5112, ha statuito l'illegittimità della scelta *"con la quale la pubblica amministrazione, ai fini della copertura di alcuni posti, senza una specifica motivazione, ha indetto un nuovo concorso, piuttosto che provvedere alla copertura degli stessi mediante scorrimento della graduatoria ancora valida, nel caso in cui lo scorrimento della graduatoria sia espressamente previsto dall'originario bando di concorso non già come modalità gestionale di auto-organizzazione (per inconferenza della "sedes materiae"), ma come esplicita "chance" occupazionale per gli idonei, in caso di disponibilità di posti in organico nel biennio successivo all'approvazione della graduatoria"*.

Nella fattispecie ora menzionata il CdS ha ravvisato un preciso obbligo dell'amministrazione a fornire una motivazione stringente ed approfondita che giustifichi la decisione di procedere con l'indizione di un nuovo concorso anziché provvedere alla copertura dei posti vacanti mediante lo scorrimento della graduatoria, in quanto lo scorrimento era previsto dal bando di concorso, non come modalità gestionale di auto-organizzazione, ma come esplicita *"chance"* occupazionale per gli idonei i quali, dunque, hanno titolo prioritario per l'immissione in ruolo, salve esigenze straordinarie, specificamente motivate.

Di particolare rilevanza, infine, la sentenza della sezione IV del TAR Lombardia, Mi, 21.9.2011, n. 2250 con cui viene affermata la legittimità della scelta con cui la pubblica amministrazione, al fine di coprire un posto vacante, ha provveduto senza una specifica motivazione ad indire una procedura di mobi-

lità volontaria, piuttosto che ricorrere allo scorrimento della graduatoria ancora valida di un precedente concorso.

Con la predetta sentenza si riconosce allo strumento della mobilità volontaria, per la copertura di un posto in organico, una preferenza legale rispetto alle altre modalità di reclutamento del personale.

Quando l'amministrazione utilizza lo strumento della mobilità volontaria applica, infatti, l'art. 30 del d. lgs. 165/2001 che stabilisce il principio del previo esperimento di tale modalità, per la copertura di un posto vacante in organico, rispetto al reclutamento di nuovo personale (cfr. TAR Lazio, I *ter*, 22.12.2010, n. 38002). Pertanto, il ricorso alla mobilità non necessita di una specifica motivazione, trattandosi di un metodo di preferenza legislativa e idoneo ad acquisire personale con esperienza, che ha già conseguito la stessa qualifica presso altre amministrazioni, con un conseguente risparmio di costi ed una più razionale distribuzione delle risorse tra le pubbliche amministrazioni.

In conclusione, si può affermare che, abbandonati i tradizionali formalismi che vedevano il concorso come unico metodo legittimo di reclutamento del personale, la giurisprudenza è ormai orientata nel dare la preferenza a quegli strumenti, quali la mobilità volontaria e lo scorrimento delle graduatorie che consentono la copertura dei posti vacanti nel rispetto degli interessi contrapposti sottesi, allo scopo di ottenere anche un'immediata operatività ed un risparmio di spesa.

D'altronde, a monte della scelta di utilizzare la mobilità ovvero lo scorrimento di una graduatoria valida ed efficace, vi è l'espletamento di una procedura concorsuale con conseguente rispetto dei principi costituzionali di cui ai citati artt. 97 e 98.

«.....GA.....»

IL CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI A SOGGETTI ESTERNI ALLA P.A.: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA SEZ. I TER TAR LAZIO N.7481/2011

dell'Avv. Fabio Falco

La sentenza della Sez. I ter del TAR del Lazio n.7481/2011 ribadisce l'importanza dei principi generali dell'azione amministrativa nel conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni

La sentenza della Sez. I ter del TAR del Lazio n.7481 del 21.9.2011 ha annullato nove procedure di conferimento di incarichi dirigenziali apicali a soggetti esterni posta in essere dalla Regione Lazio.

Tralasciando, in questa sede, la larga eco che tale pronunzia ha suscitato tra gli esperti della materia e tra gli stessi organi politici, è opportuno soffermarsi sugli aspetti più squisitamente tecnici della sentenza in parola, che, peraltro, presentano anche caratteri di novità.

Infatti l'annullamento giurisdizionale degli atti delle procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali apicali a soggetti esterni dell'amministrazione regionale è intervenuto non già ritenendo direttamente applicabile l'art. 19 del d.lgs. n. 165/01 alle Regioni (nonostante il dettato del comma 6 ter della citata disposizione normativa), bensì constatando la violazione dei principi generali dell'ordinamento che reggono l'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost., quali l'obbligo di pubblicità, trasparenza e partecipazione delle procedure di selezione che, in endiadi con quello di motivazione, sostanziano l'imparzialità ed il buon andamento della P.A.

Al riguardo occorre premettere che, come sostenuto costantemente dalla giurisprudenza della Corte dei Conti (Cfr., *ex plurimis*, C. Conti, sez. contr., 20.7.2006, n.10), il conferimento a soggetto esterno all'amministrazione di un incarico dirigenziale, vieppiù se apicale, postula una *extrema ratio*, da esperire eccezionalmente solo allorchè, a seguito di adeguata informativa e pubblicità della vacanza nei confronti del personale di ruolo, non sia possibile affidare l'incarico de quo ad un dirigente interno, motivando, poi, adeguatamente sulle ragioni di interesse pubblico da

perseguire e sulla inidoneità, all'uopo, delle professionalità dirigenziali interne esistenti.

Il conferimento di un incarico dirigenziale a soggetto esterno, quindi, postula senz'altro una valutazione discrezionale dell'amministrazione in ordine alla necessità o meno di affrontare una spesa pubblica (quella, cioè, di dover remunerare il soggetto prescelto) e, conseguentemente, uno stringente obbligo di motivazione riguardo alla oggettiva assenza di dirigenti interni in grado di svolgere le medesime mansioni.

Orbene, se l'obbligo di motivazione del provvedimento di conferimento è espressamente sancito dal co. 6 del citato art. 19 del d. lgs. n.165/01, va rilevato che il carattere autoritativo di tale atto di conferimento sembra essere in contrasto con il successivo art. 63 del T.U. del pubblico impiego.

Infatti tale ultima norma qualifica il conferimento (e la revoca) degli incarichi dirigenziali un atto paritetico tra la P.A. datrice di lavoro ed il pubblico dipendente, come tale ascrivibile alla categoria degli atti di diritto privato, in quanto interveniente su rapporti in cui si rinvencono posizioni di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

In realtà, come si evince dalla stessa sentenza n. 7481/2011 (che, in vero, conferma un orientamento già espresso in passato dal TAR del Lazio), il contrasto con l'art. 63 del citato d. lgs. n.165/01 è solo apparente, in quanto il conferimento di un incarico dirigenziale a soggetto esterno alla P.A. postula una vera e propria scelta amministrativa, discrezionale ed autoritativa, di derogare all'ordinario regime per reperire personale dirigenziale, peraltro all'esito di un procedimento amministrati-

vo in cui devono essere concretamente valutate ed adeguatamente partecipate le professionalità dirigenziali interne che, come detto, ove esistenti, consentirebbero l'espletamento delle mansioni affidande senza ulteriore esborso di denaro pubblico.

E' chiaro, dunque, che la posizione dei dirigenti interni, rispetto alla ponderazione della loro professionalità (che ove esistente renderebbe inutile la ricerca all'esterno), così come la posizione dei soggetti esterni che partecipino alla selezione pubblica per l'incarico (una volta rilevata la carenza di professionalità interna) è solo di interesse legittimo, esprimendo, da diversi punti di vista, la pulsione all'ottenimento di un bene della vita (l'incarico dirigenziale) che non è affidato nell'ambito di un già consolidato rapporto di lavoro, ma che, in ragione delle speciali funzioni da conferire (Cfr., *ex plurimis*, CdS, V, ordd. n. 2800/2011 e n. 1134/2011) postula l'esercizio di un potere autoritativo (espressione di ponderazione degli interessi pubblici in gioco) e funzionale alla corretta organizzazione degli uffici e, in caso di bando pubblico, di scelta del contraente, con conseguente giurisdizione del G.A..

La sentenza n.7481/2011 afferma espressamente la giurisdizione del G.A. in virtù del carattere autoritativo della scelta di conferire un incarico dirigenziale a soggetto esterno, qualificando come provvedimento amministrativo l'atto di indizione dell'avviso pubblico di selezione, in quanto adottato all'esito di un procedimento in cui deve essere accertata oggettivamente la carenza della richiesta professionalità in capo ai dirigenti interni i quali, quindi, devono essere edotti di tale selezione, ove, peraltro, devono essere esaurientemente scrutinati.

Corollario dell'evenienza, nella specie, di un unico, complesso procedimento amministrativo (valutazione delle speciali mansioni da ricoprire, adeguato e concreto vaglio delle professionalità interne e, infine, indizione di un avviso pubblico in caso di effettiva insussistenza di dirigenti interni idonei all'incarico) è l'effetto c.d. caducante - e non già solo viziante - che l'annullamento dell'avviso pubblico di selezione di ricerca all'esterno ha sull'atto di nomina del dirigente prescelto, che

risulta parimenti travolto.

E', infatti, chiaro, come peraltro statuito anche dalla sentenza n.7481/2011, che l'accertamento dell'assenza dei presupposti dell'esercizio del potere (su tutti una viziata valutazione dei dirigenti interni) rende sine causa anche il successivo atto di conferimento dell'incarico che, anche qualora venga qualificato come un negozio di diritto privato, non ha più ragione di esistere allorchè venga rimosso il necessario atto presupposto, ossia il discrezionale provvedimento di scelta di ricercare professionalità esterne (Cfr., *ex plurimis*, CdS, VI, 27.4.2011, n.2482).

La sentenza della Sez. I ter del TAR del Lazio n.7481/2011 non è degna di nota solo per il pieno riconoscimento, in subiecta materia, della giurisdizione del G.A., ma anche perché ha sancito l'annullamento delle delibere di ricerca all'esterno e degli atti di nomina di alcuni dirigenti esterni non già facendo diretta applicazione dell'art. 19 dl d. lgs. n. 165/2001, ma piuttosto dei principi generali che reggono l'azione amministrativa proceduralizzata.

Al riguardo va precisato che il TAR Lazio, "smarcondosi" dalla disputa sulla diretta applicabilità dell'art.19 cit. alle Regioni (cfr., su tutte, C. Cost., n.324/2010), ha pronunciato una sentenza innovativa in quanto l'annullamento delle delibere di ricerca all'esterno è stato affermato in ragione del mancato rispetto, nel loro procedimento formativo, dei principi generali di partecipazione, pubblicità e trasparenza nei confronti dei dirigenti interni, la cui professionalità (*rectius* il vaglio della stessa) deve costituire il momento fondamentale della valutazione discrezionale cui è chiamata la amministrazione regionale nella specie.

In altri termini, se (in violazione dell'art. 97 Cost.) la P.A. non rispetta la pubblicità, la trasparenza, la partecipazione dei soggetti che, ove adeguatamente scrutinati, potrebbero rendere inutile il ricorso all'esercizio di un potere che deve restare eccezionale, comportando una deroga alla regola del concorso pubblico ed un ulteriore e nuovo costo per l'erario, tutto il procedimento di ricerca all'esterno di soggetti cui affidare incarichi dirigenziali risulta illegittimo, ivi compreso l'even-

tuale atto di nomina del dirigente scelto.

Quanto sopra a prescindere dall'esistenza, sul piano regionale, di una norma recettiva o derogatoria (ove ciò fosse poi ammissibile in virtù della afferenza di tale materia alla legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. 1 e m Cost.) del citato art. 19 e, più in generale, della l. n.241/90.

Insomma, la sentenza in commento sancisce che è illegittima la ricerca all'esterno di professionisti cui affidare incarichi dirigenziali se, in un momento procedimentale anteriore a tale scelta autoritativa, i dirigenti interni non sono edotti della vacanza del posto-funzione, non sono messi nelle condizioni di partecipare alla valutazione interna con il proprio curriculum aggiornato, non sono concretamente presi in considerazione ai fini del conferimento finale.

Il mancato corretto esperimento di tale attività viola, da un lato, i principi generali di pubblicità, partecipazione, trasparenza che, essendo corollari dell'imparzialità e del buon andamento presidiati dall'art. 97 Cost, operano a prescindere dell'esistenza, sul piano della legislazione regionale, di una norma ad hoc; e, dall'altro, si traduce in un macroscopico difetto di motivazione, in quanto senza una effettiva e seria ricognizione delle professionalità interne preesistenti, che potrebbero concretamente ricoprire l'incarico affidando, il conferimento dello stesso all'esterno non ha alcuna giustificazione, risolvendosi la fase delle valutazioni procedimentali dei dirigenti interni un mero "scambio di note tra il Presi-

dente della Regione ed il Responsabile del ruolo, senza alcun rispetto delle più elementari regole di pubblicità e partecipazione", non esaustivo in alcun modo, insomma, delle modalità imposte dal corretto esercizio di tale potere autoritativo.

In conclusione, a mente della citata sentenza n.7481/2011, tali modalità, al fine di un legittimo esercizio del potere amministrativo de quo, possono essere così riassunte: occorre (i) rendere pubbliche le vacanze dei posti funzione cui le stesse afferiscono (pubblicità); (ii) invitare tutti i dirigenti interni a candidarsi aggiornando il proprio curriculum e le informazioni sulla loro professionalità (partecipazione); (iii) concretamente selezionare e verificare se almeno un dirigente interno possiede lo *skill* richiesto (trasparenza); (iv) solo ove tale attenta e concreta ponderazione non dia risultati, eccezionalmente bandire, con provvedimento motivato che dia atto di tale infruttuosa ricerca interna, un avviso pubblico di ricerca di soggetto esterno (motivazione); esclusivamente il rispetto di tali obblighi consentirà una nomina motivata da eccezionali esigenze di interesse pubblico prevalenti sul principio del contenimento della spesa pubblica.

Quello appena descritto sembra, in definitiva, l'unico iter procedimentale che risulta coerente con gli artt. 97 e 98 Cost., anche nell'ottica di un rapporto di pubblico impiego fondato sul principio, nell'esercizio di funzioni di gestione e non politiche, della prevalenza della meritocrazia sull'*intuitu personae*.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Sez. feriale, 19.9.2011 n. 34086

Appropriazione, da parte del geometra comunale, di denaro versato dai cittadini per la definizione di pratiche edilizie.

Reato di peculato - sussiste.

L'eventuale agire in violazione delle norme interne dell'ente sulla esazione dei crediti non può avere la conseguenza di elidere i presupposti del peculato, che si verifica tanto se il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbia la disponibilità giuridica quanto semplicemente quella materiale del denaro altrui. Il possesso di tale denaro per ragioni di ufficio, presupposto del delitto in questione, si verifica sia se avvenga secondo le regole che disciplinano i pagamenti all'ente sia se si realizzi con violazione delle disposizioni organizzative dell'ufficio al riguardo, potendo tale violazione costituire un illecito disciplinare che si aggiunge al peculato. È irrilevante per la consumazione del reato contestato che l'appropriazione derivi da un corretto e legittimo esercizio delle funzioni esercitate da parte dell'agente o dall'esercizio di fatto e arbitrario di tali funzioni; dovendosi escludere il peculato solo quando il possesso sia meramente occasionale, cioè dipendente da evento fortuito o legato al caso; ma non può sussistere l'occasionalità quando l'affidamento riposto dal privato nella qualifica pubblica del soggetto ha favorito l'insorgere del presupposto del reato.

Con la sentenza in commento la Corte ha condannato un geometra comunale, a seguito dell'illecita appropriazione, da parte di quest'ultimo, del denaro dovuto e versato dai cittadini per la definizione di pratiche edilizie, *in primis* per il delitto di peculato e poi anche per il delitto di truffa, nelle ipotesi in cui l'appropriazione riguardava somme versate, ma in realtà non dovute all'ente pubblico.

Corte di Cassazione, Sez. Pen., II, 7.6.2011, n. 24454

Esposizione contrassegno invalidi - transito

in ZTL in assenza del titolare del permesso. Reato di sostituzione di persona - reato di truffa - non sussistono.

Esporre il contrassegno per invalidi e transitarlo in zone a cd. traffico limitato in assenza del titolare del permesso non comporta né reato di sostituzione di persona né reato di truffa.

Tale condotta potrà essere soggetta, eventualmente, a sanzioni amministrative per violazione del codice della strada.

Nel comportamento contestato, infatti, non può sicuramente ravvisarsi la fattispecie di cui al reato di sostituzione di persona, non potendo la semplice esibizione del contrassegno invalidi valere come attestazione della presenza del titolare del permesso a bordo dell'autovettura e quindi determinare quella situazione di inganno rilevante ai fini della falsità personale.

Né può la condotta contestata integrare il reato di truffa, poiché manca la necessaria sequenza "artificio - induzione in errore - ingiusto profitto - altrui danno" tipica del reato *ex art.* 640 c.p..

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 11.5.2011, n. 10341

Indennità sostitutiva di ferie e riposi settimanali non goduti - natura risarcitoria - prescrizione decennale.

L'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti non ha natura retributiva ma risarcitoria e, pertanto, è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale, decorrente anche in pendenza del rapporto di lavoro.

Ciò in quanto tale indennità è pur sempre correlata ad un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, che obbliga quest'ultimo (quando l'adempimento in forma specifica sia divenuto impossibile) al risarcimento del danno, che comprende, in primo luogo, la retribuzione dovuta per il lavoro prestato nei giorni destinati alle ferie o al riposo (nonché la riparazione di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore a seguito del mancato ristoro delle energie psicofisiche) e che soggiace alla pre-

scrizione ordinaria decennale prevista dall'art. 2946 c.c., e non già a quella quinquennale ex art. 2947 c.c. (concernente la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per responsabilità aquiliana).

Consiglio di Stato, V, 1.9.2011, n. 4896

Accesso al pubblico impiego - assenza titolo del studio richiesto, falsamente dichiarato sussistente.

Esclusione del candidato dal concorso e/o cessazione del rapporto di lavoro eventualmente già instaurato.

Nei concorsi per l'accesso ad un posto di pubblico impiego, i requisiti generali che legittimano la nomina e l'instaurazione del rapporto di lavoro (quale il possesso del pertinente titolo di studio), devono permanere in costanza di servizio, pertanto, in materia, vige il principio generale (enucleabile dagli artt. 127, lett. d), t.u.imp.civ.st., 3, co. 3, d.P.R. n. 487 del 1994, 638, co. 2, cod. ord. mil., 17 e 66, del regolamento disciplinante le assunzioni dello stesso comune di Cerveteri), in base al quale, nell'ipotesi di mancanza successivamente accertata del requisito legale, indipendentemente dal riscontro di qualsivoglia profilo di colpevolezza del candidato, l'amministrazione deve escludere dal concorso il candidato e dichiarare la decadenza di diritto dalla nomina con la conseguente cessazione del rapporto di servizio; in tal caso il provvedimento è atto interamente vincolato e come tale non assistito dalle garanzie partecipative e motivazionali previste dalla l. n. 241 del 1990 e può intervenire in qualunque momento successivo al reclutamento.

