



# GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

pareristica a cura dell' **Avvocatura dello Stato** 

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

## IN QUESTO NUMERO

- **LA DISCIPLINA DEL DIRITTO DI ACCESSO NELL'AMBITO DELLE GARE DI APPALTI PUBBLICI**
- **LA SEGNALEZIONE CERTIFICATA DI INIZIO ATTIVITÀ (SCIA) ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE LEGISLATIVE E INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI**
- **DISCREZIONALITÀ TECNICA ED AMMINISTRATIVA IN TEMA DI VALUTAZIONI D'IMPATTO AMBIENTALE**
- **LA RIPARTIZIONE DELLA QUOTA DI PARTECIPAZIONE E DI ESECUZIONE NELL'AMBITO DELLE ATI: LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA I PRINCIPI DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE E GLI INTERESSI PUBBLICI COINVOLTI**
- **L'ISTITUTO DEL RECESSO NEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE**
- **L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA**
- **LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO PARTECIPATE DA UN ENTE PUBBLICO**
- **AI DIRIGENTI A TEMPO DETERMINATO NON SI APPLICANO I VINCOLI DI SPESA PREVISTI PER I LAVORI FLESSIBILI**
- **SPESA DA RIQUALIFICARE UNA "MISSION" POSSIBILE E SFIDANTE PER AMMINISTRAZIONI MODERNE E TEMERARIE**
- **ABUSO DEL DIRITTO ED ECCESSO DI POTERE IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ: UN NUOVO MODELLO CONTRATTUALE PER RILANCIARE IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO**
- **LEGITTIMITÀ DEL SISTEMA DI REGRESSIONE TARIFFARIA DELLE PRESTAZIONI ECCEDENTI I "TETTI" DI SPESA SANITARIA**
- **LA COMPETENZA CONCORRENTE NELL'AMBITO DELL'ASSISTENZA FARMACEUTICA E L'ILLEGITTIMITÀ DEI NUOVI "TICKETS" ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

DIREZIONE REDAZIONE E SEDE LEGALE: VIA G. NICOTERA, 29 - 00195 ROMA  
Tel. 06.3242351 - 06.3242354 Fax 063242356 - Sito: [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it)



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

**Presidente del Comitato dei Saggi: Avv. Ignazio Francesco Caramazza**  
(Avvocato Generale dello 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 Organizzazione:* Dott. Filippo Gai

*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), Avv. Fulvio Costantino (Comunicazione e Innovazione), 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. Gianluca Piccinni (Sanità), 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. Anna Romano (Concorrenza), 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. Domenico Tomassetti (Giustizia e Affari Interni), Avv. Michela Urbani (Espropriazioni).

## CONSIGLIO SCIENTIFICO

**Presidente: Prof. Alberto Romano**

**Vice Presidenti: Dott. Luca Palamara, Avv. Massimo Mari 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. Antonio Briguglio, Prof. Roberto Caranta, Prof. Agostino Cariola, Prof.ssa Lucia Cavallini, Prof. Roberto Cavallo Perin, Prof.ssa Paola Chirulli, Prof. Alfredo Contieri, Prof. Guido Corso, Prof. Francesco De Leonardis, Prof. Enrico Follieri, Prof. Fabio Francario, Prof. Carlo Emanuele Gallo, Prof. Vincenzo Caputi Iambrenghi, Prof. Giovanni Leone, Prof. Fiorenzo Liguori, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Prof. Francesco Merloni, Prof. Fabio Merusi, Pres. Filippo Paone, Prof. Nino Paolantonio, Pres. Calogero Piscitello, Prof.ssa Paola Piras, Prof. Aristide Police, Dott. Giuseppe Rotondo, Prof. Mario Sanino, Prof. Emilio Paolo Salvia, Prof. Salvatore Raimondi, Prof. Filippo Satta, Dott. Alfredo Storto, Prof. Antonio Romano Tassone, Dott. Andrea Paolo Taviano, Prof. Luciano Vandelli.

## COMITATO ISTITUZIONALE

**Presidente: Giuseppe Castiglione**

**Coordinatore: Fabio Melilli**

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

---

# SOMMARIO

---



## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	4
<b>REDAZIONALI</b> .....	13
LA DISCIPLINA DEL DIRITTO DI ACCESSO NELL' AMBITO DELLE GARE DI APPALTI PUBBLICI <i>degli Avv. ti Antonio Cordasco ed Enrico Gai</i> .....	13
CONFERIMENTO DEL PATROCINIO LEGALE PER LA DIFESA DEGLI ENTI LOCALI: IL CONSIGLIO DI STATO AMMETTE L' AFFIDAMENTO DIRETTO <i>della Dott.ssa Ilaria Di Toro</i> .....	18
DEPOSITO DI MATERIALI E RIFIUTI RADIOATTIVI: IL CONTRASTO STATO REGIONI AVVERSO LE LEGGI REGIONALI DI MORATORIA <i>della Dott.ssa Antonella Zella</i> .....	23
IL SECONDO DECRETO PER ROMA CAPITALE: L'ULTIMO? <i>del Dott. M. Zuppetta</i> .....	29
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	36
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI .....	36
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE .....	41
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	55

## USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	59
<b>REDAZIONALI</b> .....	74
LA SEGNALEZIONE CERTIFICATA DI INIZIO ATTIVITÀ (SCIA) ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE LEGISLATIVE E INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI <i>dell'Avv. Francesco Palazzotto</i> .....	74
BREVI CENNI SULL'INFLUENZA DEL FATTORE TEMPO SULL'ILLECITO URBANISTICO NEL DIRITTO PENALE E AMMINISTRATIVO <i>dell'Avv. Fabrizio Pagnello</i> .....	82
DISCREZIONALITÀ TECNICA ED AMMINISTRATIVA IN TEMA DI VALUTAZIONI D'IMPATTO AMBIENTALE <i>dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni</i> .....	84
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	88
URBANISTICA.....	88
EDILIZIA.....	91
ABUSI EDILIZI.....	104
PAESAGGIO E BENI CULTURALI.....	109
ESPROPRIAZIONI.....	111
AMBIENTE.....	115
OSSERVATORIO PENALE.....	117
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	118

## UNIONE EUROPEA E



## COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	124
<b>REDAZIONALI .....</b>	126
CONFERMA DEI PRINCIPI POSTI ALLA BASE DEI PROCEDIMENTI D'INFRAZIONE NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN TEMA DI ACQUE REFLUE <i>dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni.....</i>	126
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	131
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO .....</b>	133

## CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	138
<b>REDAZIONALI .....</b>	150
LA RIPARTIZIONE DELLA QUOTA DI PARTECIPAZIONE E DI ESECUZIONE NELL'AMBITO DELLE ATI: LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA I PRINCIPI DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE E GLI INTERESSI PUBBLICI COINVOLTI <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano.....</i>	150
IL CORRISPETTIVO DEL CONTRATTO A CORPO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE <i>dell'Avv. Michele De Cilla.....</i>	155
L'ISTITUTO DEL RECESSO NEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE <i>dell'Avv. Eneide Grattacaso .....</i>	158
L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....</i>	160
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	166
CONTRATTI PUBBLICI <i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro.....</i>	166
SERVIZI PUBBLICI LOCALI..... <i>dell'Avv. Federico Mazzella.....</i>	168
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO .....</b>	177

## PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	181
<b>REDAZIONALI .....</b>	184
LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO PARTECIPATE DA UN ENTE PUBBLICO <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e Avv. Fiammetta Orsi .....</i>	184
AI DIRIGENTI A TEMPO DETERMINATO NON SI APPLICANO I VINCOLI DI SPESA PREVISTI PER I LAVORI FLESSIBILI <i>del Dott. Adriano Marini.....</i>	190
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	194
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO .....</b>	198

## PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	204
<b>REDAZIONALI .....</b>	213
IL FONDO SPERIMENTALE DI RIEQUILIBRIO AI COMUNI DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO, PER L'ANNO 2012 - DECRETO DEL MINISTERO INTERNO 4.5.2012 <i>del Dott. Michele Scognamiglio .....</i>	213
SPESA DA RIQUALIFICARE UNA "MISSION" POSSIBILE E SFIDANTE PER AMMINISTRAZIONI MODERNE E TEMERARIE <i>del Prof. Dr. Stefano Olivieri Pennesi.....</i>	215

---

<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	220
<b>PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	223

**GIUSTIZIA E  
AFFARI INTERNI**

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	227
<b>REDAZIONALI</b> .....	239
L'ASTREINTE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: NATURA, AMBITO OGGETTIVO, PORTATA E LIMITI ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti</i> .....	239
INADEMPIMENTO DEL PROGETTISTA - DIRETTORE DEI LAVORI: QUALE GIURISDIZIONE? <i>dell'Avv. Michele De Cilla</i> .....	242
ABUSO DEL DIRITTO ED ECCESSO DI POTERE <i>dell'Avv. Tommaso Ajello</i> .....	245
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	254
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	257

**INCENTIVI E SVILUPPO  
ECONOMICO**

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	265
<b>REDAZIONALI</b> .....	267
IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ: UN NUOVO MODELLO CONTRATTUALE PER RILANCIARE IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO <i>del Dott. Gennaro Napolitano</i> .....	267
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	275
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	278

**COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE**

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	279
<b>REDAZIONALI</b> .....	282
DECRETO SEMPLIFICAZIONI E INNOVAZIONE TECNOLOGICA DELLA PA. QUELLO CHE LE NORME NON DICONO <i>del Dott. Fulvio Costantino</i> .....	282
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	287
<b>PARERI- AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	291

**SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE**

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	294
<b>REDAZIONALI</b> .....	297
LEGITTIMITÀ DEL SISTEMA DI REGRESSIONE TARIFFARIA DELLE PRESTAZIONI ECCEDENTI I “TETTI” DI SPESA SANITARIA <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i> .....	297
LA COMPETENZA CONCORRENTE NELL'AMBITO DELL'ASSISTENZA FARMACEUTICA E L'ILLE- GITTIMITÀ DEI NUOVI “TICKETS” ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>dell'Avv. Riccardo Gai</i> .....	304
L. N.104/1992. APPLICAZIONE DELL' ART. 19 L. 183/2010. AGGIORNAMENTI <i>dell'Avv. Fabrizio Casella</i> .....	307
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	308
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	310



# PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **REVISORI DEI CONTI DEGLI ENTI LOCALI: PUBBLICATO L'ELENCO DEI PROGRAMMI FORMATIVI**

*E' stato pubblicato l'elenco dei programmi formativi condivisi dal Ministero ai sensi dell'art. 3 del decreto del 15.2.2012 n.23 recante: «Istituzione dell'elenco dei revisori dei conti degli enti locali e modalità di scelta dell'organo di revisione economico-finanziario» (Ministero dell'Interno, Dip. Affari Interni e Territoriali, comunicato del 13.7.2012).*

«..... GA.....»

### **DURC E AUTOCERTIFICAZIONE: IL MINISTERO DEL LAVORO DIRAMA LE INDICAZIONI PER UNIFORMARE L'ATTIVITÀ DEL PERSONALE ISPETTIVO IN SEDE DI VERIFICHE E FORNIRE STRUMENTI INTERPRETATIVI AGLI OPERATORI DEL SETTORE**

*A fronte delle numerose richieste di chiarimenti formulate al Ministero del lavoro sui presupposti e le modalità di rilascio del Durc, quest'ultimo si è premurato di diramare apposita circolare nella quale si analizza la materia alla luce delle recenti modifiche normative in materia di semplificazione amministrativa nonché delle specificità in materia di lavori privati di edilizia nel cui ambito il documento è rilasciato esclusivamente dalle Casse edili in possesso dei requisiti costitutivi previsti dalla legge. In particolare la circolare affronta nel dettaglio i seguenti argomenti: 1) Il Durc per*

*lavori pubblici e privati e acquisizione d'ufficio; 2) la sostituibilità del Durc con autocertificazione; 3) la validità del Durc; 4) la dematerializzazione e consultazione; 5) Durc e casse edili abilitate (Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, circolare n. 12 del 1.6.2012).*

«..... GA.....»

### **ELENCO DEI REVISORI DEI CONTI DEGLI ENTI LOCALI: COMPILAZIONE ON LINE DELLA DOMANDA DI ISCRIZIONE**

*E' in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale l'avviso per la presentazione delle domande per l'inserimento nell'elenco dei revisori dei conti degli Enti locali. La compilazione del modello dovrà avvenire con accesso dalla home page del sito internet della Direzione centrale della finanza locale attraverso la selezione del link "Elenco revisori enti locali". Una volta conclusa la compilazione sarà possibile generare un file riassuntivo delle domanda che il richiedente dovrà sottoscrivere con firma digitale e trasmettere dalla casella di posta elettronica certificata indicata al momento dell'accesso al sistema. Il termine utile per la presentazione delle domande è fissato perentoriamente entro e non oltre trenta giorni successivi a quello di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. A tal fine si farà riferimento alla data di trasmissione della domanda. Per consentire agli interessati di conoscere il nuovo procedimento è stato realizzato, sul Sistema E-learning per la*

*Formazione (Self) del Dipartimento degli Affari Interni e Territoriali, un manuale in forma audiovisiva con cui vengono illustrate le singole fasi della procedura che, presumibilmente, sarà attiva dal 15 giugno prossimo (Ministero dell'Interno, comunicato del 9.6.2012).*

«..... GA.....»

### **MONITORAGGIO DEL PERSONALE CON CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE PRESSO LE PA.**

*Gli enti pubblici, l'Avvocatura generale dello Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, le Amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, le Agenzie, gli Enti pubblici non economici e gli Enti di ricerca dovranno entro oggi 8.6.2012 inviare una scheda e una relazione illustrativa circa l'utilizzo del lavoro flessibile. La funzione pubblica, coerentemente con il disposto dell'art. 36, co. 3, d. lgs n. 165/2001, in tal modo intende approfondire le problematiche sull'utilizzo del lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Funzione pubblica, nota del 4.6.2012).*

«..... GA.....»

### **REVISORI DI ENTI LOCALI: PUBBLICATI I BANDI PER LA FORMAZIONE NECESSARIA AI FINI DELL'INSERIMENTO NELL'ELENCO DEI REVISORI DEGLI ENTI LOCALI**

*Il Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari Interni e territoriali ha divulgato il testo dei due bandi per la partecipazione ai corsi dei revisori dei conti degli enti locali, organizzati dal Ministero dell'Interno-Scuola superiore dell'amministrazione dell'interno (SSAI) ai sensi dell'art. 3, co. 5 del decreto del 15.2.2012 n. 23. I Bandi, riservati ad iscritti all'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e al Registro dei Revisori Legali anche se non iscritti all'albo, sono stati emanati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti*

*Contabili (Ministero dell'Interno, Dip. Affari Interni e Territoriali, comunicato 5.6.2012).*

«..... GA.....»

### **RESTA IL PEDAGGIO AL CASELLO DI GALLARATE NORD: IL CONSIGLIO DI STATO RESPINGE L'APPELLO PROPOSTO DALLA PROVINCIA DI VARESE**

*La Provincia di Varese ha impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza con la quale il TAR ha dichiarato inammissibile il suo ricorso, proposto, in particolare, avverso il provvedimento con il quale la società Autostrade per l'Italia ha respinto la richiesta della medesima Provincia di Varese, di eliminare il pedaggio al casello di Gallarate Nord almeno fino all'ultimazione dei lavori della Pedemontana e del collegamento della Tangenziale di Varese con la rete autostradale svizzera a Mendrisio. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello concordando con la statuizione del giudice di prime cure a tenore della quale le convenzioni stipulate tra ANAS e le concessionarie per la gestione di tratti autostradali "sono state oggetto di approvazione legislativa, mediante l'art. 8 duodecies del d.l. 8.4.2008 n. 59, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 6.6.2008 n. 101". Pertanto, secondo il primo giudice, va "ribadito che la determinazione del pedaggio e la relativa riduzione non dipendono da valutazioni rimesse al concessionario, sicché l'eventuale accoglimento dell'impugnazione non arrecherebbe, neppure in relazione all'effetto conformativo della decisione, alcun vantaggio alla ricorrente". Ciò posto il Collegio ha osservato altresì che il co. 2 del citato art. 8 - duodecies d. l. n. 59/2008, prevede, tra l'altro: "2. Sono approvati tutti gli schemi di convenzione con la società ANAS S.p.a. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data del 31.7.2010, a condizione che i suddetti schemi recepiscano le prescrizioni richiamate dalle delibere del CIPE di approvazione, ai fini dell'invarianza di effetti sulla finanza pubblica, fatti salvi gli schemi di convenzione già*



approvati”. Appare, quindi, del tutto evidente che, come sostenuto dalla sentenza impugnata, l’eventuale accoglimento del ricorso non potrebbe comunque portare alla soppressione del pedaggio autostradale sul tratto dell’autostrada A8 Gallarate - Varese, poiché il contenuto della convenzione è stato cristallizzato da apposita norma di legge, rispetto alla quale gli atti adottati (ancorché essa sia successiva alla loro redazione) si pongono come “direttamente attuativi” di disposizioni legislative. In disparte ogni considerazione in ordine alla legittimazione della Provincia di Varese ad impugnare tali atti, nonché in ordine alla (peraltro non eccepita né rilevata) eventuale tardività dell’impugnazione degli stessi, appare del tutto evidente come - anche ampliando il thema decidendum con il riferire l’impugnazione ad ulteriori atti, oltre l’atto di diniego oggetto di ricorso - non mutano le conclusioni interpretative. Anche in questo caso, infatti, occorre evidenziare come il regime delle convenzioni autostradali sia stato oggetto di specifica approvazione con norma di legge, e come tale sottratto alla disponibilità del concedente e del concessionario (CdS, IV, 26.7.2012, n. 4262).

«..... GA.....»

**AMMISSIONE AL VOTO ASSISTITO:  
IL PRESIDENTE DEL SEGGIO HA UNA  
MERA FACOLTÀ E NON L’OBBLIGO  
DI VERIFICARE L’IMPEDIMENTO O  
L’INVALIDITÀ DELL’ELETTORE, FA-  
COLTÀ CHE VA ESERCITATA NEI  
SOLI CASI IN CUI RITENGA FALSA O  
INATTENDIBILE LA CERTIFICAZIO-  
NE MEDICA ESIBITA**

Nel giudizio in esame i ricorrenti, nella qualità di cittadini elettori di un Comune, si dolgono della sentenza resa dal TAR che rigettava il ricorso con il quale chiedevano l’annullamento del verbale di proclamazione degli eletti nella tornata elettorale svoltasi il 15-16.5.2011 per il rinnovo del consiglio comunale e l’elezione del Sindaco, lamentando alcune irregolarità nell’ammissione al voto assistito che avrebbero inficiato la legittimità dell’intero procedimento elettorale

e quindi la correttezza dei risultati. Il Consiglio di Stato in merito alla dedotta irregolarità dei voti assistiti, desunta dal mancato accertamento da parte del presidente del seggio della causa dell’impedimento o dell’invalidità, ha osservato che il presidente ha la mera facoltà e non l’obbligo di verificare l’impedimento dell’elettore, facoltà che va esercitata nei soli casi in cui ritenga falsa o inattendibile la certificazione medica esibita. Invero, ai sensi dell’art. 41, co. 8, del d.P.R. n. 570 del 1960, dopo la modifica apportata dall’art. 9 della l. 26.8.1991, n. 199, l’accertamento sull’attitudine dell’infermità fisica da cui è affetto l’elettore ad impedire l’autonoma manifestazione del voto è rimessa agli organi dell’unità sanitaria locale competente per territorio ed al funzionario medico da essa incaricato. Non è nemmeno rilevante la descrizione della patologia indicata nel certificato medico, che, invero, non può più essere menzionata nel certificato in forza delle norme sulla tutela della privacy (art. 1, co. 2, l. 5.2.2003, n. 17), quanto la valutazione di merito che il sanitario compie della attitudine della patologia ad impedire l’autonoma espressione di voto. Tale valutazione è, peraltro, insuscettibile di essere sindacata in sede di legittimità, ove non sia stata contestata con querela di falso (cfr. CdS, V, 3.2.2006, n. 459; 5.7.2005, n. 3716). Nel caso, in mancanza di specifiche contestazioni in sede di votazione e di mancanza di elementi idonei a smentire quanto attestato dai certificati medici, il presidente del seggio non era tenuto a espletare alcun accertamento, ma ad acquisire il certificato medico attestante la necessità del voto assistito (CdS, V, 6.7.2012, n. 3960).

«..... GA.....»

**POTERE DI REVOCA DEGLI ASSES-  
SORI DA PARTE DEL SINDACO: LA  
MOTIVAZIONE PUÒ BASARSI SULLE  
PIÙ AMPIE VALUTAZIONI DI OPPOR-  
TUNITÀ POLITICO-AMMINISTRATI-  
VA ED IL RELATIVO PROCEDIMEN-  
TO È SEMPLIFICATO NON ESSENDO  
NECESSARIA LA COMUNICAZIONE**

**DI AVVIO EX ART. 7 DELLA L. N. 241/90**

*La questione di diritto all'esame del Consiglio di Stato attiene alla natura e all'ambito del potere di revoca degli assessori da parte del Sindaco e le garanzie proprie dei revocandi, nonché i limiti del sindacato esercitabile su tali atti da parte del giudice amministrativo. Su tutti questi punti il Consiglio di Stato ha affermato che non vi sono motivi per discostarsi dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. ex plurimis CdS, V, 25.8.2011, n. 4905; V, 27.4.2010, n. 2357; V, 12.10.2009, n. 6253). Fermo restando il principio ormai consolidato che gli atti di nomina e revoca degli assessori degli enti territoriali non hanno natura politica, in quanto sottoposti alle eventuali specifiche prescrizioni dettate dalle leggi e eventualmente dagli statuti e dai regolamenti, la valutazione degli interessi coinvolti nel procedimento di revoca di un assessore è rimessa in via esclusiva al Sindaco, cui compete in autonomia la scelta delle persone di cui avvalersi per l'amministrazione dell'ente e che possono essere anche esterne al Consiglio Comunale (c.d. assessori tecnici). La valutazione di merito delle scelte operate dal Sindaco è poi rimessa alla esclusiva valutazione del Consiglio comunale quale organo di indirizzo e di controllo dell'Ente. La disposizione di legge che regola la fattispecie è l'art. 46, co 4, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, che prevede che nell'ordinamento generale degli enti locali "Il sindaco e presidente della provincia possono revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al consiglio". La lettera della disposizione non consente una interpretazione della norma che limiti il suo potere di revoca dei membri della giunta, perché non sarebbe coerente con il sistema dell'elezione e delle attribuzioni del Sindaco. Se, infatti, spetta al Sindaco la scelta dei componenti (di tutti i componenti) della Giunta, non vi è alcuna ragione per escludere che il Sindaco possa procedere con contrarius actus alla revoca ed alla conseguente sostituzione di alcuno o di tutti gli assessori precedentemente nominati. Il legislatore ha introdotto, infatti, uno stretto rapporto tra il*

*Sindaco, che trae direttamente la propria investitura dalla base elettorale e i membri della Giunta, che si presentano come suoi collaboratori e che da lui stesso trovano la loro fonte di legittimazione. Questo rapporto trova poi naturale svolgimento nel principio "simul stabunt simul cadent", secondo cui una eventuale mozione di sfiducia rivolta al Sindaco, anche per vicende che dovessero riguardare la Giunta o singoli assessori, se approvata dal Consiglio comunale potrebbe avere conseguenze sulla permanenza del Consiglio stesso. Se il potere di nominare e revocare i membri della Giunta fonda, come si è detto, sul presupposto che egli, essendo eletto direttamente dai cittadini, è il responsabile del governo locale, sarà a lui che verranno imputati i risultati dell'amministrazione e da ciò consegue la rilevanza del permanere del rapporto di fiducia tra il Sindaco e la Giunta nella sua interezza nei confronti del Consiglio comunale che può a sua volta revocare la fiducia all'esecutivo. La natura ampiamente discrezionale del provvedimento di revoca dell'incarico di assessore comporta che la relativa motivazione può basarsi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico - amministrativa da parte del Sindaco, fermo restando l'obbligo di comunicare al Consiglio comunale la decisione di revocare l'Assessore ex art. 46 cit. Il procedimento di revoca dell'incarico assessorile, necessariamente improntato alla semplificazione, per evitare l'insorgere o il prolungarsi di una crisi politica nell'ambito dell'amministrazione comunale, non richiede che l'avvio di tale procedimento debba essere comunicato all'interessato, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, atteso che per le considerazioni fatte egli non può opporsi e quindi la sua partecipazione diventa recessiva in un quadro normativo in cui ogni valutazione è rimessa in modo esclusivo al Sindaco (CdS, V, 23.1.2007 n. 209). Nella materia de quo, infine, il giudice amministrativo è sfornito del sindacato di merito, non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui all'art. 134 c.p.a., per il carattere latamente politico della scelta non sindacabile in sede di legittimità se non per profili formali, quali la violazione di specifiche disposizioni normative, la evidente abnormità del provve-*



*dimento sindacale o il suo carattere discriminatorio, circostanze che non ricorrono nel caso di specie (CdS, V, 10.7.2012, n. 4057).*

«..... GA.....»

### **L'AMMINISTRAZIONE NON HA ALCUN OBBLIGO DI PROCEDERE IN AUTOTUTELA SULLA RICHIESTA DI ANNULLAMENTO DI PROVVEDIMENTI ASSERITAMENTE ILLEGITTIMI**

*Qualora si richieda all'amministrazione l'annullamento in autotutela di provvedimenti asseritamente illegittimi, l'amministrazione non ha alcun obbligo di procedere in autotutela, in quanto l'esercizio del potere di annullamento in autotutela è espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'amministrazione, a fronte del quale non sussistono posizioni giuridiche qualificate dell'interessato. Ne consegue, ad avviso del Consiglio di Stato, che il mancato esercizio del potere di annullamento d'ufficio non può essere sindacato in sede giurisdizionale, spettando solamente all'amministrazione ogni valutazione e considerazione del proprio provvedimento e degli interessi dei privati concorrenti e del loro affidamento. Non ha pregio alcuno, quindi, dissertare sul rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela e sulla sufficienza ed adeguatezza delle motivazioni rappresentate dall'amministrazione (CdS, V, 6.7.2012, n. 3958).*

«..... GA.....»

### **NON E' SUFFICIENTE IL RISPETTO FORMALE DELLA DISCIPLINA DI LEGGE SULL'INVIO DELLA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO SE POI, NEL COMPLESSO, LA CONDOTTA DELL'AMMINISTRAZIONE HA COMUNQUE IMPEDITO UNA PARTECIPAZIONE UTILE DEL SOGGETTO PORTATORE DI UN INTERESSE GIURIDICAMENTE QUALIFICATO E DIFFERENZIATO**

*Il rispetto delle regole partecipative cristallizzate dalla citata l. n. 241/1990 e della ratio che le anima, impone che la comunicazione*

*di avvio del procedimento venga effettuata in tempo e con modalità tali da consentire la partecipazione influente ed efficace dei soggetti interessati al processo decisionale destinato a sfociare nella determinazione finale potenzialmente lesiva. Ne deriva che il rispetto formale della disciplina di legge non esclude l'effetto invalidante sortito da una condotta amministrativa che, nel suo complesso, finisca per impedire una partecipazione utile da parte del soggetto portatore di un interesse giuridicamente qualificato e differenziato (CdS, V, 13.6.2012, n. 3470).*

«..... GA.....»

### **INDIVIDUAZIONE DEI PRESUPPOSTI CHE LEGITTIMANO IL SINDACO AD ADOTTARE ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI**

*Ai sensi dell'art. 54 co. 2, d. lgs. 18.8.2000, n. 267, le ordinanze contingibili ed urgenti possono essere adottate dal Sindaco nella veste di ufficiale di governo solamente quando si tratti di affrontare situazioni di carattere eccezionale e imprevedute, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico: tali requisiti non ricorrono di conseguenza, quando le pubbliche amministrazioni possono adottare i rimedi di carattere ordinario. Infatti le ordinanze in questione presuppongono una situazione di pericolo effettivo in cui si possono configurare anche situazioni non tipizzate dalla legge e ciò giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi, la possibilità di deroga rispetto alla disciplina vigente e la necessità di motivazione congrua e peculiare, la configurazione anche residuale, quasi di chiusura, delle ordinanze contingibili ed urgenti. I rimedi di carattere ordinario, al contrario, sono i provvedimenti tipizzati atti a fronteggiare le esigenze prevedibili ed ordinarie e costituiscono l'elemento "normale" rimesso dalla legge ai poteri pubblici per gestire usualmente le materie a questi rimesse (CdS, IV, 13.7.2011 n. 4262; CdS, IV, 24.3.2006 n. 1537). Caratteristiche preminenti di tali*

provvedimenti sono l'atipicità, il potere derogatorio rispetto agli strumenti "ordinari", l'eccezionalità e la gravità del pericolo presupposto, la generalità degli interessi cui sono volti e, naturalmente, un adeguato supporto motivazionale. In quest'ottica, dunque, dinanzi ad una situazione di pericolo solo potenziale e territorialmente del tutto delimitato, l'amministrazione, prima di adottare il provvedimento dovrebbe compiere ogni accertamento volto a fissare, a cristallizzare la "gravità" e la "contingenza" del pericolo stesso. Ciò rientra nella natura eccezionale e derogatoria degli atti in analisi, i quali si pongono nell'ordinamento giuridico come strumenti di extrema ratio, in quanto tali utilizzabili esclusivamente al verificarsi dei presupposti legislativi, e quando i mezzi ordinari si palesino come insufficienti ed inadeguati. L'amministrazione deve accertare la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per la incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, a seguito di approfondita istruttoria con adeguata motivazione circa il carattere indispensabile degli interventi immediati ed indilazionabili imposti a carico del privati (CdS, V 16.2.2010 n. 868): l'accertamento, cioè, deve fondarsi su prove concrete e non mere presunzioni (CdS, V 11.12.2007 n. 6366) (CdS, VI, 13.6.2012, n. 3490).

«..... GA.....»

#### **PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO VINCOLATO: IN MATERIA DI DELIMITAZIONE DEL DEMANIO RISPETTO ALLA PROPRIETÀ PRIVATA, LA PA. NON ESERCITA UN POTERE AUTORITATIVO COSTITUTIVO, MA SI LIMITA AD ACCERTARE L'ESATTO CONFINE DEMANIALE**

Per consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di delimitazione del demanio rispetto alla proprietà privata, la PA. non esercita un potere autoritativo costitutivo, ma si limita ad accertare l'esatto confine demaniale. Siffatto accertamento, pur svolgendosi con le forme del procedimento ammi-

nistrativo, ha carattere vincolato, non comporta la spendita di potere amministrativo discrezionale ed è inidoneo a degradare il diritto di proprietà privata in interesse legittimo, trattandosi, appunto, di un atto di accertamento e non di un atto ablatorio, da qualificare come autotutela privatistica speciale e non come attività provvedimentoale discrezionale. Pertanto, secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, le controversie di cui all'art. 32 cod. nav. rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (CdS, VI, 25.9.2011, n. 5357; id., VI, 9.11.2001, n. 7975; id., VI, 24.9.2010, n. 7147) (CdS, VI, 13.6.2012, n. 3496).

«..... GA.....»

#### **IL DIRITTO DI ACCESSO NON PUÒ ESSERE STRUMENTALMENTE UTILIZZATO PER ELUDERE LA REGOLA CHE PREVEDE RIGIDI TERMINI DI DECADENZA PER L'IMPUGNAZIONE**

In coerenza con i principi di economia e di concentrazione processuale, il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha in primis rilevato come l'aggiudicataria controinteressata che intenda sostenere la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara in capo alla ricorrente principale che abbia impugnato la propria esclusione o la revoca dell'aggiudicazione, ha l'onere di impugnare ritualmente con ricorso incidentale il provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale, con conseguente inammissibilità del ricorso autonomo che essa controinteressata proponga per l'annullamento degli atti adottati dall'amministrazione in esecuzione del giudicato, ove contro questi provvedimenti siano fatti valere vizi che attengono al giudizio di cognizione e non al giudizio di esecuzione (cfr., per tutte CdS, IV, 27.4.2004, n. 2538). Aggiunge poi il Collegio come detta controinteressata non possa essere rimessa nei termini per aver acquisito conoscenza dei vizi dedotti solo a seguito di accesso agli atti, attesa l'evidente tardività del gravame proposto a distanza di oltre un anno dall'adozione di atti per la stessa lesiv,



nel cui lasso di tempo l'interessata ben poteva fare gli accertamenti del caso. Diversamente opinando, l'esercizio dell'accesso si tradurrebbe in uno strumento per eludere la regola che prevede rigorosi termini di decadenza per l'impugnazione (cfr. CdS, IV, 15.9.2010; 24.5.2010, n. 3265) (CdS, V, 13.6.2012, n. 3467).

«..... GA.....»

### **QUADRO NORMATIVO IN MATERIA DI DIRITTO DI ACCESSO AI DATI CONCERNENTI PERSONE DECEDUTE**

In materia di diritto di accesso ai dati concernenti persone decedute deve farsi riferimento alle disposizioni dell'art. 9, co. 3, del codice per la tutela dei dati personali, che disciplinano in modo diretto l'esercizio del diritto di accesso per le informazioni relative a persone decedute, prevedendo che essi possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio o agisce a tutela dell'interessato o per motivi familiari meritevoli di tutela. Tale disciplina regola anche l'accesso alle cartelle cliniche, dal momento che non può trovare applicazione la disciplina specificamente prevista in materia dall'art. 92 del medesimo codice, la quale consente l'accesso alle cartelle cliniche solo a persone diverse dall'interessato che possono far valere un diritto della personalità o altro diritto di pari rango. Se dovesse applicarsi questa disposizione anche dopo la morte, neppure i più stretti congiunti potrebbero accedere ai dati personali del defunto in assenza dei presupposti richiesti dalla norma, con conseguenze paradossali e, comunque, del tutto opposte alle tesi degli appellanti. Non è neppure utile il richiamo per analogia all'art. 82 del medesimo codice, che regola la diversa situazione della prestazione del consenso al trattamento dei dati personali in caso di impossibilità fisica o giuridica dell'interessato e che prevede che il consenso possa essere fornito, in assenza di chi esercita la potestà legale, da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato. La disciplina dell'art. 9 del codice regola,

invece, compiutamente ed esaustivamente la questione del trattamento dei dati personali delle persone decedute, in quanto indica chi può esercitare l'insieme dei diritti previsti dall'art. 7 dello stesso codice, il quale, nel disciplinare il trattamento dei dati medesimi, considera non solo le posizioni soggettive di chi può esercitare il diritto di accesso, ma anche quello di chi può opporsi ad esso. Sulla scorta della giurisprudenza del Consiglio di Stato sopravvive una forma di tutela dei dati sensibili – come altre forme di tutela - anche dopo la morte, ma nelle forme specifiche e diverse previste dall'art. 9, che individua puntualmente gli interessi che possono bilanciare gli interessi di terzi ad accedere ai dati personali: la tutela del defunto e ragioni familiari meritevoli di protezione (CdS, III, 12.6.2012, n. 3459).

«..... GA.....»

### **TEMPERAMENTO DEL PRINCIPIO DELL'INAMMISSIBILITÀ DELL'INTEGRAZIONE POSTUMA DELLA MOTIVAZIONE IN GIUDIZIO: IL CONSIGLIO DI STATO PRECISA I CASI IN CUI L'AMMINISTRAZIONE PUÒ INTEGRARE IN GIUDIZIO LA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO**

Il Consiglio di Stato evidenzia nella sentenza in esame come il principio postulante la inammissibilità della integrazione postuma della motivazione in giudizio, ha sofferto di qualche temperamento nella giurisprudenza più recente di questo Consiglio di Stato, anche in relazione al sopravvenuto disposto del co. 2 dell'art. 21 octies l. n. 15/2005 (ex multis: “sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa) non può ritenersi che l'amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato. Né, a ben vedere, tutte le ipotesi di chiarimenti rese nel corso del

giudizio valgono quale inammissibili casi di vera e propria integrazione postuma della motivazione - nella specie l'integrazione postuma della motivazione si era risolta nella mera indicazione di una fonte normativa prima non esplicitata, consistente nell'esistenza di una decisione comunitaria a fondamento dell'operato dell'amministrazione, fonte che ben avrebbe dovuto e potuto essere conosciuto da un operatore professionale quale la società ricorrente, per cui il vizio di eccesso di potere è insussistente."(CdS, VI, 3.3.2010, n. 1241). Il Collegio condivide tale evoluzione, che tende ad attenuare le conseguenze del richiamato principio del divieto di integrazione postuma dequotingo il relativo vizio tutte le volte in cui la omissione di motivazione successivamente esternata non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato, e comunque in fase infraprocedimentale fossero state percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato. (CdS, IV, 7.6.2012, n. 3376).

«..... GA.....»

### **LA LEGITTIMITÀ DELL'ATTO ADOTTATO DALL'AMMINISTRAZIONE VA VALUTATA CON RIFERIMENTO ALLE NORME VIGENTI AL TEMPO IN CUI È STATO ADOTTATO**

Nel caso di specie il ricorrente lamenta l'applicazione da parte dell'amministrazione comunale della disciplina vigente al momento del rilascio del permesso di costruire anziché a quello della presentazione dell'istanza. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'eccezione rilevando che secondo principi consolidati, il procedimento amministrativo è regolato dal principio *tempus regit actum*, con la conseguenza che la legittimità dell'atto va valutata con riferimento alle norme vigenti al tempo in cui è stato adottato (CdS, VI, 12.10.2011, n. 5515; 12.1.2011, n. 112), essendo il rapporto cui l'atto inerisce sensibile ai mutamenti della normativa di riferimento fino a quando non sia definito. Applicando tale principio alla vicenda in esame, il Collegio ha rilevato come ciò sia avvenuto, nella specie, solo mediante il rilascio del permesso di costruire su istanza

dell'interessato, non avendo quest'ultima alcun effetto definitorio del rapporto (CdS, V, 6.6.2012, n. 3343).

«..... GA.....»

### **QUALORA IL PROVVEDIMENTO IN AUTOTUTELA ADOTTATO DALLA PA È DIRETTO AD EVITARE L'ESBORSO DI DENARO PUBBLICO SENZA TITOLO NON È NECESSARIA UNA PARTICOLARE MOTIVAZIONE IN ORDINE ALLA PREVALENZA DELL'INTERESSE PUBBLICO SULL'AFFIDAMENTO INGNERATO**

In tutte le ipotesi in cui l'interesse sotteso all'attività di autotutela consiste nell'evitare l'esborso di denaro pubblico senza titolo, vi è un condivisibile orientamento della giurisprudenza che individua l'interesse pubblico all'annullamento in re ipsa, non richiedendosi una particolare motivazione (CdS, V, 9.2.2001 n. 581). Sulla base di tale consolidato il Collegio ha rigettato l'eccezione sollevata dal ricorrente che nel caso di specie assumeva che nell'ipotesi in cui vengano incise situazioni giuridiche consolidate sulla base di precedenti atti adottati dalla stessa amministrazione, il provvedimento di autotutela deve essere non solo adeguatamente motivato, ma deve anche evidenziare l'esistenza di un pubblico interesse attuale e specifico alla sua adozione, diverso da quello inerente il mero ripristino della legalità violata e che, comunque, devono essere assicurate le garanzie procedurali di cui all'art. 7 della l. 241 del 1990. Il Consiglio di Stato, per contro, ha rilevato come nel caso in esame l'atto di autoannullamento, volto ad evitare l'utilizzo di risorse pubbliche per il finanziamento di una iniziativa imprenditoriale contrastante con la disciplina comunitaria, con vantaggio ingiustificato per la società appellata, risultava finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico di naturale evidenza e del tutto cogente. Dal che discende, altresì, che il provvedimento non necessitava di particolare motivazione in ordine alla prevalenza del suddetto interesse sull'asserito affidamento ingenerato nella Società e ciò anche in considerazione della



responsabilità della società nella redazione della documentazione, nonché del fatto che l'attività di autotutela si è dispiegata a non rilevante distanza di tempo dalla concessione del contributo (CdS, III, 4.6.2012, n. 3290).

«..... GA.....»

**IL GIUDIZIO DI ACCERTAMENTO DELL'ILLEGITTIMITÀ DEL SILENZIO RIFIUTO EX ART 117 C.P.A. PRESUPPONE CHE IN CAPO ALL'AMMINISTRAZIONE SUSSISTA UN OBBLIGO GIURIDICO DI PROVVEDERE SULL'ISTANZA DEL PRIVATO**

Nella sentenza in esame il Giudice capitolino rileva come il giudizio di accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto ex art 117 c.p.a. presuppone che in capo all'amministrazione sussista un obbligo giuridico di provvedere sull'istanza del privato (art. 2, co. 1, l. n. 241/90), cioè "di esercitare una pubblica funzione attribuita normativamente alla competenza dell'organo amministrativo destinatario della richiesta, mediante avvio di un procedimento amministrativo volto al-

l'adozione di un atto tipizzato nella sfera autoritativa del diritto pubblico" (così CdS, VI, 22.5.2008, n. 2458). In assenza di tale obbligo non è configurabile la fattispecie del silenzio rifiuto, non potendo tale istituto essere invocato al fine di provocare una presa di posizione da parte dell'amministrazione, indipendentemente dall'esistenza di un dovere di provvedere derivante dalla legge e, correlativamente, di una pretesa del privato avente consistenza giuridica (quanto meno sub specie di interesse differenziato e qualificato).

Né vale invocare l'orientamento secondo cui l'obbligo ex art. 2 l. n. 241/90 sussisterebbe "in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento e quindi, tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'amministrazione" (cfr. CdS, IV, 27.3.2012, n. 2468) (TAR Lazio, Sez. III ter, 18.6.2012, n. 5552).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA DISCIPLINA DEL DIRITTO DI ACCESSO NELL'AMBITO DELLE GARE DI APPALTI PUBBLICI

degli Avv. ti Antonio Cordasco ed Enrico Gai

*Il diritto di accesso nelle gare pubbliche di appalto ed il bilanciamento tra esigenze di difesa in giudizio e tutela della segretezza*

The right of access in public procurements and the balance between the need for legal defense and protection of privacy

*Sommario: 1. La differenziazione della disciplina prevista dal Codice dei Contratti rispetto a quella generale stabilita dalla legge sul procedimento amministrativo. 2. Le modalità dell'accesso, con particolare riferimento alle tutela della segretezza delle informazioni contenute nelle offerte delle imprese partecipanti alle gare.*

### **1. La differenziazione della disciplina prevista dal Codice dei Contratti rispetto a quella generale stabilita dalla legge sul procedimento amministrativo.**

La questione relativa all'accesso documentale concernente gli atti della procedura di pubblici appalti è stata oggetto di ripetute interpretazioni e/o rivisitazioni anche di natura giurisprudenziale. La norma di riferimento (art. 13 del d. lgs. n. 163/06) va letta e coordinata con gli artt. 22 e segg. della l. n. 241/90 e s.m.i.

In primo luogo, il rinvio alla legge sul procedimento esclude che l'accesso, in tema di procedure di aggiudicazione, possa individuarsi in una azione popolare. La qualcosa è ancor più evidente in applicazione della normativa di settore la quale, con riferimento alla posizione legittimante l'accesso degli atti di gara, da un lato (co. 5), esclude l'ostensione alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" (lett. a) e gli "eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di

regolamento" (lett. b), per poi al co. 6 consentire, comunque, "l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

In altri termini, l'accesso ai documenti e/o comunque la legittimazione allo stesso va riferito alla presentazione della domanda volta a partecipare alla procedura per l'aggiudicazione di gara e richiede un nesso di strumentalità necessario tra il documento che si richiede in ostensione e l'interesse che si intende far valere in giudizio. A riguardo merita essere sottolineata la diversità rispetto alla disciplina generale stabilita dalla legge sul procedimento, la quale considera recessivo il diritto alla riservatezza laddove il richiedente faccia istanza per ottenere "documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici" (art. 24, co. 7, l. n. 241/1990).

Decisamente più circoscritto si rivela, invece, l'ambito derogatorio stabilito dal Codice dei Contratti, laddove la tutela della segretezza è recessiva a fronte di una effettiva esi-

genza di difesa in giudizio, con riferimento ad un contenzioso che evidentemente può avere ad oggetto soltanto la gara nel quale il documento richiesto è stato utilizzato dall'amministrazione ai fini della procedura di valutazione.

Sempre nell'ottica di individuare l'interesse meritevole di tutela ai fini dell'accesso agli atti di una gara pubblica, alcune indicazioni di principio possono trarsi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, secondo la quale la legittimazione al ricorso, in caso di giudizi relativi a procedure di gara, deve essere collegata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Precisa inoltre la Plenaria che tale regola, ormai consolidata, può essere derogata soltanto in alcune limitate ipotesi concorrenti, rispettivamente:

a) la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura;

b) la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara (nei limitati casi in cui questi dimostri, comunque, una adeguata posizione differenziata, costituita, per esempio, dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato);

c) la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Si tratta, tuttavia di ipotesi derogatorie connesse ad esigenze particolari, che non consentono di affermare una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

Per quanto riguarda più specificamente la legittimazione all'accesso l'orientamento della giurisprudenza appare comunque restrittivo, escludendo la sussistenza del relativo interesse in caso di mancata partecipazione alla procedura di valutazione: "L'accesso agli atti delle procedure concorsuali e di gara è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti stessi

*direttamente o indirettamente si rivolgono e che se ne possono avvalere per la tutela di una posizione soggettiva, la quale non può identificarsi con il generico e indistinto interesse al buon andamento amministrativo. Pertanto, una società che non ha partecipato alla gara, non ha titolo ad accedere agli atti della relativa procedura"* (CdS, IV, 22.5.2012, n. 2974); nello stesso senso "E' legittimo il rigetto di una istanza ostensiva tendente ad ottenere copia degli atti di una gara di appalto avanzata da una ditta che non ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica, che sia motivata con riferimento alla volontà di impugnare gli atti richiesti in ostensione, di ottenere la rinnovazione della procedura concorsuale e di parteciparvi; infatti, in tema di diritto di accesso agli atti delle gare di appalto, il co. 6, dell'art. 13, d. lgs. n. 163 del 2006 collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso ovvero debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza di accesso è formulata" (TAR Lazio, III ter, 10.5.2011, n. 4081).

## **2. Le modalità dell'accesso, con particolare riferimento alle tutela della segretezza delle informazioni contenute nelle offerte delle imprese partecipanti alle gare.**

Il diritto di accesso, nelle procedure di gara, differisce quindi evidentemente dalle regole imposte dagli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 e s.m.i., mirando a garantire l'imparzialità dell'agire pubblico che in qualche modo possa incidere sulla par condicio tra i concorrenti minando la tutela, la riservatezza dei concorrenti medesimi rispetto ad esempio ad eventuali "segreti" industriali (tecnici e commerciali), ovvero vietando l'accesso ai pareri legali e alle relazioni riservate del direttore lavori e del collaudatore.

La documentazione esibita nella procedura qual'è quella di una gara pubblica, per quanto presentata all'amministrazione, finisce con il formare oggetto di valutazione, nel senso che va comparata con le offerte presentate da altri: tali atti, quindi, inseriti nella procedura d'appalto entrano nella "sfera" dell'ammini-

strazione.

In proposito l'art. 9 della l. n. 180 del 2011 disciplina, in via di principio, i rapporti tra imprese e P.A., ovviamente riferiti ai principi di trasparenza, di buona fede e di effettività dell'accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni, orientando l'attività amministrativa secondo i criteri di economicità, efficacia ed efficienza, con la precipua finalità di eliminare tutti quegli orpelli formali per l'avvio di una attività imprenditoriale.

E proprio nell'ottica di semplificazione deve leggersi la disposizione dell'art. 2 del d. lgs. n. 53/2010, il quale ha modificato l'art. 79 del codice dei contratti, anche attraverso l'introduzione di una previsione che svincola l'accesso agli atti delle gare d'appalto dalla presentazione di una domanda in tal senso: *"Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'art. 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'art. 13. Le comunicazioni di cui al co. 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio"* (art. 79, co. 5 quater, d. lgs. 163/2006).

Le ipotesi di differimento sono contemplate dall'art. 13, co. 2, dello stesso Codice, il quale dispone che, salva la disciplina prevista per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- nelle procedure aperte, con riferimento all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

- nelle procedure ristrette e negoziate, nelle ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e in relazione all'elenco dei sog-

getti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime. Ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare:

- in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

- in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

In particolare, l'art. 13, al co. 5, prevede che il diritto di accesso sia escluso con riferimento alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;

- ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

- alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

Orbene, con riferimento alle ipotesi di esclusione delle offerte che costituiscano segreti tecnici o commerciali ovvero riguardino eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, si precisa che, ai sensi dell'art. 13, co. 6, è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda per l'esercizio della difesa in eventuale giudizio con riferimento alla procedura di affidamento del contratto.

Inoltre, ai sensi dell'art. 13, co. 7, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, le stazioni appaltanti possono prevedere dei requisiti volti a tutelare la riservatezza delle informazioni che le vengano trasmesse.

Giova in proposito precisare che già il 14.2.2008 nella causa C-450-2006, la CGCE ha avuto modo di precisare che *"è necessario*



*che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgano informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, sia in una procedura di aggiudicazione in corso, sia in procedure di aggiudicazioni successive. Inoltre, le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, per loro natura e per il sistema di regolamentazione comunitario in materia, sono fondate su un rapporto di fiducia tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici che partecipano ad esse. Questi ultimi devono poter comunicare a tali amministrazioni qualsiasi informazione utile nell'ambito della procedura di aggiudicazione, senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio a tali operatori".*

Orbene, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6121 del 2008, ha precisato che, a fronte di una istanza di accesso, va effettuato *"un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza; tale giudizio prognostico, anche quando è effettuato dal giudice secondo il rito speciale non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente: si pensi al concorrente che intenda accedere all'offerta dell'aggiudicatario dopo che siano scaduti i termini decadenziali per impugnare l'aggiudicazione definitiva; ovvero al caso del tutto assimilabile, in cui siano scaduti i termini per proporre i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione. In definitiva, dal combinato disposto dei coo. 5 e 6, dell'art. 13, d. lgs. n. 163 del 2006, discende che non è consentito esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata, ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistano esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale, ed il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio"*.

Ancora più recentemente il Consiglio di Stato ha ribadito che deve necessariamente sussistere il nesso strumentale tra gli specifici dati contenuti nei documenti richiesti e la necessità di difesa in giudizio delle ragioni

dell'istante (CdS, sez. VI, 9.2.2011, n.895).

Peraltro, la Sez. VI del Consiglio di Stato, già con sentenza del 7.6.2006 n. 3418, ha precisato che: *"la partecipazione ad una gara comporta, tra l'altro, che l'offerta tecnico-progettuale presentata fuoriesca dalla sfera di dominio riservato all'impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte presentate da altri concorrenti"*, così, *"in presenza di una offerta vincente, non può negarsi ad altra impresa partecipante l'accesso agli atti necessari alle finalità di controllo dei requisiti tecnici e di tutte le altre caratteristiche del prodotto, oggetto della fornitura, minuziosamente contemplati nel relativo bando di gara"*: in tale contesto, il Consiglio di Stato richiama l'Adunanza plenaria del 4.2.1997 n. 5, la quale ha precisato che l'interesse alla riservatezza viene o meno se l'accesso venga esercitato per la difesa di un interesse giuridico, ovviamente tenuto conto di ciò che risulti necessario per tutelare l'interesse stesso.

Al fine di temperare le opposte esigenze rappresentate dalla difesa in giudizio e la riservatezza nel caso di accesso, un indirizzo giurisprudenziale minoritario ha ritenuto di poter utilizzare lo strumento della visione in luogo dell'accesso domandato, ritenendo che la visione consente all'interessato di conoscere l'atto e quindi adeguare le proprie difese (TAR Puglia, Ba, sez. I, 9.9.2004, n. 3881).

Secondo tale indirizzo minoritario, invero, la l. n. 15/2005 e le successive modifiche alla stessa, non hanno inteso escludere la possibilità di limitare l'accesso mediante visione dell'atto.

In tal senso, deporrebbe il d.P.R. n. 184/2006 che, sebbene abroghi espressamente diversi articoli del d.P.R. n. 352/1992, recante il precedente regolamento sul diritto di accesso, mantiene l'art. 8, il quale prevede che, con riferimento ai documenti concernenti anche gli interessi industriali e commerciali, *"deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici"*.

Orbene, però l'accesso è definito dall'art. 22, co. 1, lett. a), come *"il diritto degli inte-*

ressati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”.

Il diritto di accesso “*si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti, ai sensi dell’art. 25 della l. n. 241/1990, e che non si soddisfa con il consentirne soltanto la visione. Oltre tutto, l’asserita riservatezza dei terzi non verrebbe efficacemente tutelata, consentendo soltanto la visione, e non anche la copia, della documentazione richiesta, ben potendo, invece, essere salvaguardata con modalità diverse (ad esempio, schermando i nomi delle imprese), senza limitare il diritto di accesso*” (cfr. CdS, IV, 20.4.2006, n. 2223). Con la conseguenza che “*quanto alla limitazione dell’accesso alla sola visione (e non anche alla estrazione di copia) per bilanciare l’esigenze di accesso con quelle di riservatezza, il giudicante ha ritenuto in altro orientamento giurisprudenziale che a seguito della modifica legislativa introdotta dalla l. 15/2005 modificativa in parte qua della 241/1990, nel diritto di accesso risulta compresa non solo la visione, ma anche il rilascio di copia del documento, risultando abrogata la disposizione dettata dall’art. 24, co. 2, lett. d) nella formulazione dell’originaria legge 241, abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due modalità di accesso che non si ravvisano più separabili*” (cfr. TAR Puglia, Le, II, 2,9.2008, n. 2437).

In ogni caso l’art. 79, co. 5 *quater*, del d. lgs. 163/2006, sembra ormai aver tolto ogni dubbio al riguardo facendo espresso riferimento all’accesso da effettuarsi “*mediante visione ed estrazione di copia*”.

Ciò premesso, con riferimento ora alle ipotesi tassative di cui all’art. 13, co. 6, del d. lgs. n.163/2006, la PA. non può negare l’accesso agli atti di gara sull’offerta tecnica, salvo quelle parti dell’offerta stessa che non sono oggetto di valutazione ovvero riguardano informazioni riservate.

Con la conseguenza che se l’informazione ricade nella valutazione della commissione, allora viene concesso l’accesso per esigenze difensive; se l’accesso alla parte del docu-

mento non è strettamente necessario per la difesa, allora la trasparenza amministrativa recede di fronte al diritto alla riservatezza.

Peraltro, tale impostazione deve tener conto di quanto sopra indicato circa l’inoltro o meno della preventiva domanda di partecipazione alla gara, e per vero, “*l’impresa partecipante ad una procedura concorsuale per l’aggiudicazione di un appalto pubblico può accedere nella forma più ampia agli atti del procedimento di gara, ivi compresa l’offerta presentata dalla impresa risultata aggiudicataria, senza che possano essere opposti motivi di riservatezza, sia perché una volta conclusasi la procedura concorsuale i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla pubblica amministrazione esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa essendo versato in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità*” (cfr. TAR Puglia, Le, II, 9.7.2008 n. 2087). E se il soggetto non ha partecipato alla gara, vale lo stesso grado di tutela in materia di accesso? La soluzione, tenuto conto del regime giuridico che governa il diritto di accesso, potrebbe riguardare e quindi estendersi alle sole lettere invito nonché ai verbali delle commissioni giudicatrici. Tali verbali, invero, contengono seppur solo descrittivamente, un “*prezioso*” riferimento alle offerte tecniche esibite.

Con la conseguenza che un soggetto tecnicamente evoluto in materia potrebbe, dall’esame del verbale della commissione, individuare se con riferimento alla fattispecie concreta, per le altre imprese concorrenti ricorrano o meno i requisiti tecnici richiesti da quella specifica gara.

Tale soluzione, cioè quella di consentire, avuto riguardo alla ipotesi sopra dettagliata, l’accesso ai verbali della commissione, potrebbe contemperare, nel rispetto della normativa specifica in materia le obiettive esigenze rappresentate dall’esercizio del diritto di accesso e della tutela dalla riservatezza.

# CONFERIMENTO DEL PATROCINIO LEGALE PER LA DIFESA DEGLI ENTI LOCALI: IL CONSIGLIO DI STATO AMMETTE L’AFFIDAMENTO DIRETTO

della Dott.ssa Ilaria Di Toro

*Contrariamente al conferimento del servizio di consulenza ed assistenza legale a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell’ente locale interessato, l’attribuzione di un singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi ma integra un contratto d’opera intellettuale che, pertanto, esula dalla normativa vigente in materia di procedure selettive ad evidenza pubblica*

Contrary to the provision of advisory services and legal assistance to content complex, set in an intricate framework of professional activities organized based on the needs of the local authority concerned, the assignment of a single assignment episodic, linked to the need quota, service contract is a contract for work but integrates intellectual, therefore, falls outside the existing legislation of a public selection procedures

*Sommario: 1. Premessa. 2. La decisione del Giudice di prime cure: equiparazione tra servizi legali e singoli incarichi di patrocinio legale. 3. Le opposte conclusioni del Consiglio di Stato.*

## 1. Premessa.

Con la sentenza 11.5.2012 n. 2730, di cui è massima, il Consiglio di Stato ha posto fine alla dibattuta questione concernente l’applicazione delle regole dell’evidenza pubblica ai conferimenti occasionali, di incarichi professionali, ad avvocati esterni all’amministrazione.<sup>1</sup> Il d. lgs. 163/2006 (c.d. *Codice degli appalti*) che disciplina la materia *de qua*, infatti, contiene solo un generico riferimento ai *servizi legali*, per l’aggiudicazione dei quali è previsto l’espletamento di un’apposita procedura di gara, senza specificare se tra di essi siano ricompresi anche i singoli incarichi di patrocinio legale, tradizionalmente assegnati a fronte di necessità contingenti degli enti locali.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Trattasi di una problematica di grande attualità sia da un punto di vista strettamente giuridico, vista la *querelle* sorta dopo la coraggiosa decisione del TAR Lazio (sulla quale ci si soffermerà nel paragrafo successivo) che, più in generale, per l’intera opinione pubblica, quale conseguenza dello scandalo delle c.d. *consulenze d’oro* e dei recenti tagli alla spesa pubblica.

<sup>2</sup> Ci si riferisce all’all. II B, n. 21, del d. lgs. citato, a sua volta richiamato dagli artt. 20 e 21 e recante esclusivamente la dicitura *servizi legali*, senza ulteriori precisazioni in merito. Peraltro, in virtù del rinvio contenuto nell’art. 20, *L’aggiudicazione degli appalti*

È stato quindi sollecitato l’intervento dei Giudici Amministrativi sul punto i quali, definendo con maggiore precisione la portata della predetta nozione legislativa di *servizi legali* e mettendo in evidenza le differenze intercorrenti tra l’affidamento, ad uno o più professionisti, del servizio generale di consulenza ed assistenza legale e l’attribuzione dell’attività difensiva attinente a specifici giudizi, hanno fornito una risposta definitiva al quesito. Sul tema, in particolare, si è espresso il TAR Lazio, Sezione distaccata di Latina, con la sentenza 20.7.2011 n. 604, totalmente riformata, in sede d’appello, dai Giudici di Palazzo Spada.

*aventi per oggetto i servizi elencati nell’all. II B è disciplinata esclusivamente dall’art. 68 (specifiche tecniche), dall’art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall’art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), nonché dai principi fissati dal successivo art. 27 secondo cui L’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto.*

## 2. La decisione del Giudice di prime cure: equiparazione tra *servizi legali* e singoli incarichi di patrocinio legale.

La pronuncia trae origine dal ricorso di un avvocato avverso l'affidamento diretto, da parte della provincia di Frosinone risultata soccombente in un giudizio arbitrale, dell'incarico legale finalizzato all'impugnazione del relativo lodo. In dettaglio il ricorrente, ritenendosi particolarmente esperto nel settore considerato, ed a tutela del suo interesse al conferimento del ruolo in contestazione, censurava la scelta dell'ente territoriale di averlo assegnato ad uno studio legale esterno *intuitu personae*, cioè senza una previa selezione tra le offerte dei professionisti interessati, con conseguente violazione dei principi generali sanciti dal Codice degli appalti e di derivazione comunitaria che, fatti salvi i casi espressamente indicati, impongono sempre lo svolgimento di una procedura comparativa per l'attribuzione di mansioni connesse alla sfera pubblica.<sup>3</sup> Naturalmente di opposto parere erano l'amministrazione resistente e gli assegnatari dell'incarico che hanno contrastato le descritte argomentazioni eccependo, in via preliminare, la tardività del ricorso e la carenza d'interesse a proporlo, oltretutto l'infondatezza dello stesso nel merito perché, a loro avviso, l'obbligo di gara avrebbe riguardato soltanto l'attribuzione di incarichi complessi, ossia aventi ad oggetto la consulenza e/o difesa dell'ente locale per un determinato periodo di tempo. Ebbene il Tribunale adito ha accolto l'interpretazione resa dal ricorrente seguendo un articolato *iter* argomentativo. Come sopra accennato i Giudici di primo grado si sono soffermati, innanzitutto, sul significato dell'espressione *servizi legali* e la riconducibilità ad essa della fattispecie in esame, trattandosi di un passaggio fondamentale per dirimere la controversia.<sup>4</sup> Il Collegio

giudicante, invero, non ha ritenuto corretto dare una lettura restrittiva all'espressione adoperata dal legislatore, così da circoscrivere l'ambito applicativo della procedura ivi indicata agli incarichi di tenore generale, giacché nella normativa considerata in realtà non si rinviene alcuna limitazione e, *d'altra parte, ove fosse riconosciuta, si tradurrebbe in un istituzionale strumento per eludere la necessità della procedura comparativa dato che, per evitare quest'ultima, sarebbe sufficiente conferire singoli incarichi di consulenza e assistenza.*<sup>5</sup> Una diversa conclusione, peraltro, non potrebbe trarsi neppure dalla circostanza che il patrocinio legale si sostanzia in un contratto d'opera intellettuale con un libero professionista in quanto il Codice degli appalti non prescrive che la controparte dell'amministrazione debba essere necessariamente un imprenditore, al contrario in svariati casi la PA. ottiene le prestazioni di cui ha bisogno da

---

preliminare eccezione di tardività: ad avviso dei resistenti, invero, la delibera in parola non necessitava di alcuna comunicazione individuale poiché doveva trovare applicazione la regola generale tratta dal combinato disposto degli artt. 124 d. lgs. 17.8.2000 n. 267 e 41, co. 2, d. lgs. 2.7.2010 n. 104 (c.d. *Codice amministrativo*), secondo cui il termine d'impugnazione di tali provvedimenti decorre dall'ultimo giorno di pubblicazione nell'albo pretorio, con conseguente tardività del ricorso proposto successivamente; per il ricorrente invece, trattandosi di un servizio legale, dovevano adottarsi le forme di pubblicità specificamente previste dall'art. 245 del Codice degli appalti, disposizione in vigore al momento dell'emanazione dell'atto impugnato ed oggi trasfusa nell'art. 120 del Codice amministrativo, con conseguente inidoneità dell'affissione nell'albo pretorio e tempestività tanto del ricorso principale quanto dei motivi aggiunti.

<sup>5</sup> Nel testo si riportano alcune delle considerazioni in diritto inserite nel punto 5.5 della pronuncia in commento che, tra l'altro, riprendono quelle già espresse dalla C. Conti, Sez. Veneto, nella delibera n. 7/2009. La Corte Veneta, in particolare, definiva l'espressione *servizi legali* come residuale e pertanto comprensiva di ogni fattispecie non espressamente esclusa dalla legge (si pensi ad esempio ai servizi di arbitrato e conciliazione annoverati dall'art. 19 del d. lgs. 163/2006 fra i contratti espressamente esclusi dall'ambito d'applicazione del Codice). Inoltre non mancano testi normativi, quali il d. lgs. 26.3.2010 n. 59 (adottato in attuazione della dir. 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno), in cui l'attività professionale degli avvocati è qualificata, appunto, in termini di servizio.

<sup>3</sup> Il ricorrente deduceva anche l'illegittimità della delibera di affidamento dell'incarico per asserita incompetenza della Giunta all'adozione di un simile provvedimento e, mediante il deposito di motivi aggiunti, impugnava altresì il Regolamento richiamato dalla predetta delibera, denunciando ancora una volta la violazione dei principi sopra indicati.

<sup>4</sup> Alla soluzione del quesito, difatti, era legato sia il merito della causa che la stessa fondatezza della



liberi professionisti.<sup>6</sup> Ciò posto la Corte, a riprova della validità delle proprie statuizioni, ossia dell'astratta riconducibilità dell'attività professionale degli avvocati alla categoria dei *servizi legali*, si è altresì interrogata sulla possibilità di tracciare una concreta linea di demarcazione tra l'assegnazione di un singolo incarico legale ed il conferimento, in termini generali, dell'attività di consulenza e difesa, giungendo tuttavia alla conclusione dell'impossibilità di operare una simile distinzione: la stessa infatti non trova fondamento nel requisito della fiduciarietà, comune ad entrambi gli incarichi, né tantomeno nelle ragioni dell'urgenza; resterebbe quindi confermata la sostanziale omogeneità delle due fattispecie.<sup>7</sup>

Ne discende che l'art. 20 del Codice degli appalti recante l'obbligo di una peculiare procedura comparativa per il conferimento dei *servizi legali*, nonché l'art. 27 contenente i principi generali per i contratti esclusi, stando a questa lettura, dovrebbero applicarsi pure per procedere all'affidamento di un singolo incarico rientrante in tale *genus*, stante la compiuta equiparazione ai *servizi legali*.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Costituiscono tipici appalti di servizi, ad esempio, quelli aventi ad oggetto l'attività di progettazione di piani urbanisti ovvero di opere pubbliche, in cui sono impiegati, tra gli altri, architetti ed ingegneri.

<sup>7</sup> Secondo il TAR Lazio: *Questa tesi non può trovare anzitutto conforto nella circostanza che la previsione della legge si esprime al plurale, menzionando "servizi"; l'uso del plurale infatti deriva dalla circostanza che l'intero atto normativo, recando una disciplina di carattere generale e astratto, costantemente si esprime al plurale. La soluzione restrittiva non appare poi giustificabile in base al carattere fiduciario dell'incarico, dato che: a) la fiduciarietà è caratteristica di qualsiasi incarico conferito a un professionista (si pensi agli incarichi di progettazione); b) la fiduciarietà non è certo assente nel caso di affidamento del complesso delle attività di consulenza e di patrocinio per un determinato periodo di tempo (anzi, se si vuole, in un caso del genere l'elemento fiduciario è persino maggiore dato che non è possibile sapere in anticipo spessore, complessità e "delicatezza" delle attività che saranno svolte); c) nel caso in cui il ricorso all'evidenza pubblica sia incompatibile con il rispetto di termini processuali (cioè nel caso di un'urgenza per così dire "assoluta") non è precluso il ricorso a un affidamento diretto; lo stesso art. 27 pone la condizione della "compatibilità con l'oggetto del contratto" e questa ampia formula dimostra che la previsione legislativa ha un certo margine di flessibilità.*

<sup>8</sup> Per completezza dell'esposizione va inoltre ricordato che il Collegio giudicante ha ritenuto infondata anche

### 3. Le opposte conclusioni del Consiglio di Stato.

Le considerazioni esposte sinora non sono state recepite dai Giudici di Palazzo Spada che sono recentemente intervenuti sulla controversa questione a seguito dell'appello proposto dall'amministrazione, risultata soccombente in primo grado, allo scopo di contestare le argomentazioni addotte dal TAR Lazio a sostegno della sentenza impugnata.<sup>9</sup>

*l'eccezione di difetto d'interesse: Il ricorrente, nella sua qualità di avvocato interessato al conferimento di incarichi professionali da parte di enti pubblici (gli stessi controinteressati hanno depositato una delibera di un comune pontino che gli ha affidato un incarico di difesa in giudizio) è in grado di ottenere concreti vantaggi dall'accoglimento del suo ricorso, non foss'altro perché ha proposto una domanda di risarcimento dei danni, anche per equivalente (CdS, V, 28.5.2010, n. 3405). Al contrario, in ordine alla presunta incompetenza della Giunta provinciale a provvedere alla scelta del difensore dedotta dal ricorrente con il primo motivo di ricorso, il Tribunale adito, discostandosi dall'orientamento maggioritario, ha stabilito che: La decisione di agire e resistere in giudizio e, se è per questo e a maggior ragione la scelta del professionista cui affidare il patrocinio, non possono che essere considerate una decisione di carattere gestionale attinente ai rapporti di carattere sostanziale che volta a volta vengono in rilievo, che è pertanto riservata, in base all'art. 107 del d. lgs. 17.8.2000, n. 267, al personale burocratico e non agli organi di governo, cui è riservato invece l'esercizio del potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo. Del resto, ad es., non potrebbe dubitarsi che la decisione di transigere in ordine alla controversia e la definizione dei termini della transazione siano un compito dei dirigenti (cui spetta, per espressa disposizione di legge, la stipulazione dei contratti); insomma – una volta affermato il principio che spetta ai dirigenti la gestione della sfera di attribuzioni dell'ente rientrante nella competenza degli organi cui sono preposti e l'adozione di tutti i relativi atti che impegnano l'ente nei rapporti con i terzi - non può non ritenersi che questa competenza abbracci ogni aspetto e decisione attinente alla gestione dei rapporti giuridici facenti capo all'organo, ivi comprese le decisioni inerenti alla eventuale instaurazione (o resistenza) a giudizi e alla definizione (d'intesa con il difensore dell'ente) delle relative strategie processuali.*

<sup>9</sup> La sentenza descritta nel paragrafo precedente viene così sintetizzata dai Giudici d'appello: *I Primi giudici hanno posto a fondamento del decisum di accoglimento l'assunto della riconduzione dell'atto di conferimento del singolo incarico legale nella categoria dei "servizi legali" di cui all'all. II B, n. 21, al codice dei contratti pubblici, traendo da tale premessa i precipitati dell'applicazione a tale*

Il Consiglio di Stato di fatti ha seguito un ragionamento opposto a quello dei primi Giudici valorizzando la differenza esistente, a livello ontologico prima ancora che di qualificazione giuridica, fra l'espletamento di un isolato incarico di patrocinio legale e la più generale attività di assistenza e consulenza. Quest'ultima, a suo parere, sarebbe *caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata*, aspetti del tutto carenti nel caso di prestazioni professionali connesse a necessità contingenti degli enti locali.<sup>10</sup> Dunque proprio in base alla mancanza dei citati elementi si è sostenuto che l'incarico difensivo specifico non è riconducibile alla fattispecie dell'appalto di *servizi legali* bensì al contratto d'opera intellettuale, costituente *species* del *genus* del contratto di lavoro autonomo e come tale non soggetto alle regole previste dal Codice degli appalti in tema di procedure ad evidenza pubblica.<sup>11</sup> In altri termini il servizio legale per essere oggetto d'appalto necessiterebbe di una o più condizioni peculiari inerenti alle modalità organizzative, al tipo di prestazione ovvero alla continuità e complessità della stessa, che tradizionalmente include anche la difesa giudiziale senza però esaurirsi in essa, mentre in assenza dei requisiti indicati si sostanzierebbe in un mero incarico di patrocinio

---

*fattispecie, ai sensi dell'art. 20, delle norme di cui agli artt. 65, 68 e 225 del medesimo codice e dei principi valevoli per i contratti esclusi ai sensi dell'art. 27. Il Tribunale ha mostrato, in tal guisa, di aderire all'orientamento ermeneutico secondo cui tanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica di carattere continuativo quanto il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale sarebbero annoverabili nell'unica ed omnicomprensiva nozione di "servizi legali" di cui al punto 21 dell'all. II B del Codice degli appalti.*

<sup>10</sup> Punto 2.2. della pronuncia in esame.

<sup>11</sup> È opportuno segnalare che la decisione in esame è stata preceduta, di alcuni mesi, dalla sentenza del CdS., Sez. V, 7.2.2012 n. 650 che, in un *obiter dictum*, aveva sostanzialmente anticipato le descritte conclusioni. La stessa inoltre è in linea con l'orientamento espresso, da ultimo, dalla giurisprudenza contabile. Invero la C. conti, Sez. Basilicata, con la delibera n. 19/2009, ha superato l'interpretazione resa dalla Corte Veneta (v. nota 5), arrivando ad affermare che: *il servizio legale per essere oggetto di appalto richiederebbe un quid pluris, per prestazione o per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale.*

legale modulato sulle esigenze, non predeterminabili, dell'ente committente.<sup>12</sup> Anche le disposizioni normative, del resto, sembrano avallare le predette conclusioni. Ad esempio già la dir. 1992/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, alla quale il d. lgs. 17.3.1995 n. 157 ha dato attuazione, nei *considerando* contenuti in premessa disponeva che: *la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto; nel caso in cui la prestazione del servizio si fonda su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, detta prestazione esula dal campo d'applicazione della presente direttiva.*<sup>13</sup>

Ancora l'art. 68 del d. lgs. 163/2006, attualmente in vigore, impone che per l'attribuzione dei servizi in parola si provveda alla previa definizione delle *specifiche tecniche*, e pertanto risulta incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale in esame, connotata invece dall'aleatorietà delle vicende processuali che impedisce di fissare in anticipo i criteri per l'affidamento di un simile incarico<sup>14</sup>. Ne consegue che, stando alle argomentazioni indicate, nel caso di specie non vi sarebbe alcun obbligo di procedere all'espletamento di una procedura comparativa in quanto l'*iter* di selezione dei difensori occasionali degli enti territoriali risulterebbe soggetto soltanto ai principi generali che governano l'azione amministrativa, ossia ai

---

<sup>12</sup> In tal senso depone pure la determinazione n. 4 del 7.7.2011, adottata dall'AVCP.

<sup>13</sup> Giova evidenziare che previsioni simili a quelle riportate nel testo si rinvencono anche nei *considerando* presenti nella dir. 2004/18/CE. Inoltre nell'all. 2 del citato decreto, oggi sostituito dal Codice degli appalti, erano già indicati una serie di servizi, tra cui i *servizi legali*, rispetto ai quali trovavano applicazione solo alcune delle relative disposizioni, come avviene tuttora con i servizi elencati nell'all. II B del d. lgs. n. 163/2006.

<sup>14</sup> Riguardo all'ulteriore motivo d'appello, diretto a censurare la violazione del principio che attribuisce al dirigente competente *ratione materiae* il compito di scegliere il professionista cui affidare la difesa dell'ente, il Collegio giudicante ha sancito che: *La Sezione non ravvisa ragione di discostarsi dall'orientamento interpretativo secondo cui compete al Sindaco o al Presidente della Provincia, ai sensi del d. lgs. n. 267/2000, quale organo di rappresentanza dell'ente, il conferimento della procura alle liti del difensore senza la necessità di alcuna preventiva autorizzazione.*



principi di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, che secondo i Giudici d'appello dovrebbero essere sufficienti ad assicurare la congruità delle scelte operate dalla PA.. Ad avviso di chi scrive tuttavia le esposte conclusioni non sono del tutto condivisibili poiché paiono dettate soprattutto da preoccupazioni di stampo pratico, quali l'evidente ed indubbia difficoltà di redigere delle adeguate specifiche tecniche ovvero di comparare i *curricula* di diversi avvocati e decidere tra di essi, magari in un breve lasso di tempo, trascurando così gli inconvenienti comunque derivanti dall'abolizione dell'obbligo di gara,

opportunamente segnalati dai Giudici di primo grado.

A fronte di ciò è allora auspicabile che ciascun ente provveda, *in primis*, a “disciplinare” la materia mediante appositi regolamenti o norme statutarie, che individuino quantomeno i criteri ai quali attenersi nell'effettuare una simile scelta ed altresì che, ove possibile e non eccessivamente oneroso, vi siano professionisti interni agli enti locali stabilmente preposti all'attività di assistenza legale, in modo tale da ridurre i rischi insiti nell'affidamento diretto di incarichi occasionali a soggetti esterni all'amministrazione.

«.....GA.....»

# DEPOSITO DI MATERIALI E RIFIUTI RADIOATTIVI: IL CONTRASTO STATO REGIONI AVVERSO LE LEGGI REGIONALI DI MORATORIA

della Dott.ssa Antonella Zella

*Brevi note a margine della sentenza della Corte Costituzionale del 5.3.2012, n. 54*

Brief notes in the margin of the judgment of the Constitutional Court of 5.3.2012, no. 54<sup>th</sup>

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il contrasto tra Stato e Regioni.*

## **1. Premessa.**

La Corte Costituzionale si è pronunciata nuovamente in tema di impianti nucleari con una decisione che è intervenuta dopo la recente consultazione referendaria del 2011. In tale mutato contesto normativo appariva archiviata la possibilità per l'Italia di proseguire il programma di sviluppo di detta fonte di energia. Nel pronunciarsi in merito ad una ennesima legge regionale di "moratoria", la Corte giunge alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.1, co. 3, l. reg. Molise 21.4.2011, n.7, recante "*Disposizioni in materia di energia*", nella parte in cui prevede che "*tenuto conto degli elevati rischi connessi alla sismicità ed al dissesto idrogeologico del territorio, è preclusa nella regione, in assenza di intesa con lo Stato, l'installazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, nonché di depositi di materiali e rifiuti radioattivi*". Lo Stato ha impugnato tale previsione per violazione dell'art. 117, co. 2 lett. s) cost. – tutela dell'ambiente e dell'ecosistema- attribuita in via esclusiva alla competenza legislativa dello Stato, il quale con ripetuti interventi ha provveduto a dare attuazione a molteplici direttive europee in tema di impianti nucleari e di raccolta, smaltimento e stoccaggio dei rifiuti radioattivi. In via preliminare, la Corte ha chiarito che benché l'instestazione del ricorso ed il relativo *petitum* si riferiscano all'intero art.1, co. 3 l. reg., e dunque al divieto di installazione di impianti per la produzione di energia nucleare e di deposito di materiali e rifiuti radioattivi, le argomentazioni svolte nell'atto

introdotto hanno riguardato esclusivamente il secondo di tali divieti: sicché, la questione di legittimità costituzionale è stata limitata alla parte riguardante i depositi dei materiali e dei rifiuti radioattivi. In virtù di detta distinzione, la Corte ha potuto pronunciarsi sulla l. reg., concernente profili su cui il referendum del 2011 non avrebbe prodotto effetti. Osserva la Corte che già con propria precedente pronuncia n. 247 del 21.6.2006 aveva dichiarato illegittima altra disposizione della Regione Molise che vietava il deposito anche temporaneo e lo stoccaggio di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale. La Corte richiama, inoltre, altri precedenti e, segnatamente, la pronuncia n. 331 del 3.11.2010, con la quale aveva statuito su analoghe disposizioni adottate dalla Regione Puglia, che escludevano la possibilità di depositare e stoccare rifiuti nucleari nel territorio regionale. Il principio su cui riposa la censura è quello secondo il quale nessuna Regione, in assenza di una determinazione di carattere ultraregionale, può sottrarsi in modo unilaterale agli inderogabili oneri di solidarietà economica e sociale, tra i quali sono da ricomprendersi anche quelli relativi alle operazioni di stoccaggio e smaltimento dei materiali e dei rifiuti radioattivi "*la cui disciplina resta vigente indipendentemente dall'impatto sul settore dell'energia nucleare degli esiti del referendum abrogativo*"<sup>1</sup>.

## **2. Il contrasto tra Stato e Regioni.**

<sup>1</sup> Così, C. cost, sent. del 3.11.2010, n.331.



Il Giudice delle leggi con la sentenza *de qua* segue un proprio consolidato orientamento per cui la materia è inquadrabile nella tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, e, pertanto, di competenza esclusiva dello Stato *ex art.* 117, co. 2 lett. s) cost. Né, secondo la Corte, è possibile ricondurre la materia nell'alveo della competenza concorrente della "salute pubblica" in quanto la stessa competenza non può "consentire, sia pure in nome di una protezione più rigorosa della salute degli abitanti della Regione medesima, interventi preclusivi suscettibili... di pregiudicare... il medesimo interesse della salute in un ambito territoriale più ampio, come avverrebbe in caso di impossibilità o difficoltà a provvedere correttamente allo smaltimento di rifiuti radioattivi". In tal senso, con la sentenza n. 62 del 13.01.2005, la Corte ha affermato che "il problema dello smaltimento - e, più in generale, del loro deposito e di quello dei materiali nucleari, considerate le analoghe esigenze di cautela che pongono - non può essere risolto, alla luce della rilevanza nazionale degli interessi in gioco, sulla base di un criterio di "autosufficienza" delle singole Regioni poiché occorre tener conto quantomeno della necessità di trovare siti particolarmente idonei per conformazione del terreno e possibilità di collocamento in sicurezza". Allo stesso modo, non è possibile far rientrare la materia nella competenza in tema di "protezione civile" poiché la Regione non dispone di poteri e funzioni specifiche in campo ambientale. La Corte respinge, altresì, anche la terza possibile prospettazione in merito all'ascrivibilità della materia sotto la competenza "governo del territorio". In questo caso il Giudice delle leggi non riesce a negare che la competenza del governo del territorio sia coinvolta quando si decida in tema di impianti nucleari e di depositi dei relativi rifiuti, ma risolve la questione rinviando a modalità collaborative. Queste, però, non costituiscono un requisito necessario per la decisione che viene comunque ricondotta alla sola competenza statale. La collaborazione non può tradursi - sempre a dire della Corte - nella possibilità per la Regione di sottrarsi del tutto agli obblighi di cooperazione, con l'adozione di provvedimenti che dispongano auto-

nomamente in merito allo stoccaggio e al deposito dei rifiuti nucleari, trattandosi di materia che invece va ricondotta alla competenza esclusiva dello Stato e che deve essere gestita alla luce del principio di leale collaborazione tra enti. La decisione in esame si pone nel solco giurisprudenziale relativo alla tematica ambientale, con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti radioattivi, contrassegnato da decisioni oscillanti tra il rilancio e l'arresto dell'energia nucleare<sup>2</sup>. Il tema che ci occupa ha condotto a provvedimenti legislativi<sup>3</sup>, oltre che all'indizione di un primo referendum abrogativo<sup>4</sup>, teso ad impedire la realizzazione e la gestione di nuove centrali nucleari<sup>5</sup>. Il Go-

<sup>2</sup> Sul riparto di competenze fra legislazione nazionale e regionale, la Corte, con sent. n. 278 del 22.7.2010, aveva individuato i titoli di qualificazione e le modalità di ripartizione delle competenze statali e regionali all'interno della disciplina dettata dal legislatore di delega. Per un commento alla pronuncia, V. L. VESPIGNANI, *Supplenza della Corte o Justice à la Carte?*, consultabile su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). L'A. evidenzia come "l'utilizzo ( da parte della Corte) di metri di giudizio suscettibili di essere applicati con un'intensità molto diversificata consenta, in linea di tendenza, una valutazione non estranea all'opportunità delle scelte legislative e quindi alla sfera della politica in senso stretto, con inevitabili ripercussioni sul tipo di tutela che le Regioni ( oppure lo Stato, benché nella giurisprudenza costituzionale prevalga, per ora, un atteggiamento di favore per il centro) potranno attendersi in ordine alle proprie prerogative costituzionali".

<sup>3</sup> Si tratta del d. lgs. 23.3.2011, n. 41- Modifiche ed integrazioni al d. lgs. 15.2.2010, n. 31 - che in ragione delle indicazioni fornite dalla Corte nella decisione n. 33 del 26.01.2011 - aveva previsto all'art. 4, in tema di autorizzazione degli impianti nucleari, l'obbligo per lo Stato di ottenere un parere obbligatorio ma non vincolante della regione interessata in un momento precedente al rilascio dell'Autorizzazione Unica per la costruzione ed esercizio dei nuovi impianti.

<sup>4</sup> Il riferimento è al d.P.R. 23.3.2011 (G.U. del 4.4.2011, n. 77) col quale è stato indetto referendum popolare per l'abrogazione parziale di vari testi normativi (d.l. 25.6.2008, n. 112, conv. con modif. l. 6.8.2008, n. 133; l. 23.7.2009, n. 99; d. lgs. 2.7.2010, n. 104, d. lgs. 15.2.2010, n. 31) aventi ad oggetto disposizioni in materia di energia ed, in particolare, di localizzazione e costruzione di nuove centrali sul territorio nazionale italiano per la produzione di energia nucleare.

<sup>5</sup> La C. cost. nella sent. del 12.1.2011, n. 28, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della proposta referendaria, aveva identificato il fine abrogativo della richiesta referendaria nell'intento di impedire la realizzazione e la gestione di nuove centrali nucleari.

verno, con il decreto *omnibus* del 31.3.2011, n.34<sup>6</sup>, conv. in l. del 26.5.2011, n.75, ha provveduto all'eliminazione di ogni riferimento alla produzione di energia da fonte nucleare dai testi legislativi su cui era stata inizialmente proposta la consultazione referendaria. In realtà, la legge di attuazione ha introdotto una nuova disciplina solo in parte abrogatrice delle norme sottoposte a referendum. Il decreto lasciava quindi aperta la strada ad un futuro ripensamento, condizionando le sorti del nucleare ai risultati delle valutazioni tecniche relative all'incidente prodottosi presso la centrale giapponese di Fukushima. Secondo l'Ufficio centrale per il Referendum della Corte di Cassazione, ciò vanificava l'intento della proposta referendaria, perché sospendeva solo momentaneamente la produzione, realizzazione ed esercizio sul territorio di nuove centrali nucleari. Pertanto, il medesimo Ufficio, ritenendo non soddisfatto il fine perseguito con la prima richiesta referendaria, ha provveduto a trasferire il relativo quesito sulle disposizioni di cui al d.l. 31.3.2011, n.34, art. 5<sup>7</sup>, oggetto della seconda consultazione referendaria del 6.2011. L'esito favorevole del ridetto referendum ha fatto perdere di attualità le statuizioni del giudice costituzionale attinenti la produzione di energia nucleare; non però le questioni attinenti alla gestione del materiale dei rifiuti radioattivi per i quali è certamente attuale l'opera della Corte di regolazione dei rapporti Stato-Regioni, al fine della tutela del "valore ambiente". In tal senso, è noto che unanimemente la dottrina e la C. cost. abbiano evidenziato l'esistenza negli elenchi dell'art. 117 cost., co. 2 e 3 di alcune materie (ivi incluso l'ambiente) finalizzate alla realizzazione di uno scopo piuttosto che tese a circoscrivere un dato settore della legislazione; come tali, quindi, connotate da

trasversalità, non costituendo "materie in senso stretto (...) dal momento che non sembrano configurabili come sfere di competenze statali rigorosamente circoscritte e delimitate"<sup>8</sup>. In particolare, l'ambiente viene considerato "una sorta di materia trasversale in ordine alla quale si manifestano competenze diverse che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale" senza che ne resti "esclusa la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali"<sup>9</sup>. Dal versante dottrinale, la *ratio* del legi-

<sup>8</sup> Così, sent. C. cost. 26.7. 2002, n. 407. In epoca precedente alla riforma del titolo V cost., v. Corte cost. 20.5.1987, n. 183 in cui l'ambiente si considera "non materia" in senso tecnico, bensì "interesse" perseguibile dalle regioni nell'esercizio delle competenze nei settori di materie connesse con l'ambiente quali l'agricoltura, i lavori pubblici, l'urbanistica, la caccia e la pesca, l'assistenza sanitaria etc. Per ciò che attiene i rapporti tra Stato e regioni, si era affermato il principio secondo cui la disciplina statale in materia di protezione dell'ambiente costituisce, in linea generale, un nucleo di garanzie minimali che le regioni non possono derogare *in pejus*, ma pur sempre variare *in melius* con misure di tutela più restrittive. In tal senso C. cost. sent. del 24.6.1986, n. 151 e del 26.10.1994, n. 379 (in materia di salvaguardia del paesaggio); sent. del 21.5.1987, n. 192 e del 20.6.1988, n. 744 (sulla gestione dei rifiuti); sent. del 12.10.1988, n. 1002, del 12.12.1990, n. 577 e n. 578 (sulla caccia); sent. del 9.7.1992, n. 366 (nel settore delle aree naturali protette), e ribadito dalla stessa Corte anche nelle sent. del 30.9.1999, n. 382 e del 10.7. 2002, n. 407.

<sup>9</sup> Così, C. cost. sent. del 10.7.2002, n.407. In un primo periodo la C. cost. sembra porsi in linea di continuità rispetto alla interpretazione tracciata nel vigore del vecchio modello di riparto delle competenze, ossia continuando a concepire la potestà legislativa esclusiva in tema di "tutela dell'ambiente" come potestà sostanzialmente concorrente secondo un criterio ispirato al principio di sussidiarietà. La sentenza di esordio del citato orientamento costituzionale è rappresentata dalla pronuncia del 26.7.2002, n. 407, consultabile su [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it), con nota di S. CALZOLAIO, *L'ambiente e la riforma del Titolo V (nota breve a due sentenze contrastanti)*. Il giudice costituzionale, in detta sede, ha avuto l'occasione di precisare che non tutti gli ambiti materiali di cui all'art.117, co. 2, possono configurarsi come "materie" in senso stretto, dal momento che, in alcune ipotesi è evidente che si tratti di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie. Secondo la Corte, deve escludersi che possa identificarsi

<sup>6</sup> "Disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra i settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di moratoria nucleare, di partecipazione della cassa depositi e prestiti, nonché per gli Enti del Servizio nazionale della regione Abruzzo"

<sup>7</sup> Cass., Ufficio Centrale per il Referendum, Ordinanza 1-3.6.2011. Sull'ammissibilità del quesito referendario, sì come modificato dall'Ufficio centrale per il Referendum, si era infine espressa positivamente la C. cost. con sent. del 7.6.2011, n. 174.



slatore costituzionale-ricavabile altresì dai lavori preparatori alla lett. s) dell'art. 117 cost. è stata quella di attribuire allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale, lasciando alla competenza delle Regioni la cura di interessi collegati con quelli propriamente ambientali<sup>10</sup>. La giurisprudenza della Corte arriva ad affermare l'inderogabilità della legislazione regionale che fissi standard anche maggiormente restrittivi di quelli dettati dallo Stato<sup>11</sup>. Dunque, l'interesse nazionale, seppure formalmente espunto dalla Costituzione, sembra rivivere nel principio di sussidiarietà, quale clausola

---

una materia in senso tecnico, qualificabile come "materia dell'ambiente", poiché "non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata". In tal senso, v. F. S. MARINI, *La Corte Costituzionale nel labirinto delle materie trasversali: dalla sent. n. 282 del 2002 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002, 2954. Per un esame della giurisprudenza costituzionale, anche in materia di ambiente, v. F. MARCELLI e V. GIAMMUSO, *La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*, Senato della Repubblica, Quaderni di documentazione del Servizio Studi, n. 44, ottobre 2006. Si veda, poi, anche *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. PIOGGIA e L. VANDELLI, il Mulino, 2006.

<sup>10</sup> Sull'interpretazione dell'art. 117 cost., con specifico riferimento alla materia ambientale, cfr., tra gli altri, M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma del Titolo V?*, in *Giur. cost.* 2002, 318; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 239 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2005; G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 3 ss.; R. CHIEPPA, *L'ambiente nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Urb. app.*, 2002, 11, B. POZZO-M RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004; G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008; A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002.

<sup>11</sup> In tal senso, sent. C. cost. del 7.10.2003, n. 307, in tema di localizzazione degli impianti di radiodiffusione sul territorio, in cui la Corte afferma che la legislazione statale rappresenta l'ambito ottimale di bilanciamento tra le contrapposte esigenze, salvaguardando l'integrità fisica della popolazione e la necessità di realizzazione di impianti necessari allo sviluppo del paese.

di flessibilità nel riparto di competenze Stato-Regioni, a salvaguardia del principio di unità ed indivisibilità, comunque nel rispetto della leale collaborazione tra Stato e Regioni<sup>12</sup>.

In senso critico, mi preme - sia pur sinteticamente - evidenziare: a) l'esistenza di una ben precisa e determinata politica ambientale comunitaria<sup>13</sup>, attraverso la quale è stata riconosciuto all'ambiente la natura di "materia"; b) l'esistenza del cd. principio di integrazione tra le esigenze di tutela ambientale e l'attuazione delle altre politiche comunitarie<sup>14</sup>; c) il d. lgs. 3.4.2006 n.152 "Norme in materia ambientale" in cui il legislatore mostra la volon-

---

<sup>12</sup> Così, C. cost. sent. del 13.01.2005, n. 62, ove la Corte afferma che: "Il livello e gli strumenti di tale collaborazione possono naturalmente essere diversi in relazione al tipo di interessi coinvolti e alla natura e all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte (...) solo a seguito di un infruttuoso tentativo di intesa sarebbe consentito allo Stato di avocare a sé le funzioni di competenza delle Regioni".

<sup>13</sup> Art.191 TFUEE il quale ha definito puntualmente gli obiettivi di politica ambientale nella salvaguardia, tutela e miglioramento dell'ambiente, tutela della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali. Sul punto S. MARCHESE, *Legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste riconosciute nel processo amministrativo e concetto giuridico di ambiente*, in *Riv. giur. Amb.*, 2002, 526.

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art.11 TFUE "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile" Il VI Programma di azione per l'ambiente dell'unione Europea, 2010 "Il nostro futuro la nostra scelta", dedica uno specifico capitolo all'integrazione delle tematiche ambientali nelle altre politiche. Il programma si prefigge, infatti, di promuovere "l'integrazione delle considerazioni ambientali in tutte le politiche comunitarie e contribuire a realizzare lo sviluppo sostenibile in tutta la Comunità attuale e futura, dopo l'allargamento". Esso "rappresenta una base della dimensione ambientale della strategia europea e contribuisce all'integrazione delle tematiche in tutte le politiche comunitarie, fissando fra l'altro per essa priorità ambientali". Sul punto, M. C. CAVALLARO, *Il principio dell'integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. italiana di dir. pubblico comunitario*, 2007, 467 secondo la quale "In altre parole, la tutela dell'ambiente passa attraverso la cura e la gestione di altri valori e principi dell'ordinamento, in parte vicini alle tematiche ambientali, come ad esempio la tutela della salute o il governo del territorio; altre volte apparentemente più distanti, come la disciplina dei trasporti o degli aiuti di Stato".

tà di configurare l'ambiente come vera e propria materia. Sarebbe, pertanto, più concreto inquadrare l'ambiente sotto una duplice valenza (come avviene in ambito comunitario)<sup>15</sup>: quella di "materia" ovvero di "setto-re"<sup>16</sup>, e quella di "valore generale"<sup>17</sup> capace di permeare di sé ogni altra azione e politica comunitaria che costituisce, a sua volta, un dovere inderogabile di solidarietà della generazione presente, in un ottica di sviluppo sostenibile<sup>18</sup>. La pronuncia in commento pone alla base della competenza statale la sussistenza di un interesse unitario alla regolazione e gestione della materia. In tal senso, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>19</sup>, il legislatore regionale può essere

<sup>15</sup> Si veda, sul punto, R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente tra Stato e regione: una "storia infinita"* in *Foro it.*, 2003, III, 692 ss.

<sup>16</sup> Artt. 3 e 191 TFUE.

<sup>17</sup> Sul punto, F.FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art.2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. Econ.*, 2002, 215 e P. MANTINI, *Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente*, in *Riv. giur. Amb.*, 2006, 207 secondo il quale "il bene ambiente diventa oggetto non solo di diritti ma anche di doveri, sia dello Stato sia dei cittadini, finanche in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale temporalmente proiettata nel futuro".

<sup>18</sup> In tal senso, uno dei principi base del diritto ambientale è quello della c.d. responsabilità intergenerazionale che vieta di traslare sulle generazioni future gli oneri conseguenti allo svolgimento di attività di cui beneficiano le generazioni attuali. La citata teorica, di cui Hans Jonas fu il principale antesignano, esplica le sue prime e concrete applicazioni in riferimento all'utilizzo di tecnologie, come quella nucleare, dalle conseguenze potenzialmente devastanti e irreversibili. In tema, v. *World Commission on Environment and Development, Our Common Future*, Oxford- New York, 1987, 295; nonché H. JOHNAS, *Das Prinzip verantwortung* (1979), trad. It., *Il principio di responsabilità, un'etica per la civiltà tecnologica*, Giappichelli, Torino, 1993. Per una ampia panoramica sui testi normativi di riferimento, v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Angeli, 2008. Il detto principio è stato elaborato dalla International Atomic Energy Agency quale principio fondamentale il quale richiede che "i rifiuti nucleari siano gestiti in maniera tale che l'impatto prevedibile sulla salute delle generazioni future non sia più grande dell'impatto accettabile attualmente" e che la loro gestione non comporti oneri indebiti per le generazioni future.

<sup>19</sup> Tra tutte, sent. C. cost. 14.10.2005, n. 383 secondo cui: "Nei casi di attrazione verso lo Stato di funzioni amministrative comprese in materie regionali occorre prevedere il raggiungimento di una forma di intese in

spogliato dalla capacità di disciplinare la funzione amministrativa attratta in sussidiarietà, a condizione che ciò si accompagni alla previsione di un'intesa in sede di esercizio della funzione, con cui poter recuperare un'adeguata autonomia che l'ordinamento riserva alla Regione privata di un proprio potere<sup>20</sup>. Il giudice costituzionale media tra l'esigenza di preservare interessi unitari e quella di salvaguardare le prerogative costituzionali delle Regioni, con la formula del "parere obbligatorio ma non vincolante". In nome della prevalenza dell'interesse ambientale si giustifica il potere del legislatore statale di disciplinare le forme di collaborazione, anche attraverso la scelta del grado di coinvolgimento delle Regioni in relazione ai profili connessi alla gestione, trattamento, stoccaggio e deposito dei rifiuti e del materiale radioattivo. Questa decisione si pone dunque sulla scia di una tendenza al "centralismo"<sup>21</sup> della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni in materia di energia e di tutela ambientale, in controtendenza, invece, ad un ottica collaborativa prevalsa nelle pronunce successive alla riforme

senso forte" ovvero di "atti a struttura necessariamente bilaterale e come tali non superabili con decisione unilaterale di una delle parti". La Corte, al fine di evitare situazioni di stallo, prevede che il legislatore possa adottare "procedure parzialmente innovative volte a favorire l'adozione dell'atto finale". Tali procedure, però, "non potranno in ogni caso prescindere dalla permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte".

<sup>20</sup> In tal senso, C. cost., sent. del 13.01.2005, n. 62 e del 14.10.2005, n. 383; sent. del 13.01.2004, n. 6; sent. del 25.9.2003, n. 303; sent. del 23.6.2010, n. 278.

<sup>21</sup> Detta tendenza viene, da ultimo, confermata, nella sent. del 26.01.2011, n. 33, in materia di VAS in cui la Corte stabilisce: "la competenza dello Stato per la disciplina della Valutazione Ambientale Strategica non può limitarsi alla fissazione di standard minimi di tutela ambientale, ma deve assicurare una "tutela adeguata e non riducibile". In tema, cfr. C. cost, sent. 9.6.2010, n. 221. Per ciò che concerne, invece, la normativa sulle attività connesse agli impianti nucleari a fine vita e sui rifiuti radioattivi, la Corte, in svariate pronunce (sent. 6.6.2005, n. 219; sent. del 13.1.2005, n. 50; sent. 11.3.2009, n. 88), ha sancito l'inesistenza di un dovere costituzionale al coinvolgimento delle istituzioni regionali, sempre motivata dalla esclusiva competenza statale in materia. Sul punto, R. BIN, *La legge regionale, tra rimaterializzazione delle materie, sussidiarietà e resurrezione dell'interesse nazionale*, in *Istituz. Fed.*, 2009, 453.



ma del 2001<sup>22</sup>. Il criterio della prevalenza degli interessi prende, pertanto, il posto del criterio collaborativo, in ragione del predominio della “materia” ambiente sugli interessi delle Regioni alla “*utilizzazione dell’ambiente*”<sup>23</sup>. La legge regionale censurata rientra nelle “*norme manifesto*” che oppongono un vero e proprio “*veto*” alle scelte statali rispetto alla collocazione dei rifiuti radioattivi, approvate sulla base di un principio di autosufficienza<sup>24</sup>. Sembra emergere, altresì, nelle decisioni citate, una particolare sensibilità e condivisione della Corte riguardo la preoccupazione del legislatore statale degli effetti causati dall’inerzia del legislatore regionale, anche rispetto alle conseguenti eventuali responsabilità dello Stato per impegni internazionali assunti. In particolare, con la “*Convenzione sulla sicurezza della gestione del combustibile usato e dei rifiuti radioattivi*”<sup>25</sup> l’Italia, quale Stato firmatario, si è obbligata all’ado-

<sup>22</sup> In tal senso, R. BIN, *Materie e interessi: tecniche di individuazione delle competenze dopo la riforma del titolo V*, Relazione al Convegno dal titolo: “*Dopo la riforma dell’art. 117 della Costituzione: problemi ed esperienze sulla competenza della materia agricoltura*”, Giuffrè, Milano, 2006, 15.

<sup>23</sup> La Corte ha utilizzato detta locuzione nella sent. del 5.11.2007, n.378, punto 4 motivazione, in cui fonda la distinzione tra competenze statali e regionali sulla separazione fra l’interesse alla conservazione dell’ambiente e gli interessi che riguardano l’utilizzazione dell’ambiente. In senso critico, A. GRAGNANI, *Le prospettive di codificazione del diritto ambientale in Italia e in Germania*, consultabile su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it). Secondo l’A. la distinzione non rifletterebbe neanche quelli che pacificamente dallo stesso giudice costituzionale sono considerati i compiti della legislazione ambientale.

<sup>24</sup> La gestione dei rifiuti radioattivi rappresenta uno degli aspetti più difficili da gestire della politica energetica nucleare, tanto da indurre le autorità statali a predisporre provvedimenti d’urgenza tra cui la nomina di un commissario delegato per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi contenuta nell’Ord.P.C.M. del 7.3.2003, n.3267. Con il d.l. del 14.11.2003, n. 314, conv. in l. del 24.12.2003, n.368, veniva individuato nel comune di Scanzano Jonico il luogo di collocazione idoneo per il deposito nazionale di immagazzinamento e smaltimento dei rifiuti radioattivi di II<sup>^</sup> e III<sup>^</sup> categoria.

<sup>25</sup> C.d Convenzione congiunta del 20.9.1994, nel cui preambolo, accanto ai principi di autosufficienza energetica sussistono principi come quelli di gestione sicura ed ecologicamente razionale dei rifiuti nucleari che “*font de cet instrument une Convention moderne*”.

zione di una politica di pianificazione anticipata, tesa all’oggettivazione delle scelte e fondata sia sulla previa fissazione dei parametri tecnici, che sulla verifica dell’elevata qualificazione tecnica dei soggetti titolari dei poteri di proposta, istruttori e decisori<sup>26</sup>. Il ribadito accentramento statale e l’unitarietà dell’esercizio del potere legislativo e amministrativo sarebbero sorretti, altresì, da ragioni di continuità nella gestione dei rifiuti radioattivi; predominanza dei principi di diritto ambientale e responsabilità dello Stato rispetto agli impegni assunti nelle sedi internazionali; oltre che la necessaria competenza tecnica dei soggetti impegnati in materia nucleare<sup>27</sup>. Detto ultimo principio (cd coordinamento tecnico) costituisce ulteriore legittimazione agli interventi statali aventi natura meramente tecnica nelle materie di competenza regionale, anche in deroga alle regole imposte dalla legalità in senso sostanziale.

<sup>26</sup> A livello di formazione interna, il d. lgs. del 17.3.1995, n. 230 in tema di *decommissioning*, all’art.7 lett a), rispetto all’attività di disattivazione di un impianto, riconosce alla pianificazione ed al coordinamento tra la fase di produzione e di disattivazione degli impianti un nodo cruciale per la messa in sicurezza del materiale nucleare.

<sup>27</sup> Il riferimento è all’Agenzia per la sicurezza nucleare, depositaria dal punto di vista tecnico decisionale di tutto il processo elettronucleare, oltre che anello di congiunzione tra la gestione dei rifiuti radioattivi nella fase di produzione dell’energia e quella di disattivazione degli impianti. In ragione di quanto raccomandato dai Safety standard adottati dall’International Atomic Energy Agency le Autorità nazionali incaricate della regolazione e del controllo della sicurezza degli impianti nucleari devono possedere un fondamentale requisito di base: l’indipendenza, ovverosia devono essere in grado di poter adottare decisioni tecniche orientate esclusivamente dalla preoccupazione per la sicurezza nucleare senza subire pressioni che possano inquinare tale interesse preminente. L’Autorità di regolazione ha il potere di imporre le proprie valutazioni agli altri soggetti pubblici coinvolti nel procedimento. Così, Safety Standard series GS-R-1: “*Legal and governmental Infrastructure for Nuclear, Radioactive Waste and Transport Safety*” paragraph 2.5: “*if other authorities, which many fail to meet the requirements of independence set out in item (2) of paragraph 2.2 are involved in granting of authorizations, it shall be ensured the safety requirements of the regulatory body remain in force and are not modified in the regulatory process*”.

## IL SECONDO DECRETO PER ROMA CAPITALE: L'ULTIMO?

del Dott. M. Zuppetta

*Il 6.4.2012 il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva il secondo decreto legislativo sul (nuovo) ordinamento per Roma Capitale*

4.6.2012 The Council of Ministers approved a final decree on the second (new) sort by Roma Capitale

*Sommario: 1. Premessa. 2. Riflessioni su alcune criticità. 3. Il decreto n. 61/2012: le "nuove" funzioni per Roma Capitale. 4. Né Comune, né Provincia, quasi, ma non ancora, città metropolitana.*

### 1.Premessa.

Il 6.4.2012 il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva il secondo decreto legislativo sul (nuovo) ordinamento per Roma Capitale<sup>1</sup>, il cui schema era stato presentato (e approvato) *in limine litis* il 21.11.2011<sup>2</sup>.

Il provvedimento, giunto all'approvazione finale dopo un lungo e tortuoso *iter*<sup>3</sup>, ha una

innegabile valenza, poiché consente di completare (*rectius* portare avanti) un progetto "*pensato*" per il nuovo ordinamento di Roma sin dalla riforma del 2001<sup>4</sup>, ma che, avviato con la l. delega n. 42 del 2009, ha mosso i primi passi solo con il decreto n. 156/2010 (assetto istituzionale)<sup>5</sup> e sembrerebbe ora pro-

<sup>1</sup> Trattasi del d. lgs. 18.4.2012, n.61 "*Ulteriori disposizioni recanti attuazione dell'art. 24 della l. 5.5.2009, n.42, in materia di ordinamento di Roma Capitale*", pubblicato sulla G. U. n.115 del 18/05/2012.

<sup>2</sup> Lo schema di tale decreto è stato approvato dal Governo Monti solo l'ultimo giorno utile per l'esercizio della delega legislativa (21.11.2011). Difatti, scaduto a maggio l'iniziale termine di 24 mesi fissato dalla l. n. 42/2009 (art. 2), lo stesso era stato prorogato di 6 mesi (con l. 8.6.2011, n.85) e la nuova scadenza era appunto il 21.11.; proprio in tale data, si riuniva per la prima volta il nuovo Governo tecnico che, tra i primi adempimenti ha incluso l'approvazione del decreto *de quo* per esigenze temporali (e non certo per via dell'oggetto).

<sup>3</sup> Il d. lgs. n.61/2012 è frutto del lungo e articolato procedimento che la l. n. 42 prescrive (art.2) per la formazione dei decreti legislativi attuativi della delega: dopo l'approvazione in via preliminare (21.11.2011), lo schema di decreto (corredato di Relazione tecnica, illustrativa e tecnico-normativa), è stato trasmesso alle Camere per il parere parlamentare; a seguire (19.1.2012), è stata siglata l'intesa della Conferenza Unificata Stato-Regioni-Autonomie locali; sono poi sopraggiunti (29.3.2012) i pareri (non obbligatori né vincolanti) delle Commissioni Bilancio di entrambe le Camere, nonché della Commissione parlamentare per

l'attuazione del federalismo fiscale (costituita il 17.3.2010 ai sensi dell'art. 3, l. n.42/2009); tornato in Consiglio dei ministri (2.4.2012), il testo è stato approvato in via definitiva il 6 aprile e pubblicato nella G.U. n.115 del 18.5.2012.

<sup>4</sup> È infatti all'art. 114 della cost., così come riformulato nel 2001 (co. 3: "*Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento*") che deve ricondursi l'avvio di una nuova "*stagione*" per Roma Capitale, avviata però solo con la l. delega n. 42 del 2009 e tuttora in corso.

<sup>5</sup> Il d. lgs. 17.9.2010, n.156 (pubblicato in G.U. n.219 del 18.9.2010), adottato in attuazione dell'art.24, della l. n. 42/2009, concerne esclusivamente la regolamentazione degli organi di governo di Roma, sicché in assenza di una disciplina concernente il trasferimento delle necessarie funzioni lo stesso rischiava di rimanere una "*scatola vuota*". Sul primo decreto approvato dal Governo in materia, cfr. B.CARAVITA, a cura di, *Roma Capitale. Gli effetti della riforma sul sistema delle autonomie territoriali del Lazio*, Roma, Carocci, 2010; A.STERPA, *Roma Capitale: la disciplina di una città tra globale, nazionale e locale*, in *Federalismo fiscale*, n.2/2010, 43ss. e sia consentito il rinvio a M. ZUPPETTA, *Roma capitale e il suo possibile "nuovo" ordinamento: città speciale o città metropolitana?*, in questa Rivista, n.3/2011, 28ss.

seguire con il recente provvedimento governativo che dispone in merito a: trasferimento delle (ulteriori) funzioni amministrative (già individuate dalla predetta l. delega<sup>6</sup>), modalità per il passaggio delle relative risorse umane e dei mezzi necessari per l'espletamento delle stesse, raccordi istituzionali, nonché forme di coordinamento e collaborazione con Stato, Regione Lazio e Provincia<sup>7</sup> nell'esercizio delle nuove funzioni. Ancora, circa l'aspetto finanziario, vengono adesso stabiliti i principi generali per l'attribuzione, alla città Capitale, di "un proprio patrimonio", nel rispetto di specifici principi e criteri direttivi (art. 24, 7°co.).

Approvato il d. lgs., sarà la Regione a dover adottare apposita legge con cui individuare le funzioni (di propria competenza) da affidare al Campidoglio<sup>8</sup>.

## 2. Riflessioni su alcune criticità.

Prima di procedere con l'analisi del testo, siano consentite due riflessioni preliminari su talune criticità del decreto.

La prima: non si comprende bene per quale ragione il Governo stabilisca che l'attribuzione delle "ulteriori funzioni amministrative" disposta dalla legge delega avvenga in due momenti distinti, con conseguente affidamento alla legge regionale della disciplina (*rectius* una sua parte) del futuro ordinamento di Roma capitale<sup>9</sup>.

La seconda riflessione concerne l'individuazione dell'ente territoriale di riferimento che, ancora una volta (come già nel decreto n.

<sup>6</sup> Concorso alla valorizzazione dei beni storici, artistici, ambientali e fluviali; edilizia pubblica e privata, sviluppo urbano e pianificazione territoriale, ecc

<sup>7</sup> In proposito, occorrerà adesso tener conto del d.l. n. 95/2012 (e successiva l. di conversione n. 135/2012) i cui artt.17ss. recano disposizioni in merito alla riduzione delle Province italiane (60 in meno rispetto alle attuali 110) e alla conseguente istituzione di ben 10 città metropolitane tra cui quella di Roma.

<sup>8</sup> Cfr.art. 1, co. 2, decreto n. 61/2012.

<sup>9</sup> Fortemente critico sulla scelta compiuta dal Governo in sede di redazione del decreto n.61/2012, A.DANESI, *La strana (e forse illegittima) seconda attuazione della delega su Roma Capitale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 25.1.2011, che evidenzia analiticamente i punti in cui il decreto si discosta dalla legge delega e dal dettato costituzionale.

156), sembra essere<sup>10</sup> l'attuale Comune capoluogo e non invece la più vasta città metropolitana, che (opportunamente) includerebbe i territori in cui si trovano le maggiori infrastrutture (Fiumicino, Ciampino, Civitavecchia). Anche tale opzione lascia perplessi.

Orbene, sul primo punto, se è vero che a giustificare la differenziazione potrebbe addursi la necessità di "rispettare" (*rectius* non mortificare) la piena autonomia regionale, disponendo a livello centrale delle sole funzioni amministrative statali (concernenti peraltro le materie che la legge delega aveva già provveduto ad indicare<sup>11</sup>) e rimettendo all'ente Regione la piena disponibilità delle proprie funzioni, è anche vero che il metodo prescelto è indubbiamente discutibile, in quanto il decreto, rinviando al provvedimento legislativo regionale il trasferimento (delle altre funzioni)<sup>12</sup>, non rispetta quanto statuito dal Parlamento che "abilita" a tale compito il solo Governo, peraltro a mezzo di una procedura partecipata<sup>13</sup> e assai complessa<sup>14</sup> che nulla ha

<sup>10</sup> Nonostante infatti il Governo utilizzi una diversa formula ("Roma Capitale", "ente") è innegabile che, di fatto, si tratti dello stesso Comune di Roma.

<sup>11</sup> Trattasi delle seguenti funzioni: a) concorso alla valorizzazione dei beni storici, artistici, ambientali e fluviali, previo accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali; b) sviluppo economico e sociale di Roma capitale con particolare riferimento al settore produttivo e turistico; c) protezione civile.

<sup>12</sup> Spetta infatti alla Regione procedere con propria legge (da adottarsi entro 90 gg dall'entrata in vigore del decreto governativo), al conferimento delle ulteriori funzioni di cui al co. 3 dell'art. 24 della l. n. 42/2009 e cioè: a) sviluppo urbano e pianificazione territoriale; b) edilizia pubblica e privata; c) organizzazione e funzionamento dei servizi urbani, con particolare riferimento al trasporto pubblico ed alla mobilità.

<sup>13</sup> La legge delega stabilisce infatti che con apposito decreto governativo (uno o più) siano trasferite le funzioni a Roma Capitale sentiti Regione Lazio, Provincia e Comune di Roma, in aggiunta all'intesa raggiunta in Conferenza unificata e al parere della Commissione bicamerale. Tale procedura "partecipata" stride decisamente con quella di adozione della legge regionale che, notoriamente, non coinvolge altro ente all'infuori della Regione.

<sup>14</sup> E' stato infatti evidenziato che mentre la Regione parteciperebbe all'elaborazione di entrambi gli atti (decreto governativo e legge regionale), lo Stato non avrebbe alcun titolo per partecipare alla formazione della legge della Regione (A.DANESI, *La strana (e forse illegittima)...*, cit., 13).

a che vedere con il procedimento di adozione della legge regionale. Inoltre, così disponendo, il decreto legislativo contrasta con i principi costituzionali che tradizionalmente disciplinano la delega legislativa.

Quanto all'altra riflessione (ente di riferimento), va detto che l'opzione prescelta deve ritenersi se non altro poco opportuna, posto che proprio in sede di distribuzione delle funzioni si sarebbe dovuto includere nell'area di riferimento tutti quei territori limitrofi in cui sono ubicati i principali "servizi" della capitale<sup>15</sup> e non già solo l'attuale Comune di Roma; una siffatta soluzione si palesa peraltro foriera di diverse complicazioni, stante anche la difficoltà di ipotizzare la convivenza, su di un medesimo territorio di Comune, Città metropolitana e Provincia<sup>16</sup>. Vero è però che attualmente il "problema" dell'interferenza

<sup>15</sup> Tale circostanza rappresenterebbe il limite di entrambi i decreti, i quali hanno "creato" una "Roma Capitale ...che continua a non avere tutti i comuni dell'hinterland interessati allo sviluppo della capitale e titolari delle infrastrutture". Così, espressamente, S.MANGIAMELI, *Roma Capitale. Il costituzionalista: ecco tutti i limiti di questo decreto*, in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net), 22.11.2011.

<sup>16</sup> Da tempo annunciata, l'abolizione delle Province ha visto la luce con il d.l. 6.12.2011 (c.d. decreto salva-Italia), convertito in l. 22.12.2011, n.214, il cui art.23 prevede appunto lo "svuotamento" delle Province, mediante una drastica riduzione delle relative funzioni (trasferite ai Comuni con legge statale e regionale a seconda delle rispettive competenze, salva l'esigenza dell'esercizio unitario), nonché un radicale mutamento dell'assetto di governo (abolizione della giunta provinciale e mutamento dei sistemi di elezione di Consiglio e Presidente). Tale previsione necessitava di ulteriori ritocchi e soprattutto di una puntuale disciplina; il più recente d.l. 6.7.2012, n.95 (convertito in legge 7.8.2012, n.135) detta appunto disposizioni circa il riordino delle Province italiane nell'ambito di una disciplina di razionalizzazione e riduzione delle spese onde conseguire gli obiettivi di finanza pubblica impostici dall'Europa (c.d. secondo decreto *spending review*). "Tutte le province delle regioni a statuto ordinario esistenti ...sono oggetto di riordino", sono fatte salve solo quelle nel cui territorio si trova il Comune capoluogo di Regione, nonché quelle confinanti solo con province di regioni diverse da quelle di appartenenza e con una di quelle coincidenti con le future città metropolitane. Le funzioni provinciali sono trasferite con legge statale ai Comuni, salvo quelle di programmazione e coordinamento delle regioni nelle materie di legislazione esclusiva statale e residuale e quelle esercitate per il principio di sussidiarietà (art. 17).

tra le funzioni dei citati enti territoriali dovrebbe essere in via di risoluzione, quantomeno con riferimento all'ente provinciale, pur tuttavia, fino a che il quadro non sarà definito e definitivo, il rischio sussiste<sup>17</sup>.

### 3. Il decreto n. 61/2012: le "nuove" funzioni per Roma Capitale.

Il tanto atteso decreto legislativo sull'assegnazione di funzioni e risorse, indispensabile per "dare vita" all'ordinamento speciale di Roma capitale, si compone di 14 articoli, ordinati in sei capi concernenti i diversi ambiti<sup>18</sup>; tuttavia, è nel primo capo ("*Disposizioni generali*"), composto di quattro articoli, che si rinvergono i tratti salienti della nuova normativa, nonché una significativa novità.

In apertura, dopo essersi ribadita la transitorietà (allo stato quanto mai effettiva) dell'intera disciplina, per via della istituenda città metropolitana di Roma capitale<sup>19</sup>, si prevede (del tutto inopinatamente<sup>20</sup>) che al con-

<sup>17</sup> Al momento (9.2012) il riordino delle Province non è ancora in atto, posto che allo stesso si dovrà provvedere entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione (pubblicata sulla G.U. n.189 del 14.8.2012), su proposta delle Regioni, contestualmente alla ridefinizione delle città metropolitane. Nel medesimo decreto si prevede infatti altresì l'istituzione di dieci città metropolitane con conseguente soppressione delle province del relativo territorio (art.18); tra queste, quella di Roma, sicché è molto probabile che l'entrata in funzione di Roma capitale possa coincidere con l'istituzione (finalmente) della relativa città metropolitana. In questo modo si riuscirebbe ad evitare le problematiche derivanti dalla potenziale sovrapposizione di funzioni tra enti territoriali distinti e, indubbiamente, se ne ricaverà una disciplina di più ampio respiro, come si conviene ad una metropoli Capitale.

<sup>18</sup> Capo I "*Disposizioni generali*"; Capo II "*Beni Storici, Ambientali e Fluviali*"; Capo III "*Sviluppo economico e sociale con particolare riferimento al settore produttivo e turistico*"; Capo IV "*Protezione civile*"; Capo V "*Disposizioni in materia di organizzazione*"; Capo VI "*Disposizioni finanziarie e finali*".

<sup>19</sup> "...fino all'istituzione della città metropolitana di Roma capitale..." art.1, co.1, tale evenienza non sembra più essere tanto peregrina.

<sup>20</sup> Tale previsione è infatti di esclusiva iniziativa governativa, non disponendo invece nulla in tal senso la legge delega il cui art. 24 stabilisce semplicemente che si attribuiscono a Roma capitale talune funzioni attualmente di competenza statale (elencate) e si



ferimento delle ulteriori funzioni amministrative di competenza non statale si possa provvedere con legge regionale<sup>21</sup>. Ebbene, l'introduzione di una simile possibilità, assolutamente non contemplata nella legge delega, è, come già accennato, di difficile comprensione, tanto nel merito (opportunità dell'intervento), quanto nella forma, posto che nonostante la si prospetti come ipotesi ("...con l.reg. ... possono essere conferite"), sembra essere questa l'unica via per conferire funzioni ulteriori a quelle statali.

A seguire, si sottolinea il significativo (ed impegnativo) ruolo di Roma quale capitale della Repubblica, evidenziandosi i maggiori oneri (ma anche i benefici) economici che ne conseguono e rinviandosene la determinazione ad un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi previa deliberazione del Consiglio medesimo, la cui quantificazione deve essere elaborata da più organi tecnici a ciò espressamente deputati<sup>22</sup>.

Orbene, la previsione di una concertazione, già in questa sede, introduce quello che sembra essere il tratto caratterizzante l'intero decreto: l'opportunità-necessità di scelte ampiamente concordate, tra tutti i livelli di governo, in ossequio al principio costituzionale di leale collaborazione (che già permea la legge delega<sup>23</sup>), probabilmente per garantire il miglior assetto delle molteplici funzioni imputate a Roma nell'impegnativa qualità di Capitale della Repubblica.

---

prevede la possibilità di trasferimenti ulteriori, alla luce del principio di sussidiarietà, senza tuttavia fare alcun cenno all'utilizzo della legge regionale ("... ulteriori funzioni conferite dallo Stato e dalla Regione Lazio, ai sensi dell'art.118, co. 2, della Costituzione").

<sup>21</sup> "...con legge regionale, sentiti la Provincia di Roma e Roma Capitale, possono essere conferite a quest'ultima ulteriori funzioni amministrative nell'ambito delle materie di competenza legislativa della Regione" (art. 1, co. 2).

<sup>22</sup> "L'onere ... è quantificato su proposta elaborata dalla Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale, che si avvale della collaborazione dell'Istat e dell'istituto per la finanza e l'economia locale IFEL e adottata dalla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica" (art. 2, co. 2).

<sup>23</sup> Basti pensare alla complessa procedura prescritta per l'adozione di tutti i decreti legislativi attuativi, peraltro pedissequamente osservata anche per il decreto che ci occupa (cfr. nota 3).

Devono ritenersi in perfetta linea con l'esigenza di scelte congiunte, sia la previsione concernente la stipula di "apposita intesa istituzionale di programma con la Regione Lazio e le amministrazioni centrali competenti" in sede di programmazione pluriennale degli interventi nel territorio di Roma capitale (art.3), sia l'istituzione di un'apposita sessione nell'ambito della Conferenza Unificata, onde assicurare il "raccordo istituzionale tra Roma capitale, lo Stato, la Regione Lazio e la Provincia di Roma", in vista dell'esercizio delle nuove funzioni conferite alla Capitale (art. 4); degna di nota in proposito, la circostanza che la sede prescelta per i raccordi istituzionali sia proprio quella istituzionalmente deputata al confronto ed alla leale collaborazione tra i diversi livelli di governo. Ancora, stante la "nuova" configurazione di Roma e le ulteriori funzioni, si prevede altresì la partecipazione (apparentemente obbligatoria<sup>24</sup>) del Sindaco della capitale, come componente, ad ogni riunione della Conferenza Unificata avente ad oggetto questioni concernenti Roma (art. 4).

Le nuove funzioni riguardano essenzialmente la valorizzazione e la tutela dei beni storici, artistici, paesaggistici, ambientali e fluviali presenti in Roma<sup>25</sup>. In particolare, con riferimento ai beni storici e artistici, al fine di assicurare il concorso alla loro valorizzazione è istituita la "Conferenza delle Soprintendenze ai beni culturali del territorio di Roma capitale", con funzioni di coordinamento delle attività di valorizzazione della Sovrintendenza ai beni culturali di Roma e degli organi centrali e periferici del Ministero territorialmente competenti. Tale previsione rileva in quanto con essa il Governo dà puntuale attuazione al dettato legislativo, atteso che in sede di attribuzioni di ulteriori funzioni amministrative a Roma capitale, con riferimento ai beni culturali la legge delega espressamente

---

<sup>24</sup> Sul punto, invero, la norma è piuttosto sibillina, poiché non si esprime né in termini di possibilità, né di doverosità, bensì considera acquisita tale partecipazione, dandola dunque per scontata "... alle sedute della stessa (conferenza unificata) partecipa, quale componente, il Sindaco di Roma capitale" (art. 2, co. 2).

<sup>25</sup> Cfr. Capo II (artt.3-7) del decreto.

prevede, l'attribuzione di quella di "concorso alla valorizzazione ... previo accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali"<sup>26</sup>; il Legislatore, insomma, pur conferendo a Roma ulteriori funzioni (e responsabilità) non ha ritenuto di affidarle *in toto* quella di valorizzazione dell'intero patrimonio insistente sul suo territorio, probabilmente in considerazione del fatto che si tratti di patrimonio "statale" la cui tutela e conservazione (*rectius* valorizzazione) deve essere gestita e coordinata al "centro" (Ministero), ma affidata in concorso a più entità.

La Conferenza delle Soprintendenze si occupa sia del piano degli interventi di valorizzazione più importanti aventi ad oggetto i beni caratterizzanti l'immagine di Roma, sia del rilascio di autorizzazioni, nullaosta e pareri necessari per gli interventi stessi. Ogni attività della citata Conferenza (definizione di strategie e obiettivi, nonché stipula di accordi per la valorizzazione, funzioni di coordinamento) deve svolgersi nel rispetto del principio di leale collaborazione.

Roma capitale è chiamata a svolgere le funzioni amministrative di concorso alla valorizzazione dei beni storici e artistici presenti sul suo territorio e appartenenti allo Stato, previo accordo con il Ministero e secondo le modalità operative definite dalla Predetta Sovrintendenza.

Restano esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina, i compiti e le attività correlati con i beni amministrati dal Fondo edifici di culto (FEC).

Degna di nota l'attenzione ai beni paesaggistici (ambientali e fluviali), con molteplici obiettivi: dal risanamento e migliore utilizzo dei fiumi Aniene e Tevere e magari alla navigabilità di quest'ultimo, alla realizzazione e recupero di parchi naturali per il tempo libero e non solo; dagli interventi di recupero edilizio ed igienico-sanitari delle zone più disastrose (periferia), a quelli per la dotazione di servizi e infrastrutture; dall'attività di potenziamento dei centri di ricerca esistenti, a quella di realizzazione di nuove strutture funzionali ad accrescere la conoscenza del paesaggio. In tal senso, sono conferite a Roma capi-

tale le funzioni di individuazione delle riserve statali non collocate nei parchi nazionali di cui le viene affidata la gestione; tutte le altre funzioni (definizione delle politiche di tutela e valorizzazione del paesaggio; definizione di indirizzi e criteri riguardanti le attività di tutela, pianificazione, recupero, riqualificazione e valorizzazione del paesaggio, nonché gestione dei relativi interventi; formazione ed educazione; vigilanza sui beni per cui il codice prescrive forme di tutela) sono conferite a Roma Capitale in concorso con il Ministero e gli altri enti preposti (art. 7).

Quanto allo sviluppo economico e sociale, le funzioni conferite riguardano principalmente le fiere e il turismo<sup>27</sup> e se ne prevede l'esercizio coordinato. In particolare, per le fiere, sono conferite a Roma capitale le funzioni di coordinamento dei tempi di svolgimento delle relative manifestazioni di rilevanza nazionale ed internazionale promosse sul suo territorio; in materia di turismo, è previsto che per la promozione all'estero, Roma capitale operi in coordinamento con Stato e Regione, mentre per la definizione delle attività di ambito nazionale il Sindaco di Roma partecipi alla Conferenza nazionale per il turismo; inoltre, è stabilito che il documento contenente le linee guida del piano strategico nazionale contenga "una sezione per la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico di Roma capitale". All'attuazione delle predette linee guida provvedono congiuntamente organi centrali e periferici.

In materia di protezione civile, sono conferite alla Capitale le funzioni amministrative concernenti l'emanazione di ordinanze per l'attuazione di interventi di emergenza, mentre restano ferme le funzioni del prefetto di Roma.

Con propri regolamenti, la Capitale provvede poi a disciplinare, in conformità allo statuto, l'ordinamento generale di uffici e servizi e del personale; trattasi di potestà normativa da esercitarsi nel rispetto delle norme vigenti in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Infine, la Giunta capitolina provvede a definire la dotazione

<sup>26</sup> Così l'art. 24, co. 3, lett. a), l. n.42/2009.

<sup>27</sup> Capo III, "Sviluppo economico e sociale con particolare riferimento al settore produttivo e turistico" (artt. 8 e 9).



organica in ragione dell'acquisizione e dello sviluppo delle funzioni conferite a Roma capitale.

Alle disposizioni finanziarie è infine dedicato l'ultimo capo del decreto (artt.12-14); da segnalare, la disposizione relativa al trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie all'esercizio delle funzioni amministrative conferite, cui si dovrà provvedere con atti distinti: decreti (uno o più) del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro interessato, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per la pubblica amministrazione e la semplificazione (da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del decreto medesimo<sup>28</sup>), ma altresì l. reg., per le risorse necessarie all'adempimento delle ulteriori funzioni concernenti le materie di competenza regionale (art. 14).

Infine, presso la Presidenza del consiglio è istituito un tavolo di raccordo istituzionale tra Stato, Regione Lazio, Provincia di Roma e Roma capitale, con funzioni di coordinamento e monitoraggio, circa le funzioni trasferite.

#### **4. Né Comune, né Provincia, quasi, ma non ancora, città metropolitana.**

Scorrendo l'elenco delle ulteriori sopra citate funzioni oggi conferite a Roma Capitale, tese a potenziare quelle di cui era titolare il preesistente ente comunale, onde istituire una "nuova" realtà territoriale in grado di far fronte alle esigenze e responsabilità proprie di una Capitale, si evince con assoluta chiarezza che queste coincidano nella maggior parte con quelle proprie della città metropolitana (pianificazione territoriale, programmazione generale degli interventi nell'area interessata, tutela e valorizzazione dell'ambiente e dei beni culturali, tutela del suolo e delle risorse idriche), entità conosciuta (invero senza fortuna) nel lontano 1990<sup>29</sup>, proprio per gestire le

<sup>28</sup> Ancora un rinvio dunque, che ritarderà ulteriormente il funzionamento del nuovo ente.

<sup>29</sup> La città metropolitana, entità da tempo auspicata nel nostro ordinamento, quale governo sovracomunale in cui si articola l'Area metropolitana, era stata introdotta già con la l. n.142 del 1990, disciplinata dal d. lgs n. 267 del 2000, fino a ricevere copertura costituzionale con la riforma del titolo V.

grandi aree urbane sovracomunali.

Del resto, che a Roma capitale "spettino" funzioni ultracomunali o, comunque, compiti ulteriori rispetto a quelli assegnati agli ordinari comuni della Repubblica e che la stessa abbia i caratteri della Città Metropolitana è pacifico<sup>30</sup>. In tal senso, infatti, il Legislatore italiano si era già mosso in passato<sup>31</sup>, prima che la novella costituzionale del 2001 stabilisse l'opportunità di definire (con legge della Repubblica) un ordinamento speciale per la Capitale, dettando disposizioni speciali e specifiche per conferire a Roma funzioni adeguate (riqualificazione del tessuto urbano e sociale delle zone periferiche; conservazione e valorizzazione del patrimonio storico-artistico; tutela dell'ambiente e del territorio con risanamento dei principali fiumi), al ruolo storicamente ed istituzionalmente assegnato.

Se dunque la consapevolezza della difficoltà di gestire una realtà comunale "diversa" dalle altre è risalente, le recenti disposizioni sembrano costituire semplicemente il punto di arrivo di un progetto antico che non poteva più essere trascurato. Ed allora, è anche probabile che a motivare i recenti tentennamenti e ritardi (ragioni politiche a parte) sia stata proprio la necessità di pervenire alla realizzazione del nuovo ordinamento per Roma Capitale una volta per tutte, senza "passare" per realtà intermedie ed indefinite, istituendo un ente (la città metropolitana appunto) immediatamente in grado di gestire una grande area, siccome dotata dei necessari strumenti, mezzi e funzioni, senza interferenze con altri livelli di governo sovrapponibili.

<sup>30</sup> Così, in sede di elaborazione del primo decreto su Roma Capitale, scrive V. CERULLI IRELLI, *L'ordinamento di Roma Capitale*, in una Nota per la Commissione istituzionale per Roma Capitale; "l'ente di governo di Roma ... non può che essere metropolitano, cioè non un comune, né una provincia, ma appunto una Città Metropolitana"; l'ambito territoriale deve pertanto comprendere oltre che il territorio dell'attuale comune di Roma, quelli dei comuni limitrofi o comunque territorialmente connessi, legati a Roma da stretti rapporti di integrazione territoriale e funzionale. In [www.astridon-line.it](http://www.astridon-line.it)

<sup>31</sup> Ci si riferisce alla l. 15.12.1990, n. 396 (*"Interventi per Roma, capitale della Repubblica"*), composta di 10 articoli, tesi a disciplinare interventi funzionali all'assolvimento, da parte di Roma, del ruolo di Capitale della Repubblica.

E' pertanto auspicabile che il potenziamento delle funzioni di Roma, suffragato dall'istituzione della relativa città metropolitana (con conseguente soppressione della Provincia), consenta finalmente alla Capitale d'Italia di svolgere il ruolo che le compete e che suo malgrado ricopre; in tal senso, sarà essenziale l'interagire dei diversi livelli di governo (Stato, Regione e città metropolita-

na), creando nuovi equilibri e collaborazioni.

Per tutto questo occorre ancora del tempo, tuttavia è innegabile che la "nuova" realtà territoriale possa costituire un punto di forza per l'intera Regione Lazio, rappresentare un modello di cooperazione tra enti territoriali e, magari, consentire alla città di Roma di assurgere al ruolo di Capitale europea al pari di Parigi, Londra, Madrid e Berlino.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.7.2012, n. 4057  
**Comuni e province - art. 46, co. 4, d. lgs. 18.8.2000 n. 267 - potere di revoca assessori – discrezionalità del Sindaco - obbligo di comunicazione al consiglio comunale decisione di revoca – sussiste - revoca assessori - comunicazione avvio procedimento ex art. 7 l. 7.8.1990 n. 241 - necessità - insussistenza.**

*La lettera della disposizione di cui all'art. 46, co. 4, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, secondo cui nell'ordinamento generale degli enti locali "il sindaco e presidente della provincia possono revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al consiglio", non consente un'interpretazione della norma che limiti il potere di revoca; infatti, se spetta al Sindaco la scelta dei componenti (di tutti i componenti) della Giunta, non vi è alcuna ragione per escludere che il Sindaco possa procedere con contrarius actus alla revoca ed alla conseguente sostituzione di alcuno o di tutti gli assessori precedentemente nominati. Il legislatore ha introdotto, infatti, uno stretto rapporto tra il Sindaco, che trae direttamente la propria investitura dalla base elettorale e i membri della Giunta, che si presentano come suoi collaboratori e che da lui stesso trovano la loro fonte di legittimazione; pertanto, se, da un lato, il provvedimento di revoca dell'incarico di assessore ha natura ampiamente discrezionale, potendo essere motivato dalle più ampie valutazioni di opportunità politico - amministrativa, dall'altro, rimane comunque fermo l'obbligo di comunicare al Consiglio Comunale la decisione di revocare l'Assessore ex art. 46 co. 4, d.lgs. 18.8.2000 n. 267, atteso che il Consiglio Comunale potrebbe revocare la fiducia all'esecutivo per il venir meno del rapporto di fiducia fra il Sindaco e la Giunta nella sua interezza. La valutazione degli interessi coinvolti nel procedimento di revoca di un assessore ex art. 46, co. 4, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, è rimessa in via esclusiva al Sindaco, cui compete in autonomia la scelta delle persone di cui avvalersi per l'amministrazione dell'ente e che possono essere anche esterne al consiglio comunale (c.d. assessori tecnici), salvo poi rimettere al Consiglio comunale quale organo di indirizzo e di controllo dell'Ente la valutazione di merito*

*delle scelte operate dal Sindaco; pertanto, il procedimento di revoca dell'incarico assessorile di cui all'art. 46, co. 4, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, necessariamente improntato alla semplificazione, per evitare l'insorgere o il prolungarsi di una crisi politica nell'ambito dell'amministrazione comunale, non richiede che l'avvio di tale procedimento debba essere comunicato all'interessato, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, atteso che egli non può opporvisi e quindi la sua partecipazione diventa recessiva in un quadro normativo in cui ogni valutazione è rimessa in modo esclusivo al Sindaco.*

Con questa pronuncia il Consiglio di Stato è tornato ad occuparsi del potere di revoca degli assessori di enti territoriali, di cui all'art. 46 d. lgs. 18.8.2000, n. 267 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"), sia sotto il profilo della natura dell'atto che ne costituisce esercizio, sia delle garanzie procedurali che devono essere garantite ai destinatari di tali provvedimenti. In particolare, nella fattispecie era accaduto che un Sindaco aveva revocato l'incarico ad un assessore, il quale provvedeva ad impugnare il relativo provvedimento davanti al TAR, rilevandone: la carenza di motivazione, il difetto di istruttoria, la mancata comunicazione di avvio del procedimento e la violazione dell'art. 46 TUEL. Il TAR accoglieva il ricorso ritenendo sussistente il difetto di motivazione. Il Comune proponeva appello. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello confermando l'orientamento secondo cui il provvedimento di revoca dell'incarico di assessore ha carattere discrezionale ed è sottoposto soltanto ad un obbligo di necessaria comunicazione al Consiglio Comunale dei motivi che ne costituiscono il fondamento. Al riguardo è stato ribadito che il potere del Sindaco di nominare e revocare i membri della Giunta si fonda sul presupposto che egli, in quanto "eletto direttamente dai cittadini, è il responsabile del governo locale" e, quindi, il soggetto al quale vengono imputati i risultati dell'amministrazione e che: "da ciò consegue la rilevanza del permanere del rapporto di fiducia tra il Sindaco e la Giunta nella sua interezza nei confronti del Consiglio comu-

nale che può a sua volta revocare la fiducia all'esecutivo" (Red. Alessandra Farruggio).

