



# GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

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

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

## IN QUESTO NUMERO

- **L'ACQUISIZIONE GRATUITA AL PATRIMONIO DEL COMUNE NELLA RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE**
- **LA GIURISPRUDENZA SUI RAPPORTI TRA PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DI VIGILANZA EDILIZIA E PROCEDIMENTI DI SANATORIA**
- **BREVI RIFLESSIONI IN ORDINE ALLA FORMAZIONE DEL SILENZIO-ACCOGLIMENTO IN TEMA DI CONDONO EDILIZIO**
- **L'INTERVENTO DELLA CORTE EUROPEA SULLE RESTRIZIONI IMPOSTE DALLA LEGISLAZIONE ITALIANA AI CONCESSIONARI DEL SERVIZIO DI RISCOSSIONE DEI TRIBUTI LOCALI**
- **L'ATTIVITÀ EDILIZIA IN ASSENZA DI PIANIFICAZIONE ATTUATIVA: LA RECENTE GIURISPRUDENZA SUL C.D. LOTTO INTERCLUSO**
- **IL FALSO NON È PIÙ INNOCUO**
- **RISOLUZIONE DEL CONTRATTO D'APPALTO PER GRAVE NEGLIGENZA O GRAVE RITARDO AI SENSI DELL'ART. 136 DEL D. LGS 163/06**
- **LA LEGITTIMAZIONE ALL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO CHE NON ABBA PRESO PARTE ALLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA**
- **ESCLUSIONE DALLA GARA D'APPALTO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI: IL GIUDIZIO SULLA "GRAVITÀ" DELLA VIOLAZIONE E LA CONFIGURABILITÀ DI UNA FALSA DICHIARAZIONE IN CASO DI BANDO GENERICO, ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ED INTERVENUTE MODIFICHE NORMATIVE**
- **LE "IRRESPONSABILITÀ" DEL DIRIGENTE PUBBLICO**
- **LA SPENDING REVIEW NEL REGNO UNITO: UN CASO DA APPROFONDIRE. IL TAGLIO DEI TRASFERIMENTI AGLI ENTI LOCALI E LA RISPOSTA DELLE AMMINISTRAZIONI LOCALI**
- **LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE DEGLI ENTI LOCALI PER I REATI DI VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DI ROMA CAPITALE**
- **LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE. IL CONTRATTO DI LAVORO AUTONOMO E L'INDIPENDENZA DALL'ORGANO POLITICO ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA**
- **LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE. IL CONTRATTO DI LAVORO AUTONOMO E L'INDIPENDENZA DALL'ORGANO POLITICO ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA**

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**  
(Presidente emerito 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 Piccini (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), Avv. Rodolfo Murra, Prof. Salvatore Napolitano (Contratti della PA), Avv. Mario Nigro (Osservatorio Corte Costituzionale), Dott. Francesco Palazzotto (Incentivi e Sviluppo Economico), 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> .....	5
<b>REDAZIONALI</b> .....	9
L'INAMMISSIBILITÀ DEL "DISSENSO POSTUMO" NELLA CONFERENZA DI SERVIZI <i>del Dott. Alfonso Cernelli</i> .....	9
ILLEGITTIMO IL DIVIETO DI STAZIONAMENTO DEI CIRCHI CON ORDINANZA SINDACALE. COMMENTO ALLA SENTENZA DEL TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. II, 4.7.2012, N. 470 <i>dell'Avv. Valeria Coppola</i> .....	13
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	13
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI .....	16
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	18

## USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	23
<b>REDAZIONALI</b> .....	34
L'ACQUISIZIONE GRATUITA AL PATRIMONIO DEL COMUNE NELLA RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE <i>della Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale</i> .....	34
LA GIURISPRUDENZA SUI RAPPORTI TRA PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DI VIGILANZA EDILIZIA E PROCEDIMENTI DI SANATORIA <i>della Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale</i> .....	44
BREVI RIFLESSIONI IN ORDINE ALLA FORMAZIONE DEL SILENZIO-ACCOGLIMENTO IN TEMA DI CONDONO EDILIZIO <i>della Dott.ssa Federica Valente</i> .....	48
L'ATTIVITÀ EDILIZIA IN ASSENZA DI PIANIFICAZIONE ATTUATIVA: LA RECENTE GIURISPRUDENZA SUL C.D. LOTTO INTERCLUSO <i>della Dott.ssa Valentina Pavone</i> .....	51
TASSATIVITÀ DELLE CAUSE ESTINTIVE DEI REATI VERSO I VINCOLI PAESAGGISTICI <i>dell'Avv. Sergio Fifi</i> .....	55
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	59
URBANISTICA .....	59
EDILIZIA .....	60
ABUSI EDILIZI .....	62
PAESAGGIO E BENI CULTURALI.....	63
ESPROPRIAZIONI .....	64
AMBIENTE.....	65
OSSERVATORIO PENALE.....	67
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	68



UNIONE EUROPEA E  
COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	74
<b>REDAZIONALI</b> .....	76
L'INTERVENTO DELLA CORTE EUROPEA SULLE RESTRIZIONI IMPOSTE DALLA LEGISLAZIONE ITALIANA AI CONCESSIONARI DEL SERVIZIO DI RISCOSSIONE DEI TRIBUTI LOCALI <i>della Dott.ssa Ilaria Di Toro</i> .....	76
<b>GIURISPRUDENZA</b>	
<i>del Dott. Francesco Palazzotto</i> .....	81
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	85

CONTRATTI, SERVIZI  
PUBBLICI E CONCORRENZA

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	87
<b>REDAZIONALI</b> .....	102
IL FALSO NON È PIÙ INNOCUO <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i> .....	102
LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO D'APPALTO PER GRAVE NEGLIGENZA O GRAVE RITARDO AI SENSI DELL'ART. 136 DEL D. LGS 163/06 <i>dell'Ing. Andrea Di Stazio</i> .....	104
LA LEGITTIMAZIONE ALL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO CHE NON ABBAIA PRESO PARTE ALLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA <i>dell'Avv. Livio Lavitola</i> .....	110
ESCLUSIONE DALLA GARA D'APPALTO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI: IL GIUDIZIO SULLA "GRAVITÀ" DELLA VIOLAZIONE E LA CONFIGURABILITÀ DI UNA FALSA DICHIARAZIONE IN CASO DI BANDO GENERICO, ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ED INTERVENUTE MODIFICHE NORMATIVE <i>dell'Avv. Andrea Pistilli</i> .....	114
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	121
CONTRATTI PUBBLICI .....	121
SERVIZI PUBBLICI LOCALI .....	124
<i>dell'Avv. Federico Mazzella</i> .....	124
OSSERVATORIO SULLA CONCORRENZA .....	129
<i>dell'Avv. Anna Romano</i> .....	129
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	132

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	139
<b>REDAZIONALI</b> .....	144
LE "IRRESPONSABILITÀ" DEL DIRIGENTE PUBBLICO <i>dell'Avv. Sergio Fifi</i> .....	144
IL RECENTE INDIRIZZO DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI DIMENSIONAMENTO DELLE ISTITUZIONI SCOLASTICHE: COMPETENZA STATALE O REGIONALE? <i>dell'Avv. Salvatore Russo</i> .....	150
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	154
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	157

## PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	163
<b>REDAZIONALI</b> .....	173
LA SPENDING REVIEW NEL REGNO UNITO: UN CASO DA APPROFONDIRE. IL TAGLIO DEI TRASFERIMENTI AGLI ENTI LOCALI E LA RISPOSTA DELLE AMMINISTRAZIONI LOCALI <i>dell'Avv. Anna Mariagrazia Crescenzi</i> .....	173
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	179
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	181

## GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	185
<b>REDAZIONALI</b> .....	195
LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI ADEGUAMENTO PREZZI NEGLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI <i>dell'Avv. Enrico Gai</i> .....	195
LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE DEGLI ENTI LOCALI PER I REATI DI