Al candidato che partecipa ad un procedimento concorsuale pubblico gravano obblighi di correttezza – specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede e solidarietà, che trovano fondamento sostanziale negli artt. 2 e 98, co. 1, Cost. – fra cui il dovere di cooperare lealmente, fornendo tutte le informazioni richieste in modo veridico e indicando tutti i dati necessari per la gestione di procedimenti di massa.

In caso di violazione di tali doveri, come nel caso in cui il candidato dichiari falsamente di essere in possesso del titolo di studio richiesto

per l'accesso al concorso, l'Amministrazione che, in ogni tempo, ne accerti la falsità è tenuta ad escludere dal concorso il candidato e dichiarare la decadenza del suo diritto dalla nomina, con conseguente cessazione del rapporto di servizio eventualmente già instaurato.

Consiglio di Stato, V, 30.6.2011, n. 3922

Ordinanze contingibili ed urgenti - necessità di apposizione di un termine finale.

Non sussiste - condizioni.

Non è principio indefettibile quello che prevede per le ordinanze contingibili ed urgenti l'apposizione di un termine finale. Infatti, se la situazione di pericolo non è generata da una causa destinata ad esaurirsi nel tempo ad una prevedibile scadenza, la cessazione degli effetti del provvedimento ben può essere ancorata, allora, ad un mutamento sostanziale della situazione di fatto, tale da non richiedere più le cautele che motivarono l'adozione del provvedimento.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto perfettamente legittima una ordinanza sindacale contingibile ed urgente priva di termine finale. Le uniche condizioni per la validità di un'ordinanza di tal fatta sono il permanere dello stato di necessità ed il collegamento razionale con la situazione di emergenza. Se è vero, infatti, che l'istituto dell'ordinanza contingibile ed urgente, che consente di fronteggiare le situazioni di emergenza anche al prezzo del sacrificio temporaneo di posizioni individuali costituzionalmente tutelate, non può essere impiegato per conferire un assetto stabile e definitivo agli interessi coinvolti (che deve essere perseguito invece mediante le procedure ordinarie e nel rispetto dei diritti garantiti dall'ordinamento), è altrettanto vero che ordinanze non definite nel loro limite temporale, ma collegate ad una concreta ed accertata situazione di pericolo e necessità perdurante, debbano ritenersi perfettamente legittime.

Consiglio di Stato, V, 23.6.2011, n. 3812

Pareri legali espressi nell'ambito di una procedura di gara d'appalto - diritto d'accesso in pendenza di giudizio amministrativo ordinario - ammissibilità - forma.

L'interesse alla conoscenza dei documenti am-

ministrativi è elevato dalla normativa a bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo. Ne consegue che il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso è consentito anche in pendenza di un giudizio amministrativo ordinario, all'interno del quale i documenti oggetto della domanda di accesso possono anche essere acquisiti, in via istruttoria, dal Giudice. La pendenza di un'azione giudiziaria non esclude, quindi, la sussistenza del diritto di accesso previsto dalla l. n. 241/1990 né preclude l'ammissibilità dell'azione prevista dall'art. 25, della stessa legge, restando al libero apprezzamento dell'interessato la scelta di avvalersi della tutela giurisdizionale citata o di tentare di conseguire la conoscenza dei documenti amministrativi nel giudizio pendente, mediante esibizione istruttoria. La domanda di accesso direttamente indirizzata all'organo giurisdizionale e non al suo Presidente è da ritenere idonea a produrre gli effetti suoi propri senza che ne derivino apprezzabili pregiudizi d'ordine formale o sostanziale; ciò anche a tutela del principio di economicità del giudizio, che deve essere perseguito ogniqualvolta, come nel caso di specie, sia possibile farne applicazione senza sacrificio delle posizioni processuali dei soggetti in causa.

L'art. 13, co. 5, lett. "c", del d. lgs. n. 163/2006 stabilisce che sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione "ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici". La non ostensibilità di detti pareri è stata prevista sicuramente perché essi, se riferiti ad un contenzioso potenziale o attuale con l'appaltatore, sono investiti dalle stesse esigenze di riservatezza che tutelano le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante. Della disposizione deve essere data un'interpretazione restrittiva, perché relativa a norma eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alle ordinarie regole in materia di accesso, e quindi è da intendere come riferibile alla sola fase di stipulazione dei contratti pubblici di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 163/2006 e non a tutta quella anteriore. Tale norma non è quindi

applicabile nel caso in cui l'accesso sia finalizzato alla predisposizione di difese nel giudizio relativo alla impugnazione di provvedimenti amministrativi relativi alla fase di scelta del contraente. I pareri legali sottratti all'accesso sono quelli che attengono alle tesi difensive, relative ad un procedimento giurisdizionale (cioè quando i pareri legali vengono redatti dopo che è già iniziata una controversia giurisdizionale) o ad una fase precontenziosa e/o ad una lite potenziale che definiscono e/o delineano la relativa strategia difensiva e/o la futura condotta processuale più conveniente per l'Amministrazione, da assumere nella controversia giurisdizionale già instaurata o nella futura, eventuale e probabile lite giudiziaria, che il soggetto leso attiverà. Devono viceversa ritenersi accessibili i pareri legali che, anche per l'effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, rappresentano un passaggio procedimentale istruttorio di un procedimento amministrativo in corso e, una volta acquisiti dall'Amministrazione, vengono ad innestarsi nell'iter procedimentale, assumendo la configurazione di atti endoprocedimentali e perciò costituiscono uno degli elementi che condizionano la scelta dell'amministrazione.

È illegittima l'ordinanza di reiezione della richiesta di accesso formulata facendo riferimento all'art. 25, co. 5, secondo periodo, della l. 7.8.1990, n. 241, e basata sull'asserito presupposto che, in pendenza di ricorso, l'istanza di accesso a documenti amministrativi dovrebbe essere avanzata con domanda diretta al Presidente, e non direttamente al Tribunale. Anche se indirizzata al Tribunale e non espressamente al suo Presidente, infatti, la domanda d'accesso proposta, prescindendo da formalistici dettagli, ha tutti i requisiti per essere considerata valida.

Con particolare riferimento al diritto d'accesso a pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice dei contratti, il Consiglio ritiene che gli stessi non siano accessibili soltanto quando la causa è già iniziata o quando, in fase precontenziosa, rilevino la strategia difensiva in ordine a una lite anche potenziale. Sono invece accessibili quelli esplicitamente richiamati nel provvedimento finale, con conseguente dichiarazione di illegittimità dell'ordinanza che ne nega l'accessibilità.

Consiglio di Stato, VI, 7.6.2011, n. 3414

Procedimento disciplinare del personale di Polizia.

Rapporti con il giudicato penale - termini per l'avvio del procedimento.

L'art. 9, co. 6, del d.P.R. n. 737 del 1981, così recita: "Quando da un procedimento penale, comunque definito, emergono fatti e circostanze che rendano l'appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza passibile di sanzioni disciplinari, questi deve essere sottoposto a procedimento disciplinare entro il termine di giorni 120 dalla data di pubblicazione della sentenza, oppure entro 40 giorni dalla data di notificazione della sentenza stessa all'amministrazione".

Come questo Consiglio di Stato ha più volte ribadito che l'art. 9 co. 6 trova applicazione anche nel caso di assoluzione.

Il d.P.R. suindicato costituisce corpus normativo "speciale" rispetto all'organica e generale regolamentazione, valevole per tutto il pubblico impiego di cui alla l. n. 97 del 2001, che prevede termini diversi per la promozione del procedimento disciplinare a seguito di sentenze penali.

Ai fini della decorrenza del termine perentorio di 120 giorni per l'esercizio del potere disciplinare rileva la data in cui l'amministrazione sia venuta a conoscenza della irrevocabilità della sentenza del giudice penale.

I termini previsti dalle disposizioni infraprocedimentali che cadenzano il procedimento disciplinare del personale di Polizia non hanno carattere perentorio, bensì ordinatorio, qualora non sia prevista alcuna decadenza per la loro inosservanza, né sia stabilita l'inefficacia degli atti compiuti dopo la loro scadenza.

In particolare, merita di essere riconfermato il tradizionale orientamento secondo cui "Non ha natura perentoria il termine per la comunicazione del provvedimento con il quale viene inflitta la sanzione disciplinare al soggetto che appartiene ai ruoli della polizia di Stato e diviso dall'art. 21 d.P.R. 25.10.1981 n. 737".

In sede di procedimento disciplinare nei confronti di pubblici dipendenti, la valutazione circa la gravità dei fatti commessi ai fini dell'irrogazione di una sanzione disciplinare è estrinse-

cazione di discrezionalità amministrativa ed in quanto tale è insindacabile dal giudice amministrativo, salvo che in ipotesi di eccesso di potere nelle sue varie articolazioni di natura sintomatica, fra cui l'evidente sproporzionalità della misura disciplinare adottata rispetto alla gravità dei fatti accertati.

In particolare, le norme relative al procedimento disciplinare sono necessariamente comprensive di diverse ipotesi e, pertanto, spetta all'amministrazione, in sede di formazione del provvedimento sanzionatorio, stabilire il rapporto tra l'infrazione e il fatto, il quale assume rilevanza disciplinare in base ad un apprezzamento di larga discrezionalità (l'amministrazione dispone, infatti, di un ampio potere discrezionale nell'apprezzare autonomamente le varie ipotesi disciplinari, con una valutazione insindacabile nel merito da parte del giudice amministrativo).

TAR Lazio, I, 9.8.2011, n. 7070

Scioglimento consiglio comunale - presunto collegamento con la criminalità organizzata. Non necessarietà di episodi che implicano l'avvio dell'azione penale o l'adozione di misure individuali di prevenzione.

Ai sensi dell'art. 143 t.u. enti locali, co. 1, "...i consigli comunali e provinciali sono sciolti quando, anche a seguito di accertamenti effettuati a norma dell'art. 59, co. 7, emergono concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o simile degli amministratori di cui all'art. 77, co. 2, ovvero su forme di condizionamento degli stessi, tali da determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica".

L'uso, da parte della legge, di una terminologia ampia e indeterminata nell'individuazione dei presupposti per il ricorso alla misura straordinaria di scioglimento dei consigli comunali e provinciali è indicativo della volontà del legi-

slatore di consentire un'indagine sulla ricostruzione della sussistenza di un rapporto tra gli amministratori e la criminalità organizzata sulla scorta di circostanze che presentino un grado di significatività e di concluzione 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.

Ciò in quanto l'intento del legislatore è quello di riferirsi anche a situazioni estranee all'area propria dell'intervento penalistico o preventivo, nell'evidente consapevolezza della scarsa percepibilità, in tempi brevi, delle varie concrete forme di connessione o di contiguità - e dunque di condizionamento - fra organizzazioni criminali e sfera pubblica, e della necessità di evitare con immediatezza che l'amministrazione dell'ente locale rimanga permeabile all'influenza della criminalità organizzata.

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

E, alla stregua dei richiamati presupposti normativi, trovano giustificazione i margini, particolarmente ampi, della potestà di apprezzamento di cui fruisce l'amministrazione statale nel valutare gli elementi su collegamenti diretti o indiretti, o su forme di condizionamento; in particolare, trovano peso 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 (vincoli di parentela o di affinità, rapporti di amicizia o di affari, frequentazioni), e ciò, come già detto, pur quando il valore indiziario degli elementi raccolti non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale o per l'adozione di misure individuali di prevenzione.

Ancora, egualmente ampio, secondo il modello legale preventivo di riferimento, è il margine per l'apprezzamento degli effetti derivanti dal collegamento o dal condizionamento in termini di compromissione della libera determinazione degli organi elettivi, del buon andamento dell'amministrazione, del regolare funzionamento dei servizi, ovvero in termini di grave e

perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica. Ne consegue l'idoneità a costituire presupposto per lo scioglimento anche di situazioni che non rivelino direttamente, né lascino presumere, l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata. In definitiva, l'asse portante della valutazione che presiede allo scioglimento è costituito, da un lato, dalla accertata o notoria diffusione sul territorio di fenomeni di criminalità organizzata e, dall'altro, dalle precarie condizioni di funzionalità dell'ente territoriale.

TAR Lombardia, Mi, III, 8.6.2011, n. 1428

Diniego illegittimo - processo amministrativo - azione di adempimento.

Ammissibilità - limiti e condizioni.

Il codice del processo amministrativo ha introdotto, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Tale disegno non consente certo di ritenere che all'accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità.

L'art. 34 co. 1, lett. c), nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede anche l'adozione "delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio"; in base alla successiva lett. e) il giudice dispone "le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato". Le due previsioni, come si vede, prefigurano un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio; ovvero, all'occorrenza, quale sbocco di una tutela restitutoria, ripristinatoria ovvero di adempimento pubblicistico coattivo.

L'art. 30 c.p.a., invece, da un parte, disciplina soltanto alcuni aspetti del "veicolo" processuale del rimedio (i termini e la necessaria contestualità dell'azione di condanna ad altra azione, salvo i casi di giurisdizione esclusiva e di condanna al risarcimento), che dunque costituiscono il "posterius"; dall'altro, per quanto

rubricato come disciplina dell'azione di condanna, contiene spezzoni di fattispecie sostanziale (in particolare, in tema di risarcimento del danno, pur disinteressandosi del profilo causale o di imputazione soggettiva del danno, vengono dettate alcune disposizioni in punto di danno risarcibile).

In definitiva, come si vede, il rapporto tra l'art. 34 e l'art. 30 va propriamente invertito: dalla prima norma si traggono quali rimedi sono a disposizione degli amministrati a tutela dei loro interessi; dalla seconda alcuni specifici e complementari aspetti processuali (oltre che spezzoni di fattispecie sostanziale).

Le conclusioni cui si è giunti sulla portata generale dell'art. 34 c.p.a. consentono di assegnare alle azioni di adempimento tipiche il ruolo non di disposizioni eccezionali ma di esemplificazioni di un'azione ammessa in via generale.

Poiché l'adozione della condanna implica la definizione dell'intero rapporto sostanziale, il giudice incontrerà gli stessi limiti già sopra sottolineati: soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il Giudice potrà spingersi alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti vincolati in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

L'adempimento dell'ordine del Giudice non esclude, è utile precisare, la modifica dell'assetto di interessi fissato dalla sentenza purché motivata in ragione di specifici fatti sopravvenuti (esemplificativamente, la cessazione della necessità di assistenza, sopravvenute e preminenti esigenze organizzative).

Il caso prende le mosse dal diniego di una istanza ex art. 55, co. 4, d.P.R. 24.4.1982 n. 335 (recante l'ordinamento del personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia), alla cui stregua "il trasferimento ad altra sede può essere disposto anche in soprannumero all'organico dell'ufficio o reparto per gravissime ed eccezionali situazioni personali".

Dopo aver accertato l'illegittimità di entrambi i dinieghi opposti all'istanza di trasferimento (impugnati, rispettivamente, con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti), dichiarato la fondatezza della pretesa del ricorrente ad otte-

nere il trasferimento e aver disposto l'annullamento dei dinieghi medesimi, il TAR Lombardia si è interrogato sull'ammissibilità della richiesta di condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento negato.

Prima di approdare alla soluzione del caso, il Tar Lombardia ha proposto una analisi accurata del quadro normativo, dottrinale e giurisprudenziale precedente, fino ad arrivare al nuovo codice del processo amministrativo e a sancire la piena ammissibilità dell'azione di adempimento.

La questione se, all'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità di un diniego di una istanza, consegua per l'amministrazione il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino, si iscrive nel quadro dei rapporti tra gli effetti della sentenza ed il fluire della attività giuridica amministrativa.

L'ordinamento processuale amministrativo, come ricorda il TAR Lombardia, si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto, sintetizzato nella formula di permanente salvezza del potere amministrativo, superando i "limiti" dell'annullamento e della tutela meramente caducatoria ed affiancando, accanto all'effetto demolitorio della sentenza, anche quello conformativo e ripristinatorio: il giudice quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura.

Senonché, anche consentendo un'ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo talvolta anche a prefigurare l'assetto finale), il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento, fino alla entrata in vigore del codice del processo amministrativo, non poteva tradursi in un espresso dispositivo di condanna: pur ammettendosi l'insorgere di un obbligo pubblicistico in capo alla p.a. di ripristinare lo status quo ante e di conformarsi alle regole di azione statuite, la regola dettata dalla pronuncia, poteva divenire titolo esecutivo (ovvero, statuizione concreta dei tempi e modi per adempiere all'obbligo) soltanto "progressivamente", nella successiva sede del giudizio di ottemperanza. In questo modo, in sostanza, la tutela specifica

dell'interesse pretensivo del cittadino trovava realizzazione soltanto in "seconda battuta", dilatando sensibilmente i tempi di definizione giudiziale della vicenda e di soddisfazione del cittadino medesimo.

Le successive tendenze legislative e giurisprudenziali hanno tentato di far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione potesse derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita.

Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si è abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento, spostando l'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

La novità introdotta dal codice del processo amministrativo sta, soprattutto, nell'aver concentrato in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

Oggi, tra le attribuzioni del giudice della cognizione, rientra il potere, in precedenza spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, esplicitando "a priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più "a posteriori", in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento.

Per tale via, si afferma l'ammissibilità dell'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto dal cittadino e illegittimamente negato dall'amministrazione.

La previsione dell'azione di adempimento finisce con il rafforzare i poteri del giudice amministrativo (che dispone di tutti i poteri necessari alla soddisfazione degli interessi protetti dedotti in giudizio) e, soprattutto, la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, tendendo all'immediato conseguimento del bene della vita che ne costituisce il sostrato materiale.

Non si può certo ritenere, tuttavia, che all'accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto. L'azione di adempimento, e dunque la pronuncia di condanna della p.a. ad un *facere* specifico, possono, infatti, intervenire unicamente in presenza di attività amministrativa vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Soltanto in questi casi, infatti, il Giudice potrà spingersi alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti vincolati in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

Corte dei Conti, SS.RR., par. 21.9.2011, n. 50

Limiti di spesa - irrilevanza del livello di professionalità dell'incarico a soggetti esterni all'amministrazione.

Pubblicità istituzionale.

Rientra tra le spese soggette a limitazione.

Esatta portata applicativa dell'art. 6, coo. 7 e 8, del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, recante: "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica". In particolare, i due quesiti all'esame attengono alla possibilità, rispettivamente, di: 1. escludere dall'applicazione dei limiti previsti dall'art. 6, co. 7, del menzionato decreto legge, le spese per incarichi di consulenza "talmente specialistiche che sono comunque al di fuori delle professionalità interne all'amministrazione"; 2. non computare, ai fini del successivo co. 8, in materia di riduzioni di spesa per relazioni pubbliche e pubblicità, quelle riconducibili alle finalità istituzionali previste dalla l. n. 150 del 2000 recante disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni.