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.7.2012, n. 4063

**Comuni e province - operazioni elettorali rinnovo consiglio comunale - ballottaggio - dissolvimento originaria coalizione - meccanismo della prededuzione ex art. 73, co. 11, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 - rilevanza dei collegamenti fra liste e candidati sindaci effettuati per il primo turno elettorale - differenza rispetto alla procedura di proclamazione - ripartizione dei seggi fra le liste apparentate in vista del ballottaggio - meccanismo ex art. 73, coo. 8, 9 e 10 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267.**

**Ballottaggio - dissolvimento della originaria coalizione - meccanismo della prededuzione ex art. 73, co. 11, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 - applicabilità.**

**Ballottaggio - meccanismo della prededuzione ex art. 73, co. 11, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 - art. 2 Cost - compatibilità.**

*Il meccanismo della prededuzione di cui all'art. 73, co. 11, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, operando a valle del riparto dei seggi fra le liste, prende a base i gruppi originari presentatisi al primo turno in modo che ciascun candidato sindaco non eletto riceva il seggio di consigliere a carico della propria lista (o gruppo di liste) a lui collegate nel primo turno elettorale; viceversa, la diversa ed antecedente fase della procedura di proclamazione, incentrata sulla ripartizione dei seggi fra le liste apparentate in vista del ballottaggio, è disciplinata dal differente meccanismo enucleabile dai coo. 8, 9 e 10 dell'art. 73 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267: la ripartizione dei seggi, in questo caso, va effettuata tenendo inderogabilmente conto degli apparentamenti successivi al primo turno, sicché le diverse liste finiscono, a tal fine, per essere considerate come un unico nuovo gruppo, senza distinzione fra quelle originarie e quelle apparentatesi successivamente.*

*Che il meccanismo della prededuzione debba trovare applicazione anche nell'ipotesi del c.d. "dissolvimento" della originaria coalizione discende: a) dal tenore testuale della norma (co. 11 dell'art. 73 d. lgs. 18.8.2000 n.267) che non prende in considerazione tale evenienza; b) dalla ratio della medesima norma; c) dalla circostanza che, applicandosi il meccanismo della prededuzione anche nel caso del "dissolvimento", non si intacca il principio della attribuzio-*

*ne del premio di maggioranza ai fini della migliore governabilità dell'ente: il consigliere proclamato in virtù della prelazione legale, infatti, è estratto dalle liste che, al secondo turno, hanno appoggiato il sindaco vincitore condividendo con lui il programma politico; anzi, trattandosi dei candidati sindaci di lista (o di coalizione), che, pur non eletti, hanno operato la scelta di apparentamento, sono maggiormente rappresentativi dell'in idem sentire politico istituzionale rispetto al sindaco eletto.*

*La regola secondo la quale il candidato sindaco deve essere proclamato consigliere in prededuzione alla coalizione per come espressa al primo turno senza tener conto delle diverse opzioni fatte da alcune liste che, pur non portando al dissolvimento della coalizione, hanno tuttavia operato un diverso apparentamento, è coerente con i principi costituzionali di probità, lealtà, serietà e, in ultima analisi, solidarietà, che promanano dall'art. 2 della Costituzione.*

*Nella fattispecie era accaduto che due delle cinque liste che in sede di primo turno avevano appoggiato un candidato sindaco, poi, non eletto, in vista del ballottaggio, anziché mantenere una posizione neutrale, avevano deciso di sostenere uno dei due candidati, alla fine della competizione non risultato vincitore. A questo punto si pose il problema se l'assegnazione dei seggi poteva avvenire in favore del candidato sindaco non vincitore in sede di primo turno e, quindi, non ammesso al ballottaggio, "facendo riferimento ai gruppi di liste così come configurati al primo turno elettorale", oppure, se si doveva tenere conto degli apparentamenti formati in vista del ballottaggio. Il Consiglio di Stato ha risolto tale questione ai sensi dell'art. 73, co. 11, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, disponendo che l'attribuzione del seggio al candidato sindaco non risultato eletto al primo turno doveva avvenire "a carico della propria lista (o gruppo di liste) a lui collegate nel primo turno elettorale" e, quindi, non a carico delle sole tre liste rimaste fedeli all'originario progetto politico, ma di tutte e cinque le liste, che al primo turno lo avevano appoggiato. Infatti, il co. 11 dell'art. 73 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 è chiaro nell'affermare che "una volta determinato il numero dei seggi spettanti a ciascuna lista o gruppo di liste collegate, sono in primo luogo proclamati eletti alla carica di consigliere i candidati alla carica di sindaco, non risultati eletti, collegati a ciascuna lista che abbia ottenuto almeno un seggio. In caso di collega-*



mento di più liste al medesimo candidato alla carica di sindaco risultato non eletto, il seggio spettante a quest'ultimo è detratto dai seggi complessivamente attribuiti al gruppo di liste collegate" (Red. Alessandra Farruggio).

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.5.2012, n. 2748  
**Comuni e province - Sindaco - ordinanze contingibili ed urgenti - artt. 50 e 54 TUEL - impugnazione - ritualità del contraddittorio - notifica del ricorso alla sola amministrazione comunale.**

*In caso di impugnazione di ordinanze contingibili ed urgenti, adottate dal Sindaco in qualità di ufficiale di governo, il contraddittorio deve ritenersi ritualmente instaurato quando il ricorso sia stato notificato alla sola amministrazione comunale presso la sede municipale e non invece presso l'Avvocatura dello Stato, atteso che, pur nell'esercizio di funzioni statali il Sindaco rimane incardinato presso l'ente locale, con conseguente imputazione a quest'ultimo degli effetti del provvedimento emanato all'esito di un procedimento avviato, istruito e concluso interamente all'interno dell'amministrazione comunale.*

Nella fattispecie in commento il CdS è stato chiamato a pronunciarsi sull'impugnativa di una sentenza del TAR Campania, con la quale veniva respinto il ricorso presentato dalla Regione Campania avverso alcune ordinanze del Comune di Marcianise. Nella specie, si trattava di ordinanze contingibili ed urgenti ex artt. 50 e 54 TUEL, con le quali l'amministrazione comunale intimava alla Regione di mettere in sicurezza e rimuovere alcuni rifiuti abbandonati da ignoti su un'area di sua proprietà. Ebbene, il Giudice di primo grado dichiarava improcedibile per carenza di interesse il ricorso avverso una delle ordinanze, mentre accoglieva i motivi aggiunti proposti nei confronti di tutte le altre ordinanze impugnate. Avverso la decisione del TAR Campania proponeva appello il Comune di Marcianise. Quest'ultimo eccependo la nullità della sentenza, deduceva che trattandosi di ordinanze contingibili ed urgenti ossia di provvedimenti adottati dal Sindaco in qualità di ufficiale di governo, il ricorso avrebbe dovuto essere notificato al Sindaco presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato e non nella sede muni-

cipale. Sul punto, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto di doversi uniformare ad una costante giurisprudenza del CdS, in base alla quale, in caso di impugnazione di un provvedimento contingibile ed urgente, adottato dal Sindaco quale ufficiale di governo, è escluso che il relativo ricorso giurisdizionale debba essere notificato presso l'Avvocatura dello Stato. Il CdS ha infatti più volte affermato che quando il Sindaco, nell'adempimento delle sue funzioni, agisce quale ufficiale di governo, opera un fenomeno di imputazione giuridica allo Stato degli effetti dell'atto dell'organo comunale, in virtù del quale il Sindaco non diventa un organo dello Stato, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, senza che il suo status risulti modificato (CdS, V, 13.8.2007, n. 4448; CdS, V, 12.11.2003, n. 7266); ne consegue che, l'esigenza di notificare il ricorso giurisdizionale nei confronti del Sindaco presso la sede municipale è del tutto coerente con le caratteristiche del procedimento amministrativo, che si conclude con l'atto sindacale istruito, redatto ed emesso dagli uffici dell'amministrazione comunale. Pertanto, alla luce di quanto illustrato, il Collegio rigettando l'appello proposto dal Comune di Marcianise, ha confermato la sentenza del TAR Campania (Red. Fabiana Misino).

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.4.2012, n. 2485  
**Comuni e province - candidatura carica consigliere comunale - esclusione per incompatibilità ex art. 58, co. 1, lett. c), d. lgs. 18.08.2000 n. 267 - ambito di operatività art. 58, co. 1, lett. c), d. lgs. 18.8.2000 n. 267.**  
*L'art. 58, co. 1, lett. c), d.lgs. 18.08.2000 n. 267 contiene una norma di chiusura, volta ad includere nell'area della norma inabilitante, aperta e residuale, tutti i comportamenti non specificamente previsti, ma ugualmente lesivi dell'interesse protetto, con la conseguenza che la predetta causa ostativa impedisce l'assunzione di pubblici uffici elettivi da parte di soggetti che a qualsiasi titolo siano rimasti implicati, con una condotta penalmente rilevante, nella commissione di illeciti penali commessi con abuso di poteri e violazione di doveri inerenti ad una pubblica funzione e ad un pubblico servizio.*

Nella specie, il CdS ha ritenuto legittima l'esclusione dalla candidatura alla carica di consigliere comunale di un uomo che aveva riportato una condanna, con sentenza definitiva, alla pena di anni uno e mesi dieci di reclusione, per i reati, "integrati in concorso con altri e unificati nel vincolo della continuazione ex art. 81 c.p.", di tentata truffa aggravata, falso ideologico commesso da privati in atto pubblico e abuso d'ufficio (Red. Alessandra Farruggio).

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.3.2012, n. 1197  
**Comuni e province - comuni popolazione superiore ai 15.000 abitanti - elezioni amministrative - art. 73 co. 10 d.lgs n. 267 del 2000 - attribuzione premio di maggioranza - criterio cifra decimale.**

*Nelle elezioni amministrative, il criterio della cifra decimale è applicabile solo quando espressamente richiamato dal TUEL; pertanto, nell'ipotesi prevista dal co. 10 dell'art. 73 d. lgs. n. 267 del 2000 ovvero in caso elezione del sindaco e dei consigli comunali nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti non è possibile che il suddetto criterio sia applicato in via analogica ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza, giacché l'arrotondamento per difetto dei seggi da assegnare alla coalizione di liste del candidato sindaco vincente non consentirebbe di raggiungere la percentuale minima di seggi alle stesse riservati dalla legge.*

La fattispecie sottoposta all'esame del giudice amministrativo concerne l'annosa questione dell'applicazione del criterio della cifra decimale nell'attribuzione del premio di maggioranza nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti. Per criterio della cifra decimale si intende quel metodo che, a parità di numero intero, consente un arrotondamento all'unità superiore quando la cifra di riferimento contenga centesimi superiori al 50. Ebbene, sia per l'elezione del consiglio comunale in comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti (art. 71 co. 8 d. lgs. n. 267/2000), sia per quella dei consigli provinciali (art. 75 co. 8 d. lgs. n. 267/2000), il legislatore ha espressamente previsto che nell'attribuzione del premio di maggioranza, in presenza di una cifra decimale superiore a 0,50, il seggio venga attribuito alla coalizione vincente, sancendo dunque espressa-

mente il ricorso al criterio decimale.

Diversamente, con riferimento all'elezione dei consigli comunali nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, l'art. 73 co. 10 d. lgs. n. 267/2000 si limita a prevedere che qualora una lista o coalizione abbia diritto al premio di maggioranza, a questa dovrà essere attribuito il 60% dei seggi.

L'art. 73, dunque, non contiene alcun riferimento al criterio della cifra decimale. Tale vuoto normativo ha dato adito a differenti interpretazioni. A fronte di una giurisprudenza favorevole ad un'applicazione analogica del criterio previsto dagli artt. 71 e 75, in quanto convinta che la mancata previsione dovesse imputarsi ad una dimenticanza del legislatore, si è andata affermando una giurisprudenza del tutto opposta, che nega l'applicazione analogica del suddetto criterio. Si tratta di una questione di non poco conto, atteso che negli ultimi anni il giudice amministrativo sempre più spesso si è trovato a dover giudicare della legittimità di operazioni elettorali svolte in base a tale disciplina. Come nel caso di specie, ove all'esito delle consultazioni elettorali per l'elezione diretta del sindaco e il rinnovo del Consiglio Comunale, l'ufficio elettorale centrale assegnava alla lista collegata al candidato sindaco eletto il 60% dei seggi complessivi, così come prescritto dall'art. 73 d.lgs. n. 267/2000; tale percentuale rapportata ai 32 seggi complessivi risultava corrispondere a 19, 20, pertanto, ritenendo che tale numero dovesse essere arrotondato per eccesso, l'ufficio attribuiva alla suddetta lista 20 seggi. L'atto di proclamazione veniva impugnato dinnanzi al TAR Calabria da un cittadino elettore iscritto nelle liste elettorali del comune, il quale ne contestava la legittimità, assumendo che l'arrotondamento avrebbe dovuto essere compiuto per difetto e non per eccesso. Il TAR Calabria rigettava il ricorso, ritenendo la tesi sostenuta dal ricorrente non condivisibile; ad avviso del TAR, infatti, un arrotondamento per difetto in tali casi determinerebbe l'attribuzione alle liste collegate al sindaco, di una percentuale di seggi inferiore a quella prescritta dalla norma. Con la sentenza in commento, i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la decisione del primo giudice, affermando che nel silenzio della norma deve essere sempre garantita la riserva di

legge in favore della coalizione vincente. Il Collegio ha quindi negato l'applicazione analogica del criterio della cifra decimale, escludendo che in simili casi si possa procedere mediante arrotondamento per eccesso della cifra decimale se superiore ai 50 centesimi o per difetto nel caso contrario. Per il Consiglio di Stato l'arrotondamento per difetto invocato dall'appellante non consentirebbe di assegnare alla lista o coalizione destinataria del premio di maggioranza la percentuale minima di seggi ad essa riservati per legge, ponendosi così in forte contrasto con la ratio stessa dell'art. 73 nonché con la volontà del legislatore rivolta a perseguire il fine della migliore governabilità degli enti locali. Pertanto, in base a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, la soglia fissata dal co. 10 dell'art. 73 d. lgs. n. 267/2000 deve considerarsi tassativa e da raggiungere con prevalenza su qualunque altro principio da tutelare, compreso quello della rappresentatività del voto espresso nell'elezione dei consiglieri comunali. Alla luce di tali conclusioni, la V sezione del Consiglio di Stato ha così confermato la legittimità dell'assegnazione del premio di maggioranza di 20 consiglieri sulla base del quoziente di 19,20 seggi (*Red. Fabiana Misino*).

TAR Campania, Na, Sez. I, 3.5.2012, n. 2013  
**Comuni e Province - incarico Presidente di Consiglio Comunale - proposta revoca incarico - delibera consiliare sulla proposta - presupposti di legittimità di tipo formale e sostanziale - verifica in concreto dei presupposti della revoca ed onere di adeguata motivazione - ragioni di tipo istituzionale. Comuni e Province - ruolo di Presidente di Consiglio Comunale - strumentalità al corretto funzionamento del Consiglio Comunale - revoca dall'incarico - esclusione di ragioni politiche - possibilità di revoca per motivi istituzionali - ipotesi esemplificative.**

*Di fronte ad una proposta di revoca dall'incarico di presidente del Consiglio Comunale, proveniente dal richiesto quorum di consiglieri, il Consiglio, nel suo complesso, con la prescritta maggioranza, deve deliberare su di essa*

*analizzandola concretamente nei singoli elementi, riscontrandone la eventuale fondatezza con riferimento alle condizioni imprescindibili perché la stessa possa essere approvata. Tali condizioni, peraltro, devono consistere nel venir meno della neutralità della funzione e della correttezza dei comportamenti presidenziali, con la conseguente compromissione del buon andamento dei lavori consiliari dovuti a prese di posizione non sorrette da equidistanza istituzionale; pertanto, deve essere annullata la delibera di revoca del Presidente del Consiglio Comunale che opera un mero rinvio alla proposta di revoca e non dà conto di una verifica in concreto dei fatti indicati nella proposta stessa. Il ruolo del presidente del Consiglio comunale è strumentale non già all'attuazione di un indirizzo politico di maggioranza, bensì al corretto funzionamento dell'organo stesso e, come tale, non solo è neutrale, ma non può restare soggetto al mutevole atteggiamento fiduciario della maggioranza, di guisa che la revoca di detta carica non può essere attivata per motivazioni politiche, ma solo istituzionali, quali la ripetuta e ingiustificata omissione della convocazione del Consiglio o le ripetute violazioni dello statuto o dei regolamenti comunali.*

Con questa pronuncia il TAR Campania ha annullato, sia per ragioni formali che sostanziali, una delibera di Consiglio Comunale con la quale era stata disposta la revoca dall'incarico di Presidente del Consiglio Comunale. Tale delibera, infatti, non solo difettava di adeguata motivazione, essendosi limitata soltanto a far propri i rilievi dei consiglieri proponenti, senza dar conto di una verifica in concreto della sussistenza dei presupposti della revoca richiesti dallo Statuto Comunale, ma era fondata su fatti che non costituivano "ex se, violazione dei requisiti di neutralità, imparzialità e terzietà", idonee a giustificare l'adozione. E' stato, altresì, confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il ruolo del Presidente del Consiglio Comunale è strumentale al corretto funzionamento del Consiglio e, pertanto, revocabile non già per ragioni politiche, "ma solo istituzionali" (*red. Alessandra Farruggio*).

## - OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

*Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti*

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

Corte costituzionale, 26.4.2012, n. 108

**Professioni - formazione professionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 3, co. 2, 3 e 5, e 5, co. 3, 4 e 5, e 6, co. 4, l. reg. Toscana, 6.5.2011, n. 18 (Norme in materia di panificazione) - art. 117, co. 3, cost. - rigetto.**

*Nella pronuncia in commento la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale promossa in via principale dal Presidente del Consiglio dei Ministri degli artt. 3, co. 2 e 3, e 5, co. 3, l. reg. Toscana del 6.5.2011 n. 18 (Norme in materia di panificazione), in riferimento all'art. 117, co. 3, cost. Le disposizioni censurate prevedono che il responsabile dell'attività di produzione del pane, di cui all'art. 4 d.l. n. 223 del 2006, sia sottoposto a formazione obbligatoria nei sei mesi successivi all'apposizione del suo nominativo sulla segnalazione certificata di inizio attività, nonché ad attività periodica di aggiornamento, pena il pagamento di una sanzione amministrativa. Il ricorrente ritiene che le norme impugnate invadano la competenza statale concorrente in materia di "professioni", così come dispone l'art. 117, co. 3, cost. Nel dettaglio, le norme in parola, indicando specifici requisiti per l'esercizio della professione di responsabile dell'attività produttiva, avrebbero interferito con il principio fondamentale determinato dallo Stato, che, nel disciplinare tale fattispecie, ha previsto semplicemente l'indicazione del nominativo del responsabile dell'attività, contestualmente alla segnalazione di inizio della medesima. La Corte, richiamando anche la propria precedente giurisprudenza, ritiene che le disposizioni regionali censurate siano ascrivibili alla competenza residuale delle Regioni, in quanto relative alla formazione professionale. Le norme censurate non hanno, infatti, ad oggetto l'individuazione di un profilo professionale, non prevedono specifici requisiti di accesso all'attività di responsabile della*

*produzione tali da inibirne l'effetto abilitante disposto dalla legge statale; esse, per contro, hanno lo scopo di assicurare una formazione professionale costante, nonché il rispetto delle norme igienico-sanitarie e di sicurezza sul lavoro, senz'altro attinenti la competenza residuale delle Regioni, tra cui rientra, peraltro, anche la potestà di sanzionare in via amministrativa la violazione degli obblighi che eventualmente ne conseguano. V. precedenti conformi, C. cost., 3.7.1989, n. 372; 24.3.1997, n. 82; 19.6.2002, n. 282; 2.12.2002, n. 533; 27.11.2003, n. 353; 13.1.2005, n. 50; 13.7.2005, n. 319; 14.12.2005, n. 459; 8.3.2006, n. 116; 9.10.2006, n. 328; 13.12.2006, n. 449; 10.7.2007, n. 300; 2.4.2008, n. 93; 4.5.2009, n. 139; 8.7.2009, n. 213; 24.7.2009, n. 250; 19.10.2009, n. 271; 12.4.2010, n. 132; 7.7.2010, n. 269; 2.11.2010, n. 309; 7.3.2011, n. 77; 27.7.2011, n. 230 (Red. Francesca Fontanarosa).*

Corte costituzionale, 26.4.2012, n. 105

**Regioni - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, co. 1, lett. A) e B), l. reg. Liguria 1.6.2011, n. 12 (Calendario venatorio regionale per le stagioni 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014. Modifiche agli artt. 6 e 34, l. reg. 1.7.1994, n. 29 - norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio - e successive modificazioni ed integrazioni) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.**

*In seguito ad un ricorso promosso in via principale dal Governo, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. A) e B), l. reg. Liguria 1.6.2011, n. 12 (Calendario venatorio regionale per le stagioni 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014. Modifiche agli artt. 6 e 34, l. reg. 1.7.1994, n. 29 - norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il*



prelievo venatorio - e successive modificazioni ed integrazioni) in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. s), cost. In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione regionale con la quale veniva stabilito il calendario venatorio per gli anni 2011-2014, per essere quest'ultimo stato approvato con legge, anziché con provvedimento amministrativo. Infatti, la Corte - richiamando al riguardo anche la precedente giurisprudenza - ha precisato che la competenza regionale attribuita dall'art. 18, co. 4, l. 11.2.1992, n. 157 (norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio) in materia di approvazione del calendario venatorio esige che quest'ultimo sia approvato dall'amministrazione regionale nella forma del regolamento, anziché con legge-provvedimento. V. precedenti conformi, C. cost., 9.2.2012, n. 20 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 12.4.2012, n. 90

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4, co. 1, lett. a) e b), l. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol 17.5.2011, n. 4 (Modifica dell'ordinamento e delle norme in materia di personale della Regione e delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trento e Bolzano) - artt. 3, 97, 117, co. 3, cost.; artt. 24 e 62 d. lgs. 27.10.2009, n. 150 e art. 52 d. lgs. 9.5.2001, n. 165 - accoglimento.**

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 5 ter, della l. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol 21.7.2000, n. 3, aggiunto dall'art. 4, co. 1, lett. b), della l. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol 17.5.2011, n. 4, che, per far fronte a vacanze in specifici profili professionali senza ricorrere a nuove assunzioni di personale, consente l'assegnazione di non più del 50 per cento dei posti coperti attraverso procedure selettive pubbliche nel triennio precedente, mediante concorsi interni, ai quali è ammesso il personale in possesso dei requisiti previsti dal regolamento riguardante le modalità di accesso e dal contratto collettivo, stabilendo che il rispetto della predetta percentuale possa essere assicurato anche con compensazione tra i diversi profili professionali. La disposizione regionale censurata,

prevedendo l'attivazione delle sole procedure riservate agli interni, congiuntamente alla mancata effettuazione dei concorsi per i candidati esterni, ad avviso della Consulta deroga a quanto statuito dalle norme interposte, rappresentate dall'art. 24 del d. lgs. n. 250 del 2009 e dal co. 1 bis dell'art. 52 del d. lgs. n. 165 del 2001, che consentono all'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 per cento di quelli messi a concorso, con conseguente violazione dei principi di ragionevolezza, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione, di cui agli artt. 3 e 97 cost. Questo criterio di riserva dei posti al personale interno è stato ritenuto lesivo del buon andamento dell'amministrazione, potendo questo tipo di calcolo indifferenziato determinare una riserva dei posti per i profili professionali più rilevanti a favore del personale interno e un'indizione di concorsi indirizzati a candidati esterni solo per le qualifiche e mansioni inferiori. V. precedenti conformi, C. cost., 13.11.2009, n. 293; 17.3.2010, n. 100; 29.4.2010, n. 150; 4.6.2010, n. 195; 23.2.2012, n. 30 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 2.4.2012, n. 85

**Energia - protezione civile - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 4, co. 1, e 15, co. 1 e 2, l. reg. Veneto 18.3.2011, n. 7 (Legge finanziaria regionale per l'esercizio 2011) - artt. 117, co. 1 e 3, cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1, della norma in oggetto, nella parte in cui prevede un limite alla produzione di energia da fonti rinnovabili sul territorio regionale, in contrasto con le norme internazionali del Protocollo di Kyoto e con la normativa comunitaria che incentivano lo sviluppo delle medesime fonti di energia, nonché nella parte in cui non osserva le condizioni - tassativamente elencate nel d. lgs. 29.12.2003, n. 387 - necessarie alla possibilità da parte delle Regioni di individuazione delle aree non idonee alla realizzazione di impianti da fonti rinnovabili. La ragione di censura è

stata accolta dalla Corte, poiché il divieto previsto dalla norma impugnata di rilascio di autorizzazioni alla realizzazione e all'esercizio da fonti rinnovabili di potenza superiore a determinati limiti per un consistente lasso di tempo contrasta con le norme internazionali e comunitarie che incentivano il ricorso a tali fonti di energia. È stato, altresì, impugnato l'art. 15, co. 1 e 2, della medesima legge, poiché assegna al Presidente della Provincia la competenza generale all'organizzazione dei soccorsi a livello provinciale, anziché al Prefetto, come invece previsto dall'art. 14 l. 24.2.1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Pertanto, vi sarebbe, secondo la ricorrente, un contrasto con l'art. 117, co. 3, cost., che attribuisce la competenza legislativa concorrente allo Stato in materia di protezione civile.

La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata per violazione dell'art. 117, co. 3, chiarendo che l'attribuzione al Presidente della Provincia di compiti di protezione civile contrasta con la normativa nazionale in materia (art. 2, co. 1, l. 24.2.1992, n. 225). V. precedenti conformi, C. cost., 1.4.2010, n. 124 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 23.3.2012, n. 67

**Ineleggibilità e incompatibilità - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - L. reg. siciliana 24.6.1986, n. 31, in combinato disposto con l. reg. siciliana 26.8.1992, n. 7 - artt. 3, 51 e 97 cost. - accoglimento.**

Il Tribunale di Palermo censura la legge regionale in materia di ineleggibilità e incompatibilità per cariche comunali, nella parte in cui non prevede che la carica di sindaco o di assessore di comuni con popolazione superiore a ventimila abitanti sia incompatibile con la carica di deputato dell'Assemblea regionale siciliana. La Corte procede nel giudizio riconoscendo che, pur in presenza di una potestà legislativa primaria in capo alla Regione siciliana in materia elettorale, l'ambito delle ineleggibilità e delle incompatibilità incontra necessariamente il limite del principio di uguaglianza ed il rispetto dell'esigenza di uniformità rispecchiato dagli artt. 51 e 3 cost.; pertanto, la Regione non può sottrarsi all'ap-

plicazione dei principi sanciti in materia dalla legge nazionale. Inoltre, la Corte considera che la mancanza di tale previsione crea un'asimmetria legislativa. Infatti, la sopravvenuta nomina alla carica di sindaco o di assessore dei Comuni compresi nel territorio della Regione, con popolazione superiore a 20 mila abitanti, sostanzia un'ipotesi di incompatibilità alla carica di deputato regionale; mentre tale conseguenza non sussiste per la carica di sindaco o di assessore comunale, che può essere ricoperta alla stregua della legislazione vigente da chi sia deputato regionale.

La Corte, dunque, ribadisce che vi deve essere una naturale corrispondenza biunivoca delle cause di incompatibilità che incidono su entrambe le cause oggetto della relativa previsione. Quando ciò si verifica solo in un senso, la norma appare irragionevole.

Alla luce di ciò, la Corte accoglie le istanze del tribunale remittente e dichiara incostituzionali le norme impugate, nella parte in cui non prevedono che la carica di sindaco o di assessore di Comuni con popolazione superiore a 20 mila abitanti sia incompatibile con la carica di deputato dell'Assemblea regionale siciliana (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 23.3.2012, n. 66

**Tutela del paesaggio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 12 l. reg. Veneto 26.5.2011, n. 10 (Modifiche alla legge regionale 23.4.2004, n. 11 "Norme per il governo del territorio" in materia di paesaggio) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.**

La norma impugnata, nell'introdurre l'art. 45-decies nella l. reg. Veneto 23.4.2004, n. 11 (Norme per il governo del territorio), ha previsto una deroga al regime vincolistico in materia di aree qualificate di interesse paesaggistico, estendendo l'esclusione dalla tutela, così come prevista dall'art. 142 d. lgs. 22.1.2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della l. 6.7.2002, n. 137), a tutte quelle aree aventi determinate caratteristiche specificatamente individuate. In particolare, il legislatore regionale ha equiparato alle aree escluse dalla necessaria autorizzazione paesaggistica ex art. 142 d. lgs. 22.1.2004, n. 42, tutte quelle zone,



presenti nei Comuni della Regione Veneto, dotati alla data del 6.9.1985 “di strumenti urbanistici generali contenenti denominazioni di zone territoriali omogenee non coincidenti con quelle indicate dal decreto ministeriale 2.4.1968, n. 1444”, che tuttavia presentino “caratteristiche insediative e funzionali” in grado di inquadrarle fra le cosiddette aree di “centro storico” o di “tessuto edilizio consolidato”, ovvero le zone A e B.

La Corte, accogliendo il ricorso, ha evidenziato la sussistenza di un’indebita intrusione da parte della Regione in una materia riservata alla competenza normativa esclusiva dello Stato.

Nello specifico, la Corte ha ritenuto che la norma impugnata, modificando il regime delle esclusioni dalla tutela paesaggistica previsto dalla legislazione statale, abbia assimilato alle aree indicate dal legislatore statale come sottratte al regime vincolistico, ulteriori zone con “caratteristiche simili, sia pure per relationem”. La Corte ha considerato tale operazione una invasione della sfera di competenza riservata allo Stato dall’art. 117, co. 2, lett. s), cost., affermando che “la legislazione regionale può solo fungere da strumento di ampliamento del livello della tutela del bene protetto” e non di restrizione dello stesso.

Infine, la Corte ha rilevato che la previsione normativa censurata avrebbe finito per realizzare una “sostanziale delegificazione della materia”, risultando nel concreto demandata all’amministrazione locale l’individuazione dei contenuti della deroga al vincolo paesaggistico con conseguente impossibilità per lo Stato di prendere parte al relativo procedimento approvativo (Red. Edoardo Magnini).

Corte costituzionale, 7.3.2012, n. 64

**Fisco municipale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2, co. 1, 2, 3 e 4, e 14, co. 2, d. lgs. 14.3.2011, n. 23 (Disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale), nonché delle “ulteriori disposizioni del medesimo decreto ad essi correlati che possono pregiudicare l’autonomia finanziaria della Regione” - artt. 36 e 37 Statuto reg. siciliana (r.d. lgs. 15.5.1946, n. 455, recante Approvazione dello statuto della Regione siciliana, convertito nella l. cost.**

**26.2.1948, n. 2) e relative norme di attuazione di cui al d.P.R. 26.6.1965, n. 1074 - rigetto.**

Le norme impugnate prevedono una compartecipazione dei Comuni a determinati tributi erariali. La Regione siciliana ha impugnato le norme in oggetto per un asserito contrasto con il disposto degli artt. 36 e 37 dello Statuto regionale, perché tale compartecipazione comporta la devoluzione ai Comuni siciliani di un gettito tributario che, derivando da tributi riscossi nel territorio regionale, spetta, invece, alla Regione. La Corte ha ritenuto la questione non fondata, “perché, pur non potendosi negare la spettanza alla Regione siciliana del gettito degli indicati tributi riscossi nel suo territorio e, quindi, la potenziale sussistenza del denunciato contrasto, deve ritenersi che proprio questo contrasto rende operante la clausola di ‘salvaguardia’ degli statuti speciali contenuta nel parimenti censurato co. 2 dell’art. 14 del d. lgs. n. 23 del 2011, secondo cui il decreto ‘si applica nei confronti delle regioni a statuto speciale’ solo ‘nel rispetto dei rispettivi statuti” (Red. Flora Cozzolino).

Corte costituzionale, 7.3.2012, n. 63

**Statuto regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 30, co. 4, 53, co. 4, e 67, co. 1, Statuto reg. Molise - artt. 117, co. 2, lett. l), e co. 5, 121, co. 2, e 123 cost. - rigetto.**

L’art. 30, co. 4 dello Statuto reg. Molise stabilisce che le commissioni permanenti, istituite presso il Consiglio regionale, al fine di svolgere la funzione di vigilanza sull’andamento dell’amministrazione regionale, “possono convocare funzionari dell’amministrazione regionale e degli enti dipendenti, i quali, in seduta non pubblica, sono esonerati dal segreto d’ufficio”. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la norma per violazione dell’art. 117, co. 2, lett. l), cost., prevedendo la norma impugnata una disciplina in contrasto con quanto stabilito dall’art. 326 c.p. che prevede e sanziona il reato di rivelazione di segreti d’ufficio. La Corte ha respinto il ricorso chiarendo che la possibilità di disporre l’audizione di dipendenti dell’amministrazione regionale e degli enti sottoposti a vigilanza della Regione rientra tra le competenze delle

*commissioni permanenti regionali ed è strumentale ai compiti di controllo politico ad esse affidati. La Corte ha inoltre chiarito che l'oggetto tutelato dal segreto d'ufficio è il buon andamento ed il normale funzionamento della pubblica amministrazione e che di conseguenza è compito del legislatore regionale individuare e valutare discrezionalmente i casi in cui l'apposizione o meno del segreto d'ufficio si dimostri necessaria a tal fine.*

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha poi impugnato l'art. 53, co. 4, dello Statuto regionale, ove si prevede l'equiparazione del personale degli enti pubblici non economici al personale regionale. Ad avviso del ricorrente, in tal modo la Regione avrebbe invaso la materia dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha rigettato il ricorso, affermando che la norma impugnata rinvia alla disciplina di lavoro contenuta nei contratti collettivi stipulati in relazione ai comparti interessati e che, di conseguenza, non vi è alcun contrasto con le disposizioni costituzionali citate in epigrafe.*

*Infine, il Presidente del Consiglio dei ministri ha censurato l'art. 67, co. 1, dello Statuto, nella parte in cui prevede che la Giunta regionale realizzi la partecipazione alla c.d. fase ascendente dell'attività normativa europea e che nella fase discendente provveda all'attuazione ed esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea. Anche in questo caso, la Corte ha rigettato il ricorso, chiarendo che la norma censurata deve essere interpretata conformemente all'art. 117, co. 5, e all'art. 121, co. 2 e 3 Cost., poiché vincola espressamente la Giunta regionale a quanto stabilito sia dalla legge statale recante norme di procedura, sia alla legge comunitaria, statale e regionale, sia agli indirizzi impartiti dal Consiglio regionale, e riserva alla stessa Giunta regionale soltanto competenze di natura provvedimentale. V. precedenti conformi, C. cost., 20.4.1966, n. 29; 13.11.1969, n. 142; 18.12.1972, n. 210; 23.10.1989, n. 487; 8.1.1991, n. 4; 18.12.2003, n. 2; 21.6.2004, n. 185; 8.7.2004, n. 239; 5.6.2006, n. 233; 7.3.2007, n. 95; 7.3.2011, n.77; n. 233; 18.4.2011, n. 151; 12.12.2011, n. 339 (Red. Francesca Fontanarosa).*

Corte costituzionale, 21.3.2012, n. 62

**Servizio idrico integrato - tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2, co. 1, 5 e 9, co. 1, l. reg. Puglia 20.6.2011, n. 11 - Art. 5, co. 6, lett. g), l. reg. Puglia 20.5.2011, n. 9 - Artt. 117, co. 2, lett. e) e s), e 97 cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha promosso due questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto l'art. 5, co. 6, lett. g), l. reg. Puglia 30.5.2011, n. 9 (Istituzione dell'Autorità idrica pugliese). Il medesimo ricorrente ha impugnato l'art. 9, co. 1, l. reg. Puglia 20.6.2011, n. 11.*

*L'art. 5, co. 6, lett. g), l. reg. Puglia n. 9 stabiliva che il Direttore generale dell'Autorità idrica pugliese "predispone lo schema di convenzione diretto a regolare i rapporti tra l'Autorità e il gestore del servizio idrico integrato, da sottoporre all'approvazione del Consiglio direttivo". Ad avviso della Corte la disposizione impugnata si pone in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost., perché in una materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato attribuisce al Direttore generale dell'Autorità idrica pugliese una funzione che la normativa statale assegna invece all'ente statale "Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua". La seconda questione di legittimità riguarda l'art. 2, co. 1, l. reg. Puglia n. 11. La disposizione impugnata viola l'art. 117, co. 2, lett. e) e s), cost., perché, pur avendo rango di fonte legislativa regionale, statuisce nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, riservate, viceversa, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto affida la gestione del servizio idrico integrato, direttamente ed a tempo indeterminato, ad uno specifico ente regionale. La disciplina censurata si pone in contrasto, infatti, con il vigente art. 2, co. 186 bis, l. 23.12. 2009, n. 191, in base al quale le Regioni devono limitarsi ad individuare con legge gli enti e gli organi ai quali devolvere le funzioni già esercitate dalle Autorità di ambito territoriale ottimale e ai quali soltanto spetta il compito di determinare in via amministrativa le forme della gestione e le modalità di affidamento del servizio idrico integrato, ferma restando la*



competenza legislativa esclusiva statale ad individuare le suddette funzioni e a disciplinarne l'esercizio.

La disciplina dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato attiene, come più volte affermato dalla Corte, alle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (*ex plurimis*, sentt. n. 187/2011; n. 128/2011; n. 325/2010; n. 142/2010; n. 307/2009; n. 246/2009). La terza questione ha ad oggetto l'art. 9, co. 1, l. reg. Puglia n. 11, in base al quale "il personale in servizio presso l'Acquedotto pugliese S.p.A. transita nell'organico dell'AQP alla data della costituzione della medesima, conservando tutti i diritti giuridici ed economici acquisiti, senza ulteriori e maggiori oneri". La normativa impugnata dispone un generale ed automatico transito del personale di una persona giuridica di diritto privato, la s.p.a. Acquedotto pugliese, nell'organico di un soggetto pubblico regionale, l'Azienda pubblica regionale denominata AQP, senza il previo espletamento di alcuna procedura selettiva. Le modalità di tale transito costituiscono, pertanto, una palese deroga al principio del concorso pubblico, al quale devono conformarsi le procedure di assunzione del personale delle pubbliche amministrazioni. La Corte ha dichiarato, pertanto, l'illegittimità costituzionale degli artt. art. 2, co. 1, 5 e 9, co. 1, l. reg. Puglia 20.6.2011, n. 11 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 5.3.2012, n. 54

**Ambiente - deposito e smaltimento rifiuti radioattivi - giudizio di legittimità costituzionale in principale - art. 1, co. 3, l. reg. Molise 21.4.2011, n. 7 (Disposizioni in materia di produzione di energia) - artt. 117, co. 2, lett. s), e 120 cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione in oggetto, nella parte in cui preclude nella Regione l'installazione di impianti per la produzione di energia nucleare, nonché di depositi di materiali e rifiuti radioattivi. La censura è stata accolta dalla Corte, che ha avuto modo di ribadire che le disposizioni de qua sono di esclusiva competenza statale, essendo ascrivibili alla "tutela

dell'ambiente e dell'ecosistema". Nessuna Regione, pertanto, può sottrarsi in modo unilaterale agli oneri di solidarietà economica e sociale, a fronte di determinazioni di carattere ultraregionale, assunte per un efficace sviluppo della produzione di energia nucleare. Stante la rilevanza nazionale degli interessi in gioco, lo smaltimento ed il deposito dei materiali nucleari non può essere effettuato sulla base del criterio di "autosufficienza" delle singole Regioni, poiché esigenze particolari di cautela impongono una valutazione del reperimento di siti particolarmente idonei per conformazione del terreno e collocamento in sicurezza (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 9.5.2012, n. 53

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 5 e 14, co. 3, l. reg. Piemonte 29.4.2011, n. 7 (Modifiche alla l. reg. 28.7.2008, n. 23 (Disciplina dell'organizzazione degli uffici regionali e disposizioni concernenti la dirigenza e il personale in attuazione del d. lgs. 27.11.2009, n. 150 e adeguamento al d.l. 31.5.2010, n. 78 conv., con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, in materia di organizzazione e contenimento della spesa del personale) - artt. 3, 97 e 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.**

Con l'art. 5 l. reg. Piemonte 29.4.2011, n. 7, avente ad oggetto l'organizzazione degli uffici regionali, della dirigenza e del personale, si autorizza il Presidente del Consiglio regionale ad avvalersi, per lo svolgimento delle proprie funzioni, del supporto di una professionalità esterna, scelta sulla base di rapporti fiduciari, e si rimette ad un provvedimento deliberativo della Presidenza del Consiglio regionale il compito di delineare il contenuto dell'incarico e i rapporti del soggetto assunto con le altre strutture. Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, la disposizione in questione, così disponendo, viola gli artt. 3 e 97 Cost., in quanto consente alla Regione di avvalersi del supporto di professionalità esterne sulla base di meri "rapporti fiduciari", indipendentemente, quindi, dal possesso dei requisiti indicati dall'art. 7 d. lgs. 30.3.2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) - in base alla quale le amministrazioni pubbliche

possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, solamente “ad esperti di particolare e comprovata specializzazione universitaria” e in presenza di specifici presupposti - e senza prevedere, in alternativa, altri criteri selettivi, ugualmente idonei a garantire la professionalità del collaboratore. Inoltre, l’art. 5 in esame si porrebbe in contrasto anche con l’art. 117, co. 2, lett. l), Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell’ordinamento civile e, quindi, i rapporti di diritto privato regolabili dal codice civile. Secondo la Corte, la forma di collaborazione introdotta dalla disposizione censurata, non risultando ancorata né a precisi limiti temporali né ad obiettivi e predeterminate esigenze funzionali dell’organo politico, viola il principio di buon andamento della pubblica amministrazione e quello di ragionevolezza (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, sent. 9.3.2012, n. 52

**Appalti pubblici - tutela salute e sicurezza sul lavoro - concorrenza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, co. 4 e 5, l. reg. Marche 4.4.2011, n. 4 (Criteri di premialità connessi alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro nelle procedure di aggiudicazione di lavori od opere pubblici di interesse regionale) - art. 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.**

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha promosso una questione di legittimità costituzionale relativamente all’art. 2, co. 4 e 5, l. reg. Marche 4.4.2011, n. 4, nella parte in cui detta previsioni, in materia di aggiudicazione di opere e lavori pubblici, che concernono la stessa ammissibilità delle offerte.

Non costituitasi in giudizio, la Regione Marche, a seguito dell’instaurazione del giudizio de quo, ha modificato l’art. 2 impugnato, abrogando il co. 5 e sostituendo il co. 4 con l’art. 22 l. reg. Marche 31.10.2011, n. 20. Tuttavia, la Corte non ha dichiarato cessata la materia del contendere, in quanto le disposizioni censurate, in vigore per oltre sei mesi nella formulazione originaria, potrebbero aver trovato attuazione medio tempore. Nel merito della questione, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione dell’art.

117, co. 2, lett. e), cost. La Corte ha infatti chiarito che la norma de qua, nel disciplinare la fase delle offerte negli appalti pubblici, invade la materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha peraltro precisato che la norma in questione diverge da quella nazionale, dettata dal d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto indica, come criteri di ammissibilità delle offerte, da un lato la tutela della salute e dall’altro la sicurezza nel cantiere, laddove le norme statali li qualificano come criteri di valutazione delle offerte medesime (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 9.3.2012, n. 51

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 11, co. 1, e 10 l. reg. Molise 24.3.2011, n. 6 (Norme sull’organizzazione dell’esercizio di funzioni e compiti amministrativi a livello locale. Soppressione delle comunità montane) - artt. 97, 117, co. 2, lett. l), e 3, cost. e art. 17, co. 10, d.l. 1.7.2009, n. 78 - accoglimento.**

Con la pronuncia de qua, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 11, co. 1 e 10, l. reg. Molise 24.3.2011, n. 6. L’art. 11, co. 1, ha disposto la stabilizzazione di soggetti titolari di meri rapporti precari - quali risultano essere i lavoratori già impiegati nei lavori socialmente utili delle sopresse Comunità montane - senza porre limiti percentuali al ricorso a tale tipo di assunzione e senza fornire indicazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti per poter ammettere deroghe al principio del concorso pubblico. La Corte ha pertanto ritenuto la norma de qua costituzionalmente illegittima per violazione del principio dell’assunzione tramite pubblico concorso, di cui all’art. 97 cost.. La Corte ha inoltre chiarito che la norma in questione si pone anche in contrasto con l’art. 117, co. 2, lett. l), cost., in quanto disciplina la materia dell’ordinamento civile, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L’altra disposizione censurata - l’art. 11, co. 10 - difformemente da quanto statuito dall’art. 17, co. 10, d.l. n. 78 del 2009, ha previsto la destinazione di risorse finanziarie al fine di promuovere una stabilizzazione generalizzata di personale precario, senza procedure concor-



suali o selettive e/o attitudinali di alcun tipo, né limiti a tale tipo di assunzione. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione, ritenendola lesiva della competenza legislativa statale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 117, co. 3, cost. Al riguardo, la Corte ha rammentato che tutte le Regioni sono soggette ai vincoli legislativi derivanti dal rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica e che le norme statali in materia di stabilizzazione dei lavoratori precari, tra le quali indubbiamente va annoverato l'art. 17, co. 10, d.l. n. 78 del 2009, convertito, con modificazioni, nella l. n. 102 del 2009, devono considerarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, in quanto le stesse perseguono finalità di contenimento della spesa nello specifico settore del personale. V. precedenti conformi: C. cost., 24.4.2008, n. 120; 13.11.2009, n. 293; 29.4.2010, n. 150; 4.6.2010, n. 195; 22.7.2010, n. 267; 15.12.2010, n. 354; 3.3.2011, nn. 67/68/69; 1.4.2011, n. 108; 5.7.2011, n. 229; 23.11.2011, n. 310; 23.2.2012, n. 30 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 5.3.2012, n. 50

**Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 5 e 30 l. reg. Umbria 30.3.2011, n. 4 (Disposizioni collegate alla manovra d Bilancio 2011 in materia di entrate e spese) - artt. 3 e 117, co. 2, lett. e), e 3, cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato l'art. 5 l. reg. Umbria 30.3.2011, n. 4 per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost., perché aveva introdotto agevolazioni in materia di IRAP in contrasto con la disciplina statale. La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che l'IRAP, anche dopo la sua regionalizzazione, rimane un tributo erariale e come tale può essere regolato solo dalla disciplina dello Stato. In particolare l'art. 1, co. 43, l. 24.12.2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008) prevede che le Regioni, nei limiti stabiliti dalle leggi statali, possano modificare l'aliquota, le detrazioni e le deduzioni, nonché introdurre speciali agevolazioni, ma l'art. 7, co. 1, lett. b),

n. 1, l. 5.5.2009, n. 42 (Delega al governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 Cost.) precisa che tali agevolazioni possono essere introdotte solo a partire dall'anno 2013 e nel rispetto delle norme dell'Unione europea (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 23.2.2012, n. 35

**Ordine pubblico e sicurezza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2 l. reg. Calabria 7.3.2011, n. 4 (Misure per garantire la legalità e la trasparenza dei finanziamenti erogati dalla Regione Calabria) - art. 117, co. 2, lett. h), cost. - accoglimento.**

La legge impugnata, allo scopo di prevenire potenziali rischi di infiltrazione della criminalità organizzata, ha stabilito che chiunque benefici di finanziamenti regionali per importi superiori ad euro 10 mila debba avvalersi di un conto corrente unico appositamente dedicato all'utilizzo di tali somme, garantendo così la legalità e la trasparenza delle operazioni finanziarie, nonché la tracciabilità dei relativi flussi di denaro. La Corte ha ritenuto fondata la questione, dichiarando l'illegittimità costituzionale della normativa regionale sopra citata per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. h), cost. In particolare, la Corte ha palesato la violazione posta in essere dal legislatore regionale che, nel dettare la disciplina di tutela della tracciabilità dei flussi finanziari a fronte dei pericoli connessi al fenomeno di infiltrazione "ndranghetista" non ha rispettato il generale principio di ripartizione delle competenze legislative, invadendo, pertanto, la sfera delle attribuzioni esclusive dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza.

Richiamando un proprio consolidato orientamento giurisprudenziale, la Corte ha ricordato che tutte le disposizioni contenenti "misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico" attengono alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza, individuata dall'art. 117, co. 2, lett. h), cost. fra le competenze legislative esclusive statali. V. precedenti conformi: C. cost. 26.7.2002, n. 407; 29.12.2004, n. 428; 13.6.2006, n. 222; 7.3.2008, n. 50; 24.6.2010, n. 226; 9.2.2011, n. 35 (Red. Edoardo Magnini).

Corte costituzionale, 23.2.2012, n. 34

**Sicurezza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3, co. 1, lett. b), c), d) e h), l. reg. Calabria 7.3.2011, n. 7 (Istituzione dell'Agenzia regionale per i beni confiscati alle organizzazioni criminali in Calabria) - artt. 117, co. 2, lett. g), h) e l), cost. - accoglimento.**

*La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. reg. Calabria 7.3.2011, n. 7 (Istituzione dell'Agenzia regionale per i beni confiscati alle organizzazioni criminali in Calabria), per violazione degli artt. 117, co. 2, lett. g), h) e l), cost. La norma impugnata istituiva l'Agenzia regionale della Calabria per i beni confiscati alle organizzazioni criminali, attribuendo alla suddetta Agenzia la facoltà di richiedere l'assegnazione dei beni confiscati (art. 3, lett. b), nonché la competenza a svolgere compiti di amministrazione (art. 3, lett. c), vigilanza (art. 3, lett. f) e custodia dei beni sequestrati (art. 3 lett. h). La Corte, richiamando anche la propria precedente giurisprudenza, ha evidenziato che tali norme si pongono in contrasto con i parametri costituzionali, invadendo la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, ordine pubblico e sicurezza, giurisdizione, norme processuali e ordinamento penale. Più specificamente, la Corte, nel pervenire alla declaratoria di illegittimità, ha rilevato che le modalità di amministrazione e di utilizzazione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali sono competenza esclusiva dello Stato, ai sensi della l. 31.5.1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso anche straniere) e dell'art. 3, co. 4, lett. f) e g), d.l. 4.2.2010, n. 4 (Istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito nella l. 31.5.2010, n. 50, e ribadisce che l'obiettivo della gestione unitaria e coordinata dei beni sequestrati e la programmazione organica della loro destinazione deve essere perseguito dalla legge statale. V. precedenti conformi: C. cost. 2.12.2011 n. 325; 8.10.1996, n. 335 (Red. Francesca Fontanarosa).*

Corte costituzionale, 23.2.2012, n. 30

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 3 e 7, co. 1, 2 e 3, l. reg. Sardegna 19.1.2011, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione - legge finanziaria 2011) - artt. 3, 97 e 117, co. 2, lett. e), e 3, cost. e artt. 3 e 10 l. cost. 26.2.1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna) - accoglimento.**

*La Corte, con la pronuncia de qua, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 l. reg. 19.1.2011, n. 1, che, al fine di ridurre le diseconomie a carico delle imprese presenti nei Comuni montani della Sardegna, prevedeva un contributo nella forma del credito di imposta. Ad avviso della Corte, la disposizione censurata, non limitando in maniera espressa l'efficacia dell'agevolazione fiscale all'ambito dei soli tributi regionali, consentiva l'applicazione di detta agevolazione, nella forma del credito di imposta, anche ai tributi statali, andando così, in assenza di una specifica autorizzazione contenuta in una legge statale, a violare la competenza accentrata in materia di "sistema tributario dello Stato" di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), cost. La declaratoria di incostituzionalità ha colpito, altresì, l'art. 7, co. 1, 2 e 3, della medesima legge. In particolare, il co. 1 dell'impugnato art. 7 inseriva quattro nuovi commi, cioè i co. 1 bis, 1 ter, 1 quater e 1 quinquies, nell'art. 3 della l. reg. n. 3 del 2009, attraverso i quali veniva finanziato e realizzato il piano pluriennale di stabilizzazione del personale precario delle amministrazioni locali. La Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in ragione della distonia esistente fra il contenuto della norma censurata e l'art. 17, co. 10, del d.l. n. 78 del 2009, ritenuto espressivo di un principio di coordinamento della finanza pubblica volto al contenimento della spesa, nonché per violazione dell'art. 97 cost., che impone che il reclutamento per la provvista di personale debba avvenire attraverso il pubblico concorso, mentre, di contro, le disposizioni regionali introdotte tramite il co. 1 dell'art. 7 prefiguravano lo svolgimento non di un concorso aperto a tutti, ma esclusivamente di una "specifica selezione concorsuale" riservata ai lavoratori precari in possesso dei requisiti previsti dalla l. regionale stessa.*



Analogamente, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dei co. 2 e 3 dell'art. 7, che prevedevano benefici di carriera in favore dei dipendenti delle amministrazioni locali in possesso di determinati requisiti. In questo caso, la Corte ha ritenuto di riscontrare, sia nelle previsioni contenute nel co. 2 - riserva dei posti nella misura del 40 per cento, selezione per titoli e colloquio ed esenzione dei soggetti beneficiari della riserva da eventuali prove preselettive - che nel transito, di fatto ope legis, da una categoria contrattuale a quella superiore di una determinata aliquota di dipendenti regionali aventi certi requisiti, disposto dal co. 3, una palese violazione dell'art. 97 cost. La Corte ha, infine, dichiarato l'illegittimità conseguenziale del co. 3 bis del citato art. 7, ritenendo che l'inserimento del medesimo nella complessiva disciplina oggetto di esame non valesse a sanarne i vizi di legittimità costituzionale e che la normativa in esso prevista (cioè lo svolgimento dei corsi-concorso) risultasse funzionale alla progressione di carriera di cui al precedente co. 3. V. precedenti conformi: C. cost., 17.5.2007, n. 169; 26.3.2010, n. 123; 24.4.2008, n. 120; 3.3.2011, n. 69; 5.7.2011, n. 229 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 9.2.2012, n. 20

**Caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1 e 2 l. reg. Abruzzo 10.8.2010, n. 39 (Norme per la definizione del calendario venatorio regionale per la stagione venatoria 2010/2011) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato alcune norme della l. reg. Abruzzo 10.8.2010, n. 39 (Norme per la definizione del calendario venatorio regionale per la stagione venatoria 2010/2011). In particolare, sono state impuginate le norme che avevano approvato in via legislativa il calendario venatorio per la stagione 2010-2011, indicando sia le date e gli orari entro cui la caccia era consentita (art. 1), sia le specie cacciabili, con riferimento, per ciascuna di esse, al peculiare arco temporale aperto all'attività venatoria (art. 2). La Corte ha rilevato l'illegittimità di tali norme, in quanto violano la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e

dell'ecosistema, prevista dall'art. 117, co. 2, lett. s), cost., di cui sarebbe espressione, in particolar modo, l'art. 18 l. 11.2.1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio). Nello specifico, tale norma prevede che sia approvato dalla Regione "il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria". La Corte ha rilevato che il legislatore statale, prescrivendo la pubblicazione del calendario venatorio e contestualmente del "regolamento" sull'attività venatoria, nonché imponendo l'acquisizione obbligatoria del parere dell'ISPRA e dunque esplicitando la natura tecnica del provvedere, ha inteso realizzare un procedimento amministrativo, al termine del quale la Regione è tenuta a provvedere nella forma che naturalmente ne consegue, con divieto di impiegare, invece, la legge-provvedimento. Le norme impugnate sono state giudicate illegittime per avere tali disposizioni previsto l'acquisizione del parere di un ente regionale, anziché dell'ISPRA, ed avere quindi la forma della legge-provvedimento. In argomento, v. conformi C. cost.: 16.6.1956, n. 20; 21.3.1989, n. 143; 04.7.2008, n. 250; 11.7.2008, n. 271; 11.2.2010, n. 44; 15.5.2011, n. 191 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 7.2.2012, n. 18

**Regioni - commercio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 3 l. reg. autonoma Sardegna 7.2.2011, n. 6 (Modifiche all'art. 2, l. reg. 21.5.2002, n. 9, Agevolazioni contributive alle imprese nel comparto del commercio, interpretazione autentica dell'art. 15, co. 12, l. reg. 18.5.2006, n. 5, Disciplina generale delle attività commerciali e norme sul trasferimento dell'attività) - art. 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.**

Con la pronuncia in commento, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 l. reg. Sardegna 7.2.2011, n. 6, nella parte in cui inserisce l'art. 15 bis, co. 4, nella l. reg. 18.5.2006, n. 5. Tale disposizione vieta infatti la cessione dell'attività commerciale su aree pubbliche prima che siano decorsi tre anni dalla data del rilascio del titolo abilitativo all'esercizio dell'attività stessa.

Infatti, la Corte, richiamando anche la sua precedente giurisprudenza, ha evidenziato che nella materia del commercio, riservata alla competenza legislativa residuale delle Regioni, quest'ultime non possono introdurre misure che ostacolino la concorrenza, o introducano nuove barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale. Pertanto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma regionale impugnata che, imponendo una limitazione temporale alla cessione di attività commerciali, introduceva una barriera all'ingresso nel mercato di riferimento restringendo la possibilità di accesso di nuovi operatori (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, sent. 26.1.2012, n. 14

**Ambiente - aree naturali protette regionali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - l. reg. Abruzzo 22.12.2010, n. 60 (Modifica all'art. 2 della l.r. 18.5.2000, n. 96 - Istituzione della Riserva Naturale di interesse provinciale "Pineta Dannunziana" e Istituzione del Parco regionale della Pace nella frazione di Pietransieri) - artt. 117, co. 2, lett. s), e co. 3, e 118 cost. - accoglimento.**

Viene impugnata la l. reg. Abruzzo 22.12.2010, n. 60, nella parte in cui prevede un ampliamento di circa un terzo dell'area già destinata a riserva naturale, in assenza dei presupposti normativamente previsti. La Corte ha preliminarmente statuito l'ammissibilità del ricorso, pur limitando la censura all'art. 1 della predetta legge regionale, evidenziando che la disposizione censurata è in palese contrasto con la disciplina, sia statale che regionale, relativa alle aree protette. Riprendendo la propria consolidata giurisprudenza, la Corte ha ribadito che la normativa regionale non può adottare misure che si discostino in peius dai principi fondamentali tracciati dalla legislazione statale a garanzia dei diritti partecipativi che, in materia di aree protette, è riconosciuta agli enti e alle comunità locali (*ex plurimus*, sentt. 14.7.2000, n. 282; 11.11.2010, n. 315).

La Corte ha evidenziato, infatti, che la disciplina della tutela delle risorse ambientali e del territorio presenta una pluralità di aspetti, di ordine naturalistico, economico, sociale e culturale, tali da richiedere il necessario coinvolgimento dei diversi enti territoriali interes-

sati. Pertanto, la loro partecipazione rappresenta un passaggio procedimentale essenziale, proprio in quanto finalizzata al bilanciamento delle varie esigenze perseguite in tale contesto (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 12.1.2011, n. 2

**Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1 e 2, l. prov. Bolzano 23.12.2010, n. 15 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2011 per il triennio 2011-2013 - legge finanziaria 2011) - Artt. 117, co. 2, lett. e), e 119 cost. - rigetto.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato una questione di legittimità costituzionale per la violazione degli artt. 117, co. 2, lett. e), e 119 cost. da parte dell'art. 1, co. 1 e 2, della l. prov. indicata in epigrafe, in quanto stabilisce per i soggetti rispondenti a determinati requisiti reddituali l'esenzione dal pagamento dell'addizionale regionale IRPEF di cui all'art. 50 d. lgs. 15.12.1997, n. 446 (e successive modifiche).

La Corte, richiamando anche la propria precedente giurisprudenza, ha rigettato il ricorso, chiarendo che la Provincia autonoma di Bolzano è legittimata ad introdurre esenzioni all'addizionale IRPEF, ai sensi del co. 1 bis dell'art. 73 d.P.R. n. 670 del 1972 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), il quale, appunto, attribuisce alle Province autonome la facoltà di modificare aliquote e prevedere esenzioni, detrazioni e deduzioni, in riferimento ai tributi erariali per i quali lo Stato prevede una possibilità di intervento delle Regioni e delle Province autonome stesse, purché "tali modifiche non determinino una pressione tributaria maggiore di quella derivante dall'applicazione dell'aliquota massima fissata per legge". Nel caso di specie, quindi, la Corte ha ritenuto che le disposizioni censurate sono conformi al richiamato art. 73, co. 1 bis, d.P.R. n. 670 del 1972, in quanto l'esenzione dal pagamento dell'addizionale IRPEF rientra tra le competenze della Provincia autonoma di Bolzano, disciplinate dallo Statuto speciale del Trentino-Alto Adige. Inoltre, esse rispettano i limiti delle aliquote superiori definite dalla normativa



statale, non avendo superato la maggiorazione massima pari all'1,4 per cento, che ciascuna Regione potrebbe disporre con proprio provvedimento da pubblicare nella G.U. non oltre il 31.12. dell'anno precedente a quello in cui l'addizionale si riferisce. Pertanto, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma impugnata. V. precedenti conformi: C. cost., 14.12.2004 n. 381; 13.1.2006 n. 2; 14.6.2007, n. 193; 15.12.2010, n. 357; 25.11.2011, n. 323 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 22.12.2011, n. 339

**Bilancio e contabilità pubblica - amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - Artt. 3, co. 2, terzo periodo, e 14 l. reg. Lombardia 23.12.2010, n. 19 (Disposizioni per l'attuazione della programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'art. 9 ter della legge regionale 31.3.1978, n. 34 - norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione - Collegato 2011) - art. 117, co. 2, lett. e) e l), cost. - accoglimento parziale.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato l'art. 3, co. 2, della l. reg. indicata in epigrafe, nella parte in cui prevede che i risparmi di spesa che l'amministrazione regionale può ottenere grazie alla riduzione dell'organico complessivo possano essere destinate alla valorizzazione delle posizioni organizzative, in aggiunta alle risorse annualmente stanziare ai sensi dell'art. 31 del CCNL del personale del comparto Regioni-Autonomie locali del 22.1.2004. La Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma, chiarendo che la medesima disciplina un aspetto del trattamento economico dei dipendenti della Regione, il cui rapporto di impiego rientra nella materia dell'ordinamento civile di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha inoltre impugnato l'art. 14 della medesima legge regionale, nella parte in cui ha introdotto l'art. 53-bis nella l. reg. Lombardia 12.12.2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche), recante

disposizioni in materia di grandi derivazioni ad uso idroelettrico. La norma in questione dispone che la Regione possa individuare i requisiti organizzativi e finanziari minimi per la partecipazione a gare inerenti la produzione e fornitura di energia. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e), cost. chiarendo che l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato. In argomento, v. conformi C. cost.: 14.10.2005, n. 383; 23.11.2007, n. 401; 18.1.2008, n. 1; 11.3.2011, n. 77; 21.4.2011, n. 150 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 12.11.2011, n. 332

**Insindacabilità delle opinioni espresse dai consiglieri regionali - conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato - ordinanza Tribunale di Venezia 19.5.2011 - artt. 122, co. 4, cost. - accoglimento.**

La Regione Veneto ha sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato per violazione dell'art. 122, co. 4, cost., in relazione ad un'ordinanza istruttoria emessa dal Tribunale di Venezia in un giudizio civile di risarcimento dei danni a carico di due consiglieri regionali. Più specificamente, l'ordinanza impugnata (con cui il Tribunale aveva disposto l'assunzione di un documento ed ordinato una consulenza tecnica d'ufficio) era stata emessa in un giudizio in cui due consiglieri regionali erano stati chiamati a rispondere dei danni cagionati ad una società privata a seguito di dichiarazioni asseritamente lesive rilasciate a mezzo stampa. La Corte ha accolto il ricorso, ritenendo che nel caso di specie, in forza di quanto stabilito dall'art. 122, co. 4, cost., i due consiglieri regionali convenuti nel giudizio civile non potevano essere chiamati a rispondere dei danni cagionati a seguito delle loro dichiarazioni: questo perché si trattava di dichiarazioni rese nell'esercizio della funzione di consigliere regionale e dunque coperte, ai sensi del suddetto art. 122, co. 4, cost., dall'insindacabilità. La Corte ha pertanto ritenuto che l'ordinanza impugnata fosse illegittima, in quanto, ammettendo i mezzi istruttori, il Tribunale ha ritenuto di poter accertare la

*sussistenza o meno delle dichiarazioni lesive da parte dei consiglieri regionali, pur essendo tali dichiarazioni coperte, appunto, dalla insindacabilità. V. precedenti conformi: C. cost., 7.7.1988, n. 771; 2.6.1994, n. 211; 22.6.1995, n. 274; 30.7.1997, n. 289; 27.11.1998, n. 382; 22.10.1999, n. 391; 22.10.1999, n. 392; 23.3.2001, n. 76; 23.7.2001, n. 276; 13.6.2006, n. 221; 21.11.2006, n. 382; 1.6.2007, n. 173; 14.6.2007, n. 195; 26.6.2007, n. 235; 18.12.2009, n. 337 (Red. Marta Capesciotti).*

Corte costituzionale, 16.12.2011, n. 330

**Bilancio e contabilità pubblica - sanità pubblica - farmacia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 11, co. 6-bis, d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122 - art. 118 cost. - accoglimento.**

*La norma impugnata stabiliva la necessità di una revisione generale dei criteri remunerativi della spesa farmaceutica, secondo le direttive in essa indicate, che prevedevano, da un lato, l'estensione delle modalità di tracciabilità e controllo a tutte le forme di distribuzione dei farmaci e, dall'altro, la possibilità di introdurre una remunerazione della farmacia, "basata su una prestazione fissa in aggiunta ad una ridotta percentuale sul prezzo di riferimento del farmaco", che assicurasse un risparmio di spesa per il Servizio sanitario nazionale. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede alcun coinvolgimento delle Regioni nel confronto tecnico da essa prevista, per la violazione dell'art. 118 cost. In particolare, la Corte ha ritenuto che il legislatore statale, nel disciplinare il procedimento di revisione dei criteri di remunerazione della spesa farmaceutica, avrebbe dovuto prevedere un diretto coinvolgimento delle Regioni, in ossequio al principio generale di leale collaborazione. Nel caso di specie, il legislatore statale, non avendo ottemperato al dovere derivante dal sopra citato principio, ha di fatto privato i competenti organi regionali della possibilità, regolata dall'art. 6, co. 2, d.l. 18.9.2001, n. 347 (Interventi urgenti in materia di spesa*

*sanitaria), convertito, con modificazioni, nella l. 16.11.2001, n. 405, di differenziare, con determinazione amministrativa e per il proprio ambito territoriale, il livello di rimborsabilità dei farmaci (cfr. C. cost. 11.2.2010, n. 44). V. precedenti conformi: C. cost. 8.6.2005, n. 219; 27.3.2009, n. 88; 22.7.2010, n. 278; 2.2.2011 n. 33 (Red. Edoardo Magnini).*

Corte costituzionale, 7.12.2011, n. 328

**Appalti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 1 e 2, l. reg. Sardegna 9.8.2002, n. 14 (Nuove norme in materia di qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici che si svolgono nell'ambito territoriale regionale) - Art. 117, co. 2, lett. e), cost. e art. 3, lett. e), l. cost. 26.2.1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna) - Accoglimento.**

*La legge regionale impugnata prevedeva che, ai fini della partecipazione delle imprese alle gare per gli appalti di lavori pubblici di interesse regionale, la qualificazione delle medesime dovesse essere affidata ad un'apposita Commissione permanente, costituita presso l'Assessorato regionale dei lavori pubblici.*

*La Corte ha innanzitutto chiarito che la norma impugnata, in quanto strumentale, unitamente alla regolamentazione delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, a garantire il rispetto delle regole concorrenziali e delle quattro fondamentali libertà comunitarie, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento, ed essendo tesa a favorire la più completa apertura del mercato nel settore degli appalti, deve ritenersi riconducibile all'ambito materiale della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale (art. 117, co. 2, lett. e, cost.). Ciò premesso, la Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, ritenendo che la medesima, nel prevedere un sistema di qualificazione delle imprese difforme rispetto a quello previsto dalla legislazione statale si ponesse in contrasto con il d. lgs. n. 163 del 2006 e, dunque, con il sopra richiamato artt. 117, co. 2, lett. e), cost. V. precedenti conformi: C. cost., 23.11.2007, n. 401; 14.12.2007, n. 431; 17.12.2008, n. 411; 12.2.2010, n. 45; 17.6.2010, n. 221; 7.4.2011, n. 114; 10.6.2011,*

n. 184 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 2.12.2011, n. 325

**Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 11, co. 3, 4 e 5, 13, co. 1 e 2, 37, 46, 51 e 54 l. reg. Puglia 31.12.2010, n. 19 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2011 e bilancio pluriennale 2011-2013 della Regione Puglia) - artt. 3, 81 e 117, co. 1, 2, lett. h), o) e s), e 3, cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato una serie di norme della l. reg. indicata in epigrafe per violazione dell'art. 117, co. 1, 2, lett. h), o) e s), e 3, cost. Una prima censura riguarda l'art. 13, co. 1 e 2, nella parte in cui dispone l'estensione delle categorie di soggetti esentati dal pagamento della quota di compartecipazione alla spesa sanitaria (ticket). La Corte ha dichiarato fondata la questione ricordando che l'art. 8, co. 16, l. n. 537 del 1993 costituisce un principio fondamentale della legislazione sia in materia di "tutela della salute", sia in materia di "coordinamento della finanza pubblica".*

*Il secondo gruppo di censure riguarda l'art. 37, laddove prevede l'abrogazione del divieto di "transitare con mezzi motorizzati fuori dalle strade statali, provinciali, comunali, private e vicinali gravate dai servizi di pubblico passaggio, fatta eccezione per i mezzi di servizio e per le attività agro-silvo-pastorali", con riferimento al Parco naturale regionale "Terra delle gravine". La Corte ha dichiarato la questione fondata, in quanto la Regione Puglia disatteso gli standard minimi di tutela stabiliti dalla legislazione statale (l. n. 394 del 1991), con conseguente violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost.. Il terzo gruppo di censure concerne l'art. 46, che prevede l'istituzione dell'"Agenzia regionale per la promozione della legalità e della cittadinanza sociale". Anche in questo caso la Corte ha dichiarato la questione fondata, in quanto l'ambito di intervento dell'Agenzia regionale rientrava nella materia dell'ordine pubblico e sicurezza,*

*riservata alla competenza legislativa statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. h), cost.. Il quarto gruppo di censure riguarda l'art. 51 della l. impugnata, laddove disponeva che, in attesa del completamento dell'installazione del sistema automatico di rilevazione delle presenze, al personale regionale potesse essere erogato il compenso per il lavoro straordinario fino al 31.12.2010 e non più fino al 30.6.2010, come precedentemente stabilito. La Corte ha dichiarato la questione fondata, in quanto il divieto di erogare compensi per lavoro straordinario se non previa attivazione di sistemi di rilevazione automatica delle presenze di cui all'art. 3, co. 83, l. 244 del 2007 costituisce un principio fondamentale di contenimento della spesa e di buon andamento della pubblica amministrazione. A ciò si aggiunge che tal previsione avrebbe altresì comportato una disparità di trattamento con il personale delle altre pubbliche amministrazioni, in violazione dell'art. 3 cost.. Il quinto gruppo di censure concerne l'art. 54, il quale prevede che ai componenti esterni della Giunta regionale si applichino, dalla data di nomina e per l'intera durata dell'incarico, le disposizioni "concernenti i consiglieri regionali relativamente al collocamento in aspettativa senza assegni per l'espletamento di cariche pubbliche".*

*La Corte ha dichiarato la questione fondata, in quanto la normativa statale sul collocamento in aspettativa dei dipendenti pubblici senza assegni per l'espletamento di cariche pubbliche non prevede l'ipotesi della cosiddetta contribuzione figurativa per quanti chiamati a svolgere la funzione di assessori regionali, salvo che essi non siano anche consiglieri eletti. Anche in questo caso, la Corte rileva una lesione, oltre che della potestà legislativa in materia di previdenza sociale di cui all'art. 117, co. 2, lett. o), cost., anche dell'art. 3 cost., perché la disciplina impugnata determinerebbe una difformità nel trattamento previdenziale dei dipendenti pubblici da una Regione all'altra (Red. Filippo Barbagallo).*

«.....GA:.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### **DOMANDA**

*Disciplina del dissenso in materia di autorizzazione per la costruzione e manutenzione di impianti alimentati da fonti rinnovabili. Parere reso in via ordinaria del 23.3.2009 prot. n. 94151(Avv. Maurizio Borgo).*

### **RISPOSTA**

*«Codesto Ministero ha chiesto di conoscere il parere della Scrivente in merito all'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 12, co. 4, del D.Lgs n. 387/2003 (nella formulazione introdotta con l'art. 2, co. 158, della l. n. 244/07), e si rappresenta quanto segue. L'art. 12 del d. lgs n. 387/03 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), dopo aver statuito che le opere per la realizzazione degli impianti, alimentati da fonti rinnovabili, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti, ha stabilito che la costruzione e l'esercizio dei detti impianti, la loro modifica, il potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad un'autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione o dalla Provincia delegata, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico. A tal fine, è convocata dalla Regione una conferenza di servizi entro trenta giorni dal ricevimento*

*della domanda di autorizzazione. L'autorizzazione è rilasciata, a seguito di un procedimento unico, da concludersi nel termine massimo di 180 giorni, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione di cui alla l. n. 241/1990. In caso di dissenso, purché non sia quello espresso da un'amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, o del patrimonio storico-artistico, ed ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle Regioni, il decreto legislativo rimette la decisione alla Giunta regionale. Al fine di dare una corretta interpretazione della previsione (introdotta, ex novo, nel corpo dell'art. 12, co. 4, del d. lgs n. 387/03 dalla novella di cui all'art. 2, co. 158, della l. n. 244/07) secondo la quale, in caso di dissenso, la decisione finale, in ordine al rilascio della autorizzazione unica, è demandata alla Giunta regionale, è necessario, preliminarmente, accertare la natura della conferenza di servizi, propedeutica al rilascio dell'autorizzazione da parte della Regione (o della Provincia delegata). Al proposito, si evidenzia come si tratti di una conferenza di servizi, di natura istruttoria, che ha il fine di consentire la partecipazione al procedimento delle amministrazioni interessate e le cui conclusioni assumono solo valenza istruttoria, di cui dovrà ovviamente tenere conto l'organo competente ad assumere la determinazione finale (nel senso che potrà discostarsi da tali conclusioni solo con adeguata e ragionevole motivazione). Ed invero, nel prevedere un procedimento unico,*



al quale partecipano le amministrazioni statali e locali interessate, per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 12 del d. lgs n. 387/03, il legislatore delegato ha previsto non una decisione pluristrutturata, tipica della conferenza di servizi decisoria, in cui il provvedimento finale, concordato, sostituisce i necessari assensi delle amministrazioni partecipanti, ma una decisione monostrutturata, in cui vi è un'unica amministrazione competente che deve acquisire l'avviso di altre amministrazioni (il carattere istruttorio della conferenza di servizi che ci occupa si desume, seppure implicitamente, dal recentissimo parere del 14.10.2008, prot. n. 2849/08, reso dal Consiglio di Stato, Sez. III).

L'acquisizione di tale avviso (CdS, V, 8.10.2008, n. 4942 parla, più precisamente, di "parere"), in sede di conferenza di servizi, ha una valenza meramente istruttorio, con la conseguenza che non trovano applicazione, nel caso che ci occupa, tutte le disposizioni volte a rimediare alla non unanimità della stessa, quale l'art. 14 quater, co. 3, della l. n. 241/1990.

In sede di conferenza di servizi istruttorio, infatti, non è richiesta l'unanimità, poiché tale conferenza non è un mezzo di manifestazione del consenso; ed è, per tale ragione, che la giurisprudenza ritiene che tutte le norme volte a disciplinare le ipotesi di dissenso delle amministrazioni siano da riferirsi alla sola conferenza decisoria (cfr., in tal senso, CdS, VI, 6.3.2001, n. 1529). La natura meramente istruttorio della conferenza di servizi di cui all'art. 12, coo. 3 e 4, del d. lgs n. 387/03 risulta avvalorata dalle seguenti considerazioni.

1) L'art. 12, co. 4, nella sua originaria versione, risultava perfettamente sovrapponibile alla previsione contenuta nella l. n. 55/2002 con la quale sono state dettate misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale ed, in particolare, al fine di evitare il pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale e di garantire la necessaria copertura del fabbisogno nazionale, è stato previsto che la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici, gli interventi di modifica o riottenzionamento, nonché le opere connesse e le

infrastrutture indispensabili all'esercizio degli stessi, sono dichiarati opere di pubblica utilità e soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dal Ministero delle Attività Produttive (oggi, Ministero dello Sviluppo Economico), la quale sostituisce autorizzazioni, concessioni ed atti di assenso comunque denominati, previsti dalle norme vigenti. Anche la predetta autorizzazione (come quella di cui all'art. 12 del d. lgs n. 387/03) è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, d'intesa con la regione interessata. Ebbene, la giurisprudenza amministrativa ha, in proposito, affermato la natura istruttorio e non decisoria della conferenza di servizi che deve svolgersi, ai sensi della l. n. 55/02, prima del rilascio dell'autorizzazione da parte di codesto Ministero (cfr., per tutte, CdS, VI, n. 3505/04).

2) L'inserimento, per opera dell'art. 2, comma 158, della l. n. 244/07, nel corpo dell'art. 12, co. 4, del d. lgs n. 387/03, della previsione secondo la quale "In caso di dissenso, purché non sia quello espresso da una amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, o del patrimonio storico-artistico, la decisione, ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle regioni, è rimessa alla Giunta regionale ovvero alle Giunte delle province autonome di Trento e di Bolzano", non può ritenersi frutto della volontà del legislatore del 2007 di attribuire carattere decisorio ad una conferenza di servizi, configurata, ab origine, come meramente istruttorio.

Ed invero, l'art. 2, co. 158, della l. n. 244/07 è rubricato "Modifica normativa per facilitare la diffusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili"; il che induce ad escludere che la disposizione, dallo stesso introdotta, possa essere interpretata in un senso (attribuzione di un carattere decisorio ad una conferenza di servizi, in origine istruttorio) che varrebbe a rendere, anziché più facile, molto più complessa e difficoltosa la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. Chiarita, pertanto, la natura meramente istruttorio della conferenza di servizi, prevista dall'art. 12, coo. 3 e 4, del d. lgs n. 387/03, è

agevole comprendere il significato della disposizione, introdotta, nel testo dell'art. 12, co. 4, con l'art. 2, co. 158, della l. n. 244/07. Tale previsione, lungi dal costituire un meccanismo, di carattere speciale, volto a rimediare alla non unanimità della conferenza di servizi, sulla falsa riga di quanto previsto, in via generale, dall'art. 14 quater della l. n. 241/1990, deve essere intesa come espressione della volontà del legislatore del 2007, per il caso di conclusione negativa dei lavori della conferenza di servizi istruttoria, di rimettere la decisione finale, in ordine all'adozione, o meno, dell'autorizzazione unica, alla Giunta regionale, anche nelle ipotesi in cui il rilascio della predetta autorizzazione fosse stato originariamente delegato, dalla medesima Regione, alla Provincia.

In altre parole, con la novella normativa del 2007, si è voluto prevedere che, nell'ipotesi in cui il "parere" della conferenza di servizi, all'uopo convocata ex art. 12 del d. lgs n. 387/03, sia di segno contrario alla realizzazione dell'impianto, venga meno la delega, rilasciata dalla Regione alla Provincia, e la decisione finale sia rimessa alla Giunta Regionale. E che così sia, è comprovato dall'inciso "ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle regioni", contenuto nella disposizione, introdotta dall'art. 2, co. 158, della l. n. 244/07, che consente di dare rilevanza alle disposizioni di legge regionale (anche previgenti all'entrata in vigore della l. n. 244/07) che attribuiscono espressamente alla competenza della Provincia il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione degli impianti in argomento (competenza, quest'ultima, che rimane ferma anche nell'ipotesi di conclusione negativa dei lavori della conferenza di servizi istruttoria - cfr., in tale senso, recentissimamente, CdS, V, ord. 10.3.2009, n. 1289).

In mancanza di una specifica previsione legislativa regionale, nel senso di cui sopra, la decisione finale in ordine al rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d. lgs n. 387/03, nell'ipotesi di conclusione negativa della conferenza di servizi istruttoria (salvo che il c.d. "dissenso" non sia espresso da un'amministrazione statale, preposta alla cura di interessi sensibili), non potrà, invece, che essere rimessa, in ossequio

alla chiara previsione normativa di cui all'art. 12, co. 4, del prefato decreto legislativo, alla Giunta regionale (cfr., in tale senso, CdS, V, ord. 3.2.2009, n. 708 e TAR Lazio, Lt, ord. 19.12.2008, n. 703)».

«.....GA.....»

#### **DOMANDA**

Canoni concessori di alloggi demaniali; concetto di ristrutturazione per l'aggiornamento del coefficiente di vetustà del cespite immobiliare ai sensi dell'art. 20 l. n. 392/1978 sull'equo canone 28703/09 Parere del 18 novembre 2009 prot. nn. 344147/59 (Avv. Giancarlo Pampanelli).

#### **RISPOSTA**

«Codesto Ispettorato delle Infrastrutture dell'Esercito - Ufficio Studi e Normativa - ha chiesto di conoscere se, ad avviso di questo organo legale, a seguito di accorpamento ad alloggi di servizio di ulteriori vani (quali cantine, stanze di sgombero, ecc.), si possa ritenere verificata una fattispecie di integrale ristrutturazione, con conseguente ricalcolo del canone di concessione del cespite immobiliare, in particolare con aggiornamento del parametro di "vetustà" dell'alloggio ai sensi dell'art. 20 l. n. 392/1978 sull'equo canone, normativa applicata per la congruità dei canoni concessori degli alloggi demaniali del personale militare. Al riguardo, codesta amministrazione ha precisato che sul suddetto quesito, già posto da Reparti territoriali dipendenti, si sono pronunziate in modo opposto l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze (con due pareri) e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, rispettivamente la prima nel senso che, nelle ipotesi di che trattasi, si verificherebbe una ristrutturazione edilizia, con conseguente modifica anche del parametro di vetustà, e la seconda affermando viceversa non ricorrere una fattispecie di ristrutturazione, con conseguente esclusione di modifica del coefficiente di vetustà del cespite.

Tutto ciò premesso, la Scrivente deve anzitutto rilevare che, per l'aggiornamento del parametro di "vetustà" dell'alloggio, l'art. 20, co. 2, della l. citata n. 392/1978 - abrogato dall'art. 14 della l. n. 431 del 1998 ma le cui



previsioni rimangono rilevanti ai fini della determinazione della congruità dei canoni concessori degli alloggi di servizio del personale militare - richiede che sia intervenuta una integrale ristrutturazione del cespite.

Al riguardo, la Suprema Corte ha specificamente avuto modo di affermare che "in tema di determinazione dell'equo canone, la nozione di integrale ristrutturazione (o di completo restauro) dell'unità immobiliare, rilevante, ai sensi dell'art. 20 della l. 27.7.1978 n. 392, per determinare la vetustà dell'unità immobiliare, deve essere tratta dall'art. 31 della l. 5.8.1978 n. 457, contenente norme per l'edilizia residenziale, che, nel precisare come rientrano tra gli interventi di ristrutturazione anche quelli di "modificazione o inserimento", nell'edificio, "di nuovi elementi" chiaramente include nel concetto di ristrutturazione anche le opere di ampliamento dell'unità immobiliare con l'aggiunta di uno o più vani" (Cass., III, sent. n. 12027 del 6.11.1992). Più in generale, la Cassazione ha affermato che l'"inserimento di nuovi elementi" nell'immobile determina una ristrutturazione rilevante ai fini della determinazione dell'indice di vetustà, ai sensi dell'art. 31 l. n. 457/78 e 20 l. n. 392/78 (v. Cass., III - n. 3280/1997).

D'altro canto, in base alla sopravvenuta normativa di cui all'art. 10, co. 1 lett. C, del d.P.R. n. 380 del 2001 (Testo Unico in materia edilizia), qualora l'organismo edilizio venga a configurarsi anche solo in parte diverso e si abbia un aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero, per gli immobili compresi nelle zone omogenee A, mutamenti della destinazione d'uso, si realizza una "ristrutturazione edilizia". Ne consegue che l'accorpamento di nuovi locali all'alloggio, anche senza mutamento della destinazione d'uso, determina una innovazione della configurazione complessiva della unità immobiliare e ne amplia la superficie utile, per cui costituisce ristrutturazione edilizia e non

manutenzione straordinaria. Sul punto, il Consiglio di Stato ha a suo tempo precisato infatti che: "gli interventi di manutenzione straordinaria ex art. 31, lett. b), della l. 5.8.1978 n. 457 sono caratterizzati da un duplice limite: uno di ordine funzionale costituito dalla necessità che i lavori siano diretti alla mera sostituzione o al puro rinnovo di parti dell'edificio, l'altro di ordine strutturale consistente nella proibizione di alterare i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari o di mutare la loro destinazione" (CdS, V, n. 644 del 23.4.1991; v. anche CdS, V, n. 807/1994; CdS, V, n. 194/1989, ecc.). Pertanto, danno luogo a manutenzione straordinaria solo gli interventi di minore importanza, non incidenti sulla volumetria e/o sulle destinazioni d'uso (degli immobili compresi nelle zone omogenee A), quali ad esempio i lavori comportanti demolizioni e ricostruzioni di pareti divisorie, di pavimenti o di servizi igienici, la realizzazione di scale interne e la formazione di servizi igienici (cfr. CdS, V, 7.4.1989 n. 194 cit.; CdS, V, 23.1.1984 n. 64; CdS, V, 5.7.1983 n. 307). Inoltre, come recentemente precisato dalla Suprema Corte, le modifiche volumetriche previste dall'art. 10 del d.P.R. n. 380 del 2001 per le attività di ristrutturazione edilizia devono consistere in diminuzioni o trasformazioni od incrementi volumetrici modesti, come nei casi all'esame, tali da non configurare apprezzabili aumenti di volumetria, in quanto altrimenti verrebbe meno la distinzione tra ristrutturazione edilizia e nuova costruzione (Cass. Pen., III, sent. n. 47046 del 2007). Conclusivamente, dunque, è da ritenere che l'accorpamento di ulteriori vani all'alloggio di servizio, anche senza mutamento della destinazione d'uso, determini una ristrutturazione edilizia, con necessario aggiornamento del parametro di vetustà del cespite. Sul presente parere si è pronunziato in conformità il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato nella seduta dell'11.11.2009».

«.....GA.....»

# USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **IL SISTRI NON FUNZIONA: IL MINISTRO DELL'AMBIENTE HA CHIESTO LA SOSPENSIONE**

*Il Ministro dell'Ambiente ha proposto al Consiglio dei Ministri la sospensione del SISTRI allo scopo di effettuare le verifiche richieste dopo il parere di DIGITPA (Ente nazionale per la digitalizzazione della pubblica amministrazione) sulla funzionalità del sistema. Il SISTRI doveva entrare in piena operatività a partire dal 1.7.2012, dopo una serie di rinvii stabiliti a partire dal 2009. Rileva il Ministero che fermo restando che il SISTRI rappresenta uno strumento necessario per la "tracciabilità" dei rifiuti, come richiesto dalle direttive europee e stabilito dalla legge nazionale, a seguito delle difficoltà operative riscontrate nella fase di avvio sperimentale il Ministero dell'Ambiente aveva richiesto fin dal maggio scorso alla DIGITPA una valutazione sulla funzionalità del sistema. DIGITPA ha trasmesso al Ministero le sue valutazioni solo lo scorso 16.5.2012, in prossimità dell'entrata in funzione del SISTRI. Il parere di DIGITPA, si legge nel comunicato, solleva una serie di questioni in merito alle procedure seguite da parte del Ministero per l'affidamento a SELEX-FINMECCANICA della progettazione e realizzazione del SISTRI, in merito ai costi ed al funzionamento del sistema. Il Ministro ha trasmesso questa relazione all'Avvocatura dello Stato ed al Comando del Nucleo Operativo Ecologico dell'Arma dei Carabinieri per le valutazioni di competenza. Clini ha inoltre richiesto agli organi competenti del Ministero di effettuare una valutazione interna in merito a quanto osservato da DIGITPA. Le verifiche avviate richiedono tempi non compatibili con l'entrata in*

*funzione del SISTRI il 1 luglio prossimo. Per questo motivo il Ministro ha proposto di sospendere gli effetti del contratto stipulato tra il Ministero dell'ambiente e la SELEX. Contestualmente il Ministro ha proposto di sospendere il pagamento dei contributi da parte delle imprese per l'anno 2012. Il periodo di sospensione sarà necessario per chiarire tutti gli aspetti relativi al SISTRI, e decidere definitivamente se il sistema funziona, se deve essere modificato o sostituito, entro al più tardi il 30.6.2013 (Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, comunicato del 12.6.2012).*

«..... GA.....»

### **LINEE GUIDA AGLI ENTI TERRITORIALI PER L'ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI EDILIZIA ABITATIVA**

*Il Dipartimento del Tesoro ha pubblicato le Linee guida per l'attuazione del Piano nazionale di edilizia abitativa - Sistema integrato di fondi che si rivolgono agli Enti territoriali che intendano attivare delle iniziative in sede locale nell'ambito della linea d'intervento di cui all'art. 1, co. 1, lett. a), del d.P.C.M. 16.7.2009 (Piano nazionale di edilizia abitativa), il quale prevede la "costituzione di un sistema integrato nazionale e locale di fondi immobiliari per l'acquisizione e la realizzazione di immobili per l'edilizia residenziale ovvero promozione di strumenti finanziari immobiliari innovativi, con la partecipazione di soggetti pubblici e/o privati, per la valorizzazione e l'incremento dell'offerta abitativa in locazione". Le Linee guida, in particolare, intendono fornire indicazioni affinché gli Enti territoriali valu-*



tinamente le iniziative intraprese in termini di compatibilità con la normativa nazionale e comunitaria, con riferimento ai seguenti tre profili: trattamento contabile dell'operazione; rilevanza in materia di aiuti di Stato; impatto sul bilancio dell'Ente territoriale, per il rispetto dei vincoli dettati dal patto di stabilità interno. Il documento contiene anche un glossario dei termini essenziali e un'appendice normativa. (Dipartimento del Tesoro, Linee Guida del 12.6.2012).

«..... GA.....»

**IL CONTRIBUTO PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE PRESCINDE DALLE SINGOLE OPERE DI URBANIZZAZIONE, VENENDO DETERMINATO INDIPENDENTEMENTE SIA DALL'UTILITÀ CHE IL CONCESSIONARIO RITRAE DAL TITOLO EDIFICATORIO, SIA DALLE SPESE EFFETTIVAMENTE OCCORRENTI PER REALIZZARE DETTE OPERE**

Ai sensi dell'art. 1 della l. 28.1.1977, nr. 10 (e, oggi, dell'art. 16 del d.P.R. 6.6.2001, nr. 380), il rilascio della concessione edilizia si configura come fatto costitutivo dell'obbligo giuridico del concessionario di corrispondere il relativo contributo per oneri di urbanizzazione, ossia per gli oneri affrontati dall'ente locale per le opere indispensabili affinché l'area acquisti attitudine al recepimento dell'insediamento del tipo assentito e per le quali l'area acquista un beneficio economicamente rilevante, da calcolarsi secondo i parametri vigenti a tale momento; il contributo per oneri di urbanizzazione è quindi dovuto per il solo rilascio della concessione, senza che neanche rilevi, ad esclusione dell'obbligo, la già intervenuta realizzazione di opere di urbanizzazione (cfr. CdS, V, 22.2.2011, n. 1108; CdS, IV, 24.12.2009, n. 8757). Per altrettanto pacifica giurisprudenza, il contributo per il rilascio del permesso di costruire ha natura di prestazione patrimoniale imposta, di carattere non tributario, ed ha carattere generale, prescindendo totalmente o meno delle singole opere di urbanizzazione, venendo determinato

indipendentemente sia dall'utilità che il concessionario ritrae dal titolo edificatorio, sia dalle spese effettivamente occorrenti per realizzare dette opere (cfr. CdS, V, 15.12.2005, nr. 7140; id., 6.5.1997, nr. 462). Ne discende che, attesa la natura non sinallagmatica e il regime interamente pubblicistico che connota il contributo de quo, la sua disciplina vincola anche il giudice, al quale è impedito di configurare autonomamente ipotesi di non debenza della specifica prestazione patrimoniale diverse da quelle autoritativamente individuate dal legislatore (cfr. CdS, V, 20.4.2009, n. 2359) (CdS, IV, 30.7.2012, n. 4320).

«..... GA.....»

**NEI CENTRI STORICI VOLUMETRIA E SAGOMA SI PONGONO COME LIMITI SIA PER GLI INTERVENTI DI RISTRUTTURAZIONE CHE NON COMPORTINO DEMOLIZIONI, SIA NEI CASI DI RISTRUTTURAZIONI ATTUATE ATTRAVERSO LE DEMOLIZIONI: PER MUTARE TALI PARAMETRI NON BASTA LA DENUNCIA DI INIZIO ATTIVITÀ, MA OCCORRE IL PERMESSO DI COSTRUIRE**

Ai sensi dell'art. 22, t.u. 6.6.2001 n. 380 gli interventi sull'esistente realizzabili con la DIA - in sostituzione del permesso di costruire -- di cui alla lett. c) dell'art. 10 del cit. d.P.R., sono gli interventi di ristrutturazione edilizia che portano ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportano aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, e se sono realizzate su immobili compresi nelle zone omogenee A, comportano mutamenti della destinazione d'uso. Come specificato dal secondo comma, la denuncia di inizio attività nei centri storici concerne interventi che: -- non devono incidere sui parametri urbanistici e sulle volumetrie; -- non devono modificare la destinazione d'uso e la categoria edilizia; -- non devono alterare la sagoma dell'edificio; -- non devono comunque violare le eventuali prescrizioni contenute nell'originario permesso di co-

struire. Il permesso è invece sempre necessario in caso di sostanziali variazioni di sagoma, volumetria e destinazione d'uso (cfr. CdS, IV, 21.5.2010, n. 3231). L'applicazione dell'art. 3 co. 1 lett. d) d.P.R. n. 380 del 2001 -- con cui era stata estesa la nozione di "ristrutturazione edilizia" sì da ricomprendervi pure gli interventi ricostruttivi consistenti nella demolizione -- resta condizionata al fatto in tali ipotesi che "volumetria" e "sagoma" debbano rimanere assolutamente identiche. In altri termini, volumetria e sagoma, nei centri storici si pongono come limiti sia per gli interventi di ristrutturazione che non comportino demolizioni, sia nei casi di ristrutturazioni attuate attraverso le demolizioni: per mutare tali parametri non basta la denuncia di inizio attività, ma occorre il permesso di costruire (cfr. Cass., Pen. III, 17.2.2010, n. 16393) (CdS, IV, 26.7.2012, n. 4258).

«..... GA.....»

#### **L'APERTURA DI UNA PORTA SULLA SCALA CONDOMINIALE, MODIFICANDO L'USO DELLA COSA COMUNE DA PARTE DEI CONDOMINI, COMPORTA L'OBBLIGO PER IL COMUNE DI VERIFICARE LA PROVA DELL'ESISTENZA DEL TITOLO A DISPORRE DEL BENE E QUINDI A PRESENTARE LA DICHIARAZIONE DI INIZIO ATTIVITÀ**

L'art. 11, co. 1, d.P.R. 6.6.2001 n. 380, prevede che "il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo"; il successivo art. 23, allo stesso modo, si riferisce al "proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio attività". Orbene, come questo Consiglio di Stato (IV, 4.5.2010 n. 2546; 10.12.2007 n. 6332), ha già avuto modo di affermare, "in sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio sussiste l'obbligo per il comune di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, a condizione che tali limiti siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili e/o non contestati, di modo che il controllo da parte dell'ente locale si traduca in una semplice

presa d'atto dei limiti medesimi senza necessità di procedere ad un'accurata ed approfondita disamina dei rapporti tra i condomini". Orbene, nel caso di specie, dove i lavori consistono nell'apertura di una porta sulla scala condominiale, con ciò modificando l'uso della cosa comune da parte dei condomini, il Comune avrebbe dovuto verificare l'esistenza del consenso del condominio all'utilizzo della scala da parte di uno dei condomini, in modo tale da alterare stabilmente il normale ed originario uso della cosa comune (escludendosi, dunque, l'applicabilità dell'art. 1102 c.c., in ordine alla ricorrenza del quale, peraltro, non sussiste idonea valutazione e motivazione da parte dell'amministrazione comunale). In altre parole, il Comune avrebbe dovuto conseguire, per il tramite della verifica resa necessaria dalla evidente mancanza di proprietà esclusiva della res, la prova dell'esistenza del titolo a disporre del bene e quindi a presentare la dichiarazione di inizio attività. Quanto alla già citata applicazione dell'art. 1102 c.c., occorre osservare che ogni valutazione in ordine alla idoneità del principio espresso dal medesimo a sorreggere l'esistenza di un titolo legittimante a richiedere il permesso di costruire o a presentare la DIA, non compete ex post al giudice, quanto ex ante all'amministrazione comunale, la quale -- proprio perché ha l'obbligo di verificare l'esistenza di tale titolo legittimante - ove ritenga che questo discenda (ancorchè non sia questo il caso di specie) dall'art. 1102 c.c., ha l'onere di valutare motivatamente in ordine a tale aspetto.

Compete, successivamente, al giudice, nell'esercizio dell'ordinario sindacato di legittimità, verificare la correttezza e congruità delle valutazioni effettuate dall'amministrazione e l'esito provvedimento di queste (CdS, IV, 26.7.2012, n. 4255).

«..... GA.....»

#### **COMPLESSI ABITATIVI ANTISISMICI E ECOCOMPATIBILI SITI IN L'AQUILA: E' LEGITTIMA LA REVOCA DALL'ASSEGNAZIONE IN COMODATO D'USO GRATUITO DELL'ALLOGGIO DEL PROGETTO CASE PER IL SISMA**



## **APRILE 2009 IN CASO DI REITERATA ASSENZA DALL'ALLOGGIO**

*Con il ricorso di primo grado innanzi al TAR Abruzzo, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di revoca dell'assegnazione di un alloggio, in comodato d'uso gratuito, nell'ambito del c.d. Progetto C.A.S.E. (complessi abitativi antisismici ed ecocompatibili) sito in l'Aquila; ciò, in conseguenza della inagibilità della propria abitazione, utilizzata unitamente al proprio nucleo familiare (composto anche dal marito e dalle due figlie), prima del sisma del 2009. Il provvedimento di revoca è stato adottato dall'amministrazione sulla scorta delle assenze rilevate in seguito agli accertamenti effettuati dagli organi competenti in più occasioni. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza resa dal TAR rilevando come appaia contraddittorio, sotto il profilo logico-sistematico, affermare - come ha fatto il TAR Abruzzo - che vi sia la necessità di evitare che gli alloggi del progetto C.A.S.E. a soggetti che non abbiamo dimostrato una effettiva "esigenza abitativa" e contestualmente ritenere illegittimo un provvedimento di revoca teso ad eliminare proprio una situazione di fatto che attesta la mancanza di un tale tipo di esigenza. Nelle numerose occasioni in cui l'amministrazione ha effettuato la verifica sulla "presenza" dell'appellata nell'alloggio concessole in comodato gratuito, questa non sia stata reperita in casa. Né vi è dubbio o contestazione sul fatto che l'accertamento effettuato si sia svolto in più giornate e ad orari differenti, giungendo fino ad acquisire informazioni dai vicini di casa e, per necessità, lo stesso provvedimento di revoca della concessione dell'alloggio risulta essere stato notificato con la procedura prevista dall'art. 143 cpc, proprio nella impossibilità di rinvenire il domicilio della medesima appellata (CdS, V, 25.7.7.2012, n. 4222).*

«..... GA.....»

**LA NORMATIVA DEL CD "PICCOLO  
CONDONO" NON SI APPLICA ALL'IN-  
STALLAZIONE DI NUOVE STRUTTU-  
RE AD USO DIVERSO DA QUELLO**

## **RESIDENZIALE**

*La normativa (c.d. del "piccolo condono") di cui al co. 25 dell'art. 32 del d.l. 30.9.2003 n. 269 (conv. in l. n. 326/2003) riaprì la possibilità di richiedere il condono delle opere abusive che risultino essere ultimate entro il 31.3.2003 limitatamente: -- all'ampliamento di manufatti esistenti non superiore al 30% della volumetria della costruzione originaria, con il limite dei 750 metri cubi; -- alle "nuove costruzioni residenziali" non superiori a 750 metri cubi per singola richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria, a condizione che la nuova costruzione non superi complessivamente i 3.000 metri cubi. In base alla costruzione letterale stessa della norma, in linea di principio la disciplina del condono edilizio del 2003, a differenza dei precedenti, non era dunque applicabile all'istallazione di nuove strutture ad uso diverso da quello residenziale in quanto come esattamente rilevato nella sentenza impugnata dal TAR "Le tipologie di "abusi minori" come definite dall'art. 32 co. 25 del d.l. n. 269/2003 conv in l. n. 326/2003 non contemplano evidentemente, tra le fattispecie di abuso sanabili, le "nuove costruzioni con destinazione non residenziale". Nessun rilievo al contrario può assurgere nella specie la tesi riportata dalla Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 7.12.2005, n. 2699, secondo cui sono condonabili tutte le opere, "ab origine" prive di titolo abilitativo, residenziali e non, in quanto la natura eccezionale dell'istituto del condono edilizio e la sua incidenza su illeciti amministrativi, a rilevanza penale, implicano che la tipologia e consistenza delle opere suscettibili di sanatoria devono essere individuate con rigorosa tassatività dalle singole leggi istitutive, senza possibilità di integrazioni con le diverse fattispecie previste dalle leggi precedenti (cfr. CdS, A. Plen., 23.4.2009 n.4; Cass. Pen., III, 2.12.2010, n. 762; idem, 24.2.2004, n. 15283, ecc. ). Sotto altro profilo deve poi annotarsi che, come si evince dall'attestazione del responsabile del servizio versata dalla controinteressata - come esattamente affermato nel provvedimento impugnato ma non contestato dall'appellante -- l'area in parte è clas-*

sificata come “Zona G1 Verde di rispetto stradale” con divieto di qualsiasi nuova costruzione ed in parte rientra nella fascia di rispetto dei 150 mt del vallone Acqualaggia sottoposto a vincolo ambientale ai sensi della lett. c) dell’art. 142 del d. lgs. n. 42/2004. A tal proposito si ricorda che il co. 27 d) dell’art. 32 cit., prevedeva che le opere abusive non fossero comunque suscettibili di sanatoria, “qualora siano state realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima della esecuzione di dette opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformiale norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”. In definitiva, nel caso di specie, alle strutture impiantate non era dunque applicabile il “nuovo” condono edilizio di cui all’art. 32 del d.l. n. 269 del 2003: -- poiché, dovendo qualificarle come “nuove costruzioni” non attenti all’edilizia residenziale, non potevano essere ricomprese nell’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 32 cit.; -- perché comunque insistevano in un’area per una parte sottoposta a vincoli ambientali imposti antecedentemente al momento di realizzazione dell’abuso (CdS, IV, 24.7.2012, n. 4214).

«..... GA.....»

### **IL BAGNO CHIMICO, ANCORCHÉ MANUFATTO LEGGERO, RICHIEDE IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE OVE SIA POSTO A SERVIZIO PERMANENTE DI UN'ATTIVITÀ**

L’art. 3, lett. e. 5) del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 riconduce, tra l’altro, alla nozione di “intervento di nuova costruzione” “l’installazione di manufatti leggeri, anche pre-fabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano

diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee”. In tale scia interpretativa, la giurisprudenza ha costantemente affermato che, ai fini del rilascio della concessione edilizia, debba parlarsi di “nuova costruzione” in presenza di opere che comunque implicino una stabile -- ancorché non irreversibile - trasformazione urbanistico-edilizia del territorio preordinata a soddisfare esigenze non precarie del committente sotto il profilo funzionale e della destinazione dell’immobile (cfr. CdS, V, 20.6.2011 n. 3683; CdS, IV, 22.12.2007 n. 6615; CdS, VI, 16.2.2011 n. 986). Nel caso in esame per il Collegio non vi sono dubbi che, come esattamente affermato dal TAR, le strutture installate avrebbero dovuto essere qualificate come “intervento di nuova costruzione” a nulla rilevando che si trattasse di manufatti mobili (come la roulotte) o leggeri (come la tenda in metallo e plastica o il bagno chimico) data la loro funzione a servizio permanente all’attività di auto-lavaggio. Trattandosi di strutture stabilmente destinate all’esercizio di un’attività dell’appellante, queste non potevano esser considerate meramente temporanee (CdS, IV, 24.7.2012, n. 4214).

«..... GA.....»

### **PER LE OPERE ABUSIVE REALIZZATE IN AREE SOTTOPOSTE A VINCOLO, IL SILENZIO ASSENSO SULL'ISTANZA DI SANATORIA PER DECORSO DEL TERMINE DI VENTIQUATTRO MESI DALL'EMISSIONE DEL PARERE DELL'AUTORITÀ PREPOSTA ALLA TUTELA DEL VINCOLO SI FORMA SOLO NEL CASO DI PARERE FAVOREVOLE, E NON ANCHE DI PARERE CONTRARIO**

Costituisce costante approdo della giurisprudenza amministrativa quello per cui dal combinato disposto degli art. 35 coo. 19 e 32 co. 1 della l. 28.2.1985 n. 47 si evince che, in caso di istanza di sanatoria edilizia per opere abusive realizzate in aree sottoposte a vincolo, il silenzio assenso per decorso del termine di ventiquattro mesi dall’emissione del parere dell’autorità preposta alla tutela



del vincolo si forma solo nel caso di parere favorevole, e non anche di parere contrario, poiché il rilascio della concessione in sanatoria per abusi in zone vincolate presuppone necessariamente il parere favorevole, e non il parere "sic et simpliciter" della predetta autorità. Si è detto peraltro, ancora di recente, che "il parere dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo, di cui all'art. 32 l. n. 47 del 1985, è pregiudiziale ad ogni altra valutazione e, se sfavorevole, rende impossibile la sanatoria dell'opera. Conseguentemente, nel caso in cui l'espressione del parere e l'adozione del provvedimento sull'istanza di sanatoria siano di competenza della medesima amministrazione (nella specie, il Comune), è ben possibile che l'esito negativo dell'esame sulla compatibilità con il vincolo consenta all'amministrazione di adottare un *actu* la determinazione negativa sul complesso procedimento di cui al citato art. 32." (CdS, VI, 24.2.2011, n. 1156). Tale principio appare sovrapponibile a quello espresso dalla giurisprudenza penale di legittimità, secondo cui "a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 32 d.l. 30.9.2003 n. 269 (conv., con mod. in l. 24.11.2003 n. 326) all'art. 32, co. 1, della l. 28.2.1985 n. 47, non opera più, anche per le istanze di sanatoria già presentate, la procedura del silenzio - assenso per gli interventi di ampliamento eseguiti su immobili sottoposti a vincolo paesaggistico. (In motivazione la Corte ha precisato che il rilascio della sanatoria è subordinato al parere dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo da rilasciarsi nel termine di 180 gg. dall'istanza conseguendo, in caso di inerzia, l'impugnabilità del silenzio - rifiuto)." (Cass., Pen. Sez. III, 16.3.2010, n. 14312). In ordine alla problematica relativa alla epoca di apposizione del vincolo, dopo qualche iniziale incertezza, la giurisprudenza si è ormai stabilmente orientata verso l'affermazione della rilevanza di quest'ultimo, purchè sussistente al momento della richiesta di sanatoria, a nulla rilevando che esso non preesistesse al momento della esecuzione dell'intervento abusivo. Si è quindi condivisibilmente affermato, che "ai sensi dell'art. 32, l. 28.2.1985 n. 47 l'esistenza di un vincolo paesaggistico esclude la

possibilità della formazione del silenzio assenso sulle domande di rilascio di concessione edilizia in sanatoria." (CdS, IV, 31.3.2009, n. 2024) e si è soprattutto, puntualizzato, che "è irrilevante che il vincolo paesaggistico sia sopravvenuto rispetto alla commissione dell'abuso e alla data di presentazione della domanda di condono, perché secondo il consolidato orientamento della giustizia amministrativa sono rilevanti i vincoli paesaggistici sopravvenuti ed esistenti al momento dell'adozione del provvedimento sulla domanda di condono edilizio (nel caso di specie, il provvedimento di condono non aveva valutato adeguatamente la compatibilità paesaggistica dell'opera e pertanto risultava affetto dal vizio del difetto di motivazione, rilevato dalla Soprintendenza). (CdS, VI, 23.2.2011, n. 1127, ma anche, in passato, CdS, VI, 22.1.2001, n. 181. "l'art. 32 l. n. 47 del 1985, laddove impone una congrua valutazione da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo in merito alla compatibilità del mantenimento dell'"opus" con le ragioni poste a fondamento del regime vincolistico, si applica anche in caso di vincolo sopravvenuto rispetto all'esecuzione ma vigente al momento della domanda") (CdS, IV, 23.7.2012, n. 4204).

«..... GA.....»

#### **AMMINISTRAZIONE DEI MONOPOLI DI STATO: L'ISTITUZIONE O IL TRASFERIMENTO DI UNA RIVENDITA SPECIALE DI TABACCHI, DI CUI ALL'ART. 53 DELLA L. N. 1074 DEL 1958, NON POSTULA NECESSARIAMENTE IL RISPETTO DI REQUISITI MINIMI DI DISTANZA PREVISTI PER LE RIVENDITE ORDINARIE**

Con il ricorso di primo grado la odierna appellata, titolare di una edicola ubicata all'interno della stazione della Metropolitana di Milano Loreto, aveva impugnato la determinazione con cui l'amministrazione dei Monopoli di Stato aveva rigettato la sua istanza tesa ad ottenere l'istituzione di una rivendita speciale di generi di monopolio presso il citato esercizio commerciale. Il diniego era stato motivato in relazione alla

circostanza che all'esterno della fermata della Metropolitana di Milano Loreto ad una distanza inferiore a 200 metri dall'ingresso, erano esistenti due rivendite ordinarie. Il Giudice di prime cure accoglieva il ricorso, affermando che l'istituzione di una rivendita speciale si caratterizza per il fatto il ricorrere dei requisiti necessari richiesti dall' art. 53 del d.P.R. n. 1074/1958 costituiva condizione sufficiente essendo irrilevante la distanza con altre rivendite di generi di monopolio imponendo all'amministrazione di rivalutare l'istanza. L'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato proponeva appello che è stato rigettato dal Consiglio di Stato. Si legge nella sentenza che la specifica normativa di settore *ratione temporis* applicabile è rappresentata dall'art. 22 della l. 22 dicembre, n. 1293, e dall'art. 53 del d.P.R. 10.10.1958, n. 1074; a detta di tali disposizioni rivendite speciali possono essere istituite per soddisfare particolari esigenze di servizio, anche temporaneo, alle quali non possa sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino. Alla stregua di consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato: - l'istituzione o il trasferimento di una rivendita speciale di tabacchi, di cui all' art. 53 della l. n. 1074 del 1958, non postula necessariamente il rispetto di requisiti minimi di distanza previsti per le rivendite ordinarie, potendo questo aspetto aver rilevanza solo in via discrezionale, nel caso, cioè, la distanza assuma un rilievo tale (rivendite poste a pochi metri l'una dall'altra) da rendere inconciliabile la contemporanea presenza di due rivendite (CdS, IV, 22.3.2005 n. 1180); - il rilascio dell'autorizzazione a gestire una rivendita speciale di tabacchi e generi di monopolio non è lesiva dei diritti dei titolari delle circostanti rivendite ordinarie di generi di monopolio in quanto con la rivendita speciale sono soddisfatte particolari esigenze di pubblico servizio, anche di carattere temporaneo, in una serie di luoghi specifici (CdS, IV, 11.4.2001 n. 2201); la normativa richiamata non fa alcun riferimento alla distanza come regola che delimiti l'esercizio della discrezionalità amministrativa e non può pertanto essere derogata da circolari amministrative (cfr. *ex plurimis* CdS, IV, 21.12.2009, n. 8530; *Id.*, 18.2.2010, n. 964;

*Id.*, 12.1.2011, n. 122). Al riguardo la Sezione, uniformandosi ai citati precedenti, non può che ribadire come, nelle rivendite speciali continuative, non abbia importanza alcuna né la densità della popolazione della zona né la distanza con altre rivendite di generi di monopolio, condizioni queste invece rilevanti solo tra le rivendite ordinarie; inoltre, si richiama il principio per cui i passeggeri della metropolitana costituiscano utenza diversa e distinta da quella stanziale propria delle rivendite ordinarie. La omessa valutazione di tali principi ha esattamente indotto il primo giudice ad imporre all'amministrazione appellante una doverosa rivalutazione dell'istanza, alla stregua delle dette consolidate emergenze giuridiche. Invero anche nell'appello proposto dal Ministero, si richiama, quale fattore ostativo, la circostanza che era stata precedentemente istituita una rivendita ordinaria operante nella medesima zona: ma ciò non poteva, *ex se*, assurgere ad elemento ostativo, in quanto laddove positivamente deliberata (come in realtà avvenuto) l'emergere di "particolari esigenze di servizio", la tesi dell'appellante si risolve in una valutazione apodittica delle "esigenze" del pubblico" (con richiamo alla supposta collocazione dello stesso al di là dei tornelli) che appare del tutto avulsa da valutazioni di concretezza. Si rammenta peraltro che di recente, con la decisione della Sezione del 2.12.2011 n. 6378, è stata condivisibilmente avvertita l'esigenza di tenere conto, anche alla più recente normativa di liberalizzazione: sia, quindi, dell'art. 83 bis, co. 17, del d.l. 112 del 2008 (che peraltro si riferisce solo indirettamente al tema in questione), sia in particolare dell'art. 3. co. 7, del d.l. 138 del 2011. Stabilisce questo comma che "le disposizioni vigenti che regolano l'accesso e l'esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza. Le disposizioni relative all'introduzione di restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva.....". Si è detto in particolare nella sentenza in ultimo richiamata che, "poiché la norma rivendica espressamente natura interpretativa ed è perciò naturalmente



suscettibile di efficacia retroattiva, essa costituisce un argomento ulteriore per negare che il puro vincolo al rispetto della distanza, recato dalla circolare ministeriale richiamata, possa da solo rappresentare fatto impeditivo al rilascio dell'autorizzazione richiesta” (CdS, IV, 12.7.2012, n. 4119).

«..... GA.....»

### **NIENTE PORTO TURISTICO SUL LAGO DI COMO: LA QUALIFICA GIURIDICA DI PROPRIETARIO DI UN BENE IMMOBILE CONFINANTE E' IDONEA A RADICARE LA LEGITTIMAZIONE E L'INTERESSE AL RICORSO**

L'appellante - che risiedere in un edificio di sua proprietà, posto sulle rive del lago di Como, dinanzi all'Isola Comacina ed e' titolare di concessione demaniale per due pontili di attracco e una boa d'ormeggio per piccole imbarcazioni - impugnava innanzi al TAR, che accoglieva in parte il ricorso, gli atti con cui il Comune di Ossuccio aveva approvato il progetto preliminare e il progetto esecutivo finalizzati alla realizzazione in loco di un porto turistico destinato ad accogliere circa quaranta barche. Il Comune proponeva appello incidentale chiedendo che la sentenza fosse riformata per la parte in cui ha omissis di rilevare che la venuta a scadenza della concessione di boa a suo tempo rilasciata in favore dell'appellante avrebbe fatto venir meno la posizione legittimante alla proposizione e alla coltivazione del ricorso, così come l'interesse alla sua stessa prosecuzione. Nella tesi del Comune, infatti, una volta venuta a scadenza la concessione a suo tempo rilasciata in favore della signora, in capo a quest'ultima non sussisterebbe più un interesse di carattere differenziato e qualificato relativo alla presentazione di progetti volti alla modifica delle aree rivierasche. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello incidentale proposto dal Comune ritenendo di prestare adesione al condiviso orientamento secondo cui il terzo ha titolo ad adire il Giudice amministrativo quando esista una situazione soggettiva ed oggettiva di stabile collegamento con la zona coinvolta da un

intervento che, se illegittimamente assentito, sia idoneo ad arrecare pregiudizio ai valori urbanistici della zona medesima, onde la qualifica giuridica di proprietario di un bene immobile confinante deve di per sé ritenersi idonea a radicare la legittimazione e l'interesse al ricorso, non occorrendo altresì la verifica della concreta lesione di un qualsiasi altro interesse giuridicamente rilevante (CdS, IV, 29.7.2009, n. 4756). La giurisprudenza di questo Consiglio ha altresì stabilito che l'art. 31 co. 9, della l. 17.8.1942, n. 1150 (come modificato dall'art. 10 l. 6.8.1967 n. 765), nel legittimare chiunque a ricorrere contro le concessioni edilizie, pur non avendo introdotto un'azione popolare, va comunque correttamente inteso nel senso che deve riconoscersi una posizione qualificata e differenziata ai singoli proprietari siti nella zona in cui la costruzione è assentita e a tutti coloro che si trovino in una situazione di stabile collegamento con la zona stessa, ove gli stessi ritengano che per effetto della nuova costruzione, in contrasto con le prescrizioni urbanistiche, si determini una rilevante e pregiudizievole alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio, che i ricorrenti intenderebbero, invece, conservare (CdS, IV, 11.4.2007, n. 1672). Ad avviso del Collegio il principio di diritto testé richiamato, pur essendo stato affermato in relazione all'impugnativa di concessioni edilizie, può agevolmente essere esteso - per intuibili ragioni sistematiche - alla materia che qui rileva dell'impugnativa di delibere comunali di approvazione di progetti comunque incidenti sui valori urbanistici della zona (CdS, VI, 26.6.2012, n. 3750).

«..... GA.....»

### **LITIGI TRA EREDI PER IL TOMBINO FUNERARIO: LE CONTROVERSIE CIVILI NON GIUSTIFICANO IL CONGELAMENTO SINE DIE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA**

Gli eredi universali ab intestato della deceduta titolare in vita della concessione del diritto perpetuo di superficie sul un lotto demaniale del Cimitero comunale con soprastante tombino funerario, richiedevano

all'amministrazione la voltura in proprio favore, nella loro qualità, in comune e pro indiviso, dell'anzidetta concessione cimiteriale della loro dante causa. Sull'istanza di voltura il Responsabile dell'Ufficio Aree Cimiteriali del Comune stabiliva con provvedimento di sospendere ogni determinazione, in attesa dell'esito di un contenzioso civile pendente dinanzi al Tribunale che era stato promosso, contro gli stessi istanti, dagli eredi della più remota titolare della concessione oggetto dell'istanza. Da qui l'impugnazione avverso il provvedimento soprassessorio dinanzi al TAR che rigettava il ricorso. Investito della questione il Consiglio di Stato ha accolto l'appello in quanto la voltura richiesta dagli eredi costituiva per l'amministrazione un atto sostanzialmente dovuto (tanto più in quanto non risulta che fossero pervenute al Comune istanze in concorrenza con la loro), non essendo stata sollevata questione né intorno all'esistenza ed efficacia giuridica della concessione in questione, così come corrente fino ad allora in capo alla *de cuius*, né sulla qualità ereditaria di essi istanti. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza civile, infatti, il diritto sul sepolcro già costituito è un diritto soggettivo perfetto di natura reale assimilabile al diritto di superficie, suscettibile di possesso e soprattutto di trasmissione sia *inter vivos* che per via di successione *mortis causa*, e come tale opponibile agli altri privati, atteso che lo stesso nasce da una concessione amministrativa avente natura traslativa di un'area di terreno o di una porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale (Cass., II, 30.5.2003, n. 8804, e 30.5.1984, n. 3311). Altro discorso, poi, è che tale diritto nei confronti della pubblica amministrazione sia suscettibile di affievolimento, degradando ad interesse legittimo, nei casi in cui esigenze di pubblico interesse, per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero, impongano o consiglino all'amministrazione di esercitare il potere di revoca della concessione (Cass., sez. un., 7.10.1994, n. 8197): aspetto che tuttavia, come si è già detto, nella presenta vicenda non viene in rilievo. I diritti analoghi conferiti ai concessionari demaniali sono, del resto, normalmente suscettibili di trasmissione *mortis causa* (salve le valuta-

zioni che l'amministrazione si sia eventualmente riservata sui requisiti del nuovo titolare : cfr. ad es., CdS, VI, 27.2.1992, n. 139). Rileva inoltre il Collegio che la circostanza che penda una causa civile dall'esito suscettibile di interferire sull'assetto di rapporti amministrativi costituisce un'evenienza tutt'altro che infrequente, la quale però non giustifica certo, ogni qualvolta si manifesti, un congelamento *sine die* dell'azione amministrativa che in base all'attuale status quo risulti dovuta in favore di chi consti averne al momento titolo. Senza dire che, in casi come quello in controversia, l'impossibilità di avvalersi *medio tempore* del bene demaniale, sottratto a qualsiasi utilizzazione, integrerebbe un irragionevole spreco di risorse. Vero è, quindi, che era ipotizzabile un nesso tra la futura decisione della controversia da parte del Giudice civile e le sorti finali della concessione. Ma ciò, lungi dal giustificare una paralisi del procedimento di voltura, richiedeva semplicemente, al Comune, di dare coerente seguito alla pronuncia giurisdizionale civile, una volta che fosse stata emessa, qualora essa avesse acclarato la carenza di legittimazione di chi, nondimeno, nell'attualità, non venendo contestate né la propria qualità ereditaria, né l'esistenza ed efficacia della concessione, non poteva non vedere soddisfatta la propria pretesa. Il Comune, piuttosto, ove avesse nutrito dei seri dubbi sulla legittimità del titolo concessorio, avrebbe potuto, in tal caso, attivarsi in autotutela per il suo ritiro. In assenza di qualsivoglia iniziativa in tal senso - neppure mai annunciata -, però, la concessione non poteva che continuare a produrre tutti i propri effetti sotto ogni profilo (CdS, V, 26.6.2012, n. 3739).

«..... GA.....»

#### **IL POTERE DI PIANIFICAZIONE DEL TERRITORIO NON PUÒ PRECLUDE-RE, SE NON IN VIA ECCEZIONALE, INSEDIAMENTI INDUSTRIALI IN ZONE A DESTINAZIONE AGRICOLA**

*Il potere di pianificazione del territorio non può, per se stante, precludere insediamenti industriali in zone a destinazione agricola se*

*non in via eccezionale, vale a dire nei casi in cui si discuta di assetto agricolo di particolare pregio, consolidato da tempo remoto e magari accompagnato e favorito da opere di bonifica, posto che la destinazione agricola ha - di per sé - lo scopo di impedire gli insediamenti abitativi residenziali e non anche di precludere in via radicale qualsiasi intervento urbanisticamente rilevante. In tale frangente è stata reputata legittima la realizzazione in area destinata dal vigente strumento urbanistico comunale ad attività agricola di un deposito temporaneo di carbone all'interno di un sito più vasto e già adibito ad attività estrattiva (CdS, IV, 19.6.2012, n. 3570).*

«..... GA.....»

### **IN PENDENZA DI UNA DOMANDA DI SANATORIA IL COMUNE NON PUÒ ESEGUIRE MISURE SANZIONATORIE -RIPRISTINATORIE**

*La presentazione di una domanda di sanatoria determina per l'amministrazione l'onere di un provvedimento di reiezione (o di accoglimento) dell'istanza stessa cui deve far seguito l'eventuale adozione di ulteriori provvedimenti sanzionatori che il Comune è tenuto ad emanare con atti a contenuto vincolato, una volta che si sia verificato che non sussistono le condizioni per la sanatoria delle opere abusive ( CdS, IV, 12.5.2010 n. 2244; idem, 12.11.2008, n.5646). Questo sta, in particolare, a significare che dopo la presentazione della domanda di sanatoria ai sensi dell'art.36 d.P.R n.380/01 (prima, art.13 l. n. 47/85) le procedure per l'esecuzione di una sanzione amministrativa ( a maggior ragione la potestà di emanare la sanzione stessa ) deve ritenersi "sospesa" in attesa della determinazione dell'amministrazione sulla domanda di sanatoria. Se così non fosse, potrebbe venir meno, prima della pronuncia dell'amministrazione, il substrato naturale (opere abusive) oggetto di domanda (CdS, IV, 15.6.2012, n. 3534).*

«..... GA.....»

### **L'ENTITÀ DEGLI ONERI CONCESSO-**

### **RI VA DETERMINATA AL MOMENTO DEL RILASCIO DELLA CONCESSIONE EDILIZIA**

*La vicenda contenziosa concerne la determinazione degli oneri concessori a fronte di un sensibile ritardo dell'amministrazione nel rilascio della concessione edilizia. La domanda di tutela è stata introdotta molto tempo prima delle note vicende - prima giurisprudenziali, e poi normative - che hanno condotto alla risarcibilità degli interessi legittimi, e si è concretizzata in una domanda di annullamento (parziale) e di condanna dell'amministrazione alla restituzione di somme indebitamente corrisposte, in forza del principio - affermato nella domanda - che gli oneri concessori debbano calcolarsi al momento del favorevole esame del progetto da parte della Commissione edilizia e non a quello del (tardivo) rilascio della concessione, vieppiù ove di rilevi un comportamento dell'amministrazione scientemente preordinato a lucrare l'esponenziale incremento nel tempo degli oneri concessori. In tali termini inquadrata, il giudice di prime cure, correttamente, ha respinto la domanda. La Sezione ha già avuto modo di chiarire, alla luce del disposto normativo di cui all'art. 11 della l. 10/77, che 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, risultando irrilevante, a tal fine, la precedente espressione del parere della commissione edilizia (Cfr. CdS, IV, 25.6.2010, n. 4109). Ciò è di per se sufficiente ad escludere l'illegittimità dell'azione amministrativa, finanche ove sia provata la sussistenza di un colposo ritardo nell'emanazione della concessione. Altra cosa è la liceità dell'inerzia procedimentale che si assume serbata dall'amministrazione. E' ben possibile che episodi di ingiustificata lentezza, di aggravio procedimentale o di inefficienza abbiano dilatato oltre modo i tempi di rilascio della concessione, determinando l'esponenziale crescita degli oneri gravanti sull'istante, ma tale comportamento, ove sussistente, può essere*

vagliato dal giudice amministrativo solo a fronte dell'esperimento di un'azione risarcitoria, nel rispetto dei termini e delle modalità che per la sua introduzione l'ordinamento pretende. Nel caso di specie, un'azione risarcitoria non è stata proposta, neanche a seguito delle sopravvenienze normative che ne hanno cristallizzato l'esperibilità. Né può procedersi alla valutazione dei profili colposi della condotta della PA, ai fini di una eventuale e futura azione risarcitoria - come pure sollecitato dall'appellante - poiché si tratterebbe in ogni caso di un accertamento che esula dalle domande ritualmente poste nel giudizio, tese invece a stigmatizzare l'illegittimità della quantificazione ai fini della ripetizione dell'indebito (CdS, IV, 7.6.2012, n. 3379).

«..... GA.....»

#### **IL PAGAMENTO DELL'OBLAZIONE IMPLICA RICONOSCIMENTO DELL'ILLECITO CON CONSEGUENTE RINUNCIA ALLA GARANZIA GIURISDIZIONALE**

Nel caso di specie il ricorrente chiedeva l'annullamento della concessione edilizia rilasciata dal Comune nella parte in cui quantifica il contributo di concessione e non prevede la restituzione della somma già corrisposta dai ricorrenti a titolo di sanzione amministrativa. La parte privata sostiene in particolare che la misura dell'oblazione, dovuta con riguardo alle opere realizzate in parziale difformità dall'originaria concessione edilizia, sarebbe stata erroneamente determinata dal Comune in applicazione delle aliquote relative al contributo corrispondente all'intero fabbricato, anziché sulla sola parte del fabbricato medesimo ritenuta difforme. Il Consiglio di Stato ha rigettato detto motivo di impugnazione in quanto ha aderito all'orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui l'oblazione non è un semplice adempimento pecuniario, ma consiste in un negozio giuridico unilaterale, processuale o extraprocessuale, produttivo di effetti di diritto pubblico, nel senso che il relativo pagamento implica riconoscimento dell'illecito con conseguente rinuncia irretro-

ttabile alla garanzia giurisdizionale (cfr. Cass. civ., Sez. I, 24.4.1979, n. 2319). Conseguenza da ciò che la somma pagata non è ripetibile ed è irrilevante qualunque riserva fatta a tal fine, essendo semmai onere dell'interessato quello di far valere le proprie ragioni di fronte al giudice amministrativo prima di corrispondere la somma richiesta (cfr. CdS, V, 5.7.2007, n. 3821). In altri termini, la riserva di ripetizione, sebbene contestuale, è una protestatio che non vale contro il fatto obiettivo del pagamento della somma richiesta a titolo di oblazione, con il quale l'interessato si appropria definitivamente di tutti gli effetti che a quel fatto l'ordinamento collega (CdS, IV, 7.6.2012, n. 3371).

«..... GA.....»

#### **DECADENZA DEI VINCOLI ESPROPRIATIVI: IL POTERE DISCREZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE DI REITERAZIONE DEI VINCOLI SCADUTI PERMANE PURCHÉ SUSSISTA UNA CONGRUA E SPECIFICA MOTIVAZIONE SULLA PERDURANTE ATTUALITÀ DELLA PREVISIONE COMPARATA CON GLI INTERESSI PRIVATI**

Il Collegio nella sentenza in esame aderisce alla tesi della giurisprudenza amministrativa per cui "l'obbligo di provvedere alla rideterminazione urbanistica di un'area, in relazione alla quale sono decaduti i vincoli espropriativi precedentemente in vigore, non comporta che essa riceva una destinazione urbanistica edificatoria o nel senso voluto dal privato, essendo in ogni caso rimessa al potere discrezionale dell'amministrazione comunale la verifica e la scelta della destinazione che, in coerenza con la più generale disciplina urbanistica del territorio, risulti più idonea e più adeguata in relazione all'interesse pubblico al corretto e armonico utilizzo del territorio, potendo anche ammettersi la reiterazione degli stessi vincoli scaduti, sebbene nei limiti di una congrua e specifica motivazione sulla perdurante attualità della previsione, comparata con gli interessi privati." (CdS, IV, 21.4.2010 n. 2262). Ricorda peraltro che la tesi contenuta



*nell'appello relativa alla necessaria "procedimentalizzazione" della scelta reiterativa dei vincoli scaduti ha ricevuto di recente autorevole avallo dalla Corte Costituzionale, che ha di recente affermato che, in punto di reiterazione dei vincoli, è necessaria "la procedimentalizzazione della verifica, caso per caso, della persistente attualità dell'interesse allo sviluppo industriale in rapporto all'interesse dei proprietari." (C. cost. 20.7.2007, n. 314). Ciò perché, altrimenti argomentando la destinazione azzonante impressa dall'amministrazione comunale sfuggirebbe alla (maggiormente garantita) procedura che prevede (oltre all'intervento dei destinatari ultimi della reiterazione, in sede di predisposizione delle osservazioni) la doppia verifica degli Enti preposti alla programmazione dell'assetto territoriale attraverso il duplice momento della adozione e della approvazione della normativa relativa all'assetto territoriale (CdS, IV, 7.6.2012, n. 3365).*

«..... GA.....»

**LA LOTTIZZAZIONE ABUSIVA PRESUPPONE OPERE (C.D. LOTTIZZAZIONE MATERIALE) O INIZIATIVE GIURIDICHE (C.D. LOTTIZZAZIONE CARTOLARE) CHE COMPORTANO UNA TRASFORMAZIONE URBANISTICA OD EDILIZIA DEI TERRENI IN VIOLAZIONE DELLE PRESCRIZIONI URBANISTICHE**

*In virtù dell'art. 30 del d.P.R. 380/2001 la lottizzazione abusiva presuppone opere (c.d. lottizzazione materiale) o iniziative giuridiche (c.d. lottizzazione cartolare) che comportano una trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni in violazione delle prescrizioni urbanistiche. Al fine di valutare un'ipotesi di lottizzazione abusiva c.d. materiale, appare necessaria una visione d'insieme dei lavori, ossia una verifica nel suo complesso dell'attività edilizia realizzata, atteso che potrebbero anche ricorrere modifiche rispetto all'attività assentita idonee a conferire un diverso assetto al territorio comunale oggetto di trasformazione. Proprio in quanto sussiste lottizzazione abusiva in tutti i casi in cui si*

*realizza un'abusiva interferenza con la programmazione del territorio, deve rilevarsi, ad avviso del Collegio, che la verifica dell'attività edilizia realizzata nel suo complesso può condurre a riscontrare un illegittimo mutamento della destinazione all'uso del territorio autoritativamente impressa anche nei casi in cui le variazioni apportate incidano esclusivamente sulla destinazione d'uso dei manufatti realizzati. Ciò perché è proprio la formulazione dell'art. 30 del d.P.R. n. 380/01 che impone di affermare che integra un'ipotesi di lottizzazione abusiva qualsiasi tipo di opere in concreto idonee a stravolgere l'assetto del territorio preesistente, a realizzare un nuovo insediamento abitativo e, quindi, in ultima analisi, a determinare sia un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione (che viene posta di fronte al fatto compiuto), sia un carico urbanistico che necessita adeguamento degli standards. Come già affermato dalla giurisprudenza di merito il concetto di "opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia" dei terreni deve essere, dunque, interpretato in maniera "funzionale" alla ratio della norma, il cui bene giuridico tutelato è costituito dalla necessità di preservare la potestà programmatica attribuita all'amministrazione nonché l'effettivo controllo del territorio da parte del soggetto titolare della stessa funzione di pianificazione (cioè il Comune), al fine di garantire una ordinata pianificazione urbanistica, un corretto uso del territorio ed uno sviluppo degli insediamenti abitativi e dei correlativi standards compatibile con le esigenze di finanza pubblica. Ciò che rileva è il concetto di "trasformazione urbanistica ed edilizia" e non quello di "opera comportante trasformazione urbanistica ed edilizia". Ne discende, ad avviso del Collegio, che il mutamento di destinazione d'uso di edifici già esistenti può influire sull'assetto urbanistico dei terreni sui quali essi insistono e può altresì comportare nuovi interventi di urbanizzazione. La verifica circa la conformità della trasformazione realizzata e la sua rispondenza o meno alle previsioni delle norme urbanistiche vigenti deve essere effettuata con riferimento non già alle singole opere in cui si è compendiata la lottizzazione,*

*eventualmente anche regolarmente assentite (giacché tale difformità è specificamente sanzionata dagli artt. 31 e ss. d.P.R. n. 380/2001), bensì alla complessiva trasformazione edilizia che di quelle opere costituisce il frutto, sicché essa conformità ben può mancare anche nei casi in cui per le singole opere facenti parte della lottizzazione sia stato rilasciato il permesso di costruire (CdS, IV, 7.6.2012, n. 3381).*

«..... GA.....»

**ABUSI EDILIZI: IN PRESENZA DI UNA PLURALITÀ DI ISTANZE DI SANATORIA PRESENTATE IN RIFERIMENTO AD UNO STESSO COMPLESSO EDILIZIO IL COMUNE DEVE PROCEDERE AD UNA VALUTAZIONE COMPLESSIVA ESAMINANDO CONTESTUALMENTE TUTTE LE ISTANZE PRODOTTE**

*Ai fini della razionalità dell'azione amministrativa e del rispetto del principio costituzionale di buon andamento, l'amministrazione comunale deve esaminare contestualmente l'eventuale pluralità di istanze di sanatoria prodotte in riferimento a un medesimo complesso edilizio, e ciò al fine precipuo di contrastare - ove ne ricorra il caso - artificiose frammentazioni che, in luogo di una corretta qualificazione unitaria dell'abuso e di una conseguente identificazione unitaria del titolo edilizio che sarebbe stato necessario o che può ora essere rilasciato, prospettino una scomposizione virtuale dell'intervento finalizzata all'elusione dei presupposti e dei limiti di ammissibilità della sanatoria stessa. La valutazione dell'abuso edilizio presuppone dunque una visione complessiva e non atomistica dell'intervento giacché il pregiudizio recato al regolare assetto del territorio deriva non dal singolo intervento ma dall'insieme delle opere realizzate nel loro contestuale impatto edilizio (CdS, VI, 6.6.2012, n. 3330).*

«..... GA.....»

**ANCHE L'USUFRUTTUARIO PUÒ**

**CONTESTARE LA LEGITTIMITÀ DEL PERMESSO DI COSTRUIRE RILASCIATO AL VICINO PURCHÉ SUSSISTANO I PRESUPPOSTI DELLA VICINITAS E DEL CONCRETO PREGIUDIZIO ALLE FACOLTÀ DOMINICALI**

*La giurisprudenza amministrativa, muovendo dal tenore letterale dell'art. 11 del d.P.R. n. 380/2001, ha costantemente affermato che "ai fini del rilascio della concessione edilizia è necessaria una relazione qualificata a contenuto reale dell'istante con il bene, e cioè la qualità di proprietario, superficario, affittuario di fondi rustici, usufruttuario dello stesso, anche se in formazione, non essendo sufficiente il solo rapporto obbligatorio, in quanto il diritto a costruire è una proiezione del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento che autorizzi a disporre un intervento costruttivo." (CdS, IV, 8.6.2007, n. 3027); "all'usufruttuario è comunque riconosciuta la legittimazione al rilascio del permesso di costruire dal momento che l'art. 11, d.P.R. n. 380 del 2001 individua tra i soggetti legittimati oltre al proprietario anche coloro che «abbiano titolo per richiederlo», sicché non vi è dubbio che tra gli aventi titolo rientri anche l'usufruttuario del bene, che, quale titolare di un diritto reale di godimento, gode di una relazione qualificata con il bene medesimo." (TAR Campania Na, VIII, 7.3.2011, n. 1318). Costituisce altresì principio fondante in materia quello per cui "nel ricorso proposto avverso il permesso di costruire rilasciato al vicino la vicinitas è condizione necessaria, ma non sufficiente a radicare, ferma la legittimazione, l'interesse al ricorso, il quale richiede anche la dimostrazione del pregiudizio concreto alle facoltà dominicali del ricorrente." (CdS, IV, 24.1.2011, n. 485). La dimostrata titolarità a chiedere ed ottenere la concessione edilizia su un fondo, da parte dell'usufruttuario, importa che lo stesso in via di principio sia legittimato a contestare la legittimità del permesso di costruire rilasciato al vicino, purché sussistano i presupposti della vicinitas e del concreto pregiudizio alle facoltà dominicali, che si è visto essere il proprium della legittimazione ad agire in subiecta materia (CdS, IV, 5.6.2012, n. 3300).*

«..... GA.....»