Con riferimento al primo dei due quesiti posti, attinente alle limitazioni di spesa per consulenti, si osserva che il dettato normativo non sembra, in considerazione dell'ampiezza della locuzione utilizzata, consentire alcuna limitazione al novero delle consulenze prese in esame ai fini della riduzione di spesa.

Riguardo, poi, al secondo dei due quesiti, relativo alle limitazioni delle spese per pubblicità, si ritiene di dover far presente come l'esclu-

sione dal novero delle spese soggette a limitazione può essere assentita per le sole forme di pubblicità previste dalla legge come obbligatorie. L'ulteriore esclusione, infatti, di quelle relative alla c.d. pubblicità istituzionale porterebbe inevitabilmente a privare il precetto della finalità di risparmio previste, in ragione principalmente dell'ampiezza delle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni previste all'art. 1, co. 5, della l. n. 150 del 2000 e dell'assenza per gli enti locali, a differenza di quel che accade per le amministrazioni dello Stato, di momenti di direttiva e di programmazione a livello centrale da parte di un soggetto terzo (Presidenza del Consiglio) rispetto al ramo di amministrazione che sostiene la spesa.

A parere della Corte è illegittima l'esclusione delle consulenze altamente specialistiche dal novero delle spese soggette a limitazione. La Corte sostiene, infatti, che non sia possibile introdurre una distinzione basata sul grado di specializzazione della prestazione professionale esterna utilizzata. Di conseguenza, indipendentemente dal livello di professionalità richiesto, tutti gli incarichi rientrano nel limite di spesa posto dall'art. 6, co. 7, d.l. 78/2010.

Avuto riguardo al secondo quesito, la Corte stabilisce che le limitazioni di spesa per relazioni pubbliche e pubblicità istituzionale, pur potendo produrre effetti negativi sull'efficacia ed efficienza dei servizi resi, si applicano anche alle spese di cd. pubblicità istituzionale, essendo escluse dalle predette limitazioni soltanto le spese cd. obbligatorie di pubblicità. Una diversa interpretazione, infatti, comporterebbe una sostanziale vanificazione degli obiettivi di riduzione di spesa perseguiti dal legislatore.

Corte dei Conti, SS.RR., 5.9.2011, n. 14

Danno cd. indiretto - azione di responsabilità.

Prescrizione - dies a quo - pagamento al terzo danneggiato.

Il dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato, e non al momento di passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'ammi-

nistrazione.

Che l'obbligazione risarcitoria della P.A. si perfezioni in modo definitivo – almeno con riferimento ai mezzi ordinari di impugnazione – ed acquisisca concretezza ed attualità al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna in favore del terzo danneggiato, è un dato di tale solare evidenza da non richiedere ulteriori argomentazioni.

Per altro verso, l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria e, quindi, di un debito costituente passività patrimoniale, non può dirsi che per la P.A. integri un danno certo ed attuale, tutelabile, quindi, in termine di azione di rivalsa o, rectius, di azione di responsabilità per danno indiretto, almeno fino a quando tale obbligazione non trovi essa stessa concreta attuazione nel soddisfacimento del terzo e, quindi, nella destinazione di risorse finanziarie pubbliche (elettivamente da considerarsi sempre acquisite e destinate al soddisfacimento di interessi ed esigenze pubbliche) a finalità di ristoro privato connesso, quest'ultimo, ad un comportamento illecito della P.A. medesima, sottraendole così alla loro naturale vocazione di perseguimento di un interesse pubblico.

Prima del pagamento, vi è solo una situazione di danno potenziale, che proprio perché tale, può anche non attualizzarsi.

Da tale iter argomentativo scaturisce che, per la regola generale dell'art. 2935 c.c., la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (cioè quando il danno è divenuto certo, concreto ed attuale) e che l'individuazione del dies a quo della prescrizione non può essere effettuata con riguardo al momento in cui è insorto il semplice obbligo giuridico di pagare, con l'ulteriore conseguenza che la diminuzione del patrimonio dell'ente danneggiato - nel che consiste l'evento dannoso - assume i caratteri della concretezza, attualità ed irreversibilità solo con l'effettivo pagamento.

La questione sulla decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità per un danno indiretto era già stata esaminata dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti con la sentenza n. 3/QM/2003. In tale occasione, le Sezioni Riunite avevano affermato il seguente principio: "in ipotesi di danno c.d. indiretto l'esordio del-

la prescrizione del diritto dell'amministrazione al risarcimento del danno va fissato alla data in cui il debito della pubblica amministrazione nei confronti del terzo è divenuto certo, liquido ed esigibile, in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'amministrazione o della esecutività della transazione", principio poi seguito dalla prevalente giurisprudenza. Con la sentenza in commento, invece, le Sezioni Riunite della Corte dei Conti hanno stabilito che il momento del verificarsi del danno erariale c.d. indiretto, ai fini della decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità, va individuato non nel passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'amministrazione da parte del giudice civile bensì in quello successivo del pagamento al terzo danneggiato.

Nel caso di danno c.d. indiretto, infatti, il termine quinquennale di prescrizione non può decorrere che dal pagamento, poiché solo in tale momento l'amministrazione subisce un'effettiva diminuzione patrimoniale, laddove un debito certo, liquido ed esigibile può, in concreto, estinguersi o, comunque, restare inadempito, senza alcun onere per l'amministrazione.

A fondamento del nuovo approdo rileva la distinzione tra il momento di perfezionamento dell'obbligazione risarcitoria in termini di definitività (giudicato di condanna, visto come un danno "potenziale") e quello della esistenza di un danno concreto ed attuale tutelabile in termini di azione di rivalsa, che si concretizza soltanto con la soddisfazione del terzo danneggiato (effettivo pagamento).

«.....GA.....»

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

IL FISCO ABBANDONA LE LITI PENDENTI SULLE SANZIONI IN MATERIA DI IVA PER OMESSA EMISSIONE DI FATTURE O PER FATTURE IRREGOLARI

L'art. 6, co. 8, del d. lgs 18 n. 471/1997, ha introdotto, a partire dal 1° aprile 1998, una nuova disciplina delle sanzioni in materia di imposta sul valore aggiunto per le ipotesi di acquisto di beni o servizi senza emissione di fattura nei termini di legge o con emissione di fattura irregolare da parte dell'altro contraente, qualora il cessionario o committente non abbiano provveduto alla regolarizzazione dell'operazione. L'applicazione di tale disciplina sanzionatoria nel rispetto del principio del favor rei, di cui all'art. 3 del d.lgs n. 4721/1997, ha dato origine ad un diffuso contenzioso in considerazione del quale, alla luce della giurisprudenza formatesi in materia, l'Agenzia delle Entrate fornisce con la presente circolare le istruzioni per la gestione delle controversie pendenti in materia invitando gli Uffici a riesaminare le controversie e ad abbandonare – con le modalità di rito, tenendo conto dello stato e del grado di giudizio – quelle in cui la pretesa tributaria non appare sostenibile alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale (Agenzia delle Entrate, circolare 2.12.2011 n. 52/E).

«..... GA.....»

OPERAZIONI DI MUTUO DEGLI ENTI LOCALI: DETERMINAZIONE DEL COSTO GLOBALE ANNUO MASSIMO

Publicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto 11.11.2011 del Ministero dell'Economia e delle Finanze recante "Determinazione del costo globale annuo massimo per le operazioni di mutuo effettuate dagli enti locali ai sensi del d.l. 2.3.1989, n. 66, convertito con modificazioni, dalla l. 24.4.1989, n.144". Tale decreto, ritenuta l'opportunità di modificare le condizioni di cui al decreto ministeriale del 20.9.2011, fissa nuovi livelli massimi più rappresentativi dei livelli di mercato (Decreto del MEF 11.11.2011, G.U. n. 273 del 23.11.2011).

«..... GA.....»

RIDOTTA LA MISURA DEGLI INTERESSI DI MORA PER RITARDATO PAGAMENTO DELLE SOMME ISCRITTE A RUOLO

L'art. 30 del d.P.R. n. 602/73 dispone l'applicazione degli interessi di mora per il ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo a decorrere dalla notifica della cartella e fino alla data di pagamento, ad un tasso da determinarsi annualmente con decreto del Ministero delle Finanze, con riguardo alla media dei tassi bancari attivi. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia del 7.9.2010, con effetto dal 1/10/2010 detta misura era stata fissata al 5,7567 % in ragione annuale. Considerato che il citato art. 30 prevede che il tasso degli interessi di mora venga fissato annualmente, l'Agenzia delle Entrate, interpellata la Banca d'Italia, con provvedimento n. prot. 2011/95314 del



22.6.2011 ha disposto la riduzione dell'attuale misura degli interessi di mora per ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo al 5,0243 % in ragione annuale. La variazione decorre dal 1° ottobre 2011 (INPS, circolare 2.12.2011, n. 151).

«..... GA.....»

ANDAMENTO DELLE COMPRAVENDITE NEL MERCATO: IN CALO A ROMA E A NAPOLI, SALVA MILANO, BENE TORINO, GENOVA E BOLOGNA, FORTI CALI A VENEZIA E BARI, MALE LE PROVINCE

L'Agenzia del Territorio presenta le Note territoriali che analizzano l'andamento del mercato residenziale nelle principali città italiane e nelle rispettive province, nel primo semestre 2011. Si legge nel numero di dicembre che oltre alla dinamica delle compravendite, vengono rilevate anche le principali tendenze relative ai prezzi. Così per esempio "analizzando il numero delle transazioni nei capoluoghi della Lombardia si rileva che a fronte di un segno negativo a livello nazionale (-2,9%), qui l'andamento medio (+0,2%) è sostanzialmente costante. A Milano, le transazioni nel primo semestre dell'anno sono state 9.855, con un aumento dell'1,2% rispetto al 2010 e una quotazione media di tremila euro al metro quadro (+1% congiunturale). Nelle città di Brescia (-10,5%), Lecco (-16,9%), Mantova (-20,2%) e Sondrio (-25,2%) si sono verificate, invece, le contrazioni maggiori in termini di transazioni, vice-versa Varese (+13,1%) e Bergamo (+9,7%) sono i capoluoghi con gli incrementi più significativi. Per quanto riguarda la provincia milanese, le compravendite sono state 21.688 (-1,7%), mentre i prezzi sono saliti dell'1,1% sul semestre precedente a 2.238 euro al metro quadrato; nella provincia Monza Brianza, le transazioni sono state poco più di cinquemila, in calo dello 0,4%, con prezzi stabili a 1.593 euro. I cali nelle province lombarde risultano generalizzati. A Roma le transazioni residenziali sono state 16.599, in discesa del 3,5% su anno, in un panorama laziale generalmente negativo, tranne che per Latina

(+19,2%); i prezzi della case della Capitale, però, risultano ancora in aumento, dello 0,8% a 3.340 euro medi per metro quadro, un valore oltre due volte il minimo riscontrato a Rieti. Per quanto riguarda la provincia, sono state 25.724 le transazioni nella periferia romana, in calo del 4%, con prezzi saliti dello 0,7% a 2.897 euro." (Agenzia del territorio, Osservatorio trimestrale Immobiliare, 2.12.2011 n. 4).

«..... GA.....»

RIMBORSO AGLI ENTI LOCALI DELLA TASSA DI CONCESSIONE GOVERNATIVA PER L'UTILIZZO DEI TELEFONI CELLULARI

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ha elaborato un utile documento nel quale vengono delineate le possibili soluzioni operative per gli Enti Locali per richiedere all'Agenzia delle Entrate il rimborso della Tassa di concessione governativa per l'utilizzo di telefoni cellulari ai fini istituzionali. (CNDCEC, pubblicazione novembre 2011 Commissione di Studio, Area Enti Pubblici).

«..... GA.....»

COMUNICAZIONI SUL GODIMENTO DEI BENI D'IMPRESA

I soggetti che esercitano attività d'impresa devono comunicare all'Anagrafe Tributaria i dati anagrafici dei soci o dei familiari dell'imprenditore che hanno ricevuto in godimento beni dell'impresa. (Agenzia delle Entrate, provvedimento prot. 166485 del 16.11.2011).

«..... GA.....»

COMPARTECIPAZIONE AL GETTITO DELL'ACCISA SUL GASOLIO

Autorizzato il pagamento delle somme attribuite alle regioni a statuto ordinario a titolo di acconto per il mese di ottobre 2011 per la compartecipazione al gettito dell'accisa sul

gasolio per autotrazione (MEF, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, decreto n. 0102691/2011).

«..... GA.....»

REVOCA AGEVOLAZIONE "PRIMA CASA"

L'Agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti in risposta all'interpello presentato da un contribuente in merito alla possibilità di rinunciare spontanea alle agevolazioni "prima casa" qualora sia consapevole di non riuscire a trasferire la residenza nel Comune di ubicazione dell'immobile entro il termine di 18 mesi dall'acquisto. Secondo l'Agenzia la dichiarazione d'intenti formulata in sede di acquisto "prima casa" può essere revocata dal contribuente solo qualora sia ancora pendente il termine di 18 mesi per il trasferimento della residenza attraverso apposita istanza di riliquidazione della maggiore imposta dovuta da presentarsi all'ufficio presso il quale è stato registrato l'atto. Seguirà, quindi, la notificazione da parte dell'Ufficio di un avviso di liquidazione contenente la maggior imposta dovuta e gli interessi a far data dalla stipula dell'atto di compravendita, mentre non verrà applicata la sanzione del 30% prevista in caso di decadenza dall'agevolazione (Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 105/E/2011).

«..... GA.....»

RIMBORSI PER SPESE DI VIAGGIO E DI SOGGIORNO DOVUTI AGLI AMMINISTRATORI LOCALI

Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto che fissa la misura del rimborso delle spese di viaggio e di soggiorno sostenute e documentate dagli amministratori degli enti locali nelle seguenti misure: 1) euro 184,00 per giorno di missione con pernottamento; 2) euro 160,00 per missioni fuori sede che non superino 18 ore e che prevedono un pernottamento; 3) euro 52,00 per missioni fuori sede di durata non inferiore a 6 ore; 4) euro 28,00 per missioni di durata inferiore a 6 ore, in

luoghi distanti almeno 60 km dalla sede di appartenenza che passano ad euro 58,00 se l'Ente locale attesta l'avvenuta consumazione di un pasto. La liquidazione è di competenza del dirigente e gli enti locali possono ridefinire in riduzione le misure del rimborso. Per gli enti in dissesto e in condizione deficitaria strutturale la riduzione è fissata al 5%. (Ministero dell'Interno e del MEF 4.8.2011, G.U. n. 256 del 3.11.2011).

«..... GA.....»

FISSATI I NUOVI TASSI USURARI

Il MEF ha pubblicato il decreto, contenente la determinazione dei tassi usurari per il trimestre ottobre-dicembre 2011 (Ministero dell'economia e delle finanze decreto 26.9.2011).

«..... GA.....»

OBBLIGO DI COMUNICARE AL FISCO IL DOMICILIO PER LE NOTIFICAZIONI DEGLI ATTI

L'Agenzia delle Entrate ha già messo a disposizione dei contribuenti il modello di comunicazione nel quale deve essere indicato l'indirizzo per le notifiche presso una persona o un ufficio, purché si trovi nello stesso comune in cui il contribuente ha il proprio domicilio fiscale. La comunicazione può essere presentata in via cartacea o telematica ed è altresì previsto l'utilizzo facoltativo da subito del modello di comunicazione, mentre l'obbligo scatterà il 2.1.2012 (Agenzia delle Entrate, scheda informativa del 7.11.2011).

«..... GA.....»

TAGLI AL CONTRIBUTO ORDINARIO DEGLI ENTI LOCALI

È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministero dell'Interno in materia di riduzione dei trasferimenti per l'anno 2011 nei confronti degli enti locali nei quali ha avuto luogo il rinnovo dei consigli. Per le Province che hanno rinnovato i consigli pro-



vinciali nel 2011 la riduzione del contributo ordinario e' pari ad euro 1,274298 per abitante, mentre per comuni delle regioni a statuto ordinario e delle Regioni Sicilia e Sardegna per i quali ha avuto luogo nel 2011 il rinnovo del consiglio comunale e' determinata per il medesimo anno una riduzione del contributo ordinario pari ad euro 6,470876 per abitante (Ministero dell'Interno decreto 28.9.2011, G.U. n. 240 del 14.10.2011).

«..... GA.....»

NEL 2013 ARRIVA LA "RES", VIA "TIA" E "TARSU"

Il Consiglio dei Ministri il 24.10.2011 ha approvato il primo decreto legislativo correttivo in materia di federalismo municipale e provinciale e di armonizzazione dei bilanci pubblici. L'art. 14 bis dello schema di d.lgs istituisce il nuovo tributo comunale Rifiuti e Servizi (RES) che si articola in due componenti. La prima e' istituita a fronte del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento svolto in regime di privativa dai comuni, la seconda a

fronte dei servizi indivisibili dei comuni. Entro il 2015, inoltre, i Comuni potranno, previa ricognizione dei gettiti conseguenti all'applicazione della RES, deliberare il progressivo incremento dell'aliquota massima del tributo con contestuale riduzione, fino all'azzeramento, dell'addizionale comunale sul reddito delle persone fisiche (Schema di d.lgs recante disposizioni integrative e correttive dei d.lgs di attuazione della Legge n. 42/2009 e s.m.i., Consiglio dei Ministri del 24.10.2011).

«..... GA.....»

SANATORIA DELLE LITI PENDENTI PIÙ FACILE CON I CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Con circolare n. 48 del 24.10.2011 l'Agenzia delle Entrate ha pubblicato una utile guida delle fattispecie definibili con la sanatoria delle liti minori precisando l'ambito di applicazione, le modalità procedurali ed il perfezionamento, l'efficacia e la validità delle definizioni (Agenzia delle Entrate, circolare n. 48/2011).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

“SOCIAL CARD”: EVOLUZIONE FINANZIARIA E NORMATIVA DI UNO STRUMENTO PER IL WELFARE TERRITORIALE

del Dott. Prof. Stefano Olivieri Pennesi

Nuova filosofia e coinvolgimento degli Enti caritativi, selezionati e supervisionati dagli Enti locali, al fine di territorializzare le risorse finanziarie, promuovendo dal basso le iniziative di impatto socio-economico, per le fasce meno abbienti.

La *social card*, nata nel 2008 in applicazione dell'art. 81 co. 32 del d.l. n.112/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, ha rappresentato una innovazione per quanto riguarda interventi concreti dello Stato al “*superamento*” (parziale) delle condizioni di disagio sociale ed economico in cui versano persone e famiglie povere.