**LA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE NON RIENTRA TRA LE ATTRIBUZIONI PROPRIE DEI DIRIGENTI, TRATTANDOSI DI UN PROVVEDIMENTO CON CUI VIENE ESERCITATA UNA VERA E PROPRIA FUNZIONE DI INDIRIZZO POLITICO – AMMINISTRATIVO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL CORRETTO USO DEL TERRITORIO AFFIDATA ALL'ORGANO DI GOVERNO**

*Com'è stato recentemente ribadito (CdS, IV, 5.7.2010, n. 4246; CdS, V, 22.6.2009, n. 4206; VI, 17.5.2006, n. 2851), alla stregua dei principi comunitari e nazionali, oltre che delle sue stesse peculiari finalità, la valutazione di impatto ambientale non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa la astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio-economica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa c.d. opzione-zero; in particolare (CdS, IV, 5.7.2010, n. 4245, cit.), è stato evidenziato che "la natura schiettamente discrezionale della decisione finale (e della preliminare verifica di assoggettabilità), sul versante tecnico ed anche amministrativo, rende allora fisiologico ed obbediente alla ratio su evidenziata che si pervenga ad una soluzione negativa ove l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso sotteso all'iniziativa; da qui la possibilità di bocciare progetti che arrechino vulnus non giustificato da esigenze produttive, ma suscettibile di venir meno, per il tramite di soluzioni meno impattanti in conformità al criterio dello sviluppo sostenibile e alla logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività che deve governare il bilanciamento di istanze antagoniste (cfr. CdS, VI, 22.2.2007, n. 933)". Non può sostenersi pertanto che la valutazione di impatto*

*ambientale sia un mero atto (tecnico) di gestione ovvero di amministrazione in senso stretto, rientrando come tale nelle attribuzioni proprie dei dirigenti, trattandosi piuttosto di un provvedimento con cui viene esercitata una vera e propria funzione di indirizzo politico-amministrativo con particolare riferimento al corretto uso del territorio (in senso ampio), attraverso la cura ed il bilanciamento della molteplicità dei (contrapposti) interessi, pubblici (urbanistici, naturalistici, paesistici, nonché di sviluppo economico-sociale) e privati, che su di esso insistono, come tale correttamente affidata all'organo di governo, nel caso di specie la Giunta regionale (CdS, V, 31.5.2012, n. 3254).*

«..... GA.....»

**HANNO LEGITTIMAZIONE AD AGIRE ANCHE I CITTADINI DEL COMUNE LIMITROFO A QUELLO NEL QUALE E' UBICATA O SARÀ UBICATA UNA DISCARICA A PRESCINDERE DALLA PROVA DELLA CONCRETA PERICOLOSITÀ DELL'IMPIANTO**

*Secondo un indirizzo giurisprudenziale da cui il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, ha ritenuto di non doversi discostare, ancorché un impianto di trattamento di rifiuti ricada in altro vicino comune, non può negarsi che esso arrechi (o sia astrattamente in grado di arrecare) disagi e danni non solo agli appartenenti del comune di ubicazione, ma anche ai cittadini dei comuni limitrofi: deve essere pertanto riconosciuta la legittimazione e l'interesse ad agire anche al comune limitrofo (a quello in cui è ubicata o deve essere ubicata una discarica di rifiuti), quale ente esponenziale della collettività stanziata sul proprio territorio e portatore in via continuativa degli interessi diffusi radicati sul proprio territorio (CdS, V, 3.5.2006, n. 2471; 20.2.2006, n. 695), non potendo la legittimazione ad agire essere subordinata alla prova di una concreta pericolosità dell'impianto (CdS, VI, 20.5.2004, n. 3262) (CdS, V, 31.5.2012, n. 3254).*

«..... GA.....»

## **INDIVIDUAZIONE DEL SOGGETTO TENUTO ALLA RIMOZIONE DI RI- FIUTI ABBANDONATI SULLA STRADA**

*Secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, ai sensi dell'art. 14 del Codice della strada, spetta agli enti proprietari (e ai concessionari delle autostrade) provvedere alla loro manutenzione, gestione e pulizia, comprese le loro pertinenze e arredo, nonché attrezzature, impianti e servizi e, quindi, non limitatamente al solo nastro stradale, ma anche alle piazzole di sosta, onde siano garantite la sicurezza e la fluidità della circolazione (CdS, IV, 4.5.2011, n. 2677; 13.1.2010, n. 84). E' stato del resto puntualmente osservato (Cass.,sez.un. 25.2.2009, n. 4472) che, seppure per un verso non può negarsi che l'art. 14 del d. lgs. 5.2.1997, n. 22, oggi sostituito dall'art. 192 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, preveda la corresponsabilità solidale del proprietario o del titolare di diritti personali o reali di godimento sull'area ove sono stati abusivamente abbandonati o depositati rifiuti, con il conseguente suo obbligo di provvedere allo smaltimento ed al ripristino, solo in quanto la violazione sia imputabile anche a quei soggetti a titolo di dolo o colpa (in termini, CdS, V, 26.1.2012, n. 333; 22.3.2011, n. 4673; 16.7.2010, n. 4614), per altro verso "esigenze di tutela ambientale sottese alla predetta norma rendono evidente che il riferimento è a chi è titolare di diritti reali o personali di godimento va inteso in senso lato, essendo destinato a comprendere qualunque soggetto*

*si trovi con l'area interessata in un rapporto, anche di mero fatto, tale da consentirgli - e per ciò stessa imporgli - di esercitare una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa essere adibita a discarica abusiva di rifiuti nocivi per la salvaguardia dell'ambiente"; è stato poi sottolineato che "...il requisito della colpa postulato da detta norma ben può consistere proprio nell'omissione degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficacia custodia e protezione dell'area, così impedendo che possano essere indebitamente depositati rifiuti nocivi". Cio posto nel caso di specie, non essendo stata contestata l'appartenenza all'amministrazione provinciale della strada, sulla cui piazzola di sosta il Comune ha accertato l'abbandono di materiale, precisamente eternit mischiato a terriccio, non può negarsi che la predetta amministrazione provinciale avrebbe dovuto adottare tutte le misure e cautele opportune e necessarie quanto meno per eliminare tali rifiuti, di cui peraltro non può neppure negarsi la pericolosità oltre che per l'ambiente, anche per la stessa circolazione stradale, tale obbligo derivando direttamente dall'obbligo di custodia connesso alla proprietà/appartenenza della strada, oltre che dalla previsione dell'art. 14 del d. lgs. 30.4.1992, n. 285, secondo cui gli enti proprietari delle strade devono provvedere, tra l'altro, alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi (CdS, V, 31.5.2012, n. 3256).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA SEGNALAZIONE CERTIFICATA DI INIZIO ATTIVITÀ (SCIA) ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE LEGISLATIVE E INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI

dell'Avv. Francesco Palazzotto

*La SCIA è stata oggetto di diverse modifiche legislative in un brevissimo arco temporale, prima dal d.l. 13.5.2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12.7.2011, n. 106, successivamente dall'art. 6, d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito in l. 14.9.2011, n. 148, all'inizio del 2012 dall'art. 2, co.1 della l. 4.4.2012, n. 35 e poi dall'art. 13, co. 1, l. 7.8.2012, n. 134, da ultimo è intervenuta anche la giurisprudenza prima con la sentenza del CdS, ad. plen., 29.7.2011, n.15 successivamente dalla C. cost., 26.6.2012, n.164. La natura giuridica dell'istituto e la conseguente tutela del terzo a seguito delle modifiche legislative. La SCIA, come affermato dalla Corte, costituisce un livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), cost.*

The SCIA has been the subject of several legislative changes in a very short period of time, before the d.l. 13.5.2011, n. 70, convert, with amendments, by l. 12.7.2011, n. 106, subsequently by art. 6, d.l. 13.8.2011, n. 138, convert l. 14.9.2011, n. 148, in 2012 by art. 2, of the co.1. 4.4.2012, n. 35 and then by art. 13, co. 1, l. 7.8.2012, n. 134, most recently the law has intervened with the decision of the CdS, ad. plen., 29.7.2011, n. 15 and then also C. cost., 26.6.2012, n. 164. The legal nature of the institution and the consequent protection of the third as a result of legislative changes. The SCIA, as the Court held, is an essential level of benefits relating to civil and social rights in accordance with art. 117, co. 2, lett. m) of the Constitution

*Sommario: 1. Evoluzione normativa dell'istituto. 2. Il procedimento della SCIA; 3. L' art. 19, co. 6 ter, l. 7.8.1990, e s.m.i. e la natura giuridica; 4. L'azione esclusiva ex art. 31, coo. 1, 2 e 3 riconosciuta dall' art. 19, co. 6 ter, l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i.; 5. Corte Costituzionale sentenza n. 164 del 26.6.2012*

### **1. Evoluzione normativa dell'istituto.**

E' opportuno richiamare brevemente il quadro generale dell'istituto della Segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e la relativa evoluzione normativa, passando attraverso una veloce disamina della giurisprudenza recente del Consiglio di Stato, prima di inoltrarci nelle analisi delle novità normative e giurisprudenziali e precisamente alla sentenza n. 164 del 26/06/2012 della Corte Costituzionale.

Il diritto amministrativo è segnato dalla spinosa questione riguardante la definizione

del rapporto potere pubblico-libertà individuale<sup>1</sup>, cui dipende anche la corretta individuazione del nuovo istituto della SCIA. La riscrittura della disciplina della DIA, contenuta nell'art. 19, l. 7.8.1990, n. 241, operata prima dal d.l. 14.3.2005, n. 35 poi dalla l. 18.6.2009, n. 69, successivamente sostituita dalla SCIA prevista nell'art. 49, co. 4 bis, d.l. 31.5.2010, n. 78 integrato dalla legge di con-

<sup>1</sup> Per una prima ricostruzione della teoria dei diritti pubblici soggettivi si rinvia a A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. Giur.*, vol. XI.

versione 30.7.2010, n. 122, che l'ha posta in linea di continuità con la DIA immediata generalizzandone l'ambito applicativo, è stata nuovamente oggetto di diverse modifiche legislative in un brevissimo arco temporale, prima dal d.l. 13.5.2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12.7.2011, n. 106<sup>2</sup>, successivamente dall'art. 6, d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito in l. 14.9.2011, n. 148 e da ultimo prima dall'art. 2, co.1 della l. 4.4.2012, n. 35 e poi dall'art. 13, co. 1, l. 7.8.2012, n. 134<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Inoltre l'art. 5, co. 2, l. 12.7.2011, n. 106 alla lett. c), contiene una nota interpretativa, è precisamente:

c) le disposizioni di cui all'art. 19 l. 7.8.1990, n. 241 si interpretano nel senso che le stesse si applicano alle denunce di inizio attività in materia edilizia disciplinate dal d.P.R. 6.6.2001, n. 380, con esclusione dei casi in cui le denunce stesse, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative o sostitutive del permesso di costruire. Le disposizioni di cui all'art. 19 l. 7.8.1990, n. 241 si interpretano altresì nel senso che non sostituiscono la disciplina prevista dalle leggi regionali che, in attuazione dell'art. 22, co. 4, del d.P.R. 6.6.2001, n. 380, abbiano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'art. 22, co. 3, del medesimo decreto e nel senso che, nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la Scia non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale.

<sup>3</sup> Si riporta l'art. 19 della l. 7.8.1990, n. 241 come modificato ad oggi:

Art. 19 (Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA) (art. così sostituito dall'art. 49, co. 4-bis, l. n. 122 del 2010) (per l'interpretazione si veda l'art. 5, co. 2, l. n. 106 del 2011)

1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le

Tutto questo fermento normativo è stato affiancato da altrettanto fermento giurispru-

costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli art. 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28.12.2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle 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 dell'amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. La segnalazione, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata a mezzo posta con raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione. (comma così modificato dall'art. 5, co. 2, lett. b), l. n. 106 del 2011, poi dall'art. 2, co. 1, l. n. 35 del 2012, poi dall'art. 13, co. 1, l. n. 134 del 2012)

2. L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente.

3. vedi nota n. 7

4. Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3 ovvero di cui al co. 6 bis, all'amministrazione è consentito 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. (co. così modificato dall'art. 6, co. 1, d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla l. n. 148 del 2011)

4 bis. Vedi nota n. 11

5. (comma abrogato dal n. 14 del co. 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010)

6. Ove il fatto non costituisca 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

6 bis. Vedi nota n.8

6 ter. Vedi nota n. 15



denziale, precisamente prima dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 29.7.2011 e successivamente dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 164 del 26.6.2012.

Tutte le modifiche apportate sono state motivate oltre che dalla *ratio* di equilibrare i rapporti tra cittadino e amministrazione, dall'intento di favorire la ripresa e l'accelerazione delle iniziative economiche<sup>4</sup>.

Lo scopo dell'istituto, essendo finalizzato alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo della pubblica amministrazione, è quello di rendere più semplici le procedure amministrative indicate nella norma, alleggerendo il carico degli adempimenti gravanti sul cittadino. Occorre ricordare che il *principio di semplificazione*, ormai da molto tempo radicato nell'ordinamento italiano, è altresì di diretta derivazione comunitaria<sup>5</sup>. Esso, dunque, va senza dubbio catalogato nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa<sup>6</sup>.

## 2. Natura giuridica e procedimento della SCIA.

Secondo quanto previsto dall'art. 19 l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i., con la presentazione della SCIA un soggetto può dare inizio ad una attività edilizia, imprenditoriale, commerciale o artigianale senza attendere un provvedimento autorizzatorio da parte della P.A..

Con la SCIA, come con la DIA, la PA. non ha più il potere autorizzatorio che precedentemente l'ordinamento le aveva attribuito, ma un potere di controllo a contenuto conformativo e inibitorio, che varia in funzione del tempo trascorso dalla presentazione della segnalazione e dalla materia di riferimento.

Da ciò deriva, secondo quanto previsto

dalla norma<sup>7</sup>, che l'amministrazione, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti legittimanti, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione (trenta giorni nel caso di SCIA in materia edilizia, come previsto dal co. 6 *bis* dell'art. 19)<sup>8</sup>, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salva la possibilità che l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione.

Il delineato provvedimento repressivo in cui il potere di controllo si può sostanziare, consta, dunque, di due diversi contenuti: un contenuto *inibitorio*, consistente nell'ordine al privato di cessare l'attività intrapresa e di rimuoverne, ove possibile, gli effetti ed un contenuto *conformativo*, consistente nell'ordinare al privato, in caso di rilevate difformità

<sup>7</sup> Vedi co. 3, art. 19, l. 7.8.1990, n. 241 come modificato ad oggi:

3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta 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. E' fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli art. 21-*quinquies* e 21-*nonies*. In caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al co. 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28.12.2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo.

<sup>8</sup> Vedi co. 6 *bis*, art. 19, l. 7.8.1990, n. 241 come modificato ad oggi:

6 *bis*. Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al co. 4 e al co. 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6.8.2001, n. 380, e dalle leggi regionali. (*co. aggiunto dall'art. 5, co. 2, l. n. 106 del 2011, poi così modificato dall'art. 6, co. 1, d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla l. n. 148 del 2011*)

<sup>4</sup> Sul punto vedi fra i tanti P. MARZARO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio di attività*, in *www.giustamm.it*.

<sup>5</sup> Vedi Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, attuata nell'ordinamento italiano con d. lgs 26.3.2010, n. 59.

<sup>6</sup> Vedi le sentenze n. 282 del 2009 e n. 336 del 2005 della Corte Costituzionale.

sanabili, di adeguare l'attività stessa a determinate prescrizioni.

La norma precisa che questo potere di controllo possa essere legittimamente esercitato dalla PA. anche oltre i sessanta giorni (trenta giorni nel caso di SCIA in materia edilizia) previsti in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false e mendaci, oltre che 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.

L'applicazione della disciplina, come si evince dal co. 1 dell'art. 19, non è prevista quando sussistano determinati vincoli<sup>9</sup>, quando vi siano atti rilasciati da determinate amministrazioni<sup>10</sup> e con riguardo a determinate attività economiche<sup>11</sup>, ed è subordinata alle seguenti condizioni: che il rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di atti amministrativi a contenuto generale; che non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi.

Al soggetto interessato, dunque, si riconosce la possibilità di dare immediato inizio all'attività (è questo il principale *novum* della disciplina in questione), fermo restando

<sup>9</sup> Vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, secondo quanto previsto dal co. 1, art. 19.

<sup>10</sup> Le amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria.

<sup>11</sup> Vedi co. 4 *bis*, art. 19, l. 7.8.1990, n. 241 come modificato ad oggi:

4 *bis*. Il presente articolo non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d. lgs. 1.9.1993, n. 385, e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al d.l. 24.2.1998, n. 58. (*co. introdotto dall'art. 2, co. 1 quinquies, l. n. 163 del 2010*)  
5. (*co. abrogato dal n. 14 del co. 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010*).

l'esercizio dei poteri inibitori da parte della pubblica amministrazione, ricorrendone gli estremi. Inoltre, è fatto salvo il potere della stessa pubblica amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i.<sup>12</sup>

Come affermato dalla Corte Costituzionale<sup>13</sup> si tratta "di una prestazione specifica, circoscritta all'inizio della fase procedimentale strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica (art. 41, co. 1, cost.), tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima".

Anche con il nuovo anno, come già anticipato, il legislatore, in ben due occasioni, ha apportato ritocchi alla norma. Il legislatore, all'inizio dell'anno, con le modifiche apportate al co. 1 dell'art. 19, con l'emanazione del d.l. 9.2.2012 n. 5, convertito nella l. 4.4.2012, n. 35, ha voluto limitare il ricorso alle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, o alle dichiarazioni di conformità da parte delle Agenzie delle imprese, ai casi già nominativamente previsti<sup>14</sup>. Successivamente, con le modifiche apportate con il d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7.8.2012 n. 134, il legislatore ha stabilito che nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti.

Dalle ultime modifiche si evince che la nuova normativa prevede una grande liberalizzazione costituita anche dal generale ricorso alle autocertificazioni e alle attestazioni di tecnici abilitati, anche in sostituzione del-

<sup>12</sup> Vedi co. 3 dell'art. 19, inserito nella nota n. 7.

<sup>13</sup> Vedi C. cost., 26.6.2012, n. 164, p. 40.

<sup>14</sup> Vedi C. CRISCENTI, S.C.I.A. e tutela degli "interessati", in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).



l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi.

### 3. Il co. 6 *ter* e la natura giuridica.

Il legislatore con il d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito in l. 14.9.2011, n. 148, ha inserito il co. 6 *ter*<sup>15</sup> all'art. 19, l. 7.8.1990, n. 241.

Il comma in questione prende posizione sulla qualificazione giuridica della SCIA, negando, non solo, la possibilità che la stessa assuma natura provvedimento, ma anche la diretta impugnabilità<sup>16</sup>, cioè non può essere oggetto esclusivo di un'azione impugnatoria, più precisamente di un'azione volta a chiederne l'annullamento al giudice.

Con queste modifiche il legislatore mostra di aderire, sia pure in modo indiretto, alla c.d. tesi privatistica che riconosce nella SCIA niente più che un mero atto del privato cittadino, in cui la PA. è solo la destinataria, per

<sup>15</sup> Vedi co. 6 *ter*, art. 19, l. 7.8.1990, n. 241 come modificato ad oggi:

6 *ter*. La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, co. 1, 2 e 3 del d.l. 2.7.2010, n. 104. (comma aggiunto dall'art. 6, co. 1, d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla l. n. 148 del 2011).

<sup>16</sup> La letteratura sull'istituto della SCIA è sterminata. Si segnalano solamente alcuni contributi sulla questione della tutela del terzo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria e la l. n. 148/11: A TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, 2011, III, p. 501; V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, DIA, liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del CdS, A.P., 29.7.2011 n. 15*, in *Foro amm. TAR*, p. 2978; V. GIULIETTI – N. LONGOBARDI, *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*; C. E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in *www.giustamm.it*; F. BOTTEON, *La scia dopo la l.n. 148/11 di conversione del d.l. 13.8.2011, n. 138: si intensifica il contrasto con l'Adunanza Plenaria n. 15/11*; B. CIRILLO, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; P. QUINTO, *Dalla DIA alla SCIA, al silenzio-assenso, alla circolazione dei diritti edificatori, nuove prospettive della pianificazione urbanistica*, in *www.giustamm.it*.

cui non ci sarebbe alcun esercizio di potestà pubblicistica. Questa tesi ha travalicato i confini tradizionali della PA., risultando aperta a soluzioni meno tradizionaliste e probabilmente più rispondenti alle esigenze socio economiche emergenti dalla continua evoluzione della realtà contemporanea, contrassegnata per un verso, dal fenomeno della globalizzazione<sup>17</sup> e, per l'altro, dal processo di integrazione comunitaria che lentamente sta scardinando i tradizionali assiomi del potere pubblico<sup>18</sup>.

L'indicazione legislativa sulla natura giuridica della SCIA (contrariamente all'indicazione prospettata per la tutela del terzo) è sovrapponibile alla soluzione offerta dall'Ad. Pl. n. 15 del 2011, che, in aderenza all'orientamento giurisprudenziale invero ormai maggioritario<sup>19</sup>, ha qualificato la SCIA come un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge.

Dall'ambito applicativo dell'istituto, comunque, emerge un elemento, ovvero che la segnalazione certificata di inizio attività costituisce, sul piano funzionale, un modello alternativo a quello fondato sul previo atto amministrativo di consenso a carattere non discrezionale, mediante il quale è possibile svolgere un controllo pubblico delle attività private, meno invasivo, ma non necessariamente meno efficace del primo.

Come già accennato, con riguardo alla par-

<sup>17</sup> Circa l'influenza del fenomeno della globalizzazione sulla tradizionale concezione del potere pubblico si veda L. TORCHIA, *Il riordino dell'amministrazione centrale: criteri, condizioni, e strumenti*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 693 ss.; S. CASSESE, *Crisi dello Stato*, Bari, 2002, 3 ss.; U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002; G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1 ss.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, 3 ss.

<sup>18</sup> Cfr. S. CASSESE, *Crisi dello Stato*, cit., 55 ss. e 154; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta carattere originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35 ss.

<sup>19</sup> Vedi, limitatamente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato: sez. VI, 15.4.2010 n. 2139, 9.2.2009, n. 717, 19.6.2006, n. 3586 e 4.9.2002 n. 4453; sez. V, 22.2.2007 n. 948; sez. IV, 13.1.2006 n. 23 e 22.7.2005 n. 3916.

te del disposto legislativo<sup>20</sup>, avvenuto successivamente all'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 15, che interessa la tutela del terzo vi è stato un fortissimo interessamento da parte della dottrina, dato che a prima vista i due interventi sono apparsi non perfettamente consonanti, essendo stata rilevata la volontà del legislatore di annullare le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza.

Il legislatore, infatti, ha precisato che l'unica possibilità di azione, avendo introdotto l'avverbio "esclusivamente" nella legge di conversione<sup>21</sup>, nei confronti degli "interessati"<sup>22</sup> è quella del ricorso all'azione avverso il silenzio, come prevista all'art. 31 del Codice del Processo Amministrativo.

Come si desume dalla disposizione in oggetto gli "interessati" non possono impugnare l'atto amministrativo di assenso, ma possono sollecitare il potere di controllo che residua all'amministrazione destinataria della SCIA. Ancora meglio, secondo la norma si tratta di stimolare il procedimento di verifica che l'amministrazione destinataria avrebbe dovuto attivare d'ufficio o che avendolo attivato abbia concluso con una archiviazione a seguito della presentazione della SCIA, in modo da attivare successivamente l'azione avverso il silenzio ex art. 31 c.p.a., coo. 1, 2 e 3.

Tutto ciò, come già accennato, sembrerebbe in contrapposizione con quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria. L'Adunanza dopo aver chiarito la natura giuridica della SCIA, partendo da una ricostruzione del mancato esercizio del potere inibitorio in termini di atto tacito, riconosceva, infatti, al terzo, in modo da far sì che il terzo controinteressato non incontrasse limiti o restrizioni alla protezione della propria posizione giuridica in virtù della

<sup>20</sup> Vedi co. 6 ter, art. 19, l. 7.8.1990, n. 241 come riportato nella nota n. 15.

<sup>21</sup> Legge di conversione 14.9.2011, n. 148 del d.l. 13.8.2011, n. 138.

<sup>22</sup> Con riferimento agli "interessati", vedi C. CRISCENTI, già cit.: "Come si desume dal tenore complessivo della proposizione si tratta piuttosto di "controinteressati" (anche se non in senso tradizionale, sia per il fatto che manca un provvedimento che li contempra, sia perché essi non si trovano in una posizione di vantaggio), o meglio potrebbe dirsi di "controsegnalanti", ossia di coloro che hanno un interesse contrario all'inizio ed allo svolgimento dell'attività oggetto di segnalazione".

sostituzione del provvedimento espresso con la SCIA, tanto un'azione di annullamento di questo atto, quanto un'eventuale congiunta azione di condanna e, infine, un'azione autonoma di accertamento con possibilità di richiedere misure cautelari anche *ante causam*.

Senza effettuare una analisi dettagliata di quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria<sup>23</sup>, ormai fra l'altro superata dal dettato normativo, in questa sede è necessario verificare se la forma esclusiva di tutela stabilita nel co. 6 ter sia idonea a tutelare la posizione "dell'interessato" nel miglior modo possibile, in modo che non confligga con il principio costituzionale in forza del quale la tutela nei confronti dell'amministrazione debba essere efficace e non possa essere limitata nei confronti di atti o con riferimento ai motivi deducibili.

#### **4. L'azione esclusiva ex art. 31, co. 1, 2 e 3 riconosciuta dall' art. 19, co. 6 ter, l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i.**

L'azione avverso il silenzio dell'amministrazione, come disciplinata dall'art. 31 c.p.a.<sup>24</sup> insieme al relativo procedimento, di-

<sup>23</sup> Per una critica della sentenza dell'Adunanza Plenaria, vedi fra tanti C. E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011*:..., già cit.

<sup>24</sup> Art. 31, c.p.a. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità

1. Decorso i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. (co. così modificato dall'art. 1, co. 1, d. lgs. n. 195 del 2011)

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, co. 4, lett. b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV.

sciplinato dall'art. 117 c.p.a.<sup>25</sup>, se il giudice volesse, sarebbe un giudizio estremamente efficace. L'azione avverso il silenzio non è più diretta alla mera rimozione dell'inerzia, ma all'integrale soddisfazione della pretesa del ricorrente attraverso la condanna dell'amministrazione a provvedere e alla determinazione del contenuto del provvedimento da assumere<sup>26</sup>, basta seguire lo stesso schema di ragionamento che ha utilizzato l'Adunanza plenaria<sup>27</sup> nel consentire una possibile azione di accertamento con conseguente condanna dell'amministrazione ad adottare tutti i provvedimenti utili affinché la stessa soddisfi la situazione giuridica dedotta in giudizio.

Il legislatore, sia nel Codice che nell'art. 2, l. 7.8.1990, n. 241, ha previsto tutto ciò, non immaginando una riduzione della tutela, la giurisprudenza invece si è sempre rifiutata di utilizzare queste possibilità da tempo configurate. Riguardo la perentorietà del termine per

<sup>25</sup> Art. 117 c.p.a. Ricorsi avverso il silenzio

1. Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'art. 31, co. 2.

2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

3. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

4. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

5. Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.

6. Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, co. 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

6 bis. Le disposizioni di cui ai coo. 2, 3, 4 e 6, si applicano anche ai giudizi di impugnazione. (co. aggiunto dall'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 195 del 2011).

<sup>26</sup> Per un approfondimento sull'ampiezza della tutela apprestata dall'azione avverso il silenzio, vedi B. CIRILLO, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, già cit.

<sup>27</sup> Vedi CdS, ad. plen., 29.7.2011, n. 15.

l'esercizio del potere, occorre osservare che il giudicato di accoglimento ha effetto retroattivo, per cui non è possibile affermare che l'Amministrazione non possa riesercitare il potere dopo i sessanta giorni (trenta giorni nel caso di SCIA in materia edilizia) previsti dall'art. 19, co. 3, l. 7.8.1990, n. 241. Lo stesso accade per i provvedimenti sopravvenuti, circa la possibilità del giudice di conoscerli all'interno del giudizio sul silenzio, come del resto è espressamente previsto dall'art. 117 c.p.a..

Qualche problema resterebbe sull'esercizio di questo rimedio allorché il termine per l'esercizio dei poteri inibitori non sia scaduto, ma a questo punto, vista la scelta effettuata dal legislatore, spetterà alla giurisprudenza individuare tutte le possibilità di esercizio dell'azione avverso il silenzio-rifiuto che possano essere richieste dal cittadino al fine di tutelarsi.

Tutto ciò dovrebbe essere possibile vista la modifica apportata dall'ultimo correttivo al Codice, proprio all'art. 31, co. 1, ove si specifica che l'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere è ammessa, oltre che nelle ipotesi di decorso dei termini di conclusione del procedimento, anche "*negli altri casi previsti dalla legge*", qui il richiamo implicito è proprio all'art. 19, co. 6 *ter*, l. 7.8.1990, n. 241.

Il terzo, dunque, potrà agire sin dal momento in cui il privato ha presentato la SCIA all'amministrazione e mentre sono ancora in corso i termini per l'inibitoria da parte della stessa. In tal caso, potrà chiedere la verifica dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività, come previsto, fra l'altro, dall'art. 19, co. 6 *ter*, l. 7.8.1990, n. 241. Adesso che il legislatore ha fatto una scelta, spetterà al giudice operare in modo che questa scelta non confligga con i principi costituzionali, come sopra citati.

## **5. Corte Costituzionale sentenza n. 164 del 26.6.2012.**

Come già accennato, tra gli eventi che hanno interessato l'istituto della SCIA, uno dei più recenti è stato l'intervento della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la legittimità costituzionale della stessa riguardo tutte le materie, comprese quelle di competenza con-

corrente delle regioni (inclusa l'edilizia), ritenendo le eccezioni non fondate, come previsto dall'art. 49 bis, co. 4 ter<sup>28</sup>, d.l. 31.5.2010, n. 78, come convertito nella l. 30.7.2010, n. 122. La corte ha affermato che la SCIA è espressione del principio di semplificazione e riferendosi ad un abito applicativo vastissimo, come si evince dalla prima parte dell'art. 19, co. 1 della l. 7.8.1990, n. 241, è diretta alla generalità dei cittadini andando oltre la materia della concorrenza, anche se è possibile che vi siano casi nei quali questa materia venga in rilievo, costituendo un livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost. questo comporta che la disciplina della SCIA rientra in via esclusiva tra la competenza dello Stato, infatti la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, essendo prevista in relazione ai «*diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*», si collega al principio fondamentale di uguaglianza stabilito dall'art. 3 Cost., diventando indispensabile per la realizzazione dello stesso. Secondo la giurisprudenza della Corte, «*l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva e trasversale di cui alla citata disposizione costituzionale si riferisce alla determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto*»<sup>29</sup>, con questo strumento è stato attribuito «*al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata unifor-*

*mità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto*»<sup>30</sup>.

La Corte ha precisato che l'istituto della SCIA non rientra in una «*materia*» in senso stretto, ma in una competenza del legislatore statale che investe tutte la materia, in relazione alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle<sup>31</sup>. Tutto ciò permette una restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni, giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione.

La Corte per ultimo chiarisce che le considerazioni svolte per la SCIA, vanno applicate anche in materia edilizia, come ormai dispone l'art. 5, co. 1, lett. b), e co. 2, lett. b) e c), del d.l. 13.5.2011, n. 70, con modificazioni, dalla l. 12.7.2011, n. 106, anche se l'urbanistica rientra nel «*governo del territorio*», materia appartenente alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni (art. 117, co. 3, cost.). Per concludere la Corte ha chiarito un aspetto importante che riguarda il rapporto fra la natura di un istituto e la qualificazione legislativa attribuitagli ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, precisamente la qualificazione legislativa non vale ad attribuire alle norme una natura diversa da quelle ad esse propria, quale risulta dalla loro oggettiva sostanza. La corte ha stabilito che «*Per individuare la materia alla quale devono essere ascritte le disposizioni oggetto di censura, non assume rilievo la qualificazione che di esse dà il legislatore, ma occorre fare riferimento all'oggetto e alla disciplina delle medesime, tenendo conto della loro ratio e tralasciando gli effetti marginali e riflessi, in guisa da identificare correttamente anche l'interesse tutelato*».

<sup>28</sup> Art. 49 bis, co. 4 ter: «*Il co. 4 bis attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, co. 2, lettera e), della Cost., e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m) del medesimo co.. Le espressioni "segnalazione certificata di inizio di attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio di attività" e "Dia", ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al co. 4-bis sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio di attività recata da ogni normativa statale e regionale*».

<sup>29</sup> Vedi C. cost., 4.12.2009, n. 322; C. cost., 7.3.2008 n. 50; C. cost., 23.5.2008, n. 168; C. cost., 19.11.2007, n. 387.

<sup>30</sup> Vedi C. cost., 15.1.2010, n. 10; C. cost. 31.3.2006, n. 134.

<sup>31</sup> Vedi C. cost., 4.12.2009, n. 322; C. cost., 26.6.2002, 282

## BREVI CENNI SULL'INFLUENZA DEL FATTORE TEMPO SULL'ILLECITO URBANISTICO NEL DIRITTO PENALE E AMMINISTRATIVO

dell'Avv. Fabrizio Pagnello

*L'amministrazione comunale che riceve una segnalazione qualificata di abuso edilizio non può esimersi dall'attivare un procedimento ispettivo di verifica e controllo anche se la vicenda sotto il profilo sanzionatorio non assume rilievo in considerazione dell'eccessivo lasso temporale intercorso dal momento dell'abuso*

The council receives a report of abuse qualified building can not refrain from initiating an inspection process monitoring and control, even if the story in terms of penalties is irrelevant in light of the excessive period of time elapsing from the time of abuse

E' una sentenza interessante quella resa dalla 4<sup>a</sup> sezione del Consiglio di Stato (CdS, IV, 4.5.12 n. 2592) in tema di mancata risposta dell'amministrazione ad una diffida inviata da un privato al fine di reprimere abusi edilizi. La fattispecie interseca, sia pure in maniera marginale, elementi di natura penalistica per ciò che concerne la sussistenza stessa del reato che il trascorrere del tempo ha però reso non più perseguibile in virtù dell'intervenuto decorso del termine prescrizione. Nella specie, si trattava della ricostruzione di un portone di ingresso eseguita in difformità dal titolo abilitativo che il ricorrente aveva potuto riscontrare a seguito di apposita istanza di accesso agli atti, svolta a distanza di oltre 40 anni dalla commissione dell'abuso. In questo caso, non c'è dubbio che il termine di prescrizione del reato, sia pure modificato dall'introduzione della legge Cirielli, debba intendersi largamente decorso, motivo per cui un eventuale esposto, laddove il ricorrente avesse voluto perseguire questa strada, sarebbe sfociato inevitabilmente nell'archiviazione stante l'eccezione che, in maniera assai prevedibile, sarebbe stata avanzata dall'imputato in sede dibattimentale.

Tuttavia, è interessante il rilievo che il fattore tempo sembra esercitare sullo stesso ob-

bligo del Comune - nel caso di specie, inevaso - non tanto di reprimere o sanzionare l'abuso, ma addirittura di adottare un qualsivoglia provvedimento espresso, sia pure di contenuto reiettivo.

Un siffatto comportamento troverebbe conforto, sulla base dell'articolata difesa svolta dal Comune dinanzi il Giudice di prime cure, nell'affidamento ingeneratosi il capo al responsabile in ragione del lungo tempo trascorso, e nel concorso colposo del ricorrente che tale lasso temporale ha lasciato inutilmente trascorrere, oltre che nella lieve entità dell'abuso, per questa via giungendo alla reiezione della domanda sulla base del principio secondo il quale la risalenza dell'abuso edilizio non determina un obbligo assoluto di intervento repressivo del Comune, ma impegna la PA. ad accertare l'attuale sussistenza di un interesse pubblico specifico, diverso dal mero ripristino della legalità, tale da giustificare l'intervento stesso.

Ragionando in tale luce prospettica, non sembra affatto censurabile la motivazione con la quale il TAR, nel condividere tale orientamento, ha attinto ai principi consolidati della giurisprudenza in tema di bilanciamento di interessi e di verifica di un effettivo interesse pubblico alla repressione dell'abuso eviden-

ziando altresì - e non pare inutile il richiamo - che il diritto a mantenere l'apertura, in favore dell'autore della condotta illecita, troverebbe ulteriore motivo di conforto, sul piano civilistico, nell'intervenuto spirare del termine di usucapione ventennale sancito dall'art. 1158 c.c.. Di tal che, non senza un discutibile accostamento ai rapporti interprivati, sembra quasi di poterne desumere, a tutto vantaggio dell'amministrazione resistente, l'esenzione dell'impegno ad esercitare i necessari interventi repressivi, stante la situazione ormai consolidata, tale da rendere il proposto ricorso avverso il silenzio della PA. nient'altro che uno strumento per scardinare - in favore del soggetto inerte sul piano civilistico - rapporti ormai intangibili sul piano processuale.

Ora è ben noto, quanto una siffatta situazione si presenti in termini di quotidiana evidenza, soprattutto in quei contesti territoriali gravati da una diffusa illiceità in ambito urbanistico o in cui l'amministrazione, spesso a causa della scarsità di risorse o di mezzi, non riesce a reprimere le condotte illecite. In questi casi, effettivamente il fattore tempo finisce con il legittimare situazioni ormai consolidate, vanificando le legittime istanze di tutela spesso sollevate dal contro interessato.

Ebbene, avverso questa prassi che, purtroppo, non di rado è dato riscontrare, si erge, con motivazioni limpide e cristalline, la succitata decisione del CdS che vale qui la pena ritrascrivere. *“Non v'è dubbio - affermano i giudici del gravame - che la tutelabilità dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato circa la legittimità dell'azione amministrativa della quale egli è destinatario sia principio che ha ormai trovato, sulla spinta della giurisprudenza comunitaria, piena cittadinanza pur a fronte di un'attività autoritativa e discrezionale. Fonda le sue ragioni sull'imputabilità all'amministrazione, del comportamento illegittimo che ha prodotto o concorso a produrre un ampliamento della sfera giuridica dell'incolpevole destinatario, giungendo a riconoscere protezione o comunque rilievo alla ragionevole aspettativa nella bontà e stabilità degli effetti che ne de-*

*rivano in suo favore”*. Tuttavia precisa il Collegio, *“ciò può predicarsi per i casi di titoli abilitativi in materia edilizia, poi annullati in autotutela dalla stessa amministrazione ed a ben vedere non mancano espresse e specifiche previsioni normative che positivizzano il principio”* (v. art. 38 d.P.R. 380/2001).

Del tutto diversa è però la situazione nel caso dell'abuso edilizio. In questo caso, prosegue l'estensore, *“v'è un soggetto che pone in essere un comportamento contrastante con le prescrizioni dell'ordinamento, che confida nell'omissione dei controlli o comunque nella persistente inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza. Il fattore tempo non agisce qui in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse, ma opera in antagonismo con l'azione amministrativa sanzionatoria, secondo una logica che al passare del tempo riduce o limita, sino ad annullare, il potere dell'amministrazione di reagire all'illecito, molto simile a quella che presidia i meccanismi decadenziali o quelli prescrizionali nel diritto penale”*. Inutile aggiungere che una logica siffatta non può trovare fondamento nei principi generali dell'affidamento né in quelli di efficacia e buon andamento dell'amministrazione, *“necessitando invece di un'apposita previsione normativa che, agendo sulla patologia dell'inerzia, la sanzioni con l'estinzione o con il mutamento del potere amministrativo esercitabile. In assenza, vale il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo di vigilanza e controllo e della sanzionabilità del comportamento illecito dei privati, qualunque sia l'entità dell'infrazione e il lasso temporale trascorso, salve le ipotesi di dolosa preordinazione o di abuso”*. Come si vede, l'influenza del fattore tempo, idonea a giustificare l'estinzione del reato sul piano penale, non può invece condizionare l'esercizio dei necessari poteri repressivi in tema di governo del territorio, principi non sempre scontati e che la mentovata decisione ha avuto il pregio di ribadire.

# DISCREZIONALITÀ TECNICA ED AMMINISTRATIVA IN TEMA DI VALUTAZIONI D'IMPATTO AMBIENTALE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

*I limiti del sindacato del Giudice Amministrativo nella difficile linea di confine tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa alla luce della recente Sentenza del Consiglio di Stato n. 1640/2012*

The limits of review by the Administrative Judge in the difficult line between the technical and the administrative discretion following of the recent Judgment of the Council of State n. 1640/2012

*Sommario. 1. Discrezionalità tecnica ed amministrativa. 2. La Valutazione d'impatto ambientale (VIA). 3. Lo studio d'impatto ambientale (SIA). 4. La qualificazione della discrezionalità in tema di VIA.*

## **1. Discrezionalità tecnica ed amministrativa.**

La discrezionalità c.d. tecnica può essere distinta dalla discrezionalità più genericamente amministrativa dalla presenza di una fase di giudizio alla quale non si affianca il momento c.d. della volontà, ossia della scelta della soluzione più opportuna attraverso una valutazione degli interessi prioritari, momento tipico, viceversa, della discrezionalità amministrativa propriamente detta<sup>1</sup>. La fase di giudizio, infatti è costituita da un'istruttoria che analizza i fatti sulla base di regole tecniche, che fanno risultare quindi l'aspetto volitivo del tutto assente<sup>2</sup>. La tesi tradizionale dell'insindacabilità delle valutazioni di carattere tecnico, che se non si riducano a semplici accertamenti tecnici, cominciano ad essere supportata da autorevole dottrina<sup>3</sup> che ha ricevuto l'avallo di alcune decisioni del Supremo Organo della giustizia amministrativa<sup>4</sup>.

Secondo la tradizionale ricostruzione dell'istituto, la discrezionalità tecnica consiste nella "valutazione che viene posta in essere dall'amministrazione allorquando l'esame di

fatti o situazioni rilevanti per l'azione amministrativa necessiti del ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico (discipline mediche, ingegneristiche, biologiche, ecc.)"<sup>5</sup>.

Nella discrezionalità tecnica, la raccolta e l'analisi dei fatti - in cui si sostanzia il giudizio tecnico - esaurisce l'intera attività; viceversa, nella discrezionalità amministrativa il momento del giudizio è strumentale a quello della scelta più opportuna per l'interesse pubblico.

Anche a seguito dell'esercizio della discrezionalità tecnica, l'amministrazione può compiere una scelta: ma essa non avviene in base a norme tecniche, bensì in base a predeterminazione legale (attività vincolata) ovvero, in base a scelta discrezionale della PA. (c.d. discrezionalità mista)<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda la sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del Giudice amministrativo, secondo l'impostazione tradizionale sussiste un'area riservata alla PA. entro il cui ambito, tanto le valutazioni conseguenti all'esercizio del potere discrezionale amministrativo, quanto le valutazioni di natura tecnica sono sottratte al sindacato giurisdizionale.

<sup>1</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, II, 54 ss..

<sup>2</sup> G. IANNINI, *Vizi procedurali e discrezionalità tecnica*, *Corriere Merito*, 2006, 6, 801

<sup>3</sup> Sul tema CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, II, 1211 ss..

<sup>4</sup> In argomento, v. CdS, VI, 9.4.1999, n. 601, in *Cons. Stato* 1999, I, 584.

<sup>5</sup> CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 2003, Milano, pag. 1194

<sup>6</sup> *Il tramonto del dogma di insindacabilità della discrezionalità tecnica della p.a.* di ATTANASIO A., *Il Merito*, 1.6.2004 - n. 6 - p.109.

zionale.

Ciò in quanto la norma attributiva del potere non disciplina minutamente le modalità del relativo esercizio, ma rimette alla discrezionalità - amministrativa o tecnica - della PA. la facoltà di integrare il comando normativo, con le proprie valutazioni rendendo tale potere come “*esclusivo*”<sup>7</sup>.

Il principale argomento confermativo di tale ricostruzione si fonda sulla configurazione - accanto all'istituto della discrezionalità tecnica - della figura dell'accertamento tecnico. Ricorre tale tipo di atto quando la PA. pone in essere delle operazioni tecniche non connotate dal requisito della “*opinabilità*”<sup>8</sup>.

La distinzione viene fatta discendere dalla natura delle regole applicate, infatti nel caso di accertamento tecnico, le scelte vengono poste in essere sulla base di “*scienze esatte*” quali possono essere la matematica, fisica, chimica, ingegneria, mentre, nella discrezionalità tecnica, le *leges artis* applicate non conducono necessariamente ad un risultato univoco come ad esempio può accadere nella scienza medica.

Da tale distinzione consegue l'assoggettabilità al sindacato giurisdizionale. Si ritiene, infatti, che l'accertamento tecnico non rientri nella sfera riservata dell'amministrazione e conseguentemente che l'eventuale sindacato del giudice non confligga con il principio della separazione dei poteri.

La discrezionalità tecnica, a sua volta, può correlarsi al potere amministrativo in due modi diversi: vincolato o discrezionale. Nel primo caso, la legge predetermina il contenuto dell'atto amministrativo collegato alla valutazione tecnica. Nel secondo caso, la legge conferisce alla PA. - cui è rimessa la valutazione tecnica - la facoltà di decidere la misura più opportuna da adottare. Solo in quest'ultimo caso alla discrezionalità tecnica si accompagna la discrezionalità amministra-

tiva<sup>9</sup>. La dottrina più recente, invece, tende ad escludere che la discrezionalità tecnica rientri nel merito e nella sfera riservata all'amministrazione in quanto essa si risolve in un semplice giudizio inteso come analisi dei fatti.

Detta interpretazione ha trovato riscontro nell'orientamento giurisprudenziale, in particolare, il Consiglio di Stato<sup>10</sup> ha rimarcato la differenza tra i due tipi di discrezionalità, introducendo, quale strumento valutativo, la distinzione tra i concetti di “*opportunità*” e di “*opinabilità*”. La prima figura esprime la possibilità di scegliere, tra più opzioni, la migliore per il perseguimento degli interessi pubblici; la seconda, invece, rende palese la natura soggettiva dell'apprezzamento tecnico.

In tal modo appare evidente come la discrezionalità tecnica esorbiti dalla sfera riservata dell'amministrazione.

## 2. La Valutazione d'impatto ambientale (VIA).

Importante implicazione ed incontro della discrezionalità amministrativa con quella tecnica la troviamo nella Valutazione d'Impatto Ambientale (VIA). La procedura di VIA può essere definita come “*un procedimento di natura tecnico/amministrativa teso ad individuare gli effetti negativi e/o positivi che determinati progetti pubblici o privati possono comportare sull'ambiente, al fine di giudicare la “compatibilità” con l'ambiente interessato*”<sup>11</sup>.

Come dice il termine stesso un'opera o progetto viene sottoposto a valutazione al fine di poter valutare che tipo d'impatto avrà sull'ambiente.

Per Impatto Ambientale s'intende: “*l'insieme degli effetti rilevanti, diretti e indiretti, a breve e a lungo termine, permanenti e temporanei, singoli o cumulativi, positivi e negativi che progetti, pubblici o privati, hanno sull'ambiente inteso come insieme complesso di sistemi naturali e umani*”<sup>12</sup>[6.].

La VIA nasce, quindi, come strumento per

<sup>7</sup> MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1983, pagg. 287 ss.

<sup>8</sup> Caringella, *Corso di dir. amm.*, 2003, Mi, pag. 1198.

<sup>9</sup> cfr. *Il tramonto del dogma di insindacabilità della discrezionalità tecnica della p.a.* di Attanasio A., Il Merito, 1.6.2004 - n. 6 - p.109.

<sup>10</sup> CdS, IV, 9.4.1999, n. 601

<sup>11</sup> Bilanzone Carmela, *Ma. Ambiente*, IPSOA pag. 313

<sup>12</sup> L. R. 9/99 dell'Emilia-Romagna

individuare, descrivere e valutare gli effetti diretti ed indiretti di un progetto sulla salute umana e su alcune componenti ambientali quali la fauna, la flora, il suolo, le acque, l'aria, il clima, il paesaggio e il patrimonio culturale e sull'interazione fra questi fattori e componenti. Obiettivo del processo di VIA è proteggere la salute umana, contribuire con un migliore ambiente alla qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie e conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema in quanto risorsa essenziale per la vita.

### 3. Lo studio d'impatto ambientale (SIA).

Detta Valutazione si basa sullo Studio d'Impatto Ambientale che deve fornire<sup>13</sup>:

- una descrizione del progetto con informazioni relative alla sua ubicazione, concezione e dimensioni;
- una descrizione delle misure previste per evitare, ridurre e possibilmente compensare rilevanti effetti negativi;
- i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente;
- una descrizione sommaria delle principali alternative prese in esame dal committente, con indicazione delle principali ragioni della scelta, sotto il profilo dell'impatto ambientale;
- una sintesi non tecnica delle informazioni indicate nei precedenti punti.

La recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1541 del 19.3.2012 ha ulteriormente specificato che lo Studio di impatto ambientale: a) integra il progetto definitivo; b) deve contenere i dati sui "principali impatti sull'ambiente" provocati dalla realizzazione e gestione dell'impianto, l'analisi degli "impatti negativi rilevanti" e le misure previste per il monitoraggio, in particolare descrivendo "le componenti dell'ambiente" su cui il progetto può avere impatto importante, in riferimento, per i probabili impatti rilevanti "alla popolazione, alla fauna e alla flora, al suolo, all'acqua...", considerati tali impatti in

<sup>13</sup> art. 5 e l'Allegato IV della Dir. Com. 85/337/CEE, e, a livello nazionale, d.P.R. 12.4.1996, sostituito dal d.lgs. n. 152 del 2006.

quanto "diretti ed eventualmente indiretti, secondari, cumulativi, a breve, medio e lungo termine, permanenti e temporanei, positivi e negativi".

Dalla normativa emerge dunque con chiarezza che lo Studio deve avere un notevole grado di completezza e articolazione, in quanto integrante la fase progettuale definitiva e, soprattutto, perché volto ad individuare gli effetti ambientali del progetto, inclusi i possibili effetti "cumulativi", con la specificazione conseguibile soltanto con una "prima valutazione" degli effetti stessi che non può che spettare a chi propone l'opera, ne indica i contenuti e ne assume con ciò la conoscenza dei potenziali effetti ambientali, attivando una dialettica procedimentale nel cui ambito dovrà poi l'amministrazione assumere, a sua volta, la responsabilità di valutare quanto le è stato prospettato<sup>14</sup>.

### 4. La qualificazione della discrezionalità in tema di VIA.

La valutazione che viene posta in essere dall'amministrazione riguardo alla VIA ha nel corso degli anni avuto un'importante evoluzione ai fini che qui interessano di interazione e qualificazione della discrezionalità tecnica ed amministrativa. Inizialmente il potere dell'amministrazione, in tema di valutazioni d'impatto ambientale, più che da vera e propria discrezionalità amministrativa, appariva caratterizzato da discrezionalità tecnica<sup>15</sup>, per cui il sindacato del giudice amministrativo, era limitato ad eventuali deviazioni dal dettato legislativo o a macroscopiche illegittimità ed incongruenze evidenziate nella motivazione, ma non poteva spingersi nel concreto a censurare l'aver esteso la valutazione dal progetto in sé ad altri interventi sul territorio e l'aver tratto motivo di diniego da insufficienze progettuali che avrebbero dovuto costituire, invece, ragione di integrazioni istruttorie<sup>16</sup>.

Solo negli ultimi anni la giurisprudenza ha iniziato ad individuare delle distinzioni per cui la VIA non costituisce un mero giudizio tecnico, suscettibile, in quanto tale, di verifi-

<sup>14</sup> come previsto dall'art. 25 del d.lgs. n. 152 del 2006

<sup>15</sup> CdS, VI, 19.10.1995, n. 1169.

<sup>16</sup> TAR Veneto, I, 22.6.2000, n.1350.

cazione sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo<sup>17</sup>; apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in ipotesi in cui risulti evidente lo sconfinamento dal potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione<sup>18</sup>.

Da ultimo il Consiglio di Stato con sentenza n. 1640 del 22.3.2012 ha chiarito che l'esatta individuazione della natura del potere e l'ampia latitudine della discrezionalità esercitata dall'amministrazione in sede di VIA, in quanto istituto finalizzato alla tutela preventiva dell'ambiente inteso in senso ampio, non s'intende deflettere dagli approdi esegetici cui è pervenuta la più recente giurisprudenza (internazionale e nazionale), da cui emerge la natura ampiamente discrezionale delle scelte effettuate, giustificate alla luce dei valori primari ed assoluti coinvolti<sup>19</sup>. Nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale, l'amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti; la natura schiettamente discrezionale della decisione finale risente dunque dei suoi presupposti sia sul versante tecnico che amministrativo.

A seguito della storica decisione del Consiglio di Stato<sup>20</sup>, è pacifico che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possa svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, è ne-

cessario precisare che il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto *extrinsecus*, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione.

Sulla scorta di detti principi<sup>21</sup>, e sulla base del combinato disposto degli artt. 74, co.1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a., considerato che il giudice amministrativo, non può sostituire la propria valutazione a quella riservata all'amministrazione in quanto solo essa è in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali deve rispettare i seguenti limiti: a) mantenersi sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti; b) non avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa; c) tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

<sup>17</sup> CdS, VI, n. 548/2004

<sup>18</sup> CdS, VI, 17.5.2006, n. 2851

<sup>19</sup> cfr. CdS, VI, 13.6. 2011, n. 3561; sez. IV, 5.7.2010, n. 4246; V, 12.6.2009, n. 3770; Corte giust., 25.7.2008, c-142/07; Corte cost., 7.11.2007, n. 367, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.

<sup>20</sup> cfr. CdS, IV, 9.4.1999, n. 601

<sup>21</sup> cfr., da ultimo e negli esatti termini, Cass. civ., sez. un., 17.2.2012, nn. 2312 e 2313; C.cost., 3.3.2011, n. 175; CdS, VI, 9.2.2011, n. 871

## GIURISPRUDENZA

### - URBANISTICA -

della Prof.ssa Rosaria Salerni

Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.7.2012, n.4126  
**Piano di attuazione - ha natura negoziale - conseguenze - controversie in executivis - risoluzione - criteri - si applicano i principi in materia di obbligazioni e contratti.**

**Piano di attuazione - nullità - per impossibilità giuridica dell'oggetto - nel caso di vincolo che non impedisce in senso assoluto l'edificabilità - va esclusa.**

**Piano di attuazione - inadempimento - conseguenze - escussione della cauzione - liceità.**

*Il piano di attuazione approvato, è caratterizzato dall'iniziativa progettuale dei privati proponenti e, seppur validato e fatto proprio dall'amministrazione a mezzo del formale inserimento nel contesto pianificatorio comunale, presenta assorbenti profili di negoziabilità, poi tradottisi nella pattuizione delle reciproche obbligazioni aventi ad oggetto il fare dei proponenti ed il dare dell'amministrazione (somme corrispondenti al totale scomputo degli oneri concessori). Le questioni sorte in executivis debbono dunque risolversi alla luce delle specifiche previsioni convenzionali, e dei principi in materia di obbligazioni e contratti richiamati dall'art.11 della l. 241/90 in materia di accordi ad oggetto pubblico (fattispecie nella quella possono pacificamente farsi rientrare le convenzioni urbanistiche). La nullità di una convenzione urbanistica per impossibilità giuridica del suo oggetto non si dà a fronte di mere difficoltà nell'edificazione connesse alla tutela dei vincoli in relazione agli specifici contenuti progettuali elaborati dagli stessi lottizzanti e da essi integrabili o modificabili. La congruità del termine e la leale cooperazione fra le parti sono infatti questioni che rilevano sul giudizio di imputabilità dell'inadempimento e non già su quello di*

*astratta possibilità giuridica. È del tutto lecito il comportamento dell'amministrazione che, decorsi otto anni dalla stipula della convenzione ha escusso le garanzie prestate dai lottizzanti per l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte, posto il grave inadempimento consistente nella mancata realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria ed a fronte della piena utilizzazione dei diritti edificatori nascenti dalla convenzione. In tal caso infatti l'amministrazione ben può, anziché insistere per l'esatto adempimento (salvo il danno per il ritardo) anche a mezzo dell'esecuzione d'ufficio in danno, chiedere il risarcimento del danno e procedere autonomamente alle opere infrastrutturali.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.5.2012, n. 3120  
**Volumetria realizzabile - calcolo - edifici preesistenti - vanno detratti - divisione catastale delle particelle - irrilevanza - liceità del manufatto - irrilevanza.**

**Volumetria realizzabile - calcolo - indici di fabbricabilità - vanno computati.**

**Limiti di volumetria - imposti dalla normativa urbanistica - atto di asservimento - superfluità.**

*Il calcolo della volumetria realizzabile su di un lotto edificabile deve essere operato detraendo dalla cubatura richiesta quella relativa al fabbricato preesistente, anche se eseguito senza il prescritto titolo, a nulla rilevando il fatto che questa possa insistere su particelle catastalmente divise (sez.V, 26.9.2008, n. 4647; 12.5.2008, n. 2177; 23.8.2005, n. 4385; 29.6.1979, n. 442). Il diritto di edificare inerisce alla proprietà dei suoli nei limiti stabiliti dalla legge e dagli strumenti urbanistici, tra i quali quelli diretti a regolare la densità di edificazione ed espressi negli indici di fabbrica-*

bilità, con la conseguenza che esso è conformato anche da tali indici, di modo che ogni area non è idonea ad esprimere una cubatura maggiore di quella consentita dalla legge e dallo strumento urbanistico. Qualora la normativa urbanistica imponga limiti di volumetria, il relativo vincolo sull'area discende ope legis senza necessità di strumenti negoziali privatistici (atto d'obbligo, trascrizione, ecc.), che devono invece sussistere quando il proprietario di un terreno intenda asservirlo a favore di un altro proprietario limitrofo, per ottenere una volumetria maggiore di quella che il suo solo terreno gli consentirebbe, oppure quando siffatto asservimento sia, per così dire, reciproco, nel senso che i proprietari di più terreni li asservano unitariamente alla realizzazione di un unico progetto, ai fini del quale i rispettivi lotti perdono, dal punto di vista urbanistico-edilizio, la loro individualità. L'Adunanza Plenaria (23.4.2009, n. 3) ha sottolineato che dal provvedimento edilizio abilitativo, il cui rilascio definisce le potenzialità edificatorie di un fondo, determinandone anche la cubatura assentibile in relazione ai limiti imposti dalla normativa urbanistica, sorge un vincolo di asservimento per cui, una volta esaurite le predette potenzialità, le restanti parti del fondo sono sottoposte ad un regime di inedificabilità che discende "ope legis" dall'utilizzazione del fondo medesimo.

C.G.A.R.S., 9.7.2012, n. 583

**Pianificazione urbanistica - discrezionalità - limiti - completa cognizione della situazione fattuale e giuridica su cui interviene.**

**Pianificazione urbanistica - procedimento - osservazioni - presentazione - conseguenze - obbligo giuridico di esaminarle - sussiste.**

Anche la pianificazione urbanistica, al pari di ogni altra attività amministrativa pur se di carattere generale, deve sempre e inderogabilmente muovere da una precisa, chiara e completa cognizione delle situazioni, fattuali e giuridiche, su cui interviene, anche se l'assetto finale si connota poi per la più ampia discrezionalità. Sebbene neppure le osservazioni al PRG in itinere radichino in chi le proponga una situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata - giacché trattasi, sia prima che dopo il loro deposito, di situazioni di

c.d. "interesse semplice" o amministrativamente protetto, che l'amministrazione è solo tenuta a valutare, ma senza esser neppure gravata da un particolare onere motivazionale in ordine al loro esito; tanto che i relativi contenuti critici vanno considerati il portato di una attività di mera collaborazione con gli organi deputati a compiere le scelte pianificatorie urbanistiche - nondimeno non può revocarsi in dubbio che, una volta che un'osservazione sia stata presentata, l'amministrazione abbia il preciso obbligo di prenderla in esame (previa una sua corretta comprensione, almeno per quale risultante dalla congruenza formale del suo esito con il contenuto del rilievo) e, dunque, di accoglierla o respingerla; ma, appunto, senza poterne del tutto prescindere.

T.R.G.A., Tn, 11.7.2012, n.219

**Scelte urbanistiche - proporzionalità distributiva degli oneri e dei vincoli - rilevanza - esclusione.**

**Scelte urbanistiche - reformatio in peius - obbligo di motivazione - sussiste.**

**Scelte urbanistiche - obbligo di motivazione - in assenza di affidamento qualificato - non sussiste.**

Se nelle singole scelte urbanistiche - che inevitabilmente valorizzano alcune aree mortificando le prospettive di utilizzazione e il valore di scambio di altre - non sono ravvisabili contrasti con l'impostazione tecnica dello strumento generale, o non si evidenzino patenti vizi logici, è da escludere che le stesse possano ritenersi viziate: esse sottostanno, infatti, solo al superiore criterio di razionalità nella definizione delle linee dell'assetto territoriale, nell'interesse pubblico alla sicurezza delle persone e dell'ambiente, ma non anche a criteri di proporzionalità distributiva degli oneri e dei vincoli (CdS, IV, 16.1.2012, n. 119; 7.7.2008, n. 3358 e 9.6.2008, n. 2837). In capo ai privati interessati dalle nuove previsioni urbanistiche non è mai configurabile un'aspettativa qualificata alla destinazione edificatoria prevista da precedenti determinazioni dell'amministrazione, ma soltanto un'aspettativa generica sia al mantenimento della destinazione urbanistica "gradita" sia ad una "reformatio in melius", analogamente a quanto si aspetta ogni altro proprietario di aree che comunque aspira a uti-



lizzare più proficuamente i propri immobili (CdS, IV, 12.5.2010, n. 2843). Il generico affidamento alla "non reformatio in pejus" della precedente destinazione richiede solo che una motivazione possa agevolmente evincersi dai criteri di ordine tecnico-urbanistico seguiti per la redazione del nuovo strumento pianificatorio, in modo che siano chiari ed esplicitati le finalità e gli obiettivi che hanno indotto il pianificatore comunale a disattendere precedenti scelte. Le nuove scelte urbanistiche non richiedono argomentazioni particolari e dettagliate bensì una motivazione evincibile dai criteri e dai principi generali che ispirano il novello strumento urbanistico. Deroghe a tale regola sono previste solo in presenza di specifiche situazioni di affidamento qualificato del privato ad una specifica destinazione (derivanti, ad esempio, da convenzioni di lottizzazione, da accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree; da aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie) (cfr., CdS, IV, 16.11.2011, n.6049 e idem 9.12.2010, n. 8682).

TAR, Toscana, Sez. I, 12.6.2012, n. 1143  
**Scelte urbanistiche - mutamento in melius o conservazione destinazione urbanistica - obbligo - non sussiste.**

La destinazione urbanistica risultante dallo strumento vigente al momento della nuova pianificazione, non radica in capo ai proprietari delle aree una aspettativa legittima alla conservazione della destinazione medesima. L'amministrazione comunale, infatti, conserva una discrezionalità di ampia latitudine, ben potendo modificare in peius, rispetto agli interessi dei proprietari, la destinazione dell'area medesima. Risulta, in particolare, ragionevole la scelta di sostituire precedenti previsioni di espansione, con il carico di edificazione e consumo del territorio che ciò comporta, con la ristrutturazione e recupero a fini residenziali di edifici esistenti.

TAR Calabria, Cz., Sez. I, 7.6.2012, n.549  
**Piano di lottizzazione - termine di durata - è decennale - decorrenza - conseguenze - illegittimità PdC rilasciati successivamente.**

Il piano di lottizzazione ha una durata decennale (art. 17 l.u.) per cui, decorso il relativo termine, esso perde di efficacia e non può più costituire valido presupposto per il rilascio di qualsivoglia titolo abilitativo alla edificazione di manufatti (CdS n. 200 del 2003).

TAR Veneto, Sez. I, 6.6.2012, n.782  
**Scelte urbanistiche - discrezionalità - limiti - proporzionalità e completezza dell'istruttoria - sussistono.**

Le scelte di pianificazione urbanistica devono essere verificabili quanto meno sul piano della attendibilità e della proporzione del bilanciamento fra gli opposti interessi, in quanto non arbitraria e non fondata su travisamento dei fatti o su di un'istruttoria incompleta.

TAR Campania, Na, Sez.III, 1.6.2012, n.2617  
**Istanza del privato - sospensione - al fine della futura adozione di atti di regolazione generale della fattispecie - illegittimità.**

È illegittimo il comportamento dell'amministrazione che omette di provvedere o sospende sine die l'attribuzione di un'utilità richiesta dal privato, allegando di voler in futuro adottare atti di pianificazione o generali per la regolazione della fattispecie.

TAR Sardegna, Sez. II, 31.5.2012, n.554  
**Piano di lottizzazione - scadenza - conseguenze - ulteriore edificazione - ove siano state realizzate le opere di urbanizzazione - è lecita.**

La scadenza del termine decennale di efficacia del piano di lottizzazione non preclude il completamento delle volumetrie previste dal piano, purché naturalmente siano state tempestivamente realizzate le opere di urbanizzazione programmate.

**- EDILIZIA -***dell'Avv. Paolo Pittori*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.7.2012, n. 4320  
**PdC - contributo - rilascio concessione - sufficienza.**

**PdC - contributo - natura - carattere non tributario - non sinallagmatico.**

*Il contributo per oneri di urbanizzazione è dovuto per il solo rilascio della concessione, senza che neanche rilevi, ad esclusione dell'obbligo, la già intervenuta realizzazione di opere di urbanizzazione (CdS, V, 22.2.2011, nr. 1108; CdS, IV, 24.12.2009, n.8757). Il contributo per il rilascio del permesso di costruire ha natura di prestazione patrimoniale imposta, di carattere non tributario, ed ha carattere generale, prescindendo totalmente o meno delle singole opere di urbanizzazione, venendo altresì determinato indipendentemente sia dall'utilità che il concessionario ritrae dal titolo edificatorio, sia dalle spese effettivamente occorrenti per realizzare dette opere (CdS, V, 15.12.2005, n. 7140; id., 6.5.1997, n. 462. Attesa la natura non sinallagmatica e il regime interamente pubblicistico che connota il contributo de quo, la sua disciplina vincola anche il giudice, al quale è impedito di configurare autonomamente ipotesi di non debenza della specifica prestazione patrimoniale diverse da quelle autoritativamente individuate dal legislatore (CdS, V, 20.4.2009, n. 2359).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.6.2012, n. 3561  
**PdC - contributo - esonero ex art. 10 co.1 l.n. 10/1977 - ambito di applicazione - limiti - fabbricati asserviti esigenze impianto industriale.**

**Applicabilità - magazzini e depositi - non sussiste.**

*Il beneficio dell'esonero dalla corresponsione del contributo concessorio afferente ai costi di costruzione ed urbanizzazione, previsto per gli immobili nei quali si svolge attività industriale dall'art. 10, co. 1, della l. n. 10/1977, concerne strettamente i fabbricati complementari ed asserviti alle esigenze proprie di un impianto industriale e non già quegli edifici che non sono di per sè destinati alla produzione di beni industriali, ovvero quelle opere edilizie comun-*

*que suscettibili di essere utilizzate al servizio di qualsiasi attività economica (CdS, idem 21.10.1998, n. 1512; idem 5.9.1995, n. 1266; idem 13.7.1994, n. 752) È, pertanto, da escludere l'applicabilità del trattamento contributivo di favore a magazzini per deposito e commercio ove non siano "collegati ad altro stabile adibito alla attività produttiva" (CdS, V, 13.7.1994, n. 752).*

*Il beneficio dell'esonero dalla corresponsione del contributo così come previsto dall'art. 10, co. 1, della l. n. 10/1977 concerne solo e soltanto i fabbricati complementari e/o asserviti alle esigenze proprie di un impianto industriale o artigianale e non quegli edifici privi di tale nesso sostanziale e suscettibili di essere utilizzati al servizio di qualsiasi attività economica.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 6.6.2012, n.3337  
**PdC - volumetria - sotto piano campagna - rilevanza - non sussiste - limiti.**

*I volumi costruiti al di sotto dell'originario piano di campagna non incidono sulla volumetria consentita in quanto il piano di campagna medesimo non venga definitivamente alterato dalla costruzione; pertanto l'interramento va riferito all'originario piano e non a quello artificiale conseguente a consistenti reinterri (su interramento artificiale e divieto di alterare l'originario piano di campagna si v. CdS, V, n. 3589 del 2002).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.5.2012, n. 3120  
**Lotto edificabile - costruzione già realizzata - computo - necessità.**

**Lotto edificabile - volumetria - calcolo - preesistenze - necessità - distinzione catastale - irrilevanza.**

**Lotto edificabile - sfruttamento - calcolo volumetria - vincolo asservimento - necessità - non sussiste.**

*Un'area è suscettibile di ulteriore edificazione soltanto nel caso in cui la costruzione già realizzata non esaurisca la volumetria già consentita dalla normativa vigente al momento del rilascio dell'ulteriore concessione edilizia*



(idem V, 26.11.1994, n. 1382; 7.11.1990, n. 766; 23.2.1973, n. 178).

Il calcolo della volumetria realizzabile su di un lotto edificabile deve essere operato detraendo dalla cubatura richiesta quella relativa al fabbricato preesistente, in modo da determinare se residui un'ulteriore volumetria assentibile, a nulla rilevando il fatto che questa possa insistere su particelle che erano catastalmente divise (sez. V, 26.9.2008, n. 4647; idem 12.5.2008, n. 2177; 23.8.2005, n. 4385; 29.6.1979, n. 442).

Il diritto di edificare inerisce alla proprietà dei suoli nei limiti stabiliti dalla legge e dagli strumenti urbanistici, tra i quali quelli diretti a regolare la densità di edificazione ed espressi negli indici di fabbricabilità, con la conseguenza che esso è conformato anche da tali indici, di modo che ogni area non è idonea ad esprimere una cubatura maggiore di quella consentita dalla legge e dallo strumento urbanistico e, corrispondentemente, qualsiasi costruzione, anche se eseguita senza il prescritto titolo, impegna la superficie che, in base allo specifico indice di fabbricabilità applicabile, è necessaria per realizzare la volumetria sviluppata.

Un'area edificatoria, già utilizzata a fini edilizi, è suscettibile di ulteriore edificazione, solo quando la costruzione su di essa realizzata non esaurisca la volumetria consentita dalla normativa vigente al momento del rilascio dell'ulteriore permesso di costruire, dovendosi considerare non solo la superficie libera ed il volume ad essa corrispondente, ma anche la cubatura del fabbricato preesistente al fine di verificare se, in relazione all'intera superficie dell'area (superficie scoperta più superficie impegnata dalla costruzione preesistente), residui l'ulteriore volumetria di cui si chiede la realizzazione, a nulla rilevando che questa possa insistere su una parte del lotto catastalmente divisa (CdS, V, 27.6.2006, n. 4117; idem 12.7.2005, n. 3777; 12.7.2004, n. 5039).

Qualora la normativa urbanistica imponga limiti di volumetria, il relativo vincolo sull'area discende ope legis senza necessità di strumenti negoziali privatistici (atto d'obbligo, trascrizione, ecc.), che devono invece sussistere quando il proprietario di un terreno intenda asser-

virlo a favore di un altro proprietario limitrofo, per ottenere una volumetria maggiore di quella che il suo solo terreno gli consentirebbe, oppure quando siffatto asservimento sia, per così dire, reciproco, nel senso che i proprietari di più terreni li asservano unitariamente alla realizzazione di un unico progetto, ai fini del quale i rispettivi lotti perdono, dal punto di vista urbanistico-edilizio, la loro individualità (C.d.S., IV, 29.7.2008, n. 3766). Dal provvedimento edilizio abilitativo, il cui rilascio definisce le potenzialità edificatorie di un fondo, determinandone anche la cubatura assentibile in relazione ai limiti imposti dalla normativa urbanistica, sorge un vincolo di asservimento per cui, una volta esaurite le predette potenzialità, le restanti parti del fondo sono sottoposte ad un regime di inedificabilità che discende "ope legis" dall'utilizzazione del fondo medesimo (si v. Ad.Plen. CdS 23.4.2009, n. 3).

TAR Emilia R., Bo, Sez. I, 24.7.2012, n. 520

**Destinazione d'uso di un immobile - destinazione in concreto - irrilevanza - destinazione impressa dal titolo - rilevanza.**

La destinazione d'uso di un immobile non si identifica con l'impiego che in concreto ne fa il soggetto che lo utilizza, ma con la destinazione impressa dal titolo abilitativo (v., ex multis, CdS, V, 9.2.2001 n. 583; TAR Liguria, I, 25.1.2005 n. 85), e ciò in quanto la nozione di "uso" urbanisticamente rilevante è ancorata alla tipologia strutturale dell'immobile - quale individuata nel titolo edilizio -, senza che essa possa essere influenzata da utilizzazioni difformi rispetto al contenuto degli atti autorizzatori e/o pianificatori (v., TAR Lombardia, Mi, II, 7.5.1992 n. 219).

TAR Emilia R., Bo, Sez. I, 24.7.2012, n. 517

**PdC - decadenza - provvedimento formale di declaratoria - necessità.**

La decadenza della concessione edilizia per mancato rispetto dei termini di inizio e ultimazione dei lavori avviene ope legis, e tuttavia, anche se la concessione perde efficacia al perfezionarsi della fattispecie legale che la prevede, si rende in ogni modo necessario, perché i relativi effetti estintivi divengano operanti, un atto formale dell'amministrazione

*che ne dichiaro il venire in essere, anche ai fini del necessario contraddittorio con il privato circa l'esistenza dei presupposti di fatto e diritto che legittimano la declaratoria di decadenza (CdS, V, 12.5.2011 n. 2821 e idem 9.10.2007 n. 5228; Sez. IV, 29.1.2008 n. 249). In assenza di un provvedimento comunale di formale declaratoria della decadenza del titolo edilizio tacito, questo è da ritenersi tuttora efficace, salvo naturalmente un eventuale successivo intervento dell'amministrazione che accerti la sussistenza dei presupposti per dichiararne la perdita di efficacia. Un atto formale di declaratoria della decadenza occorre anche per la particolare ipotesi di cui all'art. 15, co. 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, ovvero per il caso di entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche prima che i lavori assentiti abbiano avuto inizio (v. CdS, IV, 7.9.2011 n. 5028 e idem 10.8.2007, n. 4423).*

TAR Molise, Sez. I, 25.7.2012, n. 373

**PdC - oneri concessori - obblighi originario titolare permesso - svincolo obblighi - modalità - voltura.**

**PdC - voltura - natura - discrezionalità - non sussiste.**

*L'originario titolare di un permesso di costruire può liberarsi dagli obblighi connessi al titolo, nel caso in cui alieni il terreno da edificare - ovvero l'edificio in costruzione - cedendo il titolo edilizio mediante apposita volturazione.*

*Con tale atto, il Comune autorizza l'acquirente a subentrare nella titolarità del permesso di costruire e nello stesso tempo accetta l'accollo degli oneri concessori da parte dell'acquirente stesso, con liberazione del precedente titolare (TAR Veneto, II, 16.6.2011, n. 1042).*

*La voltura non implica il rilascio di un nuovo e autonomo titolo edilizio e non richiede, né presuppone, una nuova verifica in ordine alla compatibilità del progetto con la normativa urbanistico-edilizia ma solo una verifica, a contenuto non discrezionale, in ordine alla trasferibilità del titolo ai successori o aventi causa (TAR Lazio, Lt, I, 12.1.2010 n. 3).*

*Se è vero che la norma di cui all'art. 11 del d..P.R. n. 380/2001 consente soltanto il trasferimento dell'intero titolo edilizio e non di una parte di esso, quel che impone di dare alla*

*detta norma un'interpretazione di stretto diritto (cioè, non estensiva) è proprio la natura di atto non discrezionale della volturazione, poiché l'ipotesi che possa essere scorporata o frazionata una parte del titolo pone problemi di valutazione della compatibilità del risultato con la disciplina urbanistica, che snaturerebbero la funzione dell'istituto.*

TAR Lombardia Mi, Sez. II, 20.7.2012, n.2043  
**PdC - oneri - fideiussione - estensione - al pagamento sanzione amministrativa ex art. 3 l. 28.2.1985 n. 47 - non sussiste.**

*La fideiussione prestata per il pagamento degli oneri di urbanizzazione conseguenti al rilascio della concessione edilizia non si estende, ai sensi dell'art. 1942 c.c., al pagamento della sanzione amministrativa posta dall'art. 3 l. 28.2.1985 n. 47, direttamente a carico del concessionario in caso di ritardato od omesso versamento del contributo afferente alla concessione, stante il difetto di accessorietà della seconda rispetto ai primi (Cass., I, 12.6.2001, n. 7885).*

TAR Lazio, Sez. I quater, 6.7.2012, n. 6176

**PdC - ristrutturazione con ricostruzione - traslazione edificio - nuova costruzione.**

*La traslazione dell'edificio comporta che l'intervento di demolizione e ricostruzione non sia qualificabile come ristrutturazione edilizia ma come nuova costruzione (con conseguente necessità del permesso di costruire) dal momento che il rispetto della preesistenza, richiesto a tal fine dall'art. 3 lett. d) d.p.r. n. 380/01, comprende anche l'identità dell'area di sedime (TAR Umbria n. 437/2009; TAR Campania, Na, n. 1461/2009).*

TAR Veneto, Sez. II, 5.7.2012, n.962

**PdC - annullamento - posizione giuridica differenziata - non sussiste.**

*La posizione di colui che abbia realizzato l'opera sulla base di un titolo inizialmente assentito e dopo annullato non si differenzia dagli altri soggetti che hanno invece realizzato l'opera abusiva senza titolo (CdS Ad. Plen. n. 4/2009). Per il caso di annullamento del permesso di costruire per vizi sostanziali, l'art. 38 TUE prevede, in alternativa alla sanzione pecuniaria anche l'ordine di demolizione*



ordine di demolizione.

TAR Campania, Na, Sez. I, 4.7.2012, n.3205  
**DIA - decorrenza 30 gg dalla comunicazione - potere della PA. - sospensione e demolizione - illegittimità.**

**Perfezionamento DIA - annullamento PA. - procedimento di secondo grado - necessità.**

*Ai sensi dell'art. 23 del d.P.R. 6.6.2001 n.380, è illegittimo l'operato dell'amministrazione comunale che, in presenza di una denuncia di inizio attività per la realizzazione di un intervento edilizio, adotta provvedimenti di sospensione dei lavori o di demolizione dopo che sia decorso il termine di trenta giorni previsto per il consolidamento del titolo, senza fare previo ricorso agli strumenti dell'autotutela (cfr. CdS, Sez.IV, 10.12.2009, n.7730; idem 4.5.2010, n.2558; TAR Campania, Sez.II, 25.6.2005, n.8707; idem 11.4.2008 n.2093; idem Sez. VIII, 8.10.2009, n. 5200; TAR Piemonte, I, 11.10.2006, n. 3382; TAR Liguria, I, 15.5.2010, n.2583). Invero, non può essere revocato in dubbio che qualsivoglia intervento il Comune intenda esercitare sull'assetto di interessi risultante da una d.i.a. già perfetta ed efficace, la relativa attività deve necessariamente esplicarsi nell'ambito di un procedimento di secondo grado avente ad oggetto il riesame di un'autorizzazione implicita che ha già determinato la piena espansione del cd. ius aedificandi.*

TAR Piemonte, Sez. I, 29.6.2012, n. 782  
**Conferenza di Servizi - decisoria ex art. 12 d. lgs.387/2003 - risultanze - responsabile - obbligo di conformarsi.**

*Non è consentito all'amministrazione procedente discostarsi, senza alcuna motivazione, dalle risultanze della conferenza di servizi decisoria di cui all'art. 12 d. lgs. 387/2003; la quale, tra l'altro, deve necessariamente concludersi con una determinazione del responsabile del procedimento che dia conto delle posizioni prevalenti emerse in seno alla conferenza e alla quale si uniformi il provvedimento definitivo di rilascio o di diniego dell'autorizzazione (cfr. TAR Piemonte, I, 21.12.2011, n. 1342).*

TAR Campania, Sa, Sez. I, 28.6.2012, n.1318  
**PdC - oneri concessori - criteri determina-**

**zione - determinazioni comunali - irretroattività.**

*Il contributo di urbanizzazione ex art. 11, co. 2, della l. n. 10/77 deve essere determinato al momento del rilascio della concessione ed è quindi a tale momento che occorre avere riguardo per la determinazione dell'entità del contributo facendo perciò applicazione della normativa vigente al momento del rilascio del provvedimento concessorio (CdS, V, n. 1071/1993, n. 850/1996, n. 2058/1999). Da tale affermazione di principio è stato, poi, tratto il corollario della irretroattività delle determinazioni comunali a carattere regolamentare con cui vengono stabiliti i criteri generali e le nuove tariffe e/o modalità di calcolo per gli oneri di urbanizzazione ribadendosi l'integrale applicazione del principio tempus regit actum e, quindi, la irrilevanza ed ininfluenza di disposizioni tariffarie sopravvenute rispetto al momento del rilascio della concessione edilizia.*

TAR Puglia Ba, Sez. III, 22.6.2012, n. 1235  
**Distanze - art. 9, co. 1, n. 2 - d.m. 2.4.1968 n. 1444 - natura tassativa - inderogabilità.**

**Distanze legali - art. 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 - osservanza - da parte dei Comuni - PRG - obbligo - sussiste.**

**Distanze - d.m. 2.4.1968 n. 1444 - deroga - piani particolareggiati e lottizzazioni convenzionate - possibilità - ammissibilità.**

**Distanze - d.m. 2.4.1968 n. 1444 - deroga - piani particolareggiati e lottizzazioni convenzionate - possibilità - PdC - inammissibilità.**

**Distanze - d.m. 2.4.1968 n. 1444 - disposizioni illegittime - obbligo del Giudice di applicazione - insussistenza.**

*La disposizione di cui all'art. 9, co. 1, n. 2 del d.m. 2.4.1968 n. 1444, essendo tassativa ed inderogabile, impone al proprietario dell'area confinante col muro finestrato altrui di costruire il proprio edificio ad almeno dieci metri da quello, senza alcuna deroga, neppure per il caso in cui 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. Le prescrizioni di cui al d.m. 2.4.1968 n. 1444 integrano con efficacia precettiva il regime delle distanze nelle costruzioni, sicché l'inderogabile distanza di 10*

*m. tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti vincola anche i Comuni in sede di formazione o revisione degli strumenti urbanistici.*

*In materia di distanze legali, l'art. 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 ha mantenuto in vigore l'art. 47 quinquies, coi 6, 8, 9, della l. n. 1150 del 1942, per cui in forza dell'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 la distanza minima inderogabile di 10 metri tra le pareti finestrate e di edifici antistanti è quella che tutti i Comuni sono tenuti ad osservare, ed il giudice è tenuto ad applicare tale disposizione anche in presenza di norme contrastanti incluse negli strumenti urbanistici locali, dovendosi essa ritenere automaticamente inserita nel prg al posto della norma illegittima (Cass. civ., II, 29.5.2006, n.12741; CdS, V, 2.11.2010, n. 7731). La deroga è consentita solo per piani particolareggiati e le lottizzazioni convenzionate, in tale previsione non può ricomprendersi il permesso di costruire. La prescrizione di cui all'art. 9 del d.m. 2.4.1968 n. 1444, relativa alla distanza minima di 10 m. tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti, è volta non alla tutela del diritto alla riservatezza, bensì alla salvaguardia di imprescindibili esigenze igienico-sanitarie, ed è, dunque, tassativa ed inderogabile (principi consolidati, ex multis, CdS, IV, 27.10.2011, n.5759 e idem 12.6.2007, n. 3094); la citata norma, laddove prescrive la distanza di dieci metri tra le pareti finestrate di edifici antistanti, va rispettata in tutti i casi, trattandosi di norma volta ad impedire la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario, e pertanto non è eludibile. Pertanto, le distanze tra le costruzioni sono predeterminate con carattere cogente in via generale ed astratta, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza, di modo che al giudice non è lasciato alcun margine di discrezionalità nell'applicazione della disciplina in materia di equo temperamento degli opposti interessi (CdS, IV, 5.12.2005, n. 6909). In materia di distanze tra costruzioni, l'adozione da parte dei Comuni di strumenti urbanistici contenenti disposizioni illegittime, perché contrastanti con la norma di superiore livello dell'art. 9 del d.m. 2.4.1968 n.1444 - che fissa in dieci metri la distanza minima assoluta tra*

*pareti finestrate e pareti di edifici antistanti - comporta l'obbligo per il giudice di applicare, in sostituzione delle disposizioni illegittime, quelle dello stesso strumento urbanistico, nella formulazione derivate, però, dalla inserzione in esso della regola sulla distanza fissata nel decreto ministeriale (così Cass., II, 27.3.2001, n.4413; CdS, IV, 12.6.2007, n.3094; CdS, IV, 27.10. 2011, n.5759 cit.). Conseguentemente, ogni previsione regolamentare in contrasto con l'anzidetto limite minimo è illegittima e va annullata ove oggetto di impugnazione, o comunque disapplicata, stante la sua automatica sostituzione con la clausola legale dettata dalla fonte sovraordinata.*

*L'art. 9 del d.m. 2.4.1968 n. 1444, che detta disposizioni in tema di distanze tra costruzioni, stante la natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute anche nelle norme tecniche di attuazione; la distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti, prevista dal suddetto articolo, va calcolata con riferimento ad ogni punto dei fabbricati e non alle sole parti che si fronteggiano e a tutte le pareti finestrate e non solo a quella principale, prescindendo anche dal fatto che esse siano o meno in posizione parallela (CdS, IV, 2.11.2010, n.7731 e idem 5.12.2005, n.6909).*

*Ai fini del computo delle distanze assumono rilievo tutti gli elementi costruttivi, anche accessori, qualunque ne sia la funzione, aventi i caratteri della solidità, della stabilità e della immobilizzazione, salvo che non si tratti di sporti e di oggetti di modeste dimensioni con funzione meramente decorativa e di rifinitura, tali da potersi definire di entità trascurabile rispetto all'interesse tutelato dalla norma riguardata nel suo triplice aspetto della sicurezza, della salubrità e dell'igiene. Gli sporti, cioè le sporgenze da non computare ai fini delle distanze perché non attinenti alle caratteristiche del corpo di fabbrica che racchiude il volume che si vuol distanziare, sono i manufatti come le mensole, le lesene, i risalti verticali delle parti con funzione decorativa, gli elementi in oggetto di ridotte dimensioni, le canalizzazioni di gronde e i loro sostegni, non invece le sporgenze, anche dei generi ora indicati, ma di particolari dimensioni, che siano quindi destinate anche ad estendere ed ampliare per l'in-*

tero fronte dell'edificio la parte utilizzabile per l'uso abitativo (così, CdS, IV, 2.11.2010, n. 7731; idem 5.12.2005 n.6909).

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 21.6.2012, n.1219  
**Distanze - rispetto - sporti - non computabilità - se funzione ornamentale. Balcone aggettante - computabilità - ammissibilità - limiti.**

Rientrano nella categoria degli sporti, non computabili ai fini delle distanze, soltanto quegli elementi con funzione meramente ornamentale, di rifinitura od accessoria, come le mensole, le lesene, i cornicioni, le canalizzazioni di gronda e simili, costituiscono invece corpi di fabbrica, computabili nelle distanze fra costruzioni, le sporgenze di particolari proporzioni, come i balconi, costituite da solette aggettanti anche se scoperte, di apprezzabile profondità ed ampiezza (TAR Lombardia, Mi, 4.5.2011, n. 1174, Cass. 17242/2010, TAR Sardegna, II, 6.4.2009, n. 432). Il balcone aggettante può essere ricompreso nel computo della distanza ai sensi della norma in questione solo nel caso in cui una norma di piano preveda ciò (TAR Liguria, I, 10.7.2009, n. 1736; TAR Toscana, III, 9.6.2011, n. 993).

TAR Campania Na, Sez. VIII, 20.6.2012, n.2864  
**DIA - decorso del termine - trasformazione attività privato in attività lecita - insussistenza.**

**Poteri PA. - intervento autotutela - ammissibilità.**

Nel caso di presentazione di dichiarazione di inizio di attività, l'inutile decorso del termine di legge assegnato dall'art. 23 d.P.R. 6.6.2001 n. 380 all'autorità comunale per l'adozione del provvedimento di inibizione ad effettuare il previsto intervento edificatorio, non comporta che l'attività del privato, ancorché del tutto difforme dal paradigma normativo, possa considerarsi lecitamente effettuata e quindi andare esente dalle sanzioni previste dall'ordinamento per il caso di sua mancata rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi. Difatti, il titolo abilitativo formatosi per effetto dell'inerzia dell'amministrazione può formare

oggetto, alle condizioni previste in via generale dall'ordinamento, di interventi di annullamento d'ufficio o revoca da parte dell'amministrazione stessa: segue da ciò che, anche dopo il decorso del termine previsto per la verifica dei presupposti e requisiti di legge, l'amministrazione non perde i propri poteri di autotutela, né nel senso di poteri di vigilanza e sanzionatori, né nel senso di poteri espressione dell'esercizio di una attività di secondo grado estrinsecantesi nell'annullamento d'ufficio e nella revoca (CdS, IV, 25.11.2008, n. 5811; TAR Calabria, Cz, 14.2.2012 n. 172). Difatti, la scrutinata disciplina procedimentale (in linea con l'art. 19 della l. n. 241/1990) sottende un intento di liberalizzazione delle attività, nel quadro della semplificazione dell'iter procedimentale, fermo restando il potere dell'ente di inibitoria e di rimozione degli effetti medio tempore prodotti, nel senso che sull'amministrazione incombe comunque l'attivazione dei poteri di accertamento e verifica dell'esistenza dei presupposti perché l'attività liberalizzata possa essere esercitata e, in caso di esito negativo, è prevista l'adozione dei conseguenti atti provvedimenti. L'esercizio del potere inibitorio e/o di autotutela da parte dell'amministrazione deve essere accompagnato dalla puntuale specificazione delle ragioni di fatto e di diritto anche alla luce di quanto previsto espressamente dall'art. 21 nonies, della l. 7.8.1990 n. 241.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 20.6.2012, n.1721  
**Distanze - minima - 10 metri pareti finestrate - inderogabilità.**

La distanza minima di 10 metri fra pareti finestrate è prevista dalla norma - assolutamente inderogabile e prevalente sulle eventuali differenti prescrizioni degli strumenti urbanistici - di cui all'art. 9 del d.m. 1444/1968 (TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 8.9.2011, n. 2187 e 4.11.2011, n. 2654; TAR Piemonte, I, 17.1.2007, n. 22 e TAR Lombardia, Bs, I, 3.7.2008, n. 788).

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 20.6.2012, n.2859

**PdC - annullamento - natura - discrezionalità - adeguata motivazione - necessità.**

Il provvedimento di annullamento di ufficio di una concessione edilizia, quale atto discrezio-

nale, deve essere adeguatamente motivato in ordine all'esistenza dell'interesse pubblico, specifico e concreto, che giustifica il ricorso all'autotutela anche in ordine alla prevalenza del predetto interesse pubblico su quello antagonista del privato" (CdS, V, 12.11.2003, n. 7218; *idem* IV, 31.10.2006, n. 6465; TAR Campania, Na, VII, 22.6.2007, n. 6238; *idem* III, 11.9.2007, n. 7483; sez. VIII, 30.7.2008, n. 9586; 1.10.2008, n. 12321; 7.12.2009, n. 8597; TAR Sicilia, Pa, III, 19.1.2007, n. 170; *idem* II, 8.6.2007, n. 1652; TAR Liguria, I, 11.12.2007, n. 2050; TAR Basilicata, I, 19.1.2008, n. 15).

Anche nell'ipotesi di annullamento di una concessione edilizia va riconosciuta piena operatività ai principi generali che condizionano il legittimo esercizio del potere di autotutela che, nell'adozione di un provvedimento espresso, postula la valutazione di elementi ulteriori rispetto al mero ripristino della legalità violata. In omaggio all'orientamento tradizionale che trova il suo fondamento nei valori di rango costituzionale di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, è, infatti, doveroso rimettere la verifica di legittimità dell'atto di autotutela ad un apprezzamento concreto, condotto sulla base dell'effettiva e specifica situazione creatasi a seguito del rilascio dell'atto autorizzativo. Siffatto approdo giurisprudenziale rinviene un espresso aggancio normativo nell'art. 21 nonies, co. 1, della l. n. 241/1990, in base al quale "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge". Si conferma, quindi, la natura tipicamente discrezionale dell'atto di ritiro, il quale deve essere espressione di una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, da effettuare entro un lasso di tempo ragionevole e da riportare nel corredo motivazionale.

Nel caso in esame il TAR ha rilevato che un provvedimento in autotutela adottato a quasi 3 anni dall'emissione della concessione edilizia con esso annullata - quando i lavori assentiti avevano raggiunto uno stato ormai avanzato -

sarebbe stato giustificabile solo se adeguatamente motivato in ordine all'interesse pubblico specifico, concreto e attuale, al divisato annullamento d'ufficio, agli eventuali contrasti del titolo abilitativo in parola con gli interessi urbanistici della zona, nonché in rapporto all'affidamento privato nella conservazione del medesimo titolo abilitativo, consolidatosi nell'arco temporale trascorso tra il suo rilascio e la sua rimozione.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 19.6.2012, n.1089  
**PdC - oneri concessori - aree a standards - monetizzazione - ammissibilità - discrezionalità dei Comuni.**

La monetizzazione delle aree standard (la quale trova ordinariamente la sua fonte legittimante nella convenzione urbanistica che disciplina il piano attuativo) è un istituto contemplato dall'ordinamento e applicato nella prassi amministrativa di tutti i Comuni italiani, anche se derogatorio rispetto al principio affermato dall'art. 12 del D.P.R. 380/2001 (TAR Marche 23.6.2011, n. 500). La facoltà di richiedere o accettare il controvalore delle opere di urbanizzazione rientra nella sfera di discrezionalità tecnico-amministrativa dell'Ente, come tale non censurabile se non per gravi vizi di irrazionalità (CdS, IV, 7.2.2011, n. 824). La monetizzazione - rispetto alla cessione delle aree - integra un'eccezione alla regola generale (si veda sul punto anche l'art. 12 della L.r. 60/77 per tempo vigente), e come tale deve poggiare su una solida ragione giustificatrice nell'ambito del procedimento urbanistico, mentre viceversa la cessione non deve essere supportata da una peculiare motivazione configurando l'ipotesi ordinaria prevista dal legislatore.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 18.6.2012, n.1193

**DIA - SCIA - natura - atto privato.**

**DIA - dichiarazione inesatta legittimazione - insussistenza.**

**Legittimazione - promissario acquirente - sussistenza - condizioni.**

A seguito della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (29.7.2011, n. 15) la dichiarazione di inizio attività - oggi generalmente sostituita dalla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) per effetto dell'entrata



in vigore del d.l. 31.5.2010 n. 78 - non dà vita ad una fattispecie provvedimento a formazione tacita, bensì “riflette un atto del privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge”. Tale controversa qualificazione della DIA/SCIA è stata poi avallata dallo stesso legislatore con l'art. 6 co. 1 lett. c) d.l. 13.8.2011, n. 138, quantomeno per le DIA/SCIA presentate dopo la relativa entrata in vigore, pur potendosi invero ipotizzarne l'efficacia retroattiva propria delle norme di interpretazione autentica.

Ai fini della legittimazione attiva al rilascio di titoli abilitativi nella materia edilizia, la giurisprudenza ritiene necessaria, sulla base degli artt. 11 e 23 del d.P.R. 380/2011, la titolarità del diritto di proprietà, ovvero di altro diritto reale od anche obbligatorio a condizione, in tale ultima ipotesi, del riconoscimento della disponibilità giuridica e materiale del bene nonché della relativa potestà edificatoria (CdS, V 28.5.2001, n. 2881; id. sez. IV 25.11.2008, n. 5811; TAR Emilia R., Bo, 21.2.2007, n. 53; TAR Lombardia, Mi, Sez II, 31.3.2010, n. 842). Quanto al promissario acquirente, la tesi che ne riconosce la legittimazione non è affatto pacifica in giurisprudenza, richiedendosi, anche in ipotesi di preliminarizzare ad effetti anticipati, la specifica autorizzazione del proprietario promissario venditore all'esercizio dello ius aedificandi (CdS, IV, 18.1.2010, n. 144; Cass., III, 15.3.2007, n. 6005; TAR Lazio, Lt, 26.7.2005, n. 636). Tale opzione esegetica risulta ancor più corretta qualificando la relazione del promissario acquirente con l'immobile, anche in caso di preliminarizzare ad effetti anticipati, quale “detenzione qualificata” e non già come possesso, secondo la più recente ricostruzione pretoria (ex multis Cass., sez. un. 27.3.2008, n.7930; id. sez. I 1.3.2010, n. 4863). La posizione di promissario conduttore, in assenza di specifico consenso del proprietario, non è titolo di legittimazione idoneo al rilascio di titoli abilitativi, anche se a regime semplificato, mancando la disponibilità giuridica dell'area su cui realizzare l'intervento. Va pertanto affermato che anche in materia di rilascio di titoli abilitativi per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, sebbene il rilascio del titolo avvenga con salvezza dei diritti dei

terzi, è necessario per l'amministrazione verificare la sussistenza di un titolo idoneo atto a comprovare la disponibilità dell'area su cui deve essere realizzato l'impianto inerente la DIA ovvero l'istanza di autorizzazione unica, quale presupposto di legittimità. Con riferimento sia alle d.i.a. di cui alla normativa di settore (con particolare riferimento all'edilizia) sia al modello generale di cui all'art. 19 l. 241/90, la giurisprudenza ritiene che presupposti indefettibili perché una d.i.a. possa essere produttiva di effetti siano la completezza e la veridicità delle dichiarazioni contenute nell'autocertificazione (ex multis T.A.R. Lombardia, Mi, II, 9.12.2008, n. 5737; TAR. Emilia Romagna, Bo, II 17.7.2006, n. 142; CdS, IV, 24.6.2010, n. 3263; TAR. Lazio, I, 2.12.2010, n.35023). Infatti, il decorso del termine di trenta giorni non può avere alcun effetto di legittimazione dell'intervento, rispetto ad una dichiarazione inesatta o incompleta, con la conseguenza che l'amministrazione ha la facoltà ed il potere di inibire l'attività o di sospendere i lavori. Così opinando, tale potere non è equiparabile ad un potere di autotutela, poiché non vi è alcun provvedimento su cui intervenire, ma ad un “potere di verifica della non formazione della DIA”, con conseguente ordine di interruzione dei lavori, così come d'altronde normativamente previsto per l'ipotesi di mendacio (vedi co. 3 art. 19 l. 241/90); per tale motivo, l'esercizio di tale potere non è sottoposto al termine perentorio di trenta giorni, che presuppone invece che la DIA sia completa nei suoi elementi essenziali (TAR Lombardia, Mi, II 9.12.2008, n. 5737).

Allorché il legislatore introduca fattispecie di liberalizzazione di attività, vale il principio dell'autoresponsabilità del dichiarante, in base al quale, la dichiarazione può ritenersi valida ed efficace soltanto se essa rispetti - oltre alle formalità estrinseche prescritte dall'ordinamento (essenzialmente dirette a rendere incontrovertibile la paternità di una determinata dichiarazione) - anche il canone dell'autosufficienza contenutistica, nel senso che occorre porre in condizione l'amministrazione di poter effettivamente esercitare in concreto il potere inibitorio e di controllo previsto dalla legge. E ciò, si badi bene, non solo nell'interesse pubblico alla repressione delle attività abusive, ma

nello stesso interesse del dichiarante a non esporsi inutilmente all'eventuale potere inibitorio e/o sanzionatorio una volta già realizzate le opere ed effettuati i correlati investimenti.

Le esigenze di concentrazione dei procedimenti e di tempestività e contenimento dei termini, poste alla base del d. lgs. 29.12.2003, n. 387 in materia di autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, sia in riferimento alle fattispecie di autorizzazione unica che di d.i.a., non può allora esonerare il richiedente, secondo il suesposto principio della autoresponsabilità, dalla presentazione della documentazione prescritta dalla legge, al fine di consentire all'amministrazione di effettuare preventivamente gli opportuni controlli su quanto l'interessato intenda realizzare (in questi termini, in riferimento all'art. 23 t.u. edilizia e all'art 19 l. 241/90, CdS, IV 24.5. 2010 n. 3263; in riferimento alla DIA per la realizzazione di impianti di telefonia mobile TAR Emilia R., Bo, II, 17.7.2006, n. 1462). L'art. 1 quater ha inteso ritenere automaticamente inefficaci i rapporti giuridici sorti sulla base delle DIA non ancora perfezionate alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità (C. cost. n. 119/2010) e senza la messa in esercizio dell'impianto entro il 16.1.2011, in deroga al generale principio secondo cui la dichiarazione di incostituzionalità della legge attributiva di un potere amministrativo non rende di per sé nulli o inefficaci i provvedimenti che ne fanno applicazione. La norma speciale di sanatoria in questione opera cioè sul piano degli effetti e non della legittimità (TAR Puglia, Ba, I, 6.4.2012, n. 689).

TAR Campania Na, Sez. II, 8.6.2012, n.2747

**Strumenti urbanistici - contrasto con d.m. 2.4.1968 n. 1444 - disapplicazione norma illegittima - applicazione diretta art. 9 d.m. cit in materia di distanze.**

**Distanze legale - tutela - regime della cd. doppia tutela.**

**Pertinenza - nozione civilistica - concetto edilizio - nozione più ristretta - differenze.**

**Pertinenza - porticato - non sussiste - natura - opera nuova - ragioni.**

Il d.m. 2.4.1968 n. 1444 - là dove all'art. 9 prescrive in tutti i casi la distanza minima

assoluta di metri dieci tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti - è norma che impone determinati limiti edilizi ai comuni nella formazione o revisione degli strumenti urbanistici. Da ciò deriva (cfr. Cass., II 1.11.2004 n. 21899) che l'adozione, da parte degli enti locali, di strumenti urbanistici contrastanti con la norma comporta l'obbligo, per il giudice di merito, non solo di disapplicare le disposizioni illegittime, ma anche di applicare direttamente la disposizione del ricordato art. 9, divenuta, per inserzione automatica, parte integrante dello strumento urbanistico (TAR Lombardia, Br, I, 16.10.2009, n. 1742). Più in generale, va posto in rilievo che l'art. 9 del d.m. 2.4.1968 n. 1444, là dove prescrive la distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti, va rispettata in tutti i casi, trattandosi di norma volta ad impedire la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario, e pertanto non è eludibile in funzione della natura giuridica dell'intercapedine (cfr. TAR Toscana, III, 4.12.2001 n. 1734, TAR Liguria, I, 12.2.2004 n. 145). Da ciò discende che le distanze tra costruzioni sono predeterminate con carattere cogente in via generale ed astratta, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza, di modo che al giudice non è lasciato alcun margine di discrezionalità nell'applicazione della relativa disciplina (cfr. CdS, IV, 5.12.2005 n. 6909).

In tema di distanza fra costruzioni o di queste con i confini vige il regime della c.d. "doppia tutela". Questo vuol dire che il soggetto che assume di essere stato danneggiato dalla violazione delle norme in materia è titolare, da un lato, del diritto soggettivo al risarcimento del danno o alla riduzione in pristino nei confronti dell'autore dell'attività edilizia illecita e, dall'altra, dell'interesse legittimo alla rimozione del provvedimento invalido dell'amministrazione, quando tale attività sia stata autorizzata. Più specificamente, per consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, "le controversie tra proprietari di fabbricati vicini aventi ad oggetto questioni relative all'osservanza di norme che prescrivano distanze tra le costruzioni o rispetto ai confini, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, essen-



do anche a tale materia applicabile il principio secondo il quale nei rapporti tra privati non si pone una questione di giurisdizione, essendo la posizione di interesse legittimo prospettabile solo in rapporto all'esercizio del potere della pubblica amministrazione che, invece, in tali controversie non è parte in causa. Né a tal fine rileva l'avvenuto rilascio di concessione edilizia, atteso che il giudice ordinario, cui spetta la giurisdizione, vertendosi in tema di assunta violazione di un diritto soggettivo, può incidentalmente accertare l'eventuale illegittimità della concessione edilizia medesima, onde disapplicarla; mentre la giurisdizione del giudice amministrativo è al riguardo configurabile allorché la controversia sia insorta tra il privato e la pubblica amministrazione, per avere il primo impugnato detta concessione al fine di ottenerne l'annullamento nei confronti della seconda" (cfr., ex multis, Cass., sez. un., 1.7.2002, n. 9555). Sussistono, dunque, nel nostro ordinamento ipotesi di doppia tutela in relazione a possibili violazioni della disciplina vigente in materia di distacco delle costruzioni dai confini del fondo ovvero da altre costruzioni, a seconda che si agisca nei riguardi del confinante ovvero nei confronti dell'amministrazione comunale che ha rilasciato il titolo edilizio, ben potendo le azioni stesse coesistere e ben potendo il titolare dell'interesse qualificato alla legittimità dell'azione amministrativa ottenere, comunque, in sede di giurisdizione amministrativa l'annullamento ope iudicis del titolo edilizio reputato illegittimo, anche a prescindere dalla sua eventuale disapplicazione da parte del giudice ordinario concomitantemente adito (cfr. TAR Veneto, Sez II, 17.6.2005 n. 2504).

Il concetto di pertinenza in senso urbanistico ed edilizio è più ristretto della nozione civilistica, posto che il primo richiede, che il manufatto sia non solo preordinato ad una oggettiva esigenza dell'edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio ma anche che sia sfornito di un autonomo valore di mercato (cfr., ex multis, CdS, V, 22.10. 2007, n. 5515; CdS, V, 11.11.2004, n.7324; CdS, IV, 12.3.2007, n. 1219; TAR Basilicata, 29.11.2008, n.915; TAR Campania, Na, IV, 16.9.2008, n. 10138; TAR Piemonte, I, 13.6.2008, n.1368). Un porticato che, in quanto suscettibile di autonomo e

stabile utilizzo e con un proprio impatto volumetrico, costituisce opera nuova rispetto al precedente accessorio, incidendo in modo permanente e non precario sull'assetto edilizio (TAR Lazio, Lt, 19.1.2007, n.44; TAR Toscana, III, 17.7.2003, n. 2850).

TAR Lazio, Lt, Sez.I, 6.6.2012, n. 445

**PdC - istanza - silenzio - regime ante d.l. n.70/2011 - natura silenzio - inadempiamento.**

**PdC - istanza - silenzio - regime d.l. 70/2011 - silenzio assenso.**

**PdC - azione di accertamento silenzio - ammissibilità.**

In base al testo dell'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001 anteriore alle modifiche apportate dal d.l. n. 70/2011, il responsabile del procedimento ha un termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda di rilascio del permesso di costruire per formulare una proposta di provvedimento, su cui il dirigente o il responsabile dell'Ufficio deve provvedere nei successivi quindici giorni, adottando il provvedimento finale. Secondo costante giurisprudenza (cfr. TAR Lazio, Lt, I, 3.2.2011, n. 89; id., 14.2.2012, n. 117), il silenzio che, in base al co. 9 dell'art. 20 cit. (nel testo, si ripete, anteriore al d.l. n. 70/2011), si forma per effetto dell'inutile decorso del termine di conclusione del procedimento sull'istanza di rilascio del permesso di costruire, ha natura di silenzio inadempimento, ossia di un silenzio che esprime la mera inerzia della PA. quanto al suo obbligo di concludere, nei termini di legge, il procedimento con un provvedimento espresso. Avverso detta inerzia è, dunque, possibile esperire il rito speciale, già disciplinato dall'art. 21-bis della l. n. 1034/1971, ed ora dagli artt. 31 e 117 del d.lgs. n. 104/2010. Peraltro, il suddetto art. 31, al co. 2, dispone che l'azione avverso il silenzio può essere proposta finché perdura l'inadempiamento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, fatta salva la riproponibilità (ove ne ricorrano i presupposti) dell'istanza di avvio del procedimento.

L'eventuale nuovo (od ulteriore) decorso del procedimento è avvenuto sotto la vigenza del testo dell'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001 introdotto dall'art. 5, co. 2, lett. a), n. 2, del d.l.

n. 70/2011 (diventato num. 3 per effetto della legge di conversione, l. n. 106/2011), il quale, tuttavia, non sembra più contemplare la formazione, sulla domanda di permesso di costruire, del cd. silenzio inadempimento, legittimante l'azione ex artt. 31 e 117 del d.lgs. n. 104/2010. Il nuovo art. 20, nel testo introdotto dal d.l. n. 70/2011, infatti, contempla unicamente le fattispecie del silenzio assenso (co. 8), nonché, per i casi (come quello ora in esame) di intervento su aree sottoposte a vincolo, del silenzio assenso ovvero, nell'ipotesi di parere negativo dell'autorità tutoria, del silenzio diniego (co. 9 e 10): donde la conclusione dell'inammissibilità del gravame. Le modifiche normative intervenute prima della formale adozione debbono essere osservate dalla PA. medesima, in adesione al principio *tempus regit actum* (CdS, V, 6.6.1990, n. 480). E' proponibile l'azione di accertamento dell'avvenuta formazione, nella fattispecie de qua, del silenzio assenso (TAR Calabria, Cz, I, 10.10.2011, n. 1265).

TAR Campania, Na, Sez.VIII, 5.6.2012, n.2653  
**Movimentazione terra - titolo edilizio - necessità - fattispecie rilevante.**

**Muro recinzione - titolo edilizio - necessità - conseguente alla natura e dimensione opera; Sanatoria parziale -opere distinte e separate - ammissibilità condizioni.**

**Sanzioni - dirigente comunale - aree sottoposte a vincolo - applicabilità art. 27, co. 2, secondo capoverso, d.P.R. 380/2001 - ammissibilità.**

**Sanzione - acquisizione - art. 31, co.6 d.P.R. 380/2001 - a favore del Comune - legittimità.**

**PdC - annullamento - legittimità - esistenza vizi formazione e adozione - necessità.**

**PdC - totale o parziale difformità dal titolo - attività illecita - sussiste.**

**PdC - annullamento - procedimento auto-tutela - attività discrezionale - motivazione - interesse pubblico concreto - valutazione affidamento privato -necessità.**

**PdC - rilascio - attività vincolata - funzione - verifica conformità del progetto alla disciplina urbanistica.**

**PdC - rilascio - attività vincolata - imposizione di prescrizioni - sussistenza - limite - funzione di controllo - ammissibilità**

**interventi correttivi - finalità - adeguamento disciplina urbanistica.**

L'attività di movimento terra non è stata giudicata dal legislatore a priori irrilevante, poichè l'art. 6 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380 non l'ha ricompresa in alcuna delle ipotesi di attività edilizia libera (TAR Sicilia, Pa, III, 25.5.2005 n. 883); è, quindi, necessario verificare se essa in concreto sia o meno rilevante dal punto di vista edilizio, "stante la possibilità della esistenza di spostamenti di terreno insignificanti sotto il profilo del preesistente insediamento, per i quali non sussiste l'obbligo di munirsi di preventiva concessione edilizia, ovvero della esecuzione di rilevanti trasformazioni del territorio che invece tale preventivo rilascio richiedono (TAR Lazio, III ter, 8.5.2002 n. 4039). Riguardo al muro di recinzione, la valutazione in ordine alla necessità del tipo di titolo abilitativo per la realizzazione di simili interventi va effettuata sulla scorta dei due parametri consistenti nella natura e dimensioni delle opere e loro destinazione e funzione (TAR Campania VIII, 14.1.2010, n. 95; TAR Campania, VIII, 27.2.2009, n. 1151).

La possibilità di una sanatoria parziale, anche all'interno di un medesimo progetto unitario, può senz'altro riguardare opere distinte e strutturalmente autonome (TAR Liguria, I 23.3.2012 n. 423); ma, ove più profili di violazione della normativa urbanistica e vincolistica interessino uno stesso manufatto, la possibile sanabilità solo di alcune di esse non può estendersi, in via transitiva, all'opera intera; diversamente opinando, proprio i profili di insanabile violazione, quindi quelli più gravi, di fatto, verrebbero a subire un'ingiustificata dequotazione, consentendosi la non rimovibilità e così la permanenza, per l'accertata conformità di profili di violazione minori, comunque compatibili con la disciplina urbanistica di riferimento; è evidente che se per uno stesso manufatto plurime siano le violazioni urbanistiche è consentito il rilascio di un provvedimento di sanatoria che le rimuova tutte; ciò che non è consentito è invece che violazioni non altrimenti sanabili - come quella che interessi una fascia di rispetto - possano restare senza conseguenza sanzionatoria alcuna, sol perché altri profili di abuso siano stati sanati; nulla giusti-



*fica tale effetto assorbente e ciò proprio perché alla violazione insanabile non è possibile porre rimedio; né potrebbe operare un criterio di prevalenza, dal momento che la verifica di sanabilità di opere abusive non contempla profili di discrezionalità pura, ma soltanto di accertamento tecnico o, al più, di natura tecnico-discrezionale.*

*Secondo l'art. 27, co. 2, secondo capoverso, del d.P.R. 6.6.2001 n. 380, "qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al r.d. 30.12.1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla l. 16.6.1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al d. lgs. 29.10.1999, n. 490, il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa". Secondo recente giurisprudenza, che il Collegio condivide, la norma, "attraverso l'utilizzo della locuzione "...previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa..." ha chiaramente inteso la sostanziale autonomia concessa all'Autorità competente alla tutela del territorio (il Dirigente comunale) di intervenire direttamente a sanzionare abusi commessi in violazione del vincolo, salva soltanto la possibilità dell'Autorità preposta a tale vincolo di affiancare ("...possono eventualmente intervenire...") l'azione repressiva e sanzionatoria della Autorità comunale" (CdS, IV, 2.2.2012, n. 606). E' stato di conseguenza ritenuto che "il Comune non si sostituisce all'Autorità preposta al vincolo, ma agisce sinergicamente con quest'ultima, come la legge consente in un'ottica del tutto razionale anche da un punto di vista organizzativo e di tempestività dell'agire a tutela degli interessi pubblici coinvolti, essendo evidente che il soggetto pubblico che ha il più diretto ed immediato controllo del territorio (il Comune) abbia anche il potere di intervenire a tutela concreta ed efficiente di detti interessi pubblici, anche se essi mettano capo pure a diversa Autorità che va soltanto informata".*

*Per quanto concerne l'acquisizione disposta in favore del Comune e non anche dell'autorità*

*preposta al vincolo, l'art. 31, sesto comma del d.P.R. 6.6.2001 n. 380 stabilisce che "per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso"; non vi è dubbio, dunque che anche il Comune sia autorità preposta per legge, ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380 alla vigilanza sull'osservanza del vincolo; inoltre, se l'acquisizione dell'opera e dell'area di sedime è funzionale all'esecuzione della demolizione in danno dei responsabili dell'abuso, ai sensi dell'art. 31, co.5. d.P.R. 6.6.2001 n. 380, è logico inferire che il medesimo nesso di strumentalità esiste anche per le ipotesi di cui al sesto comma, cioè per le opere realizzate su aree vincolate in base a leggi statali o regionali, di talché l'acquisizione opera in favore dell'autorità che in concreto sta procedendo.*

*E' acquisibile al patrimonio un immobile realizzato in violazione di una zona di rispetto, atteso che tale eventualità è espressamente contemplata dall'art. 31, co. 6 d.P.R. 6.6.2001 n. 380. L'annullamento del titolo edificatorio può trovare legittima giustificazione solo nell'esistenza di vizi concernenti la sua formazione e adozione, quindi la carenza di presupposti per il suo rilascio - con riferimento al caso in esame a quelli indicati in ragioni di difformità e inidoneità della documentazione progettuale presentata - ma giammai in problemi connessi alla totale o parziale infedele edificazione; in questo caso, tali difformità si risolvono non già in vizi del titolo abilitativo, ma in un comportamento successivo del titolare che, discostandosi da prescrizioni vincolanti, realizza opere in tutto o in parte non assentite, come tali idonee ad aprire un procedimento sanzionatorio volto specificamente alla repressione degli abusi commessi. In altri termini, profili di illegittimità originaria del titolo edilizio e questioni di tempestiva e corretta esecuzione di quanto in*

*esso prescritto si collocano su piani distinti, il primo riguardando la sua validità, il secondo la sua efficacia.*

*Il provvedimento di annullamento di ufficio di una concessione edilizia, quale atto discrezionale, deve essere adeguatamente motivato in ordine all'esistenza dell'interesse pubblico, specifico e concreto, che giustifica il ricorso all'autotutela anche in ordine alla prevalenza del predetto interesse pubblico su quello antagonista del privato (TAR Campania, Na, VIII, 7.3.2012, n. 1130; CdS, V, 12.11.2003, n. 7218; Sez. IV, 31.10.2006, n. 6465; TAR Campania, Na, VII, 22.6.2007, n. 6238; idem III, 11.9.2007, n. 7483; idem VIII, 30.7.2008, n. 9586; idem 1.10.2008, n. 12321; 7.12.2009, n. 8597; TAR Sicilia, Pa, III, 19.1.2007, n. 170; II, 8.6.2007, n. 1652; TAR Liguria, I, 11.12.2007, n. 2050; TA.R Basilicata, I, 19.1.2008, n. 15)*

*Anche nell'ipotesi di annullamento di un permesso di costruire va, cioè, riconosciuta piena operatività ai principi generali che condizionano il legittimo esercizio del potere di autotutela; potere, che è espressione della discrezionalità dell'amministrazione e che, nell'adozione di un provvedimento espresso, postula la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla mero ripristino della legalità violata. In omaggio all'orientamento tradizionale che trova il suo fondamento nei valori di rango costituzionale di buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, è, infatti, doveroso rimettere la verifica di legittimità dell'atto di autotutela ad un apprezzamento concreto, condotto sulla base dell'effettiva e specifica situazione creatasi a seguito del rilascio dell'atto autorizzativo. Siffatto approdo giurisprudenziale rinviene un espresso aggancio normativo nell'art. 21 nonies, co. 1, della l. n. 241/1990, in base al quale "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Si conferma, quindi, la natura tipicamente discrezionale dell'atto di ritiro, il quale deve essere espressione di una*

*congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, da effettuare entro un lasso di tempo ragionevole e da riportare nel corredo motivazionale.*

*Sia il rilascio del permesso di costruire, sia l'istituto di cui all'art. 36 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380 costituiscono manifestazione di un potere vincolato dell'amministrazione, segnatamente circoscritto alla verifica di conformità, antecedente o successiva rispetto all'edificazione, di quanto realizzato rispetto alla disciplina urbanistica di riferimento; di conseguenza, la possibilità da parte dell'autorità pubblica di imporre prescrizioni specifiche ad un progetto di edificazione o di sanatoria va intesa non come esercizio di un potere discrezionale, ma come attività di accertamento della necessità di compiere interventi correttivi - di natura progettuale o esecutiva - onde rendere compatibile l'edificazione con la disciplina urbanistica; ne discende che l'imposizione di prescrizioni speciali, da qualificarsi come condizioni di efficacia del permesso di costruire, originario o in sanatoria, oltre ad essere esercizio di un'attività vincolata - ed anche applicazione del principio di proporzionalità dell'azione pubblica e di economia del mezzi giuridici, in quanto tendente ad evitare un diniego sull'an dell'istanza del privato - non ripetono la stessa natura giuridica del permesso di costruire ordinario e, di conseguenza, le medesime scansioni temporali di cui all'art. 15, co.2. del d.P.R. 6.6.2001 n. 380; assumendo, piuttosto, natura correttiva e sovente limitativa delle caratteristiche originarie di progetto, va ad esse riconosciuto un regime giuridico che partecipa di tale loro natura; pertanto, rispetto a prescrizioni che impongono in sede di accertamento di conformità la demolizione di opere o parti di esse realizzate in eccedenza rispetto alle potenzialità riconosciute dalla disciplina territoriale di riferimento, il termine non sarà quello ordinario di edificazione, ma quello, più breve, di demolizione, pari a novanta giorni ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380, siccome volto alla tutela dell'interesse pubblico al repentino ripristino dello stato dei luoghi. L'impugnazione dell'atto di acquisizione al patrimonio comunale è consentita esclusivamente per vizi propri e non*

anche per profili di invalidità derivata di atti presupposti non tempestivamente gravati (CdS, V 24.3.2011 n.1793; CdS, IV 8.11.2010 n. 7914).

TAR Campania, Na, Sez.II, 4.6.2012, n.2623  
**Tettoia - natura - PdC - necessità - non sussiste.**

*La tettoia, per le ridotte dimensioni e per i materiali utilizzati, non comporta uno stabile incremento di superficie e non ha un autonomo valore di mercato rispetto all'immobile principale cui accede, per cui è da escludere la sua idoneità ad alterare significativamente lo stato dei luoghi (TAR. Veneto, II, 19.9.2003 n.4856; TAR Campania, II, 24.1.2008, n.402 e 21.5.2009, n.2828).*

*Solo nel caso di realizzazione di una tettoia di rilevanti dimensioni, la cui struttura sia tale da comportare una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, integra una nuova costruzione, per la quale occorre munirsi preventivamente del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. a), del d.P.R. n.380/2001. In tale prospettiva si è anche chiarito (cfr., CdS, V, 23.3.2000, n.1600; TAR Lazio, II ter, 6.9.2000, n.6900; TAR Campania,II, 24.1.2008, n.402 e Sez. IV, 3.1.2002, n.50; TAR Lazio, Lt, 4.7.2006 n.428; TAR Toscana,III, 27.11.2006 n.6052; TAR Emilia Romagna, II, 11.10.2007, n.2286).*

TAR, Sardegna, Sez. II, 29.5.2012, n. 542  
**Parcheggi - art. 9, co. 1, l. 24.3.1989 n.122 - autorimesse parzialmente fuori terra - non vi rientrano.**

*L'art. 9, co. 1, della l. 24.3.1989 n. 122, abilita i proprietari di immobili a realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al*

*piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti. Dalle fattispecie derogatoria vanno escluse le autorimesse edificate anche parzialmente fuori terra nella disciplina urbanistica ordinaria*

TAR. Campania Na, Sez. III, 18.5.2012, n.2310  
**PdC - silenzio assenso - regime - art. 5, co. 2, lett. a), n. 3), del d.l. 13.5.2011, n. 70.**

*L'art. 5, co. 2, lett. a), n. 3), del d.l. 13.5.2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella l. 12.7.2011, n. 106, ha sostituito l'art. 20 del testo unico dell'edilizia di cui al d.P.R. n. 380 del 2001 e ha introdotto in via generale il silenzio-assenso nelle pratiche di permesso di costruire. Tale nuovo regime imperniato sul silenzio-assenso non trova applicazione nel caso, quale sembra essere quello oggetto di causa, di aree sottoposte a vincolo paesaggistico (l'art. 5, co.1, del d.l. n. 70 del 2011, cit., chiarisce, infatti, che il fine di liberalizzare le costruzioni private è perseguito mediante [co. 1, lett. a)] la "introduzione del "silenzio assenso" per il rilascio del permesso di costruire, ad eccezione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici e culturali" (il co. 8, conseguentemente, nello stabilire che "Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso", fa "salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui ai coo. 9 e 10", che prevedono l'opposto principio del silenzio-rifiuto).*

«.....GA.....»

## - ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez.V, 6.6.2012, n.3337  
**Potere repressivo - natura - attività vincolata.**

**Ordinanza di demolizione - esatta individuazione area destinata ad essere acquisita - necessità - insussistenza.**

**Ingiunzione demolizione - funzione - provocare tempestivo abbattimento.**

**Ingiunzione di demolizione e verbale inottemperanza - distinzione effetti.**

*L'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce attività vincolata della p.a.*

con la conseguenza che i relativi provvedimenti, quali l'ordinanza di demolizione, costituiscono atti vincolati per la cui adozione non è necessario l'invio di comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto, né essendo necessario acquisire il parere di organi, quali la Commissione edilizia integrata

Nella motivazione dell'ordinanza di demolizione non occorre l'esatta individuazione dell'area destinata ad essere acquisita al patrimonio comunale in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, bastando la descrizione delle opere abusivamente realizzate, in modo da consentire al destinatario della sanzione di rimuoverle spontaneamente: come affermato da condivisibile giurisprudenza (CdS, n. 1998 del 2004). La funzione dell'ingiunzione di demolizione è quella di provocare il tempestivo abbattimento del manufatto abusivo ad opera del responsabile, rendendogli noto che il mancato adeguamento spontaneo determina sanzioni più onerose della semplice demolizione. A tale scopo è quindi sufficiente che l'atto indichi il tipo di sanzioni che la legge collega all'abuso, senza puntualizzare le aree eventualmente destinate a passare nel patrimonio comunale. L'interessato, infatti, può così compiere le proprie valutazioni, le quali non possono essere influenzate dalla semplice non conoscenza delle aree di cui il comune disporrà concretamente l'acquisizione. La l. n. 47 del 1985 ha distinto, nell'ambito dell'art. 7, i due atti, di ingiunzione e acquisitivo, basando il primo sul presupposto dell'abuso, con il contenuto proprio della contestazione della trasgressione e dell'ordine di demolizione, e il secondo sulla verifica di inottemperanza al primo. Requisiti dell'ingiunzione di demolizione sono perciò l'esistenza della condizione che la rende vincolata, cioè l'accertata esecuzione di opere abusive, e il conseguente ordine di demolizione e non anche la specificazione puntuale della portata delle sanzioni, richiamate nell'atto quanto alla tipologia preordinata dalla legge, ma recate con successivo, eventuale provvedimento.

TAR Valle D'Aosta, 24.7.2012, n.74

**Accertamento inottemperanza - art. 31, co. 4,**

**d.P.R. n. 380/2001 - titolo per immissione in possesso e trascrizione RR.II.**

Ai sensi dell'art. 31, co. 4, d.P.R. n. 380 del 2001 il titolo per l'immissione in possesso del bene e per la trascrizione nei RR.II. è costituito dall'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire, ma per tale atto deve intendersi non il mero verbale di constatazione di inadempienza, atteso il suo carattere endoprocedimentale, ma solo il formale accertamento compiuto dall'organo dell'ente dotato della relativa potestà provvedimentale; infatti, il ricorso proposto contro il mero verbale è inammissibile, in quanto incentrato su atto avente valore endoprocedimentale ed efficacia meramente dichiarativa delle operazioni effettuate durante l'accesso ai luoghi, occorrendo che la competente autorità amministrativa ne faccia proprio l'esito attraverso un formale atto di accertamento (TAR Campania, Na, VIII, 11.10.2011, n. 4645; sez. VII, 8.7.2011, n. 3647; Sez. III, 1.2.2011, n. 633). La portata lesiva è quindi ravvisabile soltanto nel cennato atto formale di accertamento ex art. 31 co. 4, d.P.R. n. 380 del 2001, con cui l'autorità amministrativa comunale recepisca gli esiti del sopralluogo e formi, quindi, il titolo ricognitivo idoneo all'acquisizione gratuita dell'immobile al proprio patrimonio.

TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 9.7.2012, n.1443  
**Condono edilizio - art. 32 co. 25, d.l. 269/2003 - abusi sanabili - tipologie - ampliamenti e nuove costruzioni ad uso residenziale.**

**Condono edilizio - art. 32 co. 25, d.l. 269/2003 - abusi sanabili - tipologie - nuove costruzioni commerciale e industriale - ammissibilità - non sussiste.**

L'art. 32, co. 25, del d.l. 269/2003 (nel testo risultante dalla legge di conversione n. 326/2003) dispone che "le disposizioni di cui ai capi IV e V della l. 28.2.1985, n. 47, e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dall'art. 39 della l. 23.12.2004, n. 724, e successive modificazioni e integrazioni, nonché dal presente articolo si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31.3.2003 e che non abbiano comportato ampliamento del manufatto superiore al 30 per cento della volumetria della co-



struzione originaria o, in alternativa, un ampliamento superiore a 750 metri cubi. Le suddette disposizioni trovano, altresì, applicazione alle opere abusive realizzate nei termini di cui sopra relative a nuove costruzioni residenziali non superiori a 750 metri cubi per singola richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria, a condizione che la nuova costruzione non superi complessivamente i 3.000 metri cubi". La norma, quindi, individua soltanto due tipologie di abusi condonabili: a) ampliamenti di edifici, senza differenza tra destinazione residenziale o non residenziale, ma con il limite del 30% della volumetria delle costruzioni originaria o, in alternativa, del limite massimo di 750 metri cubi); b) nuove costruzioni a uso residenziale (a condizione che la costruzione nel complesso non superi i 3.000 metri cubi e che le singole richieste di sanatoria non superino i 750 metri cubi). Il semplice tenore letterale della disposizione esclude la possibilità di configurare la sanabilità di nuove costruzioni a uso non residenziale, e l'interpretazione rigorosa delle norme sulla sanatoria è sempre stata affermata dalla C.cost., in ragione del carattere eccezionale di tali disposizioni (sentenze n. 427/1995 e 416/1995; ordinanze n. 174/2002, e n. 45/2001).

TAR Campania, Na, Sez.VIII, 3.7.2012, n.3153  
**Opere abusive - sanatoria giurisprudenziale - per sopravvenuta conformità - ammissibilità - non sussiste.**

La regola pretoria della sanatoria giurisprudenziale, in base alla quale il beneficio può essere concesso anche a seguito di conformità sopraggiunta dell'intervento divenuto permessibile al momento della proposizione della nuova istanza dell'interessato, non può trovare ingresso nel nostro ordinamento (TAR Campania, Na, VIII, 10.9.2010, n. 17398). Predicarne l'operatività, consentendo la legittimazione postuma di opere originariamente e sostanzialmente abusive, significa tradire il principio di legalità, rinveniente dagli artt. 24, 97, 101 e 113 Cost. oltre che dall'art. 1, primo comma, della L. 241/90 (secondo cui "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge") sia in quanto si svuoterebbe della sua portata precettiva, certa e vincolante la disciplina urbanistico-edilizia vigente al momento della commissione degli il-

leciti, sia in quanto, estendendosi l'ambito oggettivo di applicazione del permesso di costruire in sanatoria, se ne violerebbe la tipicità provvedimentale, ancorata dalla norma primaria che lo prevede (art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001) alle sole violazioni di ordine formale. Inoltre, si finirebbe per premiare gli autori di abusi edilizi sostanziali, a discapito di tutti coloro che abbiano correttamente eseguito attività edificatorie, nel doveroso convincimento di rispettare prescrizioni da altri, invece, impunemente violate e risulterebbe attenuata, se non addirittura neutralizzata, la forza deterrente dell'apparato sanzionatorio posto a presidio della disciplina di governo del territorio.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 2.7.2012, n.528

**Accertamento conformità - sanatoria - silenzio PA. - interesse privato - ad ottenere pronuncia espressa - sussiste.**

Il comportamento omissivo tenuto dalla PA. in ordine alla richiesta di accertamento di conformità ex art. 36 cit., pur avendo il significato legale di rigetto implicito della richiesta, non faccia venir meno l'interesse del richiedente ad ottenere dalla PA. una pronuncia espressa, recante l'esplicitazione delle ragioni del mancato rilascio del titolo abilitativo in sanatoria, né faccia venir meno l'obbligo della PA. di pronunciarsi in modo esplicito sulla domanda (cfr. T.A.R. Campania, Na, II, 5.8.2004, n. 11099). Nello stesso senso si è orientata la Sezione, la quale, pur consapevole del carattere maggioritario dell'orientamento giurisprudenziale più sopra riferito, ha ripetutamente sottolineato l'esigenza di rivederlo alla luce dei principi stabiliti dalla l. n. 241/1990 (TAR Lazio, Lt, I, 16.3.2010, n. 292; id., 6.6.2010, n. 718; id., 23.2.2011, n. 188). Si è così evidenziata la necessità di coordinare l'interpretazione dell'art. 36 cit. con il principio codificato dall'art. 2 della l. n. 241/1990, che ha imposto alla P.A. di rispondere in modo espresso e motivato sulle istanze dei privati: da un lato, infatti, la P.A. è tenuta ad un comportamento improntato ai principi di trasparenza, chiarezza e leale collaborazione con il privato; quest'ultimo, d'altro lato, ha diritto di conoscere le ragioni del rigetto della propria istanza, anche ai fini dell'esercizio della tutela giurisdizionale. Del resto, anche l'inserimento nella l. n. 241 cit. (operato

con la l. n. 15/2005) dell'art. 10-bis, che impone alla PA., nei procedimenti ad istanza di parte, di comunicare il "preavviso di rigetto", onde consentire al privato di controdedurre avendo cognizione dei motivi in base ai quali la PA. si accinge ad emettere il provvedimento definitivo, è argomento da cui si desume l'esistenza di un principio di portata generale circa l'obbligatorietà del provvedimento espresso (TAR Lazio, Lt, I, n. 292/2010, cit.).

Pertanto, l'art. 36 cit. deve interpretarsi nel senso che, pur in presenza di un meccanismo di silenzio significativo, quale quello ivi contenuto, il privato può sempre pretendere, azionando il rimedio che il legislatore ha a tal fine approntato (artt. 31 e 117 del d. lgs. n. 104/2010), che la PA. si pronunci in modo espresso sulla sua istanza (TAR Lazio, Lt, I, n. 718/2010, cit.). A tali argomentazioni il Collegio ritiene di poter in questa sede aggiungere le seguenti, ricavate da altra giurisprudenza, espressasi positivamente sull'applicabilità del rito speciale ex art. 21 bis della l. TAR (ed ora ex artt. 31 e 117 del d. lgs. n. 104/2010) alle ipotesi di silenzio significativo avente valore di diniego o rigetto (TAR Sardegna, 6.5.2003, n. 544): Un elementare principio di logica giuridica prescrive di non assoggettare le ipotesi di silenzio significativo con valore di rigetto, pur se relative a pretese maggiormente tutelate sul piano sostanziale, in virtù dell'effetto legale tipico ricollegato all'inerzia, ad un regime processuale meno efficace rispetto alle ipotesi di silenzio inadempimento, come, invece, accadrebbe se si ammettesse solo per queste ultime il rimedio del giudizio disciplinato dall'art. 21 bis della l. TAR ed ora dagli artt. 31 e 117 del d. lgs. n. 104/2010. Deve escludersi che le ipotesi di silenzio significativo - ed in specie, le ipotesi con valore legale di rigetto dell'istanza del privato - facoltizzino la PA. a rimanere inerte, dovendo essa comunque concludere il procedimento con un provvedimento esplicito: quest'ultimo, poi, non è un atto di secondo grado, rappresentando pur sempre manifestazione di quell'attività che era originariamente mancata..

TAR Lazio, Sez. I quater, 13.6.2012, n.5365

**Ingiunzione demolizione - mancata notifica a tutti i comproprietari del terreno e del fabbricato - illegittimità - insussistenza.**

### **Motivazione - in re ipsa - sufficienza.**

La mancata notifica a tutti i comproprietari non incide sulla legittimità del provvedimento impugnato; L'ordine di demolizione è atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare (CdS, IV, 1.10.2007, n. 5049; idem 10.12. 2007, n. 6344; 31.8.2010, n. 3955; sez. V, 7.9.2009, n. 5229).

TAR Lazio Lt, Sez. I, 13.6.2012, n.479

**DIA - silenzio - potere inibitorio - mancato esercizio - oltre 30 giorni - conseguenze - provvedimento tacito negativo - equiparazione - diniego poteri inibitori.**

L'Adunanza Plenaria ha recentemente spiegato che "il silenzio serbato dalla PA. nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio, comportando l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio" (CdS Ad. Plen. 29.7.2011 n. 15).

Laddove si sia formato il descritto "provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio", nel caso in cui l'Amministrazione decida di esercitare il potere sanzionatorio, deve previamente intervenire in autotutela rimuovendo il predetto provvedimento tacito di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio. Tale onere è anche spiegabile con l'esigenza di tutelare l'affidamento del soggetto che ha presentato la DIA, il quale, trascorso il termine previsto per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'Amministrazione ha la certezza che questa non può esercitare il potere sanzionatorio senza prima avere avviato - con le previste garanzie partecipative - e concluso il procedimento di secondo grado di ri-

mozione del provvedimento tacito di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.