Questo strumento di *welfare*, finanziato nel 2008 con fondi per circa 1 miliardo di euro, funziona con una sorta di carta di credito avente ricarica bimestrale di 80 euro, alla quale provvede direttamente l'amministrazione centrale, per mezzo dell'INPS ovvero Poste Italiane, ed assegnata ai cosiddetti “*indigenti*” vale a dire famiglie con anziani *over 65* o nuclei con minori sotto i tre anni, includendo cittadini italiani, cittadini comunitari, e anche stranieri in possesso di permessi di soggiorno rilasciati da almeno cinque anni.

Il requisito d'indigenza è misurato dall'ISEE (indicatore della situazione economica complessiva) che deve essere inferiore o uguale 6.235,35 euro, nuovo limite reddituale reso noto dall'Inps (nel 2008 anno di avvio il limite era di 6.000 euro) tale limite è elevato a 8.313,80 euro per gli *over 70* (era di 8.000 euro nel 2008).

La soglia di reddito, per avere diritto alla card, viene ancorata agli aggiornamenti pensionistici a seguito di quanto stabilito da un decreto interministeriale Economia-Lavoro del 2009.

Utile anche ricordare che l'Inps nel 2010 ha previsto la “*perequazione*” sia dei limiti di reddito che dell'Isee, ancorandoli agli aggiornamenti pensionistici, rendendo quindi di fatto la card uno strumento “*dinamico*”.

La nuova *social card* che verrà sperimentata, per un primo anno, successivamente alla definizione del nuovo decreto interministeriale Lavoro-Economia, in via di prossima emanazione, persegue un modello sostanzialmente “*federalista*” introducendo un carattere di progressività che varia da 40 a 137 euro a seconda della città di residenza del beneficiario e dei componenti del suo nucleo familiare.

La sperimentazione che avrà luogo in dodici comuni aventi più di 250.000 abitanti ovvero Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Venezia, Verona, prevederà di fatto un loro maggiore coinvolgimento.

La novità sostanziale, rispetto alla prima stagione di vita della “*carta acquisti*”, è rappresentata dall'intervento di mediazione dei cosiddetti “*enti caritativi*” disposto con i co. 46 e seguenti dell'art. 2 del d.l. 225/2010 convertito dalla l. 10/2011.

Tali Enti, individuati sulla scorta delle informazioni conosciute e detenute dai Comuni circa la effettività dei campi di intervento sui quali si muovono le Onlus fattivamente attive nella gestione delle mense, distribuzione alimentare, servizi di prima accoglienza, posti letto per ricovero *homeless*, inserimento lavo-

rativo, ecc. avranno cura di individuare i beneficiari cui assegnare le citate *cards*.

Una prelazione è prevista per i senza fissa dimora, i nuclei monogenitoriali con figli, le famiglie numerose.

Altro aspetto innovativo è costituito dalla volontà del legislatore di differenziare la pesatura finanziaria della carta in considerazione della localizzazione territoriale del beneficiario ponderando il differenziale del costo della vita, nelle varie macroregioni del nostro Paese, dove ad esempio nei territori del sud l'incidenza dell'indice di povertà è maggiore rispetto ad altri ambiti dell'Italia.

Si assisterà, quindi, ad una assegnazione più consistente di carte, e di stanziamenti in valori assoluti, più elevati in città quali Napoli, Roma, Palermo, rispetto a città come Milano, Torino, Verona.

Aspetti d'innovazione legati alla evoluzione della carta acquisti, dalla sua nascita del 2008 ad oggi, è una visione "*bottom-up*" rispetto alla prima genitura pensata invece in modalità "*top-down*".

Spieghiamo meglio mutuando questi termini in uso socio economico, infatti, nella prima versione il legislatore ha previsto un mero finanziamento delle carte di consumo per le fasce sociali di assoluta povertà dall'alto al basso, ovvero in misura costante e contenuta previo finanziamento statale a beneficio di categorie di cittadini.

Di contro, nella nuova versione della card, tale attività ha subito una vera e propria inversione talché l'individuazione dei beneficiari cui destinare questo strumento si è voluto imputarla in capo alle onlus di settore adeguatamente individuate dagli "*enti locali*" che a loro volta possono operare attivamente partecipando al parziale finanziamento ancorché integrativo in ossequio a progetti di aiuto per sostenere situazioni di assoluta povertà e indigenza presenti sui loro territori.

Questa modalità di intersecazione tra le operatività centrali e locali possono avere corso previa stipula di protocolli d'intesa con i Ministeri competenti per materia, ovvero Ministero dell'Economia e il Ministero del Lavoro e Politiche Sociali.

La eventuale compartecipazione degli enti locali all'incremento finanziario della social

card è una opportunità che il legislatore ha previsto.

A tal scopo è altresì contemplata la possibilità di accedere telematicamente alle banche dati esistenti e contenenti informazioni sui beneficiari e sulle fattive utilizzazioni delle card sui titolari residenti nei territori di rispettiva competenza.

La scelta eventuale di concorrere a questa rete di aiuto sociale, alle fasce più marginali delle nostre comunità normalmente viene presa previa adozione di delibere di consiglio.

Purtroppo bisogna segnalare che dal 2008 le note problematiche di riduzione drastica dei flussi finanziari a favore degli Enti Locali come anche le restrizioni riguardanti il patto di stabilità interno, hanno aggravato e limitato la possibilità di manovra degli enti territoriali in ambito d'investimenti e di iniziative ed interventi in materia sociale.

Ecco quindi verificarsi l'oggettiva difficoltà di integrare non soltanto finanziariamente le *social card* ma anche prevedere l'estensione della stessa ad altre modalità di agevolazioni: sconti su servizi, tariffe ridotte, esenzioni, trasporto pubblico, assistenza abitativa e all'infanzia, banco alimentare, ecc. estendendo di fatto così alla citata carta di debito la limitata opportunità di effettuare acquisti di generi alimentari o pagamenti di bollette, ad altre esigenze primarie.

Nella manovra "*emergenziale*" della scorsa estate, per quanto attiene la delega assistenziale, non sono stati previsti interventi contro la povertà assolutamente necessari all'Italia soprattutto in questa fase di recessione/stagnazione economica che ci vede come Paese e come singoli duramente colpiti.

Unica eccezione è stata la riattualizzazione normativa riguardante la *social card*. Come è stato precedentemente accennato la fascia di popolazione povera/indigente sta progressivamente e velocemente aumentando in maniera preoccupante.

Da qui sorge il bisogno di controllare e monitorare il fenomeno delle nuove povertà inasprite dagli eventi economici nazionali ed internazionali.

Compito questo che può e deve essere svolto dalle istituzioni locali, le uniche realmente idonee per diretta vicinanza sul territo-

rio, a tale *mission*.

Ecco quindi concretizzarsi fattivamente lo scopo e il bisogno di “*federalismo*” nei fatti a beneficio reale per le popolazioni del nostro Paese.

Tornando alla delega assistenziale, testé menzionata, da un ruolo svolto precedentemente dalle Amministrazioni locali, si passa ad un ruolo fattivamente operativo. In che termini? La *card* può rappresentare un primo architrave su cui fare leva per combattere la povertà estrema. Gli enti locali per loro vocazione possono svolgere il ruolo di coordinamento complessivo della variegata realtà di tutti i soggetti impegnati nel territorio (centri di prima accoglienza, banche alimentari, servizi per l’impiego, *caritas* diocesane, mense caritatevoli, ecc.).

Certamente la presenza di un “*terzo settore*” particolarmente strutturato aiuta, ma ben chiaro dovrebbe risultare la non perseguibilità di un ruolo direttamente assegnato, “*liberisticamente*” dallo Stato, all’universo del Volontariato/terzo settore, senza prevedere la necessaria mediazione ed interposizione degli Enti locali per lo svolgimento di competenza di spettanza pubblica.

Passiamo ad esaminare le implicazioni inerenti la gestione del programma, carta acquisti, dal punto di vista della *privacy*.

Come abbiamo precedentemente accennato l’Autorità garante della *privacy* ha già espresso il previsto parere sullo schema del decreto interministeriale Lavoro/Economia recante norme che ammettono gli “*Enti caritativi*” a partecipare sperimentalmente alla gestione del progetto carta acquisti.

In tale ambito assurge a particolare rilievo la disciplina delle modalità e condizioni per implementare questo nuovo progetto di welfare sociale e le sue ricadute relativamente al “*trattamento dei dati*” necessari per individuare i soggetti tecnicamente destinatari di detto strumento.

Precisamente queste nuove norme pongono in carico ai Dicasteri competenti: Lavoro ed Economia l’individuazione dei responsabili del trattamento, ovvero l’Inps, quale “*soggetto attuatore*” ma altresì sia gli Enti locali che gli stessi Enti caritativi coinvolti.

Questi ultimi avranno il compito di indivi-

duare concretamente un elenco di “*soggetti in condizioni di maggior bisogno*” gestendo quindi con accortezza i pertinenti “*dati sensibili*” limitandone all’essenzialità questi ultimi elementi.

Nel processo complessivo si innestano ulteriormente dei passaggi come le conoscibilità di elementi presenti nella banca dati dell’Anagrafe Tributaria, come anche il contenuto di questionari *ad hoc* che verranno predisposti successivamente dal Ministero del Lavoro finalizzati alla valutazione degli effetti e dell’impatto complessivo della sperimentazione in questione.

Come abbiamo detto la nuova sperimentazione della carta acquisti prevede uno stanziamento di 50 milioni di euro a favore di enti caritativi individuati dai Comuni e nei comuni con più di 250.000 abitanti.

Detta sperimentazione ha la durata di dodici mesi a decorrere dalla data di concessione delle *cards*.

Un primo problema sorge a causa di un vulnus del nostro ordinamento normativo che non contempla, in maniera esplicita, entità definibili “*enti caritativi*” definizione questa invece presente ed utilizzata in un regolamento comunitario del 1992 in materia di programma europeo di distribuzione di prodotti alimentari agli indigenti.

Organismi senza scopo di lucro che, per statuto, si occupano di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale, tra queste onlus si annoverano associazioni di volontariato, cooperative sociali, enti di emanazione delle autorità ecclesiastiche, associazioni di promozione sociale, ecc.

Detti enti caritativi, per essere ammessi alla sperimentazione in argomento, dovranno certificare di aver gestito regolarmente: accoglienza notturna, mense e distribuzione alimenti, prese in carico di soggetti per supporto psicologico, educativo, economico, inserimento e orientamento lavorativo e similari.

Si assiste, in buona sostanza, alla concreta attuazione del principio di “*sussidiarietà*” al fine anche di rafforzare il sistema integrato di interventi e servizi sociali, integrando, quindi, gli interventi già in essere e di cui le autonomie locali sono titolari.

La carta acquisti, completamente gratuita, è stata concepita per tutti i soggetti (famiglie) a bassissimo reddito; dal 2008 sono state distribuite, risultando attualmente attive, circa 450 mila unità, a fronte di una previsione iniziale di circa 1,2 milioni di potenziali utenti, evidenziando quindi una oggettiva difficoltà per quella serie di soggetti concretamente al margine della società, che difficilmente hanno potuto, o voluto, produrre la documentazione necessaria al fine di attestare l'effettivo stato di estrema indigenza (*homeless*, senza fissa dimora, stranieri immigrato comunitari e non, ecc.).

La *card* ha rappresentato una vera novità nel panorama delle politiche attive di welfare nel nostro Paese, entrando di diritto tra le leve d'intervento nel "*piano nazionale contro la povertà*" che potrebbe, dotata delle opportune ed adeguate risorse finanziarie aggiuntive, diventare uno strumento universale per tutti i poveri e non solo per una parte di essi, con l'intento ulteriore di sostanziare le *cards* quali strumento di interfaccia con il welfare locale, prevedendo la possibilità per le amministrazioni locali di aggiungere alle tessere ulteriori servizi ed agevolazioni in un'ottica di "*specificità locali*". Il fenomeno povertà in Italia è stato oggetto del recentissimo decimo "*Rapporto sulla povertà e l'esclusione sociale in Italia*" realizzato da Caritas e Fondazione Zancan. Tale rapporto contiene dati, analisi e considerazioni supportate dall'esperienza quotidiana di impegno delle *caritas* diocesane in tutto il Paese.

Il rapporto in una prima parte mette in luce le dimensioni territoriali della povertà e le capacità di risposta delle "*istituzioni*" comparandole con le altre realtà europee; una seconda parte approfondisce il legame tra la comunità ecclesiale cattolica e la povertà con i suoi protagonisti.

Una prima osservazione riguarda il fatto che molti nuovi poveri non sono "*assistibili*" economicamente e quindi presi in carico dai "*servizi sociali*", in quanto pur avendo un tenore di vita alle soglie della sussistenza in quanto percettori di un pur minimo reddito, o di un alloggio di proprietà.

Spesso si è quindi in presenza una ridotta tempestività e/o idoneità di struttura degli enti

locali (dotati, negli anni di osservazione, di una crescente ed esponenziale riduzione di risorse finanziarie a disposizione anche e soprattutto per l'ambito sociale).

La ricerca ha evidenziato l'aumento consistente della platea delle persone con disagi economici importanti osservati tra il 2007 e il 2010 con il risultato di un incremento del 13,8%.

I nuovi poveri, sempre più spesso, sono persone che risiedono stabilmente in una casa, hanno un lavoro e vivono in nuclei familiari tradizionali e non; nel sud questo aumento supera il 70%; le richieste di aiuti economici sono aumentate, nello stesso periodo osservato, di più dell'80%.

Non è possibile veramente attribuire così grandi responsabilità agli amministratori locali? Anche alla luce di un sempre maggiore decentramento delle responsabilità e delle risorse?

L'insieme delle politiche assistenziali, micro economiche, sono assegnate al ruolo svolto dalle autonomie locali che devono occuparsi dei cittadini definibili "*veri poveri*".

La missione primaria potrebbe quindi essere quella di assicurare servizi adeguati a quella fascia di popolazione non autosufficiente, conciliando la indiscutibile problematica delle minori risorse trasferite dallo Stato alle realtà territoriali ad esempio il mancato rifinanziamento del fondo per le autosufficienze, come anche la drastica riduzione del fondo per le politiche sociali e per le politiche abitative territoriali.

Il rischio di una "*assistenza sociale*" basata soltanto sulla erogazione di soldi per affrontare situazioni emergenziali, è tutt'altro che inesistente. I nostri amministratori dovrebbero attuare soluzioni coraggiose snellendo gli interventi economici generici a beneficio di quelli duraturi legati da strategie strutturali. Ma per fare questo se gli Enti locali hanno la prima responsabilità nell'affrontare il problema (anche in un'ottica federalista) debbono anche necessariamente avere tutte le risorse per poterlo fare. Fino ad oggi ciò non si è verificato a causa di una gestione volutamente accentrata delle risorse da parte dello Stato.

Con la riforma del titolo V della Costituzione però si sono modificate le cose, difatti per quanto attiene l'ambito che stiamo trattando allo Stato viene attribuita soltanto la responsabilità di definire i "livelli essenziali di assistenza sociale", declinando agli enti locali il compito di attuarli, ma con risorse oggi ancora impropriamente gestite dallo Stato.

In buona sostanza le norme sul federalismo fiscale potrebbero essere una buona occasione per ridurre le differenze di welfare, presenti sul territorio, aggredendo più efficacemente la "povertà" nei suoi caratteri primari. In conclusione, il percorso che si sta avviando sempre più verso un welfare di tipo "sussidiario", che sia inclusivo dell'universo variegato presente nel nostro Paese, quale il

settore del *no profit*, è sicuramente un giusto percorso se accompagnato adeguatamente da una amministrazione centrale propositiva e concretamente impegnata in questo itinerario di devoluzione, assecondato da una gestione delle risorse finanziarie, sempre più scarse, di tipo puramente ragioneristico, aumentando al contempo lo sforzo redistributivo a livello nazionale. L'idea quindi di sostanziare una minor presenza dello Stato, a vantaggio di una altrettanto maggior ruolo della società, può ritenersi vincente nella misura in cui ciò non corrisponda ad una deresponsabilizzazione dell'amministrazione centrale per quanto attiene il suo ruolo indisponibile di "oriented maker", vigilando sugli equilibri complessivi della nazione.

«.....GA.....»

L'OBBLIGO DELLA MEDIAZIONE COME ATTO PROPEDEUTICO AL CONTENZIOSO TRIBUTARIO

del Dott. Stefano Renzini

La manovra economica presentata dal governo è contenuta nella l. 15.7.2011, n. 111 prevede numerose novità riguardanti il contenzioso tributario e le attività propedeutiche all'instaurazione dello stesso.

In questo secondo ambito si pone l'art. 39 co. 9 che inserisce all'interno del d. lgs. 31.12.1992, n. 546 l'art. 17 *bis* riguardante il reclamo e la mediazione.

Poiché, come indicato nella relazione illustrativa, gli atti inferiori a 20.000 euro che generano contenzioso sono pari a circa la metà di tutto il contenzioso stesso presso le Commissioni Tributarie, il legislatore ha proposto una nuova e ulteriore procedura che ha come fine quello di favorire un accordo tra le parti prima dell'instaurarsi di un contenzioso presso le Commissioni Tributarie.

L'idea non è nuova in quanto esiste già il cosiddetto "accertamento con adesione". Questo istituto permette alle due parti, contribuente ed Agenzia delle Entrate, di mettere a conoscenza della controparte le proprie motivazioni al fine di addivenire a un accordo che evita la proposizione di un contenzioso.

Allora perché il legislatore ha sentito l'esigenza di creare questo nuovo istituto?

Dobbiamo considerare inoltre che la mediazione al contrario dell'accertamento con adesione si applica soltanto agli atti emessi dall'Agenzia delle Entrate di importo non superiore ad euro 20.000 con l'esclusione inoltre di quelle riguardanti il recupero degli aiuti di Stato.

Allora qual è lo scopo?

Intanto dobbiamo porre l'attenzione sull'obbligatorietà della mediazione.

Presentare il reclamo all'Agenzia delle Entrate diventa un passaggio obbligato indispensabile per proseguire la controversia presso le commissioni tributarie. Non solo ma tale reclamo deve contenere tutti gli elementi fondamentali del ricorso poiché lo stesso costi-

tuisce il ricorso vero e proprio.

E se la contestazione del contribuente dovesse riguardare la formazione dell'atto?

Riteniamo che comunque tale circostanza andrà inserita obbligatoriamente nel reclamo se poi si vorrà farla valere in fase di contenzioso.

Abbiamo constatato quindi che la conciliazione va ricercata obbligatoriamente ma tale obbligo può essere sufficiente ad evitare comunque l'instaurarsi del contenzioso?

Il legislatore per dare maggiore forza al tentativo di conciliazione non si ferma qui ma prevede un altro elemento deterrente individuato nell'addebito delle spese.

Nelle controversie per le quali è possibile applicare tale istituto la parte soccombente è condannata a rimborsare, in aggiunta alle spese di giudizio, una somma pari al 50 per cento delle stesse a titolo di rimborso delle spese del procedimento disciplinato dal presente articolo.