TAR Lazio, Sez. I ter, 11.6.2012, n. 5299

**Istanza di sanatoria - vincolo - obbligo provvedere - regione - sussistenza.**

**Sanatoria postuma - ex art. 13 l. n. 47/1985 - ammissibilità.**

*L'art. 32, co.1 della l. n. 47/1985 secondo cui il rilascio del titolo abilitativi edilizio in sanatoria per opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo, obbliga la regione ad esaminare e provvedere sull'istanza del privato ex art. 32 co. 1 cit.. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'autorizzazione paesistica può essere rilasciata in via posticipata rispetto alla realizzazione dell'intervento edilizio in zona paesisticamente vincolata al fine di consentire la sanatoria ai sensi dell'art.13 della l. n. 47/1985, mediante valutazione concernente la compatibilità paesistica eseguibile anche successivamente alla realizzazione del manufatto (TAR Lazio, Lt, 28.3.2008, n. 269; TAR Puglia, Ba, II, 9.2.2011, n. 228; CdS, VI, 10.3.2004, n.1205).*

TAR Campania, Na, Sez.VIII, 6.6.2012, n.2669

**Abusi - sanzioni - fiscalizzazione - art. 34 d.P.R. 380/2001 - ambito di applicazione - parziale difformità.**

**Abusi - agibilità - procedimento - rapporto procedimento sanzionatorio - autonomia.**

**Ricorso - contro - verbale accertamento - inammissibilità.**

*La facoltà d'irrogare una sanzione pecuniaria in luogo di quella della demolizione, già prevista, dall'art. 12 della l. 47/1985 ed oggi trasfusa nell'art. 34 d.P.R. 380/2001, secondo il quale "quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla l. 27.7.1978 n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale", è prevista unicamente per*

*gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire, non nel caso quindi in esame caratterizzato, come si è visto, da difformità totale o variazioni essenziali rispetto al progetto approvato. Il procedimento volto ad attestare l'agibilità di un immobile non interferisce con l'esercizio del potere di repressione degli abusi edilizi, né il rilascio del certificato di agibilità è sintomo di contraddittorietà della sanzione irrogata. I due procedimenti hanno, difatti, un differente oggetto: se il primo è volto a sanzionare l'attività urbanistico-edilizia, laddove non sia stata realizzata in rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi, il secondo è, invece, finalizzato, unicamente, ad attestare la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati (TAR Lombardia, Mi, 17.1.2011 n. 94).*

*E' inammissibile il ricorso proposto contro il verbale di accertamento redatto dalla Polizia Municipale: difatti, trattasi di atto avente valore endoprocedimentale ed efficacia meramente dichiarativa delle operazioni effettuate dagli organi accertatori, ai quali non è attribuita la competenza all'adozione di atti di amministrazione attiva, a tal uopo occorrendo che la competente autorità amministrativa ne faccia proprio l'esito attraverso un formale atto di accertamento (TAR Campania, Na, Sez. II, 27.8.2010 n. 17245).*

TAR Abruzzo, Aq, Sez.I, 16.6.2012, n. 420

**Sanzioni edilizie - sanzione pecuniaria - in luogo demolizione - equivalenza a sanatoria - non sussiste.**

*La comminazione e il pagamento della sanzione pecuniaria, in sostituzione della demolizione, non equivalgono affatto alla "sanatoria" dell'abuso, presupponendo al contrario proprio l'impossibilità di procedere a dichiarazione, ex post, di piena conformità edilizia ed urbanistica del manufatto realizzato. D'altra parte, solo un controllo preventivo del progetto d'intervento consentirebbe l'approntamento di prescrizioni modali tali da calibrare effettivamente il futuro intervento con l'interesse pubblico concreto proprio di una data fattispecie. La sanzione*

*amministrativa pecuniaria in materia urbanistica, pur assumendo un carattere sanzionatorio, svolge in sostanza una funzione di riequilibrio patrimoniale ponendosi come strumento risarcitorio per l'abuso commesso dall'agente nei confronti della collettività (cfr. ex pluris, TAR Toscana, II, n.3984/2006); il relativo pagamento è fine a se stesso, impedisce la prosecuzione degli ulteriori atti coattivi minacciati, ma non comporta alcuna sanatoria dell'opera abusiva, e, in particolare, non consente gli ulteriori benefici consentiti dagli strumenti urbani-*

*stici per le opere regolari (e.g., aumenti di volumetria previsti in caso di ristrutturazione da strumenti urbanistici comunali, ovvero mutamento della destinazione urbanistica dell'area interessata). In mancanza di un provvedimento di "sanatoria", pertanto, il manufatto in questione non risulta in alcun modo integrato nel contesto urbanistico programmato dall'amministrazione pubblica e, per converso, e per quanto rileva nella presente sede, non occorre tenerne conto ove si disponga, in sede di pianificazione urbanistica, del suolo in questione.*

«.....GA:.....»

## - PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.6.2012, n. 3671  
**Paesaggio - valore protetto - è l'aspetto visibile del territorio - conseguenze - inapplicabilità della disciplina vincolistica agli interventi minori.**

**Paesaggio - nozione - interesse culturale - vi rientra.**

*La funzione essenziale della tutela paesaggistica è relativa all'aspetto visibile del territorio. Pertanto, anche in una prospettiva di tutela del paesaggio attenta ai valori di tipo storico, sociale ed urbanistico-territoriale di cui esso è portatore, la funzione di tutela rimane legata all'idea base del paesaggio come forma visibile del territorio, piuttosto che come dato materiale nella sua dimensione e nelle sue coordinate spaziali. Ne deriva l'esclusione della necessità dell'autorizzazione paesaggistica per gli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici. Analogamente, il divieto di sanatoria non può riferirsi ai casi in cui, per la modestia del tutto evidente delle variazioni e per gli effetti in termini di creazione di superfici o di aumento di volumi altrettanto modesti, in relazione alla tipologia di manufatto realizzato risulti ictu oculi insussistente qualsivoglia incisione sul paesaggio.*

*Il paesaggio deve essere inteso non in senso quantitativo e meccanicistico, ma in senso ideale e storico-sociale, quale elemento del*

*patrimonio culturale, in armonia con il bene culturale, quale testimone di civiltà, che è concetto giuridico ad esso equiparabile e che, infatti, è ricompreso, quanto a definizioni e disciplina, nello stesso attuale testo normativo.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.6.2012, n. 3578  
**Opere abusive in zona vincolata - sanabilità - limiti - è circoscritta agli interventi minori - casi ulteriori - obbligo di provvedimento negativo - sussiste.**

**Volume tecnico - nozione - rilevanza a fini paesaggistici - esclusione.**

*L'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, delle opere, al di fuori dai casi tassativamente previsti dall'art. 167, co. 4 e 5, d. lgs. 42/04. Ciò al fine di escludere che possa riconnettersi al fatto compiuto qualsivoglia forma di legittimazione giuridica. Ne deriva che ove le opere risultino diverse da quelle sanabili ex art. 167 cit., le autorità devono rigettare l'istanza di sanatoria, salvo che si tratti di lavori che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati.*

*La nozione di volume tecnico è inconferente sul piano della tutela dei beni paesaggistici, rilevando unicamente la percezione visiva di volumi, a prescindere dalla loro destinazione d'uso.*

TAR Lazio, Sez. II *quater*, 19.7.2012, n. 6656  
**Parere soprintendizio - ex art. 146 d.lgs. 42/04 - natura preventiva e vincolante estesa al merito amministrativo.**

*Nella procedura descritta dall'art. 146 d. lgs. 42/04 l'intervento della Soprintendenza non è più, come era in passato, finalizzato al mero controllo di legittimità dell'operato della amministrazione proposta alla tutela del vincolo (secondo il modello descritto dall'art. 159 d. lgs. cit.), in quanto il Soprintendente interviene ora direttamente nel procedimento mediante l'adozione di un parere preventivo e vincolato, con il quale può esprimere le sue valutazioni in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'opera anche estese al merito.*

TAR Lombardia, Br, Sez.I, 13.7.2012, n.1335  
**Illecito paesaggistico - abrogazione della procedura di fiscalizzazione - conseguenze - inutilizzabilità dell'istituto in via pretoria.**

*Il legislatore modificando la originaria previsione dell'art. 167 d. lgs. 42/04, ha proprio abrogato l'istituto della fiscalizzazione postuma dell'illecito paesaggistico, che consentiva all'autorità preposta alla tutela del vincolo di scegliere tra la demolizione e l'applicazione di una mera sanzione pecuniaria, con la conseguenza che non è più possibile avallare operazioni interpretative volte a reintrodurre tale istituto in via pretoria ed in mancanza di qualsiasi dato normativo a sostegno.*

TAR Lazio, Sez. II *quater*, 3.7.2012, n. 6071  
**Bene storico - mutamenti di destinazione d'uso - autorizzabilità - limiti.**

*L'autorizzazione al cambio di destinazione d'uso può essere negata quando l'intervento progettato sia incompatibile con il carattere storico artistico del bene vincolato oppure quando sia idoneo ad arrecare pregiudizio alla conservazione del bene. Ne deriva che interventi che incidano sulla conservazione e l'integrità del bene storico sono possibili, e dunque autorizzabili, esclusivamente qualora essi mirino a valorizzare o meglio utilizzare il bene protetto, anche mediante modifiche d'uso che ne salvaguardino, pur in una prospettiva di adeguamento al mutare delle esigenze, la natura e il valore", non potendo essere consentiti inter-*

*venti che mirino a "soddisfare interessi diversi che non quella natura e destinazione non hanno alcuna relazione ed anzi si caratterizzano in concreto come interessi contrapposti.*

TAR Veneto, Sez. II, 22.6.2012, n.864  
**Nulla-osta - diniego - motivazione - deve evidenziare il disvalore del progetto rispetto alle valenze paesaggistiche.**

*Il diniego di n.o. per la costruzione in area soggetta a vincolo paesaggistico non può limitare la sua valutazione al mero riferimento ad un pregiudizio ambientale, utilizzando espressioni vaghe o formule stereotipate, ma deve contenere una sufficiente esternazione delle specifiche ragioni per le quali si ritiene che un'opera non sia idonea ad inserirsi nell'ambiente, attraverso l'individuazione degli elementi di contrasto. Occorre pertanto un concreto ed analitico accertamento del disvalore delle valenze paesaggistiche.*

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 18.6.2012, n. 489  
**Vincolo idraulico - natura - assoluto e inderogabile - conseguenze - impossibilità di valutare l'incidenza idraulica delle opere.**

*Il divieto di costruzione di opere a meno di dieci metri dalla sponda del fiume, previsto dall'art. 96 lett. f), t.u. 25.7.1904, n. 523, ha carattere inderogabile in quanto diretto al fine di assicurare non solo la possibilità di sfruttamento delle acque demaniali, ma anche e soprattutto il libero deflusso delle acque scorrenti nei fiumi, torrenti, canali e scolatoi pubblici, con la conseguenza che nessuna opera costruita in violazione di tale divieto può essere sanata. Né ha incidenza sull'operatività tout court del vincolo di inedificabilità assoluta - ex lege operante -, una eventuale valutazione discrezionale dell'incidenza idraulica delle opere, non ammessa dal legislatore, con la conseguenza che l'eventuale autorizzazione all'esecuzione di opere sarebbe comunque illegittima.*

TAR Lazio, Sez. II *quater*, 15.6.2012, n.5535  
**Nulla-osta - obbligo motivazione - è particolarmente stringente in considerazione della natura altamente discrezionale del potere.**

*Il difetto di motivazione assume di per sé un particolare effetto invalidante in caso di provvedimenti relativi a beni di interesse storico-*

artistico, in quanto attinenti a valutazioni operate dall'amministrazione caratterizzate da un elevatissimo grado di soggettività ed opinabilità, tanto da rendere essenziali sia il rispetto delle garanzie procedurali (prescritte per addivenire ad una più ponderata valutazione degli aspetti rilevanti per la determinazione dell'amministrazione ed all'interessato di apportare il proprio contributo alla delicata fase valutativa in questione nonché di difendere le sue posizioni, nella naturale sede procedimentale) sia il rispetto dell'obbligo di motivazione, che risulta indispensabile per consentire al giudice di poter effettuare almeno il sindacato estrinseco sui profili di logicità e ragionevolezza.

TAR Liguria, Sez. I, 8.6.2012, n.785

**Piani territoriali paesistici - disposizioni - sono immediatamente precettive e sovraordinate a quelle degli altri strumenti urbanistici.**

**Procedimento di condono - sopravvenienza del vincolo - conseguenze - apprezzamento concreto di compatibilità - necessità.**

**Procedimento di condono - silenzio assenso - formazione - presuppone l'intervenuto rilascio del n.o. paesistico.**

*I piani territoriali paesistici sono strumenti di disciplina di uso e valorizzazione dei territori assoggettati a vincoli paesaggistici che, in*

*attuazione del principio fondamentale di cui all'art. 9 cost., prevalgono sui piani regolatori generali e sugli altri strumenti urbanistici, ai sensi dell'art. 150 co. 2, d. lgs. 490/1999 e possono certamente imporre limitazioni di carattere generale, ovvero puntuali prescrizioni, con efficacia immediatamente precettiva a carico dei proprietari, quando siano ravvisate ragioni di tutela dei valori paesaggistici, di cui i piani stessi debbono articolare la disciplina.*

*L'esistenza del vincolo va valutata al momento della domanda di condono, a prescindere dall'epoca della sua introduzione e, quindi, anche per le opere eseguite anteriormente all'apposizione del vincolo stesso, avendo cura di precisare che i vincoli di inedificabilità sopravvenuti alla realizzazione dell'intervento edilizio non operano quali fattori di preclusione assoluta al condono, ma costituiscono vincoli relativi ai sensi dell'art 32, l. 47/85, imponendo un apprezzamento concreto di compatibilità.*

*Ai sensi dell'art. 35, l. 47/85, in relazione al disposto dell'art. 32, in caso di istanza di condono edilizio per opere abusive realizzate su aree sottoposte a vincolo (nella specie, paesistico), il silenzio assenso dell'amministrazione comunale si forma con il decorso di ventiquattro mesi dall'emanazione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo stesso, soltanto se tale parere ha contenuto favorevole all'istante.*

«.....GA.....»

## - ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Corte di Cassazione, Civile, Sez. Un., 25.6.2012, n. 10502

**Parziale ablazione del fondo - autonoma risarcibilità della porzione residua - esclusione Indennità di occupazione legittima - va rapportata all'indennità di espropriazione definitiva - eccezioni.**

*Va esclusa la risarcibilità del danno alle particelle ulteriori rispetto a quelle espropriate, rese inagibili o inutilizzabili a seguito dell'opera pubblica, poiché trattasi di voce ricompresa nell'indennità di espropriazione, che per defini-*

*zione riguarda l'intera diminuzione patrimoniale subita dal soggetto passivo. Il deprezzamento, che abbiano subito le parti residue del bene espropriato, è da considerare voce ricompresa nell'indennità di espropriazione, che per definizione riguarda l'intera diminuzione patrimoniale subita dal soggetto passivo del provvedimento ablativo, ivi compresa la perdita di valore della porzione residua derivata dalla parziale ablazione del fondo.*

*La regola secondo cui l'indennità di occupazione legittima, che è pari, per ciascun anno di*



occupazione, ad un dodicesimo dell'indennità che sarebbe dovuta per l'espropriazione dell'area da occupare, va commisurata alla definitiva indennità di espropriazione effettivamente dovuta, si applica ad ogni tipo di procedura espropriativa (ivi compresa quella di cui al d.l. 75/81 conv. con mod. in l. 219/81- interventi in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del novembre 1980 e del febbraio 1981), salvo il caso di imposizione di fatto di servitù pubblica di acquedotto, a seguito di realizzazione dell'opera idraulica senza una procedura ablatoria, in cui trova applicazione analogica l'art. 1038 c.c., che distingue, ai fini della determinazione dell'indennità, tra le parti fisicamente occupate dall'opera idraulica e quelle costituenti le cosiddette fasce di rispetto necessarie per lo spurgo e per la manutenzione delle condotte, stabilendo che per le prime sia corrisposto al proprietario l'intero valore e per le altre soltanto la metà di tale valore.

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20.7.2012, n. 28  
**PEEP - controversie in executivis - giurisdizione - è del g.a..**

**PEEP - scadenza del termine di efficacia - conseguenze - obbligazioni assunte dai soggetti attuatori - restano valide ed efficaci.**

Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia concernente l'osservanza degli obblighi assunti dal privato nei confronti dell'ente locale, in connessione con l'assegnazione di aree comprese in un piano di zona, volti alla realizzazione di opere di urbanizzazione ed alla cessione gratuita all'ente delle aree stradali e dei servizi. In tale ambito è esperibile dinanzi a detto giudice l'azione di cui all'art. 2932 c.c..

La perdita di efficacia di un piano di zona per l'edilizia economica e popolare, quale piano urbanistico attuativo, comporta che lo stesso non può più essere portato ad esecuzione per la parte in cui è rimasto inattuato, non potendosi pertanto più eseguirsi gli espropri, preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche e delle opere di urbanizzazione primaria, né potendosi procedere all'edificazione residenziale, fermo restando invece che devono continuare ad osservarsi le prescrizioni previste dallo stesso, destinate ad essere applicate a tempo indeterminato anche in presenza di un piano

urbanistico generale. Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano di zona si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi di edilizia economica e popolare, che solo mediamente trovano fonte nel piano urbanistico attuativo (nel caso di specie, piano di zona), radicandosi piuttosto nelle convenzioni urbanistiche, disciplinate dall'art. 11, l. 167/1962, come mod. dalla l. 865/1971, ovvero negli atti d'obbligo accessivi al provvedimento di assegnazione, come nel caso di specie, del tutto svincolati dalla efficacia del piano stesso.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.6.2012 n. 3365  
**Vincoli - reiterazione - motivazione - obbligo - spessore.**

**Vincoli - decadenza - conseguenze - obbligo di rideterminazione urbanistica - sussiste - obbligo di conferire all'area una vocazione edificatoria - non sussiste.**

Per lungo tempo la tradizionale opzione ermeneutica della giurisprudenza amministrativa è stata stabilmente orientata nell'affermare che la motivazione sottesa alla reiterazione potesse anche consistere in generiche considerazioni omnicomprendenti dell'intero territorio comunale, soprattutto allorché venissero reiterati i vincoli afferenti l'intero territorio comunale. Più di recente, tuttavia, anche a seguito del decisivo impulso fornito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale si è assistito ad una decisa correzione di rotta che ha indotto la giurisprudenza ad affermare che la legittimità della reiterazione non può prescindere, per un verso, dall'accantonamento delle somme necessarie per il pagamento dell'indennità di espropriazione; e, per altro verso, che la reiterazione dei vincoli urbanistici scaduti non può disporsi senza svolgere una specifica indagine concreta relativa alle singole aree finalizzata a modulare e considerare le differenti esigenze, pubbliche e private, al fine di accertare che l'interesse pubblico sia ancora attuale e non possa essere soddisfatto con soluzioni alternative e che siano state assunte o di prossima attuazione le concrete iniziative per soddisfarlo. In definitiva per conferire alla

valutazione di imposizione di vincoli scaduti ed alla conseguente motivazione un grado di concretezza sufficiente occorre che si proceda secondo uno schema logico "minimo" composto essenzialmente: a) dalla ricognizione del perdurante bisogno di realizzare un certo assetto urbanistico di interesse della collettività e della portata, dimensione e priorità di tale interesse in relazione alla situazione attuale ed alle risorse disponibili; b) dall'accertamento che la realizzazione di tale assetto possa implicare il coinvolgimento necessario ed attuale dell'are di proprietà privata già oggetto di vincolo; c) dalla dimostrazione che eventuali soluzioni alternative siano impraticabili o eccessivamente onerose in base a criteri oggettivi di comparazione che tengano, però, anche conto del necessario bilanciamento tra costo dell'intervento pubblico e sacrificio imposto al privato: ciò in guisa che la minimizzazione di quest'ultimo può rendere praticabili anche soluzioni in sé più "costose", entro limiti di ragionevolezza obiettiva emergenti dalla considerazione della priorità e delle dimensioni dell'intervento nonché delle risorse disponibili.

L'obbligo di provvedere alla rideterminazione urbanistica di un'area, in relazione alla quale sono decaduti i vincoli espropriativi precedentemente in vigore, non comporta che essa riceva una destinazione urbanistica edificatoria o nel senso voluto dal privato, essendo in ogni caso rimessa al potere discrezionale dell'amministrazione comunale la verifica e la scelta della destinazione che, in coerenza con la più generale disciplina urbanistica del territorio, risulti più idonea e più adeguata in relazione all'interesse pubblico al corretto e armonico utilizzo del territorio, potendo anche ammettersi la reiterazione degli stessi vincoli scaduti, sebbene nei limiti di una congrua e specifica motivazione sulla perdurante attualità della previsione, comparata con gli interessi privati.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 12.7.2012, n. 1242

**Illegittima trasformazione del bene - conseguenze - domanda di condanna della PA. ex art 42 bis TU espr - inammissibilità.**

È inammissibile la domanda del privato volta all'ottenimento di una sentenza di condanna

dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento ex art. 42 bis, d.lg. 327/01, per l'impossibilità di ordinare un facere alla pubblica amministrazione, che postula una scelta da compiersi previa valutazione dei contrapposti interessi.

TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 5.7.2012, n. 1402

**Occupazione d'urgenza - protratta per un ventennio - effetti - usucapione - esclusione.**

I provvedimenti di occupazione di urgenza comportano la mera detenzione della cosa altrui, vuoi perché sono per legge finalizzati ad una apprensione del bene soltanto temporanea, in vista della futura emanazione del decreto di esproprio, vuoi - soprattutto - perché implicano il riconoscimento della proprietà altrui (*contemplatio domini*), prevedendo la corresponsione di una apposita indennità di occupazione ai proprietari iscritti negli atti catastali, notificatari - proprio in quanto tali - del decreto, cosicché in tal caso l'amministrazione occupante non ha l'*animus possidendi* che vale ai fini dell'*usucapione*.

TAR Campania, Na, Sez. V, 20.6.2012, n. 2897

**Occupazione usurpativa - giurisdizione - è del g.o..**

**Occupazione acquisitiva - costituisce illecito permanente - conseguenze - imprescrittibilità.**

**DPU - C.A.P. - obbligo - sussiste.**

Nella materia dei procedimenti di espropriazione per p.u., ad eccezione delle ipotesi in cui manchi del tutto una dichiarazione di p.u. dell'opera e l'amministrazione espropriante abbia agito nell'assoluto difetto di una potestà ablativa come mancanza di qualunque *facultas agendi* vincolata o discrezionale di elidere o comprimere detto diritto - devolute come tali alla giurisdizione ordinaria - sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione - anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo e formale atto traslativo della proprietà ovvero sia caratterizzato dalla pre-



senza di atti poi dichiarati illegittimi, purché vi sia un collegamento all'esercizio della pubblica funzione.

Il comportamento tenuto dalla amministrazione, la quale abbia emanato una valida dichiarazione di pubblica utilità ed un legittimo decreto di occupazione d'urgenza senza tuttavia emanare il provvedimento definitivo di esproprio nei termini previsti dalla legge, deve essere qualificato come "illecito permanente", nella cui vigenza non decorre la prescrizione.

La C.A.P. deve precedere la delibera di dichiarazione di p.u. e di localizzazione dell'opera, anche nelle ipotesi in cui la stessa sia "implicita", ovvero insita nell'approvazione del progetto dell'opera pubblica. La progettazione definitiva ed esecutiva dell'opera pubblica e con essa la relativa localizzazione sono infatti oggetto di potere amministrativo nell'ambito del quale il contraddittorio con gli interessati può apportare elementi di valutazione non marginali ai fini della proporzionalità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 19.6.2012, n. 1713

**Disciplina PEEP - incostituzionalità - esclusione.**

**PEEP - proroga - motivazione - deve avere a riguardo le esigenze pubbliche originariamente perseguite.**

È costituzionalmente legittima la previsione di aree p.e.e.p., dovendosi escludere che esse comportino un eccesso nell'uso dello strumento autoritativo dell'espropriazione nei confronti dei privati proprietari, essendo non irragionevole la formazione di un patrimonio comunale indisponibile di aree edificabili quale strumento principale per perseguire l'interesse generale della costruzione di alloggi di edilizia economica e popolare nel quadro di un ordinato sviluppo edilizio ed urbanistico del territorio. Sono invero ancora sussistenti i motivi di interesse generale sottesi alla normativa di che trattasi, ed essenzialmente individuabili nel soddisfacimento, per le categorie meno abbienti, della primaria

necessità dell'abitazione, attraverso un nuovo regime dei suoli edificatori, sia pure limitato a parte del territorio urbano, che garantisca il loro controllo, attribuendo al Comune il potere-dovere di acquisire le aree, mediante la procedura coattiva, ad un prezzo equo ed in modo contestuale, così da permettere l'attuazione organica e programmata del piano, senza ritardi e discrasie.

L'idoneità delle giustificazioni sottese alla proroga dei p.e.e.p. di cui alla l. n. 167/1962 va valutata in relazione all'esistenza di esigenze pubbliche, atte a legittimare la protrazione del vincolo, e non alle cause che non ne hanno consentito la realizzazione, con la conseguenza che la legittimità della proroga non deve essere esclusivamente connessa al caso di forza maggiore, o a un fatto indipendente dalla volontà dell'amministrazione, ma può essere funzionale al raggiungimento degli effetti giuridici perseguiti dall'amministrazione.

TAR Lazio, Lt., Sez. I, 15.6.2012, n. 483

**Occupazione usurpativa - giurisdizione - è del g.o..**

Per giurisprudenza consolidata rientrano nella g.o. le questioni in materia di occupazione usurpativa, ovvero le controversie per le quali il presupposto per la richiesta di risarcimento del danno deriva non già da un atto, ma da un comportamento.

TAR Lazio, Sez. I, 14.6.2012, n. 5467

**DPU. - implicita - obbligo di notifica al privato - sussiste.**

L'approvazione del progetto di un'opera pubblica, quando comporti la dichiarazione della pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza della stessa, è atto che deve essere notificato al privato, proprietario del terreno, in quanto impositivo di vincolo specifico preordinato all'espropriazione e produttivo di effetti giuridici lesivi immediati e diretti nei confronti del destinatario individuato, così che il decorso del termine per l'impugnazione trova il suo para-metro temporale di riferimento nella data della sua notificazione o della sua piena conoscenza.

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.6.2012, n. 3818  
**Rifiuti - localizzazione impianto - zona industriale - non costituisce motivo diniego.**

*Il fatto che l'area su cui è stata prevista la realizzazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti non sia urbanisticamente classificata quale zona industriale non costituisce motivo ostativo al rilascio dell'approvazione, né impone al soggetto richiedente di provare l'impossibilità di collocare l'impianto da realizzare in zona industriale, spettando piuttosto all'amministrazione il potere/dovere di verificare comunque la compatibilità del sito prescelto con l'impianto da realizzare.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 31.5.2012, n. 3254  
**VIA - contemperamento utilità e vulnus - mancanza di proporzionalità - bocciatura - legittimità.**

*Alla stregua dei principi comunitari e nazionali, oltre che delle sue stesse peculiari finalità, la valutazione di impatto ambientale non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa la astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio-economica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa c.d. opzione-zero; in particolare, sul versante tecnico ed anche amministrativo, rende allora fisiologico ed obbediente alla ratio che si pervenga ad una soluzione negativa ove l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso sotteso all'iniziativa; da qui la possibilità di bocciare progetti che arrechino vulnus non giustificato da esigenze produttive, ma suscettibile di venir meno, per il tramite di soluzioni meno impattanti in conformità al criterio dello sviluppo sostenibile e alla logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività che deve governare il bilanciamento di istanze antagoniste.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.4.2012, n. 2460  
**Discarica - impugnazione - legittimazione - prova del danno - necessità.**

*La mera vicinanza di un'abitazione ad una discarica non legittima, pertanto, il proprietario frontista ad insorgere avverso il provvedimento di approvazione dell'opera (cfr. V, 16.4.2003, n. 1948), essendo al riguardo necessaria la prova del danno che da questa egli riceva nella sua sfera giuridica, o per il fatto che la localizzazione dell'impianto riduce il valore economico del fondo situato nelle sue vicinanze, o perché le prescrizioni dettate dall'autorità competente in ordine alle modalità di gestione dell'impianto sono inadeguate a salvaguardare la salute di chi vive nelle sue vicinanze, o, infine, per il significativo incremento del traffico veicolare, potenzialmente idoneo ad incidere in senso pregiudizievole sui terreni limitrofi (su quest'ultimo profilo cfr. V, 16.6.2009 n. 3849). Da ciò la conferma che il mero collegamento di un fondo con il territorio sul quale è localizzata una discarica non è da solo sufficiente a legittimare il suo proprietario a provocare uti singulus il sindacato di legittimità su qualsiasi provvedimento amministrativo preordinato alla tutela di interessi generali che nel territorio trovano la loro esplicazione.*

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 5.7.2012, n. 714  
**Ordinanze contingibili ed urgenti - strumento "extra ordinem" - ordinanza rimozione rifiuti area interessata da deposito abusivo - competenza dirigente.**

*Il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti è atipico e residuale e, cioè, esercitabile, sussistendone i presupposti, tutte le volte in cui non sia conferito dalla legge il potere di emanare atti tipici, in presenza di presupposti indicati da specifiche normative di settore. Infatti, l'urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in ordine a situazioni eccezionali di pericolo attuale ed imminente per l'incolumità pubblica, impone al*



*sindaco di dare adeguata contezza delle ragioni che lo hanno spinto ad usare tale strumento "extra ordinem", la cui "ratio" non consiste tanto nell'imprevedibilità dell'evento, quanto nell'impossibilità di utilizzare tempestivamente i rimedi normali offerti dall'ordinamento.*

*Ai sensi dell'art. 14, d. lgs. n. 22 del 1997, la competenza ad emettere l'ordinanza di rimozione dei rifiuti in un'area interessata da deposito abusivo spetta al dirigente dell'ufficio tecnico comunale e non al sindaco, dovendosi tenere in considerazione quanto previsto dal sopravvenuto art. 107 co. 5, TUEL, secondo cui le disposizioni che conferiscono agli organi di governo del comune e della provincia "l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti.*

TAR Marche, Sez. I, 22.6.2012, n. 450

**Bonifica - iter procedimentale - stallo - mancanza di conclusione fase propedeutica.**

*Il procedimento di bonifica (disciplinato dall'art. 242 d. lgs. 152/2006) si svolge attraverso un complesso iter procedimentale caratterizzato da fasi ben definite e collocate in sequenza propedeutica l'una (quella precedente) rispetto all'altra (quella successiva). In particolare alle misure di prevenzione e di messa in sicurezza di emergenza segue l'elaborazione e l'approvazione del piano di caratterizzazione nonché l'avvio della procedura di analisi del rischio. All'esito di tali adempimenti viene redatto e approvato il progetto operativo degli interventi di bonifica o di messa in sicurezza, operativa o permanente, e, ove necessario, delle ulteriori misure di riparazione e di ripristino ambientale. All'approvazione del progetto segue, infine, la relativa fase esecutiva. Risulta quindi evidente che il procedimento entra in stallo se non viene conclusa una fase dello stesso propedeutica all'avvio della fase successiva.*

TAR Veneto, Sez. III, 15.6.2012, n. 845

**Classificazione acustica - contemperamento - salute - iniziativa economica.**

*L'attribuzione in concreto di una classe acustica in sede di pianificazione è connotata da margini di apprezzamento discrezionale che,*

*seppure ancorati all'accertamento di specifici presupposti di fatto, devono ricondurre a sintesi interessi tra loro confliggenti, quali la tutela della salute e la salvaguardia della libertà di iniziativa economica.*

TAR Veneto, Sez. III, 15.6.2012, n. 841

**Classificazione acustica - coordinamento - pianificazione urbanistica.**

*La classificazione acustica del territorio deve coordinarsi e non sovrapporsi meccanicamente alla pianificazione urbanistica, perché, pur caratterizzandosi per la tendenziale omogeneità con la zonizzazione degli strumenti urbanistici che costituisce l'imprescindibile punto di partenza per la classificazione del territorio, deve al contempo scontare una corrispondenza che non è perfettamente biunivoca, atteso che "esiste un naturale scollamento fra le due tipologie di pianificazione, poiché lo strumento urbanistico disciplina l'assetto del territorio ai fini prettamente urbanistici ed edilizi, individuando le zone omogenee con criteri quantitativi, mentre la classificazione acustica ha riguardo all'effettiva fruibilità dei luoghi, valendosi di indici qualitativi".*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 24.4.2012, n. 1218

**VAS - autorità competente e procedente - organi o uffici della stessa amministrazione con autonomia - legittimità.**

*È escluso che l'Autorità competente e quella procedente in materia di VAS debbano costituire separate amministrazioni, ben potendo essere individuate in organi o uffici della stessa amministrazione, pur necessitando un rapporto di separazione e di autonomia fra le medesime. La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza del 20.10.2011, causa C-474/10 ha richiesto una "separazione funzionale" fra le due autorità, in modo che l'autorità competente dia vita ad una entità amministrativa dotata di autonomia reale, che possa fornire in maniera oggettiva il proprio parere.*

TAR Campania, Na, Sez. V, 13.2.2012, n. 748

**Abbandono rifiuti - culpa in omittendo - esclusa - chiusa con adeguata recinzione.**

*Riguardo all'abbandono di rifiuti, quanto ad una presunta culpa in omittendo per pacifica*

giurisprudenza il dovere di diligenza che fa capo al titolare del fondo non può spingersi sino al punto di richiedere una costante vigilanza, da esercitarsi giorno e notte, per impedire ad estranei di invadere l'area e di abbandonarvi rifiuti; la richiesta di un impegno di tale entità travalicherebbe oltremodo gli ordinari canoni della diligenza media e (e del buon padre di famiglia) che è alla base della nozione di colpa, quando questa è indicata in modo generico, come nella specie, senza ulteriori specificazioni; impegno di tale portata per la mera qualità di proprietaria/custode che, nel caso della Provincia, è concretamente

inesigibile, in quanto riconducibile ad una responsabilità oggettiva che, però, esula anche dal dovere di custodia di cui all'art. 2051 c.c. la quale consente sempre la prova liberatoria in presenza di caso fortuito (da intendersi in senso ampio, comprensiva anche del fatto del terzo e della colpa esclusiva del danneggiato). Alcuni addebito può essere ascritto alla Provincia che, in relazione alla limitata area di sua proprietà, risulta averla chiusa con adeguata recinzione, avendo in tal guisa adottati tutti quegli accorgimenti e quelle cautele esigibili eiusdem professioni et condicionis, che ne escludono ex se la colpevolezza.

«.....GA:.....»

## - OSSERVATORIO PENALE -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 7.9.2012 n. 34251

### **Lottizzazione abusiva - mista - integrazione - fattispecie.**

*Costituisce reato di lottizzazione abusiva mista il trasferimento di un terreno agricolo sulla base di quote societarie che conferiscono al suolo un assetto proprietario frazionato in lotti, ove risulti, in modo inequivoco, la destinazione dei lotti a scopo edificatorio, mediante la realizzazione di impianti di interesse collettivo o privato.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 31.8.2012, n. 33544

### **Intervento sine titolo - immobile abusivo - manutenzione - inconfigurabilità.**

*Gli interventi eseguiti su un immobile abusivo non possono mai considerarsi di manutenzione o di ristrutturazione, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'integrazione di un nuovo reato edilizio.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 31.8.2012, n. 33544

### **Precarietà - carattere stagionale opera - caratteristiche costruttive e tipologiche - insufficienza.**

*La natura precaria dell'opera non è esclusa dal carattere stagionale della stessa, né le caratteristiche costruttive o il materiale utilizzato per l'agevole rimovibilità*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 29.8.2012, n. 33355

### **DIA - termine esercizio potere di controllo - inutile decorrenza - conseguenze - non esaurisce il potere repressivo.**

*In materia edilizia, la inutile scadenza del termine di legge per contestare all'interessato la carenza dei presupposti e requisiti per seguire la disciplina procedimentale della d.i.a. non pregiudica il potere-dovere dell'ente locale e dell'autorità giudiziaria di intervenire sul piano sanzionatorio, laddove l'intervento risulti in realtà sottoposto a permesso di costruire.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 13.7.2012, n. 28135

### **Reati paesaggistici - vincolo - valutazione - legge regionale - è rilevante.**

*Al fine della integrazione del reato di cui all'art. 181 d. lgs. 42/04, spetta alla Regione (nella specie a statuto speciale) l'individuazione della nozione di "bosco" rilevante per la valutazione dell'esistenza del vincolo.*

«.....GA:.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### **DOMANDA**

*Impianto di termovalorizzazione di Acerra. Problematiche connesse al trasferimento della proprietà ed alla determinazione del “valore proprietario” dell’impianti. (Parere prot. 364831 del 17.11.2011, AL 42308/11, Avv. Aldo Linguiti.)*

### **RISPOSTA**

*Con la nota in riscontro codesta Amministrazione ha chiesto il parere della Scrivente in ordine ai seguenti temi:*

*A) fondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate dal TAR Lazio con ordinanza n. 1992/2010 circa gli art. 6 e 7, co. 1, 2 e 3 del d.l. 30.12.2009 n. 195 convertito, con modificazioni, dalla l. 26.2.2010 n. 26, in base ai quali il valore, ai fini del trasferimento di proprietà, dell’impianto termovalorizzatore di Acerra è fissato in 355 milioni di euro (art. 6), il trasferimento dovrà avvenire in favore della Regione Campania, ovvero alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Protezione Civile - o a soggetto privato (art. 7, co. 1), con risorse da individuare (art. 7, co. 2), previa detrazione del canone di affitto ricavato nei 12 mesi antecedenti il trasferimento, delle somme anticipate ai creditori vari del soggetto realizzatore dell’impianto (Soc. A.), delle somme anticipate per interventi funzionali all’esercizio dell’impianto sino al trasferimento della proprietà (art. 7, co. 3);- dal CdS, IV con ord. n. 5117/2011 circa l’art. 7, coo. 4, 5 e 6 del d.l. 30.12.2009 n. 195 convertito, con modificazioni, dalla l. 26.2.2010 n. 26, in base ai quali nelle more*

*del trasferimento della proprietà codesta amministrazione mantiene la piena disponibilità, utilizzazione e godimento dell’impianto ed è autorizzata a stipulare un contratto per l’affitto dell’impianto stesso, per una durata fino a 15 anni, contro prestazione di fidejussione da parte del proprietario dell’impianto a garanzia del debito dell’affittante verso codesta amministrazione per la somma anticipata da codesta amministrazione al proprietario per pagamento di debiti verso creditori del realizzatore dell’impianto o per interventi funzionali all’esercizio dell’impianto (art. 7, co. 4), a codesta Amministrazione spettano i ricavi derivanti dalla vendita dell’energia elettrica prodotta dall’impianto facendosi altresì salvi i rapporti negoziali conclusi tra codesta amministrazione ed il soggetto aggiudicatario della gestione dell’impianto (Soc. B) (art. 7, co. 5), il canone di affitto dell’impianto è fissato in euro 2.500.000,00 mensili stabilendosi che il contratto di affitto si risolve automaticamente col trasferimento della proprietà dell’impianto (art. 7, co. 6).*

*B) Conseguenze di carattere indennitario e risarcitorio derivanti dalla eventuale pronunzia di illegittimità costituzionale delle norme di cui al punto A che precede.*

*C) Conseguenze derivanti in termini di arricchimento dall’utilizzo di un bene altrui senza corresponsione di alcuna forma di ristoro.*

*D) Legittimità del riconoscimento in sede transattiva di importi ulteriori rispetto a quello di 355 milioni di euro fissato dall’art. 6 del d.l. n. 195/2009 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 26/2010, a titolo di rivalu-*

tazione all'attualità dell'indicato importo di 355 milioni di euro e di quanto ricavato per cessione di energia elettrica prodotta dall'impianto dal 2009 al 2011, con detrazione degli oneri affrontati da codesta amministrazione per interventi di manutenzione straordinaria, pagamenti di portata debitoria ex art. 12 d.l. 90/2008 e art. 10 d.l. 272/2008 legati tanto alla costruzione dell'impianto realizzato dalla Soc. A., quanto agli oneri di affidamento curati dalla Soc. A. fino al 18.6.2008. Dalla nota in riscontro risulta che, senza aver fatto luogo al trasferimento di proprietà dell'impianto (rimasto quindi in capo alla realizzatrice Soc. A.), a seguito di apposita gara, l'attività di gestione dell'impianto è stata affidata da codesta Amministrazione alla Soc. B., per il periodo 2009-2011, stabilendosi convenzionalmente che gli oneri di gestione avrebbero trovato copertura nella quota del 49,9% degli introiti ricavati dalla cessione al Gestore Servizi Energetici (G.S.E.) di energia prodotta dall'impianto, mentre il residuo 50,1% sarebbe spettato a codesta amministrazione. Il tutto in conformità a quanto previsto dagli artt. 25 e 27 del d. lgs. n. 163/2006 per quanto attiene all'affidamento della gestione e ad apposita convenzione conclusa tra codesta Amministrazione e la G.S.E. per quanto attiene la cessione dell'energia prodotta dall'impianto ed il riparto degli introiti ricavate. Risulta altresì da detta nota che non è stato concluso il contratto di affitto dell'impianto (né, conseguentemente, la prestazione di fideiussione da parte del proprietario dell'impianto stesso previsto dall'art. 7, co. 4 d.l. n. 195/2009 convertito con l. n. 20/2010) a causa dell'opposizione della Soc. A. ad accettare le onerose condizioni di cui al ricordato art. 7, co. 4, rimesso al vaglio della Corte Costituzionale con l'ordinanza del CdS n. 5117/2011.

Con riguardo alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Lazio con ord. n. 1992/2010 Ritiene la Scrivente che la norma di cui all'art. 6 d.l. 195/2009 integri gli estremi della norma-provvedimento, suscettibile di vaglio di legittimità costituzionale (v. Corte cost. 62/93, 63/95). Sul merito ha ritenuto il TAR Lazio che tale norma, in quanto configurante sostanzialmente una espropria-

zione la cui determinazione autoritativa dell'indennità in misura (355 milioni di euro quale controvalore dell'impianto completo e funzionante) rapportata non al valore di mercato del bene al momento del trasferimento della proprietà (che peraltro era previsto dover intervenire tra l'inizio del 2010 ed il 31.12.2011) ma al valore del bene nel periodo 2005 - 2006 possa integrare violazione del dettato dell'art. 117 Cost. perché non rispettosa del principio, dettato dall'art. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, di giusto equilibrio tra il diritto del privato al rispetto dei propri beni e l'obiettivo dello Stato di realizzare fini di utilità sociale. Ha infatti ritenuto il TAR che l'indennità sia stata fissata in misura inferiore al valore venale del bene e che tale ridotta misura, trattandosi di espropriazione isolata non sia riconducibile alla realizzazione di obiettivi di riforma economico-sociale o di mutamento del contesto politico istituzionale, che, nella interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sarebbe l'unica ipotesi idonea a consentire indennità inferiori al valore di mercato del bene espropriando.

Ritiene la Scrivente, in primo luogo che la determinazione della indennità di 355 milioni di euro non è esplicitamente riduttiva rispetto al valore di mercato del bene, giacché tale ipotesi è frutto solo della valutazione del TAR che ha ritenuto incongruo il valore rispetto ad un valore di mercato (che la norma neppure indica) per il solo fatto che è stato ancorato ad una valutazione ENEA del 2006, sicché la norma potrebbe sotto tale profilo non essere ritenuta illegittima.

In secondo luogo, non sembra da trascurare, quand'anche si possa ritenere la indennità in questione riduttiva rispetto al valore di mercato, che dovrebbe verificarsi se il principio indicato nelle decisioni della CEDU con riguardo alla possibile riduzione della tutela della proprietà privata di cui all'art. 1 della Convenzione non debba allargarsi a comprendere altre ipotesi di riduzione delle indennità di esproprio rispetto al valore di mercato in forza della necessaria considerazione di prevalenza o equiordinazione di esigenze di tutela di beni costituzionalmente protetti che la norma sottoposta al vaglio di legittimità ha tenuto presenti nel caso specifi-



*camente disciplinato. Al riguardo ritiene la Scrivente che la prolungata emergenza rifiuti in Campania ha posto capo ad una situazione igienico-sanitaria ed ambientale con notori riflessi sull'ordine pubblico che ha portato alla adozione delle iniziative di impulso di codesta amministrazione (d.l. 90/2008 e d.l. 195/2009 - artt. 2, 3, 4 e 5) volte alla soluzione del problema concretatesi nella realizzazione del termovalorizzatore di Acerra, nella partecipazione di codesta amministrazione agli oneri di suo completamento, nella sollecita sua messa in funzione e nella adozione anche dei provvedimenti normativi di trasferimento (artt. 6 e 7, coo. 1, 2 e 3) oggetto della questione di costituzionalità sopra descritta. Gi interessi pubblici ispiratori di tali provvedimenti (tutela della salute pubblica, tutela dell'ordine pubblico) di sicuro interesse nazionale appaiono di tale rilevante gravità e valore costituzionale da poter giustificare anche l'eventuale riduzione dell'indennizzo espropriativo che venisse ravvisato nell'art. 6 del d.l. 195/2009, realizzando così un equo temperamento con la tutela della proprietà privata. Tale tesi (che potrebbe riconoscersi anche nelle pronunzie che hanno più volte sollecitato la soluzione del grave problema igienico ambientale creato dalla emergenza rifiuti in Campania - Sent. Corte Giustizia n. 297/08 -) potrebbe consentire ragionevolmente di contestare l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 che ha fissato in 355 milioni di euro il valore dell'impianto completo e funzionale ai fini del trasferimento della sua proprietà, da realizzarsi tra il 2010 ed il 31.12.2011. Del pari non sembrano insuperabili le censure di illegittimità legate alla incertezza del destinatario del trasferimento (trattandosi di una incertezza temporanea e relativa - Stato o Regione Campania o altro soggetto privato - che non incide sul diritto del proprietario ad ottenere il giusto ristoro) o alla individuazione delle risorse occorrenti per l'erogazione dell'indennizzo (trattandosi di problema contabile di allocazione della spesa che il legislatore art. 7, co. 2 - ha previsto debba comunque intervenire entro il 31.12.2011 con apposito provvedimento normativo, che non sembra incidere sul diritto del proprietario ad ottenere il giusto ristoro). In conseguenza, pertanto, l'esborso per il*

*trasferimento della proprietà dell'impianto potrebbe essere limitato alla disposta misura di euro 355 milioni, con esclusione del riconoscimento di ogni ulteriore importo, sempreché ciò intervenga entro il 31.12.2011, apparendo legato al rispetto di tale data il limite dei 355 milioni di euro di corrispettivo indennitario. Ovviamente da tale importo andranno detratti gli importi anticipati da codesta Amministrazione per soddisfare i creditori vari del soggetto realizzatore dell'impianto e per interventi funzionali all'esercizio dell'impianto sino al trasferimento della proprietà come previsto dall'art. 7, co. 3; mentre nessuna somma potrà essere detratta per i canoni di un affitto previsto sempre dall'art. 7, co. 3, ma di fatto non intervenuto. Con riguardo alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal CdS con ordinanza n. 5117/2011. Ritiene la Scrivente che, ferma la ammissibilità del vaglio della Corte Costituzionale anche sulle disposizioni provvedimento di cui all'art. 7, coo. 4, 5 e 6 del d.l. 195/2009, effettivamente con tali disposizioni si realizza l'integrale ed immediata sottrazione della disponibilità dell'impianto in favore di codesta amministrazione in danno del proprietario, senza il contestuale riconoscimento di alcun compenso (tale non potendosi considerare l'ipotetico ricavo dell'affitto dell'impianto peraltro, a tutt'oggi, non intervenuto), mentre per contro codesta amministrazione si assicura la spettanza (art. 7, co. 5) dei ricavi derivanti dalla vendita dell'energia elettrica prodotta dall'impianto (ricavi che con apposita convenzione sono stati ripartiti tra codesta amministrazione - 50,1% - e l'affidataria Soc. B. della gestione dell'impianto - 49,9%). Sembra pertanto che la questione al riguardo sollevata dal CdS sia destinata ad accoglimento da parte della Corte Costituzionale. Nelle considerazioni che precedono trovano risposta i quesiti sopra riportati sotto le lettere A, B, C, D, del presente parere: risposte che qui si sintetizzano. Per il trasferimento della proprietà dell'impianto completo e funzionale potrebbe limitarsi il riconoscimento alla somma di euro 355 milioni, depurata degli oneri affrontati da codesta amministrazione per pagamenti ai creditori del realizzatore e per interventi funzionali all'esercizio dell'impianto fino al suo trasferimento, la cui*

entità codesta amministrazione già conosce, come risulta dalla nota in riscontro.

Per la utilizzazione dell'impianto dall'anno dell'avvio del suo esercizio al suo trasferimento, occorrerà procedere al riconoscimento di tutto quanto ricavato dalla vendita di energia elettrica prodotta dall'impianto, depurato delle spese di gestione dell'impianto stesso, atteso che anche il proprietario non avrebbe potuto non affrontare tali spese. Tanto l'importo del ricavato, quanto l'importo delle spese di gestione da detrarre dal primo potranno avere quali parametri di riferimento i ricavi delle vendite di energia elettrica ottenuti dalla Soc. B. nei confronti della acquirente G.S.E. e le spese di gestione. Sulle basi sopra prospettate, può, ad avviso della Scrivente, pervenirsi ad una composizione transattiva della vicenda, da concludere entro la data del 31.12.2011. Il presente parere è stato sottoposto al Comitato Consultivo che lo ha approvato nella seduta del 16.11.2011.

«.....GA.....»

#### **DOMANDA**

Dismissione Beni del Ministero della Difesa già appartenenti al Demanio militare – l. 23.12.1996 n. 662, art. 3, co. 112. Applicabilità della prelazione a favore di conduttore del fondo avente destinazione agricola (art. 3, co. 99 bis l. n. 662/96) – (parere prot. 13925/06, Avvocato M. Salvatorelli).

#### **RISPOSTA**

«1.- Con nota del 23.3.2006, prot. n. M\_D/GGEN/02/417602/2000/G.43.96, il Ministero della Difesa, Direzione Generale dei Lavori e del Demanio, ha chiesto alla Scrivente di fornire indicazioni in merito alla sussistenza del diritto di prelazione in capo al concessionario di un fondo agricolo appartenente al demanio militare ed oggetto di dismissione ai sensi dell'art. 3, co. 112, della l. 23.12.1996, n. 662. Codesta amministrazione fa presente che sulla predetta questione si è già pronunciata l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce che, con nota del 22.11.2005, cons. n. 5656/05 SL, ha ritenuto sussistente il diritto di prelazione del concessionario del fondo agricolo, richiamando la disposizione del co. 99 bis del medesimo art.

3 della l. 662/96, e precisando che, in difetto di una specifica disciplina circa le modalità di esercizio della prelazione, la stessa debba essere esercitata secondo quanto previsto in via generale dall'art. 8 della l. 26.5.1965, n. 590. La vicenda da cui ha origine la questione sottoposta alla Scrivente ha ad oggetto il fondo (...), appartenente al patrimonio del Ministero della Difesa ed inserito nei programmi di dismissione del demanio militare predisposti ai sensi del citato co. 112, art. 3, della l. n. 662/96. Il predetto fondo è stato successivamente concesso in uso agricolo alla Sig.ra M., a decorrere dal novembre del 1999 e per la durata di sei anni; in seguito, nel corso del 2002, il Ministero della Difesa ha bandito una gara, posta in essere dalla CONSAP s.p.a., per l'aggiudicazione dell'immobile in argomento, all'esito della quale è stato stipulato, senza preventiva notifica della proposta di alienazione alla concessionaria del fondo, un contratto preliminare di compravendita tra il Ministero stesso e l'Associazione (...).

2.- La soluzione della questione rappresentata dal Ministero della Difesa richiede, preliminarmente, un'attenta analisi della disposizione recata dal co. 112 dell'art. 3 della l. n. 662/96, al fine di delimitarne la portata applicativa rispetto alle previsioni dei co. 99 e 99 bis del medesimo articolo. 2.1.- L'art. 3 della l. n. 662/96, nell'ambito delle misure di razionalizzazione della finanza pubblica concernenti le entrate, prevede una serie di ipotesi di dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato, individuando per ciascuna di esse, ed in relazione ai differenti interessi pubblici perseguiti, le modalità e i tempi di alienazione degli immobili, ovvero demandandone l'individuazione alle amministrazioni di volta in volta competenti.

2.2.- In tale contesto, il co. 99 dell'art. 3 della l. 662/96 ha previsto un'ipotesi generale di dismissione dei beni immobili e dei diritti immobiliari appartenenti al patrimonio dello Stato e non conferiti nei fondi di cui al precedente co. 86 del medesimo articolo, riconoscendo al Ministero dell'Economia e delle Finanze la possibilità di individuare i beni immobili da assoggettare ad alienazione secondo tempi e modalità indicati con decreto ministeriale. Tale disposizione prevede inol-



tre esplicitamente che i concessionari o conduttori dei predetti beni hanno diritto di esercitare la prelazione sugli stessi, secondo le modalità individuate nell'anzidetto Decreto.

2.3.- Il successivo co. 99 bis dell'art. 3 citato, introdotto con l. 23.12.1999, n. 488, e modificato con l. 23.12.2000, n. 388, estende espressamente la disciplina recata dal co. 99 anche alle alienazioni dei beni immobili dello Stato "soggetti ad utilizzazione agricola" e riconosce ai conduttori del fondo un diritto di prelazione da esercitarsi in base ad indicazioni che avrebbero dovuto essere contenute in un apposito Decreto Ministeriale, peraltro mai intervenuto.

2.4.- Una specifica ipotesi di dismissione del patrimonio dello Stato relativa ai beni in uso al Ministero della Difesa è poi recata dal co. 112 dell'art. 3 della l. n. 662/96 in base al quale "per le esigenze organizzative e finanziarie connesse alla ristrutturazione delle Forze armate, con decreto del presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministero della difesa, sentiti i Ministri del tesoro e delle finanze, sono individuati gli immobili da inserire in apposito programma di dismissioni".

La disposizione in argomento prevede, alle lettere a), b), c) ed e), le procedure secondo le quali l'anzidetta dismissione deve aver luogo. In particolare, il Ministero della Difesa co ferisce a società a prevalente capitale pubblico il compito di effettuare le alienazioni, le permutate, le valorizzazioni e gestioni dei beni inseriti nel programma di dismissione, nonché il compito di stimare il valore dei beni da alienare. Viene altresì previsto che la valutazione operata dalla società affidataria sia successivamente sottoposta all'approvazione del Ministero della Difesa, sentito il parere di apposita Commissione di congruità. Una volta determinato il valore del bene, è previsto l'espletamento di una gara per l'individuazione dell'acquirente ed il contratto di alienazione viene successivamente stipulato dalla società affidataria in rappresentanza del Ministero della Difesa, che ha il potere di approvare o meno il contenuto negoziale determinatosi all'esito della sopra descritta procedura. La lett. d) del co. 112 in argomento stabilisce, infatti, che l'approvazione del contratto di alienazione di cia-

scun bene può essere negata dal Ministero della Difesa ove "il contenuto convenzionale, anche con riferimento ai termini ed alle modalità di pagamento del prezzo e di consegna del bene, risulti inadeguato rispetto alle esigenze della Difesa anche se sopraggiunte successivamente all'adozione del programma". Il successivo co. 113 sancisce infine espressamente un diritto di prelazione in favore degli enti locali con riferimento alle ipotesi regolate dai coo. 99 e 112, senza far menzione della prelazione per i concessionari di fondi aventi vocazione agricola di cui al co. 99 bis, successivamente introdotto. Con la l. 23.12.2000, n.388 il co. 113 non è stato infatti modificato.

3.- Dalla ricostruzione normativa sopra operata discende che l'ipotesi di dismissione di beni dello Stato prevista dal co. 112 dell'art. 3 della l. n. 662/96, applicabile in via esclusiva alle sole alienazioni effettuate nell'interesse del Ministero della Difesa, è del tutto autonoma e distinta rispetto alla fattispecie generale. Attesa la generale ratio di tutela della posizione del coltivatore diretto, in assenza di una espressa esclusione e di una incompatibilità logica, deve tuttavia ritenersi astrattamente applicabile anche alla dismissione dei beni della Difesa il co. 99 bis, che regola la prelazione con riferimento agli immobili destinati, per loro natura, ad utilizzazione agricola. Tali conclusioni non sembrano infatti contrastare con la specifica volontà perseguita dal Legislatore istituendo una peculiare procedura di dismissione dei beni di pertinenza del Ministero della Difesa, atteso che il meccanismo della prelazione, con le modalità di determinazione del prezzo di alienazione che gli sono proprie, non appare in linea di principio contrastare con l'esigenza di reperimento delle risorse finanziarie necessarie a ristrutturare le Forze armate. Ciò è in concreto confermato anche dalla procedura seguita nel caso di specie, come riferito dall'amministrazione.

4.- Tanto premesso in linea generale, osserva però la Scrivente che la speciale prelazione prevista dall'art. 99 bis non deve ritenersi a tutt'oggi operante. Osta, infatti, alla concreta applicabilità della stessa la perdurante mancata emanazione del decreto del Ministro del Tesoro (oggi: dell'Economia e Finanze) di

concerto con il Ministro delle Politiche Agricole e Forestali espressamente previsto dallo stesso co. 99 bis per la concreta individuazione delle sue modalità di esercizio.

In ossequio alla inequivoca volontà manifestata dal Legislatore si ritiene comunque che, fino all'approvazione della detta norma regolamentare, in tutte le ipotesi di dismissione contemplate dalla l. n. 662/96 - e, quindi, anche in quella speciale regolamentata dal co. 112 che qui interessa - si potrà applicare la prelazione prevista dalle LL. 26.5.1965, n. 590 ("Disposizioni per lo sviluppo della pro-

prietà coltivatrice") e 14.8.1971 ("Disposizioni per il finanziamento delle provvidenze per lo sviluppo della proprietà coltivatrice"), ovviamente nelle sole ipotesi in cui ricorrano i presupposti di applicabilità della stessa, e con le modalità ivi regolamentate. Per quanto riguarda il caso concreto che ha dato luogo alla richiesta del presente parere vorrà pertanto valutare codesta spett.le amministrazione, di concerto con l'Avvocatura Distrettuale competente, il ricorrere dei presupposti per applicare la prelazione a favore della Signora M.».

«.....GA.....»



# UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **MINORENNI IN VIAGGIO SOLO CON IL DOCUMENTO INDIVIDUALE**

*Il Ministero dell'Interno rende noto che non è più valida per l'espatrio, anche in Europa, l'iscrizione dei figli minori sui passaporti dei genitori. A partire dal 26 giugno per i viaggi all'estero di bambini e ragazzi minorenni non è più valida per l'espatrio l'iscrizione sul passaporto dei genitori, ma è necessario un documento di viaggio individuale. Se si tratta di passaporto, al minorenne viene rilasciato il documento dotato di microchip, e dai 12 anni in su è prevista anche l'acquisizione delle impronte e la firma digitalizzata. Per il rilascio del documento, anche in caso di carta di identità valida per l'espatrio, è necessario l'assenso di entrambi i genitori, compreso il caso di figli minori naturali conviventi con uno solo dei due o di figli legittimi affidati a uno solo dei due genitori separati. I passaporti che ad oggi riportano iscrizioni di figli minori rimangono comunque validi per i titolari fino alla scadenza naturale (Ministero dell'Interno, comunicato del 27.06.2012).*

### **IN MATERIA DI ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA I SOGGETTI PRIVATI SONO ASSIMILATI ALLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI - IN RELAZIONE AL POTERE-DOVERE DI ESAMINARE LE DOMANDE DI ACCESSO - SOLO LIMITATAMENTE ALL'ATTIVITÀ DI PUBBLICO INTERESSE CHE RISULTI DISCIPLINATA DAL DIRITTO NAZIONALE O COMUNITARIO**

*Nel caso di specie è stata impugnata la sentenza del TAR, nella parte in cui ha*

*respinto il ricorso proposto dal Codacons e dall'Associazione italiana per i diritti del malato avverso il diniego di accesso opposto dalla società Finmeccanica spa sulla istanza ostensiva proposta dalle appellanti per ottenere gli "atti ed i documenti nonché le domande presentate ai fini della partecipazione a procedure anche di rilievo pubblico e/o gare d'appalto e/o trattative private volte alla commercializzazione" dell'apparecchiatura medica denominata TrimProb (costituente un bioscanner particolarmente efficace nella diagnosi precoce delle neoplasie tumorali e, in generale, delle infiammazioni dei tessuti). Il Consiglio di Stato ha affermato che in materia di accesso alla documentazione amministrativa i soggetti privati sono assimilati alle pubbliche amministrazioni - in relazione al potere-dovere di esaminare le domande di accesso - solo limitatamente alla attività di pubblico interesse che risulti disciplinata dal diritto nazionale o comunitario (art. 22, lett. e), della l. n. 241 del 7.8.1990). Nel caso di specie difettano anzitutto i presupposti per assimilare l'attività delle società private oggetto della domanda di accesso (relativa a documenti da cui desumere il grado di commercializzazione dell'apparecchiatura diagnostica) ad una attività di pubblico interesse disciplinata dalla normativa nazionale o comunitaria. Manca infatti una disciplina nazionale o comunitaria che disciplini o condizioni le scelte imprenditoriali di un soggetto privato riguardo alle modalità di commercializzazione di un prodotto medico, trattandosi di una attività riservata alle insindacabili valutazioni del management societario ovvero alle scelte di politica industriale (anch'esse incensurabili) del soggetto titolare del marchio o del*

*brevetto, non potendo ravvisarsi, nei confronti di un soggetto privato, un obbligo giuridico di commercializzare un prodotto o un macchinario, financo ove possa ritenersi provata la sua positiva efficacia sulla salute umana. La questione dirimente, pertanto, nella prospettiva della infondatezza della istanza ostensiva, risulta quella della carenza di una disciplina normativa che regolamenti la specifica attività di commercializzazione del bioscanner; laddove non appare al contrario insussistente, come non condivisibilmente sostenuto dal TAR, il requisito dell'interesse pubblico sotteso alla più ampia divulgazione possibile dell'apparato medicale di che trattasi, e ciò sia perché, sul piano oggettivo, si tratta di una strumentazione medica almeno potenzialmente rafforzativa delle possibilità di tutelare il diritto alla salute dei consumatori, in considerazione delle sue significative risposte sul piano della diagnosi precoce di alcune patologie, sia perché, sul piano soggettivo, il controllo di fatto e di diritto che lo Stato esercita, in forza*

*della quota azionaria di riferimento ma anche in virtù dei poteri speciali di cui risulta titolare (d.P.C.M. 28.9.1999, attuativo dell'art. 2 del d.l.31.5.1994 n. 241) conferiscono all'attività dell'ente privato una rilevanza pubblicistica che difficilmente potrebbe negarsi.*

*Oltre alla assenza di una attività presa in specifica considerazione dalla normativa nazionale o comunitaria, un'altra ragione a sostegno della non accoglibilità della originaria istanza ostensiva il Collegio inoltre la ravvisa con riguardo al carattere estremamente generico della richiesta di documenti formulata a suo tempo dalle odierne associazioni appellanti che risulta avere una inammissibile natura 'esplorativa', in contrasto con l'art. 24, co. 3, della l. 7.8.1990 n. 241, che vieta espressamente domande di accesso tese ad esercitare un sindacato generalizzato sulla attività delle pubbliche amministrazioni (e a fortiori su quella dei soggetti privati) (CdS, VI, 26.6.2012, n. 3768).*

«..... GA.....»

## CONFERMA DEI PRINCIPI POSTI ALLA BASE DEI PROCEDIMENTI D'INFRAZIONE NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN TEMA DI ACQUE REFLUE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

*La Corte ha reiteratamente dichiarato che l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi*

The Court has repeatedly held that the question whether a Member State has failed to fulfil its obligations must be determined by reference to the situation in the Member State as it stood at the end of the period laid down in the reasoned opinion, and that the Court may not take account of any subsequent changes

*Sommario: 1. Acque reflue domestiche e industriali. 2. Evoluzione normativa del procedimento d'infrazione sulle acque reflue. 3. L'intervento e l'individuazione delle violazioni della Corte di Giustizia*

### 1. Acque reflue domestiche e industriali.

Preliminarmente, al fine di meglio comprendere quanto statuito dalla recente giurisprudenza comunitaria, è opportuno specificare ed individuare il discrimine tra acque reflue industriali ed acque reflue domestiche, anche alla luce della recente giurisprudenza in materia.

A partire dal d. lgs. n. 152/1999, come del resto confermato anche dal d. lgs. n. 152/2006, art. 74, co. 1, lett. g), le acque reflue domestiche sono contraddistinte (art. 2, co. 1, lett. g) dal fatto che sono «*provenienti da insediamenti di tipo residenziale e da servizi e derivanti prevalentemente dal metabolismo umano e da attività domestiche*» e la dottrina ritiene che le suddette condizioni, previste nella definizione riportata, debbano coesistere e non siano alternative<sup>1</sup>.

Le acque reflue industriali, invece, pur non avendo un'individuazione altrettanto precisa, sono riconoscibili per via della loro prove-

nienza e delle loro caratteristiche qualitative, che devono essere differenti dalle acque reflue domestiche e da quelle meteoriche di dilavamento. Il problema nasce per le acque che sono scaricate da edifici, impianti o hotel e prevalentemente, se non esclusivamente, caratterizzate dal metabolismo umano.

In dottrina si raccomanda di operare la classificazione dei reflui alle acque reflue domestiche sempre con estrema cautela, anche laddove si tratti di acque reflue provenienti da servizi igienici e simili.

Infatti, la Suprema Corte<sup>2</sup> si è espressa in materia avendo cura di precisare che, anche se l'art. 74, co. 1, lett. h) del d.lgs. n. 152/2006 definisce «*acque reflue industriali*» qualsiasi tipo di acque reflue scaricate da edifici o installazioni in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni, diverse dalle acque reflue domestiche e dalle acque meteoriche o di dilavamento, il refluo deve essere considerato nell'inscindibile composizione dei suoi elementi, a nulla rilevando che parte di esso sia composta di liquidi non direttamente derivanti dal ciclo produttivo, come quelli delle acque meteoriche o dei servizi igienici, immessi in un unico corpo recettore<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si veda anche, L. Prati, Scarichi e inquinamento idrico dopo il T.U. ambientale, Milano, 2006, pag. 37. Al riguardo si segnala la sentenza, Cass. Pen. III, 1.12.2006, n. 39854 in cui si specifica che i reflui di attività di perforazione, oggetto della fattispecie, costituiscono acque reflue industriali, in quanto non provenienti dal metabolismo umano e da attività domestiche.

<sup>2</sup> Cass., Pen. III 24.1.2011 n. 2313.

<sup>3</sup> Cass., Pen. III., 29.5.2007, n. 21119, Bentivoglio

È significativo notare, peraltro, che mentre la precedente nozione di acque reflue industriali poneva l'accento sul fatto che dette acque dovevano essere «*differenti qualitativamente dalle acque reflue domestiche e da quelle meteoriche di dilavamento*», mettendo così in luce che è l'aspetto della differenza qualitativa a permettere di distinguere le acque reflue industriali da quelle domestiche, la nuova nozione di acque reflue industriali (art. 74, co. 1, lett. h), d. lgs. n. 152/2006 come mod. dal d. lgs. n. 4/2008) elimina questo riferimento e riporta l'attenzione sul fatto che la caratteristica delle acque industriali è principalmente quella di essere «*scaricate da edifici od impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni*» (differenza della provenienza).

Tutto ciò premesso e alla luce della nuova nozione di acque reflue industriali recata dal d. lgs. n. 4/2008, quindi, le acque scaricate da edifici, impianti o hotel, ma che, di fatto, sono prodotte esclusivamente o prevalentemente dal metabolismo umano, non soddisfano tutte le condizioni richieste dall'art. 74, co. 1, lett. g) (definizione di acque reflue domestiche) che devono, invece, sussistere contemporaneamente per integrare il concetto di acque reflue domestiche, sicché le stesse vanno più propriamente qualificate come acque reflue industriali (art. 74, co. 1, lett. h). Come per l'intera legislazione ambientale si è cercato di prediligere un'impostazione restrittiva e garantista, fatto poi salvo quanto le Regioni, nell'ambito della loro potestà normativa costituzionalmente prevista, possono stabilire, ovvero che determinati reflui abbiano caratteristiche qualitative equivalenti a quelle domestiche, così da essere alle medesime assimilati. Infatti, il co. 7 della lett. e) dell'art. 101, d. lgs. n. 152/2006 cit., prevede che «*sono assimilate alle acque reflue domestiche le acque reflue... aventi caratteristiche qualitative equivalenti a quelle domestiche e indicate dalla normativa regionale*».

Al riguardo, le differenti disposizioni regionali che si possono rinvenire nel nostro panorama normativo sono la conseguenza di quel concetto, non definito, ma facilmente oggetto di interpretazioni più o meno estensive da parte delle Regioni, di «*equivalenza*»

previsto dall'art. 28, co. 7, d. lgs. n. 152/1999, prima, e dall'art. 101, co. 7, d. lgs. n. 152/2006<sup>4</sup>, poi: «*si tratta dunque,... di una vera e propria norma bianca di apertura verso la disciplina regionale che sostanzialmente diventa arbitra in tutta questa delicata materia*»<sup>5</sup>. Peraltro, non esiste una vera e propria nozione di assimilabilità, pur se trattasi di un concetto ampiamente sfruttato dalla normativa statale e regionale<sup>6</sup>: l'art. 101 citato, infatti, si limita ad individuare un elenco tassativo di casi in cui particolari tipologie di acque sono *ex lege* assimilate alle domestiche, ma grazie all'inciso «*indicate dalla normativa regionale*» lascia ampio spazio alla potestà normativa regionale.

Ciò fa sì che, in conclusione, stante il principio generale per cui l'identificazione delle acque reflue industriali non avviene più secondo un criterio qualitativo, ma di provenienza, l'inciso di cui all'art. 101, co. 7, lett. e) incrina questo sistema, in quanto lascia alle Regioni la facoltà di indicare le caratteristiche qualitative ritenute equivalenti alle domestiche: sarà così possibile avere, a fronte del principio generale suesposto, una diversa disciplina regionale nell'ambito della quale, attività, impianti o hotel potranno godere di quella particolare normativa.

## 2. Evoluzione normativa del procedimento d'infrazione sulle acque reflue.

Prima di inoltrarci nelle analisi delle novità che coinvolgono il trattamento delle acque

<sup>4</sup> Art. 101, co. 7, d. lgs. n. 152/2006: «*Salvo quanto previsto dall'articolo 112, ai fini della disciplina degli scarichi e delle autorizzazioni, sono assimilate alle acque reflue domestiche le acque reflue: e) aventi caratteristiche qualitative equivalenti a quelle domestiche e indicate dalla normativa regionale*».

<sup>5</sup> Si veda, M. Santoloci, Scarichi: soluzioni di casi pratici con particolare riferimento agli impianti di trattamento di acque reflue, in *Il nuovo codice delle acque*, Piacenza, 2003, pag. 42.

<sup>6</sup> Si veda, M. Sanna, *La gestione degli scarichi industriali*, Rimini, 2001, pag. 56. Al riguardo si segnala la sentenza, Cass. III Pen. 28.2.2007, n. 8403, in cui si specifica che in caso di insussistenza delle condizioni di assimilabilità alle «*acque reflue domestiche*» (d. lgs. n. 152/2006, art. 101, co. 7, lett. b), le acque provenienti da un'impresa (nella fattispecie, di allevamento) vanno considerate «*acque reflue industriali*».

reflue a seguito della sentenza C 565/10, emanata il 19 luglio dalla seconda sezione della Corte di giustizia europea, è opportuno richiamare brevemente l'evoluzione normativa ed il percorso evolutivo della procedura di infrazione 2009/2034, concernente l'attuazione degli artt. 3, 4, e 10 della direttiva 91/271/CEE<sup>7</sup>, come modificata dal regolamento n. 1137/2008, riguardante il trattamento delle acque reflue urbane 2009/2034.

La direttiva 91/271/CEE concerne la raccolta, il trattamento e lo scarico delle acque reflue urbane nonché il trattamento e lo scarico delle acque reflue originate da taluni settori industriali. Essa mira a proteggere l'ambiente dalle ripercussioni negative provocate dagli scarichi di tali acque. Le acque reflue industriali che confluiscono in reti fognarie e lo smaltimento delle acque reflue urbane e dei fanghi provenienti dagli impianti di trattamento delle acque reflue urbane sono soggetti a regolamentazioni e/o a autorizzazioni specifiche da parte delle autorità competenti.

La direttiva stabilisce uno scadenziario temporale che gli Stati membri devono rispettare per attrezzare gli agglomerati urbani che corrispondono ai criteri stabiliti dalla direttiva, con reti fognarie e sistemi di trattamento delle acque reflue. Gli Stati membri elaborano, in base alle disposizioni dell'allegato II, gli elenchi delle zone sensibili e meno sensibili che ricevono le acque trattate. Questi elenchi devono essere riveduti regolarmente. Il trattamento delle acque urbane varia in funzione della sensibilità delle acque recipienti.

Gli Stati membri sono responsabili del controllo degli scarichi provenienti da impianti di trattamento e delle acque recipienti. Essi provvedono affinché ogni due anni le autorità nazionali competenti pubblichino un rapporto di valutazione che deve essere trasmesso alla Commissione. Gli Stati membri elaborano e presentano alla Commissione programmi nazionali di attuazione della direttiva stessa. La dir. 98/15/CE ha inoltre lo

<sup>7</sup> Dir. 91/271/CEE del Consiglio, del 21.5.1991, concernente il trattamento delle acque reflue urbane [GU I. 135 del 30.05.1991], modificata dalla dir. 98/15/CE della Commissione del 27.2.1998 [GU I. 67 del 7.3.1998].

scopo di precisare i requisiti per gli scarichi provenienti dagli impianti di trattamento delle acque reflue urbane per mettere termine alle differenze di interpretazione degli Stati membri. La direttiva precisa in particolare che: • la possibilità di utilizzare medie giornaliere dei valori di concentrazione di azoto totale concerne sia gli agglomerati con un numero di abitanti equivalenti (a.e.) compreso tra 10.000 e 100.000 sia quelli con un numero di a.e. superiore a 100.000; • la condizione concernente la temperatura dell'effluente nel reagente biologico e la limitazione del tempo operativo che tiene conto delle condizioni climatiche regionali si applica solo al metodo "alternativo" che utilizza le medie giornaliere; • l'utilizzazione del metodo "alternativo" deve garantire lo stesso livello di protezione dell'ambiente come la tecnica delle medie annue. Le direttive di cui sopra avevano l'obiettivo di proteggere l'ambiente dalle ripercussioni negative provocate dagli scarichi delle acque reflue urbane.

La prima relazione della Commissione s'incentrava sull'inquinamento provocato dalle acque reflue urbane, presentando una prima valutazione dello stato di applicazione della direttiva da parte degli Stati membri e sintetizzando i relativi programmi di attuazione.

Ai sensi della direttiva sul trattamento delle acque reflue urbane, il mese di dicembre 1998 rappresentava una scadenza importante: entro tale data gli Stati membri erano infatti tenuti a garantire, *inter alia*, che tutti gli agglomerati con un numero di abitanti equivalenti superiore a 10.000 fossero dotati di impianti per il trattamento delle acque reflue urbane riversate in aree sensibili. Benché gli Stati membri non fossero formalmente tenuti ad inviare relazioni specifiche in merito alla scadenza del dicembre 1998, la Commissione ha tuttavia deciso, di propria iniziativa, di chiedere agli Stati membri di fornire informazioni al riguardo, inviando una formale richiesta agli Stati membri nel mese di aprile 1999, seguita, nel marzo 2000, da una lettera di sollecito. Oltre alla questione del trattamento delle acque reflue in aree sensibili, agli Stati membri si chiedeva di fornire informazioni anche sul trattamento delle acque reflue nei principali agglomerati, anche se questi

non scaricavano le acque in aree sensibili. Soltanto 13 Stati membri hanno fornito tutte le informazioni richieste dalla Commissione sul trattamento delle acque reflue nelle aree sensibili. Occorre fin da subito puntualizzare gli articoli della direttiva oggetto del contenzioso, precisamente gli art. 3<sup>8</sup>, 4<sup>9</sup>, par. 1 e 3, e 10<sup>10</sup>, più l'all. I<sup>11</sup>, della dir. 91/271, che ha

<sup>8</sup> Dir. 91/271/CEE, Art. 3: 1. Gli Stati membri provvedono affinché tutti gli agglomerati siano provvisti di reti fognarie per le acque reflue urbane; - entro il 31.12.2000 per quelli con un numero di abitanti equivalenti (a.e.) superiore a 15 000; - entro il 31.12.2005 per quelli con numero di (a.e.) compreso tra 2 000 e 15 000. Per le acque reflue urbane che si immettono in acque recipienti considerate «*aree sensibili*» ai sensi della definizione di cui all'art. 5, gli Stati membri garantiscono che gli agglomerati con oltre 10 000 (a.e.) siano provvisti di reti fognarie al più tardi entro il 31.12.1998. Laddove la realizzazione di una rete fognaria non sia giustificata o perché non presenterebbe vantaggi dal punto di vista ambientale o perché comporterebbe costi eccessivi, occorrerà avvalersi di sistemi individuali o di altri sistemi adeguati che raggiungano lo stesso livello di protezione ambientale. 2. Le reti fognarie di cui al paragrafo 1 devono rispondere ai requisiti dell'allegato I A. Tali requisiti possono essere modificati secondo la procedura prevista all'art. 18.

<sup>9</sup> Arti. 4: 1. Gli Stati membri provvedono affinché le acque reflue urbane che confluiscono in reti fognarie siano sottoposte, prima dello scarico, ad un trattamento secondario o ad un trattamento equivalente, secondo le seguenti modalità: - al più tardi entro il 31.12.2000 per tutti gli scarichi provenienti da agglomerati con oltre 15 000 (a.e.); - entro il 31.12.2005 per tutti gli scarichi provenienti da agglomerati con un numero di a.e. compreso tra 10 000 e 15 000; - entro il 31.12.2005 per gli scarichi in acque dolci ed estuari provenienti da agglomerati con un numero di a.e. compreso tra 2 000 e 10 000. 2. Gli scarichi di acque reflue urbane in acque situate in regioni d'alta montagna (al di sopra dei 1500 m sul livello del mare), dove, a causa delle basse temperature, è difficile effettuare un trattamento biologico efficace, possono essere sottoposti ad un trattamento meno spinto di quello previsto al paragrafo 1, purché studi dettagliati comprovino che essi non avranno ripercussioni negative sull'ambiente. 3. Gli scarichi provenienti dagli impianti di trattamento delle acque reflue urbane descritti ai paragrafi 1 e 2 devono soddisfare ai requisiti previsti all'all. I B. Tali requisiti possono essere modificati conformemente alla procedura prevista all'art. 18. 4. Il carico espresso in a.e. va calcolato sulla base del carico medio settimanale massimo in ingresso all'impianto di trattamento nel corso dell'anno escludendo situazioni inconsuete, quali quelle dovute a piogge abbondanti.

<sup>10</sup> Art. 10: Gli Stati membri provvedono affinché la progettazione, la costruzione, la gestione e la manu-

portato l'Italia dopo un procedimento di pre-contenzioso davanti la Corte di Giustizia.

### 3. L'intervento e l'individuazione delle violazioni della Corte di Giustizia.

Conformemente all'art. 3, par. 1, primo comma, primo trattino, della dir. 91/271, gli agglomerati con un numero di abitanti equivalenti superiore a 15.000 avrebbero dovuto essere provvisti di reti fognarie per le loro acque reflue urbane entro il 31.12.2000. Inoltre, si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza<sup>12</sup>, l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in funzione della situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, e che non possono essere presi in considerazione dalla Corte cambiamenti intervenuti successivamente.

Nel caso di specie, il parere motivato, datato 19.2.2009 e inviato il 24.2.2009 alla Repubblica italiana, impartiva a tale Stato membro un termine di due mesi dalla ricezione per conformarsi ad esso. Orbene<sup>13</sup>, come ricono-

tenzione degli impianti di trattamento delle acque reflue urbane realizzati per ottemperare ai requisiti fissati agli art. da 4 a 7 siano condotte in modo da garantire prestazioni sufficienti nelle normali condizioni climatiche locali. La progettazione degli impianti deve tener conto delle variazioni stagionali di carico.

<sup>11</sup> L'all. I della dir. 91/271, intitolato «*Requisiti relativi alle acque reflue urbane*», prevede, alla sezione A, le prescrizioni che devono essere seguite per le reti fognarie e, alla sezione B, quelle applicabili agli scarichi provenienti dagli impianti di trattamento delle acque reflue urbane ed immessi in acque recipienti.

<sup>12</sup> Vedi le più significative: sentenze dell'11.10. 2001, Commissione/Austria, C-110/00, Racc. pag. I-7545, p. 13; sentenza del 14.7.2005, Commissione/Germania, C-433/03, Racc. pag. I-6985, punto 32.

<sup>13</sup> Nello specifico gli agglomerati di Acri, Siderno, Castrovillari, Lamezia Terme, Mesoraca, Montebello Ionico, Motta San Giovanni, Reggio Calabria, Rende, Sellia Marina, Soverato, Strongoli (Calabria), Cervignano del Friuli (Friuli-Venezia Giulia), Frascati (Lazio), Porto Cesareo, Taviano (Puglia), Misterbianco e altri, Aci Catena, Adrano, Catania e altri, Giarre-Mascalì-Riposto e altri, Caltagirone, Aci Castello, Acireale e altri, Belpasso, Gravina di Catania, Tremestieri Etneo, San Giovanni La Punta, Agrigento e periferia, Porto Empedocle, Sciacca, Cefalù, Carini e ASI Palermo, Monreale, Palermo e frazioni limitrofe, Santa Flavia, Augusta, Carlentini, Scoglitti, Marsala e Messina 6 (Sicilia).

sciuto dalla stessa Repubblica italiana, occorre rilevare che, alla scadenza del termine impartito nel parere motivato, molti agglomerati non erano provvisti di reti fognarie idonee a raccogliere e convogliare la totalità delle loro acque reflue urbane.

La Corte sottolinea che l'obbligo di sottoporre le acque reflue urbane che confluiscono in reti fognarie ad un trattamento secondario o ad un trattamento equivalente, previsto all'art. 4, par. 1, della dir. 91/271, non è adempiuto nel momento in cui gli agglomerati non sono provvisti di reti fognarie idonee a raccogliere e convogliare la totalità delle loro acque reflue urbane, come confermato da costante giurisprudenza (tra le più significative: sentenza del 25.10.2007, Commissione/Grecia, C-440/06, punto 25, e sentenza del 7.5.2009, Commissione/Portogallo, C-530/07, punto 55), in quanto l'art. 4, par. 1, della dir. 91/271, obbliga di sottoporre ad un trattamento secondario o ad un trattamento equivalente la totalità delle acque reflue al più tardi entro il 31.12.2000; per cui come afferma la Corte diventa decisivo il numero degli abitanti, in quanto anche un convogliamento parziale comporterebbe un inadempimento.

Ma non solo, di particolare interesse è l'inciso della Corte sui doveri di progettazione e costruzione di impianti che tengano conto dei diversi flussi turistici estivi e delle maggiori portate conseguenti; nonché il rilievo al numero dei campionamenti annuo in relazione alle variazioni climatiche, la Corte ha sottolineato che l'art. 10 della dir. 91/271 prevede che la progettazione, la costruzione, la gestione e la manutenzione degli impianti di trattamento delle acque reflue urbane realizzati per ottemperare ai requisiti fissati agli art. 4-7 debbano essere condotte in modo da garantire prestazioni sufficienti nelle normali condizioni climatiche locali e tenendo conto delle variazioni stagionali di carico. Ne consegue che il rispetto dell'obbligo sancito dall'art. 10 presuppone in particolare che siano soddisfatti i requisiti di cui all'art. 4 della dir. 91/271. Pertanto, il suddetto obbligo non può considerarsi assolto negli agglomerati in cui il trattamento secondario o il trattamento equivalente della totalità delle acque urbane che confluiscono nelle reti fognarie non è garantito mediante impianti di trattamento i cui scarichi soddisfino i requisiti di cui all'allegato I, sezione B, della dir. 91/271.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 2.4.2012, n. 86

**Artigianato - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2 e 21 l. reg. Marche 29.4.2011, n. 7 (Attuazione della Direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno e altre disposizioni per l'applicazione di norme dell'Unione Europea e per la semplificazione dell'azione amministrativa. Legge comunitaria regionale 2011) - artt. 117, co. 1, e 120 cost. - accoglimento.**

*Nel giudizio in questione, la Corte dichiara l'illegittimità delle disposizioni impugnate in quante esse, istituendo e disciplinando un marchio "di origine e di qualità", denominato "Marche Eccellenza Artigiana (MEA)", mira a promuovere i prodotti artigianali realizzati in ambito regionale. In tal modo, le disposizioni impugnate, secondo quanto chiarito dai giudici costituzionali, acquisiscono l'idoneità a produrre effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci tra Stati membri (ex artt. 34, 35 e 36 TFUE).*

*La Corte ricorda che all'interno dell'Unione europea sono vietate le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente ed inoltre, richiamando la giurisprudenza comunitaria, ricorda anche che "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative" (Corte di giustizia, sent. 11.7.1974, C-8/74, Dassonville contro Belgio). Dunque, in considerazione del fatto che l'Italia ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento, le censure mosse all'art. 21 della l. in oggetto sono fondate e "sussiste la denunciata violazione dei vincoli posti dall'ordinamento dell'Unione europea e, per conseguenza, dell'art. 117, co.1, cost.". Inoltre, ad avviso della Corte sarebbe violato l'art. 120, co. 1, cost., perché l'istituzione di un marchio con le modalità sopra indicate sarebbe di ostacolo al libero scambio delle merci anche all'interno*

*del mercato nazionale, in quanto i consumatori sarebbero attratti dal particolare marchio legato ad una specifica Regione rispetto alle merci provenienti da altre Regioni. V. precedenti conformi: Corte cost. 15.4.2008, n. 102; 13.7.2007, n. 284; 24.10.2007, n. 349 (Red. Diego De Magistris).*

Corte costituzionale, 26.1.2012, n. 16

**Caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2 l. reg. Sardegna 21.1.2011, n. 5 - art. 117, co. 1 e 2, lett. s), cost. - rigetto.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sulla legge regionale in oggetto, che prevede che l'assessore regionale della difesa dell'ambiente (previa deliberazione della Giunta regionale e di intesa con gli assessori dell'agricoltura e riforma agraria e dell'igiene e sanità e dell'assistenza sociale) adotti il provvedimento del prelievo venatorio in deroga, sentito l'Istituto regionale per la fauna selvatica, ovvero, se non ancora istituito, un comitato tecnico-scientifico, istituito con deliberazione della Giunta regionale.*

*Secondo il ricorrente, la disposizione sarebbe in contrasto con l'art. 19 bis, co. 3, l. 11.2.1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna omeo-terma e per il prelievo venatorio), il quale, recependo la normativa comunitaria, prevede che le deroghe alla direttiva 79/409/CEE siano applicate per periodi determinati, sentiti esclusivamente "l'Istituto nazionale per la fauna selvatica (ora ISPRA) o gli Istituti riconosciuti a livello regionale". Pertanto, il ricorrente ha ravvisato nelle disposizioni impugnate una violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. s), cost., cioè un mancato rispetto da parte della Regione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e un'invasione della potestà esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente.*

*La Corte ha rigettato la questione, osservando che, secondo la norma in oggetto, il legislatore regionale individua come soggetti a cui richie-*



dere il parere all'Istituto regionale per la fauna  
selvatica o ad un comitato tecnico-scientifico.  
Tale opzione, ad avviso della Corte, è nella

legittima opzione che il legislatore statale  
prevede laddove, indica gli "Istituti riconosciu-  
ti a livello regionale" (Red. Elisa Lori).

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

*D.P.C.M. 21.5.2008 “Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia”. Ricorso ad istanza di European Roma Rights Centre Foundation ed altri. (Parere prot. 64239 del 21.2.2012, Avv. Fabrizio Fedeli).*

### RISPOSTA

*Con un appunto allegato alla nota del 22 novembre u.s., l'Ufficio di Gabinetto di codesto Ministero dell'Interno ha domandato l'avviso della Scrivente circa le conseguenze della sentenza del Consiglio di Stato n. 6050/2011, che ha annullato il d.P.C.M. 21.5.2008 dichiarativo dello stato di emergenza per la presenza di comunità nomadi nelle Regioni Lazio, Lombardia e Campania, in merito sia alla sorte dei rapporti pendenti e al completamento delle iniziative Commissariali e sia alla permanenza dello stato di emergenza nelle Regioni Piemonte e Veneto nelle quali la dichiarazione è stata estesa con il primo decreto di proroga non impugnato (così come la seconda proroga) dinanzi al giudice amministrativo. In merito alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6050/2011, codesto Dipartimento della Protezione Civile, con nota del 13 dicembre u.s., ha svolto alcune considerazioni critiche, chiedendo alla Scrivente di proporre ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione. In proposito, si rappresenta che la Scrivente ha notificato ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost., co. 3, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del*

*merito e che a breve verrà proposta istanza di sospensione della sentenza ai sensi dell'art. 111 del codice del processo amministrativo. Considerato che con il secondo motivo questa Avvocatura ha censurato la sentenza 6050/2011 per avere esteso gli effetti demolitori della pronuncia di annullamento anche a provvedimenti non impugnati, come i decreti di proroga dell'emergenza finalizzati al completamento delle iniziative avviate, in attesa della decisione del Consiglio di Stato sull'istanza di sospensione (all'esito della quale la Scrivente si riserva di fornire le opportune indicazioni operative) si suggerisce a codesti uffici Commissariali di limitarsi all'adozione degli atti strettamente indispensabili allo scopo di adempiere ad impegni contrattuali già assunti nei confronti delle imprese (che andrebbero, comunque, remunerati a titolo contrattuale, oppure di ingiustificato arricchimento) e a completare le sole attività in fase di ultimazione, fermo restando la preclusione di nuove attività. Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.*

«.....GA:.....»

### DOMANDA

*Ambito di applicazione della Convenzione internazionale di New York e, in particolare, sua operatività solo per le azioni esecutive di recupero dei crediti alimentari, o anche per i giudizi di accertamento del quantum debeatur. (Parere del 25.9.2006, n. 107024 consultivo 45837/05, Avvocato L. D'Ascia).*

## **RISPOSTA**

«1. Si fa seguito alla nota prot. 156823 del 23.11.2005, relativa al contrasto interpretativo sorto in ordine all'ambito di applicazione della Convenzione di New York del 20.6.1956, e in particolare all'interpretazione del suo art. 6. Da un lato, vi è la tesi "restrittiva" (proposta dall'Avvocatura Distrettuale di Bologna, e abbracciata da altre Avvocature Distrettuali) secondo cui l'attivazione della procedura della Convenzione di New York richiederebbe sempre una preventiva pronuncia giudiziaria dello Stato del creditore, che accerti e quantifichi il credito alimentare, e sarebbe dunque finalizzata solo alla fase dell'esecuzione forzata. Dall'altro lato, vi è la tesi, sostenuta da codesto Ministero con nota prot. 16578 del 6.9.2005, secondo cui l'art. 6 della Convenzione abilita l'Istituzione Intermediaria a promuovere anche giudizi volti ad ottenere una condanna del debitore al pagamento dell'assegno alimentare, operando quindi non solo per le azioni esecutive ma anche per quelle di cognizione e condanna. Date le possibili ripercussioni sul piano delle relazioni internazionali, questo Generale Ufficio, prima di rendere un parere di massima su questo problema interpretativo, chiedeva a codesta amministrazione un supplemento di istruttoria volto ad accertare quale fosse la prassi seguita dagli altri Paesi aderenti alla Convenzione. Con nota prot. 1180/4.0.1.559 dell'1.3.2006, codesto Ufficio comunicava:

a) che come Autorità Speditrice il Ministero dell'Interno formula agli altri Paesi richieste di assistenza solo per l'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali che già accertano e quantificano il credito alimentare, quindi solo per la fase esecutiva; b) che allo stesso modo si comporta la quasi totalità dei Paesi aderenti alla Convenzione, ad eccezione di alcuni Paesi come Svezia e Norvegia; c) che "sinora i tentativi di determinazione in via giurisdizionale in Italia del quantum dell'obbligo alimentare hanno raramente prodotto risultati concreti".

Infine, codesto Ufficio rilevava che "l'interpretazione adottata dall'Avvocatura Distrettuale di Bologna, ossia di chiedere ai due Paesi interessati di inviare richieste già definite

nel quantum, offrirebbe un contributo allo snellimento di una procedura già di per se assai complessa".

2. Ciò considerato, e prendendo atto di un sensibile avvicinamento della posizione di codesto Ministero a quella dell'Avvocatura Distrettuale di Bologna, la Scrivente ritiene di poter rendere il seguente parere di massima. Si prende atto innanzi tutto delle oggettive difficoltà pratiche connesse all'evasione delle richieste di assistenza per la quantificazione del credito alimentare: tali difficoltà investono sia l'operato di codesta amministrazione, sia quello delle Avvocature Distrettuali dello Stato, chiamate a svolgere un'attività difensiva che, per i suoi contenuti, richiederebbe uno stretto collegamento con il diretto interessato.

Occorre poi ricostruire gli obiettivi perseguiti dalla Convenzione di New York. Nelle premesse della Convenzione tali obiettivi sono sintetizzati nella necessità di risolvere il "problema umanitario che si presenta per le persone bisognose di assistenza legale all'estero" e di superare le "difficoltà legali e pratiche" legate alla "promozione di azioni alimentari o alla esecuzione di decisioni". L'art. 1 compendia poi l'oggetto della Convenzione nell'attività di aiuto e assistenza fornita ai creditori alimentari per ottenere il pagamento degli alimenti dovuti da un soggetto che si trovi sottoposto alla giurisdizione di un'altra Parte contraente (c.d. Stato del debitore).

A parere della Scrivente, la soluzione del problema sollevato dipende principalmente dalla interpretazione dell'art. 1 della Convenzione, e in particolare dal significato da attribuire al requisito della sottoposizione del debitore alla giurisdizione di un altro Paese contraente. Occorre infatti stabilire se ai fini della Convenzione di New York la competenza giurisdizionale dello Stato del debitore debba essere esclusiva, o se possa anche sussistere una competenza giurisdizionale concorrente dello Stato del creditore. Questa Avvocatura ritiene che debba preferirsi la prima interpretazione, e che quindi per l'attivazione della Convenzione di New York debba sussistere il requisito della esclusività della giurisdizione dello Stato del debitore. Occorre cioè che il creditore non abbia altra alterna-

*tiva che rivolgersi a un giudice di uno Stato estero per il soddisfacimento della propria pretesa alimentare.*

*Tale interpretazione trova il suo sostegno innanzi tutto nella prassi internazionale ormai consolidata, di cui codesto Ministero ha dato comunicazione, che vede solo la Svezia e la Norvegia su una posizione di applicazione estensiva della Convenzione. D'altro canto, una diversa interpretazione, che ammettesse in via generalizzata la possibilità di ricorrere alla Convenzione di New York, in alternativa alle azioni esperibili dal creditore nel proprio Paese, porterebbe a uno stravolgimento delle finalità della Convenzione medesima. Questa si trasformerebbe infatti, da strumento per superare le difficoltà di organizzare un'azione giudiziale all'estero, in una forma di gratuito patrocinio generalizzato fornito a cittadini di Paesi stranieri, operante anche quando questi abbiano la possibilità di beneficiare nel proprio Stato della tutela giurisdizionale, e, ove previsto, del gratuito patrocinio. In realtà, se un creditore alimentare può agire nel proprio Paese per far valere le sue pretese alimentari, non vi è motivo di mettere in moto la complessa e onerosa procedura della Convenzione di New York, e soprattutto di porre il patrocinio a carico di uno Stato estero. Tale ricostruzione della portata applicativa della Convenzione potrebbe trarre conforto, oltre che dalla prassi internazionale e dall'indagine delle finalità perseguite dalla Convenzione, anche da una interpretazione dell'art. 6, par. 1, Convenzione di New York, dove testualmente si stabilisce che l'Istituzione Intermediaria "transige et, lorsque cela est nécessaire, elle intente et poursuit une action alimentaire et fait exécuter tout jugement, ordonnance ou autre acte judiciaire" (transige, e, quando è necessario, intenta e promuove un'azione alimentare e fa eseguire sentenze, ordinanze o altri atti giudiziari). Fatta salva l'attività stragiudiziale di transazione, le iniziative giudiziarie dell'Istituzione Intermediaria (sia quelle che si traducono in azioni di cognizione, sia le azioni esecutive) sono quindi subordinate alla condizione della "necessarietà". È dunque vero che l'Istituzione Intermediaria ha la legittimazione ad agire anche per l'accertamento e la quantificazione del credito alimentare, ma sempre a*

*condizione che l'azione davanti a un giudice di un Paese estero rispetto a quello del creditore sia necessaria. Il che conferma la tesi appena prospettata: la Convenzione di New York – come mezzo assistenziale eccezionale – può essere attivata solo quando ciò è necessario, ossia solo quando lo Stato di appartenenza del creditore non abbia la competenza giurisdizionale – neanche concorrente – rispetto all'azione che si intende esercitare. La finalità della Convenzione è quindi quella di consentire al creditore alimentare di non dover subire le conseguenze negative dell'essere costretto ad adire un giudice straniero.*

*3. Per esaminare le conseguenze pratiche che derivano da questa interpretazione e confortarne ulteriormente l'esattezza, rispondendo anche al quesito sollevato da codesta Avvocatura, è opportuno distinguere tra azioni esecutive e azioni di cognizione, verificando se per esse lo Stato del creditore abbia o meno la competenza giurisdizionale. Preliminarmente si osserva che ovviamente ciascun Paese aderente alla Convenzione di New York ha una propria disciplina interna di diritto internazionale privato processuale, che potrà attribuire la competenza giurisdizionale in capo al giudice dello Stato del creditore, o viceversa contenere criteri di collegamento che proiettano la competenza verso uno Stato estero. Posto dunque che la verifica deve essere effettuata caso per caso (rectius, Paese per Paese), possono qui svolgersi alcune considerazioni di carattere generale, quanto meno per quanto riguarda i Paesi aderenti alla Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (ratificata in Italia con l. 21.6.1971, n. 804), di recente trasfusa nel Regolamento CE 44/2001 del 22.12.2000 del Consiglio dell'Unione Europea. Con riferimento alle azioni meramente esecutive, volte a riscuotere un credito già accertato e riconosciuto con provvedimento giurisdizionale, la normativa della maggior parte dei Paesi (e lo stesso Regolamento CE 44/2001 [v. art. 22, n. 5]) attribuisce la competenza giurisdizionale esclusiva allo Stato in cui ha luogo l'esecuzione, ossia lo Stato dove sono situati i beni del debitore che si intendono aggredire.*

*In questi casi, sussiste dunque pienamente il requisito della necessità per il creditore alimentare di agire davanti a un giudice di uno Stato estero, e deve pertanto essere sempre azionabile la Convenzione di New York. Di segno opposto sembra essere l'assetto normativo in tema di competenza giurisdizionale per le azioni di accertamento del credito alimentare e condanna del debitore al pagamento. Per i Paesi Europei, l'art. 5, n. 2 del Regolamento CE 44/2001 in tema di obbligazioni alimentari prevede, in aggiunta al foro generale del domicilio del convenuto, anche la competenza giurisdizionale dello Stato in cui il creditore alimentare ha il domicilio o la residenza abituale. Pertanto, operando qui la giurisdizione concorrente dello Stato del creditore, l'azione giudiziale all'estero non costituisce una necessità per quest'ultimo, e dovrebbe quindi essere esclusa l'applicazione della Convenzione di New York: il creditore alimentare deve pertanto procurarsi nel proprio Paese un titolo giudiziale che accerti e quantifichi il suo credito alimentare, e solo successivamente ricorrere alla Convenzione di New York per dare esecuzione al provvedimento giurisdizionale nel Paese in cui il debitore ha il proprio patrimonio.*

*4. Va peraltro rilevato che, nonostante l'affermarsi di una consolidata prassi internazionale in tal senso, la questione interpretativa in esame non è regolata da una esplicita e chiara disposizione della Convenzione, e dunque la soluzione offerta con il presente parere potrebbe non essere condivisa, e determinare una reazione diplomatica da parte di quei (sia pur pochi) Paesi come la Svezia e la Norvegia – che accedono invece alla tesi dell'estensione illimitata dell'ambito di operatività della Convenzione. Potrebbe allora essere adottata una soluzione, per così dire, "intermedia", che prenda le mosse proprio dalla clausola di necessità contenuta nell'art. 6, par. 1, cit., e ne fornisca una lettura più elastica rispetto a quella che la lega al rigido parametro della esistenza o meno della giurisdizione esclusiva dello Stato del debitore. Si potrebbe affermare cioè che, in presenza della giurisdizione concorrente dello Stato del creditore, il ricorso alla Convenzione di New York non sia di norma necessario, e dunque ai sensi dell'art. 6 la richiesta di assistenza*

*all'Istituzione Intermediaria dello Stato del debitore non sia ammissibile. Ma si potrebbero far salve le ipotesi in cui vi siano particolari motivi che inducano a ritenere preferibile la proposizione dell'azione alimentare nello Stato del debitore, pur avendo il creditore la possibilità di rivolgersi al giudice del proprio Paese. Tra questi motivi vi potrebbe essere ad esempio quello del rischio che la sentenza emessa dal giudice dello Stato del creditore non sia suscettibile di riconoscimento nello Stato del debitore: è il caso in cui l'ordinamento processuale dello Stato del creditore non assicuri adeguatamente i diritti di difesa (del convenuto), oppure che in quel Paese debba applicarsi una disciplina sostanziale contraria all'ordine pubblico del Paese dove la sentenza dovrebbe essere eseguita. Ancora, sarebbe possibile accogliere la richiesta di assistenza ai sensi della Convenzione quando l'acquisizione della prova dell'esistenza del credito alimentare sia particolarmente difficile e onerosa nello Stato del creditore, e al contrario sia notevolmente più agevole nello Stato del debitore. È chiaro però che il ricorso alla Convenzione, in presenza della giurisdizione concorrente dello Stato del creditore, deve costituire in ogni caso l'eccezione, e non la regola, e che sull'Autorità Speditrice del Paese del creditore grava l'onere di fornire all'Istituzione Intermediaria gli elementi concreti da cui possa evincersi la necessità, ai sensi dell'art. 6, par. 1, cit., di proporre l'azione di cognizione davanti al giudice dello Stato del debitore. In definitiva, nei casi di giurisdizione concorrente dello Stato del debitore e dello Stato del creditore, la scelta di ricorrere o meno alla Convenzione non è rimessa al mero arbitrio del creditore, ma deve essere supportata da elementi concreti da cui emerga la particolare difficoltà per quest'ultimo di ottenere una sentenza di accertamento del credito alimentare da parte del giudice del proprio Paese, e quindi la necessità di adire il giudice dello Stato del debitore.*

*5. Alla luce di queste considerazioni la Scrivente ritiene quindi preferibile in linea di massima la tesi restrittiva secondo cui l'Istituzione Intermediaria ha la legittimazione straordinaria ad agire nei soli casi in cui lo Stato del creditore non abbia la competenza*

giurisdizionale. Ciò anche tenendo conto di quanto rappresentato da ultimo da codesto Ministero nella nota prot. 1180/40.1.559, da cui è emerso che tale orientamento si conformerebbe a una prassi seguita dalla quasi totalità dei Paesi aderenti alla Convenzione, e che esso determinerebbe una sensibile semplificazione della procedura di assistenza. Dovranno dunque essere respinte, di norma,

le richieste di assistenza per azioni che possano essere proposte anche davanti ai giudici dello Stato del creditore. Ma potrà essere fatta salva la possibilità di valutare, e accogliere, le richieste accompagnate da motivi specifici che possano indurre a ritenere che, in quel caso concreto, sia necessario e preferibile adire l'autorità giudiziaria dello Stato del debitore».

«.....GA.....»

# CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **DURC: LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI DECERTIFICAZIONE SI APPLICANO ANCHE AL DOCUMENTO DI REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA CHE DEVE ESSERE ACQUISITO D'UFFICIO DALLA AMMINISTRAZIONE INTERESSATA**

Con la circolare in esame vengono forniti chiarimenti sull'ambito di applicazione dell'art. 40, co. 2, d.P.R. n. 445 del 2000. In particolare sono trattati i seguenti argomenti: 1) Applicazione al DURC delle disposizioni introdotte dall'art. 40, co. 2, d.P.R. n. 445 del 2000; 2) Acquisizione d'ufficio nella materia dei lavori pubblici; 3) Modalità di effettuazione della richiesta del DURC. In sintesi nella circolare si conferma che le disposizioni in materia di decertificazione si applicano anche al Documento di regolarità contributiva, che però deve essere sempre acquisito d'ufficio dalla amministrazione interessata. Le imprese possono verificare l'inoltro della richiesta del DURC da parte delle PA. attraverso apposita funzione di consultazione disponibile [www.sportellounicoprevidenziale.it](http://www.sportellounicoprevidenziale.it) (**Funzione Pubblica, circ. n. 6 del 31.5.2012**).

«..... GA.....»

### **IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI SONO DEVOLUTE ALLA COGNIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO TUTTE LE CONTROVERSIE SORTE NELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO**

*In base al criterio generale del petitum sostanziale in materia di riparto della giurisdizione, che ha riguardo alla natura*

*della posizione soggettiva di cui si chiede tutela nei confronti della pubblica amministrazione, in materia di contratti pubblici, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario tutte le controversie sorte nella fase di esecuzione del contratto, in quanto hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti al rapporto di natura privatistica sorto a seguito dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto (CdS, V, 6.2.2003, n. 628). Nello stesso senso è l'orientamento nomofilattico della Cassazione che ha statuito che il rapporto costituitosi con un'amministrazione pubblica per effetto di un contratto ancorché attinente all'esercizio di un pubblico servizio, ha natura privatistica. Ne consegue che la controversia promossa dal privato nei confronti dell'amministrazione per controversie sorte nella fase di esecuzione del rapporto negoziale è riservata alla cognizione del giudice ordinario, trattandosi di controversia attinente a posizioni di diritto soggettivo (Cass., sez. un., 27.11.2002, n. 16838).*

*Quanto alla materia dello smaltimento dei rifiuti, a parte che solo lo smaltimento dei rifiuti urbani strictu sensu è definito servizio pubblico, mentre non può riconoscersi tale natura a tutti i servizi richiesti ai soggetti esercenti il servizio di igiene urbana, la convenzione al riguardo stipulata tra il Comune di Brindisi e la società, deve essere riguardata, al di là del nome iuris, come un contratto di diritto privato, nel quale le parti sono poste su un piano paritetico, con la conseguenza che le controversie da essa originanti, attenendo a diritti soggettivi, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario (cfr. Cass. sez. un., 11.1.2011, n. 391; Cass. sez. un., 27.11.2002, n. 16831). D'altra parte anche il TAR rileva che "nella*

*fattispecie in esame gli atti impugnati hanno carattere paritetico e valenza meramente civilistica, poiché essi costituiscono esplicazione di poteri negoziali, previsti dalle norme contrattuali” ed applica di conseguenza alla fattispecie i termini prescrizionali in materia di impugnazione e non quelli di decadenza (CdS, V, 25.7.2012, n. 4224).*

«..... GA.....»

### **LEGITTIMA L'ESCLUSIONE DALLA GARA PUBBLICA IN PRESENZA DI COLLEGAMENTI SOSTANZIALI TRA LE IMPRESE PARTECIPANTI CHE NE COMPROMETTONO LA REGOLARITÀ**

*Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, fra le cause di esclusione dalle gare pubbliche devono essere ricomprese, oltre alle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c., anche quelle non codificate di collegamento sostanziale le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale, causano o possono causare la vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, risultando ininfluenti che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata o meno esplicitata nel bando di gara (CdS, V, 6.4.2009, n. 2139; 8.9.2008, n. 4267; VI, 5.8.2004, n. 5464; 13.6.2005, n. 3089), non rinvenendosi a tal fine alcun ostacolo dal contenuto delle disposizioni di cui al ricordato art. 2359 c.c. (CdS, IV, 28.1.2011, n. 673; V, 24.8.2010, n. 5923; VI, 26.2.2008, n. 1094). In tal modo si tende ad evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto ed il libero gioco della concorrenza possano essere irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse: la ratio di tale previsione è quella di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di*

*formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della PA. ai sensi dell'art. 97 cost.. E' stato evidenziato che, mentre in assenza di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o di altri indici rivelatori di un collegamento sostanziale, non può dirsi comprovata l'esistenza di un unico centro di interesse tra due (o più) soggetti distinti, tale da consentire uno scambio di informazione (CdS, VI, 27.7.2011, n. 4477), è sufficiente la presenza di significativi elementi rilevatori di un collegamento sostanziale tra le imprese affinché sorga l'onere in capo all'amministrazione di verificare se essi sia stato tale da alterare il normale, imparziale e concorrenziale meccanismo della gara (CdS, IV, 28.1.2011, n. 673); inoltre, mentre nelle ipotesi di situazioni di controllo ex art. 10, co. 1 bis, della l. 11.2.1994, n. 109, opera un meccanismo di presunzione iuris et de iure circa la sussistenza della turbativa del corretto svolgimento della procedura concorsuale, nel caso di collegamento sostanziale deve essere provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti (CdS, V, 17.9.2009, n. 5578; VI, 6.9.2010, n. 6469) (CdS, V, 18.7.2012, n. 4189).*

«..... GA.....»

### **AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI MENSA SCOLASTICA: INAMMISSIBILI I RICORSI IN APPELLO DEPOSITATI OLTRE QUINDICI GIORNI DALL'ULTIMA NOTIFICA**

*Nella presente controversia il Comune di Chieti ha impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza resa dal TAR concernente l'affidamento del servizio di mensa scolastica per le scuole. Il Consiglio di Stato ha dichiarato irricevibile il ricorso in quanto la causa, riguardando l'affidamento del servizio comunale di mensa scolastica, ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 119, co. 2, del codice del processo amministrativo ai*



sensi del quale tutti i termini processuali sono dimezzati fatti salvi quelli espressamente indicati. Ritenuto, di conseguenza, che nella presente controversia il termine per il deposito dell'appello è di quindici giorni, decorrenti dall'ultima notifica. Rilevato che dall'atte-stazione, facente prova fino a querela di falso, apposta dalla Segreteria di questo Consiglio di Stato sull'originale del ricorso in appello questo è stato depositato ventisette giorni dopo l'ultima notifica (CdS, V, 18.7.2012, n. 4182).

«..... GA.....»

**NELLE GARE DI APPALTO LA COMMISSIONE DI GARA NON PUÒ SOTTOPORRE L'OFFERTA AD OPERAZIONI MANIPOLATIVE O DI ADATTAMENTO CHE NON SIANO STATE PREVISTE DALLE DISPOSIZIONI DI GARA**

*Per principio pacifico (fra le più recenti, CdS, III, n. 1699 del 26.3.2012), nelle gare di appalto sussiste il divieto per l'amministrazione, sia a seguito di dichiarazioni correttive del partecipante, sia in conseguenza della sua attività interpretativa volta a riscontrare la reale volontà dell'offerente, di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative o di adattamento che non siano state previste dalle disposizioni di gara, determinandosi altrimenti una violazione della "par condicio" dei concorrenti e dell'affidamento da essi riposto nelle regole di gara e nella predisposizione delle rispettive offerte economiche. Non può quindi ritenersi consentito alle Commissioni giudicatrici di modificare una delle componenti dell'offerta sostituendosi, anche solo parzialmente, alla volontà dell'offerente e interpretando la sua stessa volontà frutto di scelte insindacabili. Mentre si è ritenuto possibile procedere alla correzione di un errore emendabile con una mera operazione matematica sulla base degli altri elementi contenuti nell'offerta economica presentata (come nel caso in cui il prezzo complessivo dell'offerta per un singolo bene non corrisponde, per un mero errore di calcolo, alla moltiplicazione del prezzo unitario offerto per il numero di pezzi richiesto). E*

*sempre che le disposizioni di gara non abbiano inteso dare comunque esclusiva rilevanza al prezzo complessivo dell'offerta (o viceversa al prezzo unitario) (CdS, III, 17.7.2012, n. 4176).*

«..... GA.....»

**NELL'INDIVIDUAZIONE DEL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE COMPETENTE A CONOSCERE DEL RICORSO AVVERSO GLI ATTI DI UNA PROCEDURA DI EVIDENZA PUBBLICA DEVE AVERSI RIGUARDO AL LUOGO DI ESECUZIONE DEI LAVORI, INDIPENDENTEMENTE DALLA SEDE DELLA STAZIONE APPALTANTE**

*Premesso che a norma dell'art. 13, co. 1, Cod. proc. amm. tra i due criteri di riparto della competenza territoriale, quello del luogo della sede dell'autorità emanante, e quello del luogo di produzione degli effetti dell'atto impugnato, deve darsi la prevalenza a quest'ultimo in virtù del dato letterale costituito dall'uso dell'espressione "comunque", rileva il Consiglio di Stato che ai fini dell'individuazione del Tribunale amministrativo regionale competente a conoscere del ricorso avverso gli atti di una procedura di evidenza pubblica (ivi compresi eventuali provvedimenti di esclusione) deve aversi riguardo al luogo di produzione degli effetti diretti cui è preordinato l'atto finale della procedura, ossia all'ambito territoriale di esplicazione dell'attività dell'impresa aggiudicataria conseguente all'emanazione dell'atto di aggiudicazione e alla stipula contrattuale, e dunque al luogo di esecuzione dei lavori, indipendentemente dalla sede della stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara e/o dalla sede dei partecipanti alla gara. Dovendo nel caso di specie il lavori oggetto della gara d'appalto essere eseguiti interamente nell'ambito provinciale di Trento, correttamente nell'impugnata sentenza è stata affermata la competenza territoriale dell'adito Tribunale regionale di giustizia amministrativa a conoscere della controversia (CdS, VI, 11.7.2012, n. 4105).*

«..... GA.....»

**LA VERIFICA DELLE OFFERTE ANOMALE EFFETTUATA DALLA COMMISSIONE DI GARA NON HA AD OGGETTO LA RICERCA DI SPECIFICHE E SINGOLE INESATTEZZE DELL'OFFERTA ECONOMICA, MA L'ACCERTAMENTO CHE L'OFFERTA SIA ATTENDIBILE NEL SUO COMPLESSO**

*Esula dal giudizio di legittimità ogni considerazione che attenga al merito delle valutazioni della commissione di gara in sede di verifica della congruità dell'offerta trattandosi di esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, salvo illogicità o irragionevolezza. D'altra parte la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (cfr. CdS, V, 22.9.2009, n. 5642; 19.5.2007, n. 1971). Nel caso di specie, rileva il Consiglio di Stato, la commissione di gara nel rilevare le giustificazioni fornite dall'a.t.i. ricorrente, ha evidenziato l'insufficienza degli elaborati prodotti per dimostrare l'economia del procedimento di costruzione, l'assenza di alcuna documentazione per correlare le soluzioni tecniche con la riduzione del costo complessivo dell'opera, l'assenza di elementi oggettivi e verificabili a comprova delle condizioni favorevoli di cui disporrebbe l'impresa, l'assenza di un calcolo analitico per dimostrare la riduzione di spesa rapportata alle migliorie proposte. Tali carenze non sono state superate dalla documentazione prodotta dalla ricorrente a corredo delle giustificazioni (CdS, V, 6.7.2012, n. 3959).*

«..... GA.....»

**IL TAGLIO DELLE ALI NELLE GARE DA AGGIUDICARE CON IL CRITERIO DEL PREZZO PIÙ BASSO**

*Nel caso sottoposto all'attenzione del Con-*

*siglio di Stato si controverte della richiesta di annullamento della sentenza del TAR con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del verbale di gara con il quale è stata determinata la soglia di anomalia e si è proceduto all'aggiudicazione in via provvisoria della gara. In base alle previsioni il criterio di aggiudicazione da seguire è quello del prezzo più basso, previa esclusione delle offerte con percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, ex artt. 86, co. 1, e 122, co. 9, del d. lgs. n. 163/2006. Il Consiglio di Stato rileva che in base a quest'ultima norma, al fine dell'esclusione automatica delle offerte cd. anomale, sono considerate tali tutte quelle che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione (cd. taglio delle ali) del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente, delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Pertanto, dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi: - taglio delle ali, vale dire l'esclusione dal calcolo del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; - calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le residue offerte; - calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che in tali offerte superano la predetta media; - somma dei dati relativi alla media aritmetica e allo scarto medio aritmetico, con la conseguente determinazione della soglia di anomalia. Per dato letterale e logico, in via generale in dette operazioni vengono in rilievo le offerte, alle quali fa riferimento il legislatore, a prescindere dalla entità dei ribassi in esse contenuti (cd. criterio assoluto). In particolare non vi sono elementi dai quali, come regola generale, possa desumersi che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (cd. criterio relativo). Unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che nel calcolo per il taglio delle ali vengano a trovarsi a cavallo della percentuale del 10%; e ciò, secondo un*



indirizzo giurisprudenziale condiviso dal Collegio (CdS, V, 18.6.2001, n. 3216; 26.2.2003, n. 1094; 3.6.2002, n. 3068), in base al quale: a) la ratio dell'esclusione (dal novero delle offerte prese in considerazione) di quelle collocate ai margini estremi dell'ala, sta nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media; b) nel caso in cui siano più di una le offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta quindi altra strada che quella di attribuire alla parola "offerte", un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Sicché la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10%, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo delle successive operazioni. In tutti gli altri casi, per dato letterale inequivocabile, opera invece il criterio assoluto, con considerazione distinta delle singole offerte pur se aventi il medesimo ribasso, essendo stabilito in particolare, per quel che qui rileva, che la media aritmetica riguarda i ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse e non i ribassi in esse contenuti (CdS, V, 15.10.2009, n. 6323) (CdS, V, 6.7.2012, n. 3953).

«..... GA.....»

#### **LE VIOLAZIONE DI PRESCRIZIONI COMPILATIVE PREVISTE DAL BANDO DI GARA NON POSSONO INTEGRARE VALIDI MOTIVI PER LIMITARE L'ACCESSO ALLA PROCEDURA DI GARA**

L'art. 46, co. 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006 restringe le ipotesi di esclusione previste dal bando di gara, sanzionandole con la nullità, ove non siano coerenti con quelle indicate nella prima parte della norma relative al mancato adempimento delle prescrizioni

previste dal codice o dal regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, o che violino il principio di segretezza delle offerte. Pertanto solo la carenza di uno dei requisiti generali e speciali previsti dal codice dei contratti pubblici è causa di esclusione, risultando nulla qualsiasi eventuale ulteriore prescrizione meramente compilativa prevista nel bando di gara (CdS, V, 6.7.2012, n. 3952).

«..... GA.....»

#### **NEL SUB-PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA L'AMMINISTRAZIONE NON E' TENUTA A CONFUTARE PUNTUALMENTE TUTTE LE OSSERVAZIONI SVOLTE DAGLI INTERESSATI**

Secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale l'obbligo dell'amministrazione di assicurare il contraddittorio nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia non implica la confutazione puntuale di tutte le osservazioni svolte dagli interessati, essendo sufficiente che il provvedimento amministrativo sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza comunque percepibile la ragione del mancato accoglimento delle deduzioni difensive del privato (CdS, V, 10.5.2012, n. 2701; 10.9.2009, n. 5424; IV, 5.10.2005, n. 5365; VI, 23.3.2009, n. 1700; 7.1.2008, n. 17; 11.4.2006, n. 1999) (CdS, V, 2.7.2012, n. 3850).

«..... GA.....»

#### **NON E' NECESSARIA LA PUBBLICAZIONE SULLA GAZZETTA UFFICIALE, ESSENDO SUFFICIENTE QUELLA SULL'ALBO PRETORIO, DEL BANDO AVENTE AD OGGETTO L'AFFIDAMENTO DI UNA CONCESSIONE DI SERVIZI**

L'omessa pubblicazione del bando sulla gazzetta ufficiale, prescritto per gli appalti sottosoglia dall'art. 124, deve essere valutata nell'ambito di una procedura - quale è quella in esame - che ha avuto ad oggetto l'affidamento di una concessione di servizi,

*fattispecie cui a norma dell'art. 30 non si applicano le disposizioni del codice dei contratti quanto piuttosto i principi generali desumibili dal Trattato. Si tratta quindi di valutare se la pubblicazione del bando - anche nella Gazzetta Ufficiale, oltre che all'albo pretorio - sia una condizione irrinunciabile a garanzia del rispetto dei principi di trasparenza e di adeguata pubblicità, consapevoli che su tale questione si è già pronunciato implicitamente questo Consiglio, nel senso di ritenere che si possa legittimamente fare a meno della pubblicazione del bando anche nella Gazzetta Ufficiale (v. CdS, V, n. 2709/2011) (CdS, III, 2.7.2012, n. 3843).*

«..... GA.....»

**AFFIDAMENTO DI APPALTI PUBBLICI: LA COMMISSIONE GIUDICATRICE NON HA POTERI MODIFICATIVI E/O MANIPOLATIVI DELLA VOLONTÀ ESPRESSA DAI CONCORRENTI NEL REDIGERE L'OFFERTA**

*Costituisce principio fondamentale in materia di gara per l'affidamento di appalti pubblici, quello per cui l'offerta, sia economica che tecnica, presentata dall'impresa partecipante deve essere "unica e imm modificabile" al fine di garantire l'effettiva parità di condizioni tra i concorrenti. Conseguentemente, né l'impresa partecipante può nel corso della gara modificare l'offerta né, tantomeno, la commissione giudicatrice può intervenire sulla stessa correggendola o scorporandola al fine di individuare un diverso ammontare rispetto a quello indicato dalla impresa partecipante. In particolare, la commissione di gara non ha poteri modificativi e/o manipolativi della volontà espressa dai concorrenti nel redigere l'offerta (CdS, IV, 29.1.2008 n. 263) e ciò non solo perché, diversamente opinando, si violerebbe il principio della par condicio dei concorrenti, ma soprattutto perché il concorrente che risulti poi aggiudicatario sarà tenuto al rispetto della sola offerta che ha sottoscritto e non di quella, diversa, risultante dalla modifica operata dalla commissione. Si tratta di un principio fondamentale, improntato a*

*salvaguardare la trasparenza dell'azione amministrativa e la parità di trattamento tra i concorrenti, che costituisce espressione del più generale principio di imparzialità codificato dall'art. 97 della costituzione e, come tale, intangibile (CdS, V, 26.6.2012, n. 3752).*

«..... GA.....»

**LA SINDACABILITÀ DELLE VALUTAZIONI TECNICO - DISCREZIONALI DELLA COMMISSIONE DI GARA CIRCA L'OFFERTA ANOMALA E' POSSIBILE SOLTANTO QUANDO RISULTA EVIDENTE UNA MANIFESTA ILLOGICITÀ ED UNA INCONGRUA MOTIVAZIONE**

*Per consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa sono sindacabili le valutazioni tecnico-discrezionali della commissione di gara in sede di verifica dell'ano-malia unicamente in caso di evidente sviamento, travisamento dei fatti ed arbitrarietà, le quali rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta invece reputata congrua (ancora di recente: CdS, III, 14.2.2012, n. 210; V, 8.9.2010, n. 6495; 18.3.2010, n. 1589; VI, 21.5.2009, n. 3146). In ragione di un simile atteggiarsi della sfera di apprezzamento dei fatti riservata all'amministrazione da un lato e del potere del giudice di ripercorrere l'iter decisionale di questa, necessariamente ab extrinseco, l'onere di allegazione e prova a carico di colui che deduce i suddetti profili di illegittimità non può ritenersi assolto attraverso una versione alternativa di parte, occorrendo invece enucleare specifici punti in cui il positivo riscontro sull'attendibilità dell'offerta si riveli, nel suo complesso, logicamente deficitario ed incongruamente motivato (in termini: sez. V, 12.3.2012, n. 1369) (CdS, V, 26.6.2012, n. 3737).*

«..... GA.....»

**E' LEGITTIMA LA DECISIONE ADOTTATA DALLA STAZIONE APPALTANTE DI REVOCARE L'AGGIUDICAZIONE LADDOVE VENGA ACCERTA-**

## **TA, DURANTE LA GARA, UNA SITUAZIONE DI IRREGOLARITÀ DEL DURC**

*Secondo un condivisibile indirizzo interpretativo, alla luce della disciplina introdotta dal d. m. del Ministero del lavoro 24.10.2007 e dalla successiva circolare applicativa n. 5 del 2008, e in omaggio ad un coerente indirizzo giurisprudenziale, la presenza di un d.u.r.c. 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 adempimenti ed alla definitività dell'accertamento previdenziale (cfr., ex plurimis, CdS, V, 12.10.2011 n. 5531; id., 30.6.2011, n. 3912). Aggiunge, inoltre, il Consiglio di Stato che merita adesione l'indirizzo ermeneutico secondo cui la regolarità contributiva 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 (cfr., ex multis, CdS, IV, 12.3.2009, n., 1458; id., 15.9.2010, n. 6907). Alla stregua di detti principi, deve ritenersi legittima nella specie la decisione con la quale la stazione appaltante ha deciso di revocare l'aggiudicazione in favore della ricorrente originaria con riguardo alla quale era stata accertata, durante la gara, una situazione di irregolarità mediante DURC negativo (CdS, V, 26.6.2012, n. 3738).*

«..... GA.....»

## **LE IMPRESE PARTECIPANTI AD UN COSTITUENDO RAGGRUPPAMENTO DEVONO INDICARE LE QUOTE DI LAVORI CHE CIASCUNA ESEGUIRÀ IN MODO DA PERMETTERE SUBITO LA VERIFICA DEI REQUISITI**

*La giurisprudenza ha messo in luce che il principio di buon andamento e di trasparenza impone che le imprese partecipanti ad un costituendo raggruppamento indichino le quote di lavori che ciascuna eseguirà in modo da permettere subito la verifica dei requisiti, atteso che la normativa vigente si*

*impertina su un principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione e tra queste e le quote di esecuzione con la conseguenza che tali informazioni non possono essere evidenziate ex post, in sede di esecuzione del contratto, costituendo requisiti di ammissione la cui inosservanza determina la esclusione dalla gara (CGARS, 31.3.2006 n.116; CdS, VI, 8.2.2008, n. 416) (CdS, III, 26.6.2012, n. 3741).*

«..... GA.....»

## **L'OBBLIGO DI RENDERE LE DICHIARAZIONI DI CUI ALL'ART. 38 CO. 1 LETT. C) DEL CODICE DEI CONTRATTI GRAVA ANCHE SUGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ CEDENTI L'AZIENDA O RAMI DI AZIENDA IN FAVORE DELL'IMPRESA CHE PARTECIPA ALLA GARA**

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame affronta la questione afferente l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 co. 1 lett. c), se più precisamente detto obbligo debba riferirsi (oltre che pacificamente agli amministratori delle società cessionarie) anche agli amministratori delle società cedenti l'azienda o rami di azienda in favore dell'impresa che partecipa alla gara. Rileva il Collegio che sul punto si è di recente pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10 del 2012, risolvendo il contrasto interpretativo sorto in giurisprudenza. In particolare la Plenaria ha riconosciuto la sussistenza in capo al cessionario dell'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), del codice dei contratti (d. lgs. n. 163 del 2006) anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno), sul fondamentale rilievo che «la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio ubi commodi, ibi incommodi: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze,*

sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente». Né, ha osservato la Plenaria, l'impresa cessionaria potrebbe invocare quale esimente il fatto di non conoscere i nominativi degli amministratori della società cedente e, tanto meno, i loro precedenti penali ove gli stessi non risultino dai certificati del casellario giudiziale, poiché - si legge nella citata sentenza - «il segnalato inconveniente può esser agevolmente superato dal cessionario attraverso l'adozione di opportune cautele, quali il pretendere dall'impresa che si intenda acquisire l'attestazione circa intervenute condanne o indagini penali già in corso sui rispettivi vertici amministrativi e tecnici per reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale, nonché prevedendo penali o garanzie o risoluzione della cessione al verificarsi di tali fatti, suscettibili di risolversi negativamente per tali soggetti entro il successivo triennio (ora entro il successivo anno)» (CdS, III, 25.6.2012, n. 3718).

«..... GA.....»

**LE DISPOSIZIONI POCO CHIARE CONTENUTE NEL BANDO DI GARA O NELLA LETTERA D'INVITO O NEGLI ALLEGATI VANNO INTESE NEL SENSO PIÙ FAVOREVOLE ALLA PIÙ AMPIA PARTECIPAZIONE E ALLA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO RIPOSTO DAGLI INTERESSATI DI BUONA FEDE**

*Nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto della PA. deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione (CdS, V, 30.8.2005, n. 4413). Inoltre, tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la lex specialis, per cui, in caso di*

*oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c. (dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative), impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, e restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati (CdS, V, 1.3.2003, n. 1142) (CdS, V, 22.6.2012, n. 3687).*

«..... GA.....»

**NON PUÒ ESSERE ESCLUSA DALLA GARA LA CONCORRENTE CHE HA PRESENTATO LA RELAZIONE ILLUSTRATIVA DELL'OFFERTA TECNICA COMPOSTA DA UN NUMERO DI PAGINE SUPERIORE A QUELLO PREVISTO DAL BANDO**

*Per costante giurisprudenza non può essere esclusa dalla gara la concorrente che ha presentato la relazione illustrativa dell'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto dal bando, qualora tale inosservanza non sia da questa prevista a pena di esclusione. Né può ritenersi, aggiunge il Consiglio di Stato, che la prescrizione del bando di gara secondo cui la non conformità a quanto richiesto dal bando comporterà l'esclusione dalla gara, potrebbe sorreggere l'esclusione nel caso qui in questione, attesa la genericità della proposizione. Sarebbe, invero, irragionevole interpretare tale clausola nel senso della esclusione automatica per qualsiasi minimale ed irrilevante deviazione dai modelli di comportamento (CdS, V, 21.6.2012, n. 3677).*

«..... GA.....»

**LE OPERAZIONI DI GARA SONO RIVEDIBILI ANCHE DOPO LA CHIUSURA DEI VERBALI DELLA GARA PURCHÉ PRIMA DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA**

*Le operazioni di gara sono rivedibili anche dopo la chiusura dei verbali della gara stessa, finché il competente organo di amministrazione attiva non si sia pronunciato sulla approvazione dell'aggiudicazione in via definitiva (in generale, su ambito di applicazione, condizioni e limiti dell'autotutela decisoria nella materia degli appalti pubblici v. CdS, V, n. 661 del 2000, dal p. 10) (CdS, V, 21.6.2012, n. 3678).*

«..... GA.....»

### **L'ATTO DI NOMINA DI UNA COMMISSIONE DI GARA NON E' IMPUGNABILE IN VIA AUTONOMA**

*La giurisprudenza è costante nel ritenere, in applicazione dei principii dettati dall'Ad. Plen. n. 1 del 2003, che l'atto di nomina di una Commissione di gara non sia impugnabile in via autonoma, in quanto non immediatamente suscettibile di ledere la posizione dei partecipanti alla procedura. Il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice di una gara, pertanto, può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga leso nei suoi interessi solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e la nomina dell'aggiudicatario, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene, pertanto, compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (CdS, III, 18.6.2012, n. 3550).*

«..... GA.....»

### **CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI: LA STAZIONE APPALTANTE, SOLO AL MOMENTO DELL'IMPOSTAZIONE DELLA GARA, PUÒ AVVALERSI DELLE MISURE VOLTE A RIPRISTINARE L'EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANZIARIO DEL RAPPORTO PREVISTE DALL'ART. 143 DEL D. LGS N. 163/2006**

*Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di*

*lavori ad esse strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica (art. 143 co. 1) e la controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Da ciò consegue che l'onere di valutare la convenienza economica dell'operazione ricade in primo luogo sul concessionario, al quale spetta accertare se i costi siano adeguatamente coperti dai ricavi ragionevolmente prevedibili. In altri termini, il rapporto di concessione di lavori pubblici coinvolge una stazione appaltante ed un imprenditore il quale, in quanto tale, sopporta il rischio economico dell'operazione in vista del conseguimento, necessariamente non garantito, di un utile patrimoniale adeguato, mentre la stazione appaltante agisce in vista del conseguimento di un utile non patrimoniale, consistente nell'incremento dei servizi a favore della collettività. Come in tutte le procedure di evidenza pubblica anche nella concessione di lavori pubblici i termini economici del rapporto devono essere conoscibili da chiunque abbia interesse all'aggiudicazione, e di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente. E' vero che l'art. 143 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, prevede alcune misure volte a ripristinare l'equilibrio economico - finanziario del rapporto quando questo non si sia realizzato in concreto (in particolare il quarto comma, il quale prevede che la controprestazione a favore del concessionario possa essere costituita anche da un prezzo, e l'ottavo comma, il quale prevede che la concessione possa avere una durata superiore a quella massima di trenta anni), ma si tratta di disposizioni di cui la stazione appaltante può avvalersi solo nell'impostare la gara, in modo da avviare il confronto concorrenziale anche sulla loro base. Le stesse norme non consentono invece di restringere il numero dei candidati prevedendo clausole tali da ridurre la convenienza dell'imprenditore, per poi ripristinare il giusto equilibrio contrattando*

*esclusivamente con l'aggiudicatario. Nel caso di specie rileva poi il Consiglio di Stato l'inapplicabilità alla vicenda in esame del richiamo effettuato dall'appellante all'ultima parte dell'ottavo comma dell'art. 143, la quale prevede che "i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente. Al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico-finanziario del Piano Economico Finanziario, per le nuove concessioni di importo superiore ad un miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni." Osserva, infatti, il Collegio che la norma non è applicabile nella presente controversia in quanto volta a disciplinare eventi che si verificano nel corso del rapporto concessorio ammettendo la modifica del suo contenuto, mentre nel caso di specie la proroga è stata decisa a rapporto esaurito, quando sarebbe stato necessario indire una nuova gara, ed ha avuto il contenuto di un nuovo e distinto contratto, affidato in difetto di ogni confronto concorrenziale. Inoltre, i casi nei quali la norma consente la modifica dei termini del rapporto, essendo palesemente eccezionali, non consentono applicazioni estensive, e sono accomunati dal fatto di avere alla base circostanze di particolare rilevanza che sopravvenendo alla stipula del contratto ne*

*modificano nella sostanza l'attuazione. Nel caso di specie, invece, presupposto della proroga è solo la constatazione, "a posteriori", di un risultato economico meno favorevole, per l'imprenditore, di quello originariamente previsto, per cui non ricade nell'ambito di applicazione della disposizione invocata (CdS, V, 13.6.2012, n. 3474).*

«..... GA.....»

**VALUTAZIONE DELLE OFFERTE DA PARTE DELLA COMMISSIONE DI GARA PUBBLICA: L'ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI IN FORMA NUMERICA PUÒ ESSERE CONSENTITA SOLO QUANDO IL NUMERO DELLE SOTTOVOCI, CON I RELATIVI PUNTEGGI, SIA SUFFICIENTEMENTE ANALITICO DA DELIMITARE IL GIUDIZIO DELLA COMMISSIONE NELL'AMBITO DI UN MINIMO E DI UN MASSIMO ALTREMENTE E' NECESSARIA UNA PUNTUALE MOTIVAZIONE DEL PUNTEGGIO ATTRIBUITO**

*Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale l'art. 83 co. 4, del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, nello stabilire che il bando di gara, per ciascun criterio di valutazione prescelto, può prevedere, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni nella essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente alla aggiudicazione del contratto in gara (CdS, III, 22.3.2011, n. 1749). E' stato anche ripetutamente affermato che quanto alla valutazione delle offerte da parte della commissione di gara pubblica, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica può essere consentita solo quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro i quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia sufficientemente analitico da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo,*



rendendo così evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico, in applicazione di puntuali criteri predeterminati, controllandone la logicità e la congruità essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito (CdS, III, 11.3.2011, n. 1583; V, 17.1.2011, n. 222; 3.12.2010, n. 8410; 16.6.2010, n. 3806; 9.4.2010, n. 1999; 29.12.2009, n. 8833; 11.5.2007 n. 2355). Nel caso di specie, nella *lex specialis* della gara non sono stati tuttavia individuati, per ogni criterio di valutazione dell'offerta, eventuali specifici *sub - criteri* e *sub - pesi*, solo in presenza dei quali la sola attribuzione del punteggio può costituire idonea motivazione della valutazione operata dalla commissione. Infatti, il bando di gara dopo aver stabilito che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, ha pure individuato i parametri di valutazione, limitandosi tuttavia per ognuno di essi a prevedere il punteggio massimo attribuibile, senza alcuna ulteriore specificazione di *sub - criteri* o di *sub - punteggi*, ed attribuendo così alla commissione di gara un notevolissimo potere discrezionale; tali parametri di valutazione sono stati pedissequamente riportati e ribaditi nel capitolato speciale d'appalto. In tale situazione, ad avviso della Sezione, era indispensabile ai fini della legittimità della valutazione delle offerte presentate (e dell'attribuzione dei punteggi per i singoli parametri) la puntuale esternazione delle ragioni che avevano indotto la commissione di gara ad attribuire i punteggi contestati, non solo per permettere, in astratto, la ricostruzione dell'iter logico - giuridico seguito dalla commissione, ma soprattutto per consentire l'effettivo esercizio della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, ai sensi degli artt. 24 e 113 cost.. Infatti, se non può dubitarsi dell'ampio potere discrezionale di cui è titolare una commissione di gara per l'affidamento di un appalto pubblico nella valutazione delle offerte proprio per la scelta del miglior contraente, non può tuttavia negarsi che, in omaggio ai principi fondamentali che regolano l'azione ammini-

strativa, come predicati dall'art. 97 cost., l'esercizio di tale potere per non trasmodare in mero arbitrio deve poter essere sempre sindacabile quantomeno sotto il profilo della logicità, razionalità e ragione-volezza: ciò può avvenire, allorquando difettino obiettivi criteri predeterminati che possano guidare, indirizzare e rendere perciò manifestamente comprensibile il concreto esercizio del predetto potere discrezionale, solo attraverso la motivazione della valutazione effettuata, cioè attraverso la puntuale indicazione delle ragioni di fatto che hanno giustificato la determinazione (attribuzione del punteggio) assunta (CdS, V, 12.6.2012, n. 3455).

«..... GA.....»

#### **IL CONSIGLIO DI STATO DETTA I PRINCIPI A CUI LA PA. DOVRÀ ADEGUARSI NELLA VALUTAZIONE DELLA CONGRUITÀ DELL'OFFERTA**

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato procede nell'*excursus* degli orientamenti giurisprudenziali formatesi in tema di verifica della congruità della offerta, rilevando come la Sezione (v. di recente, la sentenza n. 1183/12 e, *ivi*, numerosi riferimenti giurisprudenziali ulteriori) ha affermato che: - nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta presentata in una pubblica gara il Giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dall'amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può verificare in via autonoma la congruità della offerta presentata e delle sue singole voci, sovrappponendo così la sua idea tecnica al giudizio, non erroneo né illogico, formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice violerebbe il fondamentale principio della separazione dei poteri; - il giudizio di verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme. L'attendibilità della offerta va cioè valutata nel complesso, e non con riferimento alle

*single voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dalla incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme, ferma restando la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, potrebbero rendere l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità; - sul piano strettamente motivazionale è ormai sedimentata l'elaborazione giurisprudenziale in base alla quale il giudizio di anomalia richiede una motivazione rigorosa e analitica ove si concluda in senso sfavorevole all'offerente, mentre non si richiede, di contro, una motivazione analitica nell'ipotesi di esito positivo della verifica. In quest'ultimo caso è sufficiente una motivazione "per relationem" riferita alle giustificazioni presentate dal concorrente (sempre che a loro volta adeguate). Di conseguenza, in questa seconda evenienza grava su colui il quale contesti l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il Giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale della Stazione appaltante sia stata manifestamente irragionevole, ovvero basata su fatti erronei o travisati (CdS, V, 6.6.2012, n. 3340).*

«..... GA.....»

#### **LA FUNZIONE DI GARANZIA DELLA CAUZIONE PROVVISORIA NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA**

*Nelle procedure a evidenza pubblica per la scelta del contraente la cauzione provvisoria versata dai partecipanti svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto,*

*sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da garantire l'affidabilità della offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara (CdS, V, n. 3746/09 e IV n. 4789/04). La cauzione provvisoria rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente (CdS, V, 6.5.2012, n. 3339).*

«..... GA.....»

#### **NEL RISARCIMENTO DEL DANNO LIQUIDATO DAL GIUDICE PER LA MANCATA AGGIUDICAZIONE DELLA GARA NON VENGONO RICOMPRESSE LE SPESE LEGALI TRATTANDOSI DI DANNI SUCCESSIVI ALL'AGGIUDICAZIONE**

*In sede di liquidazione del risarcimento del danno per mancata aggiudicazione non è ravvisabile una responsabilità delle parti per spese legali e per danni processuali atteso che, per quanto riguarda in particolare le spese legali si tratta di danni successivi all'aggiudicazione, come tali non riconoscibili.*

*In materia di spese processuali trova inoltre applicazione non la disciplina dell'illecito aquiliano dettata dall'art. 2043 c.c., ma la disciplina di cui agli art. 90 e seguenti c.p.c., disposizioni applicabili anche nei giudizi amministrativi (conf. CdS, V, 541/12, 6873/09 e IV, 3340/08; v. anche CdS, VI, n. 2751/08, cui si rinvia ex c.p.a.) (CdS, V, 5.6.2012, n. 3314).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA RIPARTIZIONE DELLA QUOTA DI PARTECIPAZIONE E DI ESECUZIONE NELL'AMBITO DELLE ATI: LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA I PRINCIPI DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE E GLI INTERESSI PUBBLICI COINVOLTI

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*Le novità normative sulla ripartizione della quota di partecipazione e di esecuzione nell'ambito delle ATI*

The new regulations on the distribution of the participation fee and implementation under the ATI

*Sommario: 1. La novella approvata dal d.P.R. n. 207/2010. 2. La partecipazione maggioritaria delle imprese mandataria; 3. Il numero massimo di partecipanti al Raggruppamento Temporaneo d'Impresa. 4. Una riflessione sulla ripartizione delle quote nel caso di appalti di servizi. 5. Brevi riflessioni conclusive.*

### **1. La novella approvata dal d.P.R. n. 207/2010.**

Il d.P.R. n. 207 del 2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione d. lgs. n. 163/06) all'art. 92, co. 2, stabilisce, con riferimento alle riunioni temporanee di imprese di tipo orizzontale, che “*Per i raggruppamenti temporanei di cui all'art. 34, co. 1, lett. d), del codice, i consorzi di cui all'art. 34, co. 1, lett. e), del codice, ed i soggetti di cui all'art. 34, co. 1, lett. f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, nel rispetto delle percentuali minime di cui al presente comma. Nell'ambito*

*dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara” (co. così modificato dall'art. 4, co. 15, lett. a-quinquies), l. n. 106 del 2011).*

In sintesi, la legge prevede che:

- la mandataria sia qualificata nella misura minima del 40% dei lavori da eseguire e che le mandanti debbano essere qualificate nella misura minima del 10% dei lavori da eseguire e prevede, ormai espressamente, una corrispondenza fra quote di qualificazione delle imprese e quote di partecipazione all'ATI, da una parte; e fra quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione dei lavori di ogni partecipante dall'altra.

In altri termini, alla quota di qualificazione deve corrispondere la quota di lavori che l'impresa partecipante all'ATI andrà ad eseguire e, considerando le soglie minime imposte dalla legge, il numero di imprese partecipanti all'ATI non potrà essere superiore a sette; se infatti alla mandataria è richiesto di partecipare ed eseguire in misura

pari ad almeno il 40% dei lavori ed alle mandanti in misura pari ad almeno il 10% dei lavori, non può che conseguire un numero massimo di imprese partecipanti al Raggruppamento pari a sette.

Il dettato dell'art. 92 del d.P.R. 207/10, evidentemente, a differenza del precedente art. 95 del d.P.R. 554/99, non lascia spazio a diverse interpretazioni: la precedente norma, infatti, imponeva le soglie minime esclusivamente con riferimento alla qualificazione delle imprese (sempre in misura del 40% per la mandataria e del 10% per le mandanti), lasciando aperta o, almeno, discutibile, la possibilità che alla percentuale di qualificazione non dovesse corrispondere necessariamente anche quella di esecuzione dei lavori, con ciò consentendo, in ipotesi, che la mandataria eseguisse una qualsiasi quota, purchè maggioritaria, di lavori e che, inoltre, il numero di partecipanti fosse parcellizzato (*“Per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'art. 10, co. 1, lett. d), e) ed e-bis), della legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalla mandataria (rectius: dalle mandanti) o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”*).

Pertanto, questa novella incide definitivamente su due aspetti relativi alla composizione delle ATI:

- l'effettiva partecipazione maggioritaria della mandataria in seno al raggruppamento, con una quota minima prefissata e decisamente rilevante;
- il numero massimo consentito di partecipanti al raggruppamento.

## **2. La partecipazione maggioritaria della impresa mandataria.**

Con riferimento al primo punto, è noto che l'orientamento della giurisprudenza e dell'Autorità di Vigilanza sui contratti Pub-

blici deponesse già nel senso di una corrispondenza sostanziale tra la quota di qualificazione, la quota di partecipazione all'associazione e quella di esecuzione dei lavori e, quindi, in sostanza, per un'effettiva partecipazione maggioritaria della mandataria. Infatti: *“Non è, pertanto, consentito che, al fine di dimostrare da parte della associazione temporanea il possesso del 100% dei requisiti minimi, una mandante “spenda” una quota di importo superiore o uguale a quella della mandataria, rinvenendosi la ratio della norma de qua nell'esigenza di assicurare che la mandataria sia effettivamente e non astrattamente il soggetto più qualificato in rapporto al complesso dei lavori a base d'asta comprensivo (...). Questo, perché il criterio di verifica della “misura maggioritaria” non si identifica nel “contributo potenziale” della capogruppo alla copertura del requisito, cioè nella capacità della mandataria di assumere una quota dei lavori appaltati, da valutare sulla scorta delle qualificazioni da essa possedute bensì occorre valorizzare il principio di corrispondenza sostanziale tra la quota di qualificazione, la quota di partecipazione all'associazione e quella di esecuzione dei lavori, desumibile dal combinato disposto dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006 e degli artt. 93, co. 4, e 95 del d.P.R. n. 554/1999 e s.m. e dell'art. 3 del d.P.R. n. 34/2000 e s.m.”* (cfr. AVCP, parere n. 65 del 25/03/2010); nonché: *“Vale anche per i concorsi di progettazione il principio, di portata generale, secondo cui - anche in assenza di una espressa previsione del bando o della lettera d'invito - le imprese riunite debbono dichiarare già in sede di offerta le quote di partecipazione all'ATI; è necessario altresì che la singola impresa componente dell'ATI abbia la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente a tale quota di partecipazione, a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione. Dalla mancata osservanza di tale obbligo discende la conseguenza che l'offerta contrattuale, che provenga da un'associazione di più imprese in termini che non assicurino la predetta, effettiva, corrispondenza, è inammissibile, perché comporta*

*l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso"*(cfr. CdS., III, 16.11.2011, n. 6048).

In concreto, se alla percentuale di qualificazione deve corrispondere quella di partecipazione e alla quota di partecipazione deve corrispondere effettivamente quella di esecuzione dei lavori e, come dice oggi l'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, la mandataria in sede di offerta assume i requisiti *"in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti"* ( il vecchio art. 95, c. 2, del d.P.R. n. 554 del 1999 parlava più vagamente di requisiti da possedersi *"in misura maggioritaria"*), sembra potersi concludere nel senso che, in seno alla specifica gara, la partecipazione maggioritaria della mandataria debba essere effettiva e sostanziale.

Non a caso, l'espedito dell'incremento del quinto (della classifica di appartenenza, ai fini della partecipazione ed esecuzione dei lavori), di cui all'art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010, *"non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'art. 92, co. 2"* (e sul punto la norma interviene espressamente, a differenza del precedente art. 3 del d.P.R. n. 34 del 2000).

Deve, di conseguenza, ritenersi chiarita anche l'ulteriore questione relativa alle ipotesi, non rare nella pratica, di ripartizione al 50% dei requisiti tra due soggetti riuniti: la necessaria superiorità percentuale dei requisiti della mandataria *"rispetto a ciascuna delle mandanti"*, non sembra ammettere che si possano dare casi di partecipazione alla pari.

### **3. Il numero massimo di partecipanti al Raggruppamento Temporaneo d'Impresa.**

La norma incide, come si è già anticipato, anche con riferimento al numero di partecipanti ammessi all'ATI.

Dal combinato disposto fra il principio, ormai scolpito, della necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione, partecipazione ed esecuzione, da una parte, e quello della misura minima di partecipazione

(pari almeno al 40% per la mandataria ed al 10% per ciascuna mandante), dall'altra, emerge chiaramente che il numero dei partecipanti all'ATI non potrà mai essere superiore a sette.

Il numero è, poi, destinato a restringersi ulteriormente ove taluna delle mandanti sfrutti l'espedito dell'incremento del quinto (partecipazione ed esecuzione dei lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto).

E' noto, infatti, che secondo l'art. 61, co. 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 (già art. 3 del d.P.R. n. 34 del 2000) *"La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'art. 92, co. 2)"*.

Per godere del beneficio del quinto, cioè, le mandanti debbono essere qualificate per un importo pari ad almeno il 20% dell'importo dei lavori a base di gara e, cioè, possono beneficiare dell'aumento solo ove partecipino all'associazione nella misura del 20% (sebbene la legge stabilisca che per entrare a far parte dell'ATI alle mandanti sia sufficiente una quota pari al 10%): in definitiva, avvalendosi dell'incremento del quinto, una mandante può partecipare all'ATI ed eseguire i lavori in misura pari almeno al 24% dell'importo, con ciò restringendo ulteriormente lo spazio residuo per le altre partecipanti (che sono vincolate a partecipare almeno al 10%).

### **4. Una riflessione sulla ripartizione delle quote nel caso di appalti di servizi.**

E' noto che secondo l'art. 37, co. 4, del d. lgs. n. 163/06, *"Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziate"*, mentre il co. 13 del

*medesimo articolo prevede, senza alcuna distinzione fra lavori e/o servizi e/o forniture, che “I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”*: in altri termini, il principio della necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione e partecipazione, nonché fra quote di partecipazione ed esecuzione, vige per ogni tipo di appalto.

Tuttavia, si è posto un problema per gli appalti di servizi, in particolare per l'ipotesi di ATI orizzontali in cui, ovviamente, non vi sono parti scorporabili e tutti i partecipanti al raggruppamento eseguono lo stesso tipo di prestazione: non sempre è possibile calcolare le diverse quote del servizio che le imprese associate si impegnano ad eseguire (problema che assume connotati ancora più marcati in casi particolari che si atteggiano, sotto il profilo della natura dell'oggetto della prestazione, quali contratti misti come, ad esempio, le concessioni di lavori in cui, ex ante, si dovrebbe calcolare l'incidenza dei servizi sull'ammontare complessivo delle prestazioni, inclusi, quindi, i lavori).

Non a caso, quando il principio della necessaria corrispondenza non era ancora stato codificato ma veniva di fatto già applicato dalla giurisprudenza maggioritaria, un orientamento più “*sensibile*” al tema si esprimeva in questi termini: “*in alcuni casi (che hanno indotto parte della giurisprudenza a sostenere la diversa tesi dell'inapplicabilità agli appalti di servizi della disposizione in questione) potrebbe apparire non facile indicare nell'offerta (in relazione alla prestazione richiesta dal bando) le diverse parti del servizio che le diverse imprese che si associano o che intendono associarsi in Ati si impegnano ad eseguire. Ma è compito delle stazioni appaltanti indicare, con la massima precisione possibile, la natura e la quantità (almeno stimata) delle prestazioni richieste, in modo da consentire alle partecipanti alle gare che intendono riunirsi in Ati di poter specificare sia la quota di partecipazione al raggruppamento che la connessa ripartizione delle prestazioni richieste*” (cfr. CdS, 15.7.2011 n. 4323).

Ad oggi, sembra che il problema sia stato

superato dalla giurisprudenza perché, addirittura con una decisione dell'Adunanza Plenaria (sentenza 5.7.2012 n. 26) il Consiglio di Stato, confermando la necessità che anche nel caso di ATI orizzontali per appalti di servizi le imprese debbano indicare in che termini ciascuna di esse parteciperà ed eseguirà la prestazione, ha comunque precisato che “*L'obbligo dovrà allora ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle rammentate finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate*”.

La giurisprudenza, quindi, ha saputo recepire le istanze più concrete del diritto vivente ed è intervenuta per interpretare la legge in modo più corrispondente alle esigenze della “*pratica*”.

### **5. Brevi riflessioni conclusive.**

In conclusione, il nuovo regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 207 del 2010) e, in particolare, l'art. 92, co. 2, ha il pregio di aver fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, che sostanzialmente determina quali debbano essere gli equilibri all'interno delle ATI; inoltre, specificando che la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti “*con riferimento alla specifica gara*”, sembrerebbe deporre per la tesi della “*spendita in concreto dei requisiti*”, e, cioè, per la necessaria “*superiorità*” in termini di assunzione delle quote di partecipazione ed esecuzione in seno al R.T.I. della mandataria solo nel caso concreto e non in assoluto.

Indubbiamente la scelta del legislatore in sede regolamentare costituisce una ulteriore



compressione dell'autonomia negoziale nel campo degli appalti pubblici già "vulnerato" dai numerosi precedenti giurisprudenziali che avevano stabilito la necessaria corrispondenza per quote di partecipazione all'R.T.I. e di esecuzione dei lavori, sancendo la nullità dei patti in deroga stipulati dai soggetti partecipanti al R.T.I..

Ora si è compiuto un passo ulteriore sulla strada del progressivo "affievolimento" del principio, peraltro contrattualmente sancito, della autonomia negoziale, fissando anche, per legge, la quota "minima" di esecuzione dei singoli partecipanti al R.T.I., all'evidente

fine di tutelare l'interesse pubblico della stazione appaltante e consentire che quest'ultima possa verificare la coerenza sostanziale dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni assunte da ogni impresa partecipante.

Verifica necessaria, evidentemente, per sondare la reale affidabilità degli operatori privati, esigenza fondamentale per le stazioni appaltanti (in omaggio al principio del buon andamento dell'azione amministrativa) cui non è possibile rinunciare neanche in ipotesi più critiche quali quella degli appalti di servizi.

«.....GA.....»

## IL CORRISPETTIVO DEL CONTRATTO A CORPO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE

dell'Avv. Michele De Cilla

*Quando l'errore progettuale della PA e la conseguente necessità di predisporre varianti in corso d'opera determinano la modifica del prezzo pattuito nei contratti stipulati a corpo*

The case of design structural mistakes due to Public Administration: when they carry out alterations on fixed price contract

La sentenza della prima sezione della Corte di Cassazione del 9.9.2011 n. 18559 affronta la problematica connessa all'indiscriminato aumento delle lavorazioni retribuite a corpo nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, estendendo alla fattispecie il principio tipico dei rapporti paritetici della buona fede nell'esecuzione del contratto.

La vicenda, infatti, non susciterebbe di per sé clamore se non per il fatto che, nell'ambito dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione si ha ancora una volta la conferma di una sempre crescente applicazione estensiva delle norme e dei principi di carattere generale che tradizionalmente afferiscono ai rapporti tra privati, qualificando il rapporto tra soggetti e amministrazione sempre più in chiave di rapporto paritetico, mediante l'applicazione del canone della buona fede ai contratti di appalto pubblico.

La sentenza in questione, infatti, esamina l'impugnazione proposta da un Comune avverso la sentenza resa in sede di appello che, confermando la statuizione di primo grado, aveva liquidato all'appaltatore un corrispettivo ulteriore per le opere aggiudicate con compenso a corpo.

Il Comune ricorrente, invero, aveva eccepito che il prezzo per i lavori a corpo dovesse essere fisso ed invariabile, in virtù del disposto dell'art. 326 della l. 20.3.1865 n. 2248, che stabiliva appunto che *“Per le opere o provviste a corpo, il prezzo convenuto è fisso e invariabile, senza che possa essere invocata dalle parti contraenti alcuna verifica sulla misura o sul valore attribuito alla qualità di dette opere o provviste”*.

La norma, ormai abrogata, continua a vivere nella legislazione attuale nell'art. 53, co. 4, del d. lgs. 163/2006, secondo cui *“per le prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione”* e nell'art. 118, co. 2 del d.P.R. 207/2010, a norma del quale *“Ai sensi dell'art. 53, co. 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, per cui il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile”*.

Senza voler discutere la validità dei principi testè espressi, va rilevato che le problematiche connesse con la natura del contratto a corpo si sono manifestate soprattutto con riguardo alla necessità di predisporre perizie di variante al progetto dell'opera appaltata, contenzioso che ha sempre avuto un riscontro

percentuale ben più alto delle pur numerose cause di attrito tra committente e appaltatore, e ciò quantunque la legislazione in materia avesse offerto un temperamento alla possibilità di variare il progetto a base dell'appalto da parte del committente.

Si consideri, in proposito, l'art. 10 del d.m. 145/2000 che ha introdotto, in caso di variazioni al progetto appaltato, la possibilità di eseguire le variazioni senza indennità od oneri aggiuntivi rispetto ai patti contrattuali, ma solo nel caso in cui sia ordinata una variazione fino alla concorrenza di un quinto dell'importo di appalto, mentre, qualora esse superino il quinto, con riferimento alla quantità dei vari gruppi di lavorazioni ritenute omogenee, l'appaltatore avrà diritto ad un equo compenso per la parte eccedente.

Tuttavia, la suddetta norma non è stata sufficiente a scongiurare l'eventualità che l'amministrazione appaltante, vuoi per conclamate carenze progettuali, vuoi per mutate ed incolpevoli esigenze di predisporre perizie di varianti adeguatrici, in taluni casi, esigesse l'ampliamento indiscriminato di lavorazioni rientranti in un contratto a corpo, con ciò dando avvio ad un dibattito contenzioso circa l'esatta portata da attribuire al calcolo del superamento del quinto dell'importo d'appalto, specie con riferimento all'esatta individuazione dei gruppi di lavorazioni che, a norma del capitolato speciale d'appalto, possono essere ricomprese in categorie omogenee.

L'evoluzione giurisprudenziale in materia, v'è da sottolineare, ha sempre precisato che l'appalto a corpo si caratterizza per l'immodificabilità del prezzo, con assunzione a carico dell'appaltatore dell'alea rappresentata dalla maggiore o minore quantità dei fattori produttivi che si renda necessaria rispetto a quella prevista nell'offerta: infatti, nel contratto "a corpo", l'offerente formula la propria offerta economica a proprio rischio, sulla base dei documenti di gara, con conseguente immodificabilità del prezzo ed assunzione a carico dell'appaltatore dell'alea rappresentata dalla maggiore o minore quantità delle lavorazioni.

Tuttavia, nell'ottica di porre un freno al dilagare del fenomeno delle variazioni quantitative, si è giunti ad affermare che il concetto di immodificabilità del prezzo "a corpo" non va

inteso in senso assoluto ed inderogabile, trovando il proprio limite intrinseco nella rispondenza della prestazione da eseguire alle specifiche tecniche (ossia prestazioni tecniche dei vari materiali e componenti e relative modalità esecutive) fornite dalla stazione appaltante, per cui verificandosi una variazione delle specifiche tecniche tale da far esorbitare il rischio assunto con l'offerta "a corpo" fuori della normale ed accettabile alea, il contratto pur rimanendo a corpo necessita di una rideeterminazione del relativo prezzo.

L'attuale formulazione dell' art. 132 co. 1 del d. lgs. 163/2006, a tal proposito, stabilisce i casi in cui si possa far luogo a varianti in corso d'opera che qualora le variazioni superino il 5%, potrà farsi ricorso alla rideterminazione del prezzo a corpo assumendo a base di calcolo il prezzo a corpo offerto dall'appaltatore cui si dovranno aggiungere o diminuire le quantità e le qualità variate in aumento o in diminuzione ovvero le diverse prestazioni richieste, valorizzate per i corrispondenti prezzi contrattuali che sono quelli dell'offerta a prezzi unitari, nel caso si sia aggiudicato l'appalto con tale modalità, oppure quelli dell'elenco prezzi posto a base di gara, nel caso si sia seguita la modalità di offerta di ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara (si veda Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Deliberazione n. 51 del 21/02/02).

Tuttavia, nella pratica, non sempre vi è convergenza di interpretazioni sulla necessità che l'appaltatore abbia diritto a vedersi riconosciuti maggiori compensi a fronte di maggiori oneri non previsti in contratto e dipendenti da circostanze allo stesso non imputabili; diversamente opinando, difatti, si porrebbe l'appaltatore in balia della stazione appaltante, accollando al primo i rischi e le responsabilità inerenti all'esecuzione dell'opera ed incidendo sulle prestazioni delle parti in modo da renderle qualitativamente e quantitativamente incerte.

A tal riguardo occorre dar conto del fatto che la giurisprudenza, in prevalenza arbitrale, è stata sempre pacifica ed unanime nell'escludere che all'appaltatore possa essere trasferito un rischio tale da ricomprendere notevoli differenze di quantità di lavori fra quelle stimate

e quelle effettivamente necessarie, specie laddove si consideri che la natura del contratto a corpo non consente, al costo predeterminato contrattualmente, uno scostamento qualitativo e/o quantitativo dalle previsioni contrattuali e di progetto in quanto resta un contratto a prestazioni corrispettive e non un contratto aleatorio. Dunque, se fino a questo momento, il diritto dell'appaltatore al riconoscimento dei maggiori oneri in dipendenza delle maggiori quantità introdotte nel contratto a corpo costituiva un sicuro approdo per la giurisprudenza arbitrale in materia di contratti pubblici, con la sentenza in commento anche la Suprema Corte di legittimità è intervenuta a dirimere il contrasto esistente tra quanto affermato dalla norma e quanto si riscontrava nella pratica degli appalti, per ricondurre, evidentemente, taluni comportamenti scarsamente collaborativi delle stazioni appaltanti entro un più ampio concetto di correttezza e buona fede nella gestione delle obbligazioni, magistralmente scolpito nell'art. 1175 c.c..

Alla luce dei suddetti principi, la Cassazione ha inequivocabilmente sancito che: *“alla stregua di tale principio deve essere ritenere che per la parte di opere, il cui prezzo è previsto a corpo, il rischio summenzionato (ossia delle maggiori quantità – n.d.r. -) possa addossarsi all'appaltatore soltanto quando il progetto dell'opera individui compiutamente e dettagliatamente i lavori da realizzare ed il relativo costo; vale a dire quando siano correttamente rappresentati tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'appaltatore, potendosi solo in tal caso ritenere alla stregua del principio di buona fede di cui all'art. 1175 c.c. che la maggiore onerosità dell'opera rientri nell'alea normale del contratto. Pertanto, qualora l'amministrazione abbia ingenerato nell'appaltatore, per negligenza o imperizia nella progettazione, una erronea rappresentazione sui costi e sulle modalità di realizzazione dell'opera secondo le previsioni progettuali, rendendo così imprevedibili le eventuali eccessive onerosità e difficoltà di esecuzione dell'opera, le*

*medesime non potranno essere poste a carico dell'appaltatore, non potendosi ritenere data la loro imprevedibilità, che esse rientrino nella normale alea contrattuale”.*

La sentenza in commento segna un punto a favore del principio di buona fede e leale cooperazione tra appaltante e appaltatore, giungendo a stigmatizzare in poche battute il concetto secondo il quale gli errori progettuali commessi dal committente non possono ricadere sull'esecutore.

Così, se l'amministrazione ha bandito un progetto che, nella pratica, si è rivelato tutt'altro che esecutivo, vuoi per negligenza o imperizia, vuoi perchè carente e scarsamente dettagliato riguardo a possibili e prevedibili interferenze con altre opere o con ostacoli territoriali, l'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa del riadeguamento progettuale non può ricadere sull'appaltatore ma va imputata esclusivamente al committente che ha redatto il progetto. La conseguenza di siffatta interpretazione non potrà che essere la seguente: l'appalto a corpo si trasforma in un appalto a misura e tutte le opere eseguite andranno contabilizzate nuovamente sulla base della misurazione delle quantità e della qualità del lavoro eseguito o da eseguire. Dalla sentenza in rassegna, che pone dei fermi principi di natura generale per quanto riguarda la gestione del contratto d'appalto a corpo, ci si aspetta non solo una maggiore lungimiranza ed accuratezza nella predisposizione dei progetti posti a base di gara, ma anche una riduzione ed una definizione, se non altro nel lungo periodo, del contenzioso riguardante la fondatezza, delle esose pretese di maggiori compensi formulate dagli appaltatori negli atti contabili e sottoposte al vaglio degli interminabili procedimenti giudiziari, alla stregua della valorizzazione delle rispettive responsabilità, da un lato nella predisposizione dei progetti e nella riduzione delle varianti, dall'altro nell'esecuzione puntuale e precisa delle previsioni progettuali, a tutto vantaggio dell'interesse della collettività alla corretta gestione delle risorse pubbliche.

«.....GA.....»

# L'ISTITUTO DEL RECESSO NEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE

dell'Avv. Eneide Grattacaso

*Confronto tra la normativa e l'orientamento giurisprudenziale in tema di recesso delle imprese dalle associazioni temporanee*

Comparison between the legislation and jurisprudence on the subject of withdrawal of companies and joint ventures

*Sommario: 1.Premessa. 2.Considerazioni di carattere generale. 3.Conclusioni.*

## **1. Premessa.**

E' principio ormai acquisito che i raggruppamenti temporanei di imprese non possono operare modificazioni alla propria composizione rispetto all'assetto risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, secondo quanto perentoriamente riportato dall'art. 37, co. 9, del d. lgs. 163/2006.

E' noto, tuttavia, che nella pratica si verificano, non di rado, eventi per cui eventuali modifiche della composizione soggettiva delle ATI si rendono oltremodo necessari, come accade, ad esempio, allorchè si verifichi il fallimento o la morte di uno dei componenti dell'associazione, pur se con presupposti e modalità differenti a seconda che si tratti di impresa mandataria o mandante.

Al riguardo, i co. 18 e 19 dell'art. 37, dispongono che nei casi espressamente previsti di fallimento, o qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione, ovvero ancora nei casi previsti dalla normativa antimafia, qualora l'evento colpisca il mandatario, la stazione appaltante può proseguire l'appalto con altro operatore che abbia i requisiti per essere costituito mandatario, oppure può recedere; qualora, invece, l'evento colpisca il mandante, il mandatario può indicare altro operatore in possesso dei requisiti o, in mancanza, è tenuto ad eseguire direttamente o a mezzo degli altri mandanti, se idoneamente qualificati.

## **2. Considerazioni di carattere generale.**

Dall'esame del dettato legislativo, discende, quindi, che la sostituzione delle imprese

facenti parte del raggruppamento non è sempre preclusa, anzi, proprio in virtù della tutela del superiore interesse pubblico al compimento dell'appalto, viene consentita la modificazione soggettiva dell'associazione, pur se nei casi espressamente previsti.

Tuttavia, la casistica illustrata non prende in esame l'eventualità che un componente dell'ATI manifesti la necessità di svincolarsi dal contratto associativo stipulato in sede di offerta e/o di aggiudicazione definitiva per motivazioni indipendenti dalle ipotesi prima esaminate, nel qual caso non si verifica una sostituzione tra imprese, bensì un semplice recesso di una di esse dal raggruppamento, dettato da ragioni che possono spaziare dalla sopraggiunta inidoneità del componente all'esecuzione dei lavori, fino alla temporanea o grave impossibilità di far fronte agli oneri finanziari connessi all'assunzione della quota di lavori.

Ed infatti, in più occasioni, la dottrina e la giurisprudenza hanno convenuto sull'ammissibilità del rimedio del recesso di una delle imprese facenti parte del raggruppamento, muovendo dall'esigenza di non frustrare il regolare andamento dell'appalto di lavori, servizi o forniture aggiudicato e salvaguardare l'interesse pubblico connesso con la realizzazione dell'opera appaltata.

Invero, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, nel Parere n. 2/2011, del 27.1.2011, dando atto di un orientamento ormai prevalente in giurisprudenza, nell'interpretare il disposto dell'art. 37, co. 9 del codice dei contratti, il quale vieta qualsiasi modificazione

alla composizione del raggruppamento rispetto a quello risultante in sede di offerta, nel citare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha osservato: *“le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sono unicamente quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, poiché (...) l'amministrazione ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto in questione mira ad impedire non possono verificarsi”* (CdS, VI, 13.5.2009, n. 2964).

Ed inoltre, in una pronuncia vertente sulla medesima materia, argomentando sulla base della disciplina antecedente al d. lgs. 163/2006, ma analogamente ripetuta nell'art. 37, co. 9 del codice dei contratti, il Consiglio di Stato ha sancito: *“Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, consacrato e cristallizzato dall'art. 13, co. 5 bis, l. n. 109 del 1994, è giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-orga-nizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate; tale principio è inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione)”* (CdS, IV, 23.7.2007 n. 4101 in senso pienamente conforme anche CdS, VI, 16.2.2010 n. 842; nonché il Parere sulla normativa dell'Au-

torità di Vigilanza n. 40/09 del 3.12.2009).

### 3. Conclusioni.

Infatti, a ben vedere, ciò che la *ratio* normativa mira ad evitare è che nuove imprese si aggiungano, ovvero si sostituiscano, a quelle che, originariamente, hanno dato vita alla ATI medesima, e non le fattispecie in cui vi sia stato il successivo recesso di uno o più componenti, ciò perchè nel caso di sostituzione la stazione appaltante si troverebbe di fronte ad una nuova impresa esecutrice di cui non ha preliminarmente verificato i requisiti soggettivi ed oggettivi, e di cui non potrebbe effettuare una verifica a posteriori se non con grave nocumento dei principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio* degli offerenti.

Viceversa, laddove una impresa voglia, al di fuori delle ipotesi di sostituzione sopra esaminate, recedere da un raggruppamento temporaneo di imprese, non sorgerebbe per la stazione appaltante alcuna necessità di verifica dei requisiti, atteso che i componenti rimasti sono i medesimi rispetto all'impegno presentato in sede di offerta.

Tuttavia, va precisato che, in caso di recesso di un componente dell'ATI aggiudicataria, il provvedimento di aggiudicazione della gara stessa ed il contratto di appalto successivamente stipulato dalla PA., possono essere ritenuti validi ed efficaci a condizione che i componenti dell'associazione temporanea rimasti, risultino in grado di coprire, con i requisiti posseduti, la quota di qualificazione e di esecuzione del soggetto recedente.

Di talchè, se il soggetto recedente è la mandataria, all'interno del raggruppamento è necessario che vi sia una impresa *“superstite”* in grado di sopperire alla carenza dei requisiti causata dal venir meno della mandataria, mentre, se il recedente è una mandante, la sua quota deve essere assunta dalla mandataria o dalle restanti mandanti, in possesso dei requisiti idonei ad eseguire la quota di pertinenza della mandante fuoriuscita.

# L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

*L'Autorità delinea e chiarisce gli ambiti di applicazione dell'avvalimento nelle procedure di gara. Determinazione n. 2 del 1.8.2012 dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture*

The Authority outlines and clarifies the scope of application dell'avvalimento in tender procedures. Determination n. 1.8.2012 2 of the Authority for the Supervision of Public Contracts of Works, Services and Supplies

*Sommario: Premessa 1. L'avvalimento nel diritto comunitario. 2. L'avvalimento nel Codice. 3. I requisiti oggetto di avvalimento. 3.1 La certificazione di qualità. 3.2 I requisiti di cui all'art. 39 del Codice e l'iscrizione in albi professionali. 4. L'avvalimento nei lavori pubblici. 5. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture. 6. Avvalimento e subappalto. 7. I raggruppamenti temporanei di imprese. 8. La prova della disponibilità dei requisiti. 8.1. Il contenuto minimo del contratto di avvalimento.*

## **Premessa.**

L'Autorità ha ritenuto opportuno intervenire in materia di avvalimento sia a seguito delle modifiche che hanno interessato l'art. 49 del codice dei contratti che della copiosa giurisprudenza ormai formatasi sull'argomento, così fornendo alcune indicazioni interpretative di carattere generale in merito a tale istituto.

Come noto, con l'avvalimento qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, può soddisfare la richiesta relativa al possesso di alcuni dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

Vediamo i punti affrontati dall'Autorità.

## **1. L'avvalimento nel diritto comunitario.**

Dopo aver ricostruito la genesi dell'istituto in ambito comunitario - rilevando come il giudice comunitario adotti un approccio concreto e sostanzialistico (ciò che conta è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, posto che la possibilità di ricorrere all'avvalimento è subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente "ausiliato", dell'effettiva disponibilità dei mezzi) -

l'Autorità ha sottolineato che nelle (poche) disposizioni comunitarie traspare un'evidente attenzione alla fase esecutiva della prestazione. Non è un caso, difatti, che le norme richiedano all'operatore economico di dare dimostrazione alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse o dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno in tal senso da parte dei soggetti coinvolti. Alla piena libertà organizzativa dell'impresa corrisponde il potere della stazione appaltante di verificare in concreto la capacità dell'impresa attraverso l'esame della documentazione fornita per partecipare alla gara.

## **2. L'avvalimento nel Codice.**

L'avvalimento è disciplinato dagli artt. 49 e 50 del codice che permettono di distinguere, rispettivamente, fra: avvalimento nella singola gara che consente l'utilizzo dei requisiti di un terzo esclusivamente per partecipare alla procedura di affidamento di una specifica gara ed avvalimento stabile, finalizzato all'ottenimento di un'attestazione di qualificazione.

L'art. 49, co. 2, indica i documenti che il concorrente deve allegare alla domanda di partecipazione - che, per brevità, si omettono potendo il lettore far riferimento alla richiamata disposizione - ed il tenore letterale di ta-

le norma ha indotto l'Autorità a prefigurare l'esclusione dalla gara in caso di omessa allegazione degli stessi ed a configurare correlativamente il diritto/dovere per la Stazione Appaltante di verificare la reale idoneità dell'impresa in relazione alla specifica prestazione.

Le ulteriori previsioni dell'articolo in esame sono sintetizzate dall'Autorità nel modo seguente:

1) la responsabilità in solido, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Tale responsabilità, secondo l'Autorità, è particolarmente rilevante rispetto alla qualificazione della natura giuridica dell'avvalimento, dal momento che essa prefigura un rapporto giuridico ulteriore tra la stessa amministrazione e l'impresa ausiliaria; rapporto che si affianca a quello intercorrente tra le parti del contratto pubblico, cioè tra l'amministrazione e l'impresa aggiudicataria;

2) l'applicazione degli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara;

3) la sottoposizione ad una serie di limiti quali (i) la possibilità, nell'ambito dell'appalto di lavori, di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando (in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA), (ii) il divieto, a pena di esclusione, per l'impresa ausiliaria, di partecipare in proprio alla stessa gara dell'impresa ausiliata e, infine, (iii) il divieto, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in relazione a ciascuna gara, salvo nell'ipotesi peculiare di requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato;

4) l'esecuzione del contratto da parte dell'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e la possibilità per l'impresa ausiliaria di assumere

il ruolo di subappaltatore, nei limiti dei requisiti prestati.

L'istituto dell'avvalimento, precisa l'Autorità, è applicabile anche: ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai settori speciali, alle concessioni di lavori e, infine, alle concessioni di servizi, soprattutto in considerazione del valore di principio generale assunto dall'avvalimento in materia di contratti pubblici.

### 3. I requisiti oggetto di avvalimento.

Non è possibile ricorrere all'avvalimento per il possesso dei requisiti generali o soggettivi richiesti dal bando ai fini della partecipazione alla procedura di selezione poiché attongono alla situazione personale del soggetto e alla sua affidabilità morale e professionale. Diversamente, sono oggetto di avvalimento i requisiti speciali o oggettivi dal momento che si concretizzano nelle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione, nelle quali rientrano i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che possono formare oggetto di avvalimento ai sensi dell'art. 49, co. 1.

L'Autorità ha affermato l'inammissibilità dell'*"avvalimento a cascata"*. Non è, quindi, consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto: è indispensabile assicurare il rapporto diretto ed immediato tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare. In caso contrario, si finirebbe per accentuare la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara senza l'introduzione di meccanismi compensativi.

Tuttavia, l'Autorità ha riconosciuto l'esistenza di interpretazioni contrastanti in merito a quei requisiti non inclusi fra quelli generali o soggettivi (ai sensi dell'art. 38 del codice) ma che, tuttavia, sono acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso. In particolare, nella determinazione in esame, sono presi in considerazione dall'Autorità: la certificazione di qualità, l'iscrizione

ad Albi speciali e l'iscrizione alla Camera di Commercio.

### 3.1 La certificazione di qualità.

L'Autorità ha confermato la posizione precedentemente espressa nel senso dell'inammissibilità dell'avvalimento per la certificazione di qualità. Ciò considerando la natura sostanziale della certificazione in questione che è assimilabile ad un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico "status" dell'imprenditore: l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità, come si deduce dall'art. 43 del codice che disciplina tale certificato.

Inoltre, il dato formale-testuale permette di giungere alle stesse conclusioni poiché il requisito in esame è disciplinato in un articolo distinto e separato rispetto a quelli dedicati ai requisiti speciali oggetto di avvalimento proprio al fine di sottolinearne la differenza.

### 3.2 I requisiti di cui all'art. 39 del Codice e l'iscrizione in albi professionali

Si ritiene che i requisiti previsti all'art. 39 del Codice, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurino uno "status" e non possano essere oggetto di avvalimento.

In particolare, la mancata iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio, non può essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa in considerazione della natura squisitamente soggettiva dell'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. c.c. che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi.

In via generale, con riferimento all'iscrizione agli albi professionali, l'Autorità precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività,

per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non è possibile ammettere il ricorso all'avvalimento (ad esempio, l'avvalimento non può riguardare il possesso di specifiche abilitazioni né l'iscrizione agli albi professionali).

A mero titolo esemplificativo, l'Autorità qualifica requisiti non suscettibili di avvalimento: la licenza prefettizia *ex art.* 28 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R.D. 18.6.1931, n. 773) ed il nulla osta di sicurezza (N.O.S.) e l'Autorizzazione Preventiva, rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Autorità Nazionale per la Sicurezza (cfr. l. 3.8.2007, n. 124 e DPCM 22 luglio 2011).

### 4. L'avvalimento nei lavori pubblici.

L'Autorità, con riferimento al settore dei lavori pubblici, ha evidenziato i limiti previsti dall'art. 49 del codice per quei requisiti che debbono imprescindibilmente essere posseduti dal concorrente.

Innanzitutto, per poter correttamente avvalersi dei requisiti speciali di un soggetto terzo, un operatore economico deve possedere i requisiti generali di cui all'art. 38, nonché operare nel settore nel quale va inquadrata la prestazione oggetto della gara, ai sensi dell'art. 39 del codice.

In secondo luogo, il co. 6 dell'art. 49 pone il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che deve essere interpretato, secondo l'Autorità, sia come divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione sia come divieto di frazionamento del singolo requisito fra impresa ausiliata ed ausiliaria. Ne consegue che non possono essere utilizzate più imprese ausiliarie per provare cumulativamente una categoria (salvo l'eccezione prevista dalla legge) e che il concorrente in possesso dell'attestazione SOA per una classifica inferiore a quella richiesta dal bando di gara non può sommarla a quella posseduta da un'altra impresa, in modo da raggiungere la classifica prescritta.

L'Autorità ha aggiunto che il frazionamento dei requisiti non può essere ammesso nel caso dell'avvalimento poiché manca una disciplina in tal senso prevista dal legislatore e

comprensiva delle adeguate cautele per la stazione appaltante, come invece si verifica per gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dei consorzi ordinari. Ne deriva che l'avvalimento non consente a soggetti, che individualmente non posseggono i requisiti sufficienti all'esecuzione dell'integrale prestazione, di sommare le classifiche possedute in modo da "creare" un soggetto qualificato.

Ancora, l'Autorità ha escluso il frazionamento dei requisiti anche con riferimento agli appalti di importo superiore a 20,658 milioni di euro ( per i quali l'art. 61, co. 6, del Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice, d.P.R. n. 207 del 5.10.2010, d'ora in poi Regolamento, prescrive il possesso, oltre che dell'attestazione SOA, del requisito della cifra d'affari in lavori) e ha negato che l'aumento del quinto ai sensi dell'articolo 61, co. 2 del Regolamento, possa operarsi anche sulla parte di requisito SOA oggetto di avvalimento. Infatti, secondo l'Autorità, ammettere l'aumento del quinto anche sulla parte di requisiti "prestati" equivarrebbe ad aggirare il divieto del doppio ausiliario, godendo contemporaneamente di due benefici (quello dell'avvalimento e quello dell'aumento del quinto) per ottenere il requisito necessario per partecipare alla gara.

Inoltre, non può servirsi dell'avvalimento il progettista semplicemente "indicato" poiché questo non assume la veste di "concorrente" nella gara, come è, invece, richiesto dall'art. 49, co. 1 del codice.

Diversamente, l'Autorità ha ammesso l'avvalimento del requisito SOA all'interno del medesimo raggruppamento purchè il primo abbia ad oggetto l'intero requisito, e il medesimo requisito, "prestato" per intero, non possa essere utilizzato dall'ausiliaria nella medesima gara.

Terzo e ultimo limite che l'Autorità ha richiamato, sempre con riferimento ai lavori pubblici, è l'esecuzione del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria ed il rilascio alla stessa del certificato di esecuzione dei lavori (salvo il caso in cui l'ausiliaria svolga il ruolo di subappaltatore nei limiti previsti dal Codice e dal Regolamento).

## 5. L'avvalimento nei servizi e nelle forniture.

Come noto con la nuova formulazione del co. 6 dell'art. 49, come modificato dal terzo decreto correttivo del Codice, è stato eliminato il divieto di cumulo di più imprese in relazione ad un singolo requisito con riferimento agli appalti di servizi e forniture, mentre per i lavori, è consentito l'avvalimento di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione e non è ammissibile per concorrente di utilizzare in maniera frazionata i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA .

Quindi negli appalti di servizi e forniture non si può escludere il frazionamento di singoli requisiti mediante l'avvalimento di più imprese ausiliarie (cfr. TAR Lazio, Sez. III *quater*, con la pronuncia del 29.3.2012 n. 3006). Tuttavia, l'Autorità ha ritenuto opportuno evidenziare la necessità che il requisito oggetto di avvalimento risulti giuridicamente e materialmente frazionabile, senza svilirne la tipicità e la connotazione.

Con riferimento al settore dei servizi di ingegneria ed architettura, deve ritenersi ammissibile l'avvalimento, secondo l'Autorità, con la precisazione che per i c.d. servizi di punta (art. 263, co. 1, lett. c) del Regolamento) l'avvalimento deve essere svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento dal momento che tali servizi non sono frazionabili ai sensi del co. 8 dell'art. 261 del Regolamento. Inoltre, se è possibile ricorrere all'avvalimento per i requisiti di partecipazione, non è, invece, possibile fare ciò con riguardo agli elementi dell'offerta.

## 6. Avvalimento e subappalto.

Il co. 10 dell'art. 49 permette l'avvalimento mediante subappalto all'impresa ausiliaria nei limiti dei requisiti prestati. Tale ultimo inciso viene interpretato dall'Autorità come volto a confermare il principio generale per il quale l'impresa non può eseguire, in subappalto, quote di prestazioni eccedenti quelle correlate ai requisiti posseduti e, in caso il subappaltatore sia anche impresa ausiliaria, portati in dote al concorrente attraverso l'avvalimento.

E' necessario, pertanto, secondo l'Autorità, coordinare questa previsione normativa con la disciplina pubblicistica del subappalto laddove non è espressamente derogata dalla disciplina sull'avvalimento: il subappalto, quindi, non potrà superare i limiti previsti dal Codice e dal Regolamento e sarà sottoposto alle condizioni ivi previste in fase di esecuzione del contratto.

Non è possibile ricorrere all'avvalimento nel subappalto poiché quest'ultimo rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori mediante affidamento da parte di un soggetto già in possesso dei requisiti ad un altro soggetto che realizzerà parte della prestazione ove l'avvalimento, invece, consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara.

### **7. I raggruppamenti temporanei di imprese.**

L'Autorità si è anche preoccupata di coordinare la disciplina dell'avvalimento con la normativa dettata dal codice sui raggruppamenti temporanei di imprese.

Innanzitutto, il termine "raggruppato", previsto al co. 1 dell'art. 49, deve essere interpretato nel senso che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie rispetto a tutte le imprese che lo compongono. E' possibile ricorrere sia all'avvalimento esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al R.T.I. ed in favore di un suo membro) che interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsa) dal momento che le dir. 2004/18/CE e 2004/17/CE prevedono che, alle medesime condizioni previste per il singolo operatore economico che fa ricorso all'avvalimento, un gruppo di imprese possa far valere le capacità dei partecipanti al gruppo o anche di altri soggetti, senza limitazioni (art. 54, par. 5, dir. 2004/17/CE, art. 47, par. 3 e art. 48, par. 4, direttiva 2004/17/CE).

Da qui, l'Autorità ha formulato tre considerazioni.

Il divieto di cui all'art. 49, co. 8, del codice deve essere inteso nel senso che è vietata la

partecipazione dell'impresa avvalente e di quella avvalsa alla medesima gara quando tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, vale a dire quando siano entrambe portatrici di autonome e contrapposte offerte, ma non quando avvalente ed avvalsa appartengano allo stesso raggruppamento e presentino un'unica offerta facente capo al medesimo centro di interessi. È, altresì, necessario accertare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a consentirle sia la partecipazione alla gara come concorrente in R.T.I. sia la partecipazione alla stessa gara in veste di impresa ausiliaria nell'ambito del medesimo R.T.I. Infine, si ribadisce la regola generale secondo cui qualsiasi impresa che faccia affidamento sui requisiti di un'altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento.

### **8. La prova della disponibilità dei requisiti.**

In via preliminare, l'Autorità ha chiarito che, sulla base di considerazioni legate alla natura ed alla finalità dell'istituto, è necessario che il concorrente manifesti la volontà di ricorrere all'avvalimento nella domanda di partecipazione alla gara. Infatti, se l'impresa partecipa alla gara non solo con tutta la sua organizzazione tecnico-economica ma anche utilizzando quella dell'impresa ausiliaria, il concorrente deve manifestare tale intenzione nel momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara.

Sono, secondo l'Autorità, atti fondamentali da analizzare, al fine di verificare l'effettiva idoneità tecnica del concorrente: il contratto tra l'impresa ausiliaria e l'impresa concorrente; la dichiarazione della prima nei confronti della seconda e della stazione appaltante con cui essa si obbliga a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui il concorrente è carente; la dichiarazione effettuata dall'impresa ausiliaria del possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'Autorità ha formulato alcune precisazioni con riferimento al primo atto indicato: non è consentito surroga-

re il contratto di avvalimento con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato; i documenti previsti dall'art. 49 del Codice devono essere allegati dal concorrente a pena di esclusione e, infine, non è ammesso alla partecipazione il concorrente che non produce il contratto in esame o ne rinvia la stipula ad un momento successivo alla presentazione dell'offerta. E' stato anche chiarito che il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i requisiti e le risorse di cui la seconda sia carente, a cui fa riferimento l'art. 49, co. 2, lett. f), rappresenta un documento ulteriore rispetto alla dichiarazione resa dall'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante circa l'obbligo di mettere a disposizione le risorse necessarie, a cui fa riferimento la lett. d), co. 2, dell'art. 49. Si tratta di uno strumento in più messo a disposizione della stazione appaltante per poter valutare la serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria. Ne deriva che non solo è necessario produrre il contratto di avvalimento, ma lo stesso deve dettagliare la messa a disposizione delle risorse, non essendo sufficiente una dichiarazione generica.

### **8.1 Il contenuto minimo del contratto di avvalimento.**

Innanzitutto, l'art. 88 del regolamento prevede che il contratto di avvalimento riporti *"in modo compiuto, esplicito ed esauriente"*:

a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;

b) durata;

c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

L'oggetto del contratto deve, senza dubbio, specificare analiticamente i mezzi e le risorse prestate, pena l'esclusione del concorrente dalla gara. Pertanto, il contratto di avvalimento non può sostanziarsi nell'impegno generico a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente; altrimenti, si avrebbe un'inutile ripetizione di quanto previsto dall'art. 49, co. 2, lett. d). Inoltre, tale impegno generico non consentirebbe alla stazione appaltante di svolgere la necessaria verifica, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, della prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate.

La durata del contratto di avvalimento, dovendo necessariamente coincidere con la durata dell'appalto, non è derogabile dalle parti dal momento che l'art. 49, co. 2, lett. f) impone che le risorse siano messe a disposizione per tutta la durata dell'appalto.

Infine, l'Autorità ha ammesso l'applicabilità dell'art. 88, pur essendo inserito nella parte II del regolamento che disciplina gli appalti di lavori, anche al settore dei servizi e delle forniture poiché la disposizione in esame è integrativa rispetto all'art. 49 del codice e non si ravvisano ragioni per effettuare una differenziazione in questo senso nell'ambito degli appalti pubblici.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

Consiglio di Stato, Sez. V, 31.7.2012 n. 4351  
**Appalti di servizi - offerta - omessa e/o incerta indicazione di costi della sicurezza - esclusione - legittimità.**

*E' legittima l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, qualora la ditta abbia omesso o abbia presentato un'indicazione incerta dei costi relativi di sicurezza relativi alla specifica attività oggetto di gara. Infatti, in questo caso, la contraddittorietà e l'indeterminatezza dell'importo circa i costi di sicurezza rendono inesistente questa componente necessaria dell'offerta medesima, in violazione dei principi di determinatezza e trasparenza dell'offerta.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.2.2012 n. 969  
**Contratti della PA. - gara - avvalimento ex art. 49 del d. lgs. n. 163/2006 - in riferimento ai requisiti tecnico-operativi messi a disposizione da un'impresa extracomunitaria - non appartenenza dell'impresa extracomunitaria a uno dei Paesi indicati ex art. 47, co. 1 del d. lgs. n. 163/2006, oppure che non abbia stipulato particolari accordi con l'Unione Europea o con l'Italia - impossibilità.**

*Le imprese partecipanti ad una gara pubblica di appalto non possono avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006 e successive modifiche, di un'impresa extracomunitaria qualora non appartenga ad alcuno dei Paesi di cui all'art. 47, co. 1 del d. lgs. n. 163/2006 così come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. l), numero 1, del terzo decreto correttivo (d. lgs. n. 152/2008), oppure che non abbiano provveduto a stipulare particolari accordi di reciprocità con l'Unione Europea o con l'Italia. Questo divieto si applica non solo in caso di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria, bensì anche in quella di partecipazione indiretta.*

Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, 27.2.2012 n. 214

**Contratti della PA. - gara - esclusione dalla gara - nel caso di omessa presentazione della dichiarazione di avvalimento ex art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 - legittimità dell'esclusione.**

**Irrilevanza della circostanza che la società di cui ci si intende avvalere fa parte dello stesso gruppo.**

*Una ditta che, al fine di comprovare la propria qualificazione, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, è legittimamente esclusa dalla gara se non ha prodotto un'apposita dichiarazione in tal senso, poiché, a tal fine, è irrilevante che la società dei cui requisiti ci si intende avvalere faccia parte dello stesso gruppo. Infatti, la dimostrazione della sussistenza del c.d. contratto di avvalimento deve essere data anche nei rapporti infragruppo.*

TAR Sicilia, Ct, Sez. IV, 23.7.2012 n. 1905

**Contratti della PA. - gara - esclusione dalla gara - per produzione di cauzione provvisoria inferire al 2% rispetto all'importo a base d'asta - legittimità.**

*E' legittimamente esclusa da una gara di appalto una ditta che abbia presentato una polizza fideiussoria che risulti, in seguito ad una mera operazione matematica, di importo inferiore al 2% dell'importo a base d'asta, se il bando di gara prevede, a pena di esclusione, la presentazione di una cauzione provvisoria nella misura e nei modi previsti dai coo. 1,2, 2 bis, 2 ter dell'art. 30. l. n. 109 del 1994.*

TAR Puglia, Le, Sez. II, 18.7.2012 n. 1320

**Contratti della PA. - gara - procedura concorsuale svoltasi in più sedute e in un tempo**

**maggior rispetto a quanto indicato nel bando - aggiudicazione - omessa adozione di misure cautelari a tutela dell'integrità dei plichi che contengono le offerte - illegittimità dell'aggiudicazione per violazione principi genuinità e segretezza.**

*E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto se la procedura concorsuale è avvenuta in più sedute successive (per un tempo superiore a quanto indicato nel bando) e senza che sia stata fatta menzione nei verbali dell'adozione di misure cautelari idonee a tutelare l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche, così da violare i principi generali in tema di segretezza e genuinità delle offerte.*

TAR Lazio, Roma, Sez. III quater 29.3.2012 n. 3006

**Contratti della PA. - procedura aperta - avvalimento - applicabilità dell'avvalimento parziale solo agli appalti di lavori pubblici - Divieto di applicare l'avvalimento parziale negli altri tipi di appalto - fattispecie in materia di appalto del servizio di progettazione.**

*Esclusivamente nelle gare per l'affidamento di appalti di lavori vige il divieto di avvalimento parziale così come disciplinato dal terzo decreto correttivo (d. lgs. n.152/2008). Tale divieto non si applica agli appalti diversi dai lavori pubblici, ed in particolare ad un appalto del servizio di progettazione.*

TAR Lazio, Roma Sez. III, 29.3.2012 n. 2972

**Appalto - gara - esclusione dalla gara - irrogazione di una sanzione pecuniaria e sanzione del divieto di partecipare alle gare per un anno da parte dell'AVCP - nel caso di omessa valutazione della falsità della dichiarazione sotto il profilo dell'imputabilità e della gravità.**

*Se l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici emana nei confronti di una ditta un provvedimento con cui le irroga una sanzione pecuniaria e le vieta di partecipare per un anno alle pubbliche gare motivandolo con riferimento al fatto che la ditta non ha dichiarato, in una gara di appalto, una sentenza penale di condanna ex art. 444 c.p.p. emessa nei confronti di un amministratore, tale provvedimento è illegittimo qualora si accerti che l'AVCP non ha effettuato un'autonoma valutazione relativamente*

*all'effettiva gravità e imputabilità della falsità della dichiarazione.*

TAR Sardegna, Sez. I, 22.3.2012 n. 306

**Contratti della PA. - appalti integrati di progettazione e di esecuzione lavori - illegittimità dell'ammissione di r.t.i. costituendo - omessa indicazione del nominativo del progettista incaricato.**

*Ai sensi degli artt. 53, co. 3 e 90 d. lgs. n. 163 del 2006, e dell'art. 254 del d.P.R. n. 207 del 2010, è da considerarsi illegittima l'ammissione, ad una gara di appalto integrato di progettazione ed esecuzione lavori, di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese che, al momento della presentazione dell'offerta, non ha indicato il nome del professionista cui è affidato l'incarico di progettazione e di sottoscrizione degli elaborati tecnici.*

*Atteso che tale indicazione è condizione necessaria per l'assunzione di responsabilità personale per la progettazione, sia in sede civile che penale e disciplinare.*

TAR Abruzzo, Aq., Sez. I, 20.3.2012 n. 174

**Contratti della PA. - aggiudicazione - revoca in autotutela e/o ritiro - a causa del rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto di appalto per ottenere condizioni più favorevoli - legittimità.**

*Qualora un stazione appaltante emetta un provvedimento di revoca e/o ritiro dell'aggiudicazione di una gara di appalto, motivandolo con riferimento al fatto che la ditta aggiudicataria si sia rifiutata di stipulare il contratto di appalto a causa della asserita necessità di eseguire presso il medesimo immobile alcuni lavori al fine di renderlo funzionale all'attività di casa di riposo, tale provvedimento è legittimo se il rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto di appalto ha come sostanziale fine quello di ottenere condizioni contrattuali diverse e, nella specie, più favorevoli, in violazione dei principi di imparzialità e buon andamento.*

TAR Sardegna, Sez. I, 13.2.2012 n. 114

**Contratti della PA. - lettera di invito - clausola presente nella lettera di invito in cui si chiede alle imprese invitate di "non avere rapporti debitori a qualsiasi titolo e/o di altra vicenda contenziosa nei confronti dell'ammi-**



**nistrazione comunale, pena l'esclusione" - interpretazione della clausola - illegittimità dell'esclusione disposta per non aver dichiarato 3 multe per violazioni del codice della strada.**

*Qualora una lettera d'invito contenga una clausola secondo la quale è richiesto alle imprese invitate di dichiarare di "non avere rapporti debitori a qualsiasi titolo e/o di altra vicenda contenziosa nei confronti dell'ammini-*

*strazione comunale, pena l'esclusione", questa va interpretata nel senso che le violazioni che danno luogo ad esclusioni devono essere tali da incidere in maniera oggettiva sull'affidabilità e solidità finanziaria della singola impresa. Di conseguenza, è da considerare illegittimo il provvedimento con cui si commina è l'esclusione di un'impresa invitata dalla gara a causa di 3 multe dovute a una violazione del codice della strada.*

«.....GA.....»

## - SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte Costituzionale, 20.7.2012, n. 199

**Art. 4 d.l. 138/11 - illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 75 cost..**

*Risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23 bis del d.l. 112/08 e l'identità della ratio ispiratrice: le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23 bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13.6.2011. La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 cost..*

*La normativa all'esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente*

*né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti» (sentenza n. 68 del 1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo. Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata.*

*La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 138/2011, adottato all'indomani del referendum del 12-13.6.2011, per violazione dell'art. 75 Cost. che impone il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla consultazione referendaria.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 31.7.2012, n. 4362

**Servizi pubblici locali - determinazione tariffe - delibere comunali autonome rispetto al bilancio.**

**Nidi comunali - variazione tariffe in corso dell'anno scolastico - illegittimità.**

*Le delibere con cui si determinano le tariffe dei servizi pubblici locali sono atti dotati di una propria autonomia rispetto al bilancio dell'ente locale, tanto che la normativa che regola la materia le sottopone ad un procedimento specifico, con una propria e distinta istruttoria. In*

ogni caso, la circostanza che la caducazione di tali deliberazioni si ripercuota sulle entrate comunali non toglie, anche alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata che eviti la compromissione del diritto di difesa, che i provvedimenti tariffari costituiscano determinazioni amministrative suscettibili di impugnazione in sede giurisdizionale.

A prescindere dalla qualificazione in termini pubblicistici o privatistici del rapporto instaurato, la pubblicazione del bando integra un auto-vincolo con il quale l'amministrazione, a tutela del legittimo affidamento ingenerato negli utenti circa la permanenza per ogni anno scolastico delle condizioni esposte, si impegna a mantenere ferme le condizioni pubblicizzate. Ne deriva che nel caso di specie la decisione di incrementare, in modo peraltro particolarmente incisivo, le tariffe a partire dal primo aprile dell'anno in corso produce la lesione dell'affidamento legittimo ingenerato nei ricorrenti che, trattandosi di un servizio pubblico a domanda, hanno deciso di presentare le domande di iscrizione e di procedere ai rinnovi annuali successivi confidando nella permanenza delle condizioni economiche con riguardo ad ogni annualità di riferimento. Affidamento accentuato dalla considerazione che i bandi prodotti in giudizio prevedono alcuni casi specifici in cui le tariffe possono essere variate, a questa stregua confermando, in assenza di una riserva di portata più ampia, la generale intangibilità, in corso d'anno, delle condizioni economiche pubblicizzate.

Nel caso di servizio pubblico "a domanda", l'aumento delle tariffe è legittimo nei soli casi specificamente predeterminati e comunicati all'utenza.

C. conti, Sez. reg. contr. Basilicata, 13.7.2012, n. 15

**Comuni sotto i 30.000 abitanti - costituzione nuove società o aziende speciali - mantenimento partecipazioni societarie - divieto (non assoluto).**

*I comuni a densità demografica ridotta (con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti):*

*- non possono costituire società, neppure per la gestione dei servizi pubblici locali, salvo le deroghe previste dall'art. 14, co. 32, quarto periodo, del d.l. 31.5.2010, n. 78; tale divieto vale*

*anche per le aziende speciali in quanto, nonostante il citato art. 14, co. 32, faccia riferimento espressamente alle "società" e alle "partecipazioni" societarie, l'art. 114, co. 5 bis del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (come aggiunto dalla lettera a) del co. 2 dell'art. 25, d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24.3.2012, n. 27) ha esteso alle aziende speciali e alle istituzioni l'applicazione delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali "obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali" con esclusione delle "aziende speciali ... che gestiscono servizi socioassistenziali ed educativi, culturali e farmacie". Per effetto di tale disposizione le limitazioni alla costituzione e al mantenimento di organismi societari da parte dei comuni devono intendersi estese anche alle aziende speciali che non rientrano nella clausola di esclusione;*

*- non sono obbligati a mettere in liquidazione le società (già costituite alla data di entrata in vigore del d.l. 78/10) ovvero a cederne le partecipazioni entro il 31.12.2012 se ricorrono le condizioni di cui all'art. 14, co. 32, terzo periodo.*

La Corte dei Conti, rilevando come la clausola di salvezza contenuta nel primo periodo dell'art. 14, co. 32, d.l. 78/10 ("fermo restando quanto previsto dall'art. 3, co. 27, 28 e 29, l. 244/07"), ha da subito posto problemi di coordinamento tra le due disposizioni, afferma che a prescindere dal tipo di attività svolta, i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono costituire nuove società se non associandosi con altri enti, e che gli stessi comuni non possono detenere partecipazioni in società, salvo che ricorrano le condizioni derogatorie.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.7.2012, n.5507

**Ente Fiera – organismo di diritto pubblico – ascrivibilità – insussistenza.**

**Assoggettamento alla gare pubbliche – non sussiste.**

*La giurisprudenza in materia di Enti promotori di Fiere – Enti autonomi o società che ne hanno preso il posto – è orientata, a partire dal caso dell'Ente autonomo Fiera internazionale di Milano (riguardo al quale vedasi la sentenza di questa Sezione 16.9.1998, n. 1267, confermata da Cass. SS.UU. 4.4.2000, n. 97, nonché la sentenza della Corte di Giustizia europea*



10.5.2001, in causa 223/99, che ha ritenuto non costituisca un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 un ente organizzatore di fiere, esposizioni o iniziative analoghe, che non persegua scopi lucrativi ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che operi in ambiente concorrenziale), nel senso che gli enti stessi non possano considerarsi alla stregua di "amministrazioni aggiudicatrici" (vedasi, proprio con riferimento all'Ente autonomo Fiera del Levante, la sentenza di questa Sezione 29.4.2008, n. 1913, ed, inoltre, con riferimento alla Fiera di Galatina e del Salento, CdS, VI, 9.6.2008, n. 2764, con riferimento a Piacenza Expo s.p.a., TAR Emilia-Romagna, Parma, 16.11.2009, n. 732, con riferimento alla Firenze Fiera s.p.a., TAR Toscana, I, 30.12.2010, n. 6877; dissonante TAR Puglia, Bari, 15.5.2008, n. 1161, facendo riferimento a finalità lato sensu culturali e politiche e al beneficio della copertura di eventuali perdite attraverso contributi dello Stato o di altri enti pubblici). Detto orientamento è improntato alla congiunta considerazione di tutti i requisiti che connotano la descrizione dell'organismo di diritto pubblico (sulla necessità di cumulativa sussistenza cfr., ad esempio, Cass. SS.UU. 7.4.2010, n. 8225; CdS, V, 12.10.2010, n. 7393), ossia l'essere " - istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico" (v. art. 3, co. 26, d. lgs. n. 163/2006, vigente *ratione temporis*) ed al rilievo della carenza di quel carattere non industriale o commerciale che è essenziale per vedersi attribuita la qualifica in questione. Con specifico riferimento all'Ente autonomo fiera del Levante questo Collegio non rinviene ragioni per discostarsi dall'avviso già espresso dalla Sezione con la richiamata sentenza 29.4.2008, n. 1913, che ha condivisibilmente

rilevato che "la sua attività, promozionale di fiere, esposizioni e analoghe iniziative di aggregazione di imprese nei più vari settori di mercato, sebbene inerente un bisogno "generale", cioè collettivo degli operatori economici, qual è quello promo-zionale e conoscitivo, non assurge al carattere non commerciale (o industriale) richiesto dalla norma citata e, prima ancora, dalla disciplina comunitaria che ne è alla base (Dir. 92/50/CEE)", soggiungendo che una connotazione di interesse generale hanno, al pari dell'attività fieristica, altre attività economiche, di interesse pubblico in senso lato, quali quella bancaria o delle telecomunicazioni e che "a parte il fatto che le posizioni coinvolte in campo fieristico attengono alla promozione dell'iniziativa economica (art. 41 cost.), non può certo dirsi che il riflesso dell'attività fieristica sul sistema economico giustifichi l'alterazione della sua "sostanza" commerciale, legata alla promozione e commercializzazione di beni e servizi e ausiliaria della loro produzione imprenditoriale". Si deve escludere che l'Ente autonomo Fiera del Levante, nello svolgimento della sua attività contrattuale sia assoggettato alle regole dell'evidenza pubblica, la cui adozione nella specie costituisce manifestazione dell'autonomia privata; le questioni riguardanti tale attività non rientrano, dunque, nella giurisdizione del giudice amministrativo bensì in quella del giudice ordinario.

Nessuna influenza in ordine alla giurisdizione, determinata dalla natura del soggetto che seleziona il proprio contraente, assume la circostanza che l'Ente nel bando di gara si sia qualificato come organismo di diritto pubblico, indicando l'appalto come appalto pubblico, il Tribunale amministrativo regionale come "responsabile delle procedure di ricorso" e che il bando non sia stato impugnato; circostanza, quest'ultima, che non comporta alcuna preclusione alla possibilità di eccepire in sede giudiziaria il difetto di giurisdizione dell'autorità da altri adita.

Né l'aspetto del finanziamento pubblico dell'opera specifica e, comunque, del ripianamento di eventuali perdite con apporti pubblici degli enti fondatori, ulteriormente valorizzato dall'appellante principale può risultare decisivo, ove non accompagnato dal requisito del carattere non commerciale delle finalità istituzio-

nali dell'ente.

C. conti, Sez. reg. contr. Toscana, 14.6.2012, n. 202

**Società totalmente partecipata - erogazione finanziamento da parte dell'ente locale - contratto di mutuo - configurabilità.**

**Società totalmente partecipata - concessione mutuo da parte dell'ente locale - regime aiuti di Stato - verifica.**

**Società totalmente partecipata - concessione mutuo da parte dell'ente locale - ammissibilità - condizioni.**

*L'erogazione da parte di un ente locale di un prestito ad una società dallo stesso totalmente partecipata, da un punto di vista civilistico, costituisce un contratto di mutuo, "contratto con il quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità" (art. 1813 c.c.). Nel caso in cui l'ente mutuante sia l'amministrazione pubblica, occorre verificare se alla fattispecie in esame possa applicarsi il regime degli aiuti di Stato di fonte comunitaria, con tutto ciò che ne consegue e che non sia elusiva della norma di cui all'art. 6, co. 19, del d.l. 78/10 conv. con l. 122/10, per cui le amministrazioni pubbliche non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali (si veda in tal senso Lombardia deliberazione n. 207/2011).*

*La concessione di un prestito ad una società partecipata totalmente dall'ente finanziatore va fatta rientrare nel novero delle operazioni di reimpiego temporaneo delle somme giacenti presso il conto corrente di tesoreria (c.d. gestione attiva della liquidità), consentita nella misura in cui non comporti una sostanziale utilizzazione delle risorse diversa rispetto a quanto previsto dalla legge o dai documenti di bilancio dell'ente. A tal proposito altra sezione della Corte dei conti (Veneto deliberazione n. 40/2009) ha ricavato, dai principi delle norme vigenti, alcune condizioni di ammissibilità della*

*gestione attiva della liquidità, riconducibili al più generale principio di sana gestione finanziaria, ovvero:*

*a) elevato rating sul merito di credito della controparte;*

*b) garanzia di un vantaggio economico superiore a quello ricavabile dal deposito presso il proprio tesoriere;*

*c) rispetto della normativa sulla tesoreria unica mista (impossibilità di utilizzare le somme affluite sulle contabilità speciali infruttifere costituite presso le sezioni di tesoreria provinciale dello Stato);*

*d) estinzione dell'operazione in breve termine (in genere nell'arco massimo di 18 mesi) o possibilità garantita di pronto disinvestimento anticipato del capitale impiegato per far fronte ai pagamenti ai quali le giacenze di cassa sono destinate (per tale motivo è da escludersi la possibilità di ricorrere ad anticipazioni di tesoreria nella misura in cui al deficit di cassa possa sopperirsi con il disinvestimento delle operazioni di cash management), anche in relazione all'obbligo di prioritario utilizzo di cui all'art. 7, co. 5, del d. lgs. 279/07, che investe, oltre le giacenze libere di cassa, le liquidità "temporaneamente reimpiegate in operazioni finanziarie";*

*e) deposito dei titoli presso il tesoriere ai sensi dell'art. 209, co. 3, e 211, co. 2, del TUEL.*

E' consentito ad un ente locale di concedere un prestito ad una società che partecipa interamente: tale operazione si configura quale mutuo e deve sottostare a stretti parametri di ammissibilità imposti sia dall'ordinamento interno che da quello comunitario.

Corte di Cassazione, Sez. trib., 23.5.2012, n. 8108

**Società miste - aiuti di Stato - obbligatorietà del recupero - sussiste.**

*Il recupero dell'aiuto di Stato è obbligatorio, con l'eccezione della sola appartenenza dell'aiuto individualmente concesso alla categoria de minimis, e detta obbligatorietà non consente al giudice nazionale alcuna diversa valutazione, in quanto l'esame della compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato rientra nella competenza esclusiva della Commissione delle Comunità Europee; la quale [nella decisione n. 2003/193/CE] ha evidenziato l'irrilevanza della*

circostanza che l'impresa beneficiarla operi in regime di monopolio di fatto sia perchè "il mercato delle concessioni dei cosiddetti servizi pubblici locali è un mercato aperto alla concorrenza comunitaria [...] e soggetto alle regole del Trattato" (v. considerando n. 68) sia perchè le misure in esame, per un verso "incidono sugli scambi tra Stati membri poiché esse danneggiano imprese straniere partecipanti a gare per concessioni locali in Italia, dato che le imprese pubbliche beneficiarie del regime in oggetto possono concorrere a prezzi più competitivi rispetto ai loro concorrenti nazionali o comunitari che non ne beneficiano" e, per altro verso, rendono "meno attraente per le imprese di altri Stati membri investire nel settore [...] (ad esempio con acquisto di partecipazione di maggioranza), poiché le aziende eventualmente acquisite non potrebbero beneficiare (o potrebbero perdere) l'aiuto, in conseguenza della natura dei nuovi azionisti" (v. i considerando n. 69 e seguenti).

E' obbligatorio il recupero dei finanziamenti nei confronti delle società miste qualora si configurino quali aiuti di stato.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.5.2012, n. 2537

#### **Servizio pubblico locale - nozione.**

#### **Servizio pubblico locale di rilevanza economica - appalto di servizi - configurabilità**

La nozione comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza del servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi), è riconosciuta a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa. Si postula in sostanza quale requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale che il singolo o la collettività abbiano a ricevere un vantaggio diretto e non mediato da un certo servizio, escludendosi, di conseguenza, che ricorre servizio pubblico a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività. In quest'ultimo caso si parla, infatti, di mero appalto di servizi e non di servizio pubblico locale.

Come emerge dall'art. 3 del d. lgs. 163/2006,

l'elemento della allocazione del rischio di impresa in capo al gestore del servizio è funzionale alla distinzione tra contratto di appalto di servizi e concessione di servizi, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili ai due istituti, ma risulta ininfluyente quanto alla configurazione dell'appalto di servizi in contrapposizione al servizio pubblico locale. Se ne deve dedurre che si è in presenza di un servizio pubblico locale di rilevanza economica anche quando l'amministrazione - invece della concessione - pone in essere un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell'amministrazione) sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza - e non all'ente appaltante in funzione strumentale all'amministrazione - e l'utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio.

Perché vi sia un servizio pubblico locale è necessario che i destinatari ne ricevano un vantaggio diretto e non mediato.

Qualora ne sussistano i caratteri (attività rivolta all'utenza che paga una tariffa), si è in presenza di un servizio pubblico di rilevanza economica anche quando l'amministrazione ricorre all'appalto (invece che alla concessione).

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.5.2012, n. 2531

#### **Servizio di trasporto pubblico – Reg. UE 1370/2007 – Ambito applicativo**

#### **Servizio pubblico – Concessione o appalto – Differenze**

#### **Servizio di trasporto pubblico – Concessione o appalto – Differenze**

L'art. 5 del regolamento 23.10.2007, n. 1370 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia specifica che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive: le quali stabiliscono il significato comunitario, a tali fini, di concessione (di servizi), con riferimento al contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispetti-

vo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

La differenza tra le due suddette modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, dunque, in questo: nella "concessione", l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; sotto il profilo economico, il settore in cui opera l'impresa è chiuso al mercato, totalmente o parzialmente, sulla base di disposizioni di carattere generale (cfr. il citato art. 2 del regolamento) e l'ingresso dell'operatore deve avvenire tramite un provvedimento amministrativo (concessione, appunto). La compensazione per lo svolgimento delle missioni di servizio pubblico è direttamente stabilita dalla legge (*rectius*: dal Regolamento UE). Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. Nel caso dei trasporti, l'impresa che fornisce l'opera o il servizio non supporta, quindi, l'alea connessa alla gestione dell'opera o del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di lavori o di servizi.

Il rischio viene meno, sotto il profilo economico, quando vi è uno specifico contratto di servizio che impone degli oneri di servizio pubblico, specifici per l'impresa ai quali l'impresa fa fronte tramite una specifica remunerazione data, per contropartita, dall'Amministrazione pubblica: ecco, perché, in questo senso, siamo di fronte a contratti veri e propri che devono essere aggiudicati tramite una procedura d'appalto. Nel caso di specie, dunque, dove risulta agli atti che l'attività in oggetto è condizionata ad uno specifico contratto di servizio ove si impongono specifici oneri e determinate remunerazioni, previste con riguardo al singolo operatore, risultando insufficiente una mera concessione che abilita l'operatore economico a svolgere il servizio sulla base di predeterminate regole generali, ci si trova di fronte alla nozione comunitaria di contratto di servizio, dun-

que ad una situazione che lo stesso regolamento del 2007 pone sotto l'egida della disciplina degli appalti pubblici, con i conseguenti oneri di attivazione delle necessarie procedure competitive.

Qualora il servizio di trasporto pubblico venga svolto senza l'assunzione del rischio da parte del gestore, si è in presenza di un appalto e non di una concessione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.5.2012, n. 2459

### **Proroga non prevista - affidamento diretto - equiparazione**

Questo Consiglio ha già avuto modo di prendere posizione sulla questione se nella nozione di "affidamento diretto" di cui all'art. 23-bis d.l. 112/08 rientri, o meno, la proroga che segue un primo affidamento con gara, assumendo la seguente univoca posizione: "All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara" (VI, 16.2.2010, n. 850).

Fuori dai casi previsti, la proroga dell'affidamento di un servizio pubblico configura ad un affidamento diretto dello stesso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 20.4.2012, n. 2348

### **Società miste - gara per la scelta del socio - oggetto**

Il criterio guida nella utilizzazione della società mista è quello della salvaguardia della libera concorrenza, che risulta garantita solo se il capitale pubblico interviene senza sottrarre all'imprenditoria privata le utilità che questa potrebbe trarre da un affidamento del medesimo appalto al di fuori dello schema societario, in esito al semplice esperimento della gara per la scelta del contraente. Ne consegue che la conformità allo schema ora delineato impone che al socio privato sia affidata – non un qualunque compito operativo, purché precisamente

determinato - bensì ogni attività necessaria all'esecuzione dell'appalto che sia suscettibile di rendere una utilità economica.

La gara per la scelta del socio privato "operativo" di una società mista deve avere ad oggetto le sole attività necessarie all'esecuzione dell'appalto.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2021

**Servizio pubblico - caratteri.**

**Attività di bonifica e messa in sicurezza di sito inquinato di interesse nazionale - natura di servizio pubblico - sussiste.**

*Per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di una definizione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili).*

*Né la circostanza, che per le attività de quibus [messa in sicurezza e di bonifica di un sito inquinato di interesse nazionale] non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come si verifica invece per la normale attività di depurazione), è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico e, per altro verso, da un punto di vista strettamente economico, l'utilità dei soggetti tenuti alla messa in sicurezza e alla bonifica di siti inquinati è all'evidenza rappresentata dal vantaggio che i medesimi (o i loro danti causa) abbiano conseguito precedentemente attraverso la socializza-*

*zione dei costi (id est l'inquinamento) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che sarebbero dovuti rimanere a carico delle stesse imprese inquinatrici, talché detti costi attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza vengono nuovamente internalizzati (peraltro, verosimilmente in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate, non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute medio tempore verificatisi).*

L'attività di bonifica e messa in sicurezza di un sito inquinato di interesse nazionale configura un servizio pubblico.

A.G.C.M., 8.8.2012, n. AS978

**Servizio pubblici locali - rilevanza economica - criterio distintivo.**

**Servizio di refezione scolastica - natura - privo di rilevanza economica.**

**Servizio di consegna a domicilio dei pasti agli anziani - natura - privo di rilevanza economica.**

*Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza, conformemente all'orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio.*

*Con riferimento al servizio di refezione scolastica, assume rilievo: i) la natura "sociale" del servizio, in quanto finalizzato a garantire l'effettività del diritto allo studio; ii) la scelta di una gestione in economia dello stesso da parte dei Comuni aderenti alla convenzione, allo scopo di garantire il servizio a costi ridotti rispetto a quelli sostenuti in precedenza; iii) l'anti-economicità dei pregressi moduli gestionali (affidamento del servizio ad operatori individuati a seguito di procedure ad evidenza pubblica). Da queste caratteristiche, in conformità ai criteri adottati dal giudice amministrativo, può ritenersi che nel caso di specie il servizio di cui si tratta sia "privo di rilevanza*

economica”.

*Considerazioni analoghe possono essere effettuate per il servizio di consegna a domicilio dei pasti agli anziani, attesa l'evidente finalità sociale che i Comuni intendono perseguire con l'erogazione del servizio citato, le modalità concrete individuate per l'organizzazione dello stesso (gestione in economia con convenzione fra gli enti territoriali coinvolti) e l'inefficienza delle precedenti gestioni effettuate mediante il ricorso al mercato.*

Alla luce del criterio relativistico cui occorre far ricorso per stabilire la rilevanza economica di un servizio pubblico locale, i servizi di refezione scolastica e di consegna domiciliare dei pasti agli anziani risultano privi di tale carattere.

TAR Sicilia, Ct, sez. II, 3.8.2012, n. 1993

**Servizio di illuminazione votiva - natura - servizio pubblico.**

*Nella giurisprudenza amministrativa sembra ormai essere prevalente l'indirizzo che riconosce natura di servizio pubblico al servizio di illuminazione votiva, differenziandolo nettamente dall'ipotesi di concessione e gestione di opera pubblica (ex plurimis CdS, V, 29.3.2010, n. 1790, lì affermandosi espressamente che il servizio di illuminazione votiva costituisce “concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica”; ed ancora, in senso analogo, CdS, V, 11.8.2010, n. 5620 e CdS, V, 14.4.2008, n. 1600).*

Deve riconoscersi natura di servizio pubblico al servizio di illuminazione votiva.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 12.7.2012, n. 1974

**Società miste - scelta del socio privato - obbligo di procedura selettiva - sussiste.**

**Società miste - affidamento diretto - legittimità.**

*Nel caso delle società per azioni a capitale pubblico maggioritario – che ad avviso della dottrina costituiscono un modello alternativo, o, secondo altri autori, un'evoluzione, delle aziende speciali costituite dagli enti locali – la concessione di pubblici servizi non richiede il previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica, tale concessione risolvendosi, piuttosto, in un affidamento diretto. Si tratta di una disciplina legittima, in quanto tali società ven-*

*gono costituite dagli enti locali al precipuo scopo di affidare loro i servizi pubblici di propria competenza, vanificandosi, nell'ipotesi di un'obbligatoria indizione di una procedura di affidamento, la ragione stessa della loro costituzione. L'unico profilo di selezione informata ai criteri di trasparenza e concorrenza è rappresentato dalla scelta del partner privato.*

*La giurisprudenza ha rilevato che “la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell'Ente locale che la ha costituita”, sicché “è immediatamente conseguenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto. Altrimenti opinando, la costituzione di tali società miste non avrebbe alcuna pratica utilità, mentre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito” (cfr., tra le tante, CdS, V, 3.2.2005 n. 272).*

E' legittimo l'affidamento diretto a società mista il cui socio privato sia stato scelto tramite procedura ad evidenza pubblica.

TAR Emilia R., Bo, Sez. II, 31.5.2012, n. 380

**Servizio di accertamento e riscossione volontaria di tributi locali ex art. 7, co. 2, d.l. 70/11.**

**Affidamento in house a società strumentale - legittimità.**

**Società strumentale - controllo analogo congiunto - legittimità.**

*E' legittimo l'affidamento in house alla propria società strumentale del servizio di accertamento e riscossione volontaria di alcuni tributi locali, in quanto l'art. 7, co. 2, lett. gg ter e gg quater del d.l. 70/11, nel testo originario in vigore al momento del suddetto affidamento in house, stabiliva appunto che i Comuni provvedessero alla riscossione spontanea delle proprie entrate o tramite proprio personale e strutture o mediante affidamento a società strumentali con capitale interamente pubblico; con esclusione, pertanto, dell'ulteriore modalità di affidamento del servizio a terzi previo espletamento di gara pubblica*

*E' legittimo l'affidamento diretto del servizio a società strumentale da parte di un Comune socio di minoranza della società, qualora il ne-*

cessario controllo analogo sulla stessa sia esercitato congiuntamente da parte delle amministrazioni locali socie per la totalità del capitale sociale (v. CdS, V, 29.12.2009 n. 8970).

Nel caso di società *in house* il controllo analogo può anche essere esercitato congiuntamente da parte delle amministrazioni locali partecipanti.

TAR Campania, Na, Sez. I, 18.4.2012, n. 1809  
**Servizi pubblici locali - determinazione tariffe - principio di irretroattività - sussiste.**

*Nell'ambito dell'azione amministrativa vige la regola generale dell'irretroattività, espressione del principio di legalità e dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, la quale impedisce all'amministrazione di incidere unilateralmente e con effetto ex ante sulle situazioni soggettive del privato ed, a maggior ragione, opera in presenza di provvedimenti con valenza regolamentare, quali sono gli atti di determinazione delle tariffe dovute per i servizi locali (cfr. Tar Toscana, n. 4892/2010). Il principio di irretroattività discende, infatti, in linea generale dall'art. 11 delle preleggi, ed è derogabile unicamente per effetto di una disposizione di legge pari ordinata, ma non anche in sede di esercizio del potere regolamentare che è fonte normativa gerarchicamente subordinata, con la conseguenza che solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti gli atti e regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva (fra le altre, cfr. CdS, VI, 9.9.2008, n. 4301, e, sulla natura regolamentare dei provvedimenti di determinazione delle tariffe, anche id., 6.4.2010, n. 1918). Più in dettaglio, il divieto di irretroattività delle tariffe dei servizi pubblici locali è espressamente sancito dall'art. 54, co. 1 bis, del d. lgs. 15.12.1997, n. 446, introdotto dall'art. 54, della l. 23.12.2000, n. 388.*

Vige anche nei servizi pubblici locali il princi-

pio della irretroattività della determinazione delle tariffe.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 12.4.2012, n. 716

**Installazione di distributori automatici di beni di consumo in ambito scolastico - natura di concessione di servizio - sussiste.**

*Il Consiglio di Stato con la decisione n. 4128/2011 ha reputato corretta la configurazione della assegnazione del servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di generi alimentari all'interno di strutture ospedaliere alla stregua di una concessione di un servizio pubblico. Pertanto, ritiene questo Collegio che anche l'assegnazione del servizio costituito dalla installazione e gestione di distributori automatici di generi alimentari all'interno di strutture scolastiche debba essere qualificata in termini di concessione di servizio pubblico ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 163/2006. In tal senso su fattispecie analoga TAR Toscana, Fi, Sez. II, 6.7.2010, n. 2313 ha rilevato che "L'effettivo oggetto di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici, indetta da un istituto scolastico, va ricostruito alla luce delle previsioni dettate dalla "lex specialis" (ritenendo che la gara avesse ad oggetto non tanto e non solo la concessione in uso, da parte dell'istituto, dei locali ove installare i distributori, quanto e soprattutto l'assunzione in capo all'impresa aggiudicataria di tutti gli oneri e degli obblighi afferenti la gestione del servizio di somministrazione espletato tramite i distributori medesimi).*

L'installazione di distributori automatici di generi alimentari nelle scuole configura un servizio pubblico da affidare tramite concessione.

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

*L. 1293/57: cause di esclusione dalla gestione delle rivendite di generi di monopolio. Sul carattere tassativo della elencazione contenuta nella normativa. (Parere prot. 417024 del 27.12.2011, AL 39235/11, Avv. (G. Palmieri).*

### RISPOSTA

*1. Con la nota che si riscontra codesta amministrazione chiede a questa Avvocatura se, alla stregua del potere discrezionale esercitato nella gestione del rapporto concessorio con i rivenditori di generi di monopolio, possano, in base a un'interpretazione sistematica della normativa in materia e senza ledere il principio di tipicità delle sanzioni, essere considerate, quali cause di esclusione dalla gestione dei magazzini di vendita, in base all'art. 6 della l. 22.12.1957, n. 1293, recante "Organizzazione dei servizi di distribuzione e vendita dei generi di monopolio", ulteriori ipotesi non espressamente contemplate in tale articolo e, quindi, se l'elencazione in esso contenuta abbia carattere tassativo. 2. Preliminarmente occorre riepilogare il quadro normativo di riferimento. L'art. 6, intitolato "cause di esclusione dalla gestione dei magazzini di vendita", della legge 22.12.1957, n. 1293, recante "Organizzazione dei servizi di distribuzione e vendita dei generi di monopolio", dispone che: "Non può gestire un magazzino chi: 1) sia minore di età, salvo che non sia autorizzato all'esercizio di impresa commerciale; 2) non abbia la cittadinanza di uno degli Stati membri delle Comunità europee; 3) sia inabilitato o interdetto; 4) sia sta-*

*to dichiarato fallito fino a che non ottenga la cancellazione dal registro dei falliti; 5) non sia immune da malattie infettive o contagiose; 6) abbia riportato condanne: a) per offese alla persona del Presidente della Repubblica ed alle Assemblee legislative; b) per delitto punibile con la reclusione non inferiore nel minimo ad anni tre, ancorché, per effetto di circostanze attenuanti, sia stata inflitta una pena di minore durata ovvero per delitto per cui sia stata irrogata una pena che comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici; c) per delitto contro il patrimonio, la moralità pubblica, il buon costume, la fede pubblica, la PA., l'industria ed il commercio, tanto se previsto dal Codice penale quanto da leggi speciali ove la pena inflitta sia superiore a trenta giorni di reclusione ovvero ad una multa commutabile, a norma del Codice penale, nella reclusione non inferiore a trenta giorni a meno che, in entrambi i casi, il condannato non goda della sospensione della pena; d) per contrabbando, qualunque sia la pena inflitta; 7) abbia nei precedenti cinque anni rinunciato alla gestione di un magazzino; 8) abbia definito in sede amministrativa procedimento per contrabbando di generi di monopolio a suo carico. È in facoltà dell'amministrazione consentire la gestione quando siano trascorsi almeno cinque anni dall'avvenuta estinzione del reato; 9) sia stato rimosso dalla qualifica di gestore, coadiutore o commesso di un magazzino o di una rivendita, ovvero da altre mansioni inerenti a rapporti con l'amministrazione dei monopoli di Stato, se non siano trascorsi almeno cin-*



que anni dal giorno della rimozione; 9-bis) non abbia conseguito, entro sei mesi dall'assegnazione, l'idoneità professionale all'esercizio dell'attività di rivenditore di generi di monopolio all'esito di appositi corsi di formazione disciplinati sulla base di convenzione stipulata tra l'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e l'organizzazione di categoria maggiormente rappresentativa". Il successivo art. 7 prevede le cause di incompatibilità nella gestione dei magazzini di vendita, precisando che: "Non può gestire un magazzino chi: 1) presti la propria opera, con rapporto di lavoro continuativo, alle dipendenze altrui; 2) eserciti, a qualunque titolo, altro magazzino, rivendita, banco lotto, ricevitoria o collettoria postale, oppure conviva con persona esercente altro magazzino o comunque addetta ad ufficio o stabilimento dei Monopoli di Stato, ovvero appartenente al Corpo della Guardia di Finanza; 3) rivesta la qualifica di concessionario per la coltivazione del tabacco, sia coltivatore di tabacco o conviva con persona che abbia l'una o l'altra di dette qualità. L'incompatibilità cessa se, entro i termini stabiliti dall'amministrazione, l'interessato ne abbia rimosso la causa". L'art. 13, che disciplina le ipotesi di "decadenza dalla gestione", prevede che: "Il magazziniere decade dalla gestione: a) quando ricorra nei di lui confronti uno dei casi di esclusione previsti dall'art. 6; b) quando ricorra nei di lui confronti uno dei casi di incompatibilità previsti dall'art. 7 e non provveda a rimuovere l'incompatibilità nei termini assegnatigli dall'amministrazione; c) quando non abbia ottenuto la cancellazione dal registro dei falliti entro due anni dalla sentenza dichiarativa del fallimento; d) quando abbia riportato condanna che importi interdizione temporanea dai pubblici uffici per un periodo superiore a due anni". 3. Dall'esame della giurisprudenza elaborata dal giudice amministrativo in materia si possono desumere i seguenti principi. Innanzitutto, con riferimento all'art. 6 citato, il CdS, Sez. VI, ha statuito che, nel sistema delineato dalla l. n. 1293/1957 citata, "le cause di esclusione e di incompatibilità, previste in via generale per i procedimenti volti all'acquisizione della qualità di gestore, divengono casi specifici di de-

cadenza appositamente contemplati e disciplinati, ove abbiano a verificarsi dopo l'inizio della gestione e nel corso della medesima" (sent. 29.10.1997, n. 861, in CdS, I, 1513). Con la sentenza n. 5224/10, richiamata anche da codesta amministrazione, il CdS, Sez. IV, ha sottolineato come la vendita di generi di monopoli "sia accompagnata da un regime improntato a particolare severità e che il concessionario sia investito di specifiche responsabilità", tanto che "ogni fatto costituente violazione di tale dovere di 'fedeltà commerciale' può bene dare luogo, una volta accertata l'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto, alla irrogazione della massima sanzione disciplinare costituita dalla revoca della licenza di rivendita dei generi di monopolio". La sentenza del TAR Puglia, Le, III, 1.4.2010, n. 890, (che espressamente richiama la sentenza del TAR Sicilia, Ct, II, 13.10.2008, n. 1814), statuisce, invero, in merito a un'ipotesi specifica, (sequestro di tabacchi comunque muniti del sigillo dei monopoli), nella quale dall'esclusione della sussistenza di un'ipotesi di contrabbando deriva l'insussistenza di cause di possibile esclusione o di decadenza dalla gestione delle rivendite. Avuto riguardo agli artt. 6, 7, 12, 13 e 18 della l. n. 1293/1957 citata, la richiamata sentenza del TAR Catania esclude anche che "la sanzionabilità del fatto ai sensi dell'art. 5 della l. n. 50/1994 possa essere assimilata alle ipotesi di esclusione dalla gestione di rivendite normativamente previste in base ad una valutazione di ordine quasi 'morale' non contemplata dall'ordinamento". Infine, sebbene in una fattispecie affatto particolare (esclusione dalla assegnazione di nuova rivendita per rinuncia art. 6, n. 7, citato), la norma di cui all'art. 6 l. n. 1293/1957 citata è stata ritenuta di stretta interpretazione, perché incide sulla libertà di iniziativa economica (TAR Calabria, I, 28.2.2002, n. 468). 4. Deve, quindi, ritenersi che sussista una relazione biunivoca, alla luce della giurisprudenza richiamata al punto 3., tra le cause di esclusione dalla gestione dei magazzini di vendita dei generi di monopolio e le cause di incompatibilità alla gestione dei predetti magazzini, nel senso che, come sottolineato dal CdS con la sentenza n. 861/1997 citata, le cause di esclusione e di incompatibilità gene-

rali divengono “casi specifici di decadenza appositamente contemplati e disciplinati”, se si verificano dopo l’inizio o nel corso della gestione delle rivendite di generi di monopolio. Ne deriva, infatti, che le cause di incompatibilità previste dall’art. 7 citato, se sussistono sin dal momento del conferimento della gestione, diventano cause di esclusione dalla gestione stessa, se “entro i termini stabiliti dall’amministrazione”, l’interessato non ne abbia “rimosso la causa”, in base all’art. 13, lett. b), l. n. 1293/1957 citato. In considerazione del tenore della norma di cui all’art. 6 citato, deve ritenersi che essa non possa essere applicata in via analogica a fattispecie similari in essa non previste, ma possa, invece, essere suscettibile di interpretazione estensiva, ampliandone, quindi, il significato precettivo nell’ambito della sua dizione letterale.

5. Il caso specifico richiamato in via di esemplificazione da codesta amministrazione e, cioè, l’ipotesi della violazione dell’art. 96 della l. 17.7.1942, n. 907, che sanziona “la vendita di generi di monopolio senza autorizzazione ad acquisto da persone non autorizzate alla vendita” con l’applicazione della misura di cui all’art. 5 della l. 18.1.1994, n. 50, può essere, in via di interpretazione estensiva, ricompreso nella previsione di cui all’art. 6, n. 8), sussistendone la medesima “ratio”, anche alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza del CdS, IV, 1.6.2010, n. 3470. Resta ferma, ovviamente, l’opportunità di sottoporre a questa Avvocatura ogni ulteriore diversa fattispecie che richieda una specifica valutazione in concreto. Si suggerisce, infine, a codesta amministrazione, atteso il carattere risalente nel tempo della normativa che disciplina la materia, di sollecitare un intervento legislativo di modifica delle norme in questione che possa, perciò, tenere conto delle esigenze rappresentate con la richiesta di parere che si riscontra. La questione è stata esaminata dal Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 19.12.2011.

«.....GA.....»

## **DOMANDA**

Se sia possibile mutare (parzialmente) in sede di esecuzione l’oggetto di una fornitura, di-

venuta non utile per mutate esigenze dell’amministrazione appaltante. La ditta fornitrice sarebbe disponibile, senza oneri aggiuntivi per l’amministrazione, a patto di conservare la commessa acquisita a seguito di gara. Parere n. 63523 (Avv. G. Fiengo).

## **RISPOSTA**

«(...) codesta amministrazione richiede l’avviso della Scrivente in ordine alle opzioni giuridiche praticabili in relazione al contratto di appalto, stipulato a seguito di gara, con la [X] S.p.A. per la fornitura di veicoli, allestiti “per l’impiego in ordine pubblico”, da mettere a disposizione dei reparti operativi. In particolare si mette in evidenza come, nell’arco temporale necessario per la predisposizione del prototipo della fornitura pattuita, siano emerse più approfondite valutazioni in ordine alle esigenze operative e nuove possibilità da parte della stessa ditta fornitrice di apprestare un veicolo simile che meglio si adatterebbe alle richieste dei reparti operativi. In linea generale la Scrivente osserva che, lo stesso bando di gara e la stessa scheda contrattuale (che costituiscono, com’è noto, per la stazione appaltante i limiti su cui misurare l’affidamento rispettivamente dei terzi e del contraente finale) non sembrano escludere una qualche possibilità di variare la prestazione richiesta in funzione della sopravvenienza di nuove valutazioni dell’interesse pubblico o di migliorie e mutamenti nelle produzioni industriali. Nella sezione VI, punto VI. 4) del bando di gara, sotto la voce “informazioni complementari” l’amministrazione chiariva infatti che “la domanda di partecipazione non è vincolante per l’amministrazione che si riserva la facoltà di ritirare uno o più lotti per mutate esigenze dello stato attuale non preventivabili...”. Analoga previsione risulta dettata all’art. 3 del contratto n. 28527 di rep. del 14.9.2005, laddove, sotto la rubrica “variazioni tipi di veicoli” testualmente si legge: “Qualora, alla data di ricezione, da parte della ditta della comunicazione di avvenuta registrazione, a norma delle vigenti disposizioni di legge del decreto approvativi del contratto, oppure della comunicazione di esecuzione anticipata, i veicoli indicati nel contratto stesso non fossero più in produzione, le parti contraenti si

accorderanno per le sostituzioni di questi con quelli corrispondenti di nuova produzione o con altri tipi di veicoli...” Dall’andamento del collaudo del prototipo apprestato dall’[X] emerge inoltre una sostanziale insoddisfazione dell’amministrazione in relazione alla fornitura di cui si tratta e la richiesta di modifiche ed allestimenti destinati - secondo quanto anticipato dalla ditta fornitrice - di una nuova determinazione del prezzo di ciascuna unità fornita (ad esclusione delle spese sostenute per il prototipo). Nel corso della riunione del 3.3.2006 è emerso che “le caratteristiche estetiche del veicolo, come approntate nel prototipo della casa costruttrice non sono in linea con le funzioni di ordine pubblico previste nel capitolato e, quindi con le esigenze operative dei Reparti Mobili”; per contro nella stessa riunione viene evidenziato che “La stessa società [X] sta predisponendo per altre istituzioni straniere veicoli con caratteristiche tecniche simili, a due ruote motrici per il trasporto di un equipaggio composto da nove persone.” L’appunto all. 10, riportando gli esiti di una riunione del 7.3.2006 tenuta con i Dirigenti dei Reparti Mobili, fa presente che “i Comandanti hanno espresso la propria approvazione alla eventuale acquisizione dei veicoli [X], approvato (approntato?) dalla soc. [Y] per la Gendarmeria francese etc.” ed hanno sottolineato “l’opportunità di predisporre un allestimento che comprenda portelloni laterali di ampia capienza, botole sul tetto e sul pianale e grigliature almeno nella parte anteriore”. In tale contesto è avviso della Scrivente che, prima di procedere ad un recesso dal contratto a suo tempo stipulato, che aprirebbe un contenzioso con la ditta fornitrice di esito incerto, possa essere legittimamente valutata la possibilità di adeguamento dello stesso in funzione delle mutate esigenze connesse alla tutela dell’ordine pubblico. Tale possibilità trova fondamento, oltre che nel generale ius variandi che connota gli appalti di lavori, fornitura e servizi, in funzione delle mutate esigenze pubbliche, nella stessa disciplina civilistica delle obbligazioni sia in sede progettuale che in sede di

adempimento. Gli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile prevedono infatti, sia pure previa intesa con la controparte, la possibilità di variazioni non onerose del progetto e, a sua volta, l’art.1197 del c.c. (“prestazione in luogo d’adempimento”) consente in generale ai contraenti, in sede di esecuzione della prestazione, di modificare il tipo di veicolo oggetto della fornitura, in conformità di quanto previsto nei casi in cui – come nel caso di specie - sopravvengano nuove esigenze d’interesse pubblico ovvero (ed era la previsione specifica dello stesso contratto) la stessa ditta metta in produzione un veicolo tecnicamente più avanzato e più adatto alle finalità perseguite dall’amministrazione appaltante. Sotto questo profilo va ricordato che l’art. 10 della scheda contrattuale prevede che “Qualora nei corso della fornitura, ed in particolare nel corso delle prime due fasi del collaudo, si reputasse opportuno apportare modifiche o varianti tecniche al fine di aumentare la funzionalità operativa o le prestazioni tecniche del materiale oggetto del contratto, l’Area IV - Motorizzazione, sentito l’Ufficio tecnico e Analisi di Mercato del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, può richiedere o autorizzare, su proposta della Ditta l’esecuzione di tali modifiche o varianti tecniche. È fatto altresì obbligo alla ditta contraente di fornire mezzi con tutte le varianti migliorative intervenute nelle linee di produzione ordinarie fino al momento del collaudo dei mezzi in fornitura”. A maggiore tutela delle parti contraenti, in sede di espressione del consenso alla nuova prestazione, potranno essere risolte in via transattiva eventuali questioni insorte in ordine alla mancata rispondenza (“estetica”) dell’originaria prestazione al capitolato di fornitura (verbale della riunione del 3.3.2006) e alle spese sostenute dall’[X] per l’approntamento del prototipo del primo veicolo (non consegnato o consegnato in misura ridotta). A tutela dei terzi, invitati alla gara e non intervenuti, la Scrivente ritiene che non debba cambiare l’impegno globale di spesa a suo tempo previsto per la fornitura di che trattasi».

# PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **INQUADRAMENTO DEL PERSONALE DEGLI ENTI LOCALI: AI SENSI DELLA L. 127/1997 ALL'ANNULLAMENTO DELL'INQUADRAMENTO NON DEVE CONSEGUIRE L'INTERRUZIONE DEL PAGAMENTO DEL TRATTAMENTO RETRIBUTIVO PIÙ FAVOREVOLE**

*La controversia riguarda l'interpretazione dell'art. 6, co. 17, della l. 15.5.1997, n. 127, ai sensi del quale "entro il 30.9.1998 gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del d.P.R. 25.6.1983, n. 347, e successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento. Fino alla data di copertura dei posti resisi disponibili per effetto del presente comma, il personale destinatario dei provvedimenti di inquadramento ivi indicati continua a svolgere le mansioni corrispondenti alla qualifica attribuita con detti provvedimenti, mantenendo il relativo trattamento economico. Alla copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento si provvede mediante concorsi interni per titoli integrati da colloquio ai quali sono ammessi a partecipare i dipendenti appartenenti alla qualifica immediatamente inferiore che abbiano svolto almeno cinque anni di effettivo servizio nella medesima qualifica, nonché i dipendenti di cui al presente comma anche se provvisti del titolo di studio immediatamente inferiore a quello prescritto per l'accesso alla qualifica corrispondente". Secondo il Comune appellato, la cui tesi è stata fatta propria dal primo giudice, la norma impone l'annullamento dei provvedimenti di inquadramento difformi dalle*

*previsioni di cui al d.P.R. 25.6.1983, n.347, - nella presente controversia non è contestato che l'inquadramento dell'appellante ricade nell'ambito di applicazione della norma - ed all'annullamento dell'inquadramento deve necessariamente conseguire l'interruzione del pagamento del trattamento retributivo più favorevole. Tale interpretazione non è condivisa dal Collegio, in quanto non sorretta dall'enunciato della norma. Invero, la norma univocamente dispone che i dipendenti degli enti locali assoggettati alla sua applicazione mantengono il proprio trattamento economico; l'interpretazione del primo giudice sarebbe condivisibile se il legislatore avesse disposto che nelle more dell'espletamento dei concorsi interni di cui si tratta i dipendenti interessati riacquistano il trattamento più favorevole, facendo in tal modo intendere che la sua applicazione riguarda solo la prosecuzione del rapporto. Il verbo "mantengono" evidenzia invece la volontà di conservare ai dipendenti di cui si tratta il trattamento più favorevole, nonostante sia stato attribuito con provvedimenti illegittimi. La conclusione è avvalorata dal fatto che la norma dispone che gli stessi dipendenti sono mantenuti nell'esercizio delle mansioni superiori. Potrebbe invero dubitarsi del diritto al mantenimento del trattamento più favorevole nel caso dei dipendenti che nel corso degli anni siano stati restituiti all'esercizio delle mansioni proprie della qualifica inferiore, ma il problema è estraneo alla presente controversia in quanto non è contestata l'affermazione dell'appellante, secondo la quale egli ha continuato a svolgere le mansioni superiori anche dopo la sospensione del migliore trattamento economico (CdS, V, 23.7.2012, n. 4199).*



«..... GA.....»

## **REVOCA DELL'INCARICO DI DIRETTORE GENERALE: INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE COMPETENTE**

*Il Collegio nel caso di specie si è adeguato, da un lato al chiaro disposto dell'art. 63, co. 1, d. lgs. 30.3.2001, n. 165, secondo il quale sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni incluse le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, come nella specie. Dall'altro, il Collegio ha evidenziato come risulta univoca, in tal senso, la giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui la revoca che si riferisce a gravi motivi ovvero a violazione di legge o dei principi di buon andamento o di imparzialità, di cui all'art. 3 bis, co. 6, d. lgs. 30.12.1992, n. 502, in quanto essa è equiparabile a fatti di inadempimento e, quindi, attiene alla risoluzione del rapporto di lavoro privato, è rimessa alla cognizione della giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cass., sez. un. 26.1.2011, n. 1767; conforme: Cass., sez. un., 28.7.2004, n. 14177; in senso sostanzialmente conforme: Cass., sez. un., 24.2.1999, n. 100). E' pur vero che, nella specie, l'incarico non trova la sua fonte in un contratto di diritto privato, ma in un atto amministrativo discrezionale a monte, rispetto al quale il contratto privato a valle si limita a regolare il rapporto, senza incidere sulla sua fase genetica. In merito al conferimento di incarichi di lavoro a soggetti esterni alla PA., pur non sussistendo la cd. "riserva residuale" di giurisdizione del giudice amministrativo, la quale si riferisce soltanto al reclutamento basato su prove di concorso caratterizzato da un fase di individuazione degli aspiranti muniti di generici titoli di ammissione e di una successiva fase di svolgimento di prove e di confronto delle capacità volta ad operare la selezione e presidiata da discrezionalità anche amministrativa della pubblica amministrazione, non si condivide l'assunto secondo cui non vi sarebbe spazio per la giurisdizione del G.A. Infatti, in tutti i casi in*

*cui la scelta del soggetto incaricato si basi su profili di discrezionalità (massima nella specie, ove sono implicate anche ragioni di carattere politico, che richiedono ancora di più il rispetto dei rigorosi parametri dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 della Cost.), l'atto di nomina non può che essere esercizio di potere discrezionale amministrativo e non può assolutamente ritenersi atto datoriale di tipo privatistico attinente all'organizzazione degli uffici, poiché tale qualificazione metterebbe pericolosamente sullo sfondo, in contrasto con il precetto richiamato dell'art. 97 della Cost., la necessità di rispettare, nella scelta, le regole che circoscrivono l'agire discrezionale (e, quindi, la funzione amministrativa) della PA. e che, per contro, non possono caratterizzare il potere privatistico del datore di lavoro. Tuttavia, l'impugnazione proposta si sostanzia in una contestazione incentrata unicamente sulla risoluzione di un rapporto per inadempimento (o sul suo equivalente, concernente la mancata conferma, come ha asserito la Corte di Cassazione, per effetto dell'applicazione della norma di cui all'art. 3 bis, co. 6, d. lgs. 30.12.1992, n. 502), non implicando la soluzione di questioni attinenti al rapporto di diritto pubblico a monte ed incidendo, dunque, non sull'atto amministrativo attributivo dell'incarico, bensì unicamente sul rapporto di diritto privato. Con l'ulteriore conseguenza che, come ha correttamente statuito il TAR, deve essere affermata la giurisdizione del Giudice Ordinario (CdS, V, 7.6.2012, n. 3352).*

«..... GA.....»

## **DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI DELLE ORGANIZZAZIONI SINDACALI: SONO DUE I PRESUPPOSTI IN PRESENZA DEI QUALI L'AMMINISTRAZIONE DATRICE DI LAVORO E' TENUTA A RILASCIARE AI SINDACATI I DOCUMENTI RICHIESTI**

*Il Consiglio di Stato conferma con la sentenza in esame la piena legittimazione delle organizzazioni sindacali ad azionare il diritto di accesso, sia iure proprio, sia a tutela di*

*interessi giuridicamente rilevanti della categoria rappresentata, purché esso non configuri una forma di preventivo e generalizzato controllo dell'intera attività dell'amministrazione datrice di lavoro. Vanno decisamente in questo senso le sentenze del Consiglio di Stato n. 1351/2009 e n. 24/2010, applicando più generali principi messi in luce da precedenti sentenze che hanno riconosciuto in via estesa e sistematica il diritto di accesso a tutela di interessi collettivi e diffusi, con il limite che esso "non giustifica un generalizzato e pluricomprendivo diritto alla conoscenza di tutti i documenti riferiti all'attività di un gestore di un servizio.." (CdS, VI, n.*

*555/2006).*

*In applicazione dei suindicati principi, pertanto, le questioni afferenti il diritto di accesso ai documenti da parte dei sindacati dovranno essere risolte verificando di volta in volta: a) l'esistenza di un interesse collettivo proprio del sindacato ad azionare il diritto di accesso nella materia indicata; b) la non opponibilità di limiti previsti dalle norme in vigore e, in modo specifico, sia quelli derivanti dal divieto di esercitare nella forma dell'accesso un controllo generalizzato su attività amministrative, sia quelli derivanti dal diritto alla riservatezza delle persone interessate (CdS, III, 4.6.2012, n. 2559).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO PARTECIPATE DA UN ENTE PUBBLICO

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e Avv. Fiammetta Orsi

*La cognizione del giudice ordinario e di quello contabile per i danni arrecati alle società con partecipazione pubblica. I recenti 'obiter dicta' della Corte di Cassazione*

The knowledge of the ordinary judge and of the accounting judge for damages caused to companies with public participation. The recent 'obiter dicta' of the Supreme Court

*Sommario: 1. La questione di fondo. 2. L'espansione della cognizione della Magistratura erariale ai casi di responsabilità degli amministratori di società in mano pubblica. L'orientamento della Suprema Corte antecedente alla sentenza Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806. 3. La sentenza Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806. 4. La giurisprudenza successiva allo "spartiacque" tracciato dalla sentenza Cass., sez. un. 26806/2009. 5. La (in)conciliabilità tra la disciplina della responsabilità amministrativa e la disciplina della responsabilità societaria. 6. Conclusioni.*

### 1. La questione di fondo.

La assunzione, da parte dello Stato o di altro ente pubblico, di una partecipazione in una società regolata dalle norme del codice civile per il perseguimento di finalità di rilevanza pubblica e per l'espletamento di compiti istituzionali, pone la *vexata quaestio* di quali debbano e possano essere le regole cui assoggettare i comportamenti, degli amministratori delle società così partecipate, causativi di danno al patrimonio sociale: quelle del diritto societario, con conseguente giurisdizione civile, oppure quelle proprie della responsabilità erariale con conseguente competenza della Magistratura contabile.

La radicata consuetudine delle pubbliche amministrazioni, soprattutto locali, di ricorrere alla creazione di società di capitali a parziale o totale partecipazione pubblica per soddisfare finalità generali della collettività ed erogando pubblici servizi, consente di estendere la responsabilità erariale anche agli amministratori e/o dipendenti di quelle società "in mano pubblica" ritenuti autori di un danno al patrimonio sociale?

### 2. L'espansione della cognizione della Magistratura contabile nei casi di addebiti agli amministratori di società in mano pubblica. L'orientamento della Suprema Corte antecedente alla sentenza Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806.

E' noto come l'ordinanza della Cass., sez. un. 22.12.2003, n. 19667 estese la responsabilità amministrativa (fino ad allora esclusa) per il danno erariale cagionato dagli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici - enti che, pur perseguendo finalità di interesse generale e quindi pubbliche, agiscono nelle forme del diritto privato - per il semplice fatto che l'evento si fosse verificato in danno di una PA e a prescindere dal contesto, pubblicistico o privatistico, in cui si colloca la condotta causativa del danno contestato.

Cass., sez. un. 26.2.2004, n. 3899 ritenne sussistere la giurisdizione contabile anche nei confronti degli amministratori delle società pubbliche, in ragione dell' "(...) *inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico (...) a nulla rilevando (...)*

*la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione*".

Successivamente C. conti, Lombardia, 22.2.2006, n. 114, superando detto criterio eminentemente soggettivo del rapporto di servizio, individuò nella natura pubblica o privata delle risorse finanziarie utilizzate dalla società partecipata il vero *discrimen* tra la giurisdizione civile e quella contabile, riconoscendo a quest'ultima la competenza in tema di responsabilità sui dipendenti di società private in mano pubblica nel caso in cui, appunto, fossero di matrice pubblica le risorse finanziarie oggetto della azione erariale e a prescindere, si ripete, "(...) dagli aspetti formali caratterizzanti l'organizzazione dell'ente (...)" (C. conti, cit.).

Un primo segnale di discontinuità al granitico orientamento che, come sopra sintetizzato, estendeva *tout court* la imputazione della responsabilità erariale agli amministratori delle società partecipate per i danni arrecati alla stessa società, si è avuto con il d.l. 31.12.2007, n. 248 (c.d. decreto mille proroghe) convertito in l. 28.2.2008, n. 31 che, con riferimento alle società quotate in borsa, attribuì al giudice ordinario la giurisdizione esclusiva nel caso di controversie relative a questioni di responsabilità di amministratori e dipendenti di società con azioni quotate in mercati regolamentati (nonché per le loro controllate) con partecipazione pubblica - anche indiretta, dello Stato o di altre amministrazioni o enti pubblici - inferiore al 50% del capitale.

Da precisare sin d'ora come detta disposizione non significa, per come acutamente osservato, che in tutti gli altri casi non ricompresi nella l. 31/2008 si debba *aliunde* riconoscere una responsabilità erariale, non potendosi per l'appunto, in assenza di una esplicita disposizione di legge, "*... utilizzare una lettura a contrario per dedurre una regola generale da una disposizione specifica*" (Torchia, Giorn. dir. amm., 3/2012, pag. 326).

### **3. La sentenza Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806.**

Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806, ripensando il proprio orientamento, ha ritenuto

che in caso di responsabilità di amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, esse società non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti statali o comunque pubblici.

Posto che gli amministratori (oltre che i sindaci e gli organi di controllo della stessa società) non si identificano con la società, non può riferirsi loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio tra la società partecipata e la PA.

Una cosa è "*... la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione ...*", altra cosa è la posizione "*... personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società): i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, sic et simpliciter, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte*" (Cass., sez. un. 26806/2009, cit.).

A parte i casi particolari di società a partecipazione pubblica regolate da regole generali *sui generis* (come ad esempio in occasione della sentenza Cass., sez. un., 22.12.2009, n. 27092 che ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti per l'accertamento della responsabilità degli amministratori, dipendenti ed azionisti della società partecipata RAI che, nonostante la veste formale di società per azioni - peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici - ha "*natura sostanziale di ente assimilabile ad una pubblica amministrazione*"), quando l'amministratore della società partecipata o il componente dell'organo di controllo pone in essere comportamenti illeciti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico danneggiandolo direttamente, è certamente configurabile l'azione del procuratore contabile.

Tipico esempio è il danno all'immagine subito dall'ente pubblico, così come del resto espressamente regolato dalla l. 3.8.2009, n. 102 che, appunto, disciplina e limita l'azione contabile in caso di danno di immagine in presenza di sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti di dipendenti "*di*

enti a prevalente partecipazione pubblica”.

A parte detto danno diretto, la sentenza in commento esclude invece la giurisdizione del giudice contabile in caso di danno cagionato al patrimonio della società, in quanto “*La ben nota distinzione tra personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell’una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l’illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell’ente: patrimonio che è e resta privato*”. (Cass., sez. un., 26806/2009, cit.).

In altri termini, la imputazione della responsabilità amministrativa è identificabile laddove sussista un rapporto di servizio tra società e azionista pubblico e il danno sia direttamente riferibile al patrimonio della amministrazione pubblica.

E siccome “... detto rapporto di servizio non può essere traslato in capo all’amministratore della società, così come il danno al patrimonio della società non può valere come danno indiretto al patrimonio dell’azionista pubblico” (Torchia, cit.), allora il danno al valore della partecipazione pubblica della PA è tutelabile dalla medesima amministrazione con l’esperimento della azione sociale di responsabilità civile di diritto societario nei confronti degli amministratori, oggi peraltro azionabile non più necessariamente dalla maggioranza dei soci - come avveniva prima della riforma della disciplina delle società azionarie - ma anche da una minoranza qualificata dei partecipanti alla società ex art. 2393 bis c.c. ed addirittura da ciascun singolo socio in caso di srl, ex art. 2476, co. 3, c.c..

Va da sé che, qualora il socio pubblico non attivasse le suindicate azioni civili a tutela dei propri interessi sociali ed in conseguenza di tale omissione subisse un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, allora è sicuramente prospettabile l’azione del pubblico ministero contabile ma solo e soltanto nei confronti, si ripete e si sottolinea “... (non già dell’amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante e comunque titolare del potere di deci-

dere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione” (Cass., sez. un., 26806/2009, cit.).

#### **4. La giurisprudenza successiva allo “spartiacque” tracciato dalla sentenza Cass., sez. un., 26806/2009.**

La innovativa ricostruzione sistematica operata dalla Corte regolatrice con la sentenza 26806/2009, ha trovato conferma in altre decisioni (*ex multis*, Cass., sez. un., ord. 15.1.2010, n. 519 e, da ultimo, Cass., sez. un., ord. 1.2.2012, nn. 1419 e 1420) pressoché concordi nel sottrarre al giudice contabile la giurisdizione di responsabilità riguardante il personale delle società partecipate da enti pubblici nel caso di danno arrecato al patrimonio sociale.

La motivazione di fondo delle richiamate ordinanze della Cassazione del 2012, si radica sulla circostanza che sia “(...) la veste formale di società per azioni (...) (ad essere, ndr) sufficiente a far sì che i casi di responsabilità di amministratori e dipendenti siano regolati dalle norme del codice civile” (Relazione Procuratore Generale della Corte dei Conti del Veneto, Inaugurazione anno giudiziario 2012).

La Magistratura contabile, pur dando atto di come la Suprema Corte “(...) dopo un periodo di attenta apertura verso il problema (...) si sta irrigidendo nella sterile affermazione della netta separazione dei patrimoni della società pubblica e dell’ente, con la conseguenza che - fatte salve limitate ipotesi diversamente giudicate - gli amministratori dell’ente locale rispondono del danno all’ente innanzi alla Corte dei conti, mentre quelli della società partecipata risponderebbero del danno alla società in un improbabile giudizio innanzi al giudice civile ad iniziativa del socio pubblico” (Relazione Presidente Corte dei Conti della Liguria, Inaugurazione anno giudiziario 2012), continua nella lettura critica dell’indirizzo tracciato dalla Corte di legittimità in punto di giurisdizione privilegiando ancora, in modo assoluto, la rilevanza dell’inserimento del soggetto ritenuto responsabile di danno alla PA. nell’organizzazione funzionale dell’ente pubblico partecipante,

ovvero il rapporto di servizio tra questi e il soggetto privato rappresentate della società partecipata.

Ma non mancano pronunce in cui il Giudice contabile accolga l'indirizzo tracciato dalla Cassazione.

Già C. conti, III, Appello, 9.4.2010, n. 261 non ritenne configurabile il rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio fosse stato leso dall'atto di *mala gestio* e nemmeno un danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio.

Da sottolineare la recente sentenza della C. conti, Lombardia, 21.3.2012, n. 195 che, allineandosi al costante indirizzo della Cassazione per come confermato dalle recenti pronunce 1419 e 1420 del 1.2.2012, ha espressamente negato la propria competenza a decidere sui danni eventualmente cagionati alla società partecipata dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da atti illeciti imputabili a tali organi o a dipendenti, in quanto il "(...) rapporto di servizio idoneo a fondare la giurisdizione del giudice contabile può essere configurata in capo alla società, ma non anche personalmente in capo ai soggetti (organi o dipendenti) della stessa, essendo questa dotata di autonoma personalità giuridica" (C. conti, Lombardia, 195/2012, cit.).

Se l'ente pubblico partecipante dovesse risentire del danno inferto al patrimonio della società partecipata per incidenza sul valore o sulla redditività della partecipazione, è legittima l'azione di responsabilità da parte della procura contabile ma solo "(...) nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi perpetrati (...)" (senza che si possa, ndr) (...) saltare a piè pari la distinzione tra patrimonio della società e patrimonio dell'ente partecipante ne', quindi, di investire la Corte dei conti con un'azione di responsabilità per danno erariale quando il danno dedotto si riferisce al patrimonio so-

ciale e non direttamente a quello del socio pubblico" (C. conti, Lombardia, 195/2012, cit.).

La pronuncia in commento, ha ritenuto comunque sussistere la giurisdizione contabile limitatamente al solo risarcimento del danno arrecato all'immagine dell'ente che comunque, si ripete, "(...) non s'identifica (e non va confuso, ndr) con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (indipendentemente dall'essere o meno configurabile e risarcibile anche un autonomo e distinto danno all'immagine della medesima società) (...)" (C. conti, Lombardia, 195/2012, cit.), e sia suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico leso anche se ciò non comporti apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione.

##### **5. La (in)conciliabilità tra la disciplina della responsabilità amministrativa e la disciplina della responsabilità societaria.**

Atteso come "il fenomeno delle società partecipate pubbliche si colloca al confine tra diritto pubblico e diritto privato, con rilevanti e complessi profili anche di diritto societario e di diritto fallimentare" (T. Miele, "La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza", in Atti Convegno c/o Corte Cassazione, Roma, 19.1.2012) e mancando un sistema normativo unitario e sistematico, fino a quando non intervenga una norma di legge speciale a regolamentare la materia in maniera complessiva sarebbe corretto che rimanga il diritto civile a regolare la posizione degli amministratori delle società partecipate (Cfr. C. Ibba, "Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica", in Atti Convegno c/o Corte Cassazione, Roma, 19.1.2012).

Del resto è proprio l'art. 2449 c.c. novellato, a non attribuire espressamente agli amministratori di nomina pubblica una posizione diversa da quella degli amministratori nominati dall'assemblea.

L'importanza e l'incidenza del recente orientamento della Corte di legittimità è dato

dal fatto che pone in evidenza la incoerenza di chi ritiene ancora percorribile la estensione della responsabilità amministrativa in capo agli amministratori delle società partecipate “(...) *ben oltre i limiti del rapporto di servizio (con ciò, ndr) producendo una sorta di contaminazione tra l’atipicità della responsabilità extracontrattuale e la natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa* (...) (senza però considerare che, detta natura sanzionatoria, ndr) (...) *richiede necessariamente una tipizzazione legislativa degli illeciti e delle sanzioni*” (L. Torchia, “*La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*”, in Atti Convegno c/o Corte Cassazione, Roma, 19.1.2012).

Ed è proprio la assenza di detta tipizzazione che ha dato luogo ad una vera e propria “(...) *responsabilità ‘in bianco’*” (L.Torchia, ult. cit.) che consente al giudice contabile di disporre “(...) *di una sorta di spazio vuoto che può riempire variando a discrezione i confini e gli elementi del danno erariale, al quale consegue però una sanzione amministrativa personale*” (L.Torchia, ult. cit.) sulla scorta di una (ritenuta) responsabilità amministrativa che, quindi, va ad aggiungersi alla responsabilità societaria.

Da qui una doppia ed iniqua responsabilità in capo all’amministratore della società partecipata, nonostante la indiscutibile differenza tra i due tipi di responsabilità riferibili a due ben distinte forme di interesse, quello sociale (connaturato alla attività di impresa degli enti pubblici) e quello pubblico che, in quanto tali, non possono essere confusi e sovrapposti “ (...) *a meno di non intendere che nessun interesse sociale possa mantenere autonoma sostanza rispetto all’interesse pubblico incorporato nella partecipazione dello Stato*” (L.Torchia, ult. cit.). Se è vero, come è vero, che gli amministratori di una società partecipata devono perseguire l’interesse sociale “(...) *è su questo metro che deve essere valutata la loro responsabilità (...) Conseguentemente, rispetto ad una determinata società, o le finalità pubbliche si identificano con l’interesse sociale o quanto meno ne diventano una componente rilevante, nel qual caso il loro mancato perseguimento non rileva in sé ma è assorbito dalla violazione del dovere di*

*perseguire l’interesse sociale; oppure quelle finalità restano proprie del solo socio pubblico, e in tal caso non può imputarsi agli amministratori di non aver realizzato un interesse (sia pure riferibile a quello del socio di comando) che, in ipotesi, è estraneo all’interesse sociale*” (Ibba, cit.).

## 6. Conclusioni.

E’ unanime ed univoca la richiesta, da parte della dottrina e della giurisprudenza, dell’intervento del Legislatore che ristabilisca un “*equilibrio nella locuzione ‘società pubblica’*” (Torchia, Giorn. dir. amm., cit.) e, quindi, per il tema oggi trattato, un approdo per quel che concerne il confine tra la giurisdizione civile e quella contabile.

“*Poiché anche l’attività di amministrazione svolta nelle forme del diritto privato ‘esattamente come l’attività di diritto pubblico’ ricade immediatamente e direttamente nell’ambito dell’art. 97 (Cost., ndr) essa dovrebbe anche per questo motivo ‘trovare nella legge le sue radici’*” (M. Nigro, Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Giuffrè, Milano, 1966 in A. Pace, La responsabilità degli organi della società a partecipazione pubblica: questioni aperte in tema di giurisdizione - Atti Convegno c/o Corte Cassazione, Roma, 19.1.2012).

Non bastano quindi dei meri indici di pubblicità perché un magistrato possa liberamente attribuire o meno ad un ente natura pubblica di guisa da ricavarne la giurisdizione ritenuta corretta.

Trattasi di qualificazione che, come detto, deve essere ad appannaggio del solo Legislatore a cui unicamente “... *può spettare di valutare se e quali siano le soluzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi insiti nella materia*” (A. Lamorgese, “*La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico o misto: le principali tappe della giurisprudenza di legittimità in tema di giurisdizione*” in Atti Convegno c/o Corte Cassazione, Roma, 19.1.2012), in perfetta coerenza, peraltro, con la costante giurisprudenza costituzionale che, da ultimo, ha appunto osservato “(...) *come non sia la Corte dei conti ‘il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubbli-*

ci' (sentenza n. 641 del 1987)" (Corte Cost., 22.12.2010, n. 355 in A. Lamorgese, cit.).

Un intervento legislativo che ponga ordine alla materia in maniera complessiva è necessario anche e proprio in ragione della vigenza della surrichiamata l. 31/08 (decreto mille proroghe) la cui formulazione - che espressamente attribuisce al giudice ordinario la competenza a decidere nei casi di responsabilità riferita alle sole società quotate con una partecipazione pubblica inferiore al 50% del capitale - non può significare, come sopra detto, che in tutti i casi non espressamente previsti dalla norma la giurisdizione sia, automaticamente, della magistratura contabile (L. Torchia, cit.). Sarebbe come dire che, laddove la partecipazione pubblica risulti minoritaria, allora il danno erariale non si realizzerebbe in quanto quella partecipazione rappresenterebbe, al più, un semplice investimento economico.

Tale legittima deduzione è stata correttamente ritenuta non sostenibile sol ponendo mente al fatto che "(...) il valore di una partecipazione del 5% in una determinata società (...) può essere cento volte superiore a quello di una partecipazione del 90% in un'altra società: sicchè il danno alle risorse pubbliche può essere enormemente maggiore nel primo caso rispetto al secondo" (Ibba, cit.).

Non solo.

Atteso, per quanto appena detto, che la presenza di una maggioranza pubblica non possa essere da sola sufficiente ad attribuire matrice pubblica alla società, l'attuale regolamentazione non consente, nel caso di società miste - ad esempio, con partecipazione pubblica per l' 80% del capitale e per il restante 20% con partecipazione privata - che, ad esempio, i soci di minoranza di quella società possano vedere soddisfatte le proprie domande di tutela nel caso di danno arrecato dagli amministratori al patrimonio sociale.

Con riferimento all'ipotesi testè esemplificata, infatti, nel caso la Corte dei conti accertasse la responsabilità, poiché il risarcimento sarebbe pari, al massimo, all'80% del danno arrecato alla società e siccome detto risarcimento andrebbe a reintegrare non il patrimonio sociale ma l'erario, "(...) i soci di minoranza non possono far valere il danno pari al 20% del danno complessivo mediante l'esercizio della azione sociale ex art. 2393 bis c.c. o, alternativamente ex art. 2395 c.c. in quanto la prima azione non può che tendere a un risarcimento integrale (e non parziale) a favore della società (e non del socio), mentre la seconda ha per oggetto danni che hanno intaccato direttamente il patrimonio del socio e non quello della società" (Ibba, cit.).

Di tutta evidenza la non procrastinabilità e la essenzialità di una *interpositio legislatoris*, (Cfr. A. Lamorgese, cit.) cioè norme espresse che, circoscrivendo con esattezza i confini delle modalità di esercizio della giurisdizione contabile ed ordinaria, contribuiscano a comporre la attuale contrapposizione dottrinarie e giurisprudenziale nel caso di danno derivante dalla cattiva gestione delle società partecipate. Con l'auspicato intervento normativo, non solo si eviterebbe che la responsabilità erariale venga (indebitamente) estesa oltre i propri limiti e senza distinguo a tutto ciò che attenga alla "locuzione 'società pubblica'" (Torchia, Giorn. dir. amm., cit.) ma verrebbe valorizzata proprio quella che deve essere "(...) l'essenza prima e la ragione vera dell'azione di responsabilità amministrativa (...) (tesa a colpire la, ndr) (...) cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica (...) valorizzando la responsabilità dell'ente socio per la mancata vigilanza sull'utilità economica della partecipazione societaria (...) (e la, ndr) mancata adozione dei meccanismi di reazione del socio (pubblico) (...)" (A. Police, Il nuovo diritto amministrativo, 2/2012).

## AI DIRIGENTI A TEMPO DETERMINATO NON SI APPLICANO I VINCOLI DI SPESA PREVISTI PER I LAVORI FLESSIBILI

del Dott. Adriano Marini

*La recente deliberazione della Sezione Autonomie della Corte dei Conti, n. 12 del 12.06.2012, esclude, per i dirigenti a tempo determinato, l'applicazione dei vincoli di spesa previsti per i lavori flessibili e chiarisce le disposizioni contenute nel novellato art. 19, co. 6 quater, del d. lgs. n. 165/2001*

The recent decision of the Court of Auditors Section Autonomy, n. 12 of 6/12/2012, e-sclude for managers fixed term, the application of cost constraints for construction flexible and clarifies the provisions of the amended Article. 19, para. 6 c of d. lgs. n. 165/2001

*Sommario: 1. Premessa. 2. Sviluppo normativo. 3. Deliberazione della Corte dei Conti; 4. Conclusioni.*

### **1. Premessa.**

Una recente pronuncia della Sezione Autonomie della Corte dei Conti fornisce una interpretazione che assicura, agli enti locali, maggiori margini di manovra nel conferimento di incarichi dirigenziali con contratti a tempo determinato. Secondo la deliberazione n. 12 del 12.6.2012, della citata Sezione, le assunzioni di dirigenti a tempo determinato (*ex art. 110, co. 1, del TUEL*), pur soggiacendo alle restrizioni vigenti per le assunzioni a tempo indeterminato, non sono soggette al rispetto del limite di spesa del 50% di quella sostenuta nel 2009 per lavori flessibili (limite posto dall'art. 9, co. 28 del d.l. n. 78/2010).

L'intervento della Sezione Autonomie, diversamente da quanto solitamente avviene, non prende le mosse da quesiti posti da sindaci, ma origina direttamente all'interno della Corte. La problematica interpretativa è stata, infatti, sollevata dal Gruppo di Studio istituito, dalla medesima Corte, al fine di predisporre il questionario relativo alle linee guida per gli organi di revisione contabile per il bilancio di previsione 2012 e per il rendiconto 2011. In tale sede è emersa la necessità di definire la reale portata della nuova norma introdotta dall'art. 4 *ter*, co. 13, del d.l. 2.3.2012, n. 16 (convertito in l. 26.4.2012, n. 44), che, riscrivendo il co. 6 *quater* dell'art.

19 del d. lgs. n. 165/2001, ha definito in modo articolato i contingenti massimi per la dirigenza a tempo determinato negli enti locali. Il rilievo non è di poco conto in quanto, come espressamente indicato dalla stessa Corte dei Conti, la corretta collocazione delle assunzioni effettuate incide “*sulla modalità di predisposizione delle corrispondenti voci del questionario in relazione alla spesa di personale, atteso che i questionari esprimono anche indirizzi interpretativi idonei ad orientare le modalità di gestione del bilancio da parte degli enti locali*”. Enti locali che saranno quindi tenuti ad adeguare le politiche gestionali, in materia di dirigenti a tempo determinato, alle linee interpretative rese, anche al fine di fornire in modo corretto ed uniforme i dati per l'attività di controllo della Corte medesima, attraverso i questionari la cui compilazione è affidata agli organi di revisione.

### **2. Sviluppo normativo.**

La disciplina degli incarichi dirigenziali temporanei negli enti locali è stata da sempre contraddistinta da elementi di innovazione e di peculiarità nell'ambito della più generale disciplina operante nella pubblica amministrazione. La norma che introduce la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato per dirigenti nasce, per l'appunto, con la ri-

forma delle autonomie locali del 1990, e precisamente con l'art. 51, co. 5, della l. n. 142 ("Lo statuto può prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alte specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato ..... fermi restando i requisiti richiesti dalla qualifica da ricoprire"). Solo successivamente una norma analoga è stata introdotta anche per l'intera pubblica amministrazione, con l'art. 19, co. 6, del d. lgs. 3.2.1993, n. 29. Ma, anche in presenza di una normativa generale, la disciplina per gli enti locali ha sempre conservato le sue caratteristiche di integrità e specialità, pur con le continue trasformazioni che sono intervenute nel settore del pubblico impiego negli anni successivi. La formulazione dell'art. 51, co. 5, della l. n. 142/1990 è stata, infatti, riprodotta integralmente nell'art. 110, co. 1, del Testo Unico degli enti locali, approvato con d. lgs. 18.8.2000, n. 267, ed è rimasta invariata fino ad oggi.

Un serio problema di coordinamento si è posto con l'avvento della riforma Brunetta, che, con l'art. 40 del d. lgs. n. 150/2009, ha riformulato parte dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, introducendo, al co. 6, per gli incarichi dirigenziali a termine di prima e di seconda fascia, rispettivamente, i limiti del 10% e dell'8% delle relative dotazioni organiche, e dichiarando applicabile la disposizione anche agli enti locali (co. 6 *ter*).

La modifica legislativa ha dato luogo ad una vivace disputa dottrina, soprattutto per la necessità di raccordare la disciplina dettata dall'art. 110 del TUEL, per i soli enti locali, con la nuova disciplina del novellato art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, valido per tutte le pubbliche amministrazioni. Le stesse Sezioni regionali della Corte dei Conti hanno assunto posizioni contrastanti: dal ritenere le disposizioni di cui all'art. 110 TUEL "vigenti anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009" (Lombardia, deliberazione n. 280 del 17.3.2010) al sostenere una intervenuta "tacita, abrogazione dell'art. 110, co. 1, del TUEL" (Puglia, deliberazione n. 44/PAR/2010 del 16 17.06.2010). I contrasti sono stati definiti, dapprima con l'intervento delle Sezioni Riunite (deliberazione n.

13/CONTR/11, in data 08.03.2011), che ha sancito l'applicabilità, anche agli enti locali, della percentuale dell'8%, di cui all'art. 19, co. 6, del d. lgs. n. 165/2001, pur escludendo l'ipotesi della tacita abrogazione dell'art. 110, comma 1, del TUEL, e, quindi, con le nuove modifiche legislative che hanno riscritto il co. 6 *quater* del medesimo art. 19.

In particolare, dapprima l'art. 1, co. 1, del d. lgs. 1.8.2011, n. 141, che ha imposto agli enti locali l'unico limite massimo del 18% della dotazione organica della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato, e, successivamente l'art. 4 *ter*, co. 13, del d.l. 2.3.2012, n. 16, convertito in l. 26.4.2012, n. 44, che ha riformulato nuovamente il comma in argomento, prevedendo un limite massimo generale nella misura del 10% della dotazione organica della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato, con ulteriore articolazione in relazione all'entità demografica dell'ente:

-limite massimo del 20% per i comuni con popolazione inferiore o pari a 100 mila abitanti;

-facoltà di superamento del limite del 10%, fino al 13%, per i comuni con popolazione superiore a 100 mila abitanti ed inferiore o pari a 250 mila abitanti.

Lo stesso comma (5° periodo) ha introdotto, infine, una norma derogatoria e temporanea che opera solo per i rinnovi degli incarichi dirigenziali a tempo determinato in scadenza al 31.12.2012. Si prevede, infatti, che per detti contratti "in via transitoria, con provvedimento motivato volto a dimostrare che il rinnovo sia indispensabile per il corretto svolgimento delle funzioni essenziali degli enti, i limiti di cui al presente comma possono essere superati, a valere sulle ordinarie facoltà assunzionali a tempo indeterminato, al fine di rinnovare, per una sola volta, gli incarichi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione". In questa ipotesi, il legislatore rende possibile derogare ai limiti fissati nei primi due periodi del comma in questione, attingendo, però, dalle ordinarie facoltà assunzionali a tempo indeterminato complessive dell'ente.

### 3. Deliberazione della Corte dei Conti.

La deliberazione in esame ripercorre, nella

prima parte, tutti i vincoli, di carattere generale o particolare, di natura finanziaria o di altro genere, posti dalla vigente legislazione all'attività assunzionale delle pubbliche amministrazioni in generale e, nello specifico, degli enti locali. In particolare, l'analisi riepilogativa dei vincoli viene effettuata distinguendo la categoria dei vincoli posti alle assunzioni a tempo indeterminato da quella per l'instaurazione di rapporti di lavoro flessibile.

La Sezione Autonomie ribadisce, quindi, il carattere di specialità che va ancora riconosciuto all'art. 110, co. 1, del TUEL, per il quale le Sezioni Riunite hanno già affermato che *“il tenore letterale dell'art. 110, co. 1 - la cui disciplina ..... non appare completamente sovrapponibile a quella contenuta nell'art. 19, co. 6 del d. lgs. n. 165/2001 - esclude, in primo luogo, la configurazione, nel caso all'esame, di una ipotesi di abrogazione tacita di tale disposizione ad opera della norma intervenuta successivamente.”* (Deliberazioni nn. 12,13 e 14/CONTR/2011).