Nelle medesime controversie, fuori dei casi di soccombenza reciproca, la commissione tributaria, può compensare parzialmente o per intero le spese tra le parti solo se ricorrono giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione, che hanno indotto la parte soccombente a disattendere la proposta di mediazione.

Restano comunque molti dubbi sulla funzionalità ed operatività di tale procedura atteso che la stessa non è affidata ad un organismo terzo esperto nel settore della mediazione ed in grado di assistere le parti, ma il procedimento viene gestito dalla stessa Amministrazione che ha prodotto l'atto anche se con uffici diversi dotati di autonomia ed indipendenza.

Ricordiamo che il co. 11 dell'art. 39 d.l. 98/2011 stabilisce che le nuove disposizioni si applicheranno agli atti suscettibili di reclamo notificati a decorrere dal 1° aprile 2012.

PAREGGIO DI BILANCIO E COSTITUZIONE

della Dott.ssa Rosa Valicenti

Commento alla proposta di revisione costituzionale dell'art. 81

1. Introduzione.

Negli ultimi mesi si è rinvigorito il dibattito sulla modifica dell'art. 81 e, in particolare, sulla opportunità di introdurre in Costituzione il principio del pareggio del bilancio.

In generale il tema della revisione dell'art. 81 risulta ormai da diversi anni dibattuto nelle sedi accademiche e istituzionali e a più riprese commissioni di studio e di carattere istituzionale, di varia provenienza e connotazione politica, hanno proposto, seppur con esiti negativi, ipotesi di riforma costituzionale¹.

Le questioni sottostanti, di non semplice e univoca soluzione, presentano implicazioni di grande rilevanza sotto il profilo politico, economico e sociale andando ad incidere sulla costituzione economica e sulla forma di stato che caratterizza l'ordinamento nazionale.

Il problema si pone con modalità di aggravata urgenza nell'attuale momento storico caratterizzato da una perdurante crisi di carattere economico e finanziario che ha investito, nelle sue ultime fasi, anche la finanza pubblica dei paesi europei e occidentali.

Le autorità europee hanno in diverse sedi e in più occasioni rilevato la necessità di introdurre regole fiscali più stringenti negli ordinamenti dei paesi membri al fine di garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche, mediante la riduzione dei disavanzi di bilancio e dei debiti pubblici.

A livello di legislazione ordinaria, l'Italia si è posta in questa direzione introducendo regole fiscali più severe, tanto nella nuova legge di contabilità² adottata nel 2009, che nella sua recente modifica³.

A livello di norme costituzionali molti paesi dell'area Euro (in particolare la Germania⁴, la Francia e la Spagna), sono intervenuti (o hanno in itinere le procedure) per introdurre principi di maggior rigore fiscale, quali il pareggio di bilancio, anche allo scopo di dare un messaggio più netto circa la reale intenzione di perseguire la sostenibilità delle pubbliche finanze, mediante l'imposizione di vincoli e limiti sostanziali alla discrezionalità dei Governi e Parlamenti nazionali, in materia di decisione finanziaria.

Scopo della presente analisi è quello di indagare le ragioni sostanziali e giuridiche che in Italia spingono a tale modifica costituzionale.

Si cercherà di affrontare le principali questioni da risolvere nella scelta della formulazione adeguata del principio, considerando i possibili effetti sull'ordinamento contabile, sulle procedure di decisione di bilancio, nonché, in ultima analisi, sul sistema economico - sociale e sui diritti dei cittadini.

In tale ottica sarà, inoltre, preso in esame il recente disegno di legge costituzionale approvato dal Consiglio dei Ministri e presentato alle Camere per l'iter di approvazione parlamentare⁵.

Anticipando le linee di riflessione che saranno nel prosieguo approfondite, si intende evidenziare che, se da un lato risulta opportuna e auspicabile una modifica della norma costituzionale che esprima in maniera esplicita il richiamo ad un principio di rigore nella gestione dei conti pubblici, dall'altro occorre

¹ Si rinvia in proposito al successivo paragrafo 4.

² La legge di contabilità e finanza pubblica n. 196 del 31.12.2009.

³ In proposito sia consentito rinviare a R. VALICENTI *L'adeguamento della legge di contabilità e finanza alla nuova "governance economica europea" (legge n. 39 del 7.4.2011)* su questa stessa rivista n. 3/2011.

⁴ Sulle recenti riforme costituzionali nei paesi europei si vedano Dossier di documentazione Camera dei deputati n. 267 (agosto 2011) e dossier di documentazione Senato n. 52 (agosto 2011). In particolare sulla riforma tedesca R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in germania: una riforma postnazionale?* Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti n. 3, 2011; R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*. Giornale di diritto amministrativo, n. 1/2011.

⁵ A. C. 4620 presentato il 15. 9.2011.

evitare una eccessiva rigidità della norma costituzionale che non consenta di adeguare le politiche di bilancio alle esigenze sempre più volatili del sistema economico e ad eventuali mutamenti delle politiche e degli obiettivi individuati in ambito comunitario.

2. Gli effetti negativi prodotti dai disavanzi eccessivi dei bilanci pubblici. Il problema della sostenibilità del debito pubblico.

Nelle epoche liberali il principio del pareggio di bilancio costituiva una regola implicita e, in taluni casi, anche esplicita dei maggiori ordinamenti occidentali⁶. Tale principio in base al quale le spese pubbliche devono essere coperte per intero dal provento dei tributi, poteva essere derogato in situazioni eccezionali di guerre o altre gravi emergenze. Solo in tali ipotesi era ammesso il disavanzo di bilancio e il suo finanziamento mediante emissioni di moneta o titoli del debito pubblico.

Nel XX secolo, a partire dal *New Deal*, in base alle teorie economiche Keynesiane, il ricorso al *deficit spending* è stato considerato inizialmente uno strumento per contrastare i cicli negativi dell'economia, per divenire, nelle successive evoluzioni delle democrazie occidentali una forma ordinaria di finanziamento della politica di bilancio degli stati in base alle teorie economiche più accreditate.

In tale contesto storico il principio del pareggio di bilancio è stato gradualmente accan-

⁶ G. BOGNETTI *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit*, in *Nomos*, 3, 2008, ricostruisce l'evoluzione storica del principio nelle varie forme di stato e, in riferimento alle epoche liberali, individua le principali ragioni che inducevano gli stati al rigoroso rispetto del principio del pareggio: a) sfuggire alla più facile via del ricorso al debito, in luogo dell'imposizione fastidiosa e impopolare di maggiori tributi, quando si volesse ampliare le spese: lo stato doveva rimanere piccolo e ogni remora a spendere contava in positivo; b) non trasferire su successivi elettori il peso dell'istituire – e del sopportare – le imposte che sarebbero state comunque poi necessarie per pagare gli interessi e alla fine restituire il capitale dei prestiti contratti; c) non mettere in pericolo con l'accumularsi progressivo del deficit, l'integrità del debito pubblico, cioè la volontà-capacità dello stato di onorare puntualmente e senza sconti i suoi debiti; d) non compromettere la assoluta stabilità del valore di cambio della moneta.

tonato, in quanto considerato scarsamente funzionale alle moderne esigenze dello stato sociale e del *welfare*.

In tali contesti l'accumulo progressivo dei disavanzi è stato finanziato, per varie ragioni, principalmente mediante ricorso al mercato, producendo un incremento costante dello stock di debito degli stati e un progressivo aumento della spesa per interessi dei titoli pubblici.

L'eccessivo livello dei debiti pubblici è stato segnalato da tempo nella letteratura economica come foriero di effetti negativi di varia natura. Non essendo questa la sede appropriata per un'analisi di tipo economico, si segnala brevemente, sotto il profilo distributivo, il problema di equità tra gruppi sociali e tra generazioni, originato dal finanziamento dei disavanzi pubblici mediante emissione di debito pubblico.

Si realizza, infatti una distribuzione asimmetrica di benefici e costi delle scelte politiche tra generazioni presenti e future (scaricando sui cittadini di domani i costi delle politiche attuali) e tra gruppi sociali creditori del debito, che percepiscono gli interessi e cittadini che dovranno sostenerne gli oneri mediante l'aumento della tassazione o la contrazione della spesa pubblica⁷.

Analogo problema si pone sotto il profilo del funzionamento delle regole democratiche in quanto i decisori pubblici attuali beneficiano del consenso politico e incrementano la spesa senza aggravare l'imposizione tributaria, rinviando ai successivi governi gli oneri derivanti dall'indirizzo politico perseguito.

Sotto un profilo di tipo economico si è da tempo segnalato, invece, il problema della sostenibilità del debito pubblico⁸ divenuto

⁷ M. LECCISOTTI, A. A. PEDONE, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Giappichelli, 2007, pag. 200.

⁸ Il tema della sostenibilità del debito pubblico è particolarmente avvertito nella letteratura economica moderna. Per una sintetica esposizione si veda M. LECCISOTTI, A. PEDONE, *Istituzioni di scienza delle finanze*, op.cit. pag. 201: Il debito pubblico deriva dal fatto che si verificano disavanzi annuali (deficit) del bilancio pubblico di cassa, che determinano il fabbisogno di capitali da parte dello Stato. L'andamento del fabbisogno e del rapporto debito/PIL dipende da vari elementi: dall'andamento delle entrate e delle spese, dal saggio di sviluppo dell'economia, dall'andamento dei tassi di interesse reali e nominali sul debito. Ciò

quanto mai attuale negli ultimi mesi.

In conseguenza della crisi economica e finanziaria del 2009, si è osservato nei paesi occidentali un ulteriore diffuso incremento dei deficit dei bilanci pubblici e del ricorso all'indebitamento. A causa della crisi finanziaria si è proceduto, in alcuni stati ad interventi straordinari di sostegno delle istituzioni finanziarie che hanno comportato cospicui incrementi della spesa pubblica. La crisi economica ha invece causato, da un lato il calo della produttività (e dei PIL) e dall'altro il calo delle entrate tributarie. In sostanza, gli squilibri macroeconomici e finanziari hanno contribuito al deterioramento repentino dei conti pubblici, già in taluni Stati al limite della sostenibilità finanziaria.

Il peggioramento dei disavanzi connessi alla crisi e le previsioni di incremento del debito pubblico pongono con sempre maggiore urgenza la questione della sostenibilità⁹ a lungo termine del debito pubblico e della solvibilità degli stati.

Tale incertezza crea un circolo vizioso che porta gli Stati, in fase di emissione del debito, ad incrementare i tassi di interesse per collocare i titoli sui mercati finanziari, generando una ulteriore crescita del debito pubblico.

3. **Necessità di regole fiscali più severe anche a livello costituzionale e riflessi sulla forma di stato.**

che è rilevante segnalare è che lo sviluppo del reddito riduce quello del debito, sia in valore assoluto, sia in rapporto al PIL.

⁹ La nozione di sostenibilità si basa su proiezioni circa l'andamento futuro dei principali fattori che influenzano la dinamica del debito pubblico (livello e struttura dello stock iniziale di debito, tassi di crescita del PIL, tassi di interesse, saldo primario e sue componenti) e delle complesse, dirette e indirette, relazioni tra questi diversi fattori. Nel determinare la dinamica del debito pubblico, la politica di bilancio, così come espressa dal saldo primario, ha svolto e svolge un ruolo importante, ma non l'unico e non sempre il principale. L'esperienza mostra che altri fattori hanno influenzato, in misura variabile e spesso determinante, l'andamento del rapporto DP/PIL nel corso dei singoli episodi. L'azione di questi altri fattori e le politiche economiche dirette a influenzarli non vanno perciò trascurate quando ci si concentra sul consolidamento delle finanze mediante un miglioramento del saldo primario di bilancio. (Pedone)

L'introduzione di regole fiscali costituisce uno strumento per indurre i decisori politici ad adottare scelte coerenti con la stabilità macroeconomica e la sostenibilità della finanza pubblica. Sotto il profilo del contenuto esistono differenti regole fiscali adottabili quali ad esempio regole che incidono sul debito, sui saldi di bilancio o sulla spesa.

Sul piano degli strumenti le nuove regole possono essere introdotte mediante provvedimenti comunitari o nazionali.

Sotto il profilo comunitario già nel Trattato dell'Unione Europea, sottoscritto a Maastricht il 7.2.1992 (che ha avviato l'istituzione del sistema monetario europeo e l'adozione della moneta unica) è stata prevista la regola generale che vieta i disavanzi pubblici eccessivi (art. 104).

Con lo specifico Protocollo sui disavanzi eccessivi è stato, inoltre, disciplinato un processo articolato in più fasi successive che prevede una serie di vincoli alle politiche di bilancio nazionali e fissa una serie di parametri per la convergenza delle economie dei paesi membri, quali condizioni per la partecipazione all'UEM.

Tra i vari parametri di convergenza assunsero grande rilevanza, in ragione della loro vigenza anche successiva all'introduzione dell'Euro, i due vincoli di finanza pubblica relativi all'indebitamento netto (che in rapporto al PIL non deve superare il 3%) e il debito pubblico (che sempre in rapporto al PIL deve essere inferiore al 60%).

Sul piano nazionale è possibile intervenire mediante la legislazione ordinaria, inserendo regole e limitazioni che tuttavia, possono rivelarsi poco efficaci, qualora manchi una forte volontà politica nel perseguire gli obiettivi di disciplina fiscale. In tale ottica il ricorso a regole di rango costituzionale può rafforzare la credibilità degli impegni assunti dai Governi e Parlamenti nazionali. In virtù della loro particolare posizione nella gerarchia delle fonti, le norme costituzionali non sono facilmente modificabili, se non mediante procedure, maggioranze e tempistica alquanto complesse (l'art. 138 Cost. prevede doppia lettura da parte di ciascuna Camera, maggioranza assoluta, ed eventuale referendum, ecc.) rispetto

alle leggi ordinarie¹⁰. L'inserimento di un principio esplicito, mediante un forte sostegno politico, necessario per la revisione costituzionale, potrebbe indicare che la sostenibilità delle finanze pubbliche rappresenta un obiettivo condiviso dalle forze sociali.

Un regola condivisa, forte e sovraordinata rispetto alle normali procedure di decisione finanziaria limiterebbe il costo politico delle conseguenti drastiche e impopolari applicazioni, circoscrivendo il campo del dibattito politico alla scelta della migliore allocazione delle risorse per raggiungere l'obiettivo condiviso.

Se per tali ragioni la costituzionalizzazione di un principio di rigore finanziario appare essere auspicabile, sotto altro profilo proprio la sua complessità procedurale può comportare una scarsa flessibilità e adattabilità a condizioni economiche in continua evoluzione.

In tale ottica risulta opportuna la previsione di regole fiscali comprensibili e chiare, da coniugare però con adeguati meccanismi di flessibilità (per casi eccezionali o circostanze di particolare difficoltà).

Sotto il profilo sostanziale si pone la questione del bilanciamento tra il principio dell'equilibrio dei conti pubblici e l'esigenza di garantire i diritti sociali affermati nella stessa Costituzione¹¹.

Negli ultimi anni la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno coniato la categoria giuridica dei "diritti sociali finanziariamente condizionati"¹². Le crisi finanziarie e il

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, 2005, 21 ss.: "Il significato... (omissis) è quello di indicare che quei valori tutelati sono sottratti alle vicissitudini delle controversie politiche e sono collocati al di là della portata di atti dell'amministrazione e dei giudici, poiché nelle costituzioni è contenuto ciò che è sottratto al voto, ciò che non si vota o meglio ciò su cui non si vota più".

¹¹ G. DE MINICO, *Welfare a rischio per lo stop al debito pubblico*, in *astrid-online.it*

¹² Recentemente, nella sentenza n. 248 del 2011 la C.cost. ha configurato espressamente il diritto alle prestazioni sanitarie come *finanziariamente condizionato* in quanto «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una pro-

blema dell'ingente peso dei debiti pubblici nei paesi occidentali pongono, in sostanza, un problema di bilanciamento tra diritti dei singoli ed esigenze della collettività¹³. Le prestazioni sociali potranno essere assicurate solo in maniera condizionata rispetto all'esigenza di conseguire l'equilibrio dei bilanci pubblici.

Ne può derivare, a livello di forma di stato, una sostanziale modifica di quello stato sociale (o del welfare) che ha, in linea di massima, caratterizzato i paesi occidentali nel ventesimo secolo.

In altre parole, i diritti sociali previsti dalle norme costituzionali non sarebbero più diritti assoluti, come quelli politici, "bensì diritti finanziariamente condizionati e come tali non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino". La previsione del principio del bilancio in pareggio e la introduzione di regole fiscali eccessivamente rigide può comportare, soprattutto nei periodi di scarso sviluppo o di recessione economica, una compressione della solidarietà sociale, cioè del diritto a pari condizioni di vita tra i cittadini, assicurato dall'accesso all'istruzione e alla sanità pubblica, alle pensioni ecc.

4. L'art. 81 e le sue varie interpretazioni.

Nella Costituzione italiana l'art. 81, dedicato alla legge di bilancio dello Stato, non contiene in maniera esplicita un principio di carattere sostanziale in relazione agli equilibri finanziari da perseguire.

In proposito si sono registrate, nel corso dei 50 anni della sua applicazione differenti interpretazioni.

In base ad un orientamento più rigoroso¹⁴

grammazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario» (ex multis, sentenza n. 111 del 2005).

¹³ Si veda in tal senso, con riferimento all'introduzione della nuova regola di bilancio in Germania R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, op.cit.

¹⁴ Il dibattito circa l'interpretazione del contenuto sostanziale dell'art. 81 Cost. non si è mai sopito e acquista nuova rilevanza alla luce delle recenti proposte di revisione costituzionale. Per la tesi che ritiene potersi rinvenire il principio del pareggio tendenziale di bilancio da una interpretazione rigorosa del comma 4 si vedano: G. PELLA, *Il quarto comma dell'art. 81 della Costituzione della Repubblica*, in *Comitato Nazionale per la celebrazione del primo decennale della Costitu-*

il co. 4, (ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte), sarebbe stato inserito dai costituenti allo scopo di salvaguardare l'equilibrio del bilancio dello Stato e da ciò si desume quindi, in via interpretativa, il riferimento ad un principio sostanziale di equilibrio del bilancio.

Secondo altro orientamento, basato su una interpretazione letterale del dettato normativo, il co. 4 si limiterebbe a prescrivere il *c.d. pareggio del saldo incrementale*¹⁵. L'obbligo della copertura finanziaria delle leggi di spesa (distinte e successive rispetto alla legge di bilancio), sarebbe stato introdotto al fine di preservare l'equilibrio tra entrate e uscite deciso nella legge di bilancio, ma nulla vieta che tale equilibrio possa essere conseguito mediante ricorso ad entrate derivanti dal ricorso al mercato (cioè dall'indebitamento).