Entrando poi nel merito del problema, si sofferma sull'analisi del riformulato art. 19, co. 6 *quater* del d. lgs. n. 165/2001. Pur dando atto della presenza di varie tesi emerse in sede collegiale, la Sezione Autonomie conclude l'analisi sostenendo che trattasi di norma assunzionale speciale e parzialmente derogatoria rispetto al regime vigente e, come tale, sottratta al regime vincolistico proprio delle assunzioni per lavoro flessibile. Secondo la Corte, tale conclusione trae origine innanzi tutto dal dato normativo: *“Il legislatore qualora avesse ritenuto applicabile anche agli incarichi in questione il vincolo percentuale previsto per il lavoro flessibile non si sarebbe indotto a delineare un ulteriore limite essendo già sufficientemente stringente quello esistente”* ed ancora, *“ove il legislatore avesse voluto serrare oltremodo i vincoli avrebbe potuto utilizzare una clausola di salvaguardia della norma già vigente che li imponeva, utilizzando espressioni del tipo <fermo restando quanto previsto dall'art. 9, co. 28, del d.l.78/2010”*.

Dal dato letterale della norma emergono, poi, altre considerazioni: mentre i primi due periodi del comma in esame fanno esclusivo riferimento al limite di contingente fissato

dalla norma medesima, soltanto il terzo ed il quinto periodo fanno invece riferimento alle *“ordinarie facoltà assunzionali a tempo determinato”*.

Il terzo ed il quinto periodo del comma 6-*quater* definiscono, rispettivamente le seguenti fattispecie: 3° periodo- incarichi dirigenziali oltre il limite del 10%, entro il 13%, nei comuni compresi nella fascia tra i 100.000 ed i 250.000 abitanti; 5° periodo- incarichi in scadenza nell'anno in corso che possono essere rinnovati, in via transitoria, per una sola volta. Per tali due fattispecie, di natura chiaramente derogatoria (e la seconda anche transitoria), si consente il superamento dei contingenti fissati nei primi due periodi, ma si attinge alle disponibilità complessive dell'ente per le facoltà assunzionali a tempo indeterminato.

Per le fattispecie di cui al 1° periodo (incarichi dirigenziali a tempo determinato entro il limite massimo del 10% della dotazione organica della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato) ed al 2° periodo (incarichi dirigenziali a tempo determinato entro il limite massimo del 20% per i comuni con popolazione inferiore o pari a 100 mila abitanti), che hanno carattere strutturale, e non derogatorio, la norma impone soltanto il rispetto del contingente, senza alcun riferimento alle disponibilità finanziarie per le assunzioni a tempo indeterminato, che non vengono, pertanto, intaccate in tali casi.

#### 4. Conclusioni.

In conclusione, secondo le considerazioni espresse dalla Corte dei Conti, tutti gli enti locali che intendono conferire incarichi dirigenziali a tempo determinato, ai sensi del citato co. 6 *quater*, non sono tenuti ad applicare la disciplina vincolistica prevista dall'art. 9, co. 28 del d.l. n. 78/2010 (vincolo operante per tutte le amministrazioni statali nel caso di ricorso a forme di lavoro flessibile, che limita la spesa sostenibile per tali tipologie al 50% dell'analogha spesa sostenuta nell'anno 2009).

I medesimi incarichi dirigenziali a tempo determinato possono essere conferiti nel rispetto degli obblighi di carattere generale vigenti per tutte le amministrazioni e dei vincoli di carattere finanziario imposti agli enti loca-

li.

- Adempimenti obbligatori per tutte le amministrazioni

- adozione della programmazione triennale del fabbisogno di personale (art. 39 della l. 27.12.1997, n. 449, e successive modificazioni; al mancato adempimento consegue il divieto di assunzioni);
- approvazione del piano triennale di azioni positive in materia di pari opportunità (art. 48, co. 1, del d. lgs. 11.4.2006 n. 198; al mancato adempimento consegue il divieto di assunzioni);
- dichiarazione annuale dalla quale emerge l'assenza di personale in sovrannumero o in eccedenza (art. 33 del d. lgs. n. 165/2001, modificato dall'art. 16 della l. n. 183/2011; al mancato adempimento consegue il divieto di assunzioni);
- valutazione periodica, almeno triennale, della consistenza ed eventuale variazione delle dotazioni organiche (art. 6, del d. lgs. n. 165/2001; al mancato adempimento consegue il divieto di assunzioni).

-Vincoli assunzionali specifici per gli enti locali:

- riduzione della spesa del personale rispetto a quella sostenuta nell'anno precedente (art. 1, co. 557, l. n. 296/2006 per gli enti soggetti al patto di stabilità)
- contenimento della spesa del personale entro il valore di quella relativa all'anno 2008 (art. 1, co. 562, primo periodo, l. n. 296/2006, per gli enti non soggetti al patto);
- contenimento nella percentuale normativamente prevista del rapporto tra spe-

sa del personale e spesa corrente (attualmente 50% art. 76, co. 7, primo periodo, prima parte, d.l. n. 112/2008);

- rispetto del patto di stabilità interno, se tenuti.

Per le sole fattispecie di cui al 3° e 5° periodo del co. 6 *quater* è applicabile un ulteriore vincolo. Solo gli incarichi dirigenziali a tempo determinato di cui al 3° periodo (comuni con popolazione superiore a 100 mila abitanti ed inferiore o pari a 250 mila abitanti, attingendo dalla facoltà concessa oltre il limite del 10%, e fino al 13%, della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato) ed al 5° periodo (incarichi dirigenziali a tempo determinato rinnovabili per una sola volta entro l'anno 2012) sono soggetti all'ulteriore vincolo assunzionale posto dal limite del 40% della spesa per cessazioni dell'anno precedente (art. 76, co. 7, primo periodo, seconda parte, del d.l. n. 112/2008).

E' necessario precisare, infine, che il limite del 50% della spesa dell'anno 2009, riferita ai rapporti di lavoro flessibile, non si applica unicamente nel caso di assunzioni di dirigenti a tempo determinato e non anche per le figure di alta specializzazione, che, pure, sono presenti anch'esse nel medesimo art. 110, co. 1, del d. lgs. n. 267/2000.

Di converso, a tali figure non si applicano, invece, i limiti di contingente, variabile in relazione alla fascia di ente, previsti dall'attuale formulazione dell'art. 19, co. 6 *quater* del d. lgs. n. 165/2001.

La nuova formulazione del co. 6 *quater* lascia chiaramente comprendere che il vincolo numerico, legato alla percentuale della dotazione organica, riguarda esclusivamente le posizioni dirigenziali.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Civ., Sez. I, 4.9.2012, n. 14785

**Contratto tra privato ed Ente locale - assenza impegno di spesa nel bilancio dell'ente. Non riferibilità del contratto all'ente locale. Responsabilità di amministratori e funzionari.**

*La disposizione trasfusa nell'art. 191 TUEL, che prevede che sia il soggetto privato a farsi carico della verifica della corretta registrazione contabile dell'impegno di spesa nel capitolo di bilancio dell'ente, è stata introdotta con la finalità di sollecitare un più rigoroso rispetto dei principi di legalità e correttezza ed assicurare che la competenza ad esprimere la volontà degli enti locali resti riservata agli organi a ciò deputati. L'esclusiva configurazione di un rapporto contrattuale tra terzo contraente e funzionario che ha autorizzato l'effettuazione dei lavori è consequenziale al dato che gli atti di acquisizione di beni e servizi senza delibera autorizzativa e relativa copertura finanziaria solo apparentemente sono riconducibili all'ente pubblico, realizzandosi in tal caso una frattura del nesso organico con l'apparato pubblico (che fra l'altro il terzo contraente non dovrebbe ignorare) che vale ad impedire di ricondurre la fattispecie agli schemi di responsabilità dell'amministrazione. Peraltro, il Comune neppure successivamente aveva riconosciuto la legittimità del debito fuori bilancio, per cui la nullità del contratto non era mai stata sanata e il rapporto obbligatorio intercorreva unicamente tra il terzo contraente e il funzionario o l'amministratore che aveva autorizzato la prestazione.*

Corte di Cassazione, Civ., Sez. II, 17.7.2012, n. 12262

**Danni provocati da alberi adiacenti al suolo pubblico, ma collocati sul fondo privato. Responsabilità dell'ente pubblico - non sussiste.**

**Privato condannato al ripristino e al pagamento di una sanzione amministrativa.**

Il proprietario del fondo privato che non bonifica le radici degli alberi, adiacenti alla pubblica via e cresciute in modo tale da danneggiarla e cagionare pericolo per la circolazione, è tenuto

a pagare una sanzione amministrativa e al ripristino della carreggiata stradale danneggiata. L'ente pubblico, infatti, è tenuto ad intervenire esclusivamente su spazi e beni di proprietà demaniale.

Corte di Cassazione, Lav., 12.7.2012, n. 11798

**Mancata tempestiva comunicazione prosecuzione stato di malattia.**

**Patologia depressiva.**

**Giustificato impedimento - licenziamento illegittimo.**

*I disturbi d'ansia e di adattamento, con attacchi di panico, labilità emotiva esasperata, progressivamente aggravatasi fino ad evolvere in vera e propria sintomatologia depressiva sono considerati quale comprovato e giustificato impedimento, idoneo, in base alla disciplina collettiva applicabile, ad escludere la sanzionabilità disciplinare dei fatti addebitati (in specie, licenziamento per mancata tempestiva comunicazione della prosecuzione dello stato di malattia del lavoratore).*

Corte di Cassazione, Civ., Sez. III, 28.6.2012, n. 10874

**Risoluzione anticipata del contratto di locazione da parte del Comune in qualità di conduttore di immobili.**

**Crisi finanziaria - Comune - gravi motivi ex art. 27 l. 392/78 - sussistono.**

*La grave crisi finanziaria di un Comune (le cui cause non possono essere automaticamente ricondotte alla cattiva gestione da parte degli Amministratori) configura "grave motivo" ex art. 27 l. 392/1978 ai fini del recesso anticipato dal contratto di locazione da parte del Comune medesimo in qualità di conduttore.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 11.6.2012, n. 22611

**Art. 4 l. 300/1970 - divieto utilizzo sistemi di controllo a distanza - consenso di tutti i lavoratori all'installazione di impianti di videosorveglianza.**

**Configurabilità dell'illecito - esclusione.**

*Se è vero - come è innegabile - che la disposizione di cui all'art. 4 St. Lav. intende tutelare i lavoratori contro forme subdole di controllo*

della loro attività da parte del datore di lavoro e che tale rischio viene escluso in presenza di un consenso di organismi di categoria rappresentativi (RSU o commissione interna), a fortiori, tale consenso deve essere considerato validamente prestato quando promani proprio da tutti i dipendenti.

L'art. 4 l. 300/70 vieta "l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori". Il co. 2 della prefata norma precisa che gli impianti di controllo in ambito lavorativo possano essere installati soltanto "previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna". Superando il dato meramente formale e letterale e tenendo a mente, invece, la finalità della norma, la Suprema Corte ha escluso la configurabilità dell'illecito in capo al datore di lavoro che abbia installato impianti di videosorveglianza col consenso validamente espresso da parte della totalità dei lavoratori, unici titolari del bene protetto dalla norma. E ciò, anche in assenza di apposita autorizzazione della RSU o di una Commissione interna.

Corte di Cassazione, Lav., 27.4.2012, n. 6560

**Licenziamento - art. 53 d. lgs. 165/2011.**

**Attività lavorativa incompatibile con lo status di dipendente pubblico.**

**Abitualità dell'attività incompatibile - non richiesta.**

*L'accertamento della giusta causa di recesso da parte dell'amministrazione può prescindere dall'effettuazione di accertamenti ispettivi e il divieto di svolgere qualsiasi attività di lavoro subordinato o autonomo non implica necessariamente il carattere abituale della suddetta attività.*

Non sussiste, dunque, alcuna violazione dell'art. 53 d. lgs. 165/2011 quando il licenziamento è intimato al dipendente pubblico in relazione allo svolgimento di attività lavorativa, anche non abituale, incompatibile con lo status di pubblico dipendente.

Corte di Cassazione, Lav., 16.4.2012, n. 5959

**Dipendente pubblico - cambio - ente datore di lavoro.**

**Trattamento economico - assegno ad personam.**

*La regola per cui il passaggio da un datore di lavoro all'altro comporta l'inserimento del dipendente in una diversa realtà organizzativa e*

*in un mutato contesto di regole normative e retributive, con applicazione del trattamento in atto presso il nuovo datore di lavoro (art. 2112 c.c.), è confermata, per i dipendenti pubblici, dall'art. 30 d. lgs. 165/2001, che riconduce il passaggio diretto di personale da Amministrazioni diverse alla fattispecie della "cessione del contratto" (art. 1406 c.c.), stabilendo la regola generale dell'applicazione del trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi nel comparto dell'amministrazione cessionaria, non giustificandosi diversità di trattamento (salvi gli assegni ad personam attribuiti al fine di rispettare il divieto di reformatio in pejus del trattamento economico acquisito) tra dipendenti dello stesso ente, a seconda della provenienza. Tale regola - da applicare anche nel caso di passaggio dalle dipendenze di una Agenzia fiscale alle dipendenze di una amministrazione inserita nel sistema burocratico dello Stato - comporta che i suddetti assegni ad personam siano destinati ad essere riassorbiti negli incrementi del trattamento economico complessivo spettante ai dipendenti dell'amministrazione cessionaria.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 12.4.2012, n. 13927

**Ordinanza sindacale emergenziale.**

**Esecuzione di un dirigente comunale.**

**Poteri autonomi - responsabilità - controllo e sorveglianza da parte del Sindaco.**

*L'amministratore o il legale rappresentante di un ente non può essere automaticamente ritenuto responsabile, a causa della carica ricoperta, di tutte le infrazioni penali verificatesi nella gestione dell'ente quando nell'ambito dell'ente l'attività funzionale dell'ente sia stata preventivamente suddivisa in settori, rami o servizi e a ciascuno di essi siano in concreto preposti soggetti qualificati e idonei dotati della necessaria autonomia dei poteri indispensabili per la gestione completa degli affari di quel servizio. In tema di rifiuti, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'ordinamento degli enti locali (d. lgs. 267/2000 e s.m.i.), che ha conferito ai dirigenti amministrativi autonomi poteri di organizzazione delle risorse, permane in capo al sindaco sia il compito di programmazione dell'attività di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, sia il potere di intervento nelle situazioni contingibili e urgenti, sia il dovere di controllo sul corretto esercizio delle attività autorizzate.*



Corte di Cassazione, Civ., Sez. III, 22.3.2012, n. 4542

**Inadempimento contrattuale e danno all'immagine della PA.**

**Risarcibilità e criteri di liquidazione.**

*Anche le persone giuridiche, tra cui vanno compresi gli enti territoriali esponenziali, quale un Comune, possono essere lesi in quei diritti immateriali della personalità, che sono compatibili con l'assenza di fisicità, quali i diritti all'immagine, alla reputazione, all'identità storica, culturale, e politica costituzionalmente protetti ed in tale ipotesi ben possono agire per il ristoro del danno patrimoniale. Un danno non patrimoniale può configurarsi anche in conseguenza di un inadempimento contrattuale (cfr sez. un. n. 26972/08, sez. un. n. 26975, sez. un. n. 6572/06). Inoltre, il danno all'immagine o al prestigio del Comune e della sua amministrazione, quale danno non patrimoniale conseguente ad inadempimento contrattuale, è suscettibile di essere risarcito sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. che ne ammette l'applicabilità a tutti i danni non patrimoniali a prescindere dalla circostanza che la lesione consegua ad un titolo di responsabilità aquiliana o contrattuale. Giova aggiungere che, come ha già avuto modo di statuire questa Corte, nell'ipotesi di lesione dell'immagine della persona giuridica o di un ente territoriale, il danno non patrimoniale, in quanto tale, deve essere necessariamente liquidato alla persona giuridica o all'ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto (cfr Cass. n. 12929/2007).*

Nel caso in esame, il Comune aveva contestato, ad una ditta appaltatrice di strutture per ospitare pubblici spettacoli, l'inadempimento contrattuale. La Corte di Cassazione, accertato l'inadempimento, ha confermato la liquidazione di somme in favore del Comune a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale all'immagine del Comune stesso, anche in assenza di danni di tipo patrimoniale. Ed infatti, lo scopo perseguito dall'amministrazione comunale con il noleggio delle strutture di che trattasi era legato alla realizzazione di attività culturali, che avrebbero portato al Comune positivi riflessi alla propria immagine. La Suprema Corte ha confermato che l'immagine, il prestigio e la reputazione di un Comune costituiscono beni essenziali ai fini della sua credibilità politica e che la lesione di tali valori, alla cui tutela la persona giuridica pubblica ha un diritto costitu-

zionalmente garantito, determina sicuramente e di per sé, un danno non patrimoniale, costituito dalla diminuzione della considerazione dell'ente da parte della generalità dei consociati.

TAR Sardegna, Sez. II, 16.7.2012, n. 701

**Controversie concernenti l'impugnazione di ordinanze contingibili ed urgenti.**

**Difetto di legittimazione passiva Ministero dell'Interno.**

**Legittimazione a contraddire in capo all'Autorità Comunale.**

**Requisiti di legittimità delle ordinanze contingibili ed urgenti.**

*Va dichiarato il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'Interno, atteso che, per consolidata giurisprudenza, nelle controversie concernenti l'impugnazione di ordinanze contingibili e urgenti emesse dal Sindaco quale ufficiale di Governo, la legittimazione a contraddire spetta solo all'autorità comunale. Per consolidata giurisprudenza il potere del Sindaco di adottare provvedimenti extra ordinem presuppone l'urgente necessità di reagire con efficacia ed immediatezza ad uno stato di grave pericolo, attuale o imminente, per l'incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti messi a disposizione dall'ordinamento. Le ordinanze contingibili ed urgenti, pertanto, presentano il carattere della provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e ad efficacia temporalmente limitata, con la conseguenza che le stesse non possono essere emanate per regolare stabilmente una situazione od assetto di interessi permanente.*

*È illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente adottata dal Sindaco:*

- 1) in parte per prevenire intralci alla circolazione stradale e non per tutelare "l'incolumità dei cittadini";*
- 2) senza evidenziare uno stato di grave pericolo attuale o imminente da fronteggiare;*
- 3) con l'intento di regolare stabilmente l'accesso ad una strada privata.*

TAR Emilia, Sez. II, 7.5.2012, n. 292

**Demansionamento e trasferimento del dipendente comunale - violazione art. 7 l. 241/1990 da parte dell'amministrazione.**

**Illegittimità del provvedimento adottato.**

*Nel caso di provvedimenti comunali a carattere discrezionale e lesivi in modo rilevante della posizione giuridica del dipendente comunale*

(in specie, non assegnazione dell'arma da tempo e continuativamente in dotazione ad un agente scelto della Polizia Municipale e trasferimento dello stesso ad altro servizio comunale), l'amministrazione deve comunicare al proprio dipendente l'avviso di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990, onde consentirgli di partecipare al procedimento cui è direttamente interessato, e consentirgli la possibilità di formulare, al riguardo, le proprie osservazioni.

Oltre alla violazione dell'art. 7 l. 241/1990, il Tar ha evidenziato come non rilevassero, nel caso di specie, la sussistenza di particolari esigenze di celerità ed urgenza tali da giustificare l'omissione dell'avviso da parte dell'amministrazione che, peraltro, non aveva assolto neppure in via residuale l'onere motivazionale di estrinsecare l'iter logico seguito per addivenire alla determinazione di non rinnovare l'assegnazione dell'arma al ricorrente e di trasferirlo ad altro servizio comunale. Del tutto insufficiente ed irragionevole, infatti, è stata ritenuta dal Tar la motivazione del provvedimento impugnato, che si limitava a dare rilievo (onde giustificare il demansionamento e trasferimento) unicamente ad una condanna penale, peraltro risalente al 1992, subita dal ricorrente per il reato di cui all'art. 73 co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, peraltro poi dichiarato estinto.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 4.5.2012, n. 897

**Violazione termini procedurali - responsabilità della PA. - onere della prova in capo al privato - danno, elemento soggettivo e nesso di causalità.**

*Il riconoscimento della responsabilità della PA. per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle caden-*

*ze procedurali sia imputabile univocamente a dolo o colpa dell'amministrazione medesima e che il danno lamentato sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo amministrazione.*

TAR Sicilia, Ct, 12.4.2012, n. 983

**Inottemperanza al giudicato - eventuali responsabilità di Amministratori e Funzionari pubblici.**

**Segnalazione alla Corte dei Conti.**

Il privato ricorre in ottemperanza davanti al TAR a causa del mancato rispetto, da parte del Comune, dell'obbligo di pagare un decreto ingiuntivo non opposto e, quindi, definitivamente esecutivo. Il TAR accoglie il ricorso ed ordina al Comune di *eseguire il giudicato entro 60 giorni dalla comunicazione della decisione*. Contestualmente, il Giudice Amministrativo *nomina, per l'ipotesi di inutile decorso del termine supra assegnato, un commissario ad acta che provvederà in via sostitutiva rispetto all'Amministrazione inadempiente e che si insedierà a richiesta dei ricorrenti ed eseguirà l'incarico nel termine di giorni 60 dall'insediamento, depositando successivamente presso la segreteria del TAR la documentazione di spesa per l'attività svolta*. Infine, e coerentemente con le più recenti riforme legislative in materia (cfr. d.l. 5/2012, c.d. decreto semplificazioni, che, con l'art. 1, ha modificato i coo. 8 e 9 dell'art. 2 l. 241/1990), il TAR prevede che, *dopo l'espletamento dell'incarico, il Commissario invii una relazione dettagliata alla Procura Regionale della Corte dei Conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità a carico di Amministratori e funzionari derivanti dall'inottemperanza al giudicato*.

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

«Testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni. Pagamenti nei confronti delle società cessionarie in caso di fallimento della società cedente: spettanza dei crediti ceduti» Parere prot. 299933/49/61 - Avv. Stato Marina Russo.

### RISPOSTA

Viene nuovamente sottoposta all'attenzione della Scrivente la questione in oggetto, relativamente alla quale è stato già reso parere con nota prot. 170250 del 20.5.2010. In detto parere, la Scrivente esprimeva avviso favorevole a che l'amministrazione desse corso ai pagamenti nei confronti delle società cessionarie, salvi alcuni adempimenti prudenziali, segnatamente la richiesta al curatore fallimentare di rendere nota l'eventuale pendenza di azione revocatoria ovvero la sua imminente proposizione. L'amministrazione in indirizzo segnala, ora, di non aver ancora dato corso ai pagamenti nei confronti delle società cessionarie, e ciò in considerazione di quanto qui di seguito si sintetizza: a) la Direzione di Amministrazione dell'Esercito, in situazione analoga a quella che interessa l'Arma dei Carabinieri, ha ritenuto di continuare ad eseguire i pagamenti nei confronti delle società cedenti, medio tempore fallite; b) la curatela dei fallimenti non ha dato formale riscontro alla richiesta di informazioni circa eventuali azioni revocatorie, ma – in un caso – ha informalmente suggerito di attendere una statuizione del giudice fallimentare, da

adottarsi auspicabilmente nell'ambito di una prossima udienza, fissata per il 24.11.2010 (peraltro, non si conosce lo specifico incombenza processuale per il quale detta udienza è fissata, sicché la possibilità che - in quella sede - il giudice affronti la questione della revocabilità della cessione appare dubbia); c) uno dei dipendenti mutuanti è stato nelle more segnalato alla Centrale dei rischi come "cattivo pagatore" dalla società cessionaria (ciò che ben potrebbe verificarsi prossimamente anche in danno di molti altri), sicché l'amministrazione in indirizzo chiede anche di conoscere se sia possibile diffidare la suddetta Centrale dei rischi dall'adottare analoghe iniziative in futuro.

Tanto premesso, con la presente nota si espone quanto segue.

Occorre innanzi tutto procedere ad un chiarimento preliminare: la questione dell'efficacia nei confronti dell'amministrazione della cessione dei crediti aventi ad oggetto il quinto dello stipendio va tenuta ben distinta rispetto alla questione del sopravvenuto fallimento delle società mutuanti che detta cessione hanno effettuato. Infatti – una cessione che fosse rispettosa delle forme di cui all'art. 69 del R.D. 2440/1923, ed alla quale, in ipotesi, non ostasse (sul che ci si diffonderà infra) la norma di cui all'art. 42 co. 3 del d.P.R. 180/50 – non potrebbe perdere efficacia solo per effetto della dichiarazione di fallimento del cedente.

La cessione perderebbe infatti efficacia unicamente nel caso in cui il curatore agisse in revocatoria, ottenendo sentenza favorevole.

In mancanza, il debitore ceduto non potrebbe

che dar corso ai pagamenti nei confronti del cessionario, e ciò indipendentemente dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento del cedente. Pertanto il suggerimento, di cui al parere reso il 20.5.2010, di acquisire informazioni dai curatori fallimentari circa l'eventuale pendenza di azioni revocatorie, deve intendersi finalizzato ad acquisire conoscenza dell'esistenza di un contenzioso in sede giudiziale tra il fallimento della società cedente ed il cessionario, avente ad oggetto la spettanza dei crediti ceduti, essenzialmente in quanto - in presenza di tale contenzioso - l'amministrazione potrebbe fare ricorso alla procedura del sequestro liberatorio, onde mettere i crediti contestati a disposizione di chi, all'esito dell'azione revocatoria, ne risultasse titolare.

Tuttavia, poiché i curatori fallimentari, pur richiestine, non hanno comunicato la pendenza o l'imminente avvio di azioni revocatorie, non resta che verificare se alla cessione di qua osti la norma di cui al menzionato art. 42 co. 3, o se - invece - la cessione stessa sia efficace nei confronti dell'amministrazione e questa debba pertanto pagare il dovuto ai cessionari.

Quanto sopra, fermo restando che - ove la proposizione di azioni revocatorie dovesse constare in futuro - il sequestro liberatorio delle somme ancora dovute potrà comunque essere richiesto in tal sede.

Venendo, quindi, all'esame dell'art. 42 co. 3 cit., si osserva quanto segue.

La norma, come noto, recita: "Sono inefficaci rispetto allo Stato ed agli altri enti dai quali i cedenti dipendono, i sequestri, i pignoramenti e le alienazioni delle quote di stipendio o di salario cedute".

Volendo ricostruire la ratio della norma, sembra che l'inefficacia dei pignoramenti e dei sequestri sia finalizzata a tutelare l'interesse, tanto del dipendente quanto del mutuante, a che iniziative di terzi non compromettano l'esecuzione del contratto di mutuo.

Quanto al divieto di alienazione delle quote di stipendio cedute, la norma sembra assai meno chiara: prova ne sia il fatto che la Ragioneria Generale dello Stato, nella nota del 20.4.2010 n. 32216 richiamata nel parere del 20.5.2010, ha auspicato un intervento norma-

tivo.

Ed invero, deve innanzi tutto escludersi che le "alienazioni" cui si riferisce la norma siano quelle poste in essere dallo stesso dipendente mutuatario (la norma sarebbe in tal caso superflua, atteso che il dipendente non potrebbe in nessun caso - anche indipendentemente da quanto afferma l'art. 42 co. 3 - legittimamente disporre della quota di stipendio di cui ha già in precedenza disposto con la cessione).

Si tratta, allora, di verificare quale possa essere una ragionevole giustificazione al divieto di alienazioni (che costituisce peraltro deroga al principio generale della libera cedibilità dei crediti), nell'assunto che le alienazioni in questione si identifichino con quelle poste in essere da parte del mutuante.

Ritiene al riguardo la Scrivente che una giustificazione al divieto di alienazione delle quote cedute potrebbe essere ravvisata unicamente nell'esigenza di evitare che, tramite la cessione, il diritto alla quota di stipendio possa essere trasferito a soggetti diversi da quelli che - soli - a mente dell'art. 15 del d.P.R. 180/50 sono ammessi a concedere prestiti e che, per l'effetto, da una parte hanno titolo a ricevere il periodico pagamento delle quote dall'amministrazione e, dall'altra, possono essere (e frequentemente sono) convenzionalmente tenuti a corrispondere alla stessa eventuali indennizzi, a copertura delle spese di accredito.

Analoga ratio ricorreva, ad esempio, nel caso dei limiti alla sequestrabilità e cedibilità dei crediti per corrispettivo di contratti in corso di cui all'art. 9 dell'All. E alla l. 2248/1865 ("Sul prezzo dei contratti in corso non potrà avere effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione, se non vi aderisca l'amministrazione interessata").

I cessionari diversi dai soggetti di cui all'art. 15, infatti, potrebbero non garantire le stesse caratteristiche di affidabilità ed onorabilità di questi ultimi, sicché - così come l'art. 15 mira ad evitare che i dipendenti pubblici assumano obbligazioni nei confronti di soggetti la cui serietà non può essere certa - è altresì opportuno evitare che l'amministrazione si trovi, a sua volta, di fatto costretta ad interagire - a seguito di atti dispositivi delle quote di stipendio cedute - con soggetti che non assicurino lo "standard" di affidabilità di quel-



li enumerati all'art. 15.

Ciò premesso - l'interpretazione letterale dell'art. 42 co. 3 cit. dovrebbe condurre alla conclusione che nessuna alienazione delle quote di stipendio cedute, operata dal mutante, può essere opposta all'amministrazione, in linea con quanto previsto dall'art. 1260 c.c. "Il creditore può trasferire ... il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché... il trasferimento non sia vietato dalla legge".

Tuttavia, una lettura del richiamato articolo che tenga conto della ratio legis come sopra ricostruita, ben può indurre a ritenere, in via di interpretazione adeguatrice, e come sostenuto dalla Scrivente nel parere del 20.5.2010, che - in un caso come quello che ne occupa - la soluzione possa essere diversa, allorché la modifica soggettiva del creditore risulta di fatto ininfluenza.

Più precisamente, il mutamento della persona del creditore è indifferente, allorché i cessionari (nella specie Barclays Bank e Neos Finance) sono, a loro volta, istituti esercenti il credito e rientrano, come tali, nella previsione dell'art. 15 del d.P.R. 180/50.

Tale circostanza - unitamente alla non secondaria considerazione, valorizzata anche dalla Ragioneria Generale dello Stato nella citata nota del 20.4.2010 n. 32216, dei possibili pregiudizi (già effettivamente insorti) che una diversa soluzione implica per gli incolpevoli dipendenti che hanno "subìto" la vicenda, ritrovandosi sostanzialmente inadempienti nei confronti dei soggetti cessionari del credito - induce la Scrivente a confermare il parere già reso in data 20.5.2010 con nota n. 170250. Quanto, infine, alla possibilità di indirizzare una formale diffida alla Centrale dei rischi, come meglio illustrato al punto c), si rappresenta che eventuali iniziative in tal senso competono unicamente al diretto interessato.

Per parte sua, tuttavia, l'amministrazione, in un'ottica di collaborazione, potrebbe però contribuire a chiarire la vicenda alla Centrale stessa con apposita nota, illustrando in particolare come le somme siano state finora versate ai fallimenti, in ragione delle incertezze interpretative del caso e nelle more del necessario approfondimento ai fini di una corretta interpretazione normativa.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

#### **DOMANDA**

Sull'indennità di missione ex art. 1 della l. 18.12.1973, n. 836. Parere del 22.12.2009 prot. n. 385978 (Avv. Lucrezia Fiandaca - AL 32118/09).

#### **RISPOSTA**

«Codesta amministrazione chiede alla Scrivente di formulare un parere in ordine all'istanza veicolata in data 23.1.2009 dal (omissis), magistrato amministrativo presso il TAR Lazio, concernente la corresponsione dell'indennità di missione per la partecipazione alle singole riunioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, presso il quale ha svolto le funzioni quale componente elettivo a far data dal (omissis).

In particolare, l'istante deduce che, essendo stato autorizzato a risiedere in una sede diversa da quella ordinaria di servizio (omissis), giusta provvedimento del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, emesso in data 11.4.2003, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento interno per il funzionamento del Consiglio di Presidenza (provvedimento del 6.2.2004), al medesimo spetti l'indennità di missione per la partecipazione alle sedute del citato organo, quando non coincidenti con i giorni di udienza del TAR Lazio.

A sostegno dell'assunto l'istante cita alcune pronunce, e in particolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 8522/03 (CdS, 24.12.2003, n. 278) e una decisione del TAR Liguria (TAR Liguria, II, 7.6.2007, n. 1051).

Il ricorrente rileva inoltre che la ratio della normativa risiede nella compensazione dei "disagi connessi alla temporanea prestazione del servizio in luogo e forme diverse dall'ordinario" oltre che "del tempo trascorso in viaggio" (pag. 1 dell'istanza).

Sostiene inoltre l'istante che ciò che rileva, al fine della corresponsione della citata indennità, è la sede di residenza, circostanza desumibile a contrario da quanto disposto dall'art. 5 della l. n. 417 del 1978, ai sensi del quale tale emolumento non compete nel caso di servizio prestato presso la sede di re-

sidenza del ricorrente, ancorché ubicata fuori dalla ordinaria sede di servizio. Le suddette considerazioni, a giudizio della Scrivente, non appaiono condivisibili. Al riguardo, è d'uopo richiamare il disposto dell'art. 1, co. 1, della l. 18.12.1973, n. 836, alla stregua del quale "Ai dipendenti civili dello Stato, compresi quelli delle amministrazioni con ordinamento autonomo, ed agli appartenenti alle forze armate ed ai corpi organizzati militarmente comandati in missione isolata fuori della ordinaria sede di servizio, in località distanti almeno 30 chilometri, spettano le indennità di trasferta di cui alle unite tabelle A, B, C, D, E ed F per ogni 24 ore (ivi compreso il tempo occorrente per il viaggio) di assenza dalla sede. Per le ore residuali spettano le indennità orarie di cui all'art. 3 della presente legge". Tale norma va interpretata congiuntamente a quanto previsto dall'art. 1 della l. 26.7.1978, n. 417, che recita: "A decorrere dall'1.12.1977 le indennità di trasferta dovute ai magistrati, agli avvocati e ai procuratori dello Stato...comandati in missione fuori della sede ordinaria di servizio in località distanti almeno 10 chilometri, sono stabilite come segue...", sebbene tale disposto sia stato abrogato, con effetto *ex nunc*, e dunque senza alcuna rilevanza per la fattispecie in rassegna, dall'art. 1, co. 213, della l. 266/05. L'applicabilità dell'art. 1, co. 1, della l. 18.12.1973, n. 836 (in relazione all'art. 1 della l. 26.7.1978, n. 417, che si occupa del quantum e delle percorrenze chilometriche che giustificano la corresponsione dell'indennità in rassegna) al caso in disamina, secondo peraltro una prospettazione condivisa dall'istante, sembra conferente.

E invero, la norma si riferisce all'ipotesi di dipendenti civili dello Stato, comandati in missione isolata fuori dalla ordinaria sede di servizio. Orbene, nella fattispecie concreta viene in rilievo la partecipazione, da parte di un magistrato amministrativo, alle sedute di un organo rappresentativo della categoria, di guisa che è quanto meno ravvisabile un nesso di occasionalità necessaria tra la professione ordinariamente svolta e il mandato elettivo ricevuto quale componente del Consiglio di Presidenza per la Giustizia Amministrativa. Al riguardo, è d'uopo riferirsi all'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema

di partecipazione dei magistrati ordinari alle sedute del CSM. Vale in primis premettere che per le missioni dei magistrati ordinari sussiste una normativa speciale, dal tenore tuttavia analogo a quello dell'art. 1, co. 1, della l. 18.12.1973, n. 836.

Il dato normativo per i magistrati ordinari è infatti costituito dalla l. 2.4.1979, n. 97, come interpretato dall'art. 1, co. 209, della l. n. 266/05; i contenuti di tali disposizioni rinviano, per la disciplina sostanziale, all'art. 1 della l. 6.12.1959, n. 1039. L'unica peculiarità della normativa vigente per le missioni dei magistrati ordinari risiede nei presupposti per l'applicazione della stessa, essendo limitata agli uditori giudiziari o a quanti siano trasferiti di ufficio, sebbene la giurisprudenza ricomprenda in tale ultima evenienza anche il caso del magistrato che, per effetto del passaggio a funzioni superiori, si trovi a svolgere la propria attività in un luogo diverso dalla sede ordinaria di servizio.

Merita richiamare una recente sentenza di legittimità, che si è occupata del caso di un magistrato, in servizio presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Venezia ed eletto al CSM.

Trattasi della sentenza del CdS, IV, 31.7.2008, n. 3866, ove si richiama "il consolidato orientamento giurisprudenziale il quale, in armonia con la ratio del beneficio in oggetto - che è quella di compensare i soggetti destinatari della norma (uditori giudiziari di prima nomina e magistrati trasferiti di ufficio) del disagio conseguente allo spostamento di sede -, richiede quale presupposto necessario per la spettanza dell'indennità di missione, sulla base del combinato disposto dei citati artt. 13 l. n. 97/1979 e 6 l. n. 27/1981 e dell'art. 16, co. 18, della l. 24.12.1993, n. 537, che vi sia un effettivo mutamento geografico della sede di servizio (cfr. *ex plurimis* le decisioni di questa Sezione nr. 1993 dell'8.4.2004 e nr. 914 del 15.2.2002)".

In sostanza, la normativa concernente le missioni dei magistrati ordinari, incentrata anch'essa sulla nozione di sede ordinaria di servizio, e ritenuta applicabile anche per i casi di elezione al CSM, riconosce la spettanza del beneficio in oggetto quante volte la nuova sede sia diversa da quella ordinaria di Servizio. Orbene, il dato normativo indica

chiaramente, quale presupposto per poter usufruire della citata indennità, lo svolgimento di un'attività al di fuori della sede ordinaria di servizio; nel caso di specie, essendo la pretesa avanzata da un magistrato del TAR Lazio, tale sede è certamente Roma. La sede ordinaria di servizio è dunque la medesima rispetto a quella in cui si sono tenute le riunioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, per la partecipazione alle quali il ricorrente richiede il riconoscimento dell'emolumento in disamina.

Mette conto di osservare, inoltre, che il criterio della sede ordinaria di servizio, al fine dell'attribuzione del diritto al trattamento economico di cui all'art. 1 della citata legge, non è mai dalla medesima, né da altre disposizioni, derogato, se non in peius, come nel caso, prospettato dal ricorrente, in cui la sede della missione coincida con quella di residenza. È peraltro evidente che ogni eccezione alla prefata norma deve essere espressamente prevista, stante la chiarezza del dato normativo. Non appare pertanto cogliere nel segno il tentativo del ricorrente di addivenire ad un'interpretazione sistematica della legge, atteso che con riguardo alla disciplina di settore in ordine a missioni e trasferte non emerge alcuna particolare esigenza interpretativa delle disposizioni summenzionate rispetto al senso fatto palese dalle loro parole secondo il tenore letterale delle stesse.

Ancora meno suggestiva si prospetta l'argomentazione che riposa all'art. 5 della l. n. 417/1978.

A parte l'ovvio rilievo che trattasi di una norma che deroga in peius alla disposizione generale, contenuta, come poc'anzi accennato, nell'art. 1 della l. n. 836/1973, preme osservare che il ricorso all'analogia presuppone un vuoto normativo che nella specie non sussiste. Né può obiettarsi che trattasi di un'interpretazione estensiva, la quale non opera ove il dato letterale sia puntuale e perfettamente in linea con la fattispecie concreta. Quanto alle sentenze richiamate nell'istanza, merita evidenziare che le medesime concernono fattispecie diverse ed affermano comunque principi in contrasto con quelli richiamati dal ricorrente. E invero, la sentenza n. 8522/03 si occupa del distinto profilo concernente i rapporti tra la citata in-

dennità ed i compensi per lavoro straordinario, ribadendo inoltre che "l'indennità di missione costituisce la remunerazione del disagio connesso al mutamento temporaneo del luogo in cui effettuare le prestazioni". Tale luogo, nel caso che ci occupa, è Roma, per cui non si delinea quello spostamento dalla sede ordinaria di servizio che giustifica la corresponsione dell'indennità.

Quanto alla sentenza n. 1051/07 del TAR Liguria, essa si occupa della distinta fattispecie in cui un dipendente dello Stato, trasferito da una sede all'altra, mantenga la residenza nel comune di provenienza, ove venga assegnato in missione; la decisione si palesa nondimeno interessante laddove osserva che anche la ratio della normativa in rilievo (oltre che il dato letterale) è nel senso di attribuire rilevanza alla sede ordinaria di servizio, evidenziandosi che essa "intende compensare i disagi connessi alla temporanea prestazione del servizio al di fuori dell'ordinaria sede di servizio". Il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa appare unanime nell'attribuire rilevanza esclusivamente all'allontanamento dalla sede ordinaria di servizio quale presupposto per la riconoscibilità dell'indennità di missione. Nello specifico, giova richiamare una recente pronuncia del Consiglio di Stato (CdS, IV, 27.3.2009, n. 1855) che ricostruisce nei seguenti termini la ratio e la funzione dell'istituto. La sentenza chiarisce che "l'indennità di missione [...] costituisce la remunerazione del disagio connesso con il mutamento temporaneo del luogo ove si effettua la prestazione, che può essere imposto al dipendente, ricorrendone le ragioni di servizio, ma poiché ciò influisce appunto sul luogo della prestazione di lavoro, ne consegue la necessità di remunerare ulteriormente l'aggravio nella prestazione che lo spostamento comporta [...] L'indennità di missione misura economicamente il disagio rappresentato dal periodo in cui il dipendente è tenuto a prestare la sua opera fuori dalla sede ordinaria di lavoro e per tale motivo è corrisposta anche per le ore di viaggio, durante le quali il dipendente è costretto ad abbandonare la propria sede di servizio per raggiungerne un'altra, con aggravio della prestazione di lavoro e conseguente ristoro con l'indennità in questione". Tale imposta-

zione riprende invero quanto già osservato dalla precedente giurisprudenza amministrativa. Sovviene, in subiecta materia, la pronuncia n. 5504/08 del Consiglio di Stato (CdS, IV, 6.11.2008, n. 5504) ove si legge: “È ben noto, infatti, che l’indennità di missione è destinata a ristorare i disagi sofferti dal dipendente in ragione del mutamento di sede di lavoro limitato nel tempo e per la durata prevista nel provvedimento di incarico”. La decisione ora richiamata riassume e compendia i principi già affermati da numerose decisioni di primo e secondo grado, tra le quali, *ex plurimis*, merita citare: TAR Piemonte, II, 2.3.2007, n. 916; CdS, IV, 8.8.2006, n. 47845; TAR Marche, I, 19.9.2009, n. 581; TAR Marche Ancona, I, 25.10.2006, n. 852.

Da ultimo, preme richiamare una decisione del TAR Calabria, RC (sent. n. 1061/07) che si occupa di una fattispecie simile a quella in rilievo, specificando che “se l’indennità di missione è, in linea generale, un istituto che mira a compensare il particolare disagio connesso alla prestazione lavorativa effettuata, per un periodo limitato di tempo, in altra sede, essa non può essere direttamente corri-

sposta nel caso di specie in cui, di fatto, lo svolgimento dell’attività lavorativa è avvenuto nella sede già a suo tempo assegnata”.

La chiarezza del dato normativo, e dunque l’assenza di lacune ordinamentali, in uno con l’orientamento costante della giurisprudenza amministrativa non sembrano dare ingresso ad interpretazioni difformi. Vale da ultimo richiamare, a corroborazione di quanto sin qui precisato, che sussiste un noto principio dell’ordinamento giuridico, alla stregua del quale “*cuius commoda eius et incommoda*”. La scelta di risiedere fuori dalla sede di servizio, previa autorizzazione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in altri termini, non può risolversi in danno dell’Amministrazione, che sarebbe diversamente gravata dell’onere economico corrispondente all’ammontare dell’indennità di missione.

Si ribadisce, pertanto, che non sembrano sussistere, nel caso di specie, i presupposti per il riconoscimento dell’indennità di missione.

La questione è stata sottoposta all’esame del Comitato Consultivo dell’Avvocatura dello Stato di cui all’art. 26 della l. 3.4.1979 n. 103, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»



# PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **MONITORAGGIO SEMESTRALE DEL PATTO DI STABILITÀ INTERNO**

*La Ragioneria Generale dello Stato rende noto che è stato firmato il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze concernente il monitoraggio semestrale del Patto di stabilità interno per l'anno 2012 per le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti di cui all'art. 31, co. 19, della l. 12.11.2011, n. 183. I prospetti per il monitoraggio semestrale sono trasmessi, con riferimento a ciascun semestre, utilizzando il sistema web appositamente previsto per il patto di stabilità interno nel sito <http://pattostabilitainterno.tesoro.it/Patto/> (Ragioneria Generale dello Stato, comunicato del 16.7.2012).*

«..... GA.....»

### **ANNOTAZIONE NEGLI ATTI CATA- STALI DELLE SENTENZE TRIBUTA- RIE**

*Con provvedimento del 17.7.2012 il Direttore dell'Agenzia del Territorio ha definito le modalità di annotazione negli atti catastali delle sentenze delle Commissioni Tributarie, passate in giudicato, che decidono controversie concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, l'estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità di una medesima particella, nonché la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale. L'Ufficio provinciale competente procede all'annotazione negli atti del catasto relativamente ad ogni unità immobiliare interessata, con indicazione dell'esito del*

*giudizio (Agenzia del Territorio, provvedimento n. 35582 del 17.7.2012).*

«..... GA.....»

### **IL TERMINE PER LA TRASMISSIONE DELLA CERTIFICAZIONE AL BILAN- CIO DI PREVISIONE PER L'ANNO 2012 E' STATO DIFFERITO AL 1.10.2012**

*Con il decreto ministeriale del 2.7.2012 il termine per la trasmissione della certificazione al bilancio di previsione per l'anno 2012 è stato differito al 1.10.2012 e ciò in considerazione dall'avvenuto slittamento al 31.8.2012 (cfr decreto del Ministero dell'Interno del 20.6.2012) del termine per la deliberazione del bilancio di previsione per l'anno 2012 da parte degli enti locali (Decreto del Ministero dell' Interno del 2.7.2012).*

«..... GA.....»

### **DECRETO DI APPROVAZIONE DEI MODELLI DEL CERTIFICATO DI CONTO DI BILANCIO 2011 DI PROVIN- CE, COMUNI, COMUNITÀ MONTANE E UNIONI DI COMUNI**

*Il Ministero dell'Interno, Dipartimenti per gli Affari Interni e Territoriali rende note le modalità relative alle certificazioni concernenti il rendiconto al bilancio 2011 delle amministrazioni provinciali, dei comuni o unione dei comuni e delle comunità montane di cui al decreto 15.6.2012. In particolare sono stati approvati i modelli di certificato del rendiconto di bilancio 2011, allegati al decreto, che gli enti locali sono tenuti a predisporre e trasmettere entro il 10.10.2012. La trasmis-*

sione del certificato dovrà avvenire, per tutti gli enti locali, esclusivamente tramite posta elettronica certificata e firma digitale dei sottoscrittori secondo le modalità pedissequamente individuate nel decreto (**Ministero dell'Interno, Dip. affari Interni e Territoriali, comunicato del 27.6.2012**).

«..... GA.....»

### **LA NUOVA MISURA PER ACCELERARE LA PA. NEL PAGAMENTO DEI CREDITI COMMERCIALI E' L'ASSEGNAZIONE DI TITOLI DI STATO**

La presente circolare è stata emanata dalla Ragioneria Generale dello Stato in attuazione dell'art. 3 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 22.5.2012. Tale decreto, in attuazione dell'art. 35, co. 1, lett. b) del d.l. 24.1.2012, n. 1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, dispone che, al fine di accelerare il pagamento dei crediti commerciali esistenti alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, su richiesta dei soggetti creditori, i crediti maturati alla data del 31.12.2011 possono essere estinti anche mediante assegnazione di titoli di Stato nel limite massimo di 2.000 milioni di euro. La circolare fornisce indicazioni operative per le Amministrazioni dello Stato e per i coesistenti Uffici centrali del bilancio su come attuare le disposizioni del citato decreto del Ministro dell'economia e delle finanze (**Ragioneria Generale dello Stato, circ. n. 23 del 21.6.2012**).

«..... GA.....»

### **NUOVA PROCEDURA SEMPLIFICATA PER LA CANCELLAZIONE DELLE IPOTECHE ULTRAVENTENNALI**

Con il provvedimento del 25.6.2012, il Direttore dell'Agenzia del Territorio ha esteso alle ipoteche iscritte da più di venti anni e non rinnovate la procedura semplificata di cancellazione disciplinata dall'art. 40 bis del d. lgs. n. 385 del 1.9.1993 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia). Il provvedimento si applica alle ipote-

che iscritte da oltre venti anni, e non rinnovate, a garanzia di obbligazioni derivanti da contratti di mutuo o di finanziamento, concessi da banche ed intermediari finanziari, ovvero da enti di previdenza obbligatoria ai propri dipendenti o iscritti, ancorché frazionate o annotate su titoli cambiari (**Agenzia del Territorio, provvedimento n. 32027 del 25.6.2012**).

«..... GA.....»

### **BILANCIO DI PREVISIONE DEGLI ENTI LOCALI: IL TERMINE PER LA DELIBERAZIONE E' STATO DIFFERITO AL 31.8.2012**

Con decreto del Ministero dell'Interno del 20.6.2012 il termine per la deliberazione del bilancio di previsione per l'anno 2012 di aperte degli Enti Locali è stato differito al 31.8.2012 (**Decreto del Ministro dell'Interno del 20.6.2012**).

«..... GA.....»

### **PATTO DI STABILITÀ INTERNO "ORIZZONTALE NAZIONALE": PREDISPOSTA L'APPLICAZIONE PER L'ACQUISIZIONE DELLE INFORMAZIONI**

I Comuni che prevedono di conseguire, nel 2012, un differenziale positivo (o negativo) rispetto all'obiettivo del patto di stabilità interno possono comunicare, entro il 30.6.2012, l'entità dello spazio finanziario che sono disposti a cedere (o a richiedere). Le comunicazioni devono pervenire alla Ragioneria Generale dello Stato sia mediante il sistema web sia a mezzo raccomandata a/r. Il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, entro il 30 luglio, aggiorna il prospetto degli obiettivi dei comuni interessati dalla rimodulazione dell'obiettivo, con riferimento all'anno in corso e al biennio successivo. La rimodulazione dell'obiettivo conseguente all'applicazione del meccanismo di compensazione nazionale "orizzontale" trova evidenza nella fase 3-D del modello di calcolo degli obiettivi programmatici OB/12/C presente nell'applicazione web dedicata al patto di stabilità interno



*http://pattostabilitainterno.tesoro.it. Il rappresentante legale, il responsabile del servizio finanziario e l'organo di revisione economico finanziario attestano, con la certificazione di cui al co. 20 dell'art. 31 della l. 12.11.2011, n. 183, che i maggiori spazi finanziari sono stati utilizzati esclusivamente per effettuare spese per il pagamento di residui passivi di parte capitale. In assenza di tale certificazione, nell'anno di riferimento, non sono riconosciuti i maggiori spazi finanziari ceduti, mentre restano validi i peggioramenti dei saldi obiettivi del biennio successivo. Al comune che cede uno spazio finanziario è attribuito un contributo, da iscrivere tra le entrate correnti, pari allo spazio ceduto ed attribuito ai comuni richiedenti, destinato alla riduzione del debito. Tale contributo non è conteggiato tra le entrate valide ai fini del patto di stabilità interno e, pertanto, in fase di monitoraggio tale entrata è detratta dal totale delle entrate correnti. In caso di offerta di spazi finanziari complessivamente superiori all'importo previsto dall'art. 4-ter, co. 3 del d.l. 2.3.2012, n. 16, il contributo per ciascun comune è ridotto proporzionalmente agli spazi ceduti e attribuiti. Peraltro la Ragioneria dello Stato, nelle more della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ha ritenuto utile diffondere il testo del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 5.6.2012, n. 0020386, concernente la determinazione degli obiettivi programmatici del Patto di stabilità interno del triennio 2012-2014 per le Province e i Comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, di cui all'art. 31, co. 19, della l. 12.11.2011, n. 183. I nuovi prospetti per la determinazione degli obiettivi programmatici, disponibili sul sistema web appositamente previsto per il Patto di stabilità interno nel sito <http://pattostabilita-interno.tesoro.it>, devono essere trasmessi, utilizzando esclusivamente il citato sistema web, entro quarantacinque giorni dalla data di pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale (Ragioneria generale dello Stato, comunicato del 19.6.2012).*

«..... GA.....»

## **ARRIVANO LE SANZIONE PER IL MANCATO RISPETTO DEL PATTO DI STABILITÀ DELL'ANNO 2010**

*Il Ministro dell'Interno, Dipartimento degli Affari Interni e Territoriali rende noto che con decreto del 13.6.2012 il Comune di Alessandria è assoggettato, ad una sanzione il cui importo è di euro 2.924.964,00, pari al 3 per cento delle entrate correnti risultanti dal certificato al rendiconto di bilancio 2009. L'applicazione della sanzione comporta una riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio dell'esercizio 2012 per l'importo come sopra determinato (Ministero dell'Interno, Dipartimento degli Affari Interni e Territoriali, comunicato del 18.6.2012).*

«..... GA.....»

## **RENDITE CATASTALI AI FINI DELL'IMU: CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DEL TERRITORIO**

*Le disposizioni in materia di Imposta Municipale Propria (IMU) non hanno modificato le rendite delle unità immobiliari già iscritte in Catasto. Pertanto, se l'immobile non ha subito modifiche a seguito di ristrutturazione o ampliamento, è ancora utilizzabile la rendita già attribuita e usata per la dichiarazione dei fabbricati nel Modello Unico. La consultazione gratuita e pubblica dei dati catastali, relativi agli immobili presenti su tutto il territorio nazionale, può essere richiesta presso qualsiasi Ufficio provinciale dell'Agenzia oppure attraverso il servizio online Visure catastali. L'accesso è gratuito ed attraverso questo servizio, è possibile conoscere la rendita e le altre informazioni su immobili censiti al Catasto edilizio urbano; i redditi dominicale e agrario e le altre informazioni su immobili censiti al Catasto terreni (Agenzia del Territorio, comunicato del 12.6.2012).*

«..... GA.....»

## **DIFFERIMENTO, PER L'ANNO 2012, DEI TERMINI DI EFFETTUAZIONE DEI VERSAMENTI RISULTANTI DAL-**

## LE DICHIARAZIONI FISCALI

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale si decreta che "Le persone fisiche tenute, entro il 18.6.2012, ai versamenti risultanti dalle dichiarazioni dei redditi, da quelle in materia di imposta regionale sulle attività produttive e dalla dichiarazione unificata annuale effettuano i predetti versamenti: a) entro il 9.7.2012, senza alcuna maggiorazione; b) dal 10.7.2012 al 20.8.2012, maggiorando le somme da versare dello 0,40 per cento a titolo di interesse corrispettivo. 2. Le disposizioni di cui al co. 1 si applicano anche ai soggetti diversi dalle persone fisiche tenuti ai versamenti risultanti dalle dichiarazioni dei redditi, da quelle in materia di imposta regionale sulle attività produttive e dalla dichiarazione unificata annuale entro il 18.6.2012, che esercitano attività economiche per le quali sono stati elaborati gli studi di settore di cui all'art. 62 bis del d.l. 30.8.1993, n. 331, convertito, con modificazioni, dalla l. 29.10.1993, n. 427, e che dichiarano ricavi o compensi di ammontare non superiore al limite stabilito per ciascuno studio di settore dal relativo decreto di approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze. Le medesime disposizioni si applicano anche ai soggetti che partecipano, ai sensi degli art. 5, 115 e 116 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22.12.1986, n. 917, a società, associazioni e imprese con i requisiti indicati nel periodo precedente" (D.P.C.M. 6.6.2012, Gazzetta Ufficiale n. 135 del 12.6.2012).*

«..... GA.....»

## CONFERMATO IL PAGAMENTO DELLA PRIMA RATA IMU ENTRO IL 18.6.2012, PROROGATI INVECE I TERMINI PER I VERSAMENTI RISULTANTI DALLE DICHIARAZIONI FISCALI

*Il Dipartimento delle Finanze rende noto che e' in corso di pubblicazione il d.P.C.M. che per i contribuenti soggetti agli studi di settore*

*differisce le scadenze di versamento previste dalle dichiarazioni fiscali. Il provvedimento stabilisce che le persone fisiche ed i soggetti che esercitano attività economiche per le quali sono stati elaborati gli studi di settore, tenuti ad effettuare, entro il 18.6.2012, i versamenti risultanti dalle dichiarazioni dei redditi, da quelle in materia di imposta regionale sulle attività produttive e dalla dichiarazione unificata annuale (che comprende anche i versamenti previsti per la cedolare secca sugli affitti) possono effettuare i predetti versamenti: a) entro il 9 luglio, senza alcuna maggiorazione; b) dal 10.7.2012 al 20.8.2012, maggiorando le somme da versare dello 0,40 per cento a titolo di interesse corrispettivo. Il differimento dei termini di effettuazione dei versamenti è stato introdotto al fine di consentire il corretto svolgimento degli adempimenti connessi alla predisposizione delle dichiarazioni e alla definizione dei versamenti nonché il superamento di talune criticità operative riscontrate da parte dei soggetti che esercitano attività economiche per le quali sono stati elaborati gli studi di settore. Per quanto riguarda gli altri adempimenti fiscali, sono confermate le scadenze ordinarie: in particolare, è confermata per il 18 giugno la scadenza del pagamento della prima rata IMU. Le persone fisiche tenute, entro il 18.6.2012, ai versamenti risultanti dalle dichiarazioni dei redditi, da quelle in materia di imposta regionale sulle attività produttive e dalla dichiarazione unificata annuale effettuano i predetti versamenti: a) entro il 9.7.2012, senza alcuna maggiorazione; b) dal 10.7.2012 al 20.8.2012, maggiorando le somme da versare dello 0,40 per cento a titolo di interesse corrispettivo (Dipartimento delle Finanze, comunicato del 8.6.2012).*

«..... GA.....»

## PATTO DI STABILITÀ INTERNO: DETERMINAZIONE DEGLI OBIETTIVI PROGRAMMATICI PER IL TRIENNIO 2012-2012 PER LE PROVINCE E I COMUNI CON POPOLAZIONE SUPERIORE A 5.000 ABITANTI



*In attesa della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la Ragioneria generale dello Stato ha ritenuto utile diffondere il testo del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 5.6.2012, n. 0020386, concernente la determinazione degli obiettivi programmatici del Patto di stabilità interno del triennio 2012-2014 per le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, di cui all'art. 31, co. 19, della l. 12.11.2011, n. 183. I nuovi prospetti per la determinazione degli obiettivi programmatici, disponibili sul sistema web appositamente previsto per il Patto di stabilità interno nel sito <http://pattostabilita-interno.tesoro.it>, devono essere trasmessi, utilizzando esclusivamente il citato sistema web, entro quarantacinque giorni dalla data di pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale (Ragioneria Generale dello Stato, comunicato del 7.6.2012).*

«..... GA.....»

#### **IMU: ISTITUITI PER GLI ENTI PUBBLICI I CODICI TRIBUTO PER IL VERSAMENTO TRAMITE MODELLO "F24EP"**

*L'art. 13 del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214, e successive modificazioni, disciplina l'anticipazione sperimentale dell'imposta municipale propria (IMU). In particolare, l'art. 13, co. 12, del citato d.l. n. 201 prevede che "il versamento dell'imposta, in deroga all'art. 52 del d. lgs. 15.12.1997, n. 446, e' effettuato secondo le disposizioni di cui all'art. 17 del d. lgs. 9.7.1997, n. 241, ...". Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 25.5.2012, è stata estesa la modalità di versamento "F24EP" per consentire agli enti pubblici il versamento dell'imposta municipale propria (IMU). Per consentire il versamento, tramite modello F24EP, delle somme dovute a titolo di IMU, sono stati istituiti dall'Agenzia delle Entrate i seguenti codici tributo: • "350E" - denominato "IMU - imposta municipale propria per fabbricati rurali ad uso strumentale - COMUNE"; • "351E" - denominato "IMU - imposta municipale*

*propria per i terreni - COMUNE"; • "352E" - denominato "IMU - imposta municipale propria per i terreni - STATO"; • "353E" - denominato "IMU - imposta municipale propria per le aree fabbricabili - COMUNE"; • "354E" - denominato "IMU - imposta municipale propria per le aree fabbricabili - STATO"; • "355E" - denominato "IMU - imposta municipale propria per gli altri fabbricati - COMUNE"; • "356E" - denominato "IMU - imposta municipale propria per gli altri fabbricati - STATO"; • "357E" - denominato "IMU - imposta municipale propria - INTERESSI DA ACCERTAMENTO - COMUNE"; • "358E" - denominato "IMU - imposta municipale propria - SANZIONI DA ACCERTAMENTO - COMUNE". Infine viene precisato che in caso di ravvedimento le sanzioni e gli interessi sono versati unitamente all'imposta dovuta (Agenzia delle Entrate, circolare n. 53/E del 5.6.2012).*

«..... GA.....»

#### **INDIVIDUAZIONE DELLE AMMINISTRAZIONI CHE PARTECIPANO ALLA SPERIMENTAZIONE DELLA DISCIPLINA CONCERNENTE I SISTEMI CONTABILI E GLI SCHEMI DI BILANCIO DELLE REGIONI, DEGLI ENTI LOCALI E DEI LORO ENTI ED ORGANISMI**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale vengono individuate n. 5 Regioni, n. 12 Province, n. 68 Comuni che partecipano alla sperimentazione della disciplina concernente i sistemi contabili e gli schemi di bilancio delle Regioni, degli Enti locali e dei loro enti ed organismi (D.P.C.M. 25.5.2012, Gazzetta Ufficiale n. 129 del 5.6.2012).*

«..... GA.....»

#### **SOPPRESSIONE DEI TRASFERIMENTI ERARIALI ALLE PROVINCE**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto del Presidente del Consiglio dei*

Ministri con il quale si decreta che: art. 1. 1. Sono individuati e soppressi i trasferimenti statali di parte corrente, nonché quelli in conto capitale aventi carattere di generalità e permanenza non finanziati tramite ricorso ad indebitamento delle province ubicate nelle regioni a statuto ordinario, secondo le risultanze specifiche contenute nel documento approvato in sede di Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale nella seduta del 22.2.2012; 2. Il totale delle risorse che va ad alimentare il fondo sperimentale di riequilibrio e' determinato nell'importo di euro 1.039.917.823,00 ed è costituito dalla componente dei trasferimenti soppressi a cui si aggiunge la componente derivante dalle risorse attribuite in conseguenza della soppressione dell'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica, al netto di tutte le riduzioni applicate nel rispetto della normativa vigente. Art. 2. 1. I trasferimenti statali che non sono oggetto di soppressione, in quanto non aventi carattere di generalità e permanenza, sono individuati e quantificati nell'importo di euro 13.423.687,00 come da risultanze del documento della Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale indicato all'articolo 1. Art. 3. 1. Le variazioni di bilancio conseguenti all'applicazione degli articoli 1 e 2 sono disposte con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze (D.P.C.M. 12.4.2012, *Gazzetta Ufficiale n. 129 del 5.6.2012*).

«..... GA.....»

### **CEDOLARE SECCA SUGLI AFFITTI: L'AGENZIA DELLE ENTRATE FORNISCE ULTERIORI CHIARIMENTI CON RISPOSTE AI QUESITI**

Con la presente circolare vengono forniti chiarimenti su questioni interpretative poste all'attenzione dell'Agenzia delle Entrate afferenti: 1) Revoca dell'opzione, 2) Periodo transitorio 2011, comunicazioni al conduttore, acconti e ravvedimento operoso, 3) Acconto 2012; 4) Validità della Comunicazione al conduttore inviata nel 2011; 5) Trasferimento di immobile locato; 6) Comproprietario non risultante dal contratto

di locazione; 7) Fondo patrimoniale; 8) Comunicazione al conduttore: a) contratto inferiore a trenta giorni in un anno, b) contratti con clausola di rinuncia agli aggiornamenti del canone (*Agenzia delle Entrate, circ. n. 20 del 4.6.2012*).

«..... GA.....»

### **VERSAMENTI IMU: PER IL PAGAMENTO DI GIUGNO DEVE ESSERE INDICATO NELLA DELEGA DI PAGAMENTO IL NUMERO DELLE RATE SCELTE DAL CONTRIBUENTE**

L'Agenzia delle Entrate rende noto che le deleghe di pagamento già compilate senza l'indicazione della scelta all'interno del riquadro "rateazione/mese rif." sono comunque considerate corrette e devono essere accettate dagli intermediari della riscossione (banche, Poste Italiane Spa e Agenti della riscossione). Con l'entrata in vigore dell'art. 4, co. 5 lett. i) del d.l. n. 16/2012 (introdotto in sede di conversione dalla l. 26.4.2012 n. 44) i contribuenti hanno la possibilità di versare l'acconto dell'IMU dovuta per l'abitazione principale e per le relative pertinenze in due rate (scadenza il 18.6.2012 e il 17.9.2012), mentre il versamento del saldo è previsto in unica soluzione (scadenza il 17.12.2012). Ai fini della corretta esecuzione dei versamenti relativi all'IMU si precisa, quindi, che è ora necessario indicare nella delega di pagamento F24 il numero di rate scelto dal contribuente per il pagamento di giugno (1 o 2 per l'acconto nel formato rispettivamente 0101 e 0102). Invece, le deleghe di pagamento già compilate senza l'indicazione della scelta all'interno del riquadro "rateazione/mese rif." sono comunque considerate corrette e devono essere accettate dagli intermediari della riscossione (banche, Poste Italiane Spa e Agenti della riscossione) (*Agenzia delle Entrate, comunicato del 6.6.2012*).

«..... GA.....»

### **IMU: MODALITÀ DI RIVERSAMENTO AI COMUNI DELL'IMU/ICI RISCOSSA**

## TRAMITE MODELLO F24

*E' stata divulgata dal Ministero dell'Interno, Dipartimento Affari Interni e territoriali la nota dell'Agenzia delle Entrate del 30.5.2012 sulla modalità di riversamento ai comuni dell'ICI/IMU riscossa tramite modelli F24. In sintesi nella nota dell'Agenzia delle Entrate si precisa che le somme riscosse tramite F24 a titolo di ICI/IMU, spettante ai comuni al netto del contributo di pertinenza dell'IFEL calcolato sul gettito IMU, saranno accreditate ai Comuni attraverso procedure automatizzate sulle contabilità speciali. Per i Comuni, invece, per i quali non è possibile effettuare l'accredito sulle contabilità speciali, il riversamento avverrà sui conti correnti bancari/postali (Ministero dell'Interno, Finanza Locale, comunicato 5.6.2012).*

«..... GA.....»

## ULTIMO AVVERTIMENTO DEL MINISTERO AI COMUNI INADEMPIENTI ALL'OBBLIGO DI RESTITUIRE I QUESTIONARI COMPILATI PER EVITARE LA SOSPENSIONE, CON IL PRIMO PAGAMENTO UTILE, DEL FONDO SPERIMENTALE DI RIEQUILIBRIO

*Il Ministero dell'Interno, in ossequio alla procedura amministrativa all'uopo prevista, ha pubblicato, sul sito internet, la lista degli enti inadempienti all'obbligo di restituire alla Sose-spa i questionari debitamente compilati affinché gli stessi possano regolarizzare la propria posizione direttamente con Sose-spa entro 60 giorni dall'invio della comunicazione da parte del medesimo Dicastero. La mancata regolarizzazione tramite la Sose-spa entro il predetto termine comporterà la sospensione, con il primo pagamento utile, del Fondo Sperimentale di Riequilibrio. (Ministero dell'Interno, Dip. affari interni e territoriali, comunicato 4.6.2012).*

«..... GA.....»

## PREVENZIONE E CONTRASTO DELL'EVASIONE: DIRAMATE LE NUOVE STRATEGIE MESSE A PUNTO DAL-

## L'AGENZIA DELLE ENTRATE

*Grandi contribuenti, medie e piccole imprese, lavoratori autonomi, persone fisiche, onlus e cooperative queste le categorie per le quali l'Agenzia ha sviluppato diverse e puntuali strategie di contrasto e controllo dell'evasione precipuamente indicate cliccando sul titolo sopra linkato. L'obiettivo dichiarato è quello dell'effettivo incasso delle imposte evase e delle connesse sanzioni ed interessi, cosicché venga garantita, da un lato, la più efficace dissuasione dagli inadempimenti fiscali, dall'altro, l'afflusso al bilancio dello Stato di risorse che, in larga parte, avrebbero dovuto a suo tempo contribuire alla tenuta dei conti pubblici (Agenzia delle Entrate, circ. n. 18/E del 31.5.2012).*

«..... GA.....»

## REGIME FISCALE DI VANTAGGIO PER L'IMPRENDITORIA GIOVANILE E LAVORATORI IN MOBILITÀ: PRIMI CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

*Con la circolare in esame l'Agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti in merito alle novità più significative concernenti il nuovo regime fiscale di vantaggio introdotto dall'art. 27, coo. 1 e 2, del d.l. 6.7.2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15.7.2011, n. 111, che ha apportato profonde modifiche al regime dei contribuenti minimi, disciplinato dall'art. 1, coo. da 96 a 117, della l. 24.12.2007, n. 244, volte a favorire la costituzione di nuove imprese da parte di giovani e di coloro che hanno perso il lavoro, ovvero il rafforzamento della struttura produttiva anche attraverso il consolidamento di attività precedentemente svolte in forma occasionale o precaria. Di fatto l'ex regime dei minimi, precisa l'Agenzia è assorbito dal nuovo regime fiscale di vantaggio per l'imprenditoria giovanile e lavoratori in mobilità, che presenta rilevanti caratteri di novità relativamente ai requisiti di accesso, al periodo di applicabilità e alla misura dell'imposta sostitutiva dovuta. A partire dal 1.1.2012, quindi, i contribuenti di piccole dimensioni che intendono iniziare un'attività*

*d'impresa o di lavoro autonomo, applicano - laddove in possesso dei requisiti stabiliti dalle norme di riferimento - il nuovo regime fiscale di vantaggio di cui al citato art. 27, coo. 1 e 2, del decreto n. 98/2011. Resta comunque sempre valida la possibilità di utilizzare il regime delle nuove iniziative imprenditoriali e di lavoro autonomo, disciplinato dall'art. 13 della l. n. 388 del 2000 (Agenzia delle Entrate, circ. n. 17/E del 30.5.2012).*

«..... GA.....»

## **IL FONDAMENTO, LA GIUSTIFICAZIONE E GLI OBIETTIVI DEL PATTO DI STABILITÀ INTERNO**

*Il Patto di stabilità interno costituisce diretta promanazione, all'interno dell'ordinamento nazionale, del Patto di stabilità e di crescita, cui aderiscono gli Stati membri dell'Unione europea, allo scopo di introdurre un meccanismo di controllo delle rispettive politiche di bilancio, mantenendo inalterati i requisiti di adesione all'Unione economica europea ed al sistema monetario unico. In particolare, il menzionato strumento pattizio trova il suo fondamento normativo nell'art. 121 (art. 99 prima del Trattato di Lisbona) del Trattato sul Funzionamento dell'UE, in materia di politica economica coordinata tra i membri della Comunità, nonché nell'art. 126 (art. 104 prima del Trattato di Lisbona), che pone dei vincoli stringenti in riferimento al disavanzo pubblico dei singoli Stati, vincoli la cui coerenza è assicurata, sin dal Protocollo CE n. 20 del 1992, dalla previsione della particolare procedura di infrazione "per deficit eccessivo". Il Patto di stabilità interno, predisposto nell'ambito della manovra annuale di finanza pubblica, trova quindi la propria giustificazione nell'esigenza di assicurare, mediante interventi di contenimento della spesa pubblica nazionale, una politica economica complessiva tale da soddisfare il rispetto dei parametri economico-finanziari determinati a livello comunitario attraverso il Patto di stabilità e di crescita. Infatti, nell'ambito delle finalità suddette, uno dei principali obiettivi perseguiti dalle regole che*

*costituiscono il suddetto Patto nazionale, in quanto rientrante nella materia di competenza statale del coordinamento della finanza pubblica, si sostanzia proprio nel controllo dell'indebitamento di Regioni ed enti locali. Da un lato, infatti, non può certo dubitarsi che la finanza degli enti territoriali sia parte indefettibile della finanza pubblica nazionale allargata, né, tantomeno, che sia presente nell'ordinamento un obbligo generale di tutte le Regioni di contribuire all'azione di risanamento della finanza pubblica (C. cost. 28.4.2011, n. 155; 24.7.2009, n. 237; 18.7.2008, n. 289; 6.6.2008, n. 190; 17.5.2007, n. 169; 16.3.2007, n. 82; 14.11.2005, n. 417; 13.1.2004, n. 4). Dall'altro, deve essere osservato che la recente legge costituzionale 20.4.2012, n. 1, ha premesso all'art. 97 della Costituzione una specifica e significativa disposizione di principio, irrefragabile, secondo cui le PA., in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, esplicitando a livello costituzionale un obbligo già immanente nella nostra Grundnorm per tutte le amministrazioni. Pertanto, è indubitabile che le Regioni e gli enti locali siano chiamati a concorrere al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, assunti in sede europea, per garantire il rispetto del Patto di stabilità e crescita e che, a tale fine, questi enti siano assoggettati alle regole del cd. patto di stabilità interno. Peraltro, proprio con riferimento al citato art. 14 d.l. n. 78-2010, la stessa Corte costituzionale ha affermato che le regole del cosiddetto patto di stabilità interno da un lato indicano limiti complessivi di spesa e, dall'altro lato, prevedono sanzioni volte ad assicurarne il rispetto, sanzioni che operano nei confronti degli enti che abbiano superato i predetti limiti (Corte costituzionale 13.7.2011, n. 207). Infatti, i vincoli derivanti dal patto di stabilità interno si sostanziano in una misura che tende a realizzare, nell'ambito della manovra finanziaria annuale disposta con legge, un obiettivo di carattere nazionale e tali disposizioni statali di principio, adottate in materia di coordinamento della finanza pubblica, laddove volte legittimamente a*

perseguire un obiettivo di riequilibrio finanziario mediante il transitorio contenimento complessivo della spesa corrente, sono dotate di una coerenza tale da poter giustificare finanche l'incisione di materie di competenza regionale, sia concorrente che residuale, e determinare una compressione degli spazi entro cui possono esercitarsi le competenze legislative e amministrative regionali. Tale esigenza di contenimento dell'indebitamento, per il quale lo Stato risponde unitariamente a livello comunitario, giustifica anche l'adozione di uno strumento di autotutela obbligatoria e di tipo sanzionatorio, come quello di cui al cit. art. 14, co. 20, in discussione. Tale strumento, infatti, non deve essere confuso con quello di cui all'art. 2, co. 3, lett. p), della l. 23.8.1988, n. 400 (annullamento straordinario del Governo), oggetto di dichiarazione di incostituzionalità con riferimento alla sua operatività sulle Regioni, con la sentenza 21.4.1989, n. 229 del 1989. Il co. 20 dell'art. 14 in esame, infatti, prevede che siano gli stessi organi regionali a rimuovere dall'ordinamento specifiche tipologie di atti mediante i quali è stata assunta la decisione

di violare il patto di stabilità interno, stante la loro attitudine a porre a repentaglio l'unità economica della Repubblica. In questo senso, dunque, tale norma non è neppure configurabile quale particolare ipotesi di intervento sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni ex art. 120, co. 2, cost. e art. 8 l. 5.6.2003, n. 131 (cd. Legge La Loggia); bensì costituisce esso stesso strumento di coordinamento della finanza pubblica per rendere cogenti, e quindi per costringere a rispettare, i vincoli di bilancio suddetti, che altrimenti resterebbero in mano alla mera volontà degli enti di decentramento, mettendo potenzialmente a repentaglio, come detto, l'unità economica della Repubblica. L'autotutela obbligatoria (inquadrabile nel concetto ampio, di matrice dottrinale, di autotutela esecutiva) di cui al citato co. 20 dell'art. 14, dunque, non è contrastante con il principio di leale collaborazione, ma anzi costituisce una sua manifestazione che deve caratterizzare il rapporto di tutti gli enti costituzionali o aventi rilevanza costituzionale e dotati di reciproca autonomia garantita dalla Costituzione (CdS, V, 7.6.2012, n. 3361).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL FONDO SPERIMENTALE DI RIEQUILIBRIO AI COMUNI DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO, PER L'ANNO 2012. DECRETO DEL MINISTERO INTERNO 4.5.2012

*del Dott. Michele Scognamiglio*

*Il decreto di riparto delle quote del FRS considerati gli effetti delle manovre correttive e, l'anticipata applicazione della manovra dell' IMU e dalla rilevazione dei fabbisogni standard*

Decree of allotment of shares of FRS considered the effects of corrective maneuvers, and the early application of the maneuver and the IMU survey of needs standards

*Sommario: 1. Illustrazione introduttiva - 2. Considerazioni di carattere generale - 3. Conclusioni.*

### **1. Illustrazione introduttiva.**

Il co. 3 dell'art. 2 del d. lgs. 14.3.2011, n. 23, come modificato dall'art. 13, co. 18 del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito dalla l. 22.12.2011, n. 214, ha istituito per la durata di tre anni e fino alla data di attivazione del fondo perequativo speciale, di cui all'art. 13 della l. 5.5.2009, n. 42, un fondo sperimentale di riequilibrio, per i comuni delle regioni a statuto ordinario, alimentato con il gettito o quote di gettito di alcuni tributi attribuiti, nonché, per gli anni 2012, 2013 e 2014, anche dalla compartecipazione al gettito dell'imposta sul valore aggiunto di cui al co. 4 dello stesso art. 2 del d. lgs. n. 23 del 2011.

Per gli anni 2012, 2013 e 2014, la determinazione della percentuale della compartecipazione all'imposta sul valore aggiunto e fissata da percentuale in misura finanziariamente equivalente alla compartecipazione del 2 per cento del gettito dell'imposta sul reddito delle persone fisiche.

Agli effetti dell' art. 2, co. 6, del d. lgs. n. 23 del 2011 a decorrere dal 2012 cessa di essere applicata nelle regioni a statuto ordinario l'addizionale comunale all'accisa sull'energia elettrica, di cui all'art. 6, co. 1, lett. a) e b) del d.l. 28.11.1988, n. 511, convertito, con modificazioni, dalla l. 27.1.1989, n. 20.

A titolo compensativo di tale cessazione viene attribuita ai comuni, per l'anno 2012, una somma integrativa a valere sui trasferimenti fiscalizzati.

Nel riparto delle somme a titolo di fondo sperimentale di riequilibrio il d.m. 4.5.2012 ha tenuto conto della riduzione dei trasferimenti conseguenti alle misure di cui all'art. 14, co. 2, del d.l. n. 78 del 2010, e per il 2012, dell'art. 2, co. 183, della l. n. 191 del 2009.

L'art. 13 del d.l. n. 201 del 2011 ha anticipato al 2012, in via sperimentale, l'applicazione dell'imposta municipale propria di cui all'art. 8 del d.l. n. 23 del 2011.

Il successivo co. 17 del citato art. 13 del d.l. n. 201 del 2011, ha introdotto il concetto di accertamento convenzionale e di per se, ha previsto che il fondo sperimentale di riequilibrio, varia in ragione delle differenze del gettito stimato dell'imposta municipale propria ad aliquota di base e che, in caso di in capienza, ciascun comune versa all'entrata del bilancio dello Stato le somme residue.

L'art. 28, co. 7 e 9, del d.l. n. 201 del 2011, ha previsto che per l'anno 2012 e successivi il fondo sperimentale di riequilibrio ed i trasferimenti erariali dovuti ai comuni della regione Sicilia e della regione Sardegna sono ridotti

di ulteriori 1.450 milioni di euro, proprio in proporzione alla distribuzione territoriale dell'imposta municipale propria. Al riguardo il MEF in via previsionale, ha effettuato delle quantificazioni comunicate anche agli stessi enti locali in ordine ai presunti accertamenti.

## 2. Considerazioni di carattere generale.

Detta quantificazione produce effetti finanziari connessi sia all'attribuzione della nuova imposta che alle corrispondenti compensazioni sul fondo sperimentale di riequilibrio per il 2012.

Ciò impone una verifica successiva, sulla base delle informazioni sul gettito effettivamente realizzato, desumibili anche in corso d'anno, attraverso l'analisi dei versamenti dell'acconto della stessa IMU.

Invero il FRS sarà oggetto di rideterminazione allorquando saranno completate le attività di rilevazione dei fabbisogni standard relativi ai servizi pubblici locali e risulteranno attendibili i dati finanziari dell'imposta municipale propria, caratterizzati dalle possibili manovre di variazione in corso d'anno delle aliquote (30.9.2012) e delle previsioni regolamentari del tributo.

Per l'anno 2012, in base alle previsioni del d.m. 4.5.2012 il fondo sperimentale di riequilibrio (FRS) dei comuni, alimentato con le risorse di cui all'art. 2 del d. lgs. 14.3.2011, n. 23, è quantificato nell'importo di 6.825.394.605,00 di euro. Per la sua successiva attribuzione della quota spettante a ciascun comune si tiene conto:

a) dell'ammontare delle risorse già assegnate a ciascun comune per l'anno 2011 a titolo di federalismo fiscale tenendo conto delle variazioni successivamente intervenute;

b) della riduzione delle risorse da assegnare in base alle manovre correttive degli anni 2010 e 2011 che hanno interessato la quasi totalità degli enti locali;

c) dell'integrazione del fondo complessivo degli introiti della cessata addizionale comunale sui consumi di energia elettrica in proporzione ai tagli operati e non dei valori

accertati negli anni pregressi dagli stessi enti locali;

d) dell'applicazione delle compensazioni finanziarie per attribuzione di entrate connesse all'istituzione dell'imposta municipale propria sperimentale al momento in forma convenzionale.

Il decreto ministeriale, ricorda che nel caso in cui il valore per il singolo Comune, risultante dalle operazioni di compensazione sia negativo, sarà demandato all'Agenzia delle entrate sulla base dei dati comunicati entro il mese di settembre dal Ministero dell'Interno.

Il recupero, nei confronti dei Comuni interessati, tiene conto della somma corrisposta a valere sul FRS e il saldo incassato dagli stessi comuni dell'imposta municipale propria. I pagamenti del fondo sperimentale di riequilibrio per l'anno 2012 sono disposti dal Ministero dell'interno in tre rate di uguale importo entro i mesi di marzo, maggio e ottobre.

La revisione del FRS verrà effettuata entro il mese di luglio, in base a tutti i dati disponibili aggiornati, in particolare all'esito dei pagamenti dell'acconto tramite il modello F24.

La revisione della ripartizione delle assegnazioni, verrà effettuata tempestivamente al fine di assicurare la rettifica degli eventuali scostamenti tra gettiti stimati dell'imposta municipale propria e gettiti effettivamente realizzati alla luce dei dati relativi ai pagamenti in acconto.

## 3. Conclusioni.

In tal modo in occasione del pagamento della terza rata del fondo sperimentale di equilibrio, sarà operato il conguaglio conseguente alle nuove stime di distribuzione dell'IMU, rese note entro il mese di luglio 2012 dal MEF. Entro il mese di febbraio del 2013 verranno effettuate le ulteriori verifiche in ragione del pagamento a saldo del mese di dicembre 2012, in base ai dati disponibili attraverso il modello F24.

# SPESA DA RIQUALIFICARE UNA “MISSION” POSSIBILE E SFIDANTE PER AMMINISTRAZIONI MODERNE E TEMERARIE

del Prof. Dr. Stefano Olivieri Pennesi

*Il decreto della spending review. Lettura ragionata e spunti critici sulla legge di conversione 7.8.2012 n. 135. I maggiori contenuti innovativi nell'epoca di crisi di risorse per un efficientamento delle stesse a beneficio della nuova configurazione che assumerà il perimetro della PA.*

The decree of the spending review. Reading reasoned and critical insights on the law of conversion August 7, 2012 n. 135. The more innovative content in the age of crisis resources for efficiency-ment of the same in favor of the new configuration will take on the perimeter of the PA

*Sommario: 1. Illustrazione introduttiva. 2. Considerazioni di carattere generale. 3. Conclusioni.*

## **1. Illustrazione introduttiva.**

Snellezza e efficientamento delle amministrazioni pubbliche è l'imperativo che dovrebbero assegnarsi i nostri vertici amministrativi.

Recuperare risorse e contemporaneamente continuare a garantire i pubblici servizi essenziali, con standard accettabili, non è solo possibile ma indispensabile.

In primo luogo la macchina pubblica va resa più snella iniziando a ridisegnare la presenza dello Stato centrale sul territorio, riconfigurando gli “uffici periferici” o per meglio dire “territoriali” anche e soprattutto alla luce del previsto riordino delle Province e loro funzioni (art. 17 l. 7.8.2012, n.135), sulla base di requisiti minimi, da individuarsi nella dimensione territoriale e nella popolazione residente.

La conseguente riduzione della spesa degli enti territoriali è obiettivo primario per tutelare l'unità economica del nostro Paese, garantendo il coordinamento della finanza pubblica in ossequio alle norme di rango costituzionale e più specificamente a quanto sancito negli artt. 117 e 119 della nostra Carta fondamentale.

L'accorpamento delle funzioni per i Comuni sotto la soglia dei 5.000 abitanti nonché il riordino delle Province dovranno essere argomenti affrontati con spirito costruttivo nelle

sedi deputate, ai fini di una equilibrata applicazione degli art. 17-18-19-20 del decreto sulla *spending review*.

Partendo proprio dall'art. 17, della *spending review*, si comprende come elemento essenziale, ai fini del raggiungimento del pareggio di bilancio, quale contributo per conseguire obiettivi di finanza pubblica imposti dai vincoli europei, sia il “riordino” di tutte le Province delle Regioni a statuto ordinario, basato su requisiti minimi consistenti nella dimensione territoriale e nella popolazione residente (quest'ultima in base ai dati forniti dall'Istat relativi all'ultimo censimento ufficiale). Tale riassetto ovvero “ipotesi di riordino” avverrà con il lavoro dei “Consigli delle autonomie locali” presenti in ogni Regione ovvero, in loro mancanza, dall'organo regionale di raccordo tra Regioni ed Enti locali.

Sempre nell'ottica della razionalizzazione amministrativa il Legislatore ha istituito (o per meglio dire riattualizzato) dieci città metropolitane, corrispondenti alle entità urbane e loro interland più significative, presenti nel nostro territorio nazionale, ovvero: Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli, Reggio Calabria, sopprimendole contemporaneamente come amministrazioni provinciali.

Passiamo ora preventivamente in rassegna

le funzioni fondamentali dei comuni e le modalità per l'esercizio associato di funzioni e servizi, così come novellato dall'art. 19 del citato decreto sulla *spending review*, in quanto modificativo/sostitutivo del co. 27 dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010 convertito dalla l. n. 122/2010:

a) Organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria, contabile e controllo;

b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale;

c) catasto ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente;

d) pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovra comunale;

e) attività in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi;

f) organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio, smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi;

g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini;

h) edilizia scolastica per la parte non attribuita alla competenza delle Province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici;

i) polizia municipale e polizia amministrativa locale;

l) tenuta registri di stato civile e di popolazione, compiti in materia di servizi anagrafici nonché in materia di servizi elettorali e statistici, nell'esercizio delle funzioni di competenza statale.

Sempre l'art. 19 ha sostituito il co. 28 della citata l. 122/2010 prevedendo l'esercizio obbligatorio, in forma associata, mediante unione dei comuni o convenzioni, delle funzioni fondamentali sopra elencate segnatamente per i Comuni con popolazione fino ai 5.000 abitanti ovvero ai 3.000 per quelli appartenenti a comunità montane; la presente norma ha inoltre fissato in 10.000 abitanti il limite demografico minimo per costituire unioni di comuni. I Comuni componenti "l'unione" con-

corrono alla predisposizione del "bilancio di previsione" dell'unione mediante deliberazione del consiglio comunale, entro il 30 novembre, di un documento programmatico nell'ambito del piano generale di indirizzo deliberato precedentemente dall'unione.

Con regolamento da adottarsi su proposta del Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della Pubblica Amministrazione e dell'Economia, sono disciplinati il procedimento amministrativo-contabile di formazione e di variazione del documento programmatico, sopra menzionato, i poteri di vigilanza sulla sua attuazione e la successione nei rapporti amministrativo-contabili tra ciascun comune e l'unione. Con decorrenza anno 2014 le unioni di comuni sono soggette alla disciplina del patto di stabilità interno per gli enti locali. L'unione di comuni è l'ente locale costituito da due o più comuni finalizzato all'esercizio associato di funzioni e servizi. Ogni comune può far parte di una sola unione di comuni. Le unioni possono stipulare apposite convenzioni tra loro o con singoli comuni. L'unione ha autonomia statutaria e potestà regolamentare; sempre all'unione sono conferite dai comuni partecipanti le risorse umane e strumentali necessarie all'esercizio delle funzioni loro attribuite.

L'art. 20 detta le disposizioni per favorire la fusione di comuni e la razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali.

E' previsto infatti che a decorrere dal 2013, il contributo straordinario ai comuni che procedono alla loro fusione, è commisurato al 20% dei trasferimenti erariali attribuiti per l'anno 2010, previo decreto del Ministro dell'Interno di natura non regolamentare che stabilisce modalità e termini per l'attribuzione dei contributi alla fusione di comuni.

Con la pubblicazione in gazzetta ufficiale avvenuta il 14.8.2012 si è concluso, quindi, il percorso della l. di conversione del decreto sulla *spending review*.

Il testo definitivo contiene fondamentali misure di freno della spesa pubblica tra le quali un notevole inasprimento del patto di stabilità imposto agli enti locali che, complessivamente, ammontano a circa 2,3 miliardi di euro per il 2012 e 5,2 miliardi per il 2013.

Uno degli ultimi emendamenti al testo del

decreto, fortemente richiesto dagli enti locali, ha parzialmente attenuato i tagli complessivi agli enti medesimi, sostanziano la cifra di 800 milioni di euro per compensare il patto di stabilità regionale, in pratica questa somma, attribuita alle Regioni, sarà finalizzata per farne beneficiare i comuni. Gli importi previsti vanno ad esempio dai 171 milioni per la Sicilia agli 83 milioni del Lazio, ai 79 per la Lombardia ai 17 per Abruzzo, Marche, Basilicata, ecc..

Altra novità di notevole rilievo introdotta è l'applicazione della cosiddetta "centrale acquisti" obbligatoria con il sistema Consip in capo a tutte le amministrazioni. Ovvero per gli acquisti di beni e servizi viene sancita la nullità dei contratti che non siano stati stipulati dalle pubbliche amministrazioni attraverso Consip.

Le nuove regole definite dal provvedimento in questione si applicheranno progressivamente salvaguardando quindi i contratti firmati ed in essere che restano validi fino alla naturale scadenza.

Tra gli acquisti di beni e servizi vengono compresi anche i contratti di *facility management* immobiliare. Eccezione comunque prevista per i contratti stipulati da centrali di committenza che hanno raggiunto condizioni di miglior favore rispetto a tipologie di approvvigionamento equiparabili, ottenibili attraverso Consip.

Altra esclusione è stata garantita dal legislatore al di fuori di questo sistema per acquisizioni e forniture di gas, energia, elettricità, telefonia, per le quali le amministrazioni potranno operare autonomamente perseguendo ovviamente importi inferiori rispetto a quelli standardizzati.

La prima versione del decreto aveva previsto tali regole ancora più restrittive, stabilendo l'immediata entrata in vigore previa decadenza, per nullità, dei contratti aventi importi superiori rispetto a quelli ottenibili dal metodo Consip.

Nella legge di conversione si è però realizzata opportunamente un'applicazione più modulare.

Presso la Consip dovrà istituirsi, al riguardo, un "albo" delle centrali di committenza per consentire, oggi al commissario straordi-

nario ed in futuro al Ministero dell'Economia, di tenere monitorati gli acquisti svolti complessivamente da tutta la PA.. E' data altresì facoltà ai piccoli comuni inferiori ai 5.000 abitanti di ricorrere parimenti al sistema MePa vale a dire il mercato elettronico per gli acquisti della pubblica amministrazione, implementato sempre dalla consip ed operativo su una sua piattaforma tecnologica a disposizione delle imprese aderenti.

Per quanto riguarda gli immobili pubblici in canone passivo per il triennio 2012-2014 viene sospeso l'aggiornamento automatico dei fitti secondo gli indici Istat dovuti quindi dalle pubbliche amministrazioni ai privati per immobili usati a fini istituzionali, dando comunque facoltà al privato di recedere dai contratti.

Dal 2015 scatta inoltre l'obbligo della riduzione del 15% degli affitti pagati dalle amministrazioni pubbliche ed autorità indipendenti di cui all'elenco Istat.

## 2. Considerazioni di carattere generale.

Il vero obiettivo della *spending review* sembra essere la riduzione degli eccessi di spesa di tutto il perimetro della PA ma con particolare attenzione per quelle riconducibili alle autonomie locali che si esplicitano in innumerevoli rivoli.

Al riguardo è però doveroso porsi degli interrogativi circa l'analisi effettuata dal Governo, per mezzo del suo nominato commissario straordinario, relativamente alla riduzione *tout court* dei cosiddetti "consumi intermedi", nei quali si sostanziano, al contempo, sia le spese propriamente di "funzionamento" come: affitti, utenze, attrezzature informatiche, carta, cancelleria, acquisto-noleggio-esercizio di autovetture, pulizie, manutenzioni, guardiania, spese postali, ecc. e sia spese che soprattutto negli enti locali rappresentano la carne viva dei "servizi ai cittadini".

In maniera esplicita si può parlare dell'acquisto i servizi pubblici locali che vengono erogati ai cittadini quale componente essenziale dei consumi intermedi, che in maniera non sempre logica risultano costare troppo spesso con differenziali fortemente difforni tra le varie realtà territoriali.



Parametrare, quindi, a costi di riferimento standard potrebbe rappresentare un metodo di approccio al problema ma con il difetto di basarsi su dati puramente empirici che non sempre rappresentano a pieno specificità territoriali e contestuali socio-economiche.

Ritornando ai consumi intermedi in questo macro aggregato sono presenti voci di spesa, le più disparate, non tutte caratterizzate da fattiva utilità per la collettività, che per tale ragione possono subire notevoli ridimensionamenti, quali ad esempio: consulenze, comunicazione, fitto locali, cancelleria, rappresentanza, missioni, ecc..

Altre spese invece impattano direttamente sulla quantità e qualità dei servizi alla cittadinanza, citiamo ad esempio per le Province il trasporto pubblico locale, la formazione professionale, la viabilità, la manutenzione degli immobili ad uso scolastico (di pertinenza provinciale).

Similarmente, per i comuni, le spese relative alla nettezza urbana, allo smaltimento rifiuti, alle opere di urbanizzazione, edilizia popolare, asili nido, mense, servizi sociali per anziani, disabili, poveri, cultura, illuminazione e verde pubblico, ecc..

Anche in materia di riduzioni dei parchi autovetture bisognerebbe distinguere in base alle utilizzazioni, talchè le vetture usate per servizi sociali o sanitari ovvero polizia locale, protezione civile, servizi tecnici non possono certamente subire la sorte spettante alle famigerate auto blu oggettivamente usate per ben altri scopi *“poco necessari”*.

### 3. Conclusioni.

In conclusione è lecito quindi domandarsi se sia comunque necessario, prima che operare tagli con lo scopo di ridurre diligentemente spese improduttive o ancor peggio antieconomiche, pensare ed attuare con grande equilibrio la ridefinizione delle *“funzioni assolte”* dai vari livelli della pubblica amministrazione, prendendo maggior spunto dal *“riordino”* delle province che inevitabilmente vedrà la loro riduzione come per altro recita l'art. 118 cost.: *“...sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”*. In tale contesto non possiamo dimenticare l'essenzialità del contributo di esperienze e conoscenze apportato dalle

risorse umane impegnate nelle funzioni pubbliche che, in questo momento di *“reingegnerizzazione”* della macchina pubblica, non possono rappresentare l'anello debole sul quale ammortizzare inefficienze ed inadeguatezze del sistema generale, pagando, in prima persona, percorsi di riallocazione, mobilità, riconversione lavorativa, con grave nocimento per la stabilità sociale ed umana del tessuto delle comunità locali.

Il d.l. n. 95/12 nella sua fase operativa vedrà necessariamente attuarsi svariate disposizioni che impattano sull'assetto organizzativo, finanziario e funzionale di Province e Comuni.

Le stesse Regioni dovranno svolgere un ruolo attivo per la ripartizione tra i comuni delle risorse, circa 800 milioni di euro individuate come anzidetto ai fini dell'alleggerimento degli obiettivi del patto di stabilità interno.

Anche in ambito della conferenza Stato-città e autonomie locali dovrà svolgersi una *“mediazione”* per definire nuovi tagli al fondo sperimentale di riequilibrio destinato a comuni e province tenendo conto, *in primis*, dell'analisi analitica della spesa messa in campo dall'ufficio del Commissario straordinario, ma anche della composizione dei costi per singola tipologia di spesa per beni e servizi, calcolati nel quadro della definizione dei fabbisogni standard, dal quale dovranno scaturire i potenziali risparmi da parte dei singoli enti. Ed è proprio in tali contesti di sedi istituzionali che dovranno sperimentarsi capacità e volontà *“modernizzatrici”* da parte dei nostri amministratori nel salutare positivamente e propositivamente questa occasione irripetibile per una vera e concreta bonifica della spesa. L'alternativa, prevista dal legislatore, ad una auto definizione dei livelli ed ambiti per produrre la riduzione della spesa, è la ripartizione *“coatta”* operata per mezzo di un decreto del Ministero dell'Interno in proporzione alle spese per consumi intermedi rilevate nell'anno 2011 dal sistema Siope della Ragioneria Generale.

In tale contesto però, è bene precisare, potrebbero sostanzialmente discrasie tra amministrazioni che vedono il peso della voce, ancorché inserita nei consumi inter-

medi, di natura incompressibile come le spese per il personale, enormemente più consistente di altre voci (comprese quelle per investimenti o servizi) con il risultato schizofrenico di penalizzare amministrazioni teoricamente più virtuose, per qualità e quantità di

servizi offerti alla collettività, rispetto ad altre che hanno privilegiato, invece, l'effettuazione di politiche introiettate sull'ente quali piani occupazionali sopradimensionati e non sempre utili per migliorare l'offerta pubblica di servizi alla collettività.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 5.4.2012, n.79

**Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1 e 2, l. reg. della Regione Basilicata 5.4.2011, n. 6 (Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 1.7.2008, n. 12. Riassetto organizzativo e territoriale del Servizio Sanitario Regionale) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

*In seguito a un ricorso promosso in via principale dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con la pronuncia in commento la Corte ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 1, co. 1-2 (recte: art. 1) della legge di cui sopra, che ha aggiunto l'art. 6 bis alla l. reg. 1.7.2008, n. 12 (Riassetto organizzativo e territoriale del servizio sanitario regionale), per violazione dell'art. 117, co. 3, cost..*

*La disposizione oggetto del ricorso prevede che i direttori generali delle Aziende sanitarie locali di Potenza e Matera, i quali hanno assunto, ai sensi dell'art. 6, co. 4, l. reg. 1.7.2008, n. 12, il residuo delle gestioni liquidatorie delle disciolte Unità sanitarie locali di dette Province, possano utilizzare in anticipazione le disponibilità finanziarie delle aziende stesse al fine esclusivo di provvedere ai pagamenti urgenti e indifferibili relativi alle pertinenti gestioni.*

*La Corte, in virtù della consolidata giurisprudenza in materia, rileva la fondatezza del ricorso e afferma che la disposizione oggetto del ricorso non realizza la necessaria separazione della gestione che consentirebbe alle ASL di evitare ogni confusione tra le diverse masse patrimoniali, in modo da tutelare, da un lato, i creditori e, dall'altro, l'esigenza di escludere ogni responsabilità delle stesse ASL in ordine ai predetti debiti delle preesistenti USL.*

*La Corte, inoltre, rileva che gli stessi vizi vengono riscontrati anche nelle integrazioni specifiche all'art. 6 bis l. reg. 1.7.2008, introdotte con l'art. 18 della successiva l. reg. 4.8.2011, n. 17 (Assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2011 e del bilancio pluriennale per il triennio 2011-2013): tale articolo prevede, infatti, che l'utilizzazione*

*delle disponibilità finanziarie possa avvenire esclusivamente in anticipazione di cassa, la quale rimane in capo alla Regione. Il sistema dell'anticipazione-rimborso, di fatto già presente nella formulazione originaria, anche se con un'espressione più sintetica, non è in grado di garantire l'impermeabilità delle due gestioni richiesta dalla giurisprudenza costante della Corte. Per tali motivi, l'illegittimità costituzionale colpisce l'art. 6 bis l. reg. 1.7.2008, n. 12 sia nel testo originario introdotto dall'art. 1 l. reg. 5.4.2011, n. 6, sia in quello modificato dall'art. 18 l. reg. 4.8.2011, n. 17. V. precedenti conformi: C. cost., 9.12.2005, n. 437; 5.4.2007, n. 116; 19.3.2010, n. 108 (Red. Marta Capesciotti).*

Corte costituzionale, 28.3.2012, n. 70

**Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 5, 6, 7, 8 e 9, 5 e 10, co. 2, come integrato dalla nota informativa allegata sub G, l. reg. Campania 15.3.2011, n. 5 (Bilancio di previsione della Regione Campania per l'anno 2011 e bilancio di previsione per il triennio 2011-2013) - artt. 81, co. 4, e 117, co. 2, lett. e), e co. 3, cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, co. 5, 6, 7, 8 e 9, e 5, anche in riferimento alla nota informativa di cui all'art. 10, co. 2, allegato G, l. reg. Campania 15.3.2011, n. 5 (Bilancio di previsione della Regione Campania per l'anno 2011 e bilancio di previsione per il triennio 2011-2013), pubblicata nel B.U.R. 16.3.2011, n. 18.*

*Ad avviso della ricorrente, l'art. 1 di cui sopra violerebbero l'art. 81, co. 4, cost. ed i principi generali del sistema contabile dello Stato ricavabili dall'art. 117, co. 2, lett. e), e co. 3, cost., perché queste dispongono che la copertura finanziaria delle somme iscritte sia realizzata attraverso l'utilizzazione dell'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente, ancora in pendenza di accertamento per effetto della mancata approvazione del rendiconto*

2010. Tale iscrizione in bilancio, effettuata quando non era stata ancora certificata l'effettiva disponibilità dell'avanzo di amministrazione con l'approvazione del rendiconto per l'esercizio finanziario 2010, farebbe sì che lo stanziamento delle somme risulti privo della necessaria copertura finanziaria.

La Corte accoglie il ricorso e dichiara l'illegittimità delle norme suddette in quanto sono strettamente collegate ai principi costituzionali della corretta copertura delle spese e della tutela degli equilibri di bilancio, consacrati nell'art. 81, co. 4, cost. Infatti, i giudici, confermando il costante indirizzo giurisprudenziale assunto in merito al parametro dell'art. 81, co. 4, cost., hanno sostenuto che l'obbligo di copertura avrebbe dovuto essere osservato attraverso la previa verifica di disponibilità delle risorse impiegate, per assicurare il tendenziale equilibrio tra entrate ed uscite.

La Corte, inoltre, dichiara l'illegittimità anche dell'art. 5, che consente alla Regione di assumere oneri ed impegni relativi a strumenti finanziari per spese di investimenti non specificati, la cui definizione è genericamente rimandata all'allegato. Pertanto, secondo i giudici tale articolo, non fornendo il dettaglio delle tipologie di investimento in concreto programmate, non garantisce che il nuovo ricorso all'indebitamento sia esente da vizi.

È altresì accolta la questione inerente alla legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 5 e 10 dell'impugnata l. reg. Secondo la Corte, infatti, la nota è redatta in termini sintetici ed incompleti e la mancata indicazione analitica delle unità previsionali di base e dei capitoli, sui quali ricade materialmente la gestione dei contratti, appaiono pregiudizievoli degli equilibri dell'esercizio in corso e di quelli futuri, nella misura in cui non determinano le modalità di copertura degli oneri nascenti dallo sviluppo attuativo dei contratti derivati stipulati e non forniscono appropriate informazioni per adottare coerenti opzioni contrattuali ed efficaci procedure di verifica (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 28.3.2012, n. 71

**Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - d. lgs. 31.5.2011, n. 88 (Disposizioni in**

**materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali, a norma dell'art. 16 della l. 5.5.2009, n. 42) - art. 119, co. 5, cost. - rigetto.**

La Regione siciliana ha promosso questione di legittimità dell'intero d. lgs. 31.5.2011, n. 88 (Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali, a norma dell'art. 16 della l. 5.5.2009, n. 42), in quanto nel medesimo non si fa espressa menzione dell'inapplicabilità dello stesso alle Regioni a statuto speciale né vi è alcun rinvio alle norme di attuazione dei rispettivi statuti, quale fonte normativa attraverso la quale regolare in tali Regioni gli interventi previsti dall'art. 119, co. 5, cost. La Corte ha rilevato la non fondatezza del ricorso, in quanto si basa sull'erroneo presupposto interpretativo che il decreto legislativo impugnato, in mancanza di un rinvio alla procedura pattizia prevista dall'art. 43 dello statuto siciliano, trovi diretta e immediata applicazione nei confronti della Regione siciliana. V. precedenti conformi C. cost.: 27.1.2000, n. 20; 3.3.2001, n. 74; 21.3.2007, n. 98; 20.11.2009, n. 298; 11.2.2010, n. 40; 12.5.2011, n. 165; 15.6.2011, n. 187 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 15.2.2012, n. 32

**Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su artt. 11, 16, 75 e 76 l. reg. Abruzzo 10.1.2011, n. 1 (Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2011 e pluriennale 2011-2013 della regione Abruzzo - legge finanziaria regionale 2011) - artt. 3, 18, 23, 97, 117 e 120 cost. - accoglimento.**

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 11, 16 e 75 l. reg. Abruzzo 10.1.2011, n. 1, che prevedono disposizioni in materia di erogazione di compensi per lavoro straordinario effettuati nell'ambito della nota emergenza terremoto, il potere di predisporre provvedimenti legislativi per la revisione complessiva delle tasse, dei canoni e delle imposte regionali ed, infine, prestazione a carico del Sistema sanitario nazionale degli interventi di soccorso ed elisoccorso di carattere sanitario.

In tale giudizio, la Corte rileva che il

legislatore regionale ha impiegato a favore del proprio territorio somme già precedentemente attribuite per il perseguimento di determinate finalità ad un'autorità statale (il Commissario delegato per la ricostruzione successiva al terremoto). Operando in tal modo, la norma regionale in esame finisce per incidere illegittimamente sul sistema contabile dello Stato e sulla disciplina della dotazione di un organo della sua amministrazione. Inoltre, la disposizione regionale censurata invade il campo dei principi fondamentali fissati dallo Stato nella materia oggetto di potestà legislativa concorrente della protezione civile. Infine, i giudici hanno censurato anche la disposizione dell'art. 75, co. 3, della stessa l.

reg., relativamente alla riduzione tariffaria riservata ai residenti e alla relativa copertura con una quota delle risorse del fondo sanitario destinate al funzionamento del Servizio di Urgenza ed Emergenza Medica 118, in quanto l'agevolazione ai residenti nella Regione Abruzzo per i servizi di soccorso (sanitario e non) è finanziata con risorse del fondo sanitario e configura una misura di assistenza supplementare che si pone chiaramente in contrasto con l'obiettivo dichiarato del Piano di rientro. Pertanto, ad avviso della Corte, sussiste la lesione di un principio fondamentale della materia del coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, co. 3, cost (Red. Diego De Magistris).

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

*Modalità di riscossione dei crediti esattoriali. Interpretazione della disposizione sui solleciti di pagamento per crediti fino ad € 2.000 previsti dall'art. 7 co. 2 gg-quinquies del d.l. n. 70/2011. (Parere prot. 401712 del 14.12.2011, Avv. Gianni De Bellis)*

### RISPOSTA

*L'art. 7 co. 2 gg-quinquies del d.l. n. 70/2011 (nel testo introdotto dalla l. di conversione n. 106/2011), ha disposto che "in tutti i casi di riscossione coattiva di debiti fino a Euro duemila ai sensi del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, intrapresa successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione, le azioni cautelari ed esecutive sono precedute dall'invio, mediante posta ordinaria, di due solleciti di pagamento, il secondo dei quali decorsi almeno sei mesi dalla spedizione del primo".*

*Con la nota in riferimento codesta Agenzia ha chiesto il parere della Scrivente in ordine alla corretta interpretazione della disposizione, con particolare riferimento: a) alla possibilità di computare nella soglia dei 2000 Euro anche gli accessori del credito (interessi) e le spese spettanti all'Agente della riscossione; b) alla possibilità di computare nella medesima soglia anche eventuali altri crediti vantati dall'Agente nei confronti del medesimo debitore. Sotto il primo profilo occorre considerare, come peraltro evidenziato nella nota in riferimento, che in diverse disposizioni del d.P.R. n. 602/1973 (in particolare negli artt. 76 e 77) si richiama il concetto di "im-*

*porto complessivo del credito".*

*Più esplicitamente l'art. 3 co. 3 del d.m. 18.1.2008 n. 40, emanato in base all'art. 48 bis co. 2 del d.P.R. n. 602/1973, dispone che "Nel caso previsto dal comma precedente la comunicazione di cui al co. 2 dell'art. 2 contiene l'indicazione dell'ammontare del debito del beneficiario per cui si è verificato l'inadempimento, comprensivo delle spese esecutive e degli interessi di mora dovuti".*

*Da ultimo il legislatore nell'art. 7 co. 2 lett. gg-decies) del d.l. n. 70/2011, ha previsto che "gg-decies) a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'agente della riscossione non può iscrivere l'ipoteca di cui all'art. 77 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, come modificato, da ultimo, dalla lett. u-bis) del presente comma, se l'importo complessivo del credito per cui lo stesso procede è inferiore complessivamente a:[...]" . Appare allora evidente che:*

*a) l'importo degli interessi non può che essere ricompreso nel limite di 2000 Euro; oltre ad evidenti esigenze di sistematicità (in quanto la normativa sopra citata fa sempre riferimento all'importo complessivo del credito), non si giustificerebbe una disparità di trattamento tra due soggetti tenuti a pagare la stessa somma, per il solo fatto che per uno gli interessi siano di importo maggiore, tale da far scendere sotto la soglia il credito capitale (in tal caso, peraltro, verrebbe paradossalmente avvantaggiato il soggetto debitore da un più lungo periodo). È vero che talvolta le norme attribuiscono rilievo al solo tributo al netto degli interessi (si veda l'art. 16 co. 3*

lett. c) della l. n. 289/2002, tornato applicabile alle c.d. “liti minori” con l’art. 39 co. 12 del d.l. n. 98/2011).

In tali casi però l’importo assumeva rilievo per la definizione di giudizi di cognizione. La norma del 2011 sopra citata afferisce invece alle modalità di riscossione dei crediti, con la conseguente irrilevanza della distinzione tra capitale ed interessi (tenuto altresì conto che per il debitore ciò che rileva è l’importo complessivo che egli è tenuto a pagare).

Le suesposte considerazioni portano a ritenere ricomprese nel tetto dei 2000 Euro, anche le spese spettanti all’Agente della riscossione. In altri termini il riferimento ai “debiti fino ad Euro duemila” previsto dal citato art. 7 a parere della Scrivente va inteso come somma che il debitore è tenuto complessivamente a pagare.

b) Anche la soluzione del secondo quesito va rinvenuta nell’ambito dei principi sopra richiamati. Il prevedere che il riferimento al tetto di 2000 Euro debba riguardare ciascuna voce di debito (rectius: cartella) e non invece l’intero credito (esigibile) vantato dall’Agente (e per la cui riscossione è abilitato a procedere ad esecuzione forzata), porterebbe ad una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti debitori della stessa somma di un unico importo superiore alla soglia (che sarebbero esclusi dall’applicazione della norma di favore) ed altri debitori il cui credito complessivo – anch’esso superiore alla soglia – sia costituito da diverse (e, in ipotesi, numerose) cartelle ciascuna di importo inferiore (i quali beneficerebbero invece della nuova normativa).

Ciò in una situazione in cui (come confermato per vie brevi), l’Agente della riscossione intraprende un’unica azione esecutiva sulla base del complesso dei crediti (esigibili) vantati nei confronti di ciascun debitore.

Occorre da ultimo considerare che la nuova disposizione si pone come derogatoria al principio generale della sollecita riscossione dei crediti pubblici, che trova la sua fonte in principi costituzionali. La Corte Costituzionale ha infatti costantemente affermato che “l’esecuzione esattoriale è regolata come un procedimento nel quale si manifesta energicamente il principio della esecutorietà dell’atto amministrativo per assicurare la sol-

lecita riscossione delle imposte, nel preminente interesse costituzionale di garantire il regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato” (sentenza 10.7.1975 n. 195; ord. 26.7.1988 n. 916 ecc.).

In sostanza la norma, ancorché rispetto alla procedura esattoriale rappresenti un’eccezione, va interpretata alla luce sia dei principi scaturenti dal diritto dell’Unione europea (principio di proporzionalità e del divieto di aggravamento del procedimento) che dei principi costituzionali.

In conclusione anche sotto tale profilo questa Avvocatura ritiene che la disposizione in oggetto debba essere interpretata nel senso che la deroga alla sollecita riscossione coattiva del credito, sia limitata ai soli casi in cui il debitore sia tenuto al pagamento di un importo complessivo ricompreso nel limite di 2000 Euro. La questione è stata sottoposta all’esame del Comitato Consultivo dell’Avvocatura dello Stato di cui all’art. 26 della l. 3.4. 1979 n. 103, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

#### **DOMANDA**

Riscossione coattiva dei tributi comunali mediante ingiunzione fiscale ai sensi del R.D. 14.4.1910 n. 639. Possibilità di iscrizione di ipoteca legale ai sensi dell’art. 77 del d.P.R. 602/1973 e trattamento tributario (consultivo 13635/07, Avv. C. Colelli).

#### **RISPOSTA**

«(...) è stato chiesto a quest’Avvocatura un parere in ordine ad alcune problematiche insorte nell’ambito della procedura di riscossione dei tributi attuata dagli enti locali mediante l’ingiunzione fiscale disciplinata dal T.U. 639/1910, che costituisce una modalità di recupero alternativa a quella mediante ruolo, alla quale è possibile fare ricorso ai sensi dell’art. 52, co. 6, del d. lgs.446/1997.

In particolare è stato prospettato un duplice ordine di questioni:

- a) se sia possibile procedere, sulla base della citata ingiunzione fiscale, all’iscrizione di ipoteca ai sensi dell’art. 77 del d.P.R. 602/73;
- b) se siano applicabili ai comuni e ai concessionari iscritti all’albo di cui all’art. 53 del d. lgs. 446/97 le disposizioni agevolative previ-

ste per i concessionari del servizio nazionale della riscossione dall'art. 47 del d.P.R. 602/73.

I dubbi interpretativi sono insorti in seguito all'entrata in vigore dell'art. 4, co. 2 sexies, del d.l. 209/2002 (conv. con modificazioni nella l. 265/2002), in base al quale "i comuni e i concessionari iscritti all'albo di cui all'art. 53 del d. lgs. 15.12.1997, n. 446, ... procedono alla riscossione coattiva delle somme risultanti dall'ingiunzione prevista dal testo unico di cui al R.D. 14.4.1910, n. 639, secondo le disposizioni contenute nel titolo II del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, in quanto compatibili".

L'art. 1, co. 244, della l. 24.12.2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) ha abrogato il co. 6 del citato art. 52 del d. lgs. 446/97; parrebbe, pertanto, preclusa la possibilità, per il futuro, di fare ricorso all'ingiunzione fiscale ai fini della riscossione dei tributi locali. Le problematiche poste rilevano, pertanto, solo in relazione al periodo intermedio, compreso tra l'entrata in vigore del d.l. 209/2002 e il 31.12.2007.

Tanto premesso, pare alla Scrivente che ad entrambi i quesiti debba essere data risposta negativa.

Quanto alla prima delle questioni poste, non pare alla Scrivente che il generico rinvio operato dall'art. 4, co. 2 sexies, del d.l. 209/2002 alle norme del titolo II del d.P.R. 602/73 - peraltro previa verifica della compatibilità - sia sufficiente ad attribuire all'ingiunzione fiscale l'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca ex art. 77 del d.P.R. 602/73.

Occorre, infatti, osservare che le norme che individuano gli atti sulla cui base può essere iscritta ipoteca presentano carattere eccezionale; vige, in tale materia, un principio di stretta legalità, la cui ratio può essere individuata nella circostanza che l'ipoteca - essendo una forma di garanzia reale - può limitare in modo particolarmente incisivo la *par condicio creditorum* (nel senso del carattere eccezionale delle norme che introducono privilegi e del conseguente divieto di interpretazione analogica v. Cass. sez. un. 5246/93, confermata, di recente, in Cass. n. 7309/2006).

L'art. 77 del d.P.R. 602 individua espressa-

mente il ruolo come il titolo per l'iscrizione dell'ipoteca sui beni del contribuente ed ad esso non pare assimilabile l'ingiunzione prevista dal T.U. del 1910, presentando i due atti caratteristiche peculiari, anche in relazione alle specificità delle procedure nelle quali si innestano. Dunque, come correttamente osservato da codesta Agenzia, il fatto che l'ingiunzione fiscale costituisca titolo esecutivo utile ai fini della riscossione coattiva delle entrate locali non rappresenta argomento sufficiente a dare risposta positiva al quesito in esame.

La Suprema Corte, al riguardo, occupandosi dell'ipoteca giudiziale di cui all'art. 2818 c.c., ha avuto modo di evidenziare che "... un provvedimento giudiziale il quale non sia sentenza, pur quando contenga l'accertamento del credito e ne ordini il pagamento, pur costituendo (persino) titolo esecutivo, non produce in sé ipoteca giudiziale se la legge non lo affermi espressamente" (Cass. n. 135/2001).

Tale pronuncia conferma la conseguente necessità di fornire delle norme che disciplinano i titoli ipotecari un'interpretazione restrittiva, che non sembra lasciare spazio, nel caso in esame, ad una soluzione positiva del quesito. Pare idonea a fugare possibili obiezioni di disparità di trattamento rispetto ai tributi erariali la circostanza che gli enti locali, come accennato, nella vigenza del citato art. 52, co. 6, avevano, comunque, la possibilità di accedere alla procedura di riscossione mediante ruolo e, dunque, utilizzare l'intero sistema di cui al d.P.R. 602/73, tra cui l'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 77; il ricorso allo strumento dell'ingiunzione ai sensi del T.U. del 1910, sotto il profilo esaminato di minore potenzialità, costituisce oggetto di una libera determinazione.

Anche la seconda questione, relativa all'applicabilità ai soggetti di cui all'art. 53 del d. lgs. 446/97 delle disposizioni di cui all'art. 47 del d.P.R. 602/73, sembra doversi risolvere in senso negativo.

Come osservato da codesta Agenzia, le norme che prevedono agevolazioni di natura fiscale sono, per costante orientamento della Suprema Corte, di stretta interpretazione, pertanto, non possono applicarsi al di fuori dei casi in esse espressamente previsti. Il rinvio conte-



nuto nell'art. 4, co. 2 sexies del d.l. 209/2002 al titolo II del citato d.P.R. 602 - che non è assoluto, bensì nei limiti della compatibilità -, non sembra poter determinare l'applicabilità dell'art. 47 nell'ambito della procedura di riscossione mediante ingiunzione fiscale, potendo anche dubitarsi dell'ammissibilità di un'interpretazione analogica della norma che

estenda a soggetti diversi l'agevolazione riconosciuta in favore dei concessionari del servizio nazionale di riscossione. In tal senso si è recentemente espressa quest'Avvocatura, con parere su cui si è pronunciato il Comitato Consultivo, in relazione ai benefici di cui all'art. 47 bis del d.P.R. 602 citato (cs. 61078; prot. 81929 del 19.2.2007). (...).

«.....GA.....»

# GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

**LA “PIENA CONOSCENZA” DELL’ATTO LESIVO, RILEVANTE AI FINE DELLA TEMPESTIVITÀ DELL’IMPU-GNAZIONE, NON DEVE ESSERE INTESA QUALE “CONOSCENZA PIENA ED INTEGRALE” DEI PROVVEDIMENTI CHE SI INTENDONO IMPUGNARE, MA È LA PERCEZIONE DELL’ESISTENZA DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E DEGLI ASPETTI CHE NE RENDONO EVIDENTE LA LESIVITÀ DELLA SFERA GIURIDICA DEL POTENZIALE RICORRENTE**

*Per consolidata giurisprudenza (da ultimo, le sentenze di questa Sezione - medio tempore pubblicate - 2.4.2012 nn. 1957 e 1958, dalle cui conclusioni non vi è ragione di discostarsi), il concetto di “piena conoscenza” dell’atto lesivo non deve essere inteso quale “conoscenza piena ed integrale” dei provvedimenti che si intendono impugnare, ovvero di eventuali atti endoprocedimentali, la cui illegittimità infici, in via derivata, il provvedimento finale. Ciò che è invece sufficiente ad integrare il concetto di “piena conoscenza” - il verificarsi della quale determina il dies a quo per il computo del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale - è la percezione dell’esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da rendere percepibile l’attualità dell’interesse ad agire contro di esso. Quanto sin qui esposto costituisce un dato acquisito della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (ex plurimis, III, 19.9.2011 n. 5268; VI, 28.4.2010 n. 2439; sez. IV, 19.7.2007 n. 4072*

*e 29.7.2008 n. 3750). Occorre aggiungere che la verifica della “piena conoscenza” dell’atto lesivo da parte del ricorrente, ai fini di individuare la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche.*

*Essa deve risultare incontrovertibilmente da elementi oggettivi, ai quali il giudice deve riferirsi, nell’esercizio del suo potere di verifica di ufficio della eventuale irricevibilità del ricorso, o che devono essere rigorosamente indicati dalla parte che, in giudizio, eccepisca l’irricevibilità del ricorso instaurativo del giudizio (CdS, IV, 26.7.2012, n. 4255).*

«..... GA.....»

**E' NULLA LA SENTENZA SE LA QUESTIONE RILEVATA D'UFFICIO POSTA A SUO FONDAMENTO NON È STATA INDICATA ALLE PARTI**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha dichiarato nulla la sentenza del Tar in considerazione dell’avvenuta violazione dell’art. 73, co. 3, del c.p.a. a tenore del quale “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie”. Nel caso di specie, dal verbale di udienza del primo grado risulta che la questione posta a fondamento*

della sentenza impugnata non è stata indicata alle parti di guisa che la sentenza impugnata deve ritenersi nulla, con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105, co. 1, del c.p.a. (CdS, V, 26.7.2012, n. 4251).

«..... GA.....»

**LA PROVINCIA DI VERONA E' INCOMPETENTE A DISPORRE LA REVOCA DELL'AUTORIZZAZIONE INTEGRALE AMBIENTALE RILASCIATA DALLA REGIONE VENETO AVENDO ESCLUSIVAMENTE FUNZIONI DI CONTROLLO E DI ACCERTAMENTO SECONDO IL DISPOSTO DELL'ART. 5 BIS DELLA L. REG. VENETO 33/85**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza resa dal Giudice di prime cure ritenendo fondato in primo luogo il primo motivo di appello concernente l'incompetenza della Provincia di Verona a disporre la revoca dell'autorizzazione integrale ambientale al tempo rilasciata dalla Regione Veneto, in quanto all'amministrazione provinciale incombevano esclusivamente funzioni di controllo e di accertamento secondo il disposto dell'art. 5 bis della l. reg. Veneto 33/85, mentre il rilascio, il diniego o il ritiro di atti autorizzatori per gli impianti come quello in questione, ricadono nei poteri regionali ai sensi degli allegati alla stessa legge reg. 33/85. Inoltre il Collegio ha rilevato come la stessa revoca impugnata non ha realmente contestato la commissione di atti che potessero arrecare danno ambientale, così come prescritto dall'art. 29 decies co. 9 lett. c) d. lgs. 152/06 per le fattispecie di revoca di A.I.A., ma solamente la mancata ottemperanza alla diffida alla regolarizzazione delle inosservanze riscontrate. La stessa revoca, non ha poi rilevato che le mancate regolarizzazioni avevano carattere parziale e che ciò ha comportato la violazione del principio di proporzionalità che richiede l'adozione del "minimo mezzo" per la soddisfazione dell'interesse pubblico (CdS, V, 25.7.2012, n. 4221).*

«..... GA.....»

**IL GIUDICE AMMINISTRATIVO (O CIVILE), PREVIO AUTONOMO VAGLIO CRITICO GLOBALE, PUÒ UTILIZZARE COME FONTE ANCHE ESCLUSIVA DEL PROPRIO CONVINCIAMENTO LE PROVE RACCOLTE NEL GIUDIZIO PENALE CONCLUSOSI CON SENTENZA NON ESPLICANTE AUTORITÀ DI GIUDICATO NEI CONFRONTI DI TUTTE LE PARTI DELLA CAUSA AMMINISTRATIVA (O CIVILE)**

*Sono acquisibili in grado di appello, ai sensi della seconda parte del co. 2 dell'art. 104 c.p.a., gli atti del procedimento penale, ove venuti ad esistenza dopo la sentenza di primo grado, e dei quali pertanto è pacifica l'impossibilità di una produzione dinanzi al TAR. Aggiunge poi il Consiglio di Stato che del tutto superabile appare la questione sollevata dal Comune relativamente all'utilizzabilità nel processo amministrativo degli atti e dei documenti relativi al processo penale, ad essa ostando, sia il diverso oggetto di tale processo rispetto al giudizio amministrativo, sia il fatto che il processo penale si è svolto in assenza di contraddittorio con l'amministrazione comunale, non costituitasi parte civile. Come sottolineato, infatti, dalla giurisprudenza di questo Consesso (cfr. CdS, VI, 28.3.2012, n. 1833), il giudice amministrativo (o civile) ben può utilizzare - in mancanza di qualsiasi divieto di legge e in ossequio al principio dell'atipicità delle prove - come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza non esplicitante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa amministrativa (o civile), e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato il giudice penale, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova. In altri termini, ciò che rileva in questa sede non è certo una presunta idoneità degli accertamenti disposti in sede penale e*

della sentenza che ha definito tale procedimento a "fare stato" tra le parti del presente giudizio, ma la loro idoneità a essere acquisiti e valutati, al pari di qualsiasi altro documento, ai fini della formazione del convincimento del giudice in ordine ai fatti di causa (CdS, IV, 12.7.2012, n. 4120).

«..... GA.....»

**COMPENSAZIONE DELLE SPESE DI GIUDIZIO: IL GIUDICE DI APPELLO HA UN POTERE LIMITATO DI VERIFICA DELLA STATUZIONE IN QUANTO IL GIUDICE DI PRIME CURE NON E' TENUTO AD INDICARE IN MODO ARTICOLATO LE RAGIONI DELLA COMPENSAZIONE**

*Per costante giurisprudenza la statuizione sulle spese di giudizio è sì espressione di un potere latamente discrezionale del Giudice di prime cure, ma è sindacabile in questa sede per violazione del principio secondo cui le spese non possono essere poste a carico della parte vittoriosa o in caso di compensazione *ictu oculi* irragionevole (cfr., per tutti, CdS, V, 19.4.2011 n. 2391). È corollario di questo enunciato, nell'attuale ordinamento - ossia per le cause instaurate dopo dell'entrata in vigore (1.3.2006) della novella recata dall'art. 3 della l. 28.12.2005 n. 263 all'art. 92 c.p.c. -, l'orientamento (cfr., da ultimo, CdS, IV, 20.4.2012 n. 2356) per cui, in ordine alla condanna o alla compensazione delle spese del giudizio, il Giudice è tenuto a valutare ogni elemento prima di emettere la relativa statuizione, ma non anche a indicare in modo articolato le ragioni della compensazione, con conseguente limitazione del potere di verifica in fase d'appello delle relative statuizioni. Per vero, la condanna alle spese di giudizio non ha alcun intento sanzionatorio, ma serve solo a far gravare le conseguenze della lite sulla parte che ne ha ingiustamente dato causa, secondo il canone di attribuzione alla parte vittoriosa di tutto quanto la stessa avrebbe ottenuto, tra cui il mancato sostenimento delle spese e dei tempi di giudizio, ove fosse stato corretto il comportamento della sua avversaria (così CdS, IV, 30.8.2011 n. 4881). Sicché, l'art. 92, co.*

*2, c.p.c., dopo la predetta novella, impone al Giudice, che intenda compensare in tutto o in parte tali spese se concorrono giusti motivi, di fornirne una seria valutazione, in via diretta o per deduzione dalla motivazione, stante la maggior vincolatezza *ex lege* in ordine alla motivazione su siffatta compensazione (cfr., per tutti, CdS, V, 1.4.2009 n. 2072) (CdS, III, 11.7.2012, n. 4115).*

«..... GA.....»

**DECIDE IL GIUDICE ORDINARIO SULLE CONTROVERSIE RELATIVE ALLA FASE PRECEDENTE ALLA PROCEDURA SELETTIVA E ALLA FASE SUCCESSIVA ALL'APPROVAZIONE DELLA GRADUATORIA DI UN CORSO**

*E' principio consolidato della giurisprudenza amministrativa, in coerenza con l'orientamento della Corte di Cassazione in merito, che in materia di pubblico impiego privatizzato sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, mentre la riserva in via residuale della giurisdizione amministrativa, contenuta nel citato art. 63, co. IV, del d. lgs. 30.3.2001 n. 165, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la PA. che si sviluppano fino all'approvazione delle graduatorie. Conseguentemente le controversie relative alla fase precedente alla procedura selettiva e alla fase successiva all'approvazione della graduatoria di un concorso esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo, rientrando in quella del giudice ordinario. Nel caso in esame, pur venendo in questione il possesso di requisiti per la inclusione in una graduatoria, non si controverte di una procedura concorsuale che sia direttamente finalizzata a ciò (CdS, V, 10.7.2012, n. 4058).*

«..... GA.....»

**IL RICORSO DEVE ESSERE NOTIFICATO ALL'AMMINISTRAZIONE CHE**

**HA EMANATO L'ATTO CONCLUSIVO DEL PROCEDIMENTO E, PERTANTO, QUALORA L'ATTO FINALE SIA IMPUTABILE ALLA VOLONTÀ DI PIÙ AMMINISTRAZIONI, COME AD ES. PUÒ VERIFICARSI PER GLI ACCORDI DI PROGRAMMA, LA RELATIVA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE PASSIVA DIVENTA PLURIMA**

*L'art. 41 c.p.a. stabilisce che il ricorso giurisdizionale debba essere notificato all'amministrazione "che ha emesso l'atto impugnato", regola sostanzialmente riprodotto delle precedenti previsioni dell'art. 21 della l. n. 1034/1971 e dell'art. 36, co. 2, del T.U. CdS. Il giudizio impugnatorio vede, quindi, quale parte pubblica resistente l'amministrazione che ha emanato l'atto della cui impugnativa si tratta. Orbene, la regola generale è appunto quella che il ricorso giurisdizionale debba essere notificato all'amministrazione che ha emanato l'atto conclusivo del procedimento, e non anche agli organi o enti che ai più diversi titoli abbiano potuto partecipare alla procedura. Anche nei procedimenti cui prendano parte più enti pubblici, perciò, il contraddittorio deve essere instaurato nei confronti dell'amministrazione che ha la giuridica paternità dell'atto finale. Corollario di tale regola è che solo allorché l'atto finale sia imputabile alla volontà di più Amministrazioni, come ad es. tipicamente accade per gli atti di concerto (CdS, VI, 23.12.2006, n. 183), oppure può verificarsi per gli accordi di programma (CdS, IV, 17.6.2003, n. 3403), la relativa legittimazione processuale passiva diventi plurima. Di contro, anche le partecipazioni al procedimento giuridicamente qualificate, come quella che si esprime nella paternità dell'iniziativa mediante la proposta (CdS, IV, 28.3.1990, n. 213), nella partecipazione alla formale intesa che abbia preceduto l'adozione del provvedimento finale (CdS, VI, 7.3.1990, n. 347), o nel compimento di altro atto preparatorio (CdS, V, 19.2.1996, n. 216), non valgono ad estendere la veste di parte necessaria a soggetti ulteriori rispetto all'Autorità emanante. Per estendere la legittimazione passiva ad altri enti occorre, difatti, che*

*le norme imputino il provvedimento finale ad una pluralità di amministrazioni; sicché, al di fuori di questa ipotesi, la partecipazione di altri enti al procedimento non ha rilievo ai fini dell'instaurazione del contraddittorio relativo all'impugnativa del provvedimento finale (cfr. CdS., VI, 14.7.1981, n. 433) (CdS, V, 6.7.2012, n. 3966).*

«..... GA.....»

**IL TERMINE PER L'IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE COMUNALI DECORRE PER I SOGGETTI CHE NON SONO DESTINATARI DIRETTI DAL GIORNO IN CUI È SCADUTO IL TERMINE DI PUBBLICAZIONE DELL'ATTO NELL'ALBO PRETORIO**

*E' noto che le regole del processo amministrativo (prima all'art. 21 l. TAR, oggi all'art. 41 cpa) prevedono che il dies a quo per impugnare una delibera comunale per i soggetti che non ne sono i diretti destinatari, come è nella specie, decorra dal giorno in cui è scaduto il termine di pubblicazione dell'atto nell'albo pretorio (tra tante, CdS, VI, 6.4.2010, n. 1918; V, 21.12.2010, n. 9314) (CdS, IV, 6.7.2012, n. 3971).*

«..... GA.....»

**CONCESSIONE DI BENI E SERVIZI PUBBLICI: NON RIENTRANO NELLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO LE CONTROVERSIE AVANTI AD OGGETTO INDENNITÀ, CANONI O ALTRI CORRISPETTIVI**

*La controversia in esame ha ad oggetto l'asserito diritto al rimborso di spese sostenute dai ricorrenti in esecuzione di attività di custodia di cani randagi effettuata in virtù di un contratto di concessione d'uso esclusivo di un'area di proprietà comunale, della durata di 30 anni che prevedeva, a fronte della concessione in uso dell'area da parte dell'amministrazione comunale, l'obbligo, a carico dei ricorrenti di costruire un canile per la custodia dei cani da caccia e da passeggio, per l'allevamento e la selezione delle razze, per la custodia dei cani randagi,*

per la custodia e la cura dei cani malati. Il Consiglio di Stato ha rilevato come difetta in radice la giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che in materia di concessioni amministrative, tanto l'art. 133, co. 1, lett. b), del codice del processo amministrativo (approvato con d. lgs. 2.7.2010, n. 104) che l'art. 5 l. 21.7.2000, n. 205 così come l'art. 33 d. lgs. 80 del 1998 dopo la riscrittura operata dalla sentenza della Consulta n. 204 del 2004, nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, esclude quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi. In particolare, spettano, in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione, alla giurisdizione ordinaria quelle controversie sui profili in esame che abbiano contenuto meramente patrimoniale, come quella in oggetto, senza che assuma rilievo un potere di intervento della PA. a tutela di interessi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgono l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi (Cass., sez. un. 12.10.2011, n. 20939; cfr. anche Cass. 24.6.2011, n. 13903). Nel caso in esame, poiché la controversia verte su profili meramente pecuniari, inerenti l'asserito diritto al rimborso di spese effettuate in esecuzione di attività di custodia di cani randagi, essa esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo (CdS, V, 6.7.2012, n. 3963).

«..... GA.....»

**SE LA NOTIFICAZIONE DELL'ATTO DI APPELLO NON E' ANDATA A BUON FINE PER CAUSE INDIPENDENTI DALLA VOLONTÀ DEL NOTIFICANTE, LA SECONDA NOTIFICA E' TEMPESTIVA ANCORCHÉ PERFEZIONATA DOPO LA SCADENZA DEL TERMINE PER IMPUGNARE**

Conformemente a giurisprudenza consolidata, deve ritenersi tempestiva la notifica dell'atto di appello che, tentata in pendenza del termine per impugnare, non sia andata a buon fine per cause indipendenti dalla

volontà del notificante, e sia stata da questi tempestivamente rinnovata, a nulla rilevando che la seconda notifica si sia perfezionata dopo lo spirare del termine per l'impugnazione (Cass. II, 26.3.2012, n. 4842; Cass., II, 26.3.2012, n. 4842) (CdS, V, 6.7.2012, n. 3958).

«..... GA.....»

**IL TERMINE PER IMPUGNARE I TITOLI EDILIZI DA PARTE DEL TERZO NON DECORRE DALLA LORO PUBBLICAZIONE, MA DALLA DATA DI PIENA CONOSCENZA DEL PROVVEDIMENTO**

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ribadisce i consolidati principi, di recente recepiti dall'adunanza plenaria (cfr. 29.7.2011, n. 15; successivamente sez. VI, 16.9.2011, n. 5170), secondo i quali: a) il termine per impugnare i titoli edilizi decorre, per i terzi, dalla data di piena conoscenza del provvedimento che si intende avvenuta alternativamente al momento del rilascio della copia degli stessi (inclusi i documenti di progetto), ovvero al completamento delle opere (salvo che non sia data la prova rigorosa di una conoscenza anteriore o che non si deducano censure di inedificabilità assoluta); b) il completamento dei lavori, infatti, rivela in modo certo e univoco le caratteristiche essenziali dell'opera, l'eventuale non conformità della stessa rispetto alla disciplina urbanistica, l'incidenza effettiva sulla posizione giuridica del terzo; c) considerato che la pubblicazione dei titoli edilizi non fa decorrere i termini per l'impugnazione da parte del terzo, tale principio costituisce il punto di equilibrio fra due contrapposte esigenze: da un lato, garantire la tutela dei terzi lesi dall'iniziativa edificatoria, dall'altro, evitare abusi da parte di questi ultimi che potrebbero differire sine die il consolidamento del titolo edilizio postergando la richiesta di indicazione dei suoi estremi o di rilascio di copia completa del medesimo (CdS, V, 27.6.2012, n. 3777).

«..... GA.....»

**E' INAMMISSIBILE PER GENERICITÀ**

**DEI MOTIVI L'APPELLO CHE CONTIENE LA MERA RIPRODUZIONE DELLE CENSURE GIÀ DEDOTTE INNANZI AL GIUDICE DI PRIMO GRADO E DA QUESTO MOTIVATAMENTE DISATTESE**

*L'art. 101, co. 1, c.p.a. fissa il principio della specificità dei motivi di impugnazione, stabilendo che il ricorso in appello deve, tra l'altro, contenere le specifiche censure che si intendono appuntare nei confronti della sentenza (o di singoli capi della stessa). La giurisprudenza ha più volte sottolineato l'inammissibilità per genericità dei motivi di appello che si sostanziano nella mera riproduzione delle censure già dedotte innanzi al giudice di primo grado e da questo motivatamente disattese, atteso che l'appello ha carattere impugnatorio, con la conseguenza che le censure in esso contenute devono investire puntualmente il decisum di primo grado e, in particolare, precisare i motivi per i quali la decisione impugnata sarebbe erronea e da riformare (CdS, III, 17.10.2011, n. 5550; IV, 31.12.2009, n. 9295). Anche se il principio della specificità dei motivi di appello non si presta ad una definizione generale, astratta e assoluta, dovendo piuttosto essere correlato alla motivazione della sentenza impugnata, esso postula in ogni caso che la manifestazione volitiva dell'appellante deve essere formulata in modo da consentire d'individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le specifiche critiche indirizzate alla motivazione, dovendo contenere l'indicazione, ancorché in forma succinta, degli "errores" o dei vizi attribuiti alla sentenza censurata, i quali vanno correlati alla motivazione di questa ultima (CdS, V, 2.2.2012, n. 527); ciò anche in ragione del fatto che, com'è stato anche rilevato (CdS, V, 11.11.2011, n. 5969), il giudizio di primo grado non costituisce affatto un passaggio obbligato che il soggetto è costretto suo malgrado a percorrere pur di giungere innanzi al giudice di appello e ottenere da questi la decisione finale sulla fondatezza della pretesa, ma è una fase essenziale del processo amministrativo, nel corso della quale il giudice adito confronta le opposte*

*tesi e dichiara quale deve essere ritenuta fondata (CdS, V, 26.6.2012, n. 3746).*

«..... GA.....»

**IN SEDE DI GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA NON PUÒ ESSERE RICONOSCIUTO UN DIRITTO NUOVO ED ULTERIORE RISPETTO A QUELLO FATTO VALERE ED AFFERMATO CON LA SENTENZA DA ESEGUIRE, ANCHE SE SIA AD ESSA CONSEGUENTE O COLLEGATO**

*L'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato dalla puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione (CdS, V, 23.11.2007, n. 6018; 3.10.1997, n. 1108; IV, 15.4.1999, n. 626; 17.10.2000, n. 5512). Detta verifica, che deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione (CdS, V, 9.5.2001, n. 2607; IV, 9.1.2001, n. 49; 28.12.1999, n. 1964) comporta una puntuale attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza "petitum – causa petendi - motivi - decisum" (tra le più recenti, CdS, IV, 19.5.2008, n. 2312; V, 7.1.2009, n. 10): di conseguenza in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato (CdS, IV, 17.1.2002, n. 247), non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel "decisum" della sentenza da eseguire (CdS, IV, 9.1.2001 n. 49; 10.8.2000, n. 4459) (CdS, V, 25.6.2012, n. 3698).*

«..... GA.....»

**QUANDO VENGA DISPOSTO IL RICONOSCIMENTO, IN SEDE GIURISDI-**

**ZIONALE, DEL DIRITTO AD UNA NOMINA, DAL GIUDICATO DISCENDE PER LA AMMINISTRAZIONE IL SOLO OBBLIGO DI RICOSTRUIRE LA CARRIERA DEL RICORRENTE VITTORIOSO, MA NON ANCHE L'OBBLIGO DI EROGARE RETROATTIVAMENTE IL TRATTAMENTO ECONOMICO CORRISPONDENTE**

*Nel caso di specie la Giunta Regionale della Toscana bandiva un concorso riservato per titoli, per il conferimento di un posto di dirigente dei servizi veterinari presso l'allora Usl il cui esito veniva impugnato da un candidato pretermesso, che proponeva ricorso chiedendo l'annullamento della graduatoria degli idonei nonché per il diritto a vedersi collocato al primo posto della graduatoria del concorso a seguito della rivalutazione dei titoli. Il candidato pretermesso non ha mai ricoperto l'incarico di dirigente dei servizi veterinari, incarico che invece era stato concretamente prestato dal primo graduato; la nomina a dirigente avveniva, infatti, solo a seguito della riedizione della procedura selettiva conclusasi con esito favorevole per il ricorrente. Ciò posto il Consiglio di Stato ha affermato che quando venga disposto il riconoscimento, in sede giurisdizionale, del diritto alla nomina, dal giudicato discende per la amministrazione il solo obbligo di ricostruire la carriera del ricorrente vittorioso, ma non anche l'obbligo di erogare retroattivamente il trattamento economico corrispondente, atteso che la retribuzione costituisce obbligazione sinalagmatica dovuta quale corrispettivo della effettiva prestazione lavorativa (CdS, IV, 1.10.2007 n. 5048). Ed invero l'effetto ripristinatorio del giudicato non può giungere a fare ritenere verificato un accadimento che non si è mai verificato onde il diritto alla retribuzione, in virtù del principio di sinallagmaticità, è subordinato al concreto svolgimento della prestazione lavorativa: in sostanza anche se vi è stata una nomina, ora per allora, in virtù di un giudicato, da ciò non consegue il diritto alla retribuzione, quest'ultima correlata solo all'effettiva prestazione del servizio quale unico presupposto di fatto cui l'ordinamento*

*collega la nascita del diritto alla retribuzione (CdS, III, 25.6.2012, n. 3716).*

«..... GA.....»

**ACCESSO AI DOCUMENTI: IL GIUDICE DELL'ACCESSO DEVE ACCERTARE SOLO L'ESISTENZA DEI PRESUPPOSTI CHE LEGITTIMANO LA RICHIESTA DI ACCESSO E NON ANCHE LA NECESSITÀ DI UTILIZZARE GLI ATTI RICHIESTI IN UN ALTRO GIUDIZIO**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha affermato che, come questa Sezione ha più volte osservato (si vedano le decisioni nn. 942/11 e 3309/10, e ivi richiami ulteriori), il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma ha carattere autonomo rispetto ad essa, cosicché il giudice dell'accesso deve accertare solo l'esistenza dei presupposti che legittimano la richiesta di accesso e non anche la necessità di utilizzare gli atti richiesti in un altro giudizio, ad es. dinanzi al giudice civile, fermo restando però che la disciplina sull'accesso non può essere rivolta a tutelare l'interesse a eseguire un controllo generico e generalizzato sull'attività della PA.. Detto altrimenti, la necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento a cui è chiesto l'accesso, alla quale fa riferimento l'art. 22/B) della l. n. 241/90 non significa che l'accesso sia stato configurato dal legislatore con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante. Esso assume invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale eventualmente instaurato e dalla stessa possibilità di instaurazione di tale processo. In questa prospettiva, il collegamento tra l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, sancito dall'art. 22/B) della l. n. 241/90, non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per*

la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse (CdS, V, 3309/10 e *ivi* rif.). La giurisprudenza (CdS, V, nn. 5226 e 3309 del 2010) ha aggiunto che la domanda di accesso ai documenti amministrativi non può essere palesemente sproporzionata rispetto all'effettivo interesse conoscitivo del soggetto richiedente, il quale deve specificare il nesso che lega il documento richiesto alla propria posizione soggettiva, ritenuta meritevole di tutela; detta domanda deve, inoltre, indicare i presupposti di fatto idonei a rendere percettibile l'interesse specifico, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento "de quo" (CdS, V, 22.6.2012, n. 3683).

«..... GA.....»

#### **COMPETIZIONI ELETTORALI: CAMBIA LA GIURISPRUDENZA, IL MECCANISMO DELLA PREDEDUZIONE TROVA APPLICAZIONE ANCHE NELL'IPOTESI DEL C.D. "DISSOLVIMENTO" DELLA ORIGINARIA COALIZIONE**

La questione in diritto, su cui ruota la controversia attenzionata dal Consiglio di Stato nella presente sentenza, riguarda il dubbio se possa essere operata l'assegnazione dei seggi, ai sensi del co. 11, dell'art. 73 TUEL (c.d. prededuzione), a favore di un candidato Sindaco non eletto al primo turno e non ammesso al ballottaggio, facendo riferimento ai gruppi di liste così come configurati al primo turno elettorale, ovvero, se si debba tenere conto degli apparentamenti formati in vista del ballottaggio, ai fini dell'elezione del Sindaco. Nel caso di specie, delle cinque liste che sostenevano lo stesso candidato sindaco al primo turno, alcune sono andate a sostenere il candidato sindaco ammesso al ballottaggio, mentre le altre tre hanno conservato una posizione neutrale. Ritiene il Collegio che, come ha chiarito la Sezione, con la sentenza 5.3.2012, n. 1255, e senza discostarsi dagli specifici precedenti resi dalla Sezione medesima in ordine all'individuazione della portata applicativa

della c.d. prededuzione (cfr. da ultimo V, 9.9.2011, n. 5065; V, 28.2.2011, n. 1269; V, 9.12.2008, n. 6123, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli art. 74, co. 1, e 88, co. 1, lett. d), c.p.a.), effettivamente tale meccanismo, operando a valle del riparto dei seggi fra le liste, prende a base i gruppi originari presentatisi al primo turno in modo che ciascun candidato sindaco non eletto riceva il seggio di consigliere a carico della propria lista (o gruppo di liste) a lui collegate nel primo turno elettorale; si tratta, in altri termini, di un congegno che si attiva al momento della individuazione delle persone fisiche chiamate a ricoprire l'ufficio di consigliere comunale. Viceversa, la diversa ed antecedente fase della procedura di proclamazione, incentrata sulla ripartizione dei seggi fra le liste apparentate in vista del ballottaggio, è disciplinata dal differente meccanismo enucleabile dai coo. 8, 9 e 10 del più volte menzionato art. 73: la ripartizione dei seggi, in questo caso, va effettuata tenendo inderogabilmente conto degli apparentamenti successivi al primo turno, sicché le diverse liste finiscono, a tal fine, per essere considerate come un unico nuovo gruppo, senza distinzione fra quelle originarie e quelle apparentatesi successivamente. Che il meccanismo della prededuzione, come sopra illustrato, debba trovare applicazione anche nell'ipotesi del c.d. "dissolvimento" della originaria coalizione discende: a) dal tenore testuale della norma (co. 11 cit.) che non prende in considerazione tale evenienza; b) dalla ratio della medesima norma (come dianzi sintetizzata); c) dalla circostanza che, applicandosi il meccanismo della prededuzione anche nel caso del "dissolvimento", non si intacca il principio della attribuzione del premio di maggioranza ai fini della migliore governabilità dell'ente: il consigliere proclamato in virtù della prelazione legale, infatti, è estratto dalle liste che, al secondo turno, hanno appoggiato il sindaco vincitore condividendo con lui il programma politico; anzi, trattandosi dei candidati sindaci di lista (o di coalizione), che, pur non eletti, hanno operato la scelta di apparentamento, sono maggiormente rappresentativi dell'*in idem* sentire politico istituzionale rispetto al sindaco eletto.

*Deve pertanto ritenersi superato il diverso indirizzo della sezione recepito dall'impugnata sentenza (sez. V, 2.3.2009, n. 1159; V, 3.4.2007, n. 1509), atteso che lo stesso fonda il proprio non condivisibile presupposto applicativo sulla dichiarata riferibilità del meccanismo della prededuzione alle liste (o coalizioni di liste) ammesse al ballottaggio (CdS, V, 21.6.2012, n. 3672).*

«..... GA.....»

**ESECUZIONE DEL GIUDICATO: IL CONSIGLIO DI STATO PRECISA I CASI IN CUI OCCORRE ATTIVARE IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA E QUELLI PER I QUALI E', INVECE, NECESSARIO UN NUOVO GIUDIZIO DI COGNIZIONE**

*Il Consiglio di Stato affronta nella sentenza in esame una problematica importante laddove si premura di precisare quali sono le fattispecie che esulano dall'ambito del giudizio di ottemperanza affermando che nei casi in cui il giudicato accerta pienamente il rapporto l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato da parte del solo giudice dell'ottemperanza. Per contro nei casi, invece, in cui - ed è quanto accade nella specie in esame - il giudicato non accerta pienamente il rapporto l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato nel giudizio di ottemperanza soltanto se la stessa si colloca in un ambito coperto dal giudicato stesso. L'attività è, invece, oggetto di sindacato nel giudizio di cognizione qualora la stessa occupi un ambito lasciato libero dal giudicato e disciplinato dalla legge, anche sopravvenuta, che diventa il parametro per valutare la sua eventuale illegittimità (si veda CdS, VI, ord. 5.4.2012, n. 2024). Ne consegue che nel caso di specie, una volta rilevato che l'amministrazione statale, per l'aspetto relativo alla valutazione comparativa di impatto ambientale, è tenuta ad applicare la normativa sopravvenuta il potere conseguentemente esercitato sarà posto in essere non in attuazione del giudicato ma delle nuove leggi. L'eventuale sindacato giurisdizionale spetterà, pertanto, al giudice della cognizione che*

*dovrà valutare anche la conformità sostanziale di tali leggi alla normativa europea evocata. Qualora questo giudice svolgesse valutazioni inerenti a questo aspetto violerebbe i limiti posti alla sua giurisdizione incorrendo in un eccesso di potere giurisdizionale e incidendo sul diritto delle parti al rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione (CdS, VI, 19.6.2012, n. 3569).*

«..... GA.....»

**L'APPELLO INNANZI AL CONSIGLIO DI STATO DEVE CONTENERE A NORMA DELL'ART. 101 C.P.A. "SPECIFICHE CENSURE CONTRO I CAPI DELLA SENTENZA GRAVATA"**

*Oggetto del giudizio di appello, quale quello di fronte al Consiglio di Stato, è la sentenza di primo grado, non già il provvedimento impugnato in quel giudizio. L'appello, pertanto, che assume i tratti di un'impugnazione e non di un gravame, non può consistere in una generica contestazione dell'erroneità della sentenza, poiché non può tradursi in un mero riesame della stessa questione trattata dal TAR quanto - necessariamente - in una critica alla sentenza di primo grado. All'appellante non è, quindi, consentito riproporre le medesime censure dedotte dinanzi al TAR, senza una specifica contestazione delle conclusioni alle quali questo è pervenuto e delle argomentazioni che le sorreggono (cfr. CdS, IV, 10.7.2007, n. 3910; idem 19.6.2007, n. 3295). In altre parole, l'appello avverso la decisione di primo grado non può consistere nella mera riformulazione, dinanzi al Consiglio di Stato, delle censure prospettate con il ricorso di primo grado o in una mera riproposizione delle questioni e delle eccezioni articolate in quel grado. L'appello, piuttosto, deve contenere a norma dell'art. 101 c.p.a. "specifiche censure contro i capi della sentenza gravata". Nel giudizio di fronte al Consiglio di Stato, inoltre, non possono trovare ingresso censure non prospettate dal ricorrente innanzi al TAR in base al noto divieto di ius novorum in appello come principio in base al quale non è consentito accedere, in*

*secondo grado di giudizio, ad alcun ampliamento della domanda (cfr. CdS, VI, 21.6.2011, n. 3715; idem 2.3.2011, n. 1303). Il divieto appena menzionato ha carattere assoluto e di ordine pubblico processuale e la relativa ratio promana dalla fondamentale esigenza di assicurare il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione e impone l'immutabilità della causa petendi introdotta in primo grado. L'effetto devolutivo dell'appello, oggi consacrato dall'art 104 c.p.a., dal quale discende il divieto - con le eccezioni ora previste dal c.p.a. - di porre nuove difese rispetto a quelle formulate innanzi al primo giudice, assicura che l'oggetto del giudizio del gravame non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il giudice della sentenza appellata (cfr. CdS, V, 24.4.2009, n. 2588) (CdS, III, 18.6.2012, n. 3543).*

«..... GA.....»

### **GLI ORDINI PROFESSIONALI HANNO LEGITTIMAZIONE AD IMPUGNARE GLI ATTI DELLE PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA QUANDO L'INTERESSE FATTO VALERE SIA QUELLO ALL'OSSERVANZA DI PRESCRIZIONI A GARANZIA DELLA PAR CONDIZIONE DEI PARTECIPANTI**

*Il giudizio in esame verte sugli atti con i quali un Comune ha affidato, mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, indetta ai sensi dell'art. 91 del d. lgs 12.4.2006, n. 163, l'incarico di progettazione, esecuzione e direzione dei lavori per la costruzione di una struttura polifunzionale d'interesse comprensoriale destinata ad attività sportive e ricreative. Con la sentenza di prime cure il Tribunale ha accolto il ricorso proposto dall'Ordine degli Ingegneri, dall'Ordine degli Architetti pianificatori paesaggistici e Conservatori e dall'Ordine dei Geologi. Il Consiglio di Stato ha confermato sul punto la sentenza di primo grado rilevando come non colga nel segno la censura volta a dedurre il difetto di legittimazione degli Ordini professionali in ragione del contrasto sussistente tra gli interessi degli iscritti invitati alla procedura di selezione del contraente e gli interessi*

*degli altri professionisti rappresentati. Ad avviso della Sezione la ricorrenza di tale supposto conflitto va verificata in relazione all'interesse istituzionale astrattamente perseguito, con la conseguenza che l'ente esponenziale, chiamato alla tutela dell'interesse collettivo inscindibilmente riguardato e non alla sostituzione processuale dei singoli portatori degli interessi individuali, è legittimato a reagire avverso i provvedimenti lesivi dell'interesse della collettività senza che assuma rilievo il vantaggio tratto dagli specifici professionisti iscritti. Merita condisione, al riguardo, la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 3.6.2011, che ha riconosciuto la legittimazione dell'Ordine in caso di conflitto tra l'interesse istituzionale leso dall'atto ed il beneficio contingente ricavato dai singoli professionisti. In questa prospettiva è stata riconosciuta la legittimazione degli Ordini ad impugnare gli atti delle procedure di evidenza pubblica quando l'interesse fatto valere sia quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della par condicio dei partecipanti, nonostante che in fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista. Ad avviso dell'Adunanza è appunto all' "interesse istituzionalizzato" che occorre far riferimento. Difatti, "non può negarsi che fra gli interessi istituzionali dell'Ordine vi è anche quello di assicurare il pieno aspetto della par condicio nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi non può neanche negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità". Detta linea argomentativa si sposa con il rilievo dottrinale secondo cui l'interesse collettivo non s'identifica nella sommatoria degli interessi individuali degli associati ma si compendia nella sintesi degli stessi in un interesse collettivo qualitativamente diverso da quelli dei singoli. Ne deriva l'insussistenza di alcuna incompatibilità, logica e giuridica, tra lesione dell'interesse astratto della collettività e beneficio arrecato all'interesse individuale. Applicando dette coordinate ermeneutiche al caso di specie si deve il Consiglio di Stato ha concluso riconoscendo*

la legittimazione degli Ordini a reagire avverso provvedimenti lesivi dell'interesse istituzionale degli enti esponenziali a garantire la par condicio, il favor participationis e il superamento di misure limitative della concorrenza, senza che assumano rilievo, in senso ostativo, i vantaggi tratti dai singoli professionisti per effetto dell'adozione di atti lesivi di detti valori (CdS, V, 13.6.2012, n. 3469).

«..... GA.....»

**IL GIUDICE DELL'OTTEMPERANZA E' CHIAMATO NON SOLO A VERIFICARE L'ESATTO ADEMPIMENTO DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE DELL'OBBLIGO DI CONFORMARSI AL GIUDICATO, MA ANCHE AD APPREZZARE LE EVENTUALI SOPRAVVENIENZE DI FATTO E/O DI DIRITTO ANTECEDENTI ALLA NOTIFICAZIONE DELLA SENTENZA DI CUI SI CHIEDE L'OTTEMPERANZA**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha rilevato come il giudice dell'ottemperanza sia chiamato non solo alla puntuale verifica dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione (CdS, V, 3.10.1997, n. 1108; IV, 15.4.1999, n. 626; 17.10.2000, n. 5512), verifica che, come è noto, deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione (CdS, V, 9.5.2001, n. 2607; IV, 9.1.2001, n. 49; 28.12.1999, n. 1964) e che implica una delicata attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza "petitum - causa petendi - motivi - decisum" (CdS, IV, 9.1.2001, n. 49; 28.12.1999, n. 1963; V, 28.2.2001, n. 1075), ma anche ad apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto per stabilire in concreto se il ripristino della situazione soggettiva, sacrificata illegittimamente, come definitiva-*

*mente accertato in sede di cognizione, sia compatibile con lo stato di fatto e/o diritto prodottosi medio tempore (CdS, V, 4.10.2007, n. 5137; VI, 5.7.2011, n. 4037; 27.12.2011, n. 6849), ferma in ogni caso l'irrelevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto successive alla notificazione della sentenza della cui ottemperanza si tratta (tra le tante, CdS, VI, 5.7.2011, n. 4037; 3.11.2010, n. 7761; 22.10.2010, n. 5816; IV, 3.12.2010, n. 8510). Per il Consiglio di Stato una simile ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza non implica un inammissibile vulnus alla stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli art. 24, 111 e 113, trattandosi piuttosto del naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo, quali quello del principio secondo cui di norma la durata del processo non deve andare a danno della parte vittoriosa (che ha diritto, però, all'esecuzione del giudicato in base allo stato di fatto e di diritto vigente al momento dell'atto lesivo, caducato in sede giurisdizionale) e quello della stessa dinamicità dell'azione amministrativa e dell'esercizio della relativa funzione da parte della pubblica amministrazione che ne è titolare (che non consente di poter ragionevolmente ipotizzare una sorta di "fermo" della stessa, tant'è che sia l'atto amministrativo che la sentenza di primo grado, ancorché impugnati, non perdono in linea di principio la loro efficacia e la loro idoneità a spiegare gli effetti loro propri, tranne che questi ultimi non siano ritenuti meritevoli di essere sospesi, su istanza degli interessati, da parte rispettivamente del giudice di primo grado o da quello di appello) (CdS, V, 13.6.2012, n. 3468).*

«..... GA.....»

**L'AZIONE RISARCITORIA PUÒ ESSERE PROPOSTA SENZA LA NECESSITA' DI ATTENDERE LA PREVIA FORMAZIONE DEL GIUDICATO SULLA PRESUPPOSTA DOMANDA IMPUGNATORIA**

*Nel giudizio in esame il Comune appellante, in via preliminare, si duole dell'aver l'avversaria esperito la propria azione risarcitoria prima della formazione del giudicato di annullamento sulla propria esclusione dalla gara (ossia, quando ancora pendeva l'appello comunale avverso la sentenza annullatoria emessa dal TAR). Ad avviso del Consiglio di Stato, il primo Giudice, al riguardo, ha fatto giustamente notare come, allorché una domanda risarcitoria non sia stata formulata congiuntamente alla presupposta domanda impugnatoria, nulla osta a che la prima venga introdotta in un momento successivo, senza che occorra all'uopo necessariamente attendere la previa formazione del giudicato sull'impugnativa. In questo senso è del resto esplicito, oggi, l'art. 30, co. 5, c.p.a. che ammette espressamente che la domanda risarcitoria possa essere introdotta anche "nel corso del giudizio" di annullamento. Ma per questa parte la norma codicistica non può essere reputata innovativa, dal momento che anteriormente non esisteva alcuna regola che precludesse una simile iniziativa (v. infatti, proprio nel senso di siffatta possibilità, CdS, VI, 29.11.2002, n. 6575; 15.2.2001, n. 805). Si poteva solo ipotizzare, in ragione delle istanze logiche sottese alla c.d. pregiudiziale amministrativa, l'esistenza di una temporanea improcedibilità della domanda risarcitoria fino alla definizione del giudizio impugnatorio. Nella specie, tuttavia, il primo Giudice si è pronunziato*

*sulla domanda risarcitoria solo dopo che la decisione sull'impugnativa era diventata definitiva (CdS, V, 12.6.2012, n. 3444).*

«..... GA.....»

**LA SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE ALLA DECISIONE PUÒ ESSERE DESUNTA DAL GIUDICE DALL'INTERVENTO DI ATTI O FATTI UNIVOCI DOPO LA PROPOSIZIONE DEL RICORSO NONCHÉ DAL COMPORTAMENTO DELLE PARTI**

*A norma dell'art. 84, co. 4, del codice del processo amministrativo il giudice può desumere dall'intervento di atti o fatti univoci dopo la proposizione del ricorso, nonché dal comportamento delle parti, argomenti di prova della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, con conseguente pronuncia di rito a norma dell'art. 35, co. 1, lett. c). Per giurisprudenza pacifica, del resto, l'interesse alla decisione deve sussistere non solo al momento della proposizione del ricorso, ma anche in epoca successiva, in base al principio che le condizioni dell'azione debbono permanere sino al momento del passaggio in decisione della controversia, e che il giudice non può sostituirsi alla parte nella valutazione del suo interesse ad agire (cfr., per tutte, CdS, IV, 8.6.2007, n. 3040) (CdS, III, 8.6.2012, n. 3390).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# L'ASTREINTE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: NATURA, AMBITO OGGETTIVO, PORTATA E LIMITI ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Domenico Tomassetti

*L'art.114, co. 4, lett. e), c.p.a. ha introdotto l'istituto dell'astreinte a sanzionare l'inosservanza della PA. all'obbligo di conformarsi al giudicato.*

Art. 114, par.4, lett e) c.p.a introduced the institute of "astreinte" to sanction non-compliance of P.A. to the obligation to comply with the ruling of the court.

*Sommario: 1. L'istituto dell'astreinte (definizione normativa e rapporti con l'art.614 c.p.c.). 2. Le prime interpretazioni giurisprudenziali della norma.*

### **1.- L'istituto dell'astreinte (definizione normativa e rapporti con l'art. 614 bis c.p.c.).**

L'istituto dell'astreinte è previsto dall'art. 114, co., 4, lett. e) del Titolo I del Libro IV "Ottemperanza e riti speciali" del c.p.a..

Tale norma, in dettaglio, prevede che "il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:

a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;

b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;

c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;

d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta;

e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ri-

tardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo."

L'istituto di cui alla predetta lett. e) costituisce una novità del diritto amministrativo, introdotto solo con il c.p.a. di cui al d. lgs. n. 104/10, sul modello del diritto francese, che già conosceva l'astreinte come penalità da far pagare al debitore in caso di sua ingiustificata resistenza all'adempimento di un obbligazione di cui fosse accertata la non soddisfazione.

A dire il vero l'istituto dell'astreinte non era del tutto estraneo al nostro ordinamento, posto che l'art. 614 bis c.p.c. (introdotto dall'art. 49, co. 1 della l. n. 69/09) prevede la possibilità per il G.O. di disporre la condanna dell'obbligato alla corresponsione di "una somma di denaro dovuta (...) per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento" rispetto all'inadempimento di "obblighi di fare infungibile o di non fare".

Il parallelismo con il citato art. 614 bis c.p.c., oltre che rilevato dalla dottrina, è stato anche confermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in s.g., secondo cui "l'art. 114, co. 4, lett. e), del codice del processo amministrativo ha introdotto, in via generale, nell'architettura del processo amministrativo,

*l'istituto della cd. penalità di mora già regolato, per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, dall'art. 614 bis del codice di procedura civile procedura civile, aggiunto dall'art. 49 della l. 18.6.2009, n. 69. Trattasi di una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario (e quindi di una pena e non di un risarcimento), modellata sulla falsariga dell'istituto francese dell'astreinte, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all' obbligazione sancita a sua carico dall'ordine del giudice" (Cfr. CdS, V, 20/12/2011, 6688).*

## **2. Le prime interpretazioni giurisprudenziali della norma.**

E' evidente che l'istituto in parola sia espressione del principio di effettività della tutela amministrativa, anche con riferimento al contributo del diritto europeo, enunciato dall'art. 1 c.p.a..

Tuttavia, se è chiara (e lodevole) la ratio dell'astreinte nell'ottica del maggiore rigore con cui disciplinare l'ottemperanza da parte della PA. ad obblighi certi, è altrettanto chiaro che la formulazione della norma che prevede l'istituto de quo ne tradisce i limiti, con riferimento alla portata applicativa, come meglio si dirà.

Infatti l'astreinte, sulla sola base del tenore letterale della lett. e) del citato art. 114, co. 4, c.p.a., è istituito che (i) non può prescindere da una specifica richiesta effettuata dalla parte nel corso del giudizio di ottemperanza; (ii) è comunque subordinata all'accoglimento del ricorso, ed in tal caso, al discrezionale ed ulteriore apprezzamento del giudice (*"salvo che ciò sia manifestamente iniquo e se non sussistono altre ragioni ostantive"*), posto che la condanna all'astreinte (che è una pena e non una condanna per inadempimento) costituisce un capo autonomo della sentenza con cui si accoglie il ricorso per ottemperanza; (iii) può essere imposta anche contestualmente alla nomina del commissario *ad acta*; (iv) potrebbe avere ad oggetto il persistente inadempimento del giudicato formatosi su obblighi di qualsiasi natura, stante il *"silenzio legis"* e la natura prettamente punitiva dell'istituto; (v) dovrebbe trovare applicazione solo con rife-

rimento al rito dell'ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV del c.p.a. e non già anche agli riti speciali, quali, ad esempio quello relativo all'accesso ovvero al silenzio inadempimento.

Orbene, se con riferimento ai profili su esposti sub (i), (ii) e (iii) non vi è alcun contrasto dottrinale e giurisprudenziale (tenuto conto però dei non elevatissimi contributi allo stato esistenti stante la recente introduzione dell'istituto *de quo*) in quanto l'astreinte è, prima, nella sola disponibilità della parte interessata (senza poteri officiosi del G.A.) che ha l'onere di chiederla, anche cumulativamente con la richiesta di nomina del commissario *ad acta* e, dopo, soggetta alla discrezionalità del Giudice che può valutare, caso per caso, l'opportunità di concedere, accogliendo il ricorso e se del caso nominando il commissario *ad acta* ad ausilio della sua decisione (Cfr. TAR Lazio, Rm, I, 29.12.2011, 10305; TAR Campania, NA, IV, 15.4.2011, 2162), anche la penalità in caso di persistente inottemperanza al giudicato (sulla base del presupposto che la PA. non perde mai il potere di provvedere), per quanto concerne i profili di cui ai punti (iv) e (v) si registrano rispettivamente pronunce giurisprudenziali e opinioni dottrinali discordanti.

Per quanto riguarda (iv) l'oggetto dell'astreinte (*rectius* il tipo di obbligo alla cui violazione essa può essere comminata) la giurisprudenza prevalente, cui aderisce anche il Consiglio di Stato in s.g., ritiene che l'istituto de quo possa sanzionare solo il persistente inadempimento di obblighi di fare infungibili e di non fare, con esclusione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro: *"nel caso di ricorso per ottemperanza diretto ad ottenere il pagamento di una somma di denaro, non può essere accolta la domanda con la quale è stata chiesta, ai sensi dell'art. 114, co. 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2.7.2012 n. 104, la fissazione della "somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato"*.

Infatti, il codice del processo amministrativo, nell'introdurre con detta norma nel nostro ordinamento l'istituto dell'astreinte, ha

previsto l'applicabilità di detto istituto solo ove "ciò non sia manifestamente iniquo, ovvero sussistano altre ragioni ostative", con la conseguenza che deve escludersi la possibilità di far ricorso all'astreinte quando l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, stante l'iniquità della correlata condanna, essendo, l'obbligo di natura pecuniaria, già assistito, a termine del vigente ordinamento, per il caso di ritardo nel suo adempimento, dall'obbligo accessorio degli interessi legali, cui la somma dovuta a titolo di astreinte andrebbe ulteriormente ad aggiungersi" (Cfr., *ex plurimis*, TAR Lazio, Roma, I, 29.12.2011, n.10305).

Tuttavia va registrato anche un orientamento minoritario, più estensivo, secondo il quale "nell'ambito del processo amministrativo l'istituto dell'"astreinte" presenta un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto l'art. 114, co. 4, lett. e), del codice del processo amministrativo non ha riprodotto il limite, stabilito della norma di rito civile (art. 614 bis c.p.c.), della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile; ne deriva che, nel sistema processual-amministrativo, lo strumento in parola non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile, mentre del rimedio processual-civilistico condivide la generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza" (Cfr. TAR Puglia, Ba, III, 26.1.2012, 259).

Alla luce di tali orientamenti, sembrerebbe preferibile quello più restrittivo che, oltre a essere giustificato dalla valutazione discrezionale cui è chiamato il Giudice dell'ottemperanza ai sensi del citato co. 4 dell'art. 114, lett. e), c.p.a., è obiettivamente difficilmente superabile nella parte in cui afferma che il danno da inadempimento di crediti di denaro del privato trova immediato ristoro nella previsione degli interessi legali. A ciò, invero, potrebbe obiettarsi che l'astreinte non è una

condanna al risarcimento del danno "speciale", ma "una pena e quindi non un risarcimento" (Cfr. CdS, V, 20.12.2011, 6688, cit.).

Pertanto sarà solo la concreta applicazione dell'istituto da parte della giurisprudenza a chiarire i contorni dell'ambito oggettivo della sua applicazione nel giudizio di ottemperanza.

Per quanto riguarda, infine, (v) l'utilizzo dell'istituto in parola anche al di fuori del giudizio di ottemperanza, cioè sulla possibilità o meno di ritenerlo applicabile anche agli altri riti speciali del Libro IV del c.p.a., è tuttora aperto un dibattito dottrinale tra la tesi che restrittivamente vuole l'astreinte operante solo nel giudizio *ex art.112 e ss. c.p.a.* e quella, più estensiva, che pur in assenza di specifica disposizione legislativa, vuole pronunciabile l'astreinte anche negli altri riti speciali, in primis a quelli dell'accesso (art. 116 c.p.a.), del silenzio (art. 117 c.p.a.) e di ingiunzione (art. 118 c.p.a.).

Tale ultimo orientamento si basa su un applicazione estensiva del combinato disposto dei principi di effettività della tutela amministrativa e sua concentrazione (artt. 1 e 7 c.p.a.), ma sembra avere un ostacolo insuperabile, oltre che nell'assenza di previsioni legislative *ad hoc*, nella circostanza che, ad esempio, l'astreinte non sembra essere una sanzione comminabile inaudita altera parte, cosa che avverrebbe, così opinando, nel procedimento per decreto ingiuntivo di cui al citato art. 118 c.p.a., sulla base di una "presunzione di inadempimento".

A ben vedere, dunque, anche in tale contesto sarà la concreta applicazione dell'istituto de quo a chiarire la sua oggettiva portata ed i suoi limiti, con la consapevolezza, in ogni caso, che la sua operatività anche al di fuori del giudizio di ottemperanza, sarebbe un utile strumento (si pensi al rito dell'accesso o del silenzio) per evitare "ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione" anche di statuizioni costitutive e di condanna, con possibili positivi riflessi, in primo luogo, sull'efficienza dell'azione amministrativa.

# INADEMPIMENTO DEL PROGETTISTA - DIRETTORE DEI LAVORI: QUALE GIURISDIZIONE?

dell'Avv. Michele De Cilla

*Focus giurisprudenziale sulla giurisdizione azionabile in caso di errore del progettista - direttore dei lavori*

Focus on judicial jurisdiction operable in the event of failure of the designer - the construction manager

*Sommario: 1. Premessa. 2. Considerazioni di carattere generale. 3. Conclusioni.*

## **1. Premessa.**

Con la sentenza n. 6335 del 23.4.2012 le Sezioni Unite della Corte Cassazione hanno fatto chiarezza sulla giurisdizione applicabile nei casi in cui si controverta sulla responsabilità del professionista che abbia svolto sia la funzione di progettista, che quella di direttore dei lavori per una amministrazione appaltante.

In particolare, nel caso sottoposto all'esame della Corte Suprema, un Comune di doleva dinanzi al giudice ordinario delle carenze ed imperizie progettuali commesse dall'architetto incaricato della redazione del progetto di un impianto sportivo, che poi, nella successiva fase di costruzione dell'opera, ne aveva assunto anche la direzione dei lavori.

Il professionista convenuto, tuttavia, rilevando il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore della Corte dei Conti, nella convinzione che la giurisdizione ordinaria non fosse la sede più idonea a discutere della spettanza di un eventuale diritto al risarcimento del danno erariale, ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo, appunto, alla Corte di pronunciarsi sul giudice competente a decidere la controversia.

## **2. Considerazioni di carattere generale.**

La Cassazione, nel riprendere una precedente pronuncia del 9.2.2011 n. 3165, ha rimarcato che *“nelle controversie risarcitorie proposte dall'amministrazione appaltante contro il professionista che abbia svolto l'incarico di progettista e di direttore dei lavori*

*per l'esecuzione di un'opera pubblica, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando, nella prospettazione della domanda, la parte ne abbia dedotto la responsabilità non nella qualità di direttore dei lavori, ma in quella di progettista per gli errori e le carenze progettuali allo stesso imputabili”*.

La distinzione non è di poco momento se solo si pensi che la differenziazione tra la qualifica di progettista e di direttore dei lavori ha assunto, con l'evoluzione della normativa in materia di appalti pubblici, una valenza sempre più marcata.

Infatti, se normalmente alla compilazione del progetto dell'opera provvedono, salvo eccezioni, gli uffici tecnici dell'amministrazione nella cui competenza rientra l'opera da eseguire, secondo le norme proprie di ciascuna di esse, i casi in cui la progettazione dell'opera, in tutte le sue fasi o in alcune di esse, viene affidata a professionisti esterni è esponenzialmente aumentata, sino a prevedere gli ormai ben noti concorsi di progettazione.

Del pari, anche l'incarico della direzione dei lavori viene sempre più frequentemente affidato agli stessi progettisti già individuati attraverso una procedura selettiva pubblica, di modo che le due mansioni vengano riunite in una unica figura professionale, la natura del cui rapporto con l'amministrazione incarna varia a seconda del tipo di ruolo ricoperto.

Infatti, mentre nel caso del progettista siamo in presenza di un rapporto privatistico, in cui l'amministrazione agisce con i poteri del privato contraente su di un piano del tutto paritetico quanto alla gestione del rapporto - se

si esclude la necessità di individuare il professionista con una procedura ad evidenza pubblica - , nel caso della direzione dei lavori la natura del rapporto con l'ente cambia, in considerazione dei compiti e delle funzioni che sono devolute dalla l. al direttore dei lavori, e che comportano l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dell'appaltatore e l'assunzione della veste di agente della pubblica amministrazione, in quanto funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della medesima, quale suo organo tecnico straordinario.

I compiti del direttore dei lavori, come accorta dottrina sottolinea, si basano, infatti, sull'ingerenza diretta nell'esecuzione dell'opera, in virtù delle disposizioni impartite dal responsabile del procedimento e consistono nell'assunzione, tra l'altro, della responsabilità dell'accettazione dei materiali, della buona e puntuale esecuzione dei lavori in conformità ai patti contrattuali, della tenuta della contabilità, attività che si esplicano attraverso ordini di servizio e istruzioni date all'appaltatore.

Tutto questo fa sì che l'operato del direttore dei lavori non possa essere scisso dalla volontà propria dell'ente per il quale opera, di modo che ogni fatto posto in essere dal direttore dei lavori è fatto dell'amministrazione committente, non potendo configurarsi una sua autonoma responsabilità nei confronti dell'appaltatore.

Viceversa, nei confronti dell'amministrazione il direttore dei lavori è chiamato a rispondere dell'eventuale danno arrecato nell'esercizio delle sue funzioni per insufficiente od erroneo adempimento delle funzioni che ineriscono l'incarico, ossia da negligenza, imperizia o inadeguatezza dell'attività prestata a favore dell'ente, sia che l'incarico sia avvenuto in virtù di contratto d'opera professionale (nel caso di incarico a privati), sia nel caso derivi dal rapporto di pubblico impiego (qualora sia alle dipendenze della pubblica amministrazione).

In entrambe le ipotesi la tipologia di danno arrecato genera necessariamente un pregiudizio all'erario, e la sua fondatezza e spettanza andranno valutate dal giudice della contabilità pubblica, ossia la Corte dei Conti, quale organo deputato a valutare le ipotesi di danno

erariale, quando la responsabilità resta circoscritta all'ambito del rapporto di servizio con i propri dipendenti.

Nel caso in cui, invece, vengano riscontrati errori nella progettazione dell'opera qualora l'incarico sia affidato a libero professionista individuato mediante gara, al fine di far valere in via giudiziale la responsabilità del progettista e fondare la richiesta di risarcimento del danno patrimoniale prodottosi per l'amministrazione, la medesima, secondo l'orientamento recentemente confermato dalle Sezioni Unite, ha l'obbligo di rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria e ciò alla luce delle considerazioni secondo cui nessun rapporto di servizio è configurabile tra la stazione appaltante e il progettista dell'opera, il cui elaborato deve essere fatto proprio dall'amministrazione mediante specifica approvazione, atteso che tra i due soggetti è stato stipulato un contratto d'opera professionale e che i rapporti intercorrenti si pongono su un piano del tutto paritetico.

Infatti, al riguardo, la Suprema Corte aveva già avuto occasione di rilevare nella sentenza n. 3165/2011 che *“la progettazione di opera pubblica, come più volte affermato anche dal giudice contabile, quando sia affidata ad un libero professionista, non comporta l'instaurarsi di una relazione funzionale con l'ente pubblico, in quanto non comporta l'esercizio di poteri propri della PA., diversamente da quanto avviene nell'attività del direttore dei lavori ove viene in rilievo anche l'imputabilità in via diretta ed immediata alla PA. Dell'attività con rilevanza esterna del soggetto, che assume la rappresentanza del committente”*.

### 3. Conclusioni.

Pertanto, proseguono i giudici di legittimità, il vincolo che lega il progettista all'amministrazione va individuato nell'art. 2222 c.c. e i principi informatori della responsabilità vanno ricercati nei criteri di diligenza e perizia propri delle prestazioni d'opera professionale, escludendosi qualsiasi possibilità di inserimento dell'attività del progettista nell'apparato organizzativo dell'amministrazione.

Dunque, l'azione concessa per far valere gli inadempimenti di ciascuna delle parti sti-

pulanti un contratto con l'amministrazione è conseguentemente devoluta alla giurisdizione ordinaria e si svolge in maniera del tutto indipendente dalla responsabilità amministrativa che può sorgere anche dagli stessi fatti ma che si fonda su un rapporto giuridico tra soggetti legati tra loro da un rapporto di servizio, alla stregua di quello esistente tra l'amministrazione ed i suoi funzionari. Conclusivamente, nel condividere la ricostruzione del diverso tipo di rapporto contrattuale delineata dalla Suprema Corte, non ci si può esimere dall'effettuare un'ultima considerazione sull'inasprimento delle sanzioni gravanti su coloro

che rivestono tale duplice qualifica: invero, la possibilità di ricorrere alla doppia tutela, offerta dalla necessaria diversità della giurisdizione azionabile per avere ristoro del danno sopportato, conduce inevitabilmente ad un aggravamento della responsabilità del progettista - direttore dei lavori, che è chiamato a rispondere del danno da inadempimento cagionato, nell'un caso in qualità di progettista e a titolo di responsabilità contrattuale, nell'altro caso in qualità di direttore dei lavori, quando, in virtù del rapporto di impiego in essere con l'amministrazione, sia responsabile del danno erariale procurato all'ente.

«.....GA.....»

# ABUSO DEL DIRITTO ED ECCESSO DI POTERE

dell'Avv. Tommaso Ajello

*Il fine perseguito come meta-parametro di legittimità nell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, pubbliche e private*

The purpose sought as a half-year of the parameters of lawfulness subjective legal, public and private

*Sommario: 1. Premessa. 2. Pubblico: l'eccesso di potere come vizio tipico della funzione amministrativa. 3. Privato: abuso del diritto e clausole generali di correttezza e buona fede. 4. Il fine perseguito nell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive come meta-parametro di legittimità.*

## 1. Premessa.

Il riconoscimento della "meritevolezza" di determinate istanze o interessi e la qualificazione di questi come giuridicamente rilevanti è la ragione ed il fondamento dell'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive attive a determinati soggetti per la cura di tali beni, così come dell'assegnazione di funzioni amministrative ai pubblici poteri per il migliore perseguimento e la tutela di interessi che la Costituzione o la legge hanno qualificato come pubblici.

Al di là di considerazioni sulle ragioni concrete e contingenti, così come a prescindere dall'opportunità di tali valutazioni, di natura squisitamente politica, che portano alla qualificazione in termini di interessi giuridicamente rilevanti e, pertanto, protetti per determinati beni o rapporti, essenziali risultano e rimangono, anche al fine di valutare la legittimità dell'esercizio delle corrispondenti situazioni giuridiche soggettive di diritto privato così come di quelle pubbliche, le motivazioni che hanno indotto l'ordinamento alla qualificazione ed al riconoscimento giuridico di determinati beni e, conseguentemente, il fine che sia di volta in volta concretamente perseguito con l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive attribuite per la protezione di tali interessi.

## 2. Pubblico: l'eccesso di potere come vizio tipico della funzione amministrativa.

Il vizio di eccesso di potere costituisce il nodo essenziale del sindacato sulla legittimità

dell'attività discrezionale della PA.<sup>1</sup> Come noto, la sua progressiva delineazione si deve fondamentalmente all'opera del giudice amministrativo che ha contribuito in maniera sostanziale a definirne l'oggetto e l'ambito di estensione<sup>2</sup>, grazie anche all'elaborazione delle c.d. figure sintomatiche<sup>3</sup>, per tale via partecipando in maniere essenziale alla formazione dello stesso diritto amministrativo.

Per tali ragioni, l'eccesso di potere è stato considerato come il vizio tipico della funzione amministrativa<sup>4</sup>.

Sin dalle sue primissime decisioni il Consiglio di Stato nel definire l'eccesso di potere,

<sup>1</sup> Non è certo possibile, in questa sede, dare conto, se non per brevi cenni, dell'aspetto, ad avviso di chi scrive, essenziale del vizio di eccesso di potere, al solo fine di evidenziare come tale contenuto caratteristico si sia progressivamente esteso al di fuori del tradizionale ambito del diritto amministrativo.

<sup>2</sup> Parlavano, infatti, di "vizio indefinito", in relazione all'eccesso di potere, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Frat. Bocca Ed., 1889, 81; nonché E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1911, 79.

<sup>3</sup> Sui vizi dell'atto amministrativo, sulle varie tipologie di figure sintomatiche di eccesso di potere nonché sulla qualificazione di tali figure ed il loro rapporto con lo sviamento di potere, v., per tutti, P. M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>4</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, spec. 32-33. Sul punto, v. per tutti, CdS, VI, 13.4.1992, n. 256, in *Cons. Stato*, 1992, I, 606, che evidenzia come l'eccesso di potere sia "finalizzato a sindacare proprio quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa non scritti".

specialmente nella forma dello sviamento di potere, faceva riferimento alla "contrarietà allo spirito della legge"<sup>5</sup>, a tal fine, ritenendo necessario "indagare se l'esercizio di potere si sia mantenuto in conformità dello scopo pel quale fu conferito", non "fuorviando e sorpassando le intenzioni della legge"<sup>6</sup>.

La necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento degli interessi pubblici<sup>7</sup>, così come obiettivati innanzitutto nella Costituzione e nelle leggi, infatti, costituisce il primo "e forse il più importante dei limiti posti all'esercizio"<sup>8</sup> dei poteri all'uopo attribuiti alle pubbliche amministrazioni.

In effetti, il vizio di eccesso di potere, si caratterizza comunque nello sviamento di potere, a prescindere dalle varie e concrete tipologie in cui può venire a determinarsi o delle varie figure sintomatiche a mezzo delle quali viene usualmente sindacato, riconducibili essenzialmente all'irragionevolezza, all'ingiustizia manifesta o alla disparità di trattamento, che inficino l'operato delle pubbliche amministrazioni. Il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere tende, in definitiva, a sanzionare un uso del potere per un fine diverso (al di là di considerazioni sulla natura direttamente o indirettamente consapevole e volontaria di tale deviazione dalle finalità tipiche) e, in ipotesi, contrastante con quello istituzionalmente necessario e necessitato<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> V., CdS, IV, 28.1.1892, n. 32, in *Giust. Amm.*, 1892, I, 59 ss. Nello stesso senso, A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, Roma, Stab. Tip. Opinione, 1892, spec. 9-11, 19, che analizza lo sviamento di potere, anche sulla base dell'elaborazione compiuta dal *Conseil d'Etat* sul *detournement de pouvoir*.

<sup>6</sup> Cfr., CdS, IV, 19.5.1893, n. 185, in *Giust. Amm.*, 1893, I, 361.

<sup>7</sup> Imprescindibile il riferimento a M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1959, 23 ss.

<sup>8</sup> CdS, VI, 27.4.1937, n. 171, ora in G. PASQUINI - A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, 212.

<sup>9</sup> Lo sviamento di potere, in effetti, al di là della sua esatta e dibattuta qualificazione come essenza stessa dell'eccesso di potere o quale singola figura sintomatica della sua esistenza, si sostanzia essenzialmente nell'accertata deviazione dell'attività amministrativa dalle sue finalità istituzionali. In questo senso, v., per tutti, P. M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 150-160, che parla di "divergenza fra la finalità cui in concreto

Tale rilevanza del fine perseguito nell'esercizio della funzione amministrativa ai fini del sindacato sulla validità degli atti amministrativi, sia pure con le peculiarità legate alla valutazione dell'elemento soggettivo nell'attività della PA., si è infine via via estesa anche nella valutazione della legittimità degli atti di diritto privato, caratterizzato invece per lungo tempo dalla sostanziale irrilevanza giuridica dei motivi.

### 3. Privato: abuso del diritto e clausole generali di correttezza e buona fede.

Il riconoscimento di un diritto e la relativa attribuzione ad un titolare rappresentano la scelta di un determinato ordinamento tra interessi contrapposti. Il problema connesso all'abuso del diritto attiene, da un lato, al fatto se il titolare dell'interesse, riconosciuto meritevole di tutela tramite l'attribuzione di un diritto, sia o meno vincolato ad un esercizio del diritto conforme alla ragione per cui gli è stata riconosciuta una tutela legislativa; dall'altro, alla individuazione dei limiti e delle regole che ne disciplinino l'esercizio.

Il tema dell'abuso del diritto rimane, infatti, sospeso tra l'aspetto sociale - o, meglio, sociologico - e quello prettamente giuridico. Insita in esso è, pertanto, l'oscillazione tra l'esigenza di trovare "un criterio di giudizio più appagante... di quanto non sia il criterio della legittimità formale degli atti umani" e la necessità di evitare che in questo modo sia minacciato "il bene della certezza del diritto"<sup>10</sup>. La configurabilità in termini giuridici

risulta indirizzato l'atto e la sua funzione istituzionale e tipica" e, più in generale, di "esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale". Del resto, significativo è il fatto che ora l'art. 21 *septies* della legge sul procedimento amministrativo sanziona espressamente proprio con la nullità gli atti volti alla violazione o alla elusione del giudicato.

<sup>10</sup> Così, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, 11-13, che mette in evidenza come se il diritto soggettivo sottintenda una libertà o un potere di azione, garantiti ad un soggetto da una norma giuridica, quando si parla di abuso del diritto, si intende che l'esercizio del diritto possa "dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito - l'esercizio del diritto - diviene fonte di responsabilità". Significa, pertanto, "sottintendere alla libertà ed al potere un limite, ed il limite, la misura sembrano vaghi e sfuggenti".

del c.d. abuso del diritto è sempre stata, in effetti, oggetto di vivace dibattito.

Da un lato, si è sostenuto che ove c'è diritto non c'è abuso (*qui iure suo utitur neminem laedit*); dall'altro, si è evidenziata la massima *summum ius summa iniuria* insieme alla considerazione che l'abuso è concepibile in quei diritti il cui esercizio è libero e, pertanto, se ne può abusare (Josserand)<sup>11</sup>. Nei casi, infatti, in cui vi siano dei limiti o delle regole che disciplinano l'esercizio di un diritto, un uso dello stesso in contrasto con le predette regole o al di là dei suoi limiti sarebbe, già di per sé, "un agire senza diritto"<sup>12</sup>. Ogni limite posto all'esercizio di un determinato diritto è, infatti, "allo stesso tempo, limitazione del contenuto" del diritto medesimo<sup>13</sup>. Il problema si pone in maniera ancora più complessa quanto i suddetti limiti siano "vaghi e sfuggenti"<sup>14</sup>.

Come noto l'abuso del diritto non trova una specifica ed autonoma espressione nel nostro c.c.<sup>15</sup> né nella Cost.<sup>16</sup>, sebbene siano

contenute nel nostro codice civile diverse disposizioni che sembrano essere applicazione di singoli aspetti, in ambiti determinati, dell'istituto in questione.

Ci si riferisce, innanzitutto, al divieto di atti emulativi<sup>17</sup> ed ai principi di buona fede e di correttezza<sup>18</sup> che attengono strettamente alla problematica dell'abuso del diritto e che concernono le modalità di esercizio dei diritti. La regolamentazione delle forme di esercizio dei diritti tende infatti a prevenire gli abusi.

Per quanto riguarda il divieto di atti emulativi, la dottrina ritiene che l'istituto sia concettualmente attinente alla tematica dell'abuso del diritto, ma sia stato fatto oggetto di figura autonoma in quanto è stato possibile positivizzare una forma specifica di abuso, in maniera particolarmente espressiva, consistente in "un limite funzionale del diritto di proprietà"<sup>19</sup>.

Sebbene, anzi, l'atto *ad aemulationem* sia stato considerato "la specie più importante di abuso"<sup>20</sup>, tuttavia, a tale norma è sempre stata dedicata scarsa attenzione, in considerazione degli limitati risvolti pratici della medesima, derivanti dal criterio in essa contenuto per individuare la responsabilità del proprietario.

<sup>11</sup> Cfr., SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 167. Nello stesso senso, v., P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 60; la Cass. si muove in questa direzione, rilevando, infatti che possa sussistere un abuso del diritto, quando questo sia concretamente esercitabile mediante "una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate", Cass., III, 18.9.2009, n. 20106, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

<sup>12</sup> In questo senso, del resto, B. CONSTANT, *Principes de politique*, in Id., *Oeuvres*, a cura di A. Roulin, Paris, Gallimard, 1201, affermava, in generale, che "un'autorità non è legittima che nei suoi limiti". Evidenza tale aspetto bene la Cassazione, III, 18.9.2009, n. 20106, cit., nel ritenere l'essenza dell'esercizio abusivo del diritto nella "circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico".

<sup>13</sup> V., W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg n. Hessen, 1934, 90, relativamente al diritto tedesco.

<sup>14</sup> L'espressione è ripresa da P. RESCIGNO, *L'abuso...*, cit., 13, v. nota n. 46.

<sup>15</sup> Il progetto definitivo del codice civile del 1942 prevedeva all'art. 7 che "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto". Tale norma, ritenuta generalmente come la positivizzazione del principio generale del divieto di abuso del diritto, venne successivamente espunta dal testo definitivo del codice al momento della sua approvazione.

<sup>16</sup> In Assemblea costituente venne proposto dall'on. Codacci Pisanelli un emendamento all'art. 19 del

progetto di Cost. (che sarebbe poi divenuto l'art. 24 del testo definitivo) secondo cui "nessuno può esercitare il proprio diritto per uno scopo diverso da quello per il quale gli è stato attribuito"... Tale emendamento, fatto proprio anche dall'on. Dominedò che rilevò "la larga possibilità diffusiva anche nei confronti del diritto privato" della norma sull'abuso del diritto, strettamente collegata alla figura dell'eccesso di potere per come usualmente applicata nel diritto amministrativo, non venne poi approvato. V., al riguardo, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, I, Roma, 1970, spec. 723-724, 891 e 893.

<sup>17</sup> L'art. 833 del c.c. dispone che "Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri".

<sup>18</sup> Ritiene che l'abuso del diritto vada riconnesso alla violazione del principio di buona fede, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, Giuffrè, 1959, 276-281.

<sup>19</sup> Così, SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, 166.

<sup>20</sup> V., M. BARTOSEK, *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, in *Atti del Congr. Intern. di dir. romano e di storia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 1951, 195.

Se, infatti, l'atto nocivo diviene fonte di responsabilità per il proprietario solo nel caso in cui "appaia privo di ogni utilità, anche astratta, futura ed eventuale" per quest'ultimo, si restringe notevolmente il suo ambito di applicazione e diviene, forse, specie nel caso di ricorso estensivo ad esso fuori dal campo dei diritti reali, più uno strumento per assicurare "la tutela dell'autore" dell'atto che "la tutela del destinatario degli effetti"<sup>21</sup>.

Cosicché, diviene fondamentale determinare l'effettiva efficacia giuridica dei principi di buona fede, correttezza e lealtà, sia singolarmente considerati sia quale concretizzazione della più generale figura dell'abuso del diritto, verificando se e in che termini possano essere oggetto di sindacato giudiziale. La giustiziabilità, infatti, di un uso abusivo del diritto vale a distinguere l'aspetto sociologico da quello prettamente giuridico dell'istituto in esame<sup>22</sup>. Per buona fede si intende, secondo l'espressa definizione codicistica *ex art. 1147*, "l'ignoranza di ledere l'altrui diritto" o, come è stato prospettato, "l'erroneo convincimento di comportarsi secondo il diritto", costituendo così un fatto descrittivo, storicamente verificabile, che consiste nell'attribuire ad uno stato soggettivo, psicologico del soggetto, rilevanza giuridica, funzionando come elemento "discriminante" tra due fattispecie, differenziate "esclusivamente in ordine alla sussistenza o meno della buona fede"<sup>23</sup>.

Accanto a tale principio inteso in senso soggettivo, emerge il principio di buona fede in senso oggettivo, di cui sarebbe esplicazione il dovere di buona fede nella materia contrattuale, ai sensi dell'art. 1375 c.c.,<sup>24</sup> identi-

ficabile nell'obbligo giuridico, con natura prescrittiva pertanto, di comportarsi secondo un "modello socialmente apprezzabile"<sup>25</sup>.

La giurisprudenza, ad esempio, ha ritenuto di poter valutare, nell'ambito del rapporto di lavoro, le scelte effettuate dal datore di lavoro applicando il "principio generale di correttezza", nelle forme tipiche del sindacato sull'eccesso di potere, di contenuto e ampiezza analogo a quello compiuto dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti dei soggetti pubblici<sup>26</sup>. L'applicazione di tale principio va coniugata, però, con il principio dell'irrelevanza giuridica dei motivi, nel diritto privato contrattuale, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. La buona

M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 2. In quest'ottica, v., SALV. ROMANO, *Buona fede, (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, 677 ss.; specificamente per la bipartizione, v., R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1949, 6 ss.; pone in essere, invece, una quadripartizione E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, 65 ss., che ne individua comunque, in ambito contrattuale, la duplice funzione "tanto come criterio ermeneutico alla stregua del quale deve essere interpretato il contratto, quanto come criterio di condotta, alla stregua del quale debbono essere adempiute le obbligazioni poste in essere". Propende, invece, per una sostanziale unicità del principio di buona fede, A. MONTEL, *Buona fede, (ad vocem)* in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1958, 600, che ne evidenzia l'elemento caratterizzante, consistente nell'agire leale ed onesto, nella correttezza. Ne individua una "dimensione comune", pur nell'ambito di una netta distinzione strutturale e funzionale, L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, (Atti della giornata di studio, Pisa 14 giugno 1984, Milano, Giuffrè, 1987, 54 ss. Evidenzia una "notevole affinità" fra buona fede in senso oggettivo e correttezza, G. M. UDA, *La buona fede...*, cit., 30. Interpreta le regole di correttezza come "regole di condotta formatesi al di fuori e indipendentemente dall'ordinamento statale cui lo stato appresta la propria protezione", N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 284. Si tratterebbe di "regole dei rapporti sociali, che sono prodotte dalle esigenze della convivenza", riconosciute dal legislatore "come se fossero norme emanate direttamente dai propri organi dotati di poteri normativi".

<sup>25</sup> Così, di recente, G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 20-21.

<sup>26</sup> V., Cass., sez. un., 2.9.1979, n. 5688; nonché Cass., 5.1.1981, n.1; Cass., 29.6.1981, n. 4250; Cass., sez. un., 4.1.1980, n. 1; Cass., 29.10.1980, n. 5800.

<sup>21</sup> In questi termini si esprime, P. RESCIGNO, *L'abuso...*, cit., 12, che evidenzia come l'istituto della proprietà, analizzato con la lente dell'art. 833 c.c., rimanga, nella concezione del codice, "un diritto egoista".

<sup>22</sup> Così, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 36-37, che evidenzia come sia diverso l'impatto della problematica dell'abuso del diritto negli ordinamenti giuridici e nei termini in cui sia attribuito al giudice un ruolo creativo del diritto.

<sup>23</sup> Cfr., G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, Giappichelli, 2004, 4-11.

<sup>24</sup> Pacifica in dottrina ed in giurisprudenza è la bipartizione del principio di buona fede, in senso soggettivo ed in senso oggettivo, e comunque l'inesistenza di una categoria onnicomprensiva, v. G.

fede contrattuale, in effetti, opera come canone interpretativo e valutativo dei rapporti interprivati, ma soprattutto si riempie di significati grazie all'integrazione di essa con i principi e i contenuti derivanti dalla Cost.<sup>27</sup>. Ne deriva la necessità di integrare le disposizioni civilistiche dell'attività negoziale con gli interessi protetti di rango costituzionale, le prime dovrebbero subire, pertanto, uno stretto scrutinio ai fini di colorare di un'effettiva parità le parti contraenti<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> In effetti, "nel diritto dei contratti la buona fede e l'affidamento non incidono sulla validità dell'atto, ma operano o come principi di integrazione normativa esterni alla volontà delle parti – e quindi come tali non necessariamente legati a rapporti paritari – oppure come principi relativi alla disciplina della responsabilità per inadempimento", F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001, 39 e 5-6, che inoltre rileva come il principio di buona fede, in realtà, sia "un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti". Nello stesso senso, v., M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, Jovene, 2000, 163, secondo cui "il controllo giudiziale sui poteri privati costituisce il consequenziale effetto logico del principio di buona fede e correttezza".

Tale principio, inoltre, "non ancora apprezzato in tutta la sua forza precettiva, ed efficacemente definito come criterio che consente una articolazione dell'ordinamento sulla base dei principi desumibili dalla Costituzione", costituisce "una clausola generale, capace di garantire ciascuna delle parti contro ogni possibile forma di abuso"; M. C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 146-147, che ne evidenzia il ruolo di correttivo della "regola contrattuale, sulla base della considerazione del caso concreto" e, contestualmente, rileva i pericoli di una sua trasformazione in canone di ragionevolezza, come avvenuto negli ordinamenti di common law, idonea a degradarla da canone normativo a "nozione empirica" rimessa alla discrezionalità del giudice. L'emersione di tale profilo si deve, anzitutto, a F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede*, cit., pp. 555-556 ed a U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, pp. 18 ss.

<sup>28</sup> Ritiene, infatti, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003, 228-229, che le norme civilistiche in materia di correttezza e buona fede costituiscano "specifica determinazione legislativa" di quella "corrispondenza biunivoca tra diritti ed obblighi espressa nell'art. 2 Cost." e che, peraltro, gli "artt. 2 e 3 Cost. esprimono un vero e proprio principio di struttura delle condizioni di validità riguardanti gli atti normativi privati". Specie nella dottrina tedesca, poi, si è fatto riferimento

Gli atti espressione formalmente di "auto-determinazione privata" sarebbero pertanto soggetti al controllo da parte della collettività ogniqualvolta si sostanzino nella "sovraordinazione di un soggetto rispetto ad un altro"<sup>29</sup>. Tale concreta situazione, infatti, sarebbe in contrasto con la pari dignità dei consociati di cui agli artt. 2 e 3 della cost., nonché con il secondo comma dell'art. 41 che contrappone alla libertà economica il rispetto della libertà, sicurezza e dignità della persona umana<sup>30</sup>.

all'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra soggetti privati tramite l'intermediazione delle clausole generali del diritto privato, fra cui quella di buona fede, cui i diritti fondamentali fornirebbero uno "specifico contenuto prescrittivo", v., G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970, 64-65. Analizza il rapporto tra clausole – principi generali del c.c. e i principi costituzionali, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento (ad vocem)*, in *Enc.giur.*, Roma, Treccani, 1991, p. 8.

<sup>29</sup> Cfr., M. ESPOSITO, *Profili costituzionali...*, cit., 83; Ritiene che il principio generale di divieto di abuso del diritto sia ancorato all'art. 2 della Cost. ed, in particolare, al dovere di solidarietà, nonché, in ambito civilistico, al principio di buona fede in senso oggettivo ed alle regole di correttezza, che sono regole "cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata" (Cass, III, 18.9.2009, n. 20106, cit., *passim*).

<sup>30</sup> In questo senso, v. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969, 24, secondo cui la disciplina costituzionale dei rapporti economici ha come "termine di riferimento l'attuazione di quell'equilibrio fra gruppi sociali che detengono il potere economico e gruppi sociali che ne sono sprovvisti, al fine di impedire la cristallizzazione delle posizioni di forza e di consentire un avvicendamento nella gestione dell'economia". Concorde sul punto, F. SANTORO - PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 232 ss., che rileva essere una caratteristica strutturale dell'ordinamento giuridico il contemperamento fra le istanze sociali e il principio di autonomia individuale. Tale considerazione, peraltro, sembra essere la base concettuale dei diritti sociali, intesi come uguale diritto a partecipare ai benefici della vita associata, v., al riguardo, M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, 805, secondo un'idea di libertà eguale da garantire a tutti i consociati; nello stesso senso, cfr., Corte cost. 286/1987, dove si legge di "interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono

Per quanto riguarda il principio di correttezza, questo avrebbe la duplice valenza di fonte di norme di azione, alla luce delle quali valutare il comportamento della parte privata investita del potere al fine di verificare il rispetto delle regole che ne disciplinano l'esercizio; nonché di strumento di integrazione del contratto e, quindi, fonte di vere e proprie norme di relazione, ulteriori rispetto al regolamento contrattuale<sup>31</sup>.

In effetti, è stato affermato dalla dottrina e progressivamente recepito dalla giurisprudenza di merito che la clausola generale di buona fede si ponga attualmente come “strumento di razionalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali”, funzionando da tramite “per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata”<sup>32</sup>. A tale conseguenza ha portato anche il diritto comunitario che ha ampliato via via le ipotesi in cui il giudice può “sindacare il merito dei contratti”, quando il regolamento contrattuale risulti sprequato in virtù di una posizione contrattuale delle parti non paritetica e della mala fede del contraente forte. La violazione del principio

l'effettivo godimento dei diritti civili e politici”; nonché la Cost. giacobina del 24.6.1793 che, nell'art. 23, afferma: “*La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assure à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale*”. A ben vedere, è probabilmente questa la norma più interessante, in quanto viene positivizzata la base concettuale dei diritti sociali. Sul tema, v., G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 781; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, 6-7.

<sup>31</sup> Illustra tali posizioni dottrinarie, A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»*, in *Giur. ital.*, 1980, c. 443. Sul concetto di norme di azione e norme di relazione, fondamentale il rinvio a E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954, p. 19; nonché ad A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, I, 211.ss.

<sup>32</sup> Così, A. RICCIO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impresa*, 1999, 942. In effetti, già alcuni anni addietro, la giurisprudenza aveva fatto riferimento al dovere di correttezza, la cui violazione configurava come eccesso di potere nell'ambito di promozione dei dipendenti di un ente pubblico economico effettuata tramite un concorso interno, v. Cass., 29.6.1981, n. 4250, in *Giust. Civ.*, 1982, 181 ss., con nota di B. BRATTOLI, *Concorsi negli enti pubblici economici e sindacato del giudice*.

di buona fede è stata sanzionata dalla giurisprudenza con “*l'azione di danni, la risoluzione del contratto per inadempimento, l'invalidità dell'atto, la perdita del diritto, la perdita di efficacia dell'atto*” e, ultimamente, con la possibilità per il giudice “*di sindacare e correggere il contratto secondo principi di equità*”<sup>33</sup>. Invero, la Corte costituzionale aveva ritenuto, in un primo momento, che “*i principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia*”<sup>34</sup>. In ogni caso, è da rilevare come il legislatore abbia mano introdotto discipline tese a riequilibrare le posizioni di debolezza dei contraenti nei rapporti tra soggetti privati, che avrebbero potute essere introdotte già in base all'applicazione ed alla esplicitazione dei principi costituzionali attraverso le clausole generali del codice civile, quali innanzitutto la correttezza e la buona fede<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> V., A. RICCIO, *Il controllo...*, cit., 943.

<sup>34</sup> Cfr., Corte cost., 15.5.1990, n. 241, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Invero, tale posizione è stata espressa in una fattispecie in cui il contraente forte era sostanzialmente titolare di un diritto di esclusiva.

<sup>35</sup> In questo senso, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali...*, cit., 22-23; nonché, G. M. UDA, *La buona fede...*, cit., 64-69, secondo cui il principio costituzionale di solidarietà sociale ed economica, ai sensi dell'art. 2 Cost., rileva nei rapporti privatistici, sia attraverso gli artt. 41 e 42 della Cost. che per il tramite delle clausole generali quali innanzitutto la buona fede e la correttezza. Nello stesso senso, si è mossa la giurisprudenza, v., Cass., 20.4.1994, n. 3775. Ultimamente, affronta in materia specifica e puntuale la tematica, M. C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, cit., 158-162, che illustra “*le nuove tecniche di tutela del consenso*”, valutandole in termini di “*adeguatezza*” e “*incisività*” degli strumenti previsti (doveri di informazione, trasparenza, diritto di ripensamento), rilevando

D'altra parte, via via maggiore è il ricorso alle clausole di correttezza e di buona fede insieme al concetto di abuso del diritto per limitare l'autonomia privata quando debordi in potere<sup>36</sup>. Ampio rilievo alla figura dell'abuso del diritto, come clausola generale tramite cui sindacare le modalità ed i fini dell'esercizio di un diritto, infatti, è stato dato dalla dottrina, prima, dalla giurisprudenza poi, nel diritto societario, in relazione all'art. 2367 del c.c. che attribuisce ad una minoranza qualificata il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea, con l'indicazione degli argomenti da trattare, cui corrisponde un correlativo dovere per gli amministratori di convocare l'organo assembleare. La giurisprudenza, infatti, ha ritenuto non sussistere l'obbligo per gli amministratori di convocare l'assemblea e ha con-

---

sostanzialmente *“un progresso rispetto al preesistente sistema normativo”*, pur evidenziandone i limiti di operatività rispetto al fine di *“consentire la piena esplicazione della libertà negoziale da parte del contraente destinatario della tutela”*.

Con riferimento ai contratti per adesione, infatti, l'autore rileva come la disciplina sia volta a garantire un corretto procedimento di formazione della volontà dell'aderente, ma in presenza di condizioni contrattuali unilateralmente predisposte da uno solo dei contraenti, esclusivamente la reale possibilità di modificare il contenuto negoziale in relazione al singolo contratto, sembra idoneo allo scopo, altrimenti rimarrebbe al contraente debole solo la scelta se *“prendere o lasciare”*.

Nel contesto macroeconomico, poi, solo una effettiva concorrenza tra le varie imprese può giocare a vantaggio del singolo cliente con la facoltà di scegliere gli operatori professionali che adottano condizioni generali di contratto più vantaggiose per l'aderente. Diverso è l'impatto della normativa in tema di clausole vessatorie che assume un *“ruolo più pregnante”*, tesa com'è a garantire l'equilibrio contrattuale, con una maggiore possibilità di incidere sulla definizione del contenuto negoziale da parte del consumatore e, indipendentemente dall'iniziativa del singolo aderente, prevede la rilevabilità *ope iudicis* del contenuto vessatorio delle clausole e la conseguente inefficacia. Nello stesso senso, v. M. POMPEI, *L'abuso del diritto e' configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di cassazione civile sez. III, 18.9.2009, n. 20106*, in *Giureta*, 2010, spec. 300 e 305-306, che evidenzia, peraltro, come la configurazione giuridica dell'abuso del diritto sia storicamente collegato con la tutela del contraente debole.

<sup>36</sup> V., G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, 19

siderato legittimo il relativo rifiuto quando le richieste in tal senso siano o *“possano risultare illegittime, immotivate o inutilmente ripetitive e pretestuose o che possano con probabilità dare vita a situazioni e deliberazioni capaci di recare danno alla società”*, distinguendo, pertanto, tra legittimo esercizio del diritto e abuso dello stesso in base al *“fondato sospetto che il rimedio prescelto venga strumentalmente impiegato in danno della società e per finalità contrastanti con quelle garantite dalle prescrizioni di legge”*<sup>37</sup>. Successivamente, analogo principio è stato applicato dalle Sezioni Unite della Corte Cassazione<sup>38</sup> nel valutare come abusivo il comportamento del creditore che aveva inteso *“parcellizzare”* la propria pretesa in distinte azioni giudiziarie al fine di radicare il giudizio di fronte ad un giudice diverso da quello competente a decidere sull'intero importo del diritto vantato nei confronti del debitore, risolvendo così i dubbi sorti in seguito a contrastanti pronunce.

Infine, forte impulso alla reviviscenza del tema dell'abuso del diritto, è venuto in materia tributaria, specie in considerazione dell'attuale contesto di crisi delle finanze pubbliche, con l'introduzione di normative tese a prevenire e sanzionare l'elusione fiscale, fenomeno intrinsecamente ed intimamente connesso con l'abuso del diritto, e la specificazione di alcune fattispecie elusive, anche qui con decisivo apporto della giurisprudenza<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> V., Trib. Milano, 21.11.1994, in *Giur. comm.*, 1995, 586; in senso analogo, Trib. Aosta, 12.4.1994, in *Società*, 1995, p. 70, che fa esplicito riferimento all'abuso del diritto, *“qualora lo stesso diritto venga esercitato al solo fine di perseguire intenti dilatori o di mero disturbo”*.

<sup>38</sup> Si tratta della sent. 15.11.2007, n. 23726, in *Giur. It.*, 2008, 4, 929. V. il commento di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 745 ss.

<sup>39</sup> Di recente, rilevante il contributo alla specificazione dell'abuso del diritto in materia tributaria della Cass. che ha affrontato la questione in diverse pronunce e ne ha rinvenuto il tratto caratterizzante nel porre in essere un'operazione economica per *“il mero conseguimento di risparmio d'imposta”* e *“qualora e nella misura in cui tale scopo si ponga come elemento predominante ed assorbente della transazione”*. Cfr., da ultimo, Cass., 26.10.2011, n. 22258, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it). Approfondiscono il tema, M. VIETTI - G. TASCA,

A livello sovranazionale, poi, l'art. 17 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contengono un espresso riconoscimento del divieto dell'abuso del diritto. Le due disposizioni, di contenuto sostanzialmente analogo, definiscono l'abuso del diritto quale esercizio di un'attività o compimento di un atto "mirante alla distruzione dei diritti o delle libertà", previsti dalla rispettive carte, o che ponga a quest'ultimi "limitazioni maggiori" di quelle previste dalla carte medesime. In definitiva l'abuso del diritto consisterebbe nella deviazione, verificatasi nell'esercizio della prerogativa privata, dalle finalità che ne hanno sostanzialmente comportato il riconoscimento normativo in virtù della meritevolezza dell'interesse sottostante<sup>40</sup>. Deviazione che ricorrerebbe in presenza di due diversi elementi: l'aggravamento della posizione del soggetto passivo del rapporto insieme all'assenza di un'utilità, per il soggetto attivo, oggettivamente meritevole di tutela e riconosciuta dall'ordinamento<sup>41</sup>.

La valutazione in ordine alla sussistenza delle due condizioni si fonderebbe sulla base dell'applicazione dei principi di buona fede e correttezza come parametri utili per verificarne l'esistenza. In questo senso, la disciplina degli atti emulativi ed i principi di buona fede e correttezza si integrerebbero come indici rivelatori di un esercizio abusivo del diritto,

---

*Abuso di diritto e di potere*, Roma, Luiss university Press, 2012, spec. 231 ss.

<sup>40</sup> In tal senso, v., Cass, III, 18.9.2009, n. 20106, cit., secondo cui perché vi sia abuso del diritto è necessario che "si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte... (Infatti,) L'abuso del diritto, lungi dall'integrare una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede". Nello stesso senso, CdS, V, 7.2.2012, n. 656, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>41</sup> Nello stesso senso, v., Cass., III, 18.9.2009, n. 20106, cit., *passim*, che fa ricorso anche al concetto di ingiustificata sproporzione fra il sacrificio dell'uno e l'utilità dell'altro.

piuttosto che essere rigidamente e settorialmente separati e differenti. Diversa, per alcuni, sarebbe la figura dell'"*eccesso di diritto*", sanzionabile con l'illiceità dell'atto di esercizio, che si rinverrebbe in un agire al di fuori delle regole e delle modalità che disciplinano la situazione giuridica soggettiva, attribuita al privato. Va evidenziato che, tradizionalmente, non sminuire il valore della certezza del diritto e la connessa tutela dell'affidamento è stato sempre, invero, la preoccupazione principale di quanti hanno negato la sindacabilità degli atti dei soggetti privati, sotto il profilo dell'abuso del diritto, da parte di un giudice cui spetterebbe, in tal caso, una troppo invasiva facoltà di controllo rispetto a prerogative riconosciute dall'ordinamento ai privati.

Deriva, infatti, da una simile configurazione dell'abuso del diritto e, specificamente, dai principi di correttezza e buona fede, la necessità che il concreto ed efficace regolamento del rapporto giuridico lasci al giudice e, comunque, all'interprete il compito di valutare, bilanciare e temperare i diversi interessi in gioco, anche alla luce del procedimento di formazione ed esecuzione del contratto, utilizzando a tal fine "norme o parametri sociali di condotta"<sup>42</sup>. In questo senso, appare condivisibile la posizione di chi considera l'abuso del diritto "come la categoria civilistica più vicina alla nozione di bilanciamento di interessi costituzionali"<sup>43</sup>.

#### **4. Il fine perseguito nell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive come meta-parametro di legittimità.**

In effetti, l'abuso del diritto nel diritto pri-

---

<sup>42</sup> Così, A. DI MAJO, *op. cit.*, 364, che afferma come irrinunciabile in qualsiasi ordinamento giuridico l'esistenza di "zone di diritto pretorio, pena la rigidità" del primo, con confini diversi "a seconda dei tempi". Così, ritenendo che le preoccupazioni circa un "eccessivo" e "indeterminato" potere in tal modo consegnato ai giudici può essere superata dall'esistenza di clausole generali nel diritto civile che a tal fine "autorizzano" la giurisprudenza. Sul punto, v., inoltre, H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in N. G. C. C., 2000, spec. 497.

<sup>43</sup> Cfr., F. D. BUSNELLI – E. NAVARETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, Cedam, 1998, 174.

vato e l'eccesso di potere nel diritto amministrativo tendono a sanzionare modalità di esercizio di prerogative giuridiche, finalizzate a raggiungere obiettivi diversi e in ipotesi in contrasto con i fini per cui tali prerogative sono state attribuite ai titolari dall'ordinamento giuridico stesso<sup>44</sup>. Diversamente da quanto tradizionalmente affermato nel diritto privato secondo il canone della sostanziale irrilevanza giuridica dei motivi, anche in tale ramo del diritto, grazie al principio di correttezza e buona fede e conformemente a quanto accade nel diritto amministrativo ove il vizio tipico della funzione amministrativa, l'eccesso di potere, essenzialmente si sostanzia in un uso del potere per un fine diverso da quello per cui è stato attribuito, diviene rilevante il fine ed il modo secondo cui vengono esercitate le situazioni giuridiche soggettive, al fine di valutarne la legittimità. La protezione che l'ordinamento giuridico assicura a determinati beni o interessi, che divengono così giuridicamente rilevanti e vedono attribuiti al titolare determinate situazioni giuridiche soggettive per una migliore e più efficace protezione di tali interessi, infatti, richiede che l'esercizio di tali situazioni giuridiche soggettive avvenga in maniera corrispondente e conforme alle ragioni di tutela che l'ordinamento ha premiato, con la qualificazione di tali istanze come giuridicamente meritevoli di tutela, pena l'invalidità di siffatte modalità di esercizio. Pertanto, un uso del diritto conforme alle ragioni per cui tale diritto è stato ri-

conosciuto e attribuito, diverrebbe anche nel diritto privato (come potrebbe essere altrimenti) un meta-parametro di legittimità delle concrete modalità di esercizio. Naturalmente, tale meta-parametro non potrà trovare, in ultima analisi, che negli interessi costituzionalmente protetti gli elementi in base al quale valutare la meritevolezza dei fini perseguiti, in virtù della rigidità della Cost. italiana e dei canoni dell'ermeneutica giuridica<sup>45</sup>, così come nel rispetto del principio di buona fede, oramai di specifico e pregnante rilievo giuridico tanto nel diritto amministrativo che nel diritto privato, il limite esterno cui dovranno essere informate le corrette modalità mediante le quali tali fini potranno essere perseguiti.

Le tecniche di sindacato delle concrete ragioni, *rectius*, del fine perseguito, ovviamente divergono, quanto a modalità, fra il diritto privato ed il diritto amministrativo.

Nel diritto amministrativo l'eccesso di potere ha, alla base, una elaborazione di origine giurisprudenziale più che centenaria, di notevole e affinata sistemazione concettuale.

Nel diritto privato, invece, per troppo tempo l'abuso del diritto è stato limitato allo spazio angusto e, sostanzialmente, inapplicato degli atti emulativi nell'ambito del diritto di proprietà, trovando poi una sua espansione grazie alla generale validità del principio di correttezza e buona fede, specie nella sua accezione oggettiva, ritagliandosi così un ambito di sempre maggiore operatività nella giurisprudenza di merito.

<sup>44</sup> Giungono alla stessa conclusione, M. VIETTI - G. TASCA, *Abuso di diritto e di potere*, cit., spec. 256, dopo un'ampia e interessante disamina dell'abuso di diritto e di potere nel diritto privato, nel diritto amministrativo, in quello tributario e nella Costituzione, individuando come tratto caratteristico di ogni condotta abusiva è, "dietro l'adesione formale al precetto", il perseguimento di "un risultato differente rispetto a quello garantito dalla norma". In tale ottica, pertanto, richiamata la distinzione tra *Ius e Lex*, gli autori evidenziano la necessità che, insieme alla tematica di Diritto e Giustizia, si faccia riferimento anche ai "principi e valori dell'ordinamento (anche ad esso preesistenti), quali l'etica e legalità", ritenendoli aspetti centrali nella tematica dell'abuso di diritto e di potere, in quanto connessi con quello che ne è l'aspetto caratterizzante: "la dimensione soggettiva" delle motivazioni del singolo nelle sue relazioni "con il prossimo, con la comunità e con le istituzioni".

<sup>45</sup> Per il diritto pubblico, già V. CRISAFULLI, , *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 19, evidenziava che "ogni norma costituzionale deve dirsi senz'altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa"; nello stesso senso, peraltro, si è sempre espressa la Corte Cost., sin dalla sua prima sentenza. Per il diritto privato, la Corte cost., 9.3.1989, n. 103, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ha statuito l'invalidità degli atti di autonomia negoziale privata non «*sorretti da causa conforme con i principi fondamentali dell'ordinamento*».

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. III, 22.8.2012 n. 4593  
**Contratti della PA. - gara - provvedimento di esclusione - termine d'impugnazione - decorrenza - nel caso di presenza del rappresentante dell'impresa interessata alle operazioni di gara - ove sia munito di apposita delega. Dalla data di adozione di redazione del relativo verbale - ricorso giurisdizionale proposto oltre detto termine - irricevibilità.**  
*Se l'impresa assiste, tramite un proprio rappresentante munito di apposito mandato, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento; la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto, infatti, non comporta ex se la piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora il rappresentante stesso non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale, ossia non ricorrano i casi in cui la conoscenza avuta dal medesimo sia riferibile alla società concorrente.*

La sentenza in commento afferma che la decorrenza del termine per impugnare l'esclusione da una gara di appalto decorre dal momento in cui l'esclusione stessa è stata disposta nella seduta di gara, purchè sia presente un rappresentante della ditta esclusa munito di mandato, in deroga al tradizionale assunto per cui il termine per impugnare l'esclusione decorreva dalla conoscenza del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.2.2012, n.616  
**Giustizia amministrativa - convenzioni urbanistiche - g.e. - sussiste - convenzione urbanistica - esatto adempimento - potere di controllo del Comune - prescrizione - decorrenza - convenzione urbanistica - stipula - disciplina ministeriale relativa al costo di costruzione - derogabilità.**

*Le controversie in materia di convenzioni urbanistiche appartengono alla giurisdizione esclusiva, giusto il disposto dell'art. 133, co. 1, lett. a), n. 2, c.p.a.. Detta disposizione si applica anche ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova legge, giusto il disposto dell'art. 5 c.p.c., fermo, per il periodo precedente all'entrata in vigore del c.p.a., l'art. 11 della l. n. 241/90.*

La sentenza in commento, dichiarando che la materia delle convenzioni urbanistiche pertiene alla giurisdizione esclusiva del G.A., sembra dare atto che, anche prima dell'entrata in vigore del c.p.a., correttamente tali atti sono stati inquadrati da dottrina e giurisprudenza nell'alveo degli accordi sostitutivi e/o integrativi del provvedimento amministrativo, per i quali l'intreccio inestricabile di diritti soggettivi ed interessi legittimi, fin dalla formulazione dell'attuale art. 11 della l. n.241/1990, ha suggerito la giurisdizione di tipo esclusivo del G.A.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.11.2011, n.6053  
**Aggiudicazione - impugnazione di un concorrente legittimamente escluso - inammissibilità del ricorso per carenza di interesse - va dichiarata.**

*Deve essere considerato inammissibile il ricorso proposto dal concorrente legittimamente escluso dalla gara non avendo questi alcun interesse qualificato e differenziato a far valere i vizi della procedura.*

Anche in materia di gare pubbliche viene in rilievo la necessità che l'interesse del ricorrente al ricorso sia attuale, concreto ed effettivo, derivante da una posizione giuridica soggettiva, in specie se di interesse legittimo, differenziata e qualificata.

TAR Lazio, Rm, Sez. I, 3.9.2012, n. 7483  
**Giustizia amministrativa - ricorso giurisdizionale - ricorso previsto dall'art. 1 del d. lgs. n. 198 del 2009 (c.d. class action per l'efficienza della PA.) - proposto dal Codicons - nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di alcuni Ministeri, di alcune Regioni e di un ente locale - in rela-**

**zione alla necessità di provvedere alla rimozione delle situazioni di rischio idrogeologico. Nel caso di unico ricorso contro diverse amministrazioni che versano in disparate situazioni di fatto e di generica richiesta per l'emissione di provvedimenti generali, non meglio specificati - inammissibilità.**

*E' inammissibile una azione collettiva in tema di efficienza della PA., con la quale è stato chiesto, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1 e 3 d. lgs. n. 198/2009, l'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere da parte delle Amministrazioni evocate in giudizio, alla rimozione delle situazioni di rischio idrogeologico, per quanto di propria competenza, nel caso in cui, da una parte, con un unico atto, siano evocate in giudizio svariate amministrazioni, in relazione a situazioni disparate che interessano soggetti diversi, cui trovano potenziale applicazione molteplici norme generali e locali, e, dall'altra, tale litisconsorzio passivo venga fondato su di una generica richiesta per l'emissione di provvedimenti generali, non meglio specificati, ma che, appunto per le peculiarità delle situazioni, nulla fa ritenere possano coincidere; in tal caso, infatti, difetta la specifica indicazione nominativa, per ciascuna delle PP.AA. evocate in giudizio, del titolo e dell'oggetto dell'azione, con la conseguenza che al G.A. adito non è dato di comprendere quali utili statuizioni egli potrebbe disporre, ovvero come, per dirla altrimenti, egli potrebbe ordinare alle amministrazioni interessate di porre rimedio alla situazione di pregiudizio.*

Con la sentenza in commento il TAR del Lazio ha affermato la necessità che ogni ricorso giurisdizionale, anche se collettivo e nel quale risultino convenute più amministrazioni, sia sufficientemente preciso nell'indicare quale comportamento, che la PA. sarà obbligata a tenere per l'effetto c.d. conformativo delle pronunzie del G.A., risulti soddisfacente della pretesa del ricorrente.

TAR Lazio, Rm, Sez. II, 30.8.2012, n. 7395

**Giustizia amministrativa - ricorso giurisdizionale - atto impugnabile o no - risoluzioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze e circolari dell'Agenzia del Territorio - interpretative di norme che disciplinano le specifiche competenze di alcune categorie professionali (Geometri, Agrotecnici e Periti Agrari, laureati e non) - impugnazione diretta ed immediata in s.g. - inammissibilità.**

*E' inammissibile un ricorso diretto ad ottenere in via immediata e diretta l'annullamento di una risoluzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze e di una circolare dell'Agenzia del Territorio interpretative di norme che disciplinano le specifiche competenze di alcune categorie professionali (nella specie si trattava delle competenze professionali dei Geometri e dei Geometri Laureati, degli Agrotecnici, degli Agrotecnici Laureati, dei Periti Agrari e dei Periti Agrari Laureati), trattandosi di atti attraverso i quali le amministrazioni si limitano a fornire chiarimenti di carattere interpretativo sulla normativa di settore che coinvolge le attività professionali e, pertanto, non essendo volti alla fissazione di regole caratterizzate da una chiara incidenza sulla sfera giuridica dei terzi, non sono dotati di quel crisma dell'autonomia lesività che ne giustifica la possibilità di immediata ed autonoma impugnazione, neppure da parte di un soggetto che cura gli interessi di una intera categoria professionale; ciò in quanto le circolari interpretative, data la loro natura, non sono in grado di produrre alcuna lesione concreta ed attuale nei riguardi dei terzi estranei agli uffici destinatari delle stesse.*

La sentenza in commento ribadisce il principio per il quale l'impugnativa avverso un atto amministrativo dinanzi al TAR è ammissibile in tanto in quanto lo stesso sia autonomamente lesivo di una posizione giuridica del privato qualificata e differenziata.

TAR Toscana, Sez. II, 28.8.2012, n. 1487

**Giurisdizione e competenza - risarcimento dei danni - derivanti da responsabilità precontrattuale della PA. - a seguito dell'annullamento in autotutela di una licenza commerciale precedentemente rilasciata da un ente locale - domanda - controversie in materia - giurisdizione dell'A.G.O.**

*Rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. una controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della PA. proposta a seguito dell'annullamento in autotutela di una licenza commerciale in precedenza rilasciata; in tal caso, infatti, la controversia riguarda l'originaria concessione di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato, poi posto nel nulla in virtù dell'esercizio di poteri di autotutela della PA., con la conseguenza che l'affidamento ingeneratosi nel privato concerne la legittimità del provvedimento amministrativo*

*favorevole e/o ampliativo, sulla cui base ha effettuato delle scelte conseguenti che hanno comportato l'affrontare dei costi non più ristorabili nel momento in cui lo scopo per cui detti oneri erano stati sostenuti viene meno per effetto dell'annullamento.*

Ha osservato la sentenza in rassegna che, secondo i recenti arresti giurisprudenziali delle Sezioni Unite della Cassazione, quando il risarcimento è fondato sulla lesione dell'affidamento in conseguenza dell'emanazione di un atto illegittimo perché annullato in autotutela o in via giurisdizionale, non ci si duole del danno derivante dall'illegittimo esercizio di un potere amministrativo in senso sfavorevole al privato, ma piuttosto di un comportamento conseguenza del precedente esercizio del potere amministrativo in favore del danneggiato.

TAR Lazio, Sez. II *bis*, 4.5.2012, n. 4007

**Giustizia amministrativa - SCIA - controinteressato - azione di accertamento - esperibilità - va ammessa.**

*Nel caso di ricorsi proposti avverso DIA e*

*SCIA anteriormente all'esercizio del potere inhibitorio da parte dell'amministrazione, l'Adunanza Plenaria riconosce la possibilità di un'azione giurisdizionale di accertamento, nella logica della garanzia di tutela giurisdizionale, che verrebbe meno laddove non fosse possibile riconoscere agli interessati la tutela in giudizio a fronte di dichiarazioni di privati sostitutive di titoli abilitanti all'esercizio di attività, nel caso di inerzia o rifiuto delle amministrazioni competenti a inibirne gli effetti a fronte della carenza dei presupposti di legittimità.*

Si ammette un'azione di accertamento, secondo parte della dottrina definita atipica, per consentire tutela giurisdizionale al terzo dinanzi alla SCIA, ormai ritenuta un atto privato, rispetto al quale il controinteressato può sin dalla sua adozione chiedere al G.A. appunto l'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri repressivo/inibitori di cui resta comunque titolare la PA..

«.....GA:.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### **DOMANDA**

*Conflitto di interessi tra Amministrazioni ammesse al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. (Parere prott. 414390-94 del 23.13.2011) Avv. Wally Ferrante.*

### **RISPOSTA**

*Con nota 9.12.2011, prot. n. 0032098/P indirizzata all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha rappresentato una situazione di conflitto di interessi tra la medesima Autorità indipendente e l'Istat in relazione al ricorso proposto innanzi al TAR Lombardia da numerosi dipendenti della predetta Autorità, i quali hanno impugnato la delibera AEEG 12.5.2011, GOP 20/11, con la quale è stata data applicazione alle disposizioni relative al trattamento economico dei dipendenti contenute nel d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30.7.2010, n. 122.*

*In particolare, è stato segnalato che, con il predetto ricorso, proposto anche nei confronti dell'Istat, è stato chiesto l'annullamento dell'inclusione dell'Autorità nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, elenco redatto dal predetto Istituto ai sensi dell'art. 1, co.3, della l. 31.12.2009, n. 196, tenuto conto che le disposizioni contenute nella deliberazione impugnata, che hanno inciso sul trattamento economico dei dipendenti, operano un esplicito riferimento alle amministrazioni incluse nell'elenco in questione.*

*Riferisce sempre l'Autorità che la sua inclusione nel predetto elenco, in quanto ritenuta*

*illegittimamente disposta dall'Istat, era stata in precedenza fatta oggetto di autonomo ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (R.G. 10650/2010). Poiché tale giudizio (rinviato all'udienza di merito del 10/1/2012) è ancora pendente ed è quindi operante a tutti gli effetti il predetto elenco, dello stesso si era ritenuto di tenerne conto nel provvedimento attuativo del d.l. n. 78/2010, fatto oggetto di impugnativa nel giudizio promosso innanzi al TAR Lombardia dai propri dipendenti. È stato, altresì, precisato che, a suo tempo, in relazione alla proposizione del ricorso innanzi al TAR Lazio, l'Autorità non si era potuta giovare del patrocinio erariale per esservi conflitto d'interesse con l'Istat, ammesso anch'esso in forza di patrocinio autorizzato ex art. 43 R.D. 30.10.1933, n. 1611 alla rappresentanza e difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato, segnalando, inoltre, che di tale patrocinio l'Istat aveva in precedenza usufruito in relazione a giudizi promossi da altri enti, nessuno dei quali peraltro autorizzato ad avvalersi del patrocinio erariale ed in relazione a ricorsi che si fondavano su motivi non coincidenti con quelli fatti valere dall'Autorità.*

*Segnatamente, in alcuni di questi giudizi i ricorrenti facevano valere la loro natura di soggetti di diritto privato, mentre, in altri veniva contestata la possibilità che gli enti ricorrenti potessero essere qualificati come istituzioni a scopo di lucro controllati dalla pubblica amministrazione.*

*L'Autorità ha segnalato, pertanto, che anche*

nel giudizio promosso ad istanza dei propri dipendenti innanzi al TAR Lombardia si riproponeva il conflitto di interessi tra la stessa e l'Istat, che si sostanzia nella manifesta impossibilità, nell'ambito dell'attività difensiva che avrebbe dovuto svolgere in giudizio l'Avvocatura dello Stato, di sostenere proprio la legittimità dell'inclusione dell'Autorità nell'elenco predisposto dall'Istat che era invece contestata dall'Autorità medesima. Stante tale situazione, l'Autorità rappresenta l'opportunità che, ove non si ritenga di superare il conflitto di interessi privilegiando la difesa istituzionale dell'Autorità medesima, sia quantomeno declinata la difesa erariale ad entrambe le parti in causa, Autorità ed Istat, le quali potranno eventualmente avvalersi, per il proprio patrocinio in giudizio, di legali del libero foro, sollecitando in tal senso le determinazioni dell'Avvocatura dello Stato in relazione a quanto prospettato. Per completezza, va sottolineato che, con ricorso al TAR Lazio notificato il 24.11.2011 (R.G. 9981/11 con udienza cautelare fissata per il 10.1.2012), l'Autorità ha impugnato anche l'inserimento nel citato elenco redatto dall'Istat per l'anno 2011, avvalendosi di legali del libero foro.

Con nota del 10.12.2011 prot. 86759P, l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano ha chiesto all'Avvocatura Generale di pronunciarsi in merito a quanto prospettato dall'Autorità per l'energie elettrica e il gas, rivestendo la questione profili di carattere generale.

La questione di massima sulla quale viene chiesto l'avviso della Scrivente consiste nello stabilire se, in caso di conflitto tra un'amministrazione ammessa istituzionalmente al patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato e altra amministrazione pubblica che si avvale del patrocinio erariale ex art. 43 R.D. 30.10.1933, n. 1611, debba essere accordata la difesa erariale all'amministrazione istituzionalmente rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, negandola al soggetto pubblico ammesso al patrocinio autorizzato, ovvero, se debba essere declinato il patrocinio erariale ad entrambe le parti pubbliche, che per la loro difesa in giudizio si potranno avvalere di legali del libero foro.

In proposito, va preliminarmente rilevato

che, come noto, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, pur dovendosi qualificare quale soggetto pubblico estraneo in senso tecnico all'apparato amministrativo dello Stato che fa capo ai Ministeri ed al Governo (cfr. TAR - Lombardia, III, 10.4.2009, n. 3239), rientra a pieno titolo, come le altre Autorità indipendenti, fra le amministrazioni dello Stato istituzionalmente rappresentate e difese dall'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 1 R.D. 30.10.1933, n. 1611 (CdS, VI, 2.3.2004, n. 926; id. 25.11.1994, n. 1716).

Si tratta, del c.d. patrocinio obbligatorio, i cui tratti distintivi "sono costituiti: dalla attribuzione della rappresentanza, patrocinio e assistenza in giudizio delle "amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo", alla Avvocatura dello Stato (art. 1, co. 1); dalla non necessità del mandato (art. 1, co. 2); dalla impossibilità per le amministrazioni dello Stato di richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro, se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato (art. 5); dalla individuazione, nelle cause in cui è parte una amministrazione dello Stato, di uno specifico foro dello Stato (art. 6); dall'obbligo della notifica degli atti giudiziari alle amministrazioni dello Stato presso l'Avvocatura dello Stato (art. 11) (Cass., Sez. Unite, sent. 10.5.2006, n. 10700). Per contro, la rappresentanza e difesa in giudizio dell'Istat da parte dell'Avvocatura dello Stato (ammesso al patrocinio erariale ex art. 15, co. 5, del d. lgs. 6.9.1989, n. 322) si configura quale patrocinio c.d. autorizzato ex art. 43 R.D. n. 1611/1933, che "si distingue da quello obbligatorio, previsto per le amministrazioni dello Stato (anche se organizzate ad ordinamento autonomo) dagli art. da 1 a 11, sia in ragione della fonte, costituita per il primo da una espressa autorizzazione normativa, sia per i più limitati effetti processuali, consistenti, in virtù dell'espresso richiamo, nell'art. 45, all'art. 1, co. 2, nella sola esclusione della necessità del mandato.

Il mancato richiamo agli artt. 6 ed 11 determina infatti l'inapplicabilità del foro dello Stato (art. 25 c.p.c.) e della domiciliazione presso l'Avvocatura ai fini della notificazione di atti e provvedimenti giudiziari (art. 144 c.p.c.), previsti per le sole amministrazioni

dello Stato” (Cass., Sez. Un., sent. 10700/2006 cit.). Da quanto fin qui rilevato, emerge che, in caso di richiesta di patrocinio da soggetto ricadente nell’ipotesi di patrocinio obbligatorio e da soggetto ricadente nell’ipotesi di patrocinio autorizzato, debba in linea generale assumersi la difesa del soggetto a patrocinio obbligatorio.

In termini generali, va pure per completezza considerato che, nel caso di conflitto tra enti ammessi al patrocinio autorizzato, potrà essere di norma consigliabile declinare la difesa di entrambi.

Resta quindi da affrontare lo specifico quesito prospettato, che non appare inquadrabile in alcuna delle ipotesi fin qui considerate e che, in termini astratti, pare insuscettibile di univoca soluzione, dovendosi di volta in volta tener conto dell’interesse del quale è portatore ciascuno dei soggetti interessati, dando la prevalenza a quello che sia portatore di un interesse di carattere generale riconducibile all’Amministrazione statale.

Nello specifico caso in esame, va appunto rilevato che, mentre l’Autorità si è fatta portatrice di un interesse particolare - volto a dimostrare l’illegittimità della sua inclusione nell’elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato - l’Istat, nel redigere il predetto elenco, svolge una funzione di interesse pubblico generale nell’ambito degli adempimenti demandati alle autorità statistiche nazionali degli Stati membri ai sensi del Regolamento CE n. 2223/96 del 25.6.1996 del Consiglio relativo al “Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità UE” (c.d. Regolamento SEC95).

In tale contesto, il Regolamento 223/09, all’art. 5, stabilisce che ciascuno Stato membro designi l’autorità statistica nazionale che, quale organo avente la responsabilità del coordinamento a livello nazionale di tutte le attività connesse allo sviluppo, alla produzione e alla diffusione di statistiche europee (“INS”), costituisca l’interlocutore della Commissione (Eurostat) per le questioni statistiche e che, insieme a quest’ultima, contribuisca a comporre il sistema statistico europeo - SSE. L’Istat, pertanto, predisporre ed aggiorna il suddetto elenco, secondo criteri e per finalità di natura statistico-economica, in

diretto adempimento della normativa comunitaria.

Ai sensi dell’art. 1, co. 5 della l. 30.12. 2004, n. 311 e come ribadito dall’art. 1 della l. 31.12.2009, n. 196 (legge di contabilità e finanza pubblica), il Legislatore ha conferito all’Istat il compito di individuare, di anno in anno, l’elenco delle amministrazioni pubbliche o degli altri soggetti giuridici che vanno ricondotti al conto economico consolidato dello Stato al fine di perseguire l’obiettivo del contenimento del disavanzo pubblico in ossequio agli adempimenti derivanti dagli impegni dello Stato italiano nei confronti dell’Unione Europea in materia di patto di stabilità. Appare evidente quindi che l’Istat, nella fattispecie, è portatore di un interesse generale di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica coincidente con quello dello Stato, tanto è vero che, in tutti i giudizi promossi da vari enti per contestare la propria inclusione nell’elenco de quo, il ricorso è stato proposto anche nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell’Economia e delle Finanze. Nel caso di specie, inoltre, va tenuto conto del fatto che l’Avvocatura dello Stato ha già espresso il proprio avviso negativo (nota del 22.10.2010, n. 322926) in ordine alla possibilità di assumere la difesa in giudizio dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas in relazione all’instaurazione di una controversia innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio nei confronti dell’Istat, avente problematiche di diritto analoghe a quelle prospettate con il ricorso promosso dai dipendenti dell’Autorità avanti al Tar Lombardia, assumendo per contro il patrocinio dell’Istat, sul presupposto della sostanziale sovrapposibilità della linea difensiva da predisporre per il suddetto Istituto e quella da approntare per la Presidenza del Consiglio dei Ministri e per il Ministero dell’Economia e delle Finanze. Tutto ciò, nel caso di specie - e fatti salvi i principi generali sopra enucleati, in relazione al privilegio che in linea di massima deve essere accordato ai soggetti patrocinati ex art. 1 R.D. 30.10. 1933, n. 1611 - rende impossibile assumere il patrocinio dell’Autorità e suggerisce invece di accordare la rappresentanza e difesa all’Istat.

Infatti, l'Avvocatura, costituendosi comunque per le Amministrazioni statali portatrici del sostanziale interesse pubblico del quale l'Istat costituisce mero strumento, si porrebbe in posizione almeno potenzialmente confliggente con quella di cui si è fatta portatrice l'Autorità. (...) Al riguardo vorrà pertanto codesta Avvocatura Distrettuale valutare l'opportunità di intervenire nel giudizio anche per le due suddette amministrazioni statali, alle quali nella specie il ricorso non risulta essere stato notificato nonostante l'evidente coinvolgimento di interessi pubblici di competenza delle stesse, come emerge anche dalla espressa impugnazione del parere del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato dell'11.1.2011 in merito all'applicabilità delle disposizioni di cui al d. l. n. 78/2010 alle Autorità indipendenti. Sui profili di massima della presente questione, si è espresso in conformità il Comitato Consultivo nella seduta del 19.12.2011.

«.....GA.....»

#### **DOMANDA**

La difesa in giudizio di un ente pubblico non economico in violazione dell'art. 417 bis c.p.c. e dell'art. 43 R.D. n. 1611/1933. (Pare-  
re prot. n. 57196) Avv. Pierluigi Di Palma.

#### **RISPOSTA**

«Con comunicazione a firma del Segretario Generale, questa Avvocatura Generale, in data 22.5.2007, ha rimesso a codesto Ente, insieme ad altri, l'atto introduttivo del giudizio instaurato dal dipendente in oggetto. Trattandosi di controversie relative a rapporto di lavoro si è ritenuto, in base alle disposizioni di legge ed in particolare alle previsioni dell'art. 417 bis del c.p.c., che l'ENAC potesse stare in giudizio avvalendosi di propri funzionari.

Nella medesima nota, veniva precisato che si restava "in attesa di ricevere la relativa sentenza non appena pubblicata o notificata per gli eventuali successivi adempimenti, corredata dal ricorso introduttivo, di un circostanziato rapporto e dei relativi documenti ed atti, ivi compresi la memoria predisposta per la difesa, i verbali di udienza e le eventuali memorie avversarie, con le indicazioni del no-

minativo e del recapito telefonico del funzionario che ha istruito la pratica." In data 29.7.2009, è pervenuta, per conoscenza, una nota del difensore (acquisita al protocollo in data 8.8.2009) di (omissis) ed altri dipendenti dell'ENAC con la quale si invitava a dare pronta esecuzione alla sentenza n. 18524/08 del Tribunale di Roma, già notificata presso la sede legale dell'Ente e presso la studio dell'Avv. (omissis) "risultante difensore nel giudizio in presunta sostituzione dei "dipendenti" di cui all'art. 417 bis, 1° co., c.p.c., in data 16.4.2009".

Ciò posto, il 2.9.2009, veniva inviata una richiesta di chiarimenti all'ENAC, facendo altresì presente che la decisione non risultava notificata a questa Avvocatura né tantomeno era stata trasmessa dall'Ente per i successivi adempimenti di competenza.

Con la nota che si riscontra, codesto Ente, in risposta alla richiesta avanzata da questo Generale Ufficio riguardante la trasmissione di una dettagliata informativa sui fatti di causa, corredata da copia degli atti del giudizio, riferisce che i ricorsi in oggetto sono stati trattati dalla Direzione del personale nel cui ambito era, illo tempore, incardinata la materia del contenzioso del lavoro gestita, ex art. 417 bis c.p.c., da un solo funzionario. Codesto Ente rappresenta, altresì che, il Direttore Generale in carica, "probabilmente incalzato dalle strutture interne direttamente interessate, stante l'elevato numero di contenziosi e la scarsità di risorse da adibire alla materia, incaricò della difesa dell'Ente l'Avv. (omissis) del foro di Roma, che, con riferimento al giudizio promosso da (omissis), presenziò ad una sola udienza."

Il giudizio si è concluso con la soccombenza dell'Enac. Infatti, con sentenza n. 1854/2008, il Trib. Civile di Roma - sez. lavoro -, ha riconosciuto il diritto dei ricorrenti a percepire le differenze retributive tra il trattamento economico previsto per il personale con la qualifica dirigenziale ed il trattamento dagli stessi percepito nei periodi indicati in sentenza; il Tribunale ha, inoltre, accertato il diritto degli istanti a percepire le somme relative alle differenze tra il trattamento di fine rapporto percepito e/o da percepire e quello effettivamente spettante.

Codesto Ente conferma, altresì, la circostanza

za che la sfavorevole sentenza è stata notificata a cura della controparte all'ENAC e presso lo studio del domiciliatario, avv. (omissis), il quale ha proposto appello avverso la medesima, su delega del Direttore Generale p.t., "stante la ristrettezza dei termini a fronte di un doppio passaggio della gestione del contenzioso."

Al riguardo, l'ENAC segnala che, solo con disposizione organizzativa del 9.12.2008, il Direttore Generale p.t. ha disposto l'assegnazione della competenza del contenzioso lavoro alla Direzione affari legali unitamente alle risorse umane e strumentali. Il passaggio di consegne dalla Direzione del personale alla Direzione affari legali è concretamente avvenuto in data 12.5.2009. Codesto Ente riferisce, in ultimo, che in ottemperanza alla citata sentenza sta provvedendo a predisporre i pagamenti in favore degli interessati.

Tutto ciò considerato, questo Generale Ufficio, "estraneo" al giudizio in oggetto, osserva quanto segue. Preliminarmente, si ritiene opportuno analizzare l'esatta portata normativa dell'art. 417 bis c.p.c., nonché dell'art. 43, R.D. 30.10.1933 n. 1611 ss.mm.ii, al fine di valutare se un Ente pubblico possa o meno conferire mandato ad litem ad un professionista del libero foro. L'art. 417 bis c.p.c. recita: "Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui al quinto co. dell'art. 413, limitatamente al giudizio di primo grado le amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti.

Per le Amministrazioni statali o ad esse equiparate, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, la disposizione di cui al comma precedente si applica salvo che l'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, determini di assumere direttamente la trattazione della causa dandone immediata comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione interessata nonchè al Dipartimento della funzione pubblica, anche per l'eventuale emanazione di direttive agli uffici per la gestione del contenzioso del lavoro.

In ogni altro caso l'Avvocatura dello Stato

trasmette immediatamente e comunque non oltre 7 giorni dalla notifica degli atti introduttivi, gli atti stessi ai competenti uffici dell'amministrazione interessata per gli adempimenti di cui al comma precedente ...". Dal tenore letterale della citata disposizione normativa si evince chiaramente che il legislatore ha voluto prevedere, limitatamente al primo grado di giudizio la possibilità per le Amministrazioni pubbliche, compresi gli Enti pubblici, di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti, solo nel caso in cui l'Avvocatura dello Stato, competente per territorio, non determini di assumere direttamente la trattazione della causa.

Diversamente, nei successivi gradi di giudizio la difesa deve essere assunta dall'Avvocatura dello Stato territorialmente competente, poiché, in difetto, l'eventuale atto di impugnazione o di costituzione proposto dall'amministrazione in proprio o mediante un avvocato libero professionista, salva l'ipotesi di regolarizzazione prevista dall'art. 182 c.p.c., II° co., per i giudizi instaurati dopo il 4.7.2009, risulterebbe inammissibile per evidente difetto di ius postulandi del dipendente o dell'eventuale difensore che sottoscrive l'atto. In sintesi, l'art. 417 bis c.p.c. deroga alla regola generale sulla rappresentanza e difesa in giudizio delle pubbliche Amministrazioni ovvero degli Enti pubblici da parte della difesa erariale in favore dei dipendenti dell'ente stesso solo relativamente al primo grado di giudizio e solo laddove l'Avvocatura dello Stato competente per territorio non valuti di assumere direttamente la trattazione della causa.

In ogni caso, la predetta norma non riconosce espressamente ai soggetti pubblici la possibilità di avvalersi di avvocati del libero Foro per la difesa in giudizio nelle medesime controversie.

La natura derogatoria di detta norma, rispetto alla normativa generale che prevede la difesa ope legis da parte dell'Avvocatura dello Stato non consente di operare una interpretazione estensiva né tantomeno una qualsivoglia interpretazione analogica della stessa. Pertanto, l'Ente pubblico potrebbe avvalersi di un avvocato del libero Foro solo allorché ricorrano le specifiche circostanze indicate dall'art. 43 R.D. n.1611/1933, che disciplina

*direttamente i requisiti per la valida dispensa dal patrocinio obbligatorio ed indirettamente i presupposti per la valida nomina di un professionista del libero Foro.*

*E' noto che, ai sensi dell'art. 43 del citato T.U., l'Avvocatura dello Stato, in aggiunta al patrocinio obbligatorio in favore delle amministrazioni dello Stato, può essere autorizzata ad assumere la rappresentanza e difesa anche di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, purché "sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato" (c.d. patrocinio autorizzato). Condizione necessaria per l'esercizio del "patrocinio autorizzato" è la sussistenza di un'autorizzazione legislativa, regolamentare o, secondo le previsioni della l. n. 12/91, di un d.P.C.M., sentito il Guardasigilli ed il Ministro dell'economia e delle finanze.*

*Quando interviene il provvedimento autorizzativo, la rappresentanza e la difesa, salva l'ipotesi di conflitto di interessi con il patrocinio di amministrazioni dello Stato e delle regioni, sono assunte dall'Avvocatura in via organica ed esclusiva, applicandosi le stesse regole del patrocinio obbligatorio.*

*In tal senso si è espressa la Suprema Corte (Sent. 2.7. 1999, n. 484) che, in tema di esercizio dello "ius postulandi" in favore dell'ANAS, ancora Ente nazionale per le strade, ha affermato il principio che "anche in regime cosiddetto facoltativo di assistenza legale e di patrocinio da parte dell'Avvocatura dello Stato non è necessario, in ordine ai singoli giudizi, uno specifico mandato all'Avvocatura medesima, né quest'ultima deve produrre il provvedimento del competente organo dell'ente recante l'autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in causa. Ciò si evince dagli artt. 43, co. 1, e 45 R.D. 30.10.1933, n. 1611 e successive modificazioni.*

*Quest'ultima norma, in particolare, stabilisce che per il patrocinio cosiddetto facoltativo si applica il secondo comma dell'art. 1 dello stesso R.D., alla stregua del quale gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato speciale, bastando che consti della loro qualità (cfr. Cass., 26.7. 1997, n. 7011; Cass., sez. un., 4.11.1996, n. 9523; Cass., 6.7.1991, n.*

*7515)."*

*Di recente, nella camera di consiglio del 3.11.2009, la IV sez. del Consiglio di Stato, in sede cautelare, accogliendo il ricorso proposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in materia di patrocinio obbligatorio delle Autorità Portuali ha rilevato che le delibere che intendano incaricare professionisti del libero Foro devono essere "adeguatamente motivate" e la VI sez. del Supremo consesso di giustizia amministrativa, nella camera di consiglio del 10.11.2009, ha dichiarato inammissibile l'istanza cautelare proposta dall'Autorità Portuale di Gioia Tauro perché rappresentata e difesa da un avvocato del libero Foro, secondo il collegio giudicante, "sprovvisto dello jus postulandi". Nella motivazione di quest'ultima ordinanza, richiamando la decisione della Suprema Corte sez. un., 5.7.1983, n. 4512, viene precisato che "la natura autorizzata del patrocinio non ne muta il carattere tendenzialmente obbligatorio salvo che per i casi di comprovata specialità (c.d. obbligatorietà attenuata) sicché, solo qualora questi ultimi ricorrano, è possibile per l'Ente rinunciare al patrocinio dell'Avvocatura e procedere alla nomina di un legale del libero Foro, previa apposita motivata deliberazione sottoposta all'organo di vigilanza."*

*In materia, da ultimo, è intervenuta anche la decisione del 23.10. 2007 della Corte dei conti, sez. II Giurisdizionale Centrale d'Appello, che, nell'infliggere una pesante condanna di carattere economico all'amministratore p.t. dell'ANAS s.p.a., ha ribadito la necessità, in vigenza del regime facoltativo di assistenza legale ex art. 43 R.D. n. 1611/1933, nei casi di affidamento del patrocinio legale, salvo ipotesi di conflitto, di adottare apposita delibera per l'individuazione dei casi speciali in cui l'ente intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato.*

*Ciò posto, l'ENAC, ente pubblico non economico sottoposto a "patrocinio facoltativo" ex art. 5, co. 2, d. lgs. n. 250/97, salvo le ipotesi di conflitto, solo con delibera motivata sottoposta agli organi di vigilanza, può non avvalersi della Avvocatura dello Stato; al contrario la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi dell'ENAC, ivi compreso il caso di specie, continua ad essere as-*

sicurata da questo Istituto secondo le descritte modalità. Infatti, l'art. 43 R.D. 30.10.1993, n. 1611, consente, in casi speciali, all'Ente pubblico di poter rinunciare al patrocinio dell'Avvocatura e procedere alla nomina di un legale del libero foro, previa apposita motivata deliberazione sottoposta all'organo di vigilanza.

Di talchè, la mancata deliberazione, l'inesistenza della motivazione, o la mancata sottoposizione della deliberazione dismissiva all'organo di vigilanza, integrando una violazione del predetto art. 43, determinano l'invalidità del mandato e il conseguente difetto di ius postulandi del difensore (cfr. C.d.S., IV sez., ord. n. 5653/09).

Da quanto esposto, risulta evidente che l'affidamento da parte dell'amministrazione di un incarico ad un avvocato del libero Foro ha carattere di specialità e deve essere supportato dall'esistenza di oggettive e inderogabili esigenze, nonché da adeguata motivazione. Nella fattispecie in esame, come si legge nella nota che si riscontra, codesto Ente ritiene di essersi trovato in una contingente situazione di oggettiva difficoltà organizzativa a causa "dell'elevato numero di contenziosi e della scarsità di risorse umane da adibire alla materia". Detti motivi non appaiono poter giustificare il conferimento di un incarico difensivo ad un avvocato del libero Foro, tenuto conto, tra l'altro, che l'art. 417 bis c.p.c. non fa riferimento ad un dipendente con specifica professionalità ma genericamente ad un funzionario dell'amministrazione. In ogni caso, la difficoltà oggettiva da parte dell'ENAC di garantire la difesa dell'Ente con propri funzionari, come in altri casi è avvenuto, poteva e doveva essere segnalata a questa Avvocatura per le successive determinazioni di competenza, che avrebbe permesso, se del caso, a procedere, d'intesa, al motivato e legittimo affidamento del patrocinio ad un legale del libero Foro, ricorrendo le predette ipotesi di specialità. Naturalmente, le eventuali determinazioni in merito all'affidamento del patrocinio ad un avvocato del libero Foro andavano deliberate dall'ENAC e sottoposte agli organi di vigilanza dell'Ente. Peraltro, l'ENAC, una volta conosciuta la decisione del giudice di primo grado avrebbe dovuto, trasmetterla a questa

Avvocatura Generale dello Stato al fine di consentire la predisposizione di un'adeguata e tempestiva difesa, così come previsto dall'art. 417 bis c.p.c. In tale contesto giuridico-fattuale, pare altresì opportuno segnalare che, in assenza dei presupposti dettati dall'art. 43 del R.D. n. 1611/1933, il conferimento dell'incarico difensivo ad un avvocato del libero Foro risulterebbe nullo anche per violazione dell'art. 417 bis c.p.c. e, conseguentemente ogni atto dallo stesso proposto risulterebbe inammissibile per evidente difetto di ius postulandi del difensore, salva, naturalmente, l'ipotesi dell'art. 182 c.p.c., II° co., se applicabile. Tutto ciò premesso, questo Generale Ufficio non può esimersi dal segnalare l'insorgenza di specifiche ipotesi di responsabilità professionali a carico dell'avvocato del libero Foro che assuma un incarico difensivo in violazione di quanto previsto dall'art. 417 bis c.p.c. nonché dall'art. 43 del R.D. n. 1611/1933, e ciò per la violazione del dovere di diligenza media e di competenza esigibili ai sensi dell'art. 1176, co. 2, c.c. e 12 del codice deontologico. In conclusione, ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c. un Ente pubblico non economico per il quale sia normativamente previsto il patrocinio facoltativo di questa Avvocatura, limitatamente al giudizio di primo grado può stare in giudizio in proprio, avvalendosi del proprio personale dipendente laddove l'Avvocatura dello Stato competente per territorio non valuti di assumere direttamente la trattazione della causa; può avvalersi di avvocati del libero Foro per la difesa in giudizio nelle medesime controversie, in ipotesi di conflitto, ricorrendo i presupposti dettati dall'art. 43 del R.D. 1611/1933.

Nei casi di "specialità", la difficoltà soggettiva ed oggettiva dell'Ente nel garantire la difesa con propri funzionari deve essere segnalata a questa Avvocatura per le successive determinazioni di competenza che possono configurare, d'intesa, l'ipotesi di affidamento del patrocinio ad un legale del libero Foro, sottoponendo la proposta a delibera dell'Ente ed a verifica da parte degli organi di vigilanza. In ogni caso, a prescindere dalle responsabilità di carattere contabile ascrivibili ai referenti dell'Ente pubblico che hanno dato luogo all'illegittima difesa processuale,



*nell'ipotesi di assunzione di mandato difensivo da parte di un avvocato del libero foro, quest'ultimo può essere chiamato a rispondere dei danni provocati dalla nullità degli atti*

*compiuti.*

*La questione è stata esaminata da Comitato consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 10.2.2010».*

«.....GA.....»

# INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **SOSPENSIONE DAL PAGAMENTO DELLE RATE DEL MUTUO PER L'ACQUISTO DELLA PRIMA CASA**

La l. 28.6.2012 n. 92, recante “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita” (art. 3, co. 48) ha sensibilmente modificato i presupposti per l'accesso al beneficio della sospensione del mutuo per l'acquisto della prima casa. Pertanto, il modulo precedentemente pubblicato per l'accesso al Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa non è più utilizzabile. E' stata, intanto, avviata la modifica del regolamento attuativo dello stesso Fondo (d.m. 132/2010), a seguito della quale sarà reso disponibile anche il modello di domanda aggiornato. In base alla nuova legge, che ha modificato la l. 24.12.2007, n. 244 (art. 2, coo. 475 e ss.), la sospensione del pagamento della rata di mutuo è subordinata esclusivamente al verificarsi di almeno uno dei seguenti eventi, intervenuti successivamente alla stipula del contratto di mutuo e accaduti nei tre anni antecedenti alla richiesta di ammissione al beneficio: 1) cessazione del rapporto di lavoro subordinato, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di risoluzione per limiti di età con diritto a pensione di vecchiaia o di anzianità, di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, di dimissioni del lavoratore non per giusta causa; 2) cessazione dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3), del codice di procedura civile, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di recesso datoriale per giusta causa, di recesso del lavoratore non per giusta causa; 3) morte o riconoscimento di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, della l. 5.2.1992, n. 104, ovvero di in-

validità civile non inferiore all'80 per cento. La sospensione: - non comporta l'applicazione di alcuna commissione o spesa di istruttoria e avviene senza richiesta di garanzie aggiuntive; - è concedibile anche per i mutui che hanno già fruito di altre misure di sospensione purché tali misure non determinino complessivamente una sospensione dell'ammortamento superiore a diciotto mesi.

La sospensione non può essere richiesta per i mutui che abbiano almeno una delle seguenti caratteristiche: ritardo nei pagamenti superiore a novanta giorni consecutivi al momento della presentazione della domanda da parte del mutuatario, ovvero per i quali sia intervenuta la decadenza dal beneficio del termine o la risoluzione del contratto stesso, anche tramite notifica dell'atto di precetto, o sia stata avviata da terzi una procedura esecutiva sull'immobile ipotecato; fruizione di agevolazioni pubbliche; mutui per i quali sia stata stipulata un'assicurazione a copertura del rischio che si verifichino gli eventi di cui al co. 479, purché tale assicurazione garantisca il rimborso almeno degli importi delle rate oggetto della sospensione e sia efficace nel periodo di sospensione stesso. Ulteriori informazioni potranno essere assunte presso CONSAP S.p.A. quale gestore del Fondo (**Dipartimento del Tesoro, comunicato del 17.7.2012**).

«..... GA.....»

**LE DISPOSIZIONI ATTRIBUTIVE DI FINANZIAMENTI PUBBLICI DEVONO ESSERE INTERPRETATE IN MODO RIGOROSO E QUANTO PIÙ CONFORMEMENTE CON GLI OBIETTIVI PERSEGUITI DAL NORMATORE**

*Secondo la costante giurisprudenza (cfr. CdS, V, 28.5.2012, n. 3132; V, 19.6.2009, n. 4106, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in ogni operazione di finanziamento a carico della mano pubblica, il beneficio economico è riferibile ad un obiettivo essenziale perseguito dalla relativa disciplina di settore (sia normativa che amministrativa); il finanziamento è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende, cioè, pur implicandolo, l'interesse dei destinatari; vale a dire che in ogni operazione di finanziamento non è intellegibile*

*solo un interesse del beneficiario ma anche quello dell'organismo che l'elargisce, il quale a sua volta, altro non è se non il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale.*

*Logico corollario è che le disposizioni attributive di finanziamenti devono essere interpretate in modo rigoroso e quanto più conformemente con gli obiettivi avuti di mira dal normatore (sul principio generale in materia di contributi cfr. CdS, Ad. Plen., 7.6.2012, n. 20) (CdS, V, 27.6.2012, n. 3778).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ: UN NUOVO MODELLO CONTRATTUALE PER RILANCIARE IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

del Dott. Gennaro Napolitano

*Il contratto di disponibilità è un nuovo modello di partenariato pubblico-privato introdotto dall'art. 44 d.l. 24.1.2012, n.1. L'obiettivo del legislatore è incentivare il ricorso a capitali privati per la progettazione e la costruzione di opere destinate all'esercizio di un servizio pubblico. Breve analisi della disciplina del nuovo istituto*

The availability contract is a new model of Public Private Partnership, established by art. 44 of decree-law 24.1.2012, n.1. Aim of the Legislator is to boost the recourse to private capitals in order to plan and build works destined to public service. Short analysis of new discipline

*Sommario: 1. Premessa. 2. La ratio del nuovo modello contrattuale. 3. Definizione ed inquadramento sistematico. 4. La disciplina: l'art. 160 ter d. lgs. n.163/2006. 5. Considerazioni conclusive.*

### 1.Premessa.

La difficile situazione in cui versa la finanza pubblica italiana ha indotto il legislatore a pensare a nuovi strumenti e a nuovi meccanismi in grado di coinvolgere in maniera più efficace i capitali privati nella progettazione e realizzazione di opere di pubblica utilità.

Lo schema tipico di collaborazione-cooperazione tra operatore pubblico ed operatore privato è rappresentato dal c.d. partenariato pubblico-privato (PPP), modello organizzativo di matrice comunitaria, definito nell'ordinamento interno dall'art. 3, co. 15 *ter* del d. lgs. 12.4.2006, n.163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per un'analisi sulle diverse forme di accordo pubblico privato, v. M. G. VIVARELLI, *L'attività negoziale della PA.: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing e il leasing finanziario*, in *Riv. Trim. appalti.*, 2012, 2, 403; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

Gli interventi legislativi che nel corso degli ultimi mesi si sono rapidamente succeduti hanno inciso non poco sulla disciplina del PPP, con il dichiarato intento di una sua valorizzazione funzionale ed operativa, attraverso un'espansione del relativo ambito applicativo.

In tale prospettiva si inserisce la previsione dell'art. 44 d.l. 24.1.2012, n. 1 (convertito, con modificazioni, nella l. 24.3.2012, n. 27) contenente "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e competitività*" (c.d. Decreto Cresci-Italia o Decreto Liberalizzazioni), che, aggiungendo il co. 15 *bis* all'art. 3 del d. lgs. n. 163/2006 ed introducendo il nuovo art. 160 *ter*, ha inserito nel nostro ordinamento una nuova ed ulteriore figura di partenariato pubblico-privato: il contratto di disponibilità<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Per un'analisi del nuovo istituto, cfr. R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova figura di partenariato pubblico-privato. Prime riflessioni a seguito del decreto "liberalizzazioni"*, in *www.giu-stamm.it*, 2, 2012, 3; A. QUARTA, *Il contratto di disponibilità e le altre forme di finanziamento delle opere pubbliche (commento al D.L. 1/2012 convertito in l. 27/2012)*,

Quest'ultimo si pone come una rilevante novità nel panorama degli schemi di cooperazione-collaborazione pubblico-privato, di cui contribuisce ad ampliare le opzioni applicative, presentando caratteristiche e peculiarità che lo differenziano sensibilmente dalla concessione, dal *leasing* immobiliare pubblico e dal *project financing*, rispetto ai quali, tuttavia, presenta anche taluni innegabili punti di contatto<sup>3</sup>.

## 2. La ratio del nuovo modello contrattuale.

Prima di analizzare la disciplina della nuova fattispecie contrattuale, è utile focalizzarne la *ratio*. A tal proposito, appare evidente che

---

Nuova Giuridica, 2012; F. ROMA-NENGI, *Il decreto legge liberalizzazioni. Breve analisi di alcune modifiche introdotte dal D.L. Liberalizzazioni al Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2012, 503; E. ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, in *www.lexitalia.it*, 5, 2012, 1-2.

<sup>3</sup> Non è questa la sede per un'analisi approfondita delle differenze tra il contratto di disponibilità e le tradizionali figure di PPP. Limitandoci a segnalare quelle più significative, si evidenzia che rispetto alla classica fattispecie della concessione di costruzione e gestione, nello schema del contratto di disponibilità si realizza uno spostamento dell'alea contrattuale del concessionario. Quest'ultima, infatti, non attiene alla fase della gestione economica (intesa come legame diretto che si instaura tra concessionario e privato utente dell'opera), bensì alla fase della progettazione e della costruzione. Rispetto alla locazione finanziaria *ex art. 160 bis* d. lgs. n. 163/2006, invece, il contratto di disponibilità presenta un elemento di contatto e di affinità rappresentato dallo scopo di offrire alla PA una formula di finanziamento in virtù della quale ottenere un immobile finito e pronto all'uso. Tuttavia, mentre nello schema della locazione finanziaria la corresponsione del canone periodico da parte della PA è finalizzata alla acquisizione dell'immobile nel proprio patrimonio, nel modello delineato dal contratto di disponibilità il canone rappresenta esclusivamente il corrispettivo dovuto per la messa a disposizione del bene, che, salvo diverso accordo delle parti, a fine rapporto resterà di proprietà del privato affidatario. Naturalmente, tale rimarcata differenza vale solo con riferimento alla forma c.d. pura di contratto di disponibilità. Va da sé, infatti, che nei casi in cui si convenga di far acquisire alla PA la proprietà dell'opera, il modello del contratto di disponibilità sarà, almeno sotto questo profilo, sovrapponibile con quello della locazione finanziaria. Su punto si veda S. COPPARI, *Come cambiano le relazioni di partenariato pubblico-privato al tempo del decreto "Cresci-Italia": il c.d. "contratto di disponibilità"*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 1, 2012, pp. 55 e ss.

lo scopo avuto di mira dal legislatore è quello di mettere a disposizione degli operatori pubblici e privati uno strumento in grado di rendere ancora più appetibile il ricorso al meccanismo di collaborazione-cooperazione proprio degli schemi di PPP<sup>4</sup>.

A fronte della crisi della finanza pubblica, i cui canali di spesa si restringono sempre più, appare inevitabile tentare di incentivare il ricorso al capitale privato per il reperimento delle risorse necessarie alla progettazione, alla realizzazione e alla gestione di opere destinate all'esercizio di pubblici servizi. È questa la strada obbligata attraverso la quale passa il rilancio del settore opere pubbliche, nella più ampia prospettiva della valorizzazione della concorrenza, della competitività del sistema-Paese e dello sviluppo infrastrutturale.

Il contratto di disponibilità, almeno nelle intenzioni del legislatore, vuole rispondere a queste esigenze e con esse sarà chiamato costantemente a confrontarsi in fase di applicazione pratica.

## 3. Definizione ed inquadramento sistematico.

In punto di premessa, è opportuno rilevare che il legislatore ha curato con particolare attenzione l'inquadramento sistematico del contratto di disponibilità all'interno del d.lgs. n. 163/2006.

La definizione della nuova figura contrattuale è contenuta nel co. 15 *bis.1* dell'art. 3, mentre il successivo co. 15 *ter* include espressamente il contratto *de quo* nel novero delle fattispecie di partenariato pubblico-privato. Infine, la relativa disciplina è dettata dal nuovo art. 160 *ter*, che segue l'art. 160 *bis* dedicato alla locazione finanziaria di opere

---

<sup>4</sup> Nella Relazione tecnica di accompagnamento al decreto si legge che "*al fine di favorire ulteriormente il partenariato pubblico-privato, è introdotto, nell'ambito del codice dei contratti pubblici, un nuovo strumento contrattuale applicabile sia alle opere ordinarie sia alle opere di interesse strategico (...). Attraverso l'introduzione di tale nuovo strumento si intende incentivare l'apporto di capitale privato atteso che viene ad ampliarsi il ventaglio degli strumenti di partenariato pubblico-privato attualmente configurati dal codice dei contratti pubblici. Attraverso la nuova procedura potranno essere realizzati edifici ad uso ufficio da destinare, per un periodo di tempo predefinito, all'utilizzo pubblico*".

pubbliche.

Il contratto di disponibilità, quindi, è “*il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo*”<sup>5</sup>.

La caratteristica peculiare del contratto di disponibilità è data dal fatto che l'opera destinata al soddisfacimento di un servizio pubblico, una volta realizzata, pur essendo messa a disposizione della PA dietro il pagamento di un corrispettivo, rimane di proprietà privata e tale può rimanere anche dopo il termine del rapporto contrattuale, salvo diverso accordo tra le parti<sup>6</sup>.

Non si tratta, quindi, di un'opera pubblica e ciò rappresenta certamente un elemento di discontinuità rispetto agli schemi tradizionali di PPP.

Con il contratto di disponibilità si instaura un rapporto a prestazioni corrispettive, funzionalizzato al soddisfacimento di un pubblico servizio<sup>7</sup>.

La commistione tra elementi privatistici ed elementi pubblicistici è intensa ed “*è interessante sottolineare come si verta dunque al cospetto della realizzazione di un bene privato con le modalità dell'evidenza pubblica (con quanto ne consegue anche sul piano del riparto di giurisdizione) in ragione del vincolo di destinazione alla messa a disposizione in favore di un soggetto pubblico*”<sup>8</sup>. La parte

privata assume un ruolo del tutto nuovo e peculiare, certamente più accentuato rispetto a quello della controparte pubblica.

L'affidatario, infatti, a proprio rischio e spesa, cura tutti e tre i livelli di progettazione, finanzia e costruisce l'opera (di sua proprietà), per poi porla a disposizione della PA., che a sua volta pagherà un corrispettivo. Per “*messa a disposizione*” s'intende, quindi, l'onere in capo all'affidatario di assicurare (a proprio rischio) alla PA. la costante ed effettiva fruibilità dell'opera, attraverso la sua perfetta manutenzione in costanza di rapporto<sup>9</sup>.

Il privato, pertanto, assume il rischio della c.d. gestione tecnica<sup>10</sup> dell'opera, dovendo curarne la manutenzione ordinaria e straordinaria, anche per i vizi che eventualmente dovessero sopravvenire<sup>11</sup>.

#### **4.La disciplina: l'art. 160 ter d.lgs. n.163/2006.**

Come detto, la disciplina del contratto di disponibilità è dettata dal nuovo art. 160 ter del Codice dei contratti pubblici, il cui primo comma si preoccupa di indicare le modalità di

<sup>9</sup> “*Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti*”. Così il co. 15 bis.1, art. 3, d. lgs. n. 163/2006.

<sup>10</sup> Prescrive il co. 2, art. 160 ter: “*L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice*”. Inoltre, a norma del co. 3, art. 160 ter la gestione tecnica è garantita da una cauzione dovuta dall'affidatario a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera. La cauzione deve essere prestata nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio, con le modalità di cui all'art. 113. Inoltre, è espressamente previsto che la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale, suscettibile pertanto di fondare la domanda di risoluzione del contratto ex artt. 1453 e 1455 c.c.

<sup>11</sup> “*L'attività di messa a disposizione dell'opera deve essere all inclusive, senza eccezioni e per tutto il periodo in cui la PA vuole beneficiare dell'immobile destinato ad un pubblico servizio*”. In questi termini M. RICCHI, *Il nuovo contratto di disponibilità: si amplia il numero dei contratti di PPP*, in *UTPF NEWS*, numero 16, gennaio-marzo 2012.

<sup>5</sup> Così l'art. 3, co. 15 bis.1, d.lgs. n. 163/2006.

<sup>6</sup> Un aspetto destinato certamente ad assumere rilevanza in fase di concreta applicazione del contratto di disponibilità è quello relativo alla eventuale commerciabilità (per il privato) del bene dopo la fine del rapporto con la PA nel caso in cui quest'ultima decida di non acquisire l'opera al proprio patrimonio.

<sup>7</sup> In sede di prima analisi della nuova tipologia contrattuale, si è sostenuto che essa vada assimilata, nel suo schema di base, alla locazione di cosa futura a prestazioni aggravate per il locatore, mentre nel caso in cui sia previsto il trasferimento della proprietà del bene alla PA (vedi *infra*), alla vendita di cosa futura. Così E. ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, op. cit.

<sup>8</sup> Così S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

retribuzione dell'affidatario. Innanzitutto è previsto in capo alla PA. l'obbligo di pagare un canone di disponibilità, che rappresenta il prezzo per l'effettiva fruibilità dell'opera. In tal modo il rapporto negoziale assume i contorni della sinallagmaticità<sup>12</sup>.

Si noti che l'obbligo della corresponsione del canone è strettamente connesso alla effettiva e piena messa a disposizione dell'opera.

Ciò spiega i meccanismi di riduzione dello stesso previsti dalla lett. a), in caso di impossibilità di uso parziale o totale dell'opera per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione<sup>13</sup>.

Lo stesso co. 1, alle lett. b) e c) prevede due ulteriori ed eventuali modalità di retribuzione dell'affidatario, per l'ipotesi in cui la proprietà dell'opera venga trasferita alla PA: a) un contributo in corso d'opera, la cui misura non può comunque superare il 50% del costo di costruzione<sup>14</sup> e b) un prezzo di trasfe-

<sup>12</sup> "Il canone è corrisposto principalmente quale corrispettivo di un diritto personale di godimento sul bene". In questi termini S. COPPARI, *Come cambiano le relazioni di partenariato pubblico-privato*, op. cit.