Di fatto, soprattutto a partire dagli anni '60, ha prevalso una interpretazione della norma costituzionale che, utilizzando argomentazioni giuridiche di carattere formale, ha ritenuto non riscontrabili vincoli di carattere contenutistico rispetto all'equilibrio finanziario da perseguire¹⁶, ma esclusivamente limiti

zione, *Studi sulla Costituzione*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1958, p. 511; recentemente C. FORTE, *La riforma del bilancio in Parlamento*, Napoli, Ed. Scient. 1992, 107;¹⁴ G. BOGNETTI *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit*, op. cit.; L. GIANNITI, *Il pareggio di bilancio nei lavori della Costituente* 2011.

¹⁵ M. LECCISOTTI, A. PEDONE, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Giappichelli, 2007, pag. 65.

¹⁶ Si vedano in tal senso S. BUSCEMA, *Bilancio*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, p-398; A. MACCANICO, *L'art. 81 della Costituzione nel sistema delle garanzie costituzionali della spesa pubblica*, in *Comitato Nazionale per la celebrazione del primo decennale della Costituzione, Studi sulla Costituzione*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1958, p. 546; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella costituzione*, Giuffrè, 1969, p. 159; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Il mulino, 1996, p. 94; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Giappichelli, 2005, p. 115; G. RIVOSACCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione Italiana e vincoli europei*, CEDAM, 2007, p. 221; Sul piano della giurisprudenza costituzionale si ricorda la sentenza n. 1 del 1966 che ha ammesso il ricorso all'indebitamento per la copertura delle spese, rilevando che l'approvazione con la legge di bilancio di un equilibrio tra entrate e spese, non esclude l'ipotesi di un disavanzo.

di carattere procedurale, lasciando piena discrezionalità al Governo e al Parlamento circa la possibilità e l'entità del ricorso all'indebitamento per finanziare la spesa pubblica.

A partire dagli anni '80 si sono registrati svariati tentativi di revisione dell'art. 81, con l'obiettivo di introdurre limiti e regole di tipo procedurale e sostanziale, allo scopo di porre un freno al progressivo deterioramento dei conti pubblici.

Durante la IX legislatura, la Commissione bicamerale Bozzi proponeva una costituzionalizzazione del bilancio quinquennale, della sessione di bilancio e della prevalenza del voto palese sulle deliberazioni parlamentari che importino variazioni di entrate e di spese. Prospettava, inoltre, una deliberazione parlamentare sul limite massimo dell'autorizzazione a contrarre prestiti¹⁷.

Nell'ambito della X legislatura venne presentato il disegno di legge costituzionale che proponeva il riassorbimento dei contenuti della legge finanziaria all'interno della legge di bilancio (modifica del terzo comma dell'art. 81) e il potenziamento del ruolo del Governo nell'ambito dell'approvazione delle procedure finanziarie, con forti limitazioni del potere di emendamento da parte del Parlamento¹⁸.

Durante la XI legislatura la Commissione bicamerale Iotti – De Mita proponeva la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio finanziario del bilancio di parte corrente, dell'ammissibilità degli emendamenti alla manovra nell'ambito dei saldi previamente fissati e della necessità della copertura finanziaria per l'intero periodo di efficacia delle leggi di spesa. L'attuazione della norma costituzionale era demandata ad una legge organica (disciplinata *ex novo* e in via generale come strumento normativo innovativo nell'ambito del medesimo disegno di riforma costituzionale) le cui disposizioni non possono essere abrogate né derogate dalle leggi di approvazione o di variazione del bilancio, né dalle leggi di spesa o di entrata¹⁹. Durante la XIII legislatura la Commissione bicamerale D'Alema, facendo riferimento anche ai conti

¹⁷ Atto C. S. n. 3 presentato il 29.1.1985;

¹⁸ A.S. 2974 (Andreotti-Martinazzoli) presentato il 7.7.1985.

¹⁹ A. C. 3597 e A. S. 1789 presentato 11.1.1994

del complesso delle amministrazioni pubbliche, ammetteva il ricorso all'indebitamento solo per spese di investimento o in caso di eventi straordinari con conseguenze eccezionali e stabiliva che le leggi in materia di contabilità pubblica non possono essere modificate da leggi di spesa o di entrata²⁰.

Dall'esame delle diverse proposte, che presentano contenuti e soluzioni assai diverse a problematiche e questioni differenti, è possibile desumere che, in generale è stata avvertita da diversi anni l'esigenza di porre regole e limiti procedurali e sostanziali più stringenti a livello costituzionale, limitando la discrezionalità del Parlamento e del Governo in ordine alle decisioni finanziarie.

Alcune regole e limiti procedurali e sostanziali sono stati introdotti nel corso degli anni a livello di legislazione ordinaria (legge 468/78 e successive modifiche e legge 196/2009) e nei regolamenti parlamentari, con un grado e capacità di cogenza decisamente inferiore nell'ambito della gerarchia delle fonti normative, in quanto modificabili mediante la legislazione ordinaria.

Non a caso, nelle proposte di revisione dell'art. 81, si registrano tentativi di rafforzamento delle legislazione di contabilità (es. legge organica nella Proposta della commissione De Mita e della commissione D'Alema).

In relazione alle questioni della esplicitazione del principio del pareggio di bilancio e dei limiti all'indebitamento, si è fatto riferimento in taluni casi al pareggio di parte corrente (proposta della commissione bicamerale Iotti- De Mita) in altri si è ammesso il ricorso all'indebitamento per le spese di investimento e per eventi eccezionali, lasciando comunque alla legge di bilancio la possibilità di stabilire l'equilibrio dei conti dello Stato e del complesso delle amministrazioni pubbliche (proposta della commissione D'Alema).

In nessuna delle formulazioni esaminate si è preso in considerazione il saldo complessivo di bilancio, e si è comunque ritenuto utile il ricorso all'indebitamento per finanziare le

²⁰ A. C.S. 3931-A e 2583-A presentato il 4 novembre 1997.

spese di investimento (c.d. golden rule²¹), lasciando al Governo e al Parlamento una discrezionalità e un certo spazio per eventuali manovre di sostegno allo sviluppo e all'occupazione.

5. Le recenti indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario.

Nell'ambito del dibattito intrapreso a livello di istituzioni comunitarie per la predisposizione del nuovo quadro di *governance* economica dell'UE, avviato nel 2009 a causa della crisi economica e finanziaria, si è segnalata la utilità di una espressa previsione, in ciascun ordinamento nazionale, di regole volte ad assicurare il rispetto dei parametri fissati dall'Unione europea.

Sino ad ora le disposizioni dei Trattati in materia di Unione economica e monetaria, il Protocollo sui disavanzi eccessivi e i regolamenti relativi al Patto di stabilità e crescita, non hanno mai previsto espressamente l'obbligo di recepire i limiti relativi al disavanzo e al debito fissati a livello europeo negli ordinamenti nazionali.

L'esperienza degli ultimi anni (in particolare il caso della Grecia) ha evidenziato la insufficienza dell'adozione di disposizioni normative a livello europeo per l'effettivo coordinamento delle politiche di bilancio dell'UEM.

Il Patto euro plus²², prevede l'impegno degli Stati aderenti a recepire nell'ordinamento interno le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita.

Sotto il profilo dello strumento giuridico

²¹ La regola aurea (*golden rule*) prevede il pareggio tra entrate e spese correnti (cioè del saldo di parte corrente) ma ammette il ricorso all'indebitamento per finanziare le spese di investimento, nella considerazione che il debito non debba essere utilizzato per finanziare le spese correnti (cioè del funzionamento ordinario attuale), ma solo quelle per investimento che creano una ricchezza per le generazioni future. L'attuale art. 119 Cost. co. 6 prevede tale regola fiscale per gli enti locali.

²² Si tratta di un accordo tra i Capi di Stato o di governo della zona euro sottoscritto l'11.3.2011 e recepito dal Consiglio europeo del 24-25 marzo, cui hanno aderito anche alcuni paesi non euro. Sotto il profilo giuridico, non ha in sé natura vincolante ma costituisce un impegno politico per ciascun Paese aderente al Patto.

da adottare, l'accordo lascia agli Stati membri la facoltà di scelta ma richiede espressamente che ne sia assicurata la natura vincolante e sufficientemente forte, citando ad esempio la norma costituzionale o la normativa quadro. E' espressamente richiesto l'utilizzo di norme sovraordinate nella gerarchia delle fonti nazionali rispetto alla legge ordinaria.

Sotto il profilo sostanziale è lasciata a ciascun paese membro la scelta circa l'esatta forma della regola (freno all'indebitamento oppure regola collegata al saldo ovvero regola di spesa). In ogni caso si richiede che la disciplina di bilancio si rivolga sia ai livelli di governo nazionale che subnazionali (regioni, *lander*, enti locali).

Il Patto assegna, in proposito, una funzione consultiva alla Commissione che, nel rispetto delle prerogative dei parlamenti nazionali, potrà essere consultata in merito alla compatibilità con il quadro europeo prima dell'adozione della regola di bilancio nazionale.

Con la recente direttiva sui quadri nazionali di bilancio²³ si prevede l'obbligo di inserire negli ordinamenti nazionali "regole numeriche" per assicurare l'osservanza degli obblighi in materia di bilancio fissati dal Trattato. In particolare la direttiva richiede che tali disposizioni includano il rispetto dei valori di riferimento relativi al disavanzo e al debito fissati dall'UE (art. 5), e che le regole di bilancio numeriche debbano specificare l'ambito della loro applicazione nonché le modalità del controllo effettivo e tempestivo dell'osservanza, basato su un'analisi affidabile e indipendente, eseguita da organismi indipendenti o comunque dotati di autonomia funzionale rispetto alle autorità nazionali di bilancio (art. 6).

6. Il disegno di legge costituzionale presentato dal Governo.

Il 15 settembre è stato presentato alla Ca-

²³ La proposta di direttiva è stata presentata dalla Commissione europea il 29.9.2010, unitamente alle proposte di 5 regolamenti sulla c.d. *governance* europea. Tali proposte sono state approvate dal Parlamento europeo, come emendate in base ad un accordo con il Consiglio dell'UE, nella seduta del 28 settembre 2011, e adottate in via definitiva dal Consiglio il 4.10.2011.

mera²⁴ un disegno di legge costituzionale rubricato "introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale". Il disegno di legge propone la revisione degli artt. 53, 81 e 119 della Cost..

Nell'art. 53, dedicato al sistema tributario, e collocato nella parte relativa ai diritti politici, è inserito il principio generale dell'equilibrio dei bilanci e del contenimento del debito delle pubbliche amministrazioni, in osservanza dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'unione europea²⁵.

Tanto il parametro del deficit, quanto quello del debito pubblico assumono rilevanza costituzionale analogamente a quanto previsto dall'ordinamento comunitario cui viene fatto espresso richiamo.

A tale ultimo proposito si segnala che il riferimento esplicito in Costituzione ai vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento comunitario costituisce un elemento innovativo sebbene, con finalità differenti, già in occasione della revisione del titolo V (art. 117), sia stato previsto l'espresso richiamo ai vincoli alla potestà legislativa di Stato e Regioni derivanti dall'ordinamento comunitario.

In relazione al principio sostanziale affermato, desta particolare attenzione la formulazione della norma che sembra individuare l'equilibrio dei bilanci e il contenimento del debito quale ulteriore finalità dell'ordinamento, piuttosto che quale modalità dell'agire nel perseguimento delle funzioni politiche e sociali già alla medesima assegnate.

²⁴ Il disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 8.9.2011 divenuto Atto Camera 4620 del 2011. Si segnala, inoltre, che sono stati presentati nella attuale legislatura, con analogo oggetto, le seguenti proposte di iniziativa parlamentare: A.C. 4250, A.C. 4525, A.C. 4526, A.C. 4594, A.C. 4607, A.C. 4596, A.C. 4646. La discussione di tali proposte è stata abbinata a quella del disegno di legge presentato dal Governo.

²⁵ A.C. 4620 art. 1. All'articolo 53 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: « *La Repubblica, in osservanza dei vincoli economici e finanziari che derivano dall'appartenenza all'Unione europea, persegue l'equilibrio dei bilanci e il contenimento del debito delle pubbliche amministrazioni, anche assicurando le verifiche a consuntivo e le eventuali misure di correzione, in base ai principi e ai criteri stabiliti con legge approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera*».

Si evidenzia in maniera esplicita il potenziale conflitto tra il nuovo principio e i diritti affermati nella parte prima della Costituzione, con gli effetti di cui sopra si è fatto cenno.

Fondamentale risulta anche il riferimento all'intero perimetro della PA, che coinvolge oltre allo Stato, le Regioni, gli enti locali e tutti gli enti pubblici, così come peraltro espressamente richiesto dalle autorità comunitarie a partire da Maastricht.

E' interessante notare che nel titolo del disegno di legge costituzionale si fa riferimento al concetto di pareggio di bilancio (che in sostanza significa saldo zero tra entrate e uscite) mentre nel corpo della proposta di revisione viene sempre fatto riferimento al diverso e più ampio concetto di equilibrio di bilancio.

Non risulta chiaro a quale tipo di equilibrio si faccia tecnicamente riferimento né a quale tipo di conto (conto finanziario di competenza o cassa, oppure conto economico SEC '95) e neppure se tale equilibrio debba riferirsi al singolo ente ovvero al complesso della P.A..

Senza voler entrare nei dettagli tecnici, è possibile considerare che ben differenti sarebbero gli effetti di una scelta piuttosto che un'altra.

In realtà la formulazione generale del principio ben si attaglia ad una norma di carattere costituzionale e si demanda ad una successiva legge di attuazione la definizione degli aspetti tecnici e procedurali. Tale legge, anche in relazione alle indicazioni emerse in sede comunitaria, dovrebbe avere natura rafforzata in quanto adottata a maggioranza dei due terzi di ciascuna camera (analogamente all'art. 79 in materia di indulto e amnistia e all'art. 116 co. 3 in riferimento all'attribuzione di condizioni particolari di autonomia alle regioni), collocandosi, nell'ambito della gerarchia delle fonti normative in una posizione sovraordinata rispetto alla legge ordinaria.

Di un certo rilievo appare il riferimento alle verifiche a consuntivo e alle eventuali misure di correzione che sembra, in qualche modo, voler conferire maggiore rilevanza ai bilanci consuntivi e alla verifica *ex post* degli equilibri programmati in sede di bilancio di previsione, analogamente a quanto già avvie-

ne a livello europeo²⁶, in cui l'attenzione è rivolta ai consuntivi più che alle mere previsioni.

L'art.2²⁷ del ddl costituzionale reca la modifica dell'art. 81 Cost. dedicato al bilancio dello Stato.

La modifica sostanziale riguarda l'obbligo di rispettare l'equilibrio delle entrate e delle spese e, allo stesso tempo, il divieto di ricorrere all'indebitamento salvo ipotesi eccezionali espressamente previste dalle Camere a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti. Anche in tal caso, come per il principio previsto dall'art. 53, si evidenzia una indeterminatezza di contenuti sotto il profilo tecnico (per equilibrio si intende pareggio? Qual è il saldo di riferimento: saldo netto da finanziare, indebitamento netto o ricorso al mercato²⁸?

Lo stesso divieto di indebitamento può essere inteso in diverse accezioni: limite alle operazioni di indebitamento in senso stretto²⁹ oppure, in senso più ampio, preclusione alla formazione di nuovo debito rispetto a quello già esistente?

²⁶ Nell'ambito della procedura per i deficit eccessivi.

²⁷ Art. 2 L'art. 81 è sostituito con il seguente: Art. 81. Il bilancio dello Stato rispetta l'equilibrio delle entrate e delle spese. Non è consentito ricorrere all'indebitamento, se non nelle fasi avverse del ciclo economico nei limiti degli effetti da esso determinati, o per uno stato di necessità che non può essere sostenuto con le ordinarie decisioni di bilancio. Lo stato di necessità è dichiarato dalle Camere in ragione di eventi eccezionali, con voto espresso a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri finanziari provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. La legge di cui all'articolo 53, terzo comma, definisce il contenuto proprio della legge di approvazione del bilancio. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

²⁸ Per un approfondimento sulle diverse tipologie di saldi pubblici si fa rinvio a Ministero dell'Economia e delle Finanze – RGS, *I principali saldi di finanza pubblica: definizioni, utilizzo, raccordi*, 2008. Sul sito rgs.mef.gov.it. In particolare, i saldi del bilancio dello Stato sono esposti nel quadro generale riassuntivo della legge di bilancio ai sensi dell'art. 25 co.7 della legge 196/2009.

²⁹ cioè alle operazioni necessarie a finanziare squilibri tra entrate e spese iscritte nel bilancio dello Stato, al netto di poste finanziarie relative al rinnovo di titoli del debito pubblico.

Si tratta di aspetti di carattere tecnico, difficili da introdurre in una norma costituzionale, che rivestono però una decisiva rilevanza al fine di cogliere i possibili effetti dell'applicazione del principio e necessitano senza dubbio di ulteriore definizione (presumibilmente nell'ambito della stessa legge rafforzata di cui all'art. 1 del disegno di legge).

La regola indicata è, ad ogni modo, connotata da elementi di flessibilità che prevedono due ipotesi di ricorso all'indebitamento: le fasi avverse del ciclo economico e lo stato di necessità dichiarato dalle Camere a maggioranza assoluta.

La prima eccezione indicata risulta coerente con le vigenti regole europee che prevedono, come obiettivo di medio termine (MTO) il pareggio del saldo *strutturale*³⁰ delle pubbliche amministrazioni. Ciò comporta che un saldo può essere considerato in pareggio, nelle fasi avverse del ciclo, anche in caso di limitato disavanzo.

L'art. 3³¹ del ddl. modifica l'art. 119 Cost. introducendo il principio generale dell'equilibrio dei bilanci come requisito e condizione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

Per Regioni ed enti locali il disegno di legge sembra imporre la regola dell'equilibrio di bilancio a livello di singolo ente (art. 119 co.1), mentre la regola specifica sull'indebitamento prende in considerazione un aggregato di enti locali.

L'eventuale adozione della regola sul saldo di bilancio (anziché sulle entrate o sulle spese) potrebbe portare a dover riconsiderare la imposizione di vincoli parziali sulla spesa come attualmente avviene con il Patto di stabilità.

³⁰ cioè depurato degli effetti del ciclo economico e delle misure una *tantum* in base a procedure individuate a livello europeo che sostanzialmente stimano, sulla base dell'andamento delle variabili macroeconomiche, il potenziale di crescita dell'economia e la crescita effettiva nel periodo di riferimento (c.d. output gap).

³¹ Art. 3. All'art. 119 sono apportate le seguenti modifiche: a. Al primo comma, sono aggiunte le seguenti parole: ", nel rispetto dell'equilibrio dei bilanci."

b. Al sesto comma, secondo periodo sono aggiunte le seguenti parole", con contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti medesimi siano osservati i principi dell'art.53 co.3".

La modifica apportata al sesto comma del 119, impone ulteriori vincoli, rispetto a quelli già precedentemente previsti, alla facoltà di accedere all'indebitamento.

Nell'attuale formulazione del 119, è prevista per le regioni e gli enti locali la c.d. *golden rule* che prevede il pareggio del bilancio di parte corrente consentendo l'indebitamento per le spese di investimento.

Il ddl in esame limita ulteriormente tale possibilità introducendo due condizioni.

La prima è che il complesso degli enti (sarà da definire meglio se a livello regionale o dell'intero sottosettore o altro) rispetti l'equilibrio di cui al primo comma, in modo che l'eventuale avanzo degli enti virtuosi possa compensare l'indebitamento degli enti che si propongono di sostenere investimenti.

Tale meccanismo comporta la necessità di un forte coordinamento *ex ante* al fine di stabilire i limiti entro i quali è riconosciuta a ciascun ente la facoltà di indebitarsi, ma allo stesso tempo di garantire l'equilibrio complessivo di settore.

La seconda condizione per accedere all'indebitamento (per la sola spesa di investimento) consiste nella definizione di piani di ammortamento. Sembra che in tal modo si richieda alle amministrazioni la costituzione di posizioni di avanzo in alcuni esercizi allo scopo di compensare disavanzi esposti negli esercizi in cui hanno effettuato gli investimenti ricorrendo al debito.

Sembra che per le autonomie locali si sia cercato di ampliare l'ambito dell'equilibrio in termini di soggetti coinvolti e sotto il profilo temporale, facendo riferimento ad un vincolo dell'equilibrio di bilancio allargato al settore degli enti locali ed espresso su un arco pluriennale di esercizi (mediante il piano di ammortamento).

7. Riflessioni conclusive e criticità.

Sul piano generale innovazione di principio molto rilevante, con implicazioni positive sotto il profilo della stabilità dei conti pubblici e della equità intergenerazionale ma anche critiche (negative?) sotto il profilo della possibile compressione dell'ambito dei diritti sociali sino ad ora ritenuti fondamentali, soprattutto in periodi di recessione o scarsa crescita.

Sul piano tecnico risulta difficile formulare un giudizio adeguato circa i possibili effetti, in considerazione del rinvio alla legge di attuazione della definizione degli aspetti tecnici, ma allo stesso tempo sostanziali, del principio affermato.

Per quanto riguarda il bilancio dello Stato (art. 81) il disegno di riforma costituzionale si è posto il difficile problema di individuare, meccanismi di flessibilità che, senza svuotare di contenuto il principio, privandolo di efficacia e credibilità, ne possano adeguare il funzionamento alle mutevoli esigenze determinate dagli andamenti macroeconomici (facendo riferimento al saldo strutturale al netto degli effetti del ciclo economico) o da uno stato di necessità particolare dichiarato dal Parlamento a maggioranza assoluta.

Resta da interrogarsi se una fase di recessione economica³² possa rientrare tra le ipotesi di “*stato di necessità*” che consentono di derogare al divieto di indebitamento o se si debba correggere il livello di equilibrio richiesto, ammettendo un modesto disavanzo, nei soli limiti degli effetti del ciclo.

O, ancora, se possa rientrare nello stato di necessità un eventuale (allo stato ipotetico ma non assolutamente impossibile) mutamento degli obiettivi di politica fiscale stabiliti in sede comunitaria.

Si intende segnalare, in altre parole, che la norma costituzionale potrebbe porsi in contrasto con diverse future esigenze e con un eventuale mutamento di tendenza anche a li-

³² Nella *Lettera di 8 Nobel a Obama: «Contrari» al pareggio bilancio*, in *astrid-online.it*, in riferimento all'introduzione del pareggio di bilancio nella Costituzione degli Stati Uniti, si legge che: “*un emendamento sul pareggio di bilancio avrebbe effetti perversi in caso di recessione. Nei momenti di difficoltà economica diminuisce il gettito fiscale e aumentano alcune spese tra cui i sussidi di disoccupazione. Questi ammortizzatori sociali fanno aumentare il deficit, ma limitano la contrazione del reddito disponibile e del potere di acquisto. Chiudere ogni anno il bilancio in pareggio aggraverebbe le eventuali recessioni.... (omissis)...nell'attuale fase dell'economia è pericoloso tentare di riportare il bilancio in pareggio troppo rapidamente. I grossi tagli di spesa e/o gli incrementi della pressione fiscale necessari per raggiungere questo scopo, danneggerebbero una ripresa già di per sé debole.*”

vello di ordinamento europeo.

Considerata la discussione generale e il contrasto anche a livello di teorie economiche³³ circa il maggior o minor peso da attribuire alla questione della sostenibilità del debito, soprattutto nei periodi di bassa crescita o di recessione, rispetto al problema dello sviluppo, non è possibile escludere del tutto che in futuro si possano modificare gli obiettivi di politica fiscale comunitaria.

Una regola rigida in tal senso rischierebbe di divenire, sotto il profilo economico, un ostacolo alla crescita del PIL e, paradossalmente, sotto il profilo giuridico un ostacolo nell'applicazione interna di eventuali mutamenti degli obiettivi comunitari.

Sotto un diverso profilo si intende segnalare lo scarso peso attribuito a procedure e meccanismi di controllo sull'effettiva osservanza del principio affermato, che si deve presupporre interamente demandate alla sede della legge di attuazione.

Quid juris se la legge di bilancio o una successiva legge di spesa, o il rendiconto dello Stato non osservano i limiti prescritti e a quale organo o istituzione compete il controllo e la valutazione su tale aspetto?

In linea di principio, secondo i meccanismi giuridici attuali, qualunque legge in contrasto con la Costituzione dovrebbe essere dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale.

Ma qual è l'organo o la istituzione investita del competenza a valutare se la legge di bilancio o una qualsiasi legge di spesa non rispetta il principio dell'equilibrio ed eventualmente instauri l'eventuale giudizio di legittimità costituzionale?³⁴

³³ con riferimento all'introduzione della nuova regola di bilancio in Germania R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, op.cit.: “*Per la volatilità delle vicende finanziarie che condiziona gli obiettivi da raggiungere e rende anche difficile l'individuazione delle misure per conseguirli. Si tratta di obiettivi fondati su congiunture, destinate a durare nel tempo, per un periodo limitato. Essi sono influenzati da teorie economiche, a loro volta collegate agli andamenti incerti e mutevoli dell'economia, da lasciare, per questa loro variabilità alla legislazione ordinaria, correndo altrimenti il rischio di consegnare alla Costituzione una visione limitata della politica economica, bisognosa di una costante revisione.*”

³⁴ In proposito A. PACE, *Pareggio di bilancio e costituzione*, in *astrid-online.it* osserva testualmente: “*E' in-*

Per quanto riguarda gli enti locali e le Regioni si cerca di assicurare la flessibilità della regola ponendo il principio dell'equilibrio dei bilanci in una dimensione pluriennale (è ammesso l'indebitamento per gli investimenti a condizione della predisposizione di piani di ammortamento pluriennali) e di settore (equilibrio complessivo degli enti).

Come già rilevato, tale impianto richiede una definizione del settore di riferimento (ambito degli enti a livello regionale o intero sottosectore degli enti a livello nazionale?) e dunque un efficace coordinamento dei diversi enti dell'ambito individuato, mediante regole sostanziali e procedurali chiare e condivise,

fatti di tutta evidenza che se nel "nuovo" art. 81 non viene introdotta alcuna specificazione con riferimento alla giustiziabilità costituzionale delle leggi che violano il dovere di pareggio, alla Corte costituzionale le relative questioni di costituzionalità verrebbero anche in futuro sottoposte dalla Corte dei conti con grande ritardo in sede di controllo di provvedimenti di spesa attuativi di leggi contrastanti con l'art. 81 Cost. o in sede di giudizio di parificazione del bilancio. Di qui il suggerimento, già presente in dottrina, di riconoscere in Costituzione alla Corte dei conti il potere di sollevare in via diretta, davanti alla Consulta, le questioni di legittimità costituzionale in materia di spesa pubblica".

nonché adeguati strumenti di monitoraggio e controllo.

Ciò riconduce al problema della gestione complessiva dei conti pubblici per il rispetto dei vincoli europei e alle esigenze di coordinamento della finanza pubblica da contemperare con la posizione di autonomia costituzionalmente garantita alle Regioni e agli enti locali, nel quadro ancora *in itinere* dell'attuazione del federalismo fiscale.

Sotto il profilo sostanziale si può rilevare che, sebbene nella proposta di revisione molti aspetti siano da definire, sembra emergere per gli Enti locali e le Regioni una regola costituzionale di bilancio sicuramente più stringente di quella già prevista nell'art. 119.

Di fatto però la normativa attuale del Patto di Stabilità interno, annualmente prevista nelle manovre finanziarie, pone vincoli senza dubbio più penetranti rispetto alla regola costituzionale attuale e a quella proposta nel disegno di legge in esame.

In caso di approvazione del disegno costituzionale nei termini proposti, sarà certamente da valutare se l'attuale strumento del Patto di stabilità interno possa essere compatibile con la nuova regola.

LA DISCIPLINA DELL'AVANZO DI AMMINISTRAZIONE: ASPETTI VINCOLATI ED ASPETTI DA REGOLAMENTA- RE

della Dott.ssa Eugenia Materia

Premessa.

Il dinamico coordinamento della disciplina dell'avanzo di amministrazione con le più generali disposizioni che regolano la stesura e la gestione del bilancio costituisce il fondamento dell'art. 187 del d. lgs. n. 267/2000, la cui isolata lettura non consente di approntare percorsi gestionali conformi ai principi dell'ordinamento.

Nondimeno, determinati aspetti specifici devono essere necessariamente regolamentati se si intende operare secondo logiche di programmazione e di controllo finalizzate anzitutto alla salvaguardia degli equilibri di bilancio.

L'avanzo presunto.

Per avanzo presunto si intende l'avanzo risultante dopo la chiusura dell'esercizio e non ancora accertato a consuntivo.

L'art. 187, co. 3, del d. lgs. n. 267/2000 consente di applicare, con deliberazione di variazione, l'avanzo presunto proveniente dall'esercizio immediatamente precedente per le finalità di cui alle lettere a), b) e c) del co. 2, alla logica condizione che il procedimento di spesa non possa avere inizio prima del consuntivo (prima cioè dell'effettivo accertamento di quelle somme), fatta naturalmente eccezione per gli eventuali fondi a destinazione vincolata per legge presenti nell'ultimo consuntivo approvato, ovvero nel risultato di gestione, se il regolamento di contabilità lo consente (l'ipotesi ovviamente si riferisce solamente al caso di spese da prevedersi in ambiti vincolati diversi da quelli originari, potendo gli impegni contabili essere registrati anche dopo il 31/12 dell'esercizio di riferimento).

La possibilità di applicare l'avanzo presunto è quindi esclusa per le spese in conto capitale che non costituiscano debiti fuori bilancio e ciò, anche alla luce del mutato atteggiamento del legislatore sul tema dell'indebitamento, costituisce un aspetto che an-

drebbe rivisto.

Allo stato attuale, infatti, l'art. 187 non contiene elementi che consentano di ritenere regolamentabile la disciplina dell'avanzo presunto con riferimento alla spesa in conto capitale.

Il finanziamento della spesa corrente non ripetitiva (debiti fuori bilancio ovviamente compresi) e dei debiti fuori bilancio di parte capitale costituisce l'esempio più ricorrente di applicazione dell'avanzo presunto che può naturalmente avvenire (in caso di bilancio approvato nell'esercizio di riferimento, anziché entro il 31/12 di quello precedente) in sede di originaria approvazione del bilancio, quindi senza deliberazione di variazione.

Altri esempi sono il reinvestimento delle quote accantonate per ammortamento e l'estinzione anticipata del debito, mentre è naturalmente impossibile ipotizzare applicazioni di avanzo presunto senza atto di variazione, in caso di provvedimenti di salvaguardia degli equilibri.

Le concrete problematiche connesse all'applicazione dell'avanzo presunto non sono di poco conto, se si considera che non sempre gli impegni e gli accertamenti della gestione di competenza registrati a consuntivo coincidono con quelli computati prima dell'approvazione di quest'ultimo (ad esempio, nel caso che, per errore, non siano stati registrati, prima del consuntivo, impegni automatici correlati ad entrate correnti vincolate, e/o in quello di rideterminazione, a consuntivo, di accertamenti di entrate tributarie o extratributarie), ferma restando l'incidenza delle insussistenze dell'attivo sempre così come poi rilevate a consuntivo (la verifica degli equilibri di bilancio in numerosi enti si limita, per prassi consolidata, al controllo della gestione di competenza, rimandando di fatto quello dei residui alla successiva fase del consuntivo).

Quindi, nei limiti del possibile, una programmazione non rigorosa, una programma-

zione cioè che di fatto sia suscettibile di futuri adattamenti (gli adattamenti che potranno esserci con variazione di bilancio, ad avanzo accertato) costituisce la soluzione preferibile, fino a quando non vengano create le condizioni per un'impostazione organizzativa e gestionale che sia concretamente in linea con le richieste del legislatore in tema di correttezza amministrativa, di controlli e di responsabilità.

Il ricorso all'avanzo per il ripiano di squilibri di bilancio.

Se il ricorso all'avanzo è necessario per il ripiano di squilibri tra entrate correnti e spese ripetitive, tali squilibri devono derivare da fattori non prevedibili all'atto dell'approvazione del bilancio.

Se, ad esempio, i provvedimenti per la salvaguardia degli equilibri vengono resi necessari da mancato accertamento di entrate correnti che determina mancata copertura di spesa corrente ripetitiva, ciò deve essere dovuto a fattori sopravvenuti in corso di gestione, configurandosi, in caso contrario, una violazione più o meno occulta (la violazione del principio di veridicità delle entrate), in alternativa alla vietata applicazione pre-assessment dell'avanzo per spese ripetitive, che invece non potrebbe essere in alcun modo mascherata.

Con ciò non si sta dicendo che l'impiego dell'avanzo per spese ripetitive non possa avvenire prima dell'assestamento, ma che l'operazione è ammissibile soltanto a condizione che si tratti di spese già previste in bilancio, più precisamente di spese correlate, nella fase previsionale, ad entrate correttamente quantificate (ad entrate quindi che si siano successivamente rivelate inconseguibili per fattori non previsti e non prevedibili).

Ne consegue che l'eventuale spesa ripetitiva che non sia stata invece prevista in bilancio e che si presenti poi come debito fuori bilancio non potrebbe essere finanziata con l'avanzo né in fase di salvaguardia degli equilibri né dopo: la sottostima (o la mancata previsione) di dati di spesa certi rende illegittimo l'atto di approvazione del bilancio per violazione dell'art. 162, co. 5, del d. lgs. n. 267/2000.

La formazione di questo genere di debiti fuori bilancio evidenzia quindi l'intenzionale deviazione dalla *ratio* del successivo art. 187, che non consente di ricorrere all'avanzo nella precedente fase di approvazione del bilancio e il finanziamento, nella fase dell'assestamento, di spese ripetitive non precedentemente previste in bilancio, che non siano formalmente debiti fuori bilancio (si pensi, ad esempio, ad acquisti di materiali di consumo che vadano in realtà ben oltre le esigenze del periodo che separa dal 31/12; si pensi a rinnovi di contratti annui con decorrenza post assestamento e con pagamento anticipato), determina la stessa, identica, violazione.

Il fatto che la normativa sulla salvaguardia degli equilibri non ponga, al co. 3 dell'art. 193 del d. lgs. n. 267/2000, limiti all'applicazione dell'avanzo proveniente da entrate non aventi destinazione vincolata per legge ha quindi la stretta finalità di evitare un danno per l'ente maggiore di quello già esistente a causa di impostazioni gestionali che, per non tradursi in rimedio peggiore del male, devono essere corrette in tempo.

È chiaro, infatti, che, in ipotesi di disavanzo di gestione causato da spese ripetitive che perduri negli anni continuando a gravare sull'avanzo proveniente da vecchi esercizi (l'ipotesi può concretizzarsi sia nel caso del ripiano - nella fase di ricognizione degli equilibri - di squilibri, come dicevamo, in realtà preesistenti, sia all'atto di una successiva deliberazione di assestamento gestita nel modo di cui si è detto, sia nel caso di disavanzo di gestione dovuto a rideterminazione, a consuntivo, di accertamenti di entrata corrente), l'anomalia da correggere si chiama squilibrio strutturale, che come tale richiede tutti gli interventi che sono necessari per evitare non più il maggiore irrigidimento del bilancio, ma la deficitarietà.

L'andamento non è positivo nemmeno nel caso di ripetitiva formazione di avanzo di gestione per economie di spesa dovute a difficoltà di corretta quantificazione previsionale.

Un'impostazione simile, infatti, impone o la rinuncia, in corso di esercizio, agli investimenti che sarebbero potuti essere finanziati con l'eccedenza di entrata corrente (in queste condizioni l'avanzo è utilizzabile l'anno suc-

cessivo, dopo l'approvazione del consuntivo) o un maggior costo dell'eventuale indebitamento, con conseguente irrigidimento della spesa corrente.

Un'altra impostazione da evitare è quella della sistematica sottrazione all'avanzo di somme destinate alla copertura della spesa ripetitiva mediante formazione, nella parte corrente, di residui passivi di stanziamento (fermo ovviamente restando il formale divieto di legge): non essendo, infatti possibile, di esercizio in esercizio, fotografare, all'interno del documento contabile, il reale fabbisogno annuo di spesa, il risultato tendenziale diviene quello dello squilibrio strutturale (venendo col tempo meno le economie di spesa che consentono la formazione di passività fittizie, la conseguente maggiore incidenza, nell'esercizio di competenza, di spesa consolidata può creare squilibrio di parte corrente).

Pertanto, la regolamentazione di indici che consentano di riscontrare situazioni di squilibrio effettivo o tendenziale potrà, almeno dopo il consuntivo, consentire di definire modalità e tempi dei necessari interventi correttivi.

I fondi ammortamento.

L'art. 27, co. 7, della Legge n. 448/2001 ha modificato l'art. 167 del d. lgs. n. 267/2000, rendendo facoltativo l'ammortamento finanziario.

Non avrebbe invero avuto senso mantenerne l'obbligatorietà in un contesto di generalizzato inadempimento dovuto ad inidoneità strutturale della maggioranza degli enti locali.

Il fatto che l'ammortamento finanziario sia divenuto facoltativo implica automaticamente che i relativi fondi eventualmente accertati a consuntivo non abbiano natura di risorse a specifica destinazione per legge.

Tali fondi fanno dunque parte delle disponibilità alle quali sarà possibile ricorrere, ai sensi dell'art. 193, co. 3, per eventuali provvedimenti di salvaguardia degli equilibri di bilancio e, per il fatto di provenire dai primi tre titoli dell'entrata, si collocano in posizione di minor rilievo rispetto ai fondi per finanziamento spese in conto capitale, che per questa ragione potranno eventualmente concorrere (se i fondi non vincolati non sono sufficienti) al ripiano di squilibri di bilancio non

prima dei fondi ammortamento.