<sup>13</sup> I meccanismi di riduzione o annullamento del canone devono essere chiaramente ed esattamente delineati nel bando di gara, trattandosi di un elemento di assoluta rilevanza, che il privato dovrà attentamente valutare ai fini della sostenibilità dell'operazione finanziaria. Il co. 6, art. 160 *ter* prevede una ulteriore ipotesi di riduzione del canone di disponibilità connessa all'esito del collaudo da parte della stazione appaltante. In tal caso, "il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto". A tal proposito si rileva che il predetto limite dovrebbe essere previsto già nel bando di gara, per poi essere ribadito nel contratto, atteso il peso che lo stesso assume per la predisposizione dell'offerta da parte del concorrente.

<sup>14</sup> Tale limite invalicabile rappresenta il parametro per il rispetto di uno degli indici previsti in ambito europeo per decontabilizzare l'investimento privato dal bilancio pubblico. Sul punto cfr. Decisione Ufficio statistico delle Comunità europee – Eurostat – 11.2.2004. La disposizione lascia spazio a dubbi sia con riguardo al momento di trasferimento della proprietà sia con riguardo al parametro cui riferire il limite del 50%: si tratta del costo di costruzione incluso nel progetto preliminare ovvero del costo reale così come risultante dalla contabilità dell'affidatario al momento della consegna dell'opera? Sul punto sarebbe necessario un chiarimento in quanto le differenze tra l'una e l'altra ipotesi possono essere consistenti.

rimento, da parametrare ai canoni già versati, all'eventuale contributo in corso d'opera e al valore di mercato residuo dell'opera.

La pubblicazione del bando di gara avviene secondo le modalità ordinarie *ex art.* 66 ed *ex art.* 122 d. lgs. n.163/2006 a seconda che il valore sia sopra o sotto soglia. A base di gara è posto un capitolato prestazionale redatto dalla PA., in cui sono indicate dettagliatamente le caratteristiche tecniche e funzionali della *construenda* opera.

Le offerte dei concorrenti devono consistere, pertanto, nella predisposizione di un progetto preliminare<sup>15</sup> rispondente alle caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale e devono essere valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>16</sup>.

Quanto ai requisiti generali di partecipazione e di qualificazione degli operatori economici il co. 4 espressamente prevede l'applicazione del regime ordinario previsto dal d. lgs. n. 163/2006<sup>17</sup>.

Infine, alla stazione appaltante compete l'attività di collaudo dell'opera al fine di verificare che la stessa sia stata realizzata nel puntuale rispetto delle prescrizioni del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti.

Come già ricordato, all'esito del collaudo, laddove la PA verifichi la presenza di discre-

<sup>15</sup> Il progetto definitivo e quello esecutivo, nonché le eventuali varianti in corso d'opera, sono elaborati a cura dell'affidatario all'esito dell'aggiudicazione, secondo quanto prescritto dal co. 5, art. 160 *ter*.

<sup>16</sup> Il meccanismo così delineato sembra essere decisamente orientato verso la capacità di innovazione progettuale che ogni singolo concorrente sarà in grado di offrire per il soddisfacimento delle esigenze della stazione appaltante. Gli offerenti, in altri termini, avranno tutto l'interesse a puntare decisamente sull'innalzamento della qualità progettuale dell'opera. Del resto, è da ciò che deriverà in concreto la possibilità di rientrare dell'investimento realizzato, riducendo al minimo i costi relativi agli interventi di manutenzione. Sul punto cfr. L. MICONI, *Contratto di disponibilità: l'affidamento con l'offerta economicamente più vantaggiosa e la determinazione della soglia di risoluzione del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3, 2012.

<sup>17</sup> Ai fini della partecipazione alla gara, quindi, sarà richiesto il possesso dei requisiti morali, dell'idonea qualificazione SOA, nonché dei requisiti stabiliti per le attività di progettazione e direzione dei lavori.

panze tra stato dell'opera e capitolato (e sempre che non sia possibile tecnicamente realizzare modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti), essa può disporre la riduzione del canone di locazione, purché siano comunque assicurate le caratteristiche essenziali dell'opera.

Tale circostanza attribuisce all'attività di collaudo un ruolo molto incisivo, in quanto con essa la stazione appaltante può incidere sulla sfera d'azione della parte privata<sup>18</sup>. Inoltre al buon esito del collaudo (e alla successiva messa a disposizione) è subordinato il sorgere dell'obbligo di pagamento del canone.

L'art. 160 *ter* si chiude con la prescrizione dell'applicabilità dello schema del contratto di disponibilità anche in materia di lavori relativi alle infrastrutture strategiche ed agli insediamenti produttivi (co. 7).

Un cenno a parte merita il sistema delle garanzie, chiaramente sbilanciato a favore della stazione appaltante. L'aggiudicatario, infatti, è tenuto a prestare la garanzia *ex art.* 75 d. lgs. n. 163/2006 a corredo dell'offerta, la cauzione definitiva di cui all'art. 113 e la già ricordata cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione tecnica. Nessuna garanzia, invece, è prevista a favore del privato in ordine all'ipotesi di mancato pagamento del canone da parte della PA. (evenienza, quest'ultima, non da escludere a priori in un momento, come quello attuale, di forte crisi della finanza pubblica).

Al sistema delle garanzie così delineato si aggiunge la previsione di ingenti rischi a carico del privato: rischio della costruzione (e quindi del finanziamento), rischio della gestione tecnica, rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti. Se ne ricava un ruolo forte e di spiccata responsabilità attribuito alla parte privata a fronte della posizione più defilata della PA, che viene ad assumere la veste di

“semplice” cliente<sup>19</sup>.

Tutto ciò, naturalmente, trova una logica spiegazione nella circostanza che l'opera è di proprietà del privato, che quindi ne assume l'integrale responsabilità. Tuttavia, resta il dubbio che una tale configurazione del sistema dei rischi e delle garanzie possa costituire, nella pratica, un disincentivo per i privati al ricorso alla nuova figura contrattuale in termini di convenienza economica. Non a caso, quindi, il legislatore è di recente intervenuto sullo schema dei rischi delineato dall'art. 160 *ter*, modificandone il co. 2 attraverso l'aggiunta di un'ulteriore periodo in cui si prescrive che “*il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme e provvedimenti cogenti di pubbliche autorità*”. In tal modo si è tentato di addivenire ad una ripartizione dei rischi più equa e meno sbilanciata a sfavore del privato, rimettendo alla libera disponibilità delle parti la possibilità di stabilire le modalità attraverso le quali ripartire i rischi connessi alla realizzazione dell'opera. La novella legislativa, inoltre, aggiunge una previsione ulteriore con lo scopo di ridurre il carico di responsabilità delle imprese, precisando che “*salvo diversa determinazione contrattuale*” i rischi di natura amministrativa “*derivanti dal mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta ed ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatario*”, cioè delle stazioni appaltanti<sup>20</sup>.

Pur dopo la recentissima modifica legisla-

<sup>18</sup> Il collaudo, tuttavia, presenta un oggetto limitato poiché la stazione appaltante non deve verificare la rispondenza dell'opera al progetto, come di regola avviene in materia di opere pubbliche, secondo le indicazioni dell'art. 215, co. 1, d.P.R. 5.10.2010, n. 207, bensì la rispondenza alle sole caratteristiche tecniche e funzionali indicate dal capitolato.

<sup>19</sup> Al ruolo forte della parte negoziale privata fa da logico contraltare uno “*spostamento del baricentro della relativa disciplina in ambito privatistico. La natura stessa dell'opera che viene realizzata, che resta privata per tutta la durata del contratto e può anche non diventare mai pubblica, permea l'intera regolamentazione dell'istituto.(...).* I profili privatistici assumono un ruolo fondamentale nel disegnare i caratteri propri dell'istituto”. Così R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova figura di partenariato pubblico-privato*, op. cit.

<sup>20</sup> Le modifiche cui si fa riferimento nel testo sono state apportate dall'art. 4 *bis*, co. 1, lett. a), d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7.8.2012, n. 134.

tiva, il sistema di ripartizione dei rischi resta in ogni caso sbilanciato a sfavore del privato e appare evidente che, nell'ottica del bilanciamento dei contrapposti interessi, esso dovrebbe rivestire un peso decisivo nella determinazione del corrispettivo dovuto dalla PA.

L'art. 160 *ter* nulla o quasi dice a proposito delle aree destinate agli interventi. Non si comprende, quindi, se le stesse debbano essere già di proprietà della PA al momento della gara e debbano poi essere trasferite all'affidatario oppure se possano essere acquistate od espropriate anche dopo la gara.

L'articolo in commento prende in considerazione l'ipotesi dell'esproprio, ma non risolve i dubbi suindicati<sup>21</sup>. E' evidente che gli oneri ed i tempi delle procedure di esproprio siano destinati a ricadere sull'affidatario. Per evitare o quanto meno limitare siffatte problematiche il co. 5, ultimo periodo, dell'art. 160 *ter*, così come da ultimo modificato dall'art. 4 *bis*, co. 1, lett. b), d.l. 83-2012, prevede che "l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante", come già accade per il contraente generale.

Altra questione irrisolta è quella delle aree demaniali. Ci si chiede, cioè, se l'opera (privata) da realizzare mediante il contratto di disponibilità possa sorgere su un'area demaniale. Una tale evenienza appare irrealizzabile stante l'ontologica incompatibilità delle aree demaniali con qualsivoglia regime privatistico (sul regime giuridico dei beni demaniali

<sup>21</sup> Il riferimento all'esproprio è contenuto nel co. 3 in cui si stabilisce che "gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità". Sulla questione degli espropri M. RICCHI, *Il nuovo contratto di disponibilità*, op. cit., in sede di prima lettura della norma precisa che "permane qualche dubbio applicativo sul corretto percorso da seguire per procedere ad eventuali espropri delle aree, che poi dovrebbero essere cedute al privato in proprietà e sulle quali verrà costruita l'opera di pubblica utilità. (...) potrebbe essere utile la cessione dei beni privati della PA (anche sdemanializzati) all'affidatario del contratto con una conseguente riduzione del canone o l'incasso del valore corrispondente". Sul punto si veda anche B. BOSETTI, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale. Project financing, contratto di disponibilità, leasing immobiliare e sponsorizzazione*, in *Appalti&Contratti*, 6, 2012.

cf. Cass., sez. un., 16.2.2011, n. 3813).

### 5. Considerazioni conclusive.

Dalla breve analisi fin qui svolta si comprende che il contratto di disponibilità è il frutto del tentativo del legislatore di dare uno slancio nuovo al modello generale del partenariato pubblico-privato, che negli ultimi anni ha segnato il passo per effetto della crisi economica e della finanza pubblica, che hanno determinato una contrazione delle occasioni di incontro e sintesi tra gli interessi pubblici e quelli privati. Per far fronte a questa situazione di stallo il legislatore è fortemente intervenuto sulla disciplina dei contratti pubblici in generale e delle forme di PPP in particolare. L'introduzione del nuovo modello contrattuale si inserisce in questo disegno riformatore, ponendosi come elemento di novità e, sotto certi aspetti, di rottura. Il legislatore, nel prestare particolare attenzione all'inquadramento sistematico, alla definizione e alla disciplina della distribuzione dei rischi e delle garanzie del nuovo modulo contrattuale, ha chiaramente manifestato l'intenzione di dar vita ad una fattispecie fin da subito aderente al modello europeo dei contratti di PPP, così come delineato dalla giurisprudenza comunitaria e dalle decisioni Eurostat in materia di spese del settore pubblico (in particolare dalla Decisione Ufficio statistico delle Comunità europee – Eurostat – 11.2.2004, recepita ed attuata dalla Circ. p.c.m. 27.3.2009<sup>22</sup>). L'obiettivo di fondo appare duplice: alleggerire gli oneri per la finanza pubblica, ponendo in essere operazioni *off balance* (cioè fuori dal bilancio pubblico) e al tempo stesso attrarre capitali privati. La citata decisione Eurostat indica le modalità attraverso le quali è possibile contabilizzare fuori bilancio (con evidenti ricadute sul calcolo del disavanzo e del debito pubblico nonché ai fini del rispetto dei limiti del patto di stabilità) le operazioni di PPP<sup>23</sup>. Eb-

<sup>22</sup> L'applicazione dei contenuti delle Decisioni Eurostat alle operazioni di partenariato pubblico-privato è espressamente sancita dal co. 15 *ter*, art. 3, d.lgs. n. 163/2006. La Circolare p.c.m. 27.3.2009, pubblicata in G.U. n. 84 del 10.4.2009, è stata emanata in attuazione dell'art. 44, co. 1 *bis*, d.l. n.248/2007.

<sup>23</sup> La Circolare, nel dare attuazione alla Decisione Eurostat, ne riporta gli orientamenti in ordine al trattamento nei conti economici nazionali di specifiche tipo-

bene<sup>24</sup> la ripartizione dei rischi delineata nel modello del contratto di disponibilità si presenta in piena sintonia con le indicazioni Eurostat, prefigurando uno schema in cui il privato è maggiormente esposto e, quindi, fortemente responsabilizzato rispetto alla parte pubblica. L'operazione finanziaria posta in essere secondo lo schema del contratto di disponibilità non costituisce, pertanto, indebitamento. Ciò dovrebbe consentire di dare nuovo slancio agli investimenti pubblici, soprattutto degli enti locali, stante anche l'ennesima limitazione alla possibilità di indebitamento prevista, da ultimo, dall'art. 8, co. 1, l. 183/2011 (*Disposizioni per la forma-*

logie di Partenariato Pubblico-Privato (PPP) al fine della loro contabilizzazione fuori bilancio. In particolare, tra le caratteristiche che le operazioni di PPP devono presentare, vi sono la durata di lungo periodo del rapporto contrattuale tra pubblico e privato, la necessità che il contratto sia finalizzato alla costruzione di una nuova infrastruttura o alla ristrutturazione di una infrastruttura esistente e la necessità che l'acquirente principale sia una PA sia quando la domanda è generata dalla stessa PA. (a titolo di esempio: carceri, uffici giudiziari ed altri uffici pubblici) sia che provenga da terzi utilizzatori (a titolo di esempio: ospedali, trasporto pubblico locale). Le opere oggetto di operazioni di PPP sono classificate "fuori bilancio" soltanto quando "c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica a quella privata", e cioè quando, contemporaneamente il privato assume il rischio di costruzione (*construction risk*) e almeno uno tra rischio di disponibilità (*availability risk*) e di domanda (*risk on demand*). La circolare precisa che "il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato" solo se il contratto prevede "l'applicazione automatica di penali che incidano sul canone corrisposto dal soggetto pubblico" non solo quando la struttura è incompleta o assente, ma anche quando i servizi erogati non corrispondano agli standard fissati nel contratto stesso. Sul punto cfr. C. Conti, Lombardia, Parere 19.1.2012 n. 10, che ribadisce quanto chiarito da C. Conti, SS.RR. contr., Deliberazione n. 49/CONTR/11, 16.9.2011.

<sup>24</sup> E' stato sottolineato che, tra le fattispecie di PPP, il contratto di disponibilità "è quello con la forma più matura, quanto a definizione, funzione, prescrizioni sul metodo di affidamento, sulla distribuzione dei rischi, sulla disciplina delle garanzie e sulle forme di monitoraggio. Mentre i tradizionali contratti di partenariato (...) hanno dovuto subire un processo di adattamento al modello europeo dei contratti di PPP per quanto riguarda l'allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti, il contratto di disponibilità sembra sia stato scritto pensando proprio a quel modello .. per porre il valore dell'investimento fuori dal bilancio pubblico". Così M. RICCHI, *Il nuovo contratto di disponibilità*, op. cit.

zione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, Legge di stabilità 2012), che ha modificato l'art. 204 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267<sup>25</sup>.

La natura privata dell'opera è certamente la caratteristica peculiare del nuovo modulo contrattuale ed inevitabilmente questa scelta riverbererà i suoi effetti sulla tipologia di opere a cui esso più si adatterà. È presumibile che gli usi più ricorrenti riguarderanno la realizzazione di immobili da destinare a edifici scolastici, complessi residenziali, strutture sanitarie, caserme delle forze dell'ordine ed uffici pubblici in genere (c.d. opere "fredde"). Rispetto a questa particolare tipologia di opere il contratto di disponibilità, almeno potenzialmente, sembra rappresentare uno strumento aderente alle esigenze delle pubbliche amministrazioni. Inoltre, la natura privata dell'opera dovrebbe favorirne la finanziabilità da parte delle banche, attesa la possibilità di iscrivere ipoteca sul bene a garanzia del finanziamento. Naturalmente solo le concrete applicazioni del nuovo contratto saranno in grado di esprimere il livello di gradimento riscontrato presso gli operatori economici e le pubbliche amministrazioni. Quel che è certo è lo scatto culturale che il contratto di disponibilità richiede tanto agli uni quanto alle altre. L'occasione offerta dal legislatore è significativa, ma, come sempre, le prescrizioni normative di per sé non bastano, dovendo pur sempre essere implementate in concreto e *sul campo*. Servirà quindi del tempo, da un lato per fugare i non pochi dubbi che la disciplina del contratto di disponibilità ad oggi pone e, dall'altro, per consolidare una prassi operativa in grado di dare effettiva attuazione alla nuova fattispecie contrattuale. Il legislatore<sup>26</sup> sembra aver voluto tracciare una strada nuo-

<sup>25</sup> Sulla compatibilità della disciplina del contratto di disponibilità con i limiti normativi all'indebitamento cfr. B. BOSETTI, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale*, op. cit.

<sup>26</sup> La questione della rilevanza dell'importo del canone di disponibilità è puntualmente analizzata da B. BOSETTI, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale*, op. cit., attraverso la considerazione di elementi quali le maggiorazioni occulte del canone e le ricadute degli aspetti fiscali collegati all'operazione sottesa al contratto di disponibilità. Si sottolinea come tali elementi siano inevitabilmente destinati ad avere un peso specifico non indifferente nella determinazione del canone.



va, quella delle opere pubbliche a “noleggior”.

Si tratta, evidentemente, di un tentativo frutto dell'emergenza e della innegabile necessità di sviluppare le infrastrutture, pur avendo scarse risorse a disposizione. In ogni

caso, il destino del contratto di disponibilità si giocherà principalmente sul campo dell'equo bilanciamento degli interessi tra PA. e privati in termini, soprattutto, di quantificazione del canone e di correlata convenienza economica dell'operazione per il privato.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 3.4.2012, n. 99

**Energia - ambiente - norme della Regione autonoma Sardegna - promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili - giudizio di legittimità costituzionale in via principale.**

**Art. 17, co. 9, l. reg. Sardegna 30.6.2011, n. 12 (Disposizioni nei vari settori d'intervento) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato l'art. 17, co. 9, l. reg. Sardegna 30.6.2011, n. 12. Tale norma dispone che l'installazione e l'esercizio di impianti di generazione elettrica alimentati da biogas e biometano siano soggetti alla procedura abilitativa semplificata, qualora siano richiesti da alcune categorie di soggetti ivi elencati. La Corte ha stabilito che la norma impugnata è costituzionalmente illegittima, in quanto la norma statale di riferimento (art. 6, co. 9, d. lgs. 3.3.2011, n. 28, Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE) non permette esplicitamente alle Regioni di circoscrivere i soggetti che possono usufruire della procedura abilitativa semplificata. Per tale ragione, la disposizione impugnata invade tanto la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost., cui afferirebbe la competenza in materia di promozione e sviluppo di fonti energetiche alternative, quanto l'art. 4, co. 1, lett. e), dello Statuto, che attribuisce alla Regione autonoma Sardegna soltanto una competenza concorrente in materia di produzione e distribuzione dell'energia elettrica. V. precedenti conformi, C. cost., 9.11.2006, n. 364; 6.11.2009, n. 282; 26.3.2010, n. 119; 26.3.2010, n. 120; 1.4.2010, n. 124; 6.5.2010, n. 168; 4.6.2010, n. 194; 1.4.2011, n. 107; 11.11.2011, n. 308; 23.11.2011, n. 310 (Red. Davide Siclari).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.6.2012 n. 3778

**Operazione di finanziamento - mano pubblica - beneficio economico - riferibile ad un**

**obiettivo essenziale perseguito dalla relativa disciplina di settore - interesse istituzionale.**

*Secondo la costante giurisprudenza (cfr. CdS, V, 28.5.2012, n. 3132; V, 19.6.2009, n. 4106, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in ogni operazione di finanziamento a carico della mano pubblica, il beneficio economico è riferibile ad un obiettivo essenziale perseguito dalla relativa disciplina di settore (sia normativa che amministrativa); il finanziamento è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende, cioè, pur implicandolo, l'interesse dei destinatari; vale a dire che in ogni operazione di finanziamento non è intellegibile solo un interesse del beneficiario ma anche quello dell'organismo che l'elargisce, il quale a sua volta, altro non è se non il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale. Logico corollario è che le disposizioni attributive di finanziamenti devono essere interpretate in modo rigoroso e quanto più conformemente con gli obiettivi avuti di mira dal normatore (sul principio generale in materia di contributi cfr. CdS, Ad. Plen., 7.6.2012, n. 20).*

*Anticipando quanto si illustrerà meglio in prosieguo, dall'esame complessivo del micro ordinamento di settore emerge che l'elemento essenziale rintracciabile nel disegno complessivo del quadro regolatorio, è il raggiungimento del punto di equilibrio che ha ricondotto ad unità due differenti esigenze: da un lato, alleviare le sofferenze economiche delle aziende di settore attraverso un meccanismo straordinario di anticipazione da parte della regione di futuri finanziamenti statali; dall'altro, premiare le aziende virtuose ripartendo la provvista finanziaria attraverso l'utilizzo di un parametro standard imperniato su un modello - tipo di gestione efficiente del servizio superando, in puntuale osservanza di superiori indicazioni comunitarie e statali, la logica del ripianamento dei disavanzi effettivi a piè di lista che non consente di stimolare l'efficienza delle gestioni attraverso la riduzione dei costi*

di esercizio.

7.1.3. Scendendo all'esame delle singole doglianze sollevate dalla ditta Locatelli il collegio osserva che le stesse, filtrate attraverso il criterio esegetico sopra illustrato, sono tutte infondate. Per quanto di interesse ai fini della presente causa, la l.r. n. 21 del 1991: a) ha previsto espressamente, in deroga a quanto stabilito dallo statuto regionale, che fosse la giunta (e non il consiglio) ad erogare i finanziamenti alle aziende di trasporto pubblico locale (art.1, co. 1 e 2); b) ha previsto l'entità complessiva della copertura finanziaria (art. 1, co. 3 e 4), nonché le modalità di presentazione ed i contenuti delle domande di assegnazione che le imprese avrebbero dovuto rivolgere all'amministrazione, rinviando alle prescrizioni a suo tempo impartite per l'applicazione della l. n. 18 del 1987 cit. (art. 1, co. 5, e 2, co. 1); c) ha stabilito che la ripartizione delle somme fra le imprese avvenga "...in proporzione all'entità dei rispettivi disavanzi ritenuti ammissibili, accertati ai sensi del successivo art. 2 e comunque nei limiti del medesimo" (art. 1, co. 5). Il tenore letterale delle norme su illustrate esclude che la l.r. n. 21 abbia previsto come parametro vincolante per la distribuzione dei contributi quello legato all'accertamento in concreto del disavanzo di esercizio posto a base della l. n. 18 del 1987 cit.; il richiamo a tale fonte, infatti, è strumentale alle sole modalità di acquisizione delle domande delle imprese e dei relativi dati allegati; conseguentemente è messo fuori gioco il criterio del "bilancio riclassificato" ed i suoi corollari applicativi.

7.1.4. Per quanto concerne i dedotti profili di incoerenza e illogicità del criterio prescelto dalla giunta (e posto a base della delibera impugnata), il collegio rileva che tali censure sollecitano inammissibilmente il giudice amministrativo ad un sindacato di merito al di fuori dei tassativi casi contemplati dalla legge (oggi art. 134 c.p.a.): sul punto si condivide quanto affermato con nettezza dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 8.3.2012 n. 3622; CdS, V, 3.5.2012, n. 2552; V, 22.3.2012, n. 1640, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), ovvero che il giudice amministrativo, adito in sede di legittimità in relazione a

procedure comparative (o, come nella vicenda che occupa, attributive di finanziamenti pubblici), deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione elaborati all'amministrazione nonché la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, tranne il caso in cui siano abnormi ovvero in contrasto con il diritto positivo (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

Il criterio standard del "costo chilometrico" (per giunta mitigato nella sua applicazione da alcuni moltiplicatori correttivi che hanno consentito all'impresa di acquisire generosi finanziamenti), appare ad un controllo estrinseco non abnorme o illogico posto che: a) è quello utilizzato per l'assegnazione dei contributi ordinari, posto a base della l. quadro n. 151 del 1981 e delle ll.rr. attuative nn. 2 e 62 del 1982; sotto tale angolazione è evidente che la l.r. n. 21 del 1992 e la pedissequa delibera n. 30541 si muovono su un piano di coerenza rispetto alla disciplina generale di settore; b) la regione ha deciso il criterio sulla base di proprie esigenze e finalità (si rammenta che il finanziamento è a valere sul bilancio regionale e si limita ad anticipare futuri finanziamenti statali); c) la l. n. 18 del 1987 (al pari della l.r. n. 19 del 1989), è una legge provvedimento, con ambito temporale determinato (contributi straordinari per gli anni 1982 - 1986) e, come tale, non costituisce certo un paradigma obbligatorio per la regione; d) il criterio prescelto mira a razionalizzare la spesa scoraggiando le aziende inefficienti.

7.2. Con il secondo motivo (pagine 28 – 33 del ricorso di prime cure), la ditta Locatelli deduce la violazione e falsa applicazione della l.r. n. 19 del 1989 nonché eccesso di potere per illogicità; ferma restando l'asserita illegittimità del criterio dianzi illustrato del "costo unitario chilometrico dei servizi", tutte le censure ruotano intorno alle incongrue conseguenze pratiche derivanti dall'omessa applicazione del meccanismo correttore previsto dalla l.r. n. 19 del 1989; tale moltiplicatore, incentrato sulla dimensione del complesso aziendale, consente di rettificare in aumento i costi standard delle imprese di trasporto di maggiori dimensioni in ragione della percorrenza di oltre 800.000 km annui.

7.2.1. Il motivo è insuscettibile di favorevole

esame.

7.2.2. La l.r. n. 19 del 1989 è una legge provvedimento con efficacia temporale limitata al periodo di riferimento (anni 1986 - 1988); essa, pertanto, non può trovare applicazione all'anno 1992; conseguentemente non è possibile invocare l'applicazione dello straordinario meccanismo moltiplicatore che non trova riscontro nei criteri ordinari individuati dalla legge quadro statale n. 151 del 1981 e dalle ll. rr. attuative nn. 2 e 62 del 1982; invero la circostanza che la l.r. n. 21 del 1992 abbia erogato, per altro in una logica puramente acceleratoria, delle anticipazioni straordinarie su stanziamenti statali, non significa che per individuare il quantum del contributo si possano richiamare, in via presuntiva, criteri elaborati da altre fonti (la l.r. n. 19 del 1989), solo perché a loro volta temporanee ed eccezionali; anche la l.r. n. 21 cit., in parte qua è una legge provvedimento e dunque di stretta interpretazione.

7.3. Con il terzo motivo infine (pagine 33 - 36 del ricorso di prime cure), si contesta la congruità e la logicità intrinseca del meccanismo adeguatore applicato al criterio del "costo

standard", ovvero il riferimento alle sole percorrenze autorizzate dalla Regione Lombardia; si eccepisce la disomogeneità del parametro rispetto alla scelta dell'amministrazione di considerare, sul lato dei ricavi, non solo i contributi erogati ma anche gli introiti da tariffa che rappresentano il frutto delle percorrenze effettive.

7.3.1. Il motivo è inammissibile ed infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

7.3.2. Per quanto concerne i dedotti profili di incoerenza e illogicità intrinseca del metodo di correzione del criterio del "costo standard", il collegio rileva che tali censure sono inammissibili per le ragioni espote al precedente punto 8.1.4. Le censure sono anche infondate perché, in presenza di un bilancio unitario, il riferimento ai costi relativi alle sole tratte autorizzate dalla regione appare prima facie intrinsecamente logico consentendo a questa ultima di erogare con certezza contributi in relazione ai soli oneri di servizio pubblico di propria spettanza, evitando in tal modo di finanziare inconsapevolmente oneri riferibili a scelte degli enti locali minori ovvero all'attività privata di autotrasporto svolta dall'impresa.

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

*Parere n.108015 - Codici identificativi di produttori di tabacchi. Contrabbando tabacchi lavorati - Sistemi di decifrazione dei codici apposti dai produttori sui pacchetti di sigarette di cui all'art. 7 l. 19.3.2001, n. 92 - Possibilità di loro comunicazione per utilizzazione in giudizio. (Parere n. 108015) Avv. M. Fiorilli.*

### RISPOSTA

*Con riferimento al quesito proposto con la nota che si riscontra, si osserva che, a parere della Scrivente, non sussistono ò in difetto di una norma che ne disponga la segregazione per ragioni ostative alla comunicazione delle notizie richieste dallo studio legale americano tramite l'OLAF circa la decifrazione dei codici identificativi di cui all'art. 6 l. 417/1991, come modificato dall'art. 7 l. 19.3.2001 n. 92.*

*Al contrario, la ratio legis ispiratrice della normativa in questione ò che e dichiaratamente rappresentata dall'intento di ù... combattere il contrabbando dei tabacchi lavorati nel territorio nazionale e le collegate organizzazioni criminali anche internazionali ...*

*(art. 6, co. 1, l. 417/1991) o sembra deporre nel senso dell'utilizzabilità delle informazioni de quibus in ambito processuale, peraltro senza necessita della previa prestazione dei consenso dell'interessato, dovendosi ritenere, nell'ordinamento italiano, il diritto di difesa prevalente rispetto ad esigenze di segretezza o riservatezza, come si evince dall'art. 12, co. 1., lett. h, l. 675/1996 (si veda in tal senso anche Cass., Lav. n. 6420 del 4.5. 2002). Tali notizie potranno pertanto essere comunicate allo studio in questione, salvo precisare esplicitamente che l'uso delle stesse deve intendersi consentito limitatamente all'ambito delle azioni legali di cui all'oggetto, e con esclusione della possibilità di qualsivoglia altra forma di utilizzo e diffusione, nonchè previa formale assicurazione, da parte dei legali americani, del fatto che il sistema processuale statunitense garantisca che la produzione in giudizio dei dati in parola non ne comporti in alcun modo la pubblicazione e/o l'accessibilità, e infine che detta utilizzazione in sede processuale sia compatibile con la normativa americana in materia di riservatezza. Si resta a disposizione per quanto altro possa occorrere.*

«.....GA.....»

# COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **ANTIMAFIA E ANTICORRUZIONE: DISPONIBILE ON LINE UNA RACCOLTA DI NORMATIVA E GIURISPRUDENZA**

*Il Ministero dell'Interno rende noto che la Scuola superiore dell'amministrazione ha realizzato la raccolta di tutta la normativa di settore, per agevolare le prefetture nella loro applicazione ed una rassegna aggiornata della giurisprudenza per avere un quadro chiaro di riferimento interpretativo che aiuti a usare al meglio gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione degli uffici territoriali del governo nella loro attività antimafia e anticorruzione (**Ministero dell'Interno, comunicato del 17.7.2012**).*

«..... GA.....»

### **CAMBIO DI RESIDENZA IN TEMPO REALE: IL CONSIGLIO DEI MINISTRI HA APPROVATO IL REGOLAMENTO**

*Il Consiglio dei ministri ha approvato il regolamento che dà attuazione all'istituto del 'cambio di residenza in tempo reale' introdotto dal d.l. 9.2.2012, n.5, convertito dalla l. 4.4.2012, n. 35 ('semplifica Italia'). La novità normativa consente ai cittadini di presentare le dichiarazioni anagrafiche - di residenza e di trasferimento all'estero - anche spedendole per posta oppure inviandole via fax o e-mail, oltre che allo sportello del comune competente. Le principali novità previste dal regolamento, approvato su proposta del ministro dell'Interno di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, riguardano le dichiarazioni anagrafiche e i controlli sui requisiti. Per quanto riguarda le dichiarazioni, l'ufficiale d'anagrafe deve registrarle entro i due giorni lavorativi successivi alla presentazione, mentre i loro*

*effetti giuridici, e quelli delle corrispondenti cancellazioni, decorrono dalla data della dichiarazione. I controlli sulla sussistenza dei requisiti dichiarati, invece, vengono effettuati nei 45 giorni successivi alla registrazione da parte dell'ufficiale d'anagrafe (**Presidenza del Consiglio dei Ministri, comunicato del 26.6.2012**).*

«..... GA.....»

### **LA LOCAZIONE NON VA PIÙ DENUNCIATA ALL'AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA**

*Non c'è più l'obbligo, per i contratti di locazione e di comodato di un fabbricato, di comunicare all'autorità locale di pubblica sicurezza l'ubicazione dell'immobile, le generalità del conduttore o della persona che assume la disponibilità del bene. La novità è stata introdotta con il d.l. 20.6.2012 n.79, già pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale. Sarà l'Agenzia delle entrate ad individuare le informazioni acquisite nel corso della registrazione nel sistema informativo dei contratti e a trasmetterle in via telematica al ministero dell'Interno. Nel caso in cui venga concesso il godimento del fabbricato o di porzione di esso sulla base di un contratto, anche verbale, non soggetto a registrazione in termine fisso, l'obbligo di comunicazione all'autorità locale di pubblica sicurezza sarà assolto attraverso l'invio di un modello informatico approvato con decreto del ministero dell'Interno, che dovrà essere adottato entro novanta giorni da oggi, che stabilirà le modalità di trasmissione (**Ministero dell'Interno, comunicato del 21.6.2012**).*

«..... GA.....»

### **RAPPORTO SULLE ENTRATE TRIBU-**

## **TARIE: GLI ITALIANI NON SI AFFIDANO PIÙ NEPPURE ALLA FORTUNA, AUMENTANO LE ENTRATE TRIBUTARIE TRANNE QUELLE PER LOTTO E LOTTERIA CHE SUBISCONO VARIAZIONI NEGATIVE**

*Nel Rapporto mensile aprile 2012 sull'andamento delle entrate tributarie e contributive, redatto dal Dipartimento delle finanze e dal Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, secondo le disposizioni della legge di contabilità e finanza pubblica (art. 14, co. 5, l. 196/2009) viene segnalato un incremento delle entrate tributarie sia del bilancio dello Stato sia degli enti territoriali. Dal documento emerge che gli italiani giocano meno registrandosi, infatti, una flessione delle entrate di lotto e lotterie (-143 milioni di euro, -6,3 per cento). In particolare le entrate tributarie del bilancio dello Stato incassate ammontano a 111.296 milioni di euro e crescono rispetto allo stesso periodo del 2011 di +240 milioni di euro (+0,2 per cento). Al risultato contribuiscono le imposte indirette per +883 milioni di euro (+1,7 per cento) tra le quali si evidenzia la variazione negativa del gettito IVA (-498 milioni di euro, pari al -1,7 per cento), e l'andamento positivo degli oli minerali (+1.260 milioni di euro, +22,6 per cento); registrano una flessione le entrate di lotto e lotterie (-143 milioni di euro, -6,3 per cento). Le imposte dirette mostrano una riduzione (-643 milioni di euro, -1,1 per cento) ed in particolare l'IRE registra una variazione negativa di (-1.327 milioni di euro, pari al -2,5 per cento) (MEF, Rapporto sulle entrate tributarie e contributive del 5.6.2012).*

«..... GA.....»

## **ANTICIPATO AL 30.6.2012 L'INVIO DEI PIANI TRIENNALI DELLE OPERAZIONI DI ACQUISTO E VENDITA DI IMMOBILI DELLE AMMINISTRAZIONI SOGGETTE AL DM 16.3.2012**

*Camere di Commercio, Autorità di Ambito Territoriale Ottimale, Autorità Portuali, Consorzi e Enti gestori di Parchi e Aree naturali protette, queste ed altre le*

*amministrazioni locali che entro il 30.6.2012 dovranno trasmettere alla Ragioneria Generale dello Stato il piano triennale delle operazioni di acquisto e vendita di immobili la cui efficacia e' subordinata alla verifica di compatibilità con i saldi strutturali di finanza pubblica. Entro sessanta giorni il MEF con apposito decreto autorizzerà o meno la realizzazione delle operazioni. Nella circolare vengono da ultimo definite le modalità di invio telematico che dovranno essere seguite dalle Amministrazioni indicate negli elenchi allegati alla circolare in esame (**Ragioneria Generale dello Stato, circ. n. 21 del 4.6.2012**).*

«..... GA.....»

## **CLOUD COMPUTING: MINI GUIDA PER LE IMPRESE E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PREDISPOSTA DAL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI**

*Proteggere i dati per non cadere dalle nuvole, questo il titolo del vademecum predisposto dal Garante per la protezione dei dati personali con il quale vengono offerte alcune indicazioni valide per tutti gli utenti, in particolare imprese e amministrazioni pubbliche. L'obiettivo è quello di far riflettere su alcuni importanti aspetti giuridici, economici e tecnologici in un settore in velocissima espansione e di promuovere un utilizzo corretto delle nuove modalità di erogazione dei servizi informatici. La mini guida è suddivisa in cinque capitoli: "Cos'è il cloud computing"; "Nuvole diverse per esigenze diverse"; "Il quadro giuridico"; "Valutazione dei rischi, dei costi e dei benefici"; "Il decalogo per una scelta consapevole". Nei primi due capitoli si approfondiscono i principali tipi di "nuvole" e le modalità di utilizzo. Il terzo offre una panoramica dei principali riferimenti normativi del settore, con particolare riguardo alla protezione dei dati. Gli ultimi due capitoli propongono i principali criteri per valutare costi e benefici dell'adozione del cloud e una serie di consigli concreti per effettuare le scelte più opportune (**Garante per la protezione dei dati personali, Mini***

*guida al cloud computing del 24.5.2012).*

«..... GA.....»

**PUBBLICITÀ INGANNEVOLE, PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E CLAUSOLE VESSATORIE: AVVIATA LA CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLA BOZZA DEL NUOVO REGOLAMENTO CONTENENTE LE PROCEDURE ISTRUTTORIE**

*L'Autorità, in considerazione delle nuove competenze ad essa attribuite dall'art. 5 del d.l. 1/2012 e ritenuta la necessità di adottare un regolamento al fine di disciplinare la procedura istruttoria in materia di clausole vessatorie e di procedere, con l'occasione, ad una armonizzazione e semplificazione delle esistenti procedure istruttorie, ha deliberato*

*di porre in consultazione pubblica la bozza del nuovo Regolamento contenente le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie. Ciò al fine di raccogliere e prendere in considerazione il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, tenuto conto che il rapporto tra consultazione e qualità della regolamentazione è valorizzato anche a livello comunitario, in quanto una regolamentazione condivisa consente una migliore applicazione delle norme. Tutti i soggetti interessati possono proporre, entro 30 giorni, le proprie motivate osservazioni al testo della comunicazione, inviando una mail all'indirizzo [consultazione.regolamentoistruttorio@agcm.it](mailto:consultazione.regolamentoistruttorio@agcm.it) (Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, comunicato del 13.6.2012).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# DECRETO SEMPLIFICAZIONI E INNOVAZIONE TECNOLOGICA DELLA PA. QUELLO CHE LE NORME NON DICONO

del Dott. Fulvio Costantino

*Il recente decreto legge “semplificazioni” ha introdotto diverse disposizioni che si occupano di informatizzazione della pubblica amministrazione. Il lavoro esamina come la Pubblica amministrazione e il rapporto dei cittadini con la pubblica amministrazione, alla luce di questi interventi, stia cambiando o si vorrebbe che cambiasse*

The recent law about simplification has introduced several provisions concerning ICT and Public administration. The paper examines how the relationship between Public Administration and citizens is changing or needs to be changed

*Sommario: 1. Premessa. 2. Semplificazioni per il cittadino. 3. Le semplificazioni in materia di lavoro, appalti, società. 4. Sviluppo e innovazione tecnologica. 5. Quello che non appare.*

### 1.Premessa.

Il recente decreto legge “semplificazioni” ha introdotto diverse disposizioni che si occupano di informatizzazione della pubblica amministrazione<sup>1</sup>.

Risulta, tra l'altro, modificato il Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 82 del 2005), già oggetto di molteplici revisioni<sup>2</sup>. Si

<sup>1</sup> N. 5 del 2012, da ultimo convertito nella l. n. 35 il 4.4.2012. Sul tema della semplificazione, con riferimento al Codice dell'Amministrazione digitale, si v. P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, *Dir. Amm.*, 2011, 679-701.

<sup>2</sup> Sul codice dell'amministrazione digitale si v. M. ARGENTATI - A. BOTTO, *Il codice dell'amministrazione digitale*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 419; ASTRID, *Codice delle pubbliche amministrazioni digitali*; G. CAMMAROTA, *Le modifiche al codice dell'amministrazione digitale*, *Giorn. dir. Amm.*, 2006, 943; sulla telematica si v. G. DUNI, *Teleamministrazione*, *Enc. giur.*, Roma, XXX, 1993; V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, *Enc. dir.*, Milano, XLIV, 1992; S. LARICIA, *Telematica*, *Enc. giur.*, Roma, XXX, 1998. Sul tema della circolazione delle informazioni P.M. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili dell'accesso interamministrativo telematico. Tra testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pub.*, 2005, 525; 55. Sui temi

tenterà di porre in luce come la PA. e il rapporto dei cittadini con la PA., alla luce di questi interventi, stia cambiando – o si vorrebbe che cambiasse<sup>3</sup>.

Gli interventi sono stati idealmente suddivisi in tre categorie.

Una prima riguarda le semplificazioni per i cittadini; una seconda le semplificazioni nei settori del lavoro, degli appalti pubblici, del diritto commerciale; una terza le disposizioni formulate nel capo del d.l. relativo allo sviluppo tecnologico.

dell'informatizzazione A. MASUCCI, *Informatica pubblica*, *Diz. dir. pub.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 3115; A. NATALINI, *Lo stato dell'informatizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 221; E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 469 – 476; E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 213 – 229

<sup>3</sup> Cruciale, per cogliere l'attuale condizione del rapporto tra diritto e amministrazione, A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 155, ma in part. 189.

## 2. Semplificazioni per il cittadino.

Nel decreto vi sono norme che mirano alla semplificazione per i cittadini: si tratta di misure che si traducono in vantaggi per questi ultimi, e che costringono l'amministrazione ad attivarsi per attuare quanto prescritto.

L'art. 6 ad esempio prescrive, con norma destinata in particolare ai comuni, che le comunicazioni siano effettuate in via esclusivamente telematica, quando si tratti di informazioni anagrafiche, elettorali, relative a convenzioni matrimoniali o ai vincoli derivanti dall'obbligo di leva, o siano rivolte alle questure<sup>4</sup>.

Ancora, l'art. 6 *bis* attribuisce ai cittadini la facoltà di corrispondere in forma telematica l'imposta di bollo (anche attraverso l'utilizzo di carte di credito, di debito o prepagate), così da potere assolvere in via telematica ad ogni onere connesso all'invio di un'istanza ad una pubblica amministrazione o a qualsiasi ente o autorità competente<sup>5</sup>; il successivo art. 6 *ter* prevede a tal fine che ogni amministrazione pubblici sul proprio sito, oltre che in ogni richiesta di pagamento, i dati necessari per i pagamenti in forma informatica<sup>6</sup>. La disposizione viene integrata nel CAD, che all'art. 5 già prevedeva che la PA. dovesse consentire il pagamento di quanto dovute in forma telematica, anche col supporto di prestatori di servizi per il pagamento elettronico.

Da ultimo, l'art. 8 prevede che per la partecipazione ai concorsi pubblici sia ammessa solo la domanda inviata telematicamente, e che le clausole dei bandi che prevedano diverse modalità siano nulle<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> L'attuazione è subordinata all'adozione di uno o più decreti del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto e di concerto con il Ministro della difesa.

<sup>5</sup> Anche qui è necessario decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la PA. e la semplificazione.

<sup>6</sup> In questo caso la disposizione acquista efficacia decorsi novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, ma non è prevista una sanzione.

<sup>7</sup> Dal 30.6.2012. Le amministrazioni provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili,

## 3. Le semplificazioni in materia di lavoro, appalti, società.

Altre norme si occupano di semplificazioni in materia di lavoro, appalti, società. Queste misure nel complesso accrescono il patrimonio informativo in capo alla PA., e realizzano l'espansione della condivisione delle informazioni.

Viene correlativamente reso ineludibile l'obbligo per le imprese di usare gli strumenti telematici per la propria attività, e di nuovo si costringe indirettamente anche l'amministrazione a farne uso.

Secondo l'art. 16, di grande importanza ma la cui dettagliata analisi ci porterebbe fuori tema, gli enti erogatori di servizi sociali inviano all'Inps in forma telematica le informazioni sui beneficiari e sulle prestazioni concesse, le quali confluiscono nel Casellario dell'assistenza, che viene anche integrato e coordinato con il Servizio Sanitario Nazionale.

Le sanzioni per mancanza dei requisiti per i benefici non saranno più irrogate dall'Inps ma dagli enti stessi. Si tratta evidentemente di una misura in grado di fornire un quadro complessivo delle prestazioni e dei prestatori, così da consentire analisi, programmazione, controllo degli interventi pubblici e verifica della legittimità dei comportamenti.

L'art. 20 prevede la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, presso l'Autorità di vigilanza, nella quale stazioni appaltanti ed enti aggiudicatori faranno confluire la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario richiesti per la partecipazione alle procedure disciplinate dal Codice.

La misura mira a ridurre gli oneri a carico delle stazioni appaltanti e delle imprese (le quali dovranno adempiere una volta soltanto agli oneri informativi), a ridurre il pericolo di false dichiarazioni e correlativamente il rischio di corruzione, a rendere più trasparenti e rapide le gare, dal momento che l'ammini-

senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Le Regioni devono adeguare i propri ordinamenti a questo principio.

strazione potrà più facilmente verificare i requisiti.

L'art. 37 infine sospende per tre mesi, in attesa di integrazione, la domanda di iscrizione nel registro delle imprese delle società che non comunichino l'indirizzo della propria posta elettronica certificata; non sono invece previste sanzioni per le società già iscritte.

In questo modo si cerca di costringere le società a fornirsi di uno strumento che dovrà costituire il canale di comunicazione con la pubblica amministrazione.

Gli interventi citati sono interessanti, anche se in questi casi il cittadino-impresa è il soggetto che può essere soggetto al controllo dell'amministrazione, che deve comunicare i dati alla Banca dati, che deve indicare e quindi usare la posta elettronica certificata.

In altri termini, qui il processo di informatizzazione può incidere anche negativamente sulla sfera giuridica del soggetto privato e passa attraverso la sua collaborazione e il controllo sulle sue attività.

#### 4. Sviluppo e innovazione tecnologica.

Il vero cuore dell'intervento consiste però, come accennato, nella previsione di norme in tema di sviluppo che incidono sul CAD. Il discorso si snoda a partire dall'art. 47 e propaggini (*bis-ter...*).

Le misure sono eterogenee, e vanno da profili di carattere generale (attuazione dell'agenda digitale), a profili organizzativi (gestione associata dell'ICT), a misure che facilitino l'uso della telematica (presentazione di istanze, indicazione degli indirizzi telematici, servizi), fino all'uso della telematica nel settore dei servizi (servizi in rete, sanità digitale).

Al fondo, è sempre presente l'idea di promuovere l'uso della tecnologia per lo sviluppo del paese e per ottenere risparmi nello svolgimento dell'attività.

La disposizione generale è l'art. 47, il quale prevede l'agenda digitale.

A livello europeo essa è stata indicata dalla Commissione con la comunicazione COM (2010)245; in una visione complessiva, piano europeo e nazionale mirano a costruire un quadro giuridico che consenta investimenti per la realizzazione di infrastrutture per la connessione internet ad alta velocità, un mer-

cato unico di contenuti e servizi *online*, l'accesso da generalizzato a *internet*.

Il nostro Paese, in questa ottica, tra le diverse misure, aveva adottato il Piano *E-Gov 2012*, per definire dei progetti di innovazione digitale, riguardo al quale l'Agenda risulta in più punti ripetitiva<sup>8</sup>.

Alla luce di queste finalità, dal punto di vista operativo viene istituita una cabina di regia con il compito di coordinare le iniziative delle PA. e realizzare l'agenda<sup>9</sup>.

Dal punto di vista organizzativo, invece è centrale l'art. 47 *ter*, il quale vincola i piccoli comuni (con popolazione inferiore a 5.000 abitanti) alla gestione associata delle ICT<sup>10</sup>. La soglia minima da raggiungere dovrà essere di 30.000 abitanti.

Le regioni hanno il compito di indicare gli ambiti territoriali, ma non sono previsti meccanismi sostitutivi per le regioni inadempienti<sup>11</sup>.

I comuni sono liberi di scegliere la forma

<sup>8</sup> Si v. per l'agenda digitale europea, L. ROMANI, *La strategia "europa 2020": obiettivi e criticità, con particolare riferimento all'agenda digitale europea e all'interoperabilità dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche europee*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2010, 573 - 604.

<sup>9</sup> I settori che la cabina deve dirigere sono la realizzazione delle infrastrutture necessarie a fornire i servizi in particolare attinenti a mobilità, risparmio energetico, sistema educativo, sicurezza, sanità, servizi sociali e cultura; la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico; il potenziamento dell'*e-government*, nel senso del miglioramento dei servizi, della partecipazione, della trasparenza amministrativa; la promozione del *cloud computing*; il ricorso ad acquisti pubblici innovativi e appalti pre-commerciali per stimolare la domanda di beni e servizi basati su tecnologie digitali; la realizzazione dell'infrastruttura per l'accesso ad internet nelle scuole, università, spazi urbani e locali pubblici; l'investimento nelle tecnologie per il sistema scolastico e universitario; l'utilizzo dell'SPC; il consenso a pagamenti in via informatica e attività connesse.

<sup>10</sup> L'acronimo ICT (Information & Communication technologies) indica le tecnologie di informazione e comunicazione.

Quando si afferma che l'amministrazione fa uso delle ICT si evidenzia appunto l'uso in generale della tecnologia per l'amministrazione.

<sup>11</sup> Il termine per le Regioni è di due mesi dalla data di entrata in vigore della disposizione, e vale per le materie in cui la Regione è competente, previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali.

di gestione associata, purché tra quelle previste nel d. lgs n. 267/2000: convenzione, l'accordo di programma, unione, consorzio (anche se poi di fatto la prima e l'ultima saranno adottate).

Ci sarà un'unica stazione appaltante per ambito territoriale<sup>12</sup>.

L'art. 47 *quater* impone l'aggiornamento almeno semestrale dell'indice degli indirizzi telematici delle PA., e il mancato adempimento dell'obbligo incide sulla valutazione dei dirigenti<sup>13</sup>.

L'art. 47 *sexies* stabilisce che invece siano valide le istanze presentate alle PA. anche tramite posta elettronica qualificata (e non più solo firma digitale).

L'art. 47 *quinquies* prevede l'obbligo per le PA. e le società partecipate di enti pubblici di usare esclusivamente strumenti telematici per la ricezione di istanze e per i servizi resi<sup>14</sup>, nel caso di presentazione di denunce, istanze e atti e garanzie fideiussorie, di esecuzione di versamenti fiscali, contributivi, previdenziali, assistenziali e assicurativi, di richiesta di attestazioni e certificazioni.

Inoltre l'obbligo si estende anche agli atti, le comunicazioni o i servizi dagli stessi resi<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Le funzioni e i tempi di attuazione sono definiti con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della disposizione. A partire dalla data fissata dal decreto ministeriale, i comuni non possono singolarmente assumere obbligazioni inerenti alle funzioni e ai servizi previsti nella norma.

<sup>13</sup> Per PA. si intende quanto indicato nel CAD, e quindi, *ex lege* 165 del 2001, Ai sensi del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle PA. (ARAN) e le Agenzie di cui al d.lgs. 30.7.1999, n. 300 individuate al co. 2 dell'art. 2 dello stesso cod.)

<sup>14</sup> Dal 1.1.2014.

<sup>15</sup> Le amministrazioni, almeno sessanta giorni prima della data della entrata in vigore dell'obbligo, pubblica-

Il 47 *bis* si occupa di sanità digitale: i piani di sanità nazionali e regionali devono promuovere la cartella sanitaria elettronica e sistemi di prenotazione elettronici per l'accesso alle strutture (visite, analisi, esami).

### 5. Quello che non appare.

Un giudizio complessivo del decreto potrebbe semplicemente richiamare i commenti che sono stati formulati rispetto ai precedenti interventi normativi: poco è cambiato.

Risulta non rivelatrice una lettura delle norme sulla digitalizzazione, perché ad esaminarle sembra che presto (se non già adesso) ci si troverà nel migliore dei mondi possibili.

Ma se, con più attenzione, si osserva il succedersi delle norme che hanno inciso sul CAD, a chiunque viene il dubbio circa il motivo per il quale il legislatore sia oggi intervenuto, visto che il processo di digitalizzazione dovrebbe già essere compiuto.

Del resto, anche quando si leggono le vicine scadenze che la disciplina pone, e che sono state citate, si potrebbe aver l'impressione che il legislatore voglia cambiare direzione rispetto a quanto fatto sinora e che non abbia molta fiducia nella capacità spontanea di realizzazione del piano di informatizzazione.

In realtà la direzione è la stessa tracciata negli ultimi anni.

Peraltro non serve a molto fissare dei termini senza prevedere sanzioni, come pure avviene nella regolazione di questo settore da anni: la logica sanzionatoria era stata per la prima volta adottata dal d.lgs. 69 del 2009, il quale l'aveva però collegata alla riforma del pubblico impiego cd. Brunetta, così che l'inattuazione della riforma ha di riflesso ricondotto l'obiettivo della digitalizzazione ad un mero auspicio<sup>16</sup>.

Prevedere la prossima adozione di strumenti che le amministrazioni non hanno l'attuale capacità di implementare, non serve a

no nel sito web istituzionale l'elenco dei provvedimenti adottati e termini e modalità di utilizzo dei servizi e dei canali telematici e della posta elettronica certificata. Inoltre l'articolo stabilisce che un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro sei mesi, stabilirà deroghe al principio, anche per impedire nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

<sup>16</sup> Si v. sul punto E.CARLONI, *op. cit.*, 471.

nulla. Si veda infatti uno degli studi più recenti, il dossier 2011 redatto da Confartigianato, il quale ha evidenziato come solo 541 Comuni su 8100 lavorino sulle pratiche utilizzando il canale *online*, e la capacità di fornire un servizio integralmente *online* è presente solo in 112 Comuni<sup>17</sup>.

L'informatizzazione della pubblica amministrazione è peraltro da sempre costellata di fallimenti, che risultano non percepibili a chi legga solo le norme: si pensi al protocollo informatico, alla carta d'identità elettronica, alla validità del documento informatico (affermata nel 1993 ma iper-regolata e mai accettata nel corso degli anni).

Molto spesso non vengono adottate le previste regole tecniche, e di certo la causa della mancata gestione telematica dei procedimenti non è da rinvenire nella loro assenza, quanto nella realizzabilità di quanto le norme dispongono.

Le amministrazioni, infine, non hanno gli strumenti necessari all'informatizzazione della propria attività.

Ingenuamente (o, più realisticamente, dolosamente) il legislatore ignora questo aspetto, e invece sottolinea come l'uso dell'informatica possa condurre al risparmio di risorse.

Se si vuole l'informatizzazione dell'amministrazione, si deve provvedere a fornire macchine funzionanti, aggiornate, corredate da diverse attrezzature di supporto, e gli investimenti devono essere cospicui<sup>18</sup>.

Ma, dal punto di vista logico ancor prima, vi è un problema culturale: serve formazione. L'investimento per il cambiamento culturale non va sottovalutato, in quanto non serve solo per insegnare ad utilizzare i nuovi strumenti, ma anche per insegnare a ragionare diversamente.

Questi ultimi due profili (strumenti e formazione) si tengono insieme, appena notiamo che vi è una penuria di risorse, e che senza di esse è difficile pensare ad una reale e diffusa informatizzazione della PA.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Il dossier *L'insostenibile leggerezza del PIL*, pag. 91.

<sup>18</sup> Si v. invece solo ad esempio l'art. 47 *bis* prima citato, che contiene la oramai celeberrima espressione: *senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*.

<sup>19</sup> In relazione all'analisi congiunta dei profili giuridici ed economici dell'informatizzazione dell'attività della PA., si veda P. CIOCCA-F.SATTA, *La dematerializzazione dei servizi della PA. Un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, *Dir. Amm.*, 2008, 283 – 296.

## GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale 27.6.2012, n. 163

### **Comunicazione - innovazione - giudizio di legittimità costituzionale - infrastrutture.**

1. *La Regione Liguria dubita della legittimità costituzionale dell'art. 30, coo. 1 e 3, del d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111, nella parte in cui, al co.1, stabilisce che «il Ministero dello sviluppo economico, con il concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile, predispose un progetto strategico nel quale, sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale e di partenariato pubblico-privato, sono individuati gli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga, anche mediante la valorizzazione, l'ammodernamento e il coordinamento delle infrastrutture esistenti» e, al co. 3, prevede che, con un decreto del Ministro per lo sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono adottati i «provvedimenti necessari per l'attuazione delle disposizioni dei commi precedenti». Così disponendo, ad avviso della ricorrente, la norma impugnata, pur incidendo su materie attribuite alla potestà legislativa regionale concorrente, quali l'ordinamento delle comunicazioni ed il governo del territorio, non lascerebbe alcuno spazio alla Regione, demandando la compiuta ed ulteriore regolamentazione del settore ad un successivo decreto interministeriale a cui è affidata la realizzazione di un intervento concreto. Anche ove si volesse riconoscere che il potenziamento dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga ed ultralarga possa costituire compito da attuare con strumenti di rilievo nazionale, ad avviso della Regione non sussisterebbero, nella specie, i presupposti per la chiamata in sussidiarietà. L'intervento previsto dalle disposizioni impugnate, infatti, non sarebbe pertinente rispetto alla finalità perseguita, posto che l'impegno statale a*

*realizzare il progetto strategico sarebbe condizionato alla disponibilità del capitale privato, che è aleatoria. Inoltre, esso non sarebbe proporzionato rispetto allo scopo, non essendoci alcun motivo per escludere la Regione dall'attuazione del progetto, anche ammesso che la sua definizione sia legittimamente spostata a livello centrale.*

*Qualora, poi, si ritenesse legittima l'attrazione in sussidiarietà, sarebbe comunque violato il principio di leale collaborazione, non prevedendosi che la predisposizione del progetto strategico avvenga d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni e che la sua realizzazione concreta sul territorio avvenga sulla base del progetto concordato con la Regione interessata.*

2.- *La questione è fondata nei termini di seguito precisati. 2.1.- Oggetto delle disposizioni impugnate è la predisposizione di un progetto strategico per l'individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga in continuità con il "Piano nazionale banda larga" di cui all'art. 1 della l. 18.6.2009 n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), nonché la determinazione delle modalità di adozione dei provvedimenti attuativi del medesimo progetto, in vista dell'obiettivo della maggior diffusione possibile degli impianti di comunicazione elettronica a banda larga sull'intero territorio nazionale.*

*La disciplina oggetto delle disposizioni impugnate è espressamente collegata al «raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale europea» - di cui alla Comunicazione della Commissione europea del 19.5.2010 - concernenti il diritto di accesso a internet per tutti i cittadini «ad una velocità di connessione superiore a 30 Mb/s (e almeno per il 50% «al di sopra di 100 Mb/s»)» (così il comma 1 dell'art. 30 del d.l. n. 98 del 2011). L'Agenda digitale europea è stata qualificata dalla*

*Commissione europea una delle sette iniziative “faro” della strategia Europa 2020 («una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), volta, ad un tempo, a stimolare la crescita economica e la competitività e ad offrire ai cittadini una migliore qualità della vita sotto forma di assistenza sanitaria migliore, trasporti più sicuri ed efficienti, ambiente più pulito, nuove possibilità di comunicazione e accesso più agevole ai servizi pubblici ed ai contenuti culturali. Al fine di ottenere i risultati auspicati in ambito europeo, occorre, quindi, che i singoli Stati membri provvedano a realizzare una serie di azioni finalizzate ad agevolare la creazione delle infrastrutture di tali reti di comunicazioni, in modo da garantirne la diffusione sull'intero territorio nazionale, anche coprendo le aree sottoutilizzate. In tale prospettiva la stessa Commissione aveva stabilito, nella citata Comunicazione, che gli Stati membri avrebbero dovuto, fra l'altro, «elaborare e rendere operativi, entro il 2012, piani nazionali per la banda larga per raggiungere gli obiettivi in materia di copertura, velocità e adozione definiti nella Strategia Europa 2020», nonché «adottare misure, comprese disposizioni giuridiche, per facilitare gli investimenti nella banda larga». Successivamente, con la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 20.9.2010 su «La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale», la Commissione europea ha precisato che «gli obiettivi in materia di banda larga potranno essere raggiunti soltanto se tutti gli Stati membri vi si impegnano e attuano un programma operativo che definisca gli obiettivi nazionali». In tali programmi gli Stati membri dovrebbero inserire un «insieme equilibrato di interventi destinati a incentivare e a completare gli interventi del settore privato», incoraggiando gli investimenti privati «attraverso un appropriato coordinamento della pianificazione e delle norme in materia di condivisione delle infrastrutture fisiche e attraverso misure finanziarie mirate a ridurre i rischi e promuovere la creazione di nuove infrastrutture aperte». In armonia con le richiamate indicazioni comunitarie, già le*

*«Linee guida per i piani territoriali per la banda larga», elaborate dal Comitato interministeriale banda larga ed approvate dalla Conferenza unificata il 20.9.2007, in ragione dell'elevato grado di disomogeneità negli interventi territoriali, avevano auspicato l'adozione di piani organici e completi, adottati nel segno della collaborazione tra Governo, Regioni ed autonomie locali, oltre che con il coinvolgimento degli operatori privati e delle rappresentanze degli utenti. Con la l. 18.6.2009 n. 69 era, poi, stato affidato al Governo, «nel rispetto delle competenze regionali e previa approvazione del CIPE», il compito di definire un programma di predisposizione degli interventi necessari alla realizzazione delle infrastrutture necessarie all'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica, in specie nelle aree sottoutilizzate, e si erano identificati gli strumenti della finanza progetto e degli accordi di programma per il coinvolgimento dei diversi livelli territoriali di governo e degli operatori privati. E' in questo contesto che va collocato l'art. 30, coo. 1 e 3, qui impugnato, del d.l. n. 98 del 2011, il quale ribadisce la necessità dell'adozione di un progetto strategico di individuazione, sull'intero territorio nazionale, degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga anche nelle aree sottoutilizzate. Una simile disciplina, sebbene sia riconducibile, in via prevalente, alla materia dell'ordinamento delle comunicazioni, come riconosciuto da questa Corte in relazione al settore degli impianti di comunicazione elettronica (in particolare, sentenza n. 336 del 2005), risponde, tuttavia, alla necessità di soddisfare l'esigenza unitaria corrispondente all'adozione - in armonia con quanto prescritto dalle fonti comunitarie - di un programma (o progetto) strategico che definisca, con una «visione a lungo termine ed equilibrata dei costi e benefici» (così nella citata Comunicazione della Commissione UE 20.9.2010 su “La banda larga”) gli obiettivi nazionali volti ad assicurare la realizzazione delle infrastrutture inerenti agli impianti di comunicazione elettronica a banda larga in maniera diffusa ed omogenea sull'intero territorio nazionale. La sussistenza di un'esigenza di esercizio unitario della funzione*

amministrativa corrispondente all'adozione di un programma strategico e, conseguentemente, della sua regolamentazione, induce a ritenere che le disposizioni censurate, innegabilmente dettagliate ed addirittura autoapplicative, non siano lesive della competenza regionale in materia di ordinamento delle comunicazioni, in quanto legittimamente adottate dal legislatore statale in sussidiarietà ai sensi dell'art. 118 Cost.. Le misure da esse previste, infatti, in contrasto con quanto affermato dalla ricorrente, soddisfano, ad un tempo, sia il requisito della proporzionalità che quello della pertinenza rispetto allo scopo perseguito. Quanto al primo, esso risulta dimostrato, non solo dalla necessità di dare attuazione alle indicazioni comunitarie (che fanno riferimento a programmi operativi atti a definire gli obiettivi nazionali), ma anche dalla stessa natura "strategica" del progetto, in relazione alla quale la realizzazione degli interventi in esso previsti (i quali devono essere individuati in termini omogenei sul territorio nazionale in modo da garantire che tutte le zone, anche quelle sottoutilizzate, siano raggiunte dalle necessarie infrastrutture di rete, idonee ad assicurare l'accesso a tutti alla banda larga ed ai servizi ad essa connessi) deve procedere "in modo unitario e coordinato" (così sentenza n. 165 del 2011; sentenza n. 303 del 2003).

Quanto al requisito della pertinenza, di cui la Regione dubita con riferimento all'intervento del capitale privato, occorre rilevarne la ricorrenza in considerazione del fatto che la realizzazione del progetto strategico di individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga non è demandata totalmente, ma neanche prevalentemente, alla disponibilità di capitale privato. La previsione del «concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile» ed il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale e di partenariato pubblico-privato costituiscono mera attuazione della indicazione comunitaria secondo la quale i programmi operativi degli Stati membri devono definire un «insieme equilibrato di interventi destinati a incentivare e a completare gli interventi del settore privato» ed incoraggiare gli

investimenti privati «attraverso un appropriato coordinamento della pianificazione e delle norme in materia di condivisione delle infrastrutture fisiche e attraverso misure finanziarie mirate a ridurre i rischi e promuovere la creazione di nuove infrastrutture aperte» (Comunicazione della Commissione UE del 2010 su "La banda larga in Europa"), senza sollevare in alcun modo lo Stato dal compito di provvedere.

2.2.- La censura proposta dalla Regione ricorrente inerente alla pretesa violazione del principio di leale collaborazione risulta, invece, fondata. Le disposizioni impugnate, infatti, pur legittimamente adottate, incidendo su una materia di competenza regionale concorrente, non prevedono alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni, né in relazione all'adozione del progetto strategico, né con riguardo alla realizzazione concreta sul territorio regionale degli interventi in esso previsti. In tema di assoluta esigenza di esercizio unitario delle funzioni, questa Corte ha affermato che «affinché (...) nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che essa detti una disciplina (...) 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» (da ultimo, sentenza n. 278 del 2010). 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, allorquando emerga tale esigenza (si veda di recente, sentenza n. 232 del 2011). Con riferimento, in specie, al rispetto del principio di leale collaborazione, la giurisprudenza di questa Corte ha precisato che «nei casi di attrazione in sussidiarietà di funzioni relative a materie rientranti nella competenza concorrente di Stato e Regioni, è necessario, per garantire il coinvolgimento delle Regioni interessate, il raggiungimento di un'intesa, in



modo da contemperare le ragioni dell'esercizio unitario di date competenze e la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle Regioni (*ex plurimis*, sentenze n. 383 del 2005 e n. 6 del 2004)» (sentenza n. 165 del 2011; v. anche sentenza n. 278 del 2010; sentenze n. 383 e n. 62 del 2005, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003). In particolare, in relazione alla previsione della attribuzione allo Stato della determinazione degli indirizzi per lo sviluppo delle reti nazionali di trasporto dell'energia elettrica e di gas naturale, la Corte ha, inoltre, osservato che, premesso che la chiamata in sussidiarietà «può essere giustificata sulla base della necessità che in questa materia sia assicurata una visione unitaria per l'intero territorio nazionale», la «rilevanza del potere di emanazione di tali indirizzi sulla materia energetica e la sua sicura indiretta incidenza sul territorio e quindi sui relativi poteri regionali rende costituzionalmente obbligata la previsione di un'intesa in senso forte fra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali rappresentato in sede di Conferenza unificata» (sentenza n. 383 del 2005). Anche in relazione alla normativa ora all'esame di questa Corte, la chiamata in sussidiarietà risulta giustificata dalla necessità che sia assicurata, nella materia della realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica sull'intero territorio nazionale, una visione unitaria.

Nello stesso tempo, tuttavia, considerata la rilevanza del progetto strategico di individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione da banda larga ed ultralarga e la sua diretta incidenza su territorio e quindi sulle relative competenze regionali, anche in tal caso

risulta costituzionalmente obbligata la previsione di un'intesa fra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali (Conferenza unificata Stato-Regioni), da un lato, con riguardo alla predisposizione del predetto progetto strategico, e, dall'altro, con le singole Regioni che siano, di volta in volta, interessate dagli specifici e concreti interventi di realizzazione del progetto sul proprio territorio. Il co. 1 dell'art. 30 del d.l. n. 98 del 2011 è, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede che il Ministero dello sviluppo economico, con il concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e di impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile, predisponga un progetto strategico, senza una previa intesa con la Conferenza unificata, in quanto viola il principio di leale collaborazione.

Del pari illegittima si rivela la disposizione di cui al co. 3 del medesimo art. 30 del citato d.l. n. 98 del 2011, nella parte in cui non prevede che, ogniquale volta si provveda a dare realizzazione concreta sul territorio di una singola Regione a specifici interventi attuativi del progetto strategico, ciò avvenga sulla base di un'intesa con la Regione interessata. La Regione può essere, infatti, spogliata della propria capacità di disciplinare la funzione amministrativa attratta in sussidiarietà, «a condizione che ciò si accompagni alla previsione di un'intesa in sede di esercizio della funzione, con cui poter recuperare un'adeguata autonomia, che l'ordinamento riserva non già al sistema regionale complessivamente inteso, quanto piuttosto alla specifica Regione che sia stata privata di un proprio potere (sentenze n. 383 e n. 62 del 2005, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003).

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

*Convenzione tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria - e la RAI per la trasmissione di programmi televisivi in lingua tedesca e ladina nella Provincia autonoma di Bolzano. Art. 2 co. 106-125 della l. 191/2009 (Finanziaria 2010). Concorso negli Oneri. (Parere prot. 402119) Avv. Fabrizio Fedeli.*

### RISPOSTA

*Con la nota in riferimento codesto Dipartimento ha domandato l'avviso della Scrivente in merito alla condotta da tenere nei rapporti contrattuali con la RAI, derivanti dalla convenzione attualmente in vigore per la trasmissione di programmi televisivi in lingua tedesca e ladina nella Provincia autonoma di Bolzano e ai fini del subingresso, in tali rapporti, della Provincia. In particolare, si chiede di conoscere il parere di questa Avvocatura sui seguenti punti:*

*a) se tra le funzioni delegate nell'ambito del processo di attuazione del federalismo fiscale debbano intendersi ricomprese quelle relative alle trasmissioni di lingua tedesca e ladina di competenza della sede RAI di Bolzano, tenuto conto, da un lato, che la disposizione contenuta nella legge finanziaria 2010 (art. 2, co. 123, l. n. 191/2009) non le richiama espressamente facendo un mero rinvio a "gli ulteriori oneri specificati mediante accordo tra il Governo e la provincia autonoma di Bolzano" e, dall'altro lato, che con deliberazione del 30.12.2010, la Giunta provinciale di Bolzano, nelle more della definizione delle nor-*

*me di attuazione, ha deliberato, nell'ambito del contributo di 100 milioni di cui alla legge finanziaria 2010 per il concorso al conseguimento degli obiettivi di perequazione, di assumere l'onere finanziario di 15 milioni di euro riferito alle trasmissioni di lingua tedesca e ladina di competenza della sede RAI di Bolzano; b) ove le suddette competenze in materia radiotelevisiva siano da intendersi ricomprese tra le funzioni delegate, se l'onere finanziario da parte della Provincia di Bolzano debba intendersi assunto a decorrere dal 1.1.2010 (come sembrerebbe evincersi dalle disposizioni contenute nella legge finanziaria) e, conseguentemente, su quale soggetto (Presidenza del Consiglio dei ministri o Provincia autonoma di Bolzano) gravi l'onere di provvedere al pagamento a favore della RAI del corrispettivo previsto in convenzione per l'anno 2010 (da liquidare nel 2011), nonché per le successive annualità 2011 e 2012, laddove in tale arco temporale non siano state ancora emanate le norme di attuazione della delega;*

*c) se, nelle more della definizione delle norme di attuazione, i rapporti contrattuali con la RAI continuino ad essere regolati sulla base delle condizioni e modalità previste nella convenzione in essere (in relazione al numero delle ore trasmesse, alla consegna dei palinsesti, all'attività di monitoraggio, alla fatturazione e liquidazione dei corrispettivi, ecc.), ivi comprese le comunicazioni che la Presidenza del Consiglio dei Ministri deve effettuare entro i due mesi precedenti la scadenza di ogni esercizio finanziario per comunicare al-*

la RAI le condizioni economiche alle quali intende continuare a fruire delle prestazioni previste nella convenzione per l'anno successivo; d) se si ritenga necessario o quanto meno opportuno, nelle more della definizione delle norme di attuazione, avviare il procedimento di sub ingresso della Provincia di Bolzano nei rapporti tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la RAI e attraverso quali modalità. In proposito, la Scrivente osserva quanto segue. L'art. 2 co. 107 lett. h) della l. 23.12.2009 n. 191 ha modificato l'art. 79 dello Statuto di autonomia disponendo un concorso finanziario della Provincia al riequilibrio della finanza pubblica, nella misura di 100 milioni di euro, a decorrere dal 2010, "mediante l'assunzione di oneri relativi all'esercizio di funzioni statali, anche delegate, definite d'intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonché con il finanziamento di iniziative e progetti, relativi anche ai territori confinanti, complessivamente in misura pari a 100 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2010 per ciascuna provincia". In base allo Statuto il concorso finanziario della Provincia può riguardare, quindi, sia funzioni delegate e sia funzioni non delegate che rimangono di competenza dello Stato e tradursi nell'assunzione di deleghe o nella mera assunzione di oneri (in tal senso si è espressa anche la Giunta Provinciale di Bolzano nella delibera n. 2169 del 30.12.2010). Il co. 123 dell'art. 2 della l. n. 191/2009 indica, nei limiti sopra descritti, gli ambiti di spesa statale il cui onere può essere assunto dalla Provincia, nel finanziamento della Libera Università di Bolzano, nei costi di funzionamento del Conservatorio "Claudio Monteverdi" di Bolzano, in quelli relativi al servizio di spedizione e recapito postale nell'ambito provinciale e nel finanziamento di infrastrutture di competenza dello Stato sul territorio provinciale, nonché negli ulteriori oneri specificati mediante accordo con il Governo. Ad avviso della Scrivente, le competenze del Dipartimento per l'Editoria in materia di trasmissioni in lingua tedesca e ladina nella Provincia di Bolzano, non espressamente nominate dall'art. 2, co. 122 e 124, della l. n. 191/2009, non rientrano tra le funzioni delegate alla Provincia (1), ma tra quelle per le quali la norma prevede un concorso

negli "ulteriori oneri specificati mediante accordo tra il Governo ...e la Provincia autonoma di Bolzano" (art. 2, co. 123, l. n. 191/2009).

Ad opinare in senso contrario non si potrebbe invocare il co. 125 dell'art. 2 della L. n. 191/2009 nella parte in cui allude a "l'esercizio delle funzioni delegate di cui ai co. 122, 123 e 124"; il co. 125, infatti, è una norma di natura esclusivamente transitoria finalizzata a regolare i rapporti tra lo Stato e la Provincia fino all'emanazione delle norme di attuazione che disciplinano le funzioni delegate; non sembra, quindi, che il comma 125 abbia lo scopo di trasformare tutte le materie di cui ai commi precedenti in funzioni delegate anche perché, per quanto concerne gli oggetti regolati dal co. 123, ci troveremo in presenza di una delega "anomala" con limite di spesa. Appare inevitabile, quindi, la conclusione secondo cui l'inserimento del co. 123 tra le norme che prevedono funzioni delegate, all'interno del co. 125 dell'art. 2 della l. n. 191/2009, non abbia altra valida spiegazione se non quella di un difetto di coordinamento normativo, poiché se il co. 123 avesse voluto prefigurare una delega di funzioni e non un mero concorso negli oneri lo avrebbe disposto espressamente (come avvenuto nei co. 122 e 124).

L'accordo cui fa riferimento il co. 123 della l. n. 191/2009 può rinvenirsi nell'atto stipulato il 30.11.2009 tra lo Stato, le Province autonome di Trento e di Bolzano e la Regione Trentino Alto Adige/Sudtirolo (recepito nei contenuti dalla l. 23.12.2009 n. 191, cfr. delibera della Giunta Provinciale di Bolzano n. 2169 del 30.12.2010), per il coordinamento della finanza pubblica nell'ambito del processo di attuazione del federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione, il quale prevede, al punto 5, "l'assunzione da parte della Provincia autonoma di Bolzano, nella misura massima di cui all'art. 79, co. 1, lettera c), del d.P.R. n. 670 del 1972 degli oneri riferiti... alle trasmissioni di lingua tedesca e ladina di competenza della sede RAI di Bolzano ...". In conclusione, alla stregua delle cennate disposizioni sembra potersi affermare che, per quanto riguarda le trasmissioni di programmi televisivi in lingua tedesca e ladina, la legge finanziaria 2010 (art. 2

co. 123 l. n. 191/2009) ha previsto non una delega delle funzioni ma un concorso negli oneri da parte della Provincia di Bolzano, come specificato nell'accordo del 30.11.2009 (punto 5), che si potrà attuare mediante decurtazione dei trasferimenti erariali. Ad avviso della Scrivente, dunque, i rapporti contrattuali con la RAI continueranno a essere regolati sulla base delle condizioni e modalità previste dalla Convenzione in vigore con codesta Presidenza del Consiglio - sulla quale grava l'onere di provvedere al pagamento del corrispettivo - in relazione al numero delle ore trasmesse, alla consegna dei palinsesti, all'attività di monitoraggio, alla fatturazione e liquidazione dei corrispettivi, ivi comprese le comunicazioni che la Presidenza del Con-

siglio dei Ministri è tenuta ad effettuare entro due mesi precedenti la scadenza di ogni esercizio finanziario per comunicare alla RAI le condizioni economiche alle quali intende continuare a fruire delle prestazioni previste nella convenzione per l'anno successivo. L'assunzione del finanziamento delle trasmissioni in lingua tedesca e ladina da parte della Provincia di Bolzano, che decorre dal 1.1.2010 (art. 2 co. 125 l. n. 191/2009) potrà essere disciplinata, nella tempistica e nelle modalità, mediante un atto integrativo della Convenzione da stipularsi tra codesta Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Provincia e la R.A.I. Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

# SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **LE TRE CONDIZIONI CHE IN VIRTÙ DI GIURISPRUDENZA CONSOLIDATA CONSENTONO IL RICONOSCIMENTO DEL TRATTAMENTO ECONOMICO PER LO SVOLGIMENTO DI FUNZIONI SUPERIORI NEL SETTORE DELLA SANITÀ**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato richiamando la giurisprudenza oramai consolidata (fra le più recenti, CdS, III, 20.3.2012 n. 1591), rileva come nel settore della sanità, il riconoscimento del trattamento economico per lo svolgimento di funzioni superiori è condizionato, oltre che (ovviamente) all'effettiva prestazione di tali mansioni: - alla vacanza, in pianta organica, del posto di qualifica superiore cui si riferiscono le funzioni svolte; - alla presenza del necessario previo formale atto di incarico allo svolgimento delle predette funzioni adottato dai competenti organi dell'ente. Solo per lo svolgimento delle funzioni primariali da parte dell'aiuto la giurisprudenza ha ritenuto che si può prescindere da formali atti di incarico, in relazione alla particolare natura delle funzioni svolte. Si è infatti affermato che lo svolgimento di funzioni primariali da parte dell'aiuto assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'amministrazione (CdS, III, 28.3.2012 n. 1826) poiché non è concepibile che una struttura sanitaria affidata alla direzione del primario resti priva dell'organo di vertice, che assume la responsabilità dell'attività esercitata nella divisione. Per quanto riguarda, in particolare, l'inquadramento straordinario, previsto dall'art. 1 della l. 20.5.1985 n. 207 per il personale dipendente delle Unità sanitarie locali, la giurisprudenza ha chiarito che il relativo beneficio è subordinato alla contestuale esistenza di tre condizioni, e cioè*

*allo svolgimento di mansioni superiori in forza di atti formali di conferimento del relativo incarico; all'esistenza in organico, al 30.6.1984, del posto corrispondente all'incarico ricoperto (e perdurante fino alla data di entrata in vigore della legge stessa); al possesso dei requisiti per l'ammissione al concorso per l'assunzione nel relativo profilo professionale (CdS, V, 14.2.2011 n. 945) (CdS, III, 16.7.2012, n. 4169).*

«..... GA.....»

### **PRESUPPOSTI PER IL RICONOSCIMENTO DEL TRATTAMENTO ECONOMICO PER LO SVOLGIMENTO DI MANSIONI SUPERIORI NEL SETTORE SANITARIO**

*Nel settore sanitario, diversamente da quanto accade(va) in generale nel pubblico impiego, il fenomeno dello svolgimento di mansioni superiori è stato appositamente disciplinato da una normativa di rango primario condizionante il riconoscimento del trattamento economico per lo svolgimento di funzioni superiori alla vacanza del posto in pianta organica (cui si riferiscono le funzioni svolte) e all'esistenza di un previo e formale atto di incarico dello svolgimento delle anzidette funzioni, da intendersi quale apposita decisione adottata dagli organi competenti dell'ente di assegnazione temporanea al posto di qualifica superiore, oltre che ovviamente all'effettiva prestazione delle mansioni superiori (v., per tutti, CdS, V, 4521/2010). La necessità del provvedimento formale è stata desunta dall'esame sia del penultimo comma dell'art. 7 del d.P.R. n. 128/1969, a mente del quale, per assicurare la continuità del servizio e le conseguenti necessarie sostituzioni dei primari e degli assistenti "... l'amministrazione, all'inizio di*

ogni anno, formula per ciascuna divisione o servizio e in relazione ai titoli posseduti da ciascun aiuto o assistente, da valutarsi in conformità ai criteri stabiliti dalla legge per i rispettivi concorsi di assunzione, la graduatoria dei predetti sanitari"; sia dal secondo comma dell'art. 29 del d.P.R. n. 761/1979, secondo cui "In caso di esigenze di servizio il dipendente può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori. L'assegnazione temporanea, che non può comunque eccedere i sessanta giorni nell'anno solare, non dà diritto a variazioni del trattamento economico". La funzione del provvedimento di conferimento consiste nell'accertare la situazione di fatto, quale la necessità di sostituzione del primario o dell'assistente per consentire la continuità del servizio ospedaliero (art. 7 del d.P.R. n. 128/1969) ovvero le particolari esigenze di servizio (art. 29 del d.P.R. n. 761/1979), che legittimano lo svolgimento delle funzioni superiori, solo così potendo trovare giusto contemperamento i contrapposti interessi in gioco, quello pubblico alla continuità dell'attività assistenziale, e quello del dipendente pubblico, ad ottenere la giusta retribuzione per le effettive prestazioni lavorative svolte, nel rispetto del principio di legalità sancito dall'art. 97 Cost.. La necessità dell'atto formale (che peraltro la giurisprudenza ha individuato quanto meno in una puntuale e preventiva disposizione impartita dagli organi competenti della pubblica amministrazione datrice di lavoro), non è venuta meno neppure con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 387/1998, che, con l'art. 15, ha reso operativa la disciplina di cui all'art. 56 del d. lgs. n. 29/1993. Infatti, ferma restando la vacanza del posto in organico di livello corrispondente alle mansioni, l'effettivo esercizio per un periodo di tempo apprezzabile delle mansioni della qualifica superiore presuppone pur sempre l'avvenuto conferimento delle stesse attraverso un incarico formale di preposizione da parte dell'organo che, all'epoca dello svolgimento delle mansioni superiori, era da ritenersi competente a disporre la copertura del posto (CdS, V, n. 134/2008). Per quanto concerne lo svolgimento delle funzioni superiori di primario, tuttavia, la giurisprudenza ha

ritenuto che esso, a causa del carattere inderogabile di tale funzione, indispensabile per l'ordinato e proficuo funzionamento del servizio sanitario che non può subire interruzioni, fosse di per sé rilevante, anche a prescindere da qualsiasi atto organizzativo dell'amministrazione sanitaria, essendo sufficiente, ai sensi dell'art. 7, co. 5, del d.P.R. n. 128/1969, che il sanitario abbia l'obbligo di esercitare le predette funzioni primariali (ex multis, CdS, V, 633/2009 e 6056/2008). Con riferimento ad una fattispecie di posto vacante (di primario) è stato precisato che non viene in rilievo una "temporanea funzione vicaria, ma si ha una stabile esplicazione di una mansione superiore a quella rivestita" (CdS, V, n. 2292/2009); ed è stato anche rilevato che in questi casi il trattamento economico differenziale spetta ancorché l'incarico si protragga oltre il termine di otto mesi di cui all'art. 121 del d.P.R. n. 354 del 1990 (V, n. 1019/2004; n. 5650/2000), ciò in quanto il divieto ivi previsto rende illegittimo il comportamento non del sanitario, ma dell'amministrazione che mantiene la situazione di illegalità (V, n. 6056/2008) (CdS, III, 2.7.2012, n. 3837).

«..... GA.....»

**ALLA MANCANZA DI ACCORDI CONTRATTUALI TRA LA ASL E LA STRUTTURA PRIVATA ACCREDITATA CON IL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE CONSEGUE LA SOSPENSIONE DELL'ACCREDITAMENTO ED IL RIGETTO DELLA DOMANDA DIRETTA AD OTTENERE IL CORRISPETTIVO DI TUTTE LE PRESTAZIONI EROGATE**

Nel caso di specie una Casa di cura accreditata con il SSN si duole della sentenza di primo grado nella parte in cui ha statuito che in assenza di accordo contrattuale intervenuto inter partes, l'erogatore privato, essendo tenuto comunque a soddisfare le richieste di cura degli assistiti, avrebbe diritto a ricevere dalla ASL la remunerazione di tutte le prestazioni rese per l'anno in contestazione. Il Consiglio di Stato sul punto



ha rilevato come la domanda di accertamento e di condanna, relativa all'intero corrispettivo di tutte le prestazioni erogate nell'anno in contestazione dalla Casa di cura appellante, è infondata sul fondamentale e dirimente rilievo che, nel sistema dell'accreditamento delle strutture private, il pagamento delle prestazioni da parte delle ASL presuppone pur sempre la sottoscrizione degli accordi di cui all'art. 8 quinquies del d. lgs. 502 del 1992 (v., per tutti, CdS, III, n. 4751 del 2011). In assenza dei quali, in disparte l'imputabilità del mancato accordo all'una o all'altra parte, la giurisprudenza ha da tempo sottolineato come le aspettative invocate dai singoli operatori non possano essere soddisfatte (CdS, IV, n. 418/2002) e come sia ragionevole il riferimento, quale parametro sostitutivo, all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente (Ad. Plen. n. 8 del 2006). 6. Tale soluzione, si è autorevolmente osservato, rappresenta un punto di sintesi tra i diversi interessi in gioco, a tutela dell'equilibrio complessivo del sistema sanitario e a garanzia del nucleo irriducibile del diritto alla salute (v., in termini generali, Corte cost., 509/2000). Si può aggiungere, per completezza, che l'indispensabilità degli accordi contrattuali ai fini della partecipazione delle strutture private al SSN è stata ribadita, in epoca successiva ai fatti di causa, dall'art. 79, co. 2 quinquies, del d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008, prevedendosi ora, in caso di mancata stipula degli accordi, persino la sospensione dell'accreditamento stesso (CdS, III, 4.5.2012, n. 2561).

«..... GA.....»

## NON SERVE IL CONCORSO PER IL CONFERIMENTO DI INCARICO DI DIREZIONE DI UNA STRUTTURA SANITARIA COMPLESSA

La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi degli art. 15 e 15 ter del d. lgs. 30.12.1992 n. 502, non ha per giurisprudenza oramai consolidata, natura concorsuale, essendo demandato alla apposita commissione di esperti soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale (fra le più recenti: Cass., sez. un., n. 15764 del 19.7.2011). Anche questa Sezione ha di recente affermato che, nell'ambito nelle procedure svolte ai sensi dell'art. 15 ter del d. lgs. 30.12.1992, n. 502, per il conferimento di incarico di direzione di una struttura sanitaria complessa, la scelta del sanitario cui conferire l'incarico viene effettuata all'interno di una rosa individuata dalla commissione ma questa non opera una valutazione comparativa dei candidati e non redige una graduatoria di merito, bensì esprime esclusivamente un giudizio di idoneità, dopo di che l'incarico viene conferito dal Direttore generale sulla base di una scelta di carattere fiduciario, volta alla ricerca non del migliore in senso assoluto ma del migliore in relazione alle attitudini necessarie per gestire, organizzare e dirigere il lavoro che afferisce all'incarico da ricoprire (CdS, III, 3.10.2011 n. 5419; 13.4.2011 n. 2293) (CdS, III, 31.5.2012, n. 3258).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LEGITTIMITÀ DEL SISTEMA DI REGRESSIONE TARIFARIA DELLE PRESTAZIONI ECCEDENTI I “TETTI” DI SPESA SANITARIA

dell'Avv. Gianluca Piccinni

*Sono legittime le determinazioni regionali che fissino nel corso dell'anno tetti massimi di spesa sanitaria operanti, in via retroattiva, anche con riguardo alle prestazioni sanitarie già rese dalle strutture private accreditate provvisoriamente*

Regional Administrative Authority's determinations which set “over the year” retroactive health expenditure ceilings are to be considered legitimate, even with regard to health services already rendered by private health centres with temporary medical accreditations

*Sommario: 1. Inquadramento normativo. 2. Fissazione dei tetti di spesa sanitaria: orientamento giurisprudenziale anteriore alla decisione del CdS, ad. plen. n. 4/12. 3. Legittimità del sistema di regressione tariffaria delle prestazioni eccedenti i tetti di spesa dopo la menzionata decisione dell'Adunanza Plenaria.*

### **1. Inquadramento normativo.**

La l. n. 833/1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale, considerava l'assistenza sanitaria un compito primario dello Stato il quale doveva garantirla attraverso le sue articolazioni e le sue strutture, ammettendosi il ricorso ai produttori privati, sulla base di apposite convenzioni, solo in via di integrazione, nel caso in cui le articolazioni e strutture pubbliche non fossero state in grado di provvedervi (art. 25, co. 2 e 7, art. 8 e art. 26 della l. 833/78).

Una svolta si è avuta con l'entrata in vigore del d. lgs. 30.12.1992, n. 502 che ha inteso coniugare il principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico.

Con riguardo al primo profilo, esso viene garantito consentendo all'utente di scegliere la struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di “erogatori” delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti “fondati sul criterio dell'accredita-

mento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate” (art. 8, co. 7, d. lgs. n. 502/92). La sola condizione posta per l'accesso, valida tanto per le strutture pubbliche che per quelle private era data dalla necessità che si instaurassero appositi rapporti con gli enti gestori del servizio fondati sull'accredito regionale (art. 8, co. 7, d. lgs. 502/92).

Il d. lgs. n. 502/92 ha dunque disegnato un sistema volto a garantire il necessario controllo della spesa sanitaria mediante lo strumento di pianificazione della stessa. L'obbligo di pianificazione è da considerarsi un principio valente oggi per tutti i soggetti, pubblici e privati, operanti all'interno del sistema sanitario.

Da un simile principio discende che i rapporti fra tali soggetti e le aziende sanitarie sono regolati dal meccanismo del c.d. accreditamento istituzionale, fondato sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione

del sistema di verifica della qualità delle attività svolte ed erogate dai soggetti accreditati.

L'accreditamento, sulla scorta del principio stabilito dall'art. 6 della l. 724/1994, costituisce un'attestazione della capacità della struttura privata a svolgere quel tipo di attività, subordinata alla preventiva verifica dell'effettiva disponibilità di dotazioni strumentali tecniche e professionali corrispondenti ai criteri definiti a livello nazionale.

Nell'originario assetto del sistema sanitario, l'accreditamento era concepito come un vero e proprio diritto riconosciuto ad ogni struttura in possesso dei requisiti rispondenti ai criteri fissati nell'atto d'indirizzo e coordinamento, adottato secondo i dettami di cui all'art. 8, co. 4, d. lgs. n. 502 del 1992.

A fronte di un simile diritto, pertanto, doveva ritenersi che la discrezionalità dell'amministrazione assumeva un valore di carattere tecnico, rinvenibile nell'attività di controllo sulla sussistenza o meno dei requisiti di legge, prescritti in modo vincolato.

Tuttavia, il d.P.R. 14.1.1997 (atto di indirizzo e coordinamento in materia di requisiti strutturali tecnologici e organizzativi, per l'esercizio di attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private) ha successivamente individuato in modo preciso la funzione teleologica dell'accreditamento la quale deve risultare «*funzionale alle scelte di programmazione regionale*».

In ragione di ciò, l'accreditamento non è più considerato un diritto in quanto con il d.P.R. citato sono stati introdotti una serie di limiti per il conseguimento dell'accreditamento, limiti riconducibili ad un'accresciuta capacità discrezionale dell'amministrazione, capacità che, a sua volta, non è più esclusivamente fondata su mere argomentazioni tecniche<sup>1</sup>.

Infatti, la regione - tenuta ad individuare, per il tramite della programmazione, la quantità di prestazioni erogabili nel rispetto di un tetto di spesa massimo - può accreditare nuove strutture solo se sussiste un effettivo fabbisogno assistenziale (art. 8 *quater*, d.lgs. n. 502/92 introdotto dall'art. 4 co. 8, d.lgs. 19.6.1999 n. 229).

Quindi, l'accreditamento assume i caratteri tipici di un atto attributivo di compiti pubblici e di natura discrezionale in quanto manifestazione di un potere che trova i suoi presupposti logico-giuridici, oltre che nell'effettivo fabbisogno assistenziale, quale risulta in concreto dal piano sanitario regionale, anche nell'ineludibile esigenza di controllo della spesa sanitaria nazionale; ne consegue che alle regioni è affidato il compito di adottare determinazioni di carattere autoritativo e vincolante, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria rigorosa, con l'avvertenza che tale funzione programmatica è imprescindibile, perché la fissazione dei limiti di spesa rappresenta comunque l'adempimento di un preciso obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

In particolare, la programmazione ha natura bifasica: una prima fase dominata da interventi di carattere pubblicistico autoritativo riservati alle regioni, tendente a fissare i limiti massimi annuali di spesa sostenibile col fondo sanitario, ed una seconda fase, di cui non è protagonista esclusiva la regione, dove intervengono anche le aziende sanitarie e le strutture private.

Il nuovo regime dell'accreditamento di cui agli artt. 8, 8 *bis*, 8 *quater* e 8 *quinquies*, d. lgs. 502/92, ha sostituito quello preesistente convenzionale, ma non ha modificato la natura del rapporto esistente tra la struttura privata e l'ente pubblico preposto all'attività sanitaria, il quale era e resta di natura concessoria (con la particolarità, rispetto al regime giuridico preesistente, consistente nel fatto che nel nuovo sistema si è in presenza di concessioni *ex lege* di attività di servizio pubblico, di talché la disciplina di queste convenzioni è dettata in via generale dalla legge, pur con rinvii integrativi a norme di secondo grado o regionali).

Come accennato in precedenza, è stato inoltre rafforzato sia il potere di programmazione delle regioni, sia il potere di vigilanza e di controllo delle stesse sull'espletamento dell'attività concessa alle istituzioni sanitarie

<sup>1</sup> CdS, Ad. Plen., 2.5.2006, n. 8

di carattere privato<sup>2</sup>.

Il nuovo regime derivante dall'entrata in vigore del d. lgs. 502/1992 con modalità di pagamento a prestazione, è ispirato, in tale ambito, al principio della libera scelta e può trovare applicazione solo dopo la determinazione da parte della regione, in conformità ai criteri generali stabiliti in sede ministeriale, delle tariffe di remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate.

Le strutture sanitarie private hanno diritto al pagamento delle prestazioni erogate agli assistiti del servizio sanitario nazionale ove siano in possesso dei requisiti di legge per ottenere l'accreditamento provvisorio all'assistenza sanitaria regionale ed abbiano accettato il sistema della remunerazione a prestazione sulla base delle tariffe fissate dalle aziende sanitarie<sup>3</sup>.

L'amministrazione, nel fissare i tetti di remunerazione delle prestazioni erogate, è tenuta comunque ad osservare i principi di correttezza e trasparenza enunciati dall'art. 1175 c.c.; conseguentemente, ancorché il sistema di remunerazione a tariffa predeterminata sia accettato espressamente dai soggetti erogatori, è altrettanto vero che tale accettazione non preclude di contestare i criteri e le modalità di determinazione delle tariffe<sup>4</sup>.

Le regioni, nell'esercitare detta potestà programmatica, godono, quindi, di un ampio potere discrezionale, chiamato a bilanciare interessi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale e l'assicurazione dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario.

In ragione del menzionato sistema bifasico, la Regione non solo definisce unilateralmente il tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni ed i pre-

ventivi annuali delle prestazioni, ma vincola la successiva contrattazione dei piani determinandone modalità ed indirizzi.

In particolare, con tale atto l'amministrazione regionale è chiamata a fissare, in forza di un'adeguata istruttoria, le direttive da seguire nella successiva negoziazione dei piani annuali e, quindi, in sede di determinazione consensuale delle quantità e tipologie di prestazioni erogabili dal singolo operatore.

Durante la fase di negoziazione particolare importanza riveste l'art. 8 bis del d.lgs. 502/92 (aggiunto dall'art. 8 del d.lgs. 229/99), ai sensi del quale:

*“1. Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'art. 8 quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'art. 8 quinquies”.*

*“2. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali. L'accesso ai servizi è subordinato all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale”.*

*“3. La realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività socio-sanitarie”.*

*“L'art. 8 quinquies, aggiunto dall'art. 7 del d. lgs. 229/99 s.m.i., dispone a sua volta: “1. Le regioni, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 19.06.1999, n. 229, definiscono l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali ed in-*

<sup>2</sup> Cass., sez. un., 23.12.2005, n. 28501; Cass. 8.7.2005, n. 1433.

<sup>3</sup> Cass., sez. III, 27.6.2006, n. 14758

<sup>4</sup> CdS, sez. IV, 13.7.2000, n. 3910, relativa a fattispecie ove si lamentava il discostarsi della regione dai criteri fissati in sede ministeriale

dividuano i soggetti interessati, con specifico riferimento ai seguenti aspetti:

a) individuazione delle responsabilità riservate alla regione e di quelle attribuite alle unità sanitarie locali nella definizione degli accordi contrattuali e nella verifica del loro rispetto;

b) indirizzi per la formulazione dei programmi di attività delle strutture interessate, con l'indicazione delle funzioni e delle attività da potenziare e da depotenziare, secondo le linee della programmazione regionale e nel rispetto delle priorità indicate dal Piano sanitario nazionale;

c) determinazione del piano delle attività relative alle alte specialità ed alla rete dei servizi di emergenza;

d) criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura".

"2. In attuazione di quanto previsto dal co. 1, la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale, che indicano:

a) gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi;

b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza. 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 ;

c) i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale;

d) il corrispettivo preventivato a fronte

delle attività concordate, globalmente risultante dall'applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte secondo le indicazioni regionali di cui al comma 1, lettera d);

e) il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi patuiti e le procedure che dovranno essere seguite per il controllo esterno dell'appropriatezza e della qualità della assistenza prestata e delle prestazioni rese, secondo quanto previsto dall'art. 8-octies.

e-bis) la modalità con cui viene comunque garantito il rispetto del limite di remunerazione delle strutture correlato ai volumi di prestazioni, concordato ai sensi della lettera d), prevedendo che in caso di incremento a seguito di modificazioni, comunque intervenute nel corso dell'anno, dei valori unitari dei tariffari regionali per la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera, delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale, nonché delle altre prestazioni comunque remunerate a tariffa, il volume massimo di prestazioni remunerate, di cui alla lettera b), si intende rideterminato nella misura necessaria al mantenimento dei limiti indicati alla lettera d), fatta salva la possibile stipula di accordi integrativi, nel rispetto dell'equilibrio economico-finanziario programmato".

In definitiva, i limiti di spesa ("tetti di spesa") individuati dalla Regione corrispondono a parametri ben precisi, ovvero sia ai volumi programmati di prestazioni da acquistare dagli erogatori privati; in caso di superamento di tali volumi viene attivato un meccanismo di regressione tariffaria (R.T.U.) che opera sul totale del fatturato di ciascun centro privato, in modo da ridurre del 100% lo sforamento della spesa, pur in presenza di volumi di prestazioni sanitarie consuntivati maggiori di quelli programmati.

I tetti di spesa, dunque, limitano la spesa ma non le prestazioni sanitarie: in caso di sforamento la regressione tariffaria riduce il prezzo unitario di tutte le prestazioni rese, in modo da garantire il rispetto integrale del tet-

to di spesa.

## **2. Fissazione dei tetti di spesa sanitaria: orientamento giurisprudenziale anteriore alla decisione del CdS, Ad. Plen. n. 4/12.**

Chiarite brevemente le coordinate normative di riferimento, andiamo ora ad affrontare la problematica relativa alla c.d. "regressione tariffaria" delle prestazioni rese dalle strutture accreditate in eccedenza rispetto ai "tetti di spesa" regionali.

In particolare, un tema che ha generato nel corso degli anni un notevole contenzioso fra le strutture sanitarie private accreditate con il S.S.N. e le regioni è la questione riguardante l'efficacia retroattiva dei provvedimenti adottati dalla Regione, nel corso dell'anno, con i quali viene fissato il tetto massimo di spesa sanitaria sostenibile, in virtù della loro incidenza sulle prestazioni già rese dagli operatori accreditati.

Al riguardo va innanzitutto precisato che il complesso meccanismo di spesa sanitaria prevede che la Regione stabilisca annualmente il volume complessivo di prestazioni erogabili in ciascuna Asl (correlato al limite di spesa) e qualora il suddetto limite venga superato, tutti i soggetti "erogatori" saranno soggetti alla regressione tariffaria in maniera proporzionale alla percentuale di sfioramento del limite complessivo contrattualizzato.

L'istituto della regressione tariffaria (*recitius*: abbattimento delle tariffe delle prestazioni) trova il suo fondamento giuridico nella necessità di giustificare il rimborso di prestazioni tariffarie che eccedono il tetto massimo prestabilito, a tariffa non piena, bensì ridotta.

E' principio ormai acclarato sia in dottrina che in giurisprudenza che anche il diritto delle strutture erogatrici a vedere rimborsato il volume di prestazioni erogate trova un suo limite generale nel rispetto dell'equilibrio economico della PA..

Per tale motivo è stato rafforzato il potere programmatico e pianificatorio delle Regioni con l'introduzione dei cd. tetti di spesa.

A fronte di tale esigenza ci sono però i diritti delle strutture erogatrici, e più in particolare quelli delle strutture private: il diritto al pagamento delle prestazioni erogate agli assistiti del servizio sanitario nazionale ove siano

in possesso dei requisiti di legge per ottenere l'accreditamento provvisorio all'assistenza sanitaria regionale ed abbiano accettato il sistema della remunerazione a prestazioni sulla base delle tariffe predeterminate.

Ed è proprio in ragione di tali diritti delle strutture erogatrici che si era formato un precedente orientamento del Consiglio di Stato secondo il quale l'abbattimento delle tariffe non poteva essere applicato retroattivamente con riguardo a prestazioni già rese<sup>5</sup>.

Tale tesi si fondava sulla circostanza che "la fissazione di tetti in via retroattiva, specie quando intervenga in un periodo avanzato dell'anno, è illegittima in quanto sottrae agli operatori che agiscono nell'ambito del Servizio sanitario nazionale la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, l'attività in corso d'anno".

Ad avviso di detto indirizzo, una penetrante retroattività della delibera che fissa i limiti dei rimborsi, quando pretenda di modificare *in peius* il regime dell'anno precedente, finisce per ledere l'autonomia e l'integrità delle scelte d'impresa, con grave alterazione del sistema concorrenziale tra erogatori pubblici e privati delle prestazioni sanitarie che informa il sistema plasmato dal d. lgs. n. 502/1992.

Per ovviare a ciò, la successiva giurisprudenza ha affermato che la possibilità di erogare prestazioni a tariffa "ridotta" può ritenersi legittima solo ove tragga origine da un apposito contratto in cui le parti (strutture accreditate da un lato e Pubblica amministrazione dall'altro) concordano che oltre un certo limite di prestazioni remunerate a tariffa piena, si accetti di continuare ad erogare con degli abbattimenti sulle tariffe in vigore nel rispetto – ovviamente – dei margini di redditività e/o dell'utile d'impresa.

Il fondamento giuridico di tale accordo nasce dai principi di economia di scala secondo cui, oltre un certo limite della "produzione" è possibile ottenere degli "sconti" sul valore del "bene" e/o del "servizio" reso.

Peraltro la Corte Costituzionale, nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario nel nostro ordinamento, ha sottolineato

<sup>5</sup> CdS n. 2883/00, n. 499/03 e 4076/08.

l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa ed ha evidenziato come l'autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore non può che essere correlata alle disponibilità finanziarie e non può prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale<sup>6</sup>.

In particolare, la Corte ha ribadito che *“non è pensabile di poter spendere senza limite avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame”*.

Il necessario raccordo tra tutela del diritto alla salute ed esigenze di razionalizzazione delle spesa sanitaria trova applicazione anche a meccanismi di riequilibrio che intervengano a consuntivo ed in via eventuale rispetto alla programmazione a monte, come è il caso proprio della regressione tariffaria unica.

### **3. Legittimità del principio di regressione tariffaria dopo la menzionata decisione del Cds, Ad. Plen. n. 4/12.**

Il contrasto giurisprudenziale sorto sulla legittimità o meno della fissazione di tetti di spesa retroattivi è stato portato nel corso dell'anno corrente all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>7</sup>.

In sostanza, sono state sottoposte al supremo consesso di giustizia amministrativa due diverse impostazioni: secondo un primo orientamento interpretativo (già da noi evidenziato al punto 2), *“la fissazione di tetti in via retroattiva, specie quando intervenga in un periodo avanzato dell'anno, è illegittima in quanto sottrae agli operatori che agiscono nell'ambito del Servizio sanitario nazionale la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, l'attività in corso d'anno”*.

Secondo una diversa impostazione più recente, fatta propria anche dall'Adunanza plenaria n. 8 del 2.5.2006, invece la *“la fissazione, in corso d'anno, di tetti che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate non può considerarsi, in quanto tale, affetta da illegittimità”*, atteso che gli operatori del settore, in un sistema in cui fisiologicamente la fissazione del tetto di spesa non può che avvenire in corso d'anno, assumeranno come parametro di riferimento l'entità delle somme stanziata per l'anno precedente *“diminuite, ovviamente, della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso”*.

I giudici di palazzo Spada, dopo aver riportato i principi regolatori della materia, aderiscono a quest'ultimo indirizzo interpretativo.

In particolare il Consiglio di Stato attribuisce fondamentale importanza alla determinazione autoritativa regionale di fissazione del tetto di spesa, in quanto collegata *“alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si dispieghi nell'alveo di una seria ed effettiva pianificazione finanziaria”*.

Ne discende che tale attività di programmazione, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

La necessità di correlare, da parte della Regione, il tetto di spesa con le risorse effettivamente disponibili impone una precisa conoscenza di queste ultime.

Ed infatti *“la fissazione dei tetti in corso di anno, pur se apparentemente in distonia con la finalità di programmazione che ne implicherebbe la caratterizzazione preventiva, risulta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le varie fasi procedurali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uopo utilizzabili”*.

Pertanto è la sequenza procedimentale scandita dal combinato disposto dell'art. 32, co. 8, della l. 449/97, dell'art. 12, co. 3, del

<sup>6</sup> C. cost., 28.7.1995 n. 416.

<sup>7</sup> Cds, ad. plen. 12.4.2012, n. 4.

citato d. lgs n. 502/92 e dell'art. 39 del d.lgs 446/97, a rendere inevitabile l'adozione del provvedimento regionale in corso d'anno, che costituisce *“atto terminale di una procedura che si colloca a valle, sul piano logico e cronologico, dei rammentati procedimenti presupposti, e non può, in definitiva, essere letta in modo avulso dal sistema in cui si inserisce”*.

A fronte, quindi, di un procedimento che presenta delle fasi temporalmente incompressibili, afferma l'Adunanza Plenaria, *“merita allora condivisione l'affermazione centrale che sorregge la decisione n. 8/06 di questa Adunanza Plenaria, secondo cui le strutture private, che erogano prestazioni per il Servizio sanitario nazionale nell'esercizio di una libera scelta, potranno aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento definitivo - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso”*.

L'unico limite imposto dal Consiglio di Stato per il giusto temperamento con gli interessi dei privati, è che l'efficacia retroattiva dei provvedimenti regionali deve essere ispirata ai generali principi della certezza dei rapporti giuridici e della tutela dell'affidamento in modo che eventuali riduzioni di spese retroagenti *“siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno”*.

Più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato temperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli”.

In sintesi, tanto maggiore sarà il lasso temporale in cui interverrà l'atto di fissazione del tempo di spesa, quanto minore sarà la discrezionalità di cui godrà l'amministrazione nel diminuirlo rispetto all'anno precedente,

qualora, naturalmente, tale decurtazione sia ulteriore rispetto a quella imposta dalle disposizioni finanziarie.

Occorre infatti evitare che il taglio tardivamente effettuato possa ripercuotersi sulle prestazioni già erogate dalle strutture nella ragionevole aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente, con le decurtazioni imposte dalle norme finanziarie<sup>8</sup>.

Il Consiglio di Stato poi, in un'ottica di piena valorizzazione dei principi di buona amministrazione, ha accolto con favore l'introduzione di tetti di spesa provvisoria perché consentono all'operatore di porre in essere scelte consapevoli sulla base di previsioni attendibili ancorché suscettibili di limitate correzioni.

Viene, in tal maniera, soddisfatta l'esigenza degli operatori di programmare la loro attività, ancor prima dell'approvazione dell'atto definitivo, sulla base di tutti gli elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento.

In sintesi, fatte salve le su illustrate condizioni minime di tutela degli operatori privati, l'importanza dell'obiettivo della riduzione della spesa sanitaria è tale:

a) da giustificare anche la regressione del rimborso tariffario per le prestazioni sanitarie che eccedono il tetto massimo;

b) da rendere legittimo l'utilizzo di coefficienti di abbattimento delle tariffe diversi a seconda dei distretti sanitari<sup>9</sup>;

c) da consentire l'abbattimento anche drastico dei margini di utile con il solo limite del totale azzeramento<sup>10</sup>.

Pertanto il principio finale che si ricava dalle recentissime sentenze del Consiglio di Stato in materia è quello della legittimità delle determinazioni regionali che fissino nel corso dell'anno tetti massimi di spesa sanitaria operanti, in via retroattiva, anche con riguardo alle prestazioni sanitarie già rese dalle strutture private accreditate provvisoriamente.

<sup>8</sup> CdS, III, n. 1289/2012.

<sup>9</sup> CdS, V, 4.10.2007, n. 5134.

<sup>10</sup> CdS, V, 5.5.2008, n. 1987.

## LA COMPETENZA CONCORRENTE NELL'AMBITO DELL'ASSISTENZA FARMACEUTICA E L'ILLEGITTIMITÀ DEI NUOVI "TICKETS" ALLA LUCE DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

dell'Avv. Riccardo Gai

*Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, co. 1, lett. d), del d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), come convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111, nella parte in cui prevede, in via diretta e mediante un regolamento di delegificazione, l'introduzione di misure di compartecipazione sull'assistenza farmaceutica e sulle prestazioni sanitarie (c.d. ticket) aggiuntive rispetto a quelle eventualmente già disposte dalle Regioni (Sentenza 16.7.2012 n. 187)*

Be declared unconstitutional the Article 17, paragraph 1, letter d) of d.l. 6.7.2011, n. 98 (Urgent measures for financial stabilization), as converted, with amendments, by Law of 15.7.2011, n. 111, in so far as it provides, directly by deregulation, the introduction of measures of shared pharmaceutical care and health services (tickets) in addition to those that may already arranged by the Regions. (Judgement of 16.7.2012 n. 187)

*Sommario: 1. Premessa. 2. La questione sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale. 3. Le motivazioni della decisione. 4. Possibili scenari futuri e nodi irrisolti.*

### 1. Premessa.

La Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia (reg. ric. n. 94 del 2011) ha impugnato dinanzi la Corte Costituzionale diverse disposizioni del d.l. n. 98 del 2011, censurando, tra l'altro, l'art. 17, coo. 1, lett. d), e 6, per violazione degli artt. 117 e 119 cost., dell'art. 48 della l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), nonché del principio di leale collaborazione. Le disposizioni censurate sono contenute nell'art. 17 del d.l. n. 98 del 2011, intitolato «Razionalizzazione della spesa sanitaria», e dettano misure in materia di compartecipazione al costo delle prestazioni sanitarie (cosiddetto *ticket*).

L'art. 17, co. 1, del d.l. n. 98 del 2011, prevede che il livello del finanziamento del Servizio sanitario nazionale per il periodo 2013-2014 sia determinato con intesa tra Stato e Regioni da stipulare entro il 30.4.2012.

Qualora la predetta intesa non sia raggiun-

ta entro tale termine e al fine di assicurare che le Regioni rispettino l'equilibrio di bilancio sanitario, la lettera *d)* del medesimo comma prevede che, «a decorrere dall'anno 2014, con regolamento da emanare ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. 23.8.1988, n. 400 [Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri], su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono introdotte misure di compartecipazione sull'assistenza farmaceutica e sulle altre prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale. Le misure di compartecipazione sono aggiuntive rispetto a quelle eventualmente già disposte dalle Regioni e sono finalizzate ad assicurare, nel rispetto del principio di equilibrio finanziario, l'appropriatezza, l'efficacia e l'economicità delle prestazioni. La predetta quota di compartecipazione non concorre alla determinazione del tetto per l'assistenza farmaceutica territoria-

le. Le regioni possono adottare provvedimenti di riduzione delle predette misure di compartecipazione, purché assicurino comunque, con misure alternative, l'equilibrio economico finanziario, da certificarsi preventivamente da parte del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e dal Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui agli art. 9 e 12 dell'Intesa Stato-Regioni del 23.3.2005».

## 2. La questione sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale.

Con riferimento specifico all'art. 17, co. 1, lett. d), del d.l. n. 98 del 2011, la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia lamenta la violazione dell'art. 117, co. 6, cost., perché, anche laddove si ammettesse il potere dello Stato di imporre misure di contenimento della spesa sanitaria nei confronti della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, ciò dovrebbe avvenire, nell'ambito di una materia di competenza concorrente quale il coordinamento della finanza pubblica, in via legislativa e non - come previsto dalla norma censurata - in via regolamentare.

La Regione rileva, poi, che tale disposizione violerebbe anche il principio di leale collaborazione, in quanto «non prevede alcun coinvolgimento delle Regioni».

La difesa dello Stato ha d'altro canto osservato che le misure di compartecipazione sarebbero state introdotte per via legislativa, laddove il regolamento di delegificazione dovrebbe intervenire «esclusivamente per fissare la modulazione delle specifiche misure da applicare nelle diverse aree di spesa».

La Regione ha però insistito, osservando che l'art. 17, co. 1, lett. d), del d.l. n. 98 del 2011 si limita a prevedere l'introduzione delle misure di compartecipazione, demandandone la disciplina al regolamento.

## 3. Le motivazioni della decisione.

Con la sentenza in commento, in parziale accoglimento del ricorso presentato dalla Regione Friuli Venezia-Giulia, la Consulta ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, co. 1, lett. d), del d.l. n. 98 del 2011.

Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti,

“le misure di compartecipazione ai costi dell'assistenza farmaceutica attengono sia ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la cui determinazione è riservata alla potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, secondo comma, lett. m, Cost.), sia al coordinamento della finanza pubblica e alla tutela della salute, oggetto della potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni (art. 117, co. 3, cost.)”.

Secondo il ragionamento seguito dalla Corte, nella disciplina dei cosiddetti *tickets*, l'«intreccio» e la «sovrapposizione di materie» non rendono possibile «individuare una prevalente» (sentenza n. 330 del 2011), né tracciare una «precisa linea di demarcazione» tra le competenze (sentenza n. 200 del 2009).

Pertanto, lo Stato può esercitare la potestà regolamentare solo nelle materie nelle quali abbia competenza esclusiva (da ultimo, sentenze n. 149 e n. 144 del 2012), non in un caso, come quello in esame, caratterizzato da una «concorrenza di competenze» (sentenza n. 50 del 2005). “Va, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 1, lettera d), del decreto-legge n. 98 del 2011, nella parte in cui prevede che le misure di compartecipazione siano introdotte «con regolamento da emanare ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. 23.8.1988, n. 400, su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze»”.

In pratica, la Corte ha spiegato che siccome la materia sanitaria non rientra nella “sfera d'azione” di competenza esclusiva dello Stato (che quindi non può disporre attraverso strumenti di delegificazione quali atti o regolamenti) ma in quella concorrente Stato-Regioni, lo Stato non potrà fissare norme aggiuntive sui ticket sanitari con regolamenti autonomi, e senza quindi passare per il confronto con le Regioni.

La manovra finanziaria approvata nel 2011, infatti, prevedeva che a partire dal 2014 i tickets avrebbero “coperto” diverse prestazioni del servizio sanitario nazionale attualmente esenti dal pagamento, tra cui *day hospital* o ricoveri ospedalieri.

Nella sentenza la Consulta ha invece respinto gli altri dubbi di costituzionalità solle-



vati dal Friuli Venezia Giulia e dal Piemonte contro l'art. 17 del decreto Tremonti.

Le norme non inciderebbero infatti sull'autonomia finanziaria delle Regioni, non lederebbe l'autonomia delle Regioni né il principio di leale collaborazione, né la loro applicazione è in contrasto con l'autonomia prevista per le Regioni a Statuto Speciale dove lo Stato non concorre al finanziamento del Ssn.

Il ticket, spiega la Consulta, non è incompatibile con la Costituzione in quanto persegue un duplice scopo: *“l'esigenza di adottare misure efficaci di contenimento della spesa sanitaria e la necessità di garantire, nello stesso tempo, a tutti i cittadini, a parità di condizioni, una serie di prestazioni che rientrano nei livelli essenziali di assistenza (entrambe fornite di basi costituzionali)”*. *“Tali argomentazioni - spiega la Consulta - si applicano anche alla disposizione impugnata nel presente giudizio, la quale non introduce una nuova disciplina, ma si limita a ripristinare anticipatamente l'efficacia del ticket previsto dall'art. 1, co. 796, lett. p), della l. n. 296 del 2006. Di conseguenza, l'art. 17, co. 6, del d.l. n. 98 del 2011 non viola gli artt. 117, 118 e 119 cost.”*.

#### **4. Possibili scenari futuri e nodi irrisolti.**

La statuizione della Corte Costituzionale è ovviamente destinata a ripercuotersi sull'intera organizzazione del sistema sanitario nazionale, soprattutto con riferimento ai ccdd. LEA (Livelli Essenziali di Assistenza).

Già prima che la Corte Costituzionale si pronunciasse, infatti, si era aperto il dibattito in seno all'Esecutivo sull'opportunità dell'introduzione dei nuovi ticket a partire dal 2014.

La natura *“aggiuntiva”* dei nuovi ticket avrebbe infatti comportato che le Regioni che avessero già introdotto autonomamente un *“balzello”* in avanti su queste prestazioni, avrebbero dovuto sommarli a quelle già in vigore, con notevole aggravio di spesa per i cittadini. A questo punto, dopo la pronuncia della Consulta, la soluzione più plausibile pare essere quella legata ad un meccanismo a *“franchigia”*, in cui i cittadini saranno chiamati a compartecipare alle spese in base al reddito. Non mancano, tuttavia, perplessità sulla gestibilità operativa del nuovo sistema, giacché richiederebbe di sostituire la tessera sanitaria inserendo un *microchip*, nel quale registrare le somme da scontare sulla franchigia tutte le volte che si acquista un farmaco o si beneficia di una prestazione diagnostica sottoposta a ticket. Sarebbe inoltre necessario che in tutti i punti nei quali sono erogate le prestazioni vi sia un'attrezzatura adeguata per registrare l'importo del ticket che consumato. La riforma dei ticket, tuttavia – ad oggi – non è stata inserita nella bozza del testo del maxi-decreto di riforma della sanità (che proprio in questi giorni sarà varato dal Governo), che si è piuttosto occupato di ridefinire altri aspetti (quali l'assistenza sanitaria territoriale, l'intramoenia, ecc ...).

Si attendono comunque a breve delle novità normative in merito.

«.....GA.....»

## L. N.104/1992. APPLICAZIONE DELL'ART. 19 L. 183/2010. AGGIORNAMENTI

dell'Avv. Fabrizio Casella

*La recente riformulazione dell'art. 33 co. 5 della l. 104/92, mentre da un lato ha reso più accessibili i benefici ivi previsti, dall'altro ha messo in difficoltà i vari TAR ed il Consiglio di Stato relativamente alla sua immediata applicazione all'interno degli ordinamenti delle FF.AA. e delle Forze di polizia per la problematica posta dall'art. 19 della l.183/2010 c.d. specificità*

The recent reformulation of art. 33 co. 5 of l. 104/92, while on the one hand has made it more accessible the benefits therein, it also brought problems for various TAR and the Consiglio di Stato, relatively to its immediate application within the jurisdiction of the Armed Forces and police forces to the issues raised by art. 19 of l.183/2010 C.D. specificity.

*Sommario: 1. Premessa. 2. La giurisprudenza del Consiglio di Stato.*

### **1. Premessa.**

Nel precedente numero della rivista, ci siamo occupati della novella introdotta dal "collegato lavoro" (l. 183/10) che ha rivoluzionato l'art. 33 co. 5 della l. 104/92, eliminando i requisiti della continuità e della esclusività alla presenza dei quali potevano essere concessi i benefici in essa previsti.

Purtroppo detta nuova normativa, ha incontrato difficoltà di applicazione all'interno degli ordinamenti delle FF.AA. e delle Forze di Polizia.

Tale difficoltà era rappresentata dalla problematica relativa all'art. 19 della l. 183/2010 (c.d. specificità) ossia se le nuove norme siano o meno immediatamente applicabili negli ordinamenti delle FF.AA. e delle Forze di Polizia senza l'adozione degli appositi provvedimenti legislativi previsti dalla norma in parola.

### **2. La giurisprudenza del Consiglio di Stato.**

Il Consiglio di Stato, dopo un periodo di decisioni contrastanti e contraddittorie, con la sentenza n. 4047/2012 pubblicata il 9 luglio scorso, ha definitivamente messo la parola fine al problema, nei termini di seguito indicati. Il Consiglio di Stato infatti, con la decisione in argomento ha riconosciuto che la disciplina comune in materia di assistenza ai familiari disabili trova applicazione anche per il personale delle FF.AA., di Polizia ed ai Vigili del Fuoco. Pertanto il Consiglio di Stato ha finalmente chiarito che l'art. 24 della l. 183/10 ha sostituito il co. 3 ed il co. 5 eliminando i requisiti della c.d. continuità ed esclusività nell'assistenza quali necessari presupposti del beneficio e che tale innovazione è immediatamente applicabile anche alle FF.AA e Forze di polizia.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 12.4.2012, n. 91

**Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 1 e 3, l. reg. Puglia 8.4.2011, n. 5 - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato gli artt. 1, co. 1, e 3 l. reg. Puglia 8.4.2011, n. 5, recante "Norme in materia di residenze sanitarie e socio-sanitarie assistenziali (RSSA), riabilitazione e hospice e disposizioni urgenti in materia sanitaria", per violazione dell' art. 117, co. 3, cost.. L'art. 1 della legge impugnata, nel prevedere che gli specifici parametri inerenti ai posti letto per le RSA e per le RSSA, accolti nel Piano di rientro, potessero essere unilateralmente derogati, peraltro senza neppure individuare entro quali limiti tali deroghe fossero consentite, si poneva in aperto contrasto con i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica contenuti nella legge finanziaria per il 2010. Infatti, l'art. 1, co. 79 e 61, lett. b), l. 27.12.2006, n. 266 (l. finanziaria 2007) e l'art. 2, co. 80 e 975, l. 23.12.2009 (legge finanziaria 2010), che costituiscono, secondo costante orientamento della Corte (C. cost. nn. 163 e 113 del 2011), principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, affermano il carattere vincolante dell'accordo Stato-Regione in materia di risanamento della finanza pubblica e, in particolare, del piano di rientro della regione Puglia 2010-2012, approvato con l. reg. 9.2.2011, n. 2.*

*La Corte, pertanto, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 di cui sopra precisando che il legislatore statale può "legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari". Inoltre, nel caso di specie, la Corte ha affermato che la Regione ha scelto liberamente di vincolarsi con l'accordo avente ad oggetto il piano di rientro regionale, "dal momento che le Regioni potrebbero pur sempre scegliere di non addive-*

*nire alle intese in questione, facendo fronte al deficit con i propri strumenti finanziari ed organizzativi". V. precedenti conformi, C. cost., 21.3.2007, n. 98; 18.2.2010, n. 52; 12.5.2011, n. 163 (Red. Alessandra Dominici).*

Corte Costituzionale, 15.2.2012, n. 33

**Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 13, lett. a) e c), e 41, lett. o), l. reg. Molise 1.2.2011 (Legge finanziaria regionale 2011) - artt. 3, 23, 53 e 117, co. 2 e 3, cost. - accoglimento.**

*La Corte ha accolto parzialmente il ricorso pro-posto dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso gli artt. 1, co. 13, lett. a) e c), e 41, lett. o), l. reg. Molise 1.2.2011, n. 2 (Legge finanziaria regionale 2011) che aveva apportato modifiche all'art. 19 l. reg. Molise 21.1.2010, n. 3. La Corte ha accolto la censura relativa all'art. 1, co. 13, lett. c), perché in contrasto con l'art. 117, co. 3, cost., che attribuisce allo Stato la competenza di fissare i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica. Ad avviso della Corte, infatti, la norma impugnata consentiva il reclutamento di nuove unità di personale sanitario in contrasto con l'art. 2, co. 88, l. 191 del 2009, la quale prevede che, per le Regioni già sottoposte ai piani di rientro e già commissariate, restano fermi l'assetto e la gestione commissariale previgente per la prosecuzione del piano di rientro, secondo programmi operativi coerenti con gli obiettivi finanziari programmati predisposti dal commissario ad acta. La norma censurata, infatti, lasciava aperta la possibilità di procedere a nuove assunzioni e di instaurare nuovi rapporti di collaborazione in contrasto con le previsioni del piano di rientro della spesa sanitaria predisposto per la Regione Molise.*

*La Corte ha inoltre dichiarato illegittimo anche l'art. 41, lett. o), l. reg. Molise 1.2.2011, n. 2 perché in contrasto con gli artt. 23 e 117 cost. Questa disposizione prevedeva che, al fine del rilascio e della convalida annuale del tesserino*

*di idoneità per la raccolta dei tartufi, fosse dovuto, in aggiunta alla tassa di concessione regionale, un contributo annuale per gli interventi di sostenibilità ambientale regionale pari a 3 mila euro e che questo contributo avrebbe potuto essere assolto mediante fornitura di prestazioni volte al miglioramento dell'ambiente, secondo le modalità definite con una deliberazione della Giunta regionale. Ad avviso della Corte, con questa disposizione il legislatore regionale ha ecceduto i limiti imposti dall'art. 17 l. 752 del 1985, che autorizza le Regioni ad*

*istituire solo una tassa di concessione regionale per il rilascio del predetto tesserino, senza prevedere la possibilità di altre forme di imposizione. Inoltre, essa si poneva in contrasto con il principio di riserva di legge di cui all'art. 23 cost., perché rimetteva ad una fonte secondaria, nel caso di specie la delibera della Giunta regionale, l'individuazione delle prestazioni alternative a quella patrimoniale, senza dettare criteri direttivi idonei a restringere la discrezionalità dell'organo esecutivo (Red. Alessandra Dominici).*

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la pareristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

### DOMANDA

*Trattamento dati sensibili attinenti lo stato di salute dell'interessato – Sospensione o revoca della patente militare e/o della patente civile. Parere n. 83419 (consultivo 40716/07, Avv. M. Greco).*

### RISPOSTA

«(...) codesto Comando Generale della Guardia di Finanza, “allo scopo di orientare in maniera univoca l'azione amministrativa per la gestione dei rapporti di lavoro”, chiedeva alla scrivente Avvocatura se l'amministrazione militare potesse procedere alla trasmissione delle informazioni relative ai requisiti fisici o psichici, che avevano costituito motivo di sospensione temporanea o di ritiro definitivo della patente militare, agli Uffici competenti del Dipartimento per i Trasporti Terrestri. Si sottolineava, infatti, che la carenza dei suddetti requisiti avrebbe potuto costituire presupposto per l'adozione di analogo provvedimento anche per la patente civile. Inoltre, trattandosi di c.d. dati sensibili, in quanto idonei a rivelare lo stato di salute dell'interessato, codesto Comando avanzava il dubbio di poter incorrere in taluna delle sanzioni previste dal D.Lgs.196/2003 (“Codice in materia di protezione dei dati personali”). Sul punto, si deve anzitutto rilevare che, con deliberazione n. 23 del 14.6.2007, il Garante per la protezione dei dati personali, nell'esercizio dei poteri normativi e regolamentari generalmente riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti (v., da ultimo, CdS, par. 25.2.2005, n. 11603/2004), ha approvato “linee guida in materia di tratta-

*mento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico”. In particolare, il paragrafo 8 di detto documento è dedicato al trattamento dei “dati idonei a rivelare lo stato di salute”, mentre il paragrafo 8.5 è più specificamente dedicato all’“abilitazione al porto d'armi e alla guida”. Ebbene, mentre per le autorizzazioni di polizia per la detenzione ed il porto di armi il Garante autorizza “di regola” le amministrazioni a trattare i dati relativi allo stato di salute dell'interessato, ad opposte conclusioni giunge, invece, per quanto riguarda i requisiti fisici e psichici previsti dalla legge per il conseguimento della patente di guida. Più esattamente, il Garante esclude che, allo stato dell'attuale normativa, esista una base giuridica idonea a legittimare il trattamento de quo tra amministrazione militare ed amministrazione civile, ancorché si tratti di dati legittimamente acquisiti. Si esclude, inoltre, la riconducibilità del predetto trattamento alle finalità di rilevante interesse pubblico connesse alla gestione dei rapporti di lavoro da parte dell'amministrazione di appartenenza dell'interessato (art. 112 del c.d. Codice della privacy). Infine, giova sottolineare che il trattamento dei predetti dati sensibili tra l'amministrazione militare e quella civile è ritenuto illecito in considerazione della “diversità di presupposti per il conferimento (o l'eventuale ritiro) della patente militare rispetto a quella civile e la sfera di discrezionalità ad esse conferite”. Giova ricordare che, in materia di trattamento dei dati sensibili, il Codice per la protezione dei dati personali (d. lgs. 196/2003) prevede*

delle disposizioni particolarmente stringenti. Anzitutto, è previsto che “i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso dell’interessato e previa autorizzazione del Garante, nell’osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti” (art. 26, co. 1, Codice della privacy). Tuttavia, regole in parte derogatorie sono previste nel caso in cui a trattare i dati sensibili siano soggetti pubblici. A norma dell’art. 20, co. 1, infatti, “il trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite”. Pertanto, nel caso in cui il trattamento sia effettuato da un soggetto pubblico, non sono necessari né il consenso dell’interessato né l’autorizzazione del Garante, come nel caso in cui a trattare tali dati sia un privato o un ente pubblico economico, purché, però, vi sia una espressa disposizione di legge che abbia i requisiti di cui all’art. 20, co. 1, Codice della privacy. Del resto, già sotto la vigenza del pregresso art. 22 della l. 675/1996, la Suprema Corte aveva asserito che “il trattamento dei dati sensibili, la cui legittimità, in linea generale, è ancorata alla contestuale presenza del consenso scritto dell’interessato e all’autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, è consentito, da parte dei “soggetti pubblici”, anche in difetto del consenso e dell’autorizzazione, ma a condizione che vi siano: a) una rilevante finalità di interesse pubblico, b) una espressa disposizione di legge autorizzatoria, e c) una specificazione legislativa dei tipi di dati trattabili e delle operazioni eseguibili. Inoltre, precisava la Cassazione che “la ravvisata sussistenza di una rilevante finalità di interesse pubblico prevista dalla legge...non è quindi da sola sufficiente quando la legge non indichi (come nel caso in esame) i tipi di dati sensibili che, nell’ambito di tale finalità, possono essere trattati e le operazioni eseguibili al riguardo” (così, Cass. Sez. I, 8.7.2005, n. 14390). Tuttavia, si consideri che, nella fattispecie sottoposta all’attenzione della scrivente Avvocatura, vengono in considerazione esigenze

di tutela dell’incolumità pubblica, tali da pregiudicare la sicurezza dei terzi e della collettività intera. Pertanto, nel caso in cui le competenti autorità militari abbiano riscontrato la carenza dei requisiti fisici e psichici alla guida e abbiano, conseguentemente proceduto, a seconda dei casi, alla sospensione ovvero alla revoca della patente militare, nasce l’esigenza di contemperare il diritto alla riservatezza degli interessati con le predette esigenze di tutela della pubblica incolumità. Si pensi al caso in cui, a fondamento del provvedimento di revoca della patente militare, vi sia stato il venir meno in capo al soggetto dei requisiti visivi prescritti dall’art. 322, d.P.R. 495/1992 (“regolamento di esecuzione del nuovo codice della strada”). In tale ipotesi, sembrerebbe opportuno procedere a trasmettere il dato alle competenti autorità civili per l’adozione del provvedimento di revoca anche della patente civile, e ciò al fine di evitare che il soggetto, messosi alla guida di un veicolo privato, rechi danno alla collettività. Alla luce delle considerazioni da ultimo svolte, è giocoforza concludere che la tutela dell’incolumità delle persone, e dunque di un valore fondamentale ed inviolabile, impone che l’interesse alla privacy venga considerato recessivo. Tuttavia, poiché allo stato attuale, pare mancare nel nostro ordinamento una espressa previsione normativa che, a norma dell’art. 20, co. 1, d. lgs. 196/2003, consenta una libera trasmissione dei dati sensibili tra amministrazione militare ed amministrazione civile, pare opportuno, a parere della scrivente Avvocatura, che codesta amministrazione insista presso il Garante per la protezione dei dati personali affinché venga adottata una apposita norma regolamentare che autorizzi espressamente le diverse Autorità competenti al rilascio della patente di guida a comunicare l’un l’altra l’accertamento dei fatti che hanno giustificato la sospensione o il ritiro della patente per sopravvenuta inidoneità. Del resto, la necessità di una base giuridica che renda legittimo il trattamento de quo, come si è visto, è richiesto sia dalla legge (art. 20, co.1, d. lgs.196/2003) sia dalla stessa Autorità Garante (cfr. deliberazione n. 23 del 14.6.2007). Dunque, l’ipotesi di una apposita norma regolamentare autorizzatoria sembra essere

*l'unica praticabile al fine di evitare di incorrere nelle sanzioni di cui al d. lgs. 196/2003. E ciò ancor più ove si consideri che, in tema di dati sensibili, la Corte di legittimità, nella già citata sentenza, ha asserito che "la particolare natura di tali dati, e segnatamente di quelli – riguardanti la salute e il sesso delle persone – appartenenti (come nel caso in esame) alla "species" dei cd. dati supersensibili, che investe la parte più intima della persona nella sua corporeità e nelle sue convinzioni psicologiche più riservate, è oggetto, in ragione dei valori costituzionali (artt. 2 e 3 Cost.) posti a loro presidio, di una protezione rafforzata, esplicitantesi nelle garanzie poste*

*anche riguardo al trattamento operato dai "soggetti pubblici", garanzie che esigono il rispetto del modulo procedimentale stabilito dalla legge" (Cfr. Cass. Sez. I, 8.7.2005, n. 14390). Nelle more, le Amministrazioni potranno limitarsi a comunicare l'un l'altra semplicemente il fatto dell'avvenuta sospensione o revoca, senza indicarne le ragioni. In altri termini, senza specificare quale sia il dato sensibile che sorregge l'atto. In questo modo, dunque, sembrerebbero essere correttamente bilanciate esigenze entrambe meritevoli di tutela, ossia la riservatezza dell'interessato, da una parte, e l'incolumità pubblica, dall'altra (...).*».

«.....GA.....»

#### **HANNO PARTECIPATO**

Tommaso Ajello, Alessia Auriemma, Filippo Barbagallo, Marta Capesciotti, Fabrizio Casella, Francesco Corvisieri, Diego De Magistris, Ilaria Di Toro, Alessandra Dominici, Alessandra Farruggio, Francesca Fontanarosa, Enrico Gai, Riccardo Gai, Eneide Grattacaso, Giustino Lo Conte, Elisa Lori, Edoardo Magnini, Gabriele Magrini, Fabiana Misino, Tiziana Molinaro, Gennaro Napolitano, Fiammetta Orsi, Fabrizio Pagnello, Francesco Palazzotto, Paolo Romani, Davide Siclari, Angela Turchiano, Antonella Zella, M. Zuppetta.

**PER ULTERIORI INFORMAZIONI**

**TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356**

Sito: [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it)

e-mail: [info@gazzettaamministrativa.it](mailto:info@gazzettaamministrativa.it)

**Chiuso in redazione il 15 settembre 2012  
Finito di stampare nel mese di settembre 2012  
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)**



Tipolitografia SPEDIM  
Via Alfredo Serranti, 137  
00040 Monte Compatri (RM) ITALY  
[www.spedim.it](http://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](http://www.gazzettaamministrativa.it)

Edit. La Gazzetta Amministrativa Srl  
Sped. Abb. Post. D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1

Prezzo abbonamento annuale € 120,00 (iva assolta dall'Editore)