Tuttavia, non soltanto il ricorso ai fondi per finanziamento spese in conto capitale, ma anche quello ai fondi ammortamento, deve essere espressamente consentito dal regolamento di contabilità, determinandosi in entrambi i casi sottrazione di risorse agli originali vincoli di investimento.

Un altro aspetto da tener presente nella regolamentazione della disciplina dettata dall'art. 167 è quello dell'avanzo conseguito in misura inferiore rispetto alle previsioni iscritte nell'intervento 09 dei relativi servizi.

Sul punto va osservato che la facoltatività delle previsioni fa sì che il regolamento di contabilità possa consentire, in ipotesi di avanzo insufficiente, di non iscrivere sul prossimo bilancio un disavanzo di gestione di parte corrente pari alla differenza (essendo, nell'art. 167, questo punto rimasto invariato, è chiaro che, se vengono iscritte in bilancio previsioni non obbligatorie, non si può poi non accertare l'eventuale disavanzo, senza autorizzazione regolamentare).

Una volta regolamentato questo aspetto, va tenuto presente che l'eventuale avanzo conseguito in misura inferiore alle previsioni dell'intervento 09 non potrà essere iscritto nella voce "*fondi ammortamento*", essendo il relativo importo inferiore a quello già determinato, in fase previsionale, applicando la regola stabilita dall'art. 167 (se quella è la regola del fondo ammortamento, un avanzo inferiore cambia automaticamente la tipologia di accantonamento e ciò è vero anche in ipotesi di quantificazione previsionale effettuata al di sopra del 30% dei valori economici e di risultato conseguito in misura non inferiore a tale percentuale. L'individuazione della percentuale in base alla quale effettuare la previsione non deriva infatti da una scelta libera dell'ente, ma dalla verifica dell'effettivo grado di obsolescenza dei cespiti relativi).

Il minore importo accertato a consuntivo, che corrisponde ovviamente a tutto l'avanzo non vincolato di parte corrente, potrà essere iscritto nei fondi non vincolati o in quelli per finanziamento spese in conto capitale, a seconda di quella che è la relativa previsione di un regolamento, che, in un'ottica di coerenza con la precedente decisione di finanziare sul

bilancio di previsione l'intervento 09, dovrebbe preferire quest'ultima soluzione.

Emerge, in ogni caso, un risultato che, traducendosi in parziale conseguimento di obiettivi, può essere dovuto a non approfondita valutazione, nella precedente fase previsionale, delle dinamiche organizzative-gestionali.

La stabilità strutturale è pertanto il principale fattore che deve essere attentamente esaminato prima di iscrivere in bilancio previsioni che non sono obbligatorie e comunque non costituiscono l'unica modalità di conseguimento dell'avanzo.

Il fondo di riserva può infatti essere previsto fino al 2% dell'iniziale iscrizione di spesa corrente (e il fondo svalutazione crediti entro le normali previsioni di inesigibilità) e l'eventuale eccedenza potrà essere iscritta per intero negli oneri straordinari della gestione corrente, non essendo nel concreto possibile – dati i normali limiti di entrata di qualsiasi bilancio – disporre di risorse che rendano eccessive le previsioni dell'intervento 08 in rapporto agli andamenti consolidati (e alle normali tipologie) dei fattori imprevedibili.

L'avanzo eventualmente conseguito per parziale utilizzo del fondo di riserva e/o per minori oneri straordinari della gestione corrente rispetto alle relative previsioni potrà, con deliberazione di Consiglio, essere totalmente o parzialmente accantonato nei fondi per finanziamento spese in conto capitale o nel fondo svalutazione crediti, che, a queste condizioni, non necessitano di disciplina regolamentare.

Il fatto che i fondi ammortamento siano divenuti facoltativi nulla toglie alla loro importanza quando ci siano disponibilità finanziarie e capacità organizzative e gestionali che consentano di formarli.

Va quindi evitata l'iscrizione sull'intervento 09 (spesso riscontrata dagli organi di revisione) di previsioni puramente residuali e/o la sottrazione, a consuntivo, di risorse all'avanzo non vincolato, che, senza criteri di quantificazione, vengono denominate "*fondi ammortamento*", pur potendo in realtà essere correttamente accantonate come fondi per finanziamento spese in conto capitale.

Il ricorso all'avanzo per l'estinzione an-

ticipata del debito.

È certamente legittimo, nonostante qualche orientamento contrario, il ricorso ai fondi per finanziamento spese in conto capitale per l'estinzione anticipata del debito.

Infatti, la regola che pone le rate annue di ammortamento a carico delle entrate correnti ha la sola finalità di costituire la necessaria garanzia per gli istituti di credito, garanzia che non potrebbe al contrario operare se anche le entrate di parte capitale potessero essere utilizzate a tal fine.

Se il titolo III della spesa fosse finanziabile anche dalle entrate non a specifica destinazione del titolo IV dell'entrata, cadrebbe automaticamente un obbligo che non può invece venir meno: l'obbligo di accantonamento, da parte del tesoriere.

Permanendo, quindi, tale obbligo, è automatico che l'accantonamento gravi, in termini di competenza, sui primi tre titoli dell'entrata, rendendo così priva di senso ogni ipotesi di diversa impostazione previsionale.

Ne deriva che, per le entrate non più appartenenti alla gestione di competenza (le entrate confluite nell'avanzo), è irrilevante la natura delle stesse (correnti o di parte capitale) in rapporto al titolo III della spesa.

A ciò si aggiunge che l'estinzione del debito si traduce, per la quota capitale, in restituzione all'istituto di credito delle somme precedentemente introitate sul titolo V dell'entrata.

L'utilizzo dei fondi per finanziamento spese in conto capitale per l'estinzione anticipata costituisce quindi una soluzione di incerta legittimità soltanto per la componente di spesa corrente (penali ed interessi), soluzione che necessita pertanto di essere regolamentata in ordine all'obbligo o meno di vincolare, sui prossimi bilanci, entrate correnti (o avanzo accertato di parte corrente) alla spesa di investimento in misura non inferiore alla spesa corrente che, per le finalità in argomento, sia gravata sui fondi per finanziamento spese in conto capitale.

L'estinzione anticipata del debito, mediante avanzo, è naturalmente subordinata, in tutti i quattro casi (fondi non vincolati, fondi per finanziamento spese in conto capitale, fondi ammortamento, fondo svalutazione crediti),

alla preventiva verifica della permanenza degli equilibri di bilancio, dopodiché il fondo svalutazione crediti non solo diviene automaticamente svincolabile, ma va utilizzato prima dei fondi per finanziamento spese in conto capitale, se il regolamento non dispone diversamente.

I fondi ammortamento, invece, data la loro peculiare finalità, possono essere destinati all'estinzione anticipata del debito soltanto se il regolamento lo consente espressamente, stabilendo altresì le condizioni in presenza delle quali potrà precedere gli altri due accantonamenti.

Pertanto, in mancanza di specifica disciplina regolamentare, la decisione di liberare i fondi ammortamento per l'estinzione del debito deve essere, nella relativa deliberazione, validamente motivata in relazione a tutte le valutazioni che l'hanno determinata.

Il ricorso all'avanzo per il finanziamento di debiti fuori bilancio.

L'avanzo viene spesso applicato per la copertura di debiti fuori bilancio che sono stati sottoposti a riconoscimento del Consiglio, pur essendo dovuti a cancellazioni (o mancate registrazioni), nella procedura informatizzata di contabilità finanziaria, di impegni assunti attraverso regolari gestioni del procedimento di spesa.

In realtà, è del tutto evidente che la procedura di riconoscimento non ha niente a che vedere con questa tipologia di debito fuori bilancio: il debito, essendo stato preceduto dagli atti necessari per la validità del procedimento di spesa, si qualifica come passività fuori bilancio solamente perché l'impegno non è presente nel rendiconto approvato, essendo prima per errore stato cancellato (o non registrato).

Pertanto, se il debito viene finanziato con avanzo di amministrazione, l'iscrizione dello stesso in bilancio non fa altro che sottrarre all'avanzo accertato le risorse che, nel relativo esercizio, erano state regolarmente impegnate e ciò, avvenendo con variazione di bilancio, non consente di affermare che l'improprio ricorso all'art. 194 del d. lgs. n. 267/2000 è in realtà necessario per garantire l'esercizio della funzione di controllo amministrativo da parte

del Consiglio, il quale, attraverso le motivazioni di una proposta di deliberazione di sola variazione di bilancio (di un atto quindi coerente con la fattispecie), potrà ugualmente venire a conoscenza del perché nel consuntivo approvato manchino dei residui passivi che dovrebbero invece esserci.

Se invece il debito non viene finanziato con avanzo, esiste una presunzione di originaria mancanza di copertura finanziaria che impone automaticamente, come regola generale, la procedura di riconoscimento prevista dall'art. 194, tranne nel caso in cui il debito venga coperto con entrate non vincolate dei primi tre titoli della nuova gestione di competenza e che l'avanzo di gestione proveniente dal relativo esercizio precedente non sia stato inferiore, a consuntivo di allora, all'entità del debito stesso.

Nel primo caso, la variazione di bilancio, iscrivendo in conto dell'esercizio in corso passività che, pur essendo riferite a corrette gestioni di spesa di esercizi precedenti, non risultano dall'approvato rendiconto di gestione, deve essere deliberata in termini non di applicazione, ma di rideterminazione dell'avanzo (di rettifica del risultato accertato a consuntivo).

È in effetti corretto parlare di applicazione soltanto per le spese da impegnare e per i debiti fuori bilancio non dovuti agli errori di cancellazione (o di mancata registrazione) di cui dicevamo; è parimenti corretto parlare di applicazione per i debiti fuori bilancio che, all'atto del consuntivo, abbiano dato luogo ad appositi accantonamenti nell'avanzo.

La questione è tutt'altro che meramente disquisitiva, se si considera che la tipologia causativa del debito fuori bilancio costituisce l'elemento che, nel regolamento, può essere posto alla base dell'obbligo o meno di iscrivere sul prossimo bilancio disavanzo di parte corrente in ipotesi di debiti di parte corrente che, andando oltre la capienza degli attuali fondi non vincolati, impongano di svincolare i fondi ammortamento e/o il fondo svalutazione crediti, ove esistenti. La disciplina regolamentare dell'avanzo non dovrebbe al contrario lasciare margini di distinzione, o comunque di discrezionalità, nei casi di debiti fuori bilancio di parte corrente che intacchino

anche i fondi per finanziamento spese in conto capitale: nel silenzio dell'art. 193, co. 3, del d. lgs. n. 267/2000, l'eventuale obbligo, in questi casi, di iscrivere il disavanzo e di operare il successivo ripiano con maggiori risorse correnti consolidabili (e/o con una corretta revisione della spesa corrente) andrebbe chiaramente nella direzione del conseguimento della stabilità e dell'autonomia del bilancio.

Anche l'ipotesi del debito fuori bilancio per spese di investimento che oltrepassi la capienza dei fondi non vincolati e di quelli per finanziamento spese in conto capitale deve essere – sempre con riferimento alla possibilità svincolare i fondi ammortamento e/o il fondo svalutazione crediti – necessariamente prevista dal regolamento di contabilità: sul

piano generale (al di fuori cioè di valutazioni legate agli assetti strutturali propri dell'ente di riferimento), non è infatti validamente discutibile, potendosi sostenere (ovviamente sempre per il fatto che gli accantonamenti in questione non sono obbligatori) tanto la tesi del disavanzo di parte corrente quanto quella della permanenza degli equilibri di bilancio.

In altre parole, in un ente che abbia un elevato grado di inesigibilità dei crediti o di obsolescenza di beni durevoli, è certamente valida una proposta di regolamento che, nelle more del risanamento strutturale, subordini all'obbligo di iscrivere in bilancio disavanzo di parte corrente la sottrazione alle proprie finalità del fondo svalutazione crediti o dei fondi ammortamento.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, ord. 9.11.2011 n. 23314
ICI - enti ecclesiastici - attività commerciale - esenzione non dovuta.

“In tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), l'esenzione prevista dal d. lgs. 30.12.1992, n. 504, art. 7, co. 1, lett. i), spetta a condizione che gli immobili appartenenti ai soggetti di cui al d.P.R. 22.12.1986, n. 917, art. 87, co. 1, lett. c), siano destinati esclusivamente allo svolgimento di una delle attività contemplate nella norma medesima, tra le quali, nel caso degli enti ecclesiastici, anche quelle indicate nella richiamata l. 20.5.1985, n. 222, art. 16, lett. a), (attività di religione o di culto, cioè dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana).

Ne consegue che il beneficio dell'esenzione dall'imposta non spetta in relazione agli immobili, appartenenti ad un ente ecclesiastico – come pure agli enti di istruzione e beneficenza, ai quali quelli ecclesiastici aventi fine di religione o di culto sono, ai fini tributari, equiparati l. 25.3.1985, n. 121, ex art. 7, -, che siano destinati allo svolgimento di attività oggettivamente commerciali (Cass. n. 4645/2004), e che non siano utilizzati direttamente in coerenza ai fini statutari. (Cass. n. 21571/2004, Cass. n. 142/2004).

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 e' 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 e' 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, 30.11.2011, n. 6336
Regolamento comunale - attribuzione alla Giunta del potere di determinare la misura della tariffa del canone di concessione per gli impianti pubblicitari - legittimità.

La riserva di competenza al Consiglio comunale sancita dall'art. 42 d. lgs. n. 267/2000 concerne la sola fissazione, a mezzo di regolamento, da adottarsi ai sensi del combinato disposto degli artt. 52 e 63 del d. lgs. n. 446/1997, dei criteri essenziali sulla base dei quali la tariffa deve essere in concreto determinata. Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, non appare censurabile la scelta dell'organo consiliare del Comune che, nel richiamare le norme sancite nel regolamento, affidi alla giunta comunale la determinazione della tariffa del canone di concessione sulla base degli elementi quali la classificazione delle strade, l'entità dell'occupazione, la durata dell'occupazione ed il valore

economico dell'area. Detti parametri appaiono conformi all'art. 145, co. 55 della l. 388/2000 che, nel modificare l'ultimo comma dell'art. 9 del d. lgs. n. 507/1993, ha precisato che i canoni di locazione o concessione devono essere commisurati alla effettiva occupazione del suolo pubblico del mezzo pubblicitario.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.11.2011 n. 5917
Determinazione della tariffa Tarsu - potere di integrazione dei criteri - Giunta Comunale non sussiste.

La fissazione dei coefficienti quali-quantitativi di produzione dei rifiuti deve essere adeguata, in base ai dati inerenti la capacità di produrre rifiuti da parte delle diverse categorie produttive ed alla propensione in base all'attività imprenditoriale svolta, alla effettiva e specifica produttività delle attività considerate in virtù della situazione del territorio. Tale attività valutativa va ricondotta alla fissazione di modalità di applicazione dei parametri di cui all'art. 65, d. lgs. n. 507/93 rientrante, ai sensi dell'art. 68, nella competenza del Consiglio comunale e non già della Giunta, cui è riservato un mero potere applicativo in conformità alle modalità prestabilite.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.11.2011 n. 5984
Comune - debito fuori bilancio - pagamento - non sussiste.

Il riconoscimento di debito di provenienza dell'amministrazione e la conseguente iscrizione della relativa posta quale debito fuori bilancio, con conseguente transazione sul punto (peraltro non perfezionatasi) che contrasti con le risultanze di una sentenza passata in giudicato fa emergere inequivocabilmente un danno erariale dell'amministrazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.11.2011 n. 5957
Bandi regionale - finanziamenti comunali - incompetenza della Giunta regionale - approvazione della graduatoria.

L'attività di indirizzo e di programmazione riservata agli organi politici e quindi alla competenza della Giunta regionale, si esaurisce al momento dell'approvazione del bando di concorso, spettando la successiva approvazione della graduatoria e la concreta assegnazione dei fondi all'organo dirigenziale, al quale non

può essere sottratta l'emanazione di provvedimenti amministrativi, che riguardano i soggetti nei cui confronti il finanziamento viene ammesso.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Lombardia, del. 23.11.2011, n. 617/2011/PAR

Limite di spesa del personale - superamento - divieto di assunzioni part time.

Un'Amministrazione comunale soggetta al patto di stabilità interno, la quale superi nell'esercizio 2011 il limite di spesa di personale dell'esercizio 2010, non potrà procedere ad assunzioni con contratto part time a tempo determinato ex art. 110 TUEL nella successiva annualità 2012.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. per la Lombardia, parere n. 602/2011

Enti locali - dimissioni societarie.

Secondo il Giudice contabile il vigente quadro normativo ex art. 14, co 32 del d.l. n. 78/2010 può essere ricostruito nei seguenti termini: fermo quanto previsto dall'art. 3, coo. 27, 28 e 29 della l. 24.12.2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni, a meno che le società già costituite: a) abbiano, al 31.12.2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. Le disposizioni di cui al co. 32 non si applicano alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31.12.2013 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. per la Lom-



bardia, del. n. 577/2011/PAR

Incentivi economici al personale soltanto sul recupero dell'ICI.

La potestà regolamentare degli Enti Locali, pur in assenza di espressi divieti, non può essere esercitata per integrare il fondo per la produttività ai sensi dell'art. 15 co. 1 lett. k) CCNL 01.04.1999 Comparto Regioni ed Autonomie locali con risorse derivanti dal recupero dell'evasione TARSU e di altre entrate dell'ente (es. acquedotto, fognatura, depurazione, imposta pubblicità, TOSAP), diversamente da quanto espressamente previsto dal legislatore per il tributo dell'ICI.

L'introduzione, mediante l'esercizio della potestà regolamentare, di compensi incentivanti per il personale addetto con la finalità di potenziare gli uffici tributari del comune, nell'attuale contesto normativo trova, infatti, un vincolo di finanza pubblica di carattere generale laddove il tetto di spesa cui fa riferimento l'art. 9 co. 2

bis della l. n. 122/90 (ovvero non si può superare il corrispondente importo dell'anno 2010, e comunque viene automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio) preclude all'ente locale di valutare a priori la possibilità o meno di stabilire se destinare al trattamento accessorio del personale risorse derivanti dal recupero della Tarsu o di altre entrate.

Corte dei Conti, Piemonte, del. n. 119/2011/SRCPIE/PAR

Mutui agli enti locali solo per finanziare spese di investimento.

Gli Enti Locali non possono contrarre mutui per far fronte a debiti di società partecipate in quanto non rientra nelle "spese di investimento" la copertura di perdite di società non produttive o riconducibili ad una cattiva gestione ed ai conseguenti risultati economici negativi.

«.....GA.....»



PER ULTERIORI INFORMAZIONI
TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356

Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

**Chiuso in redazione il 30 dicembre 2011
Finito di stampare nel mese di gennaio 2012
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)**



PER ULTERIORI INFORMAZIONI
TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356

Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

Chiuso in redazione il 30 dicembre 2011
Finito di stampare nel mese di gennaio 2012
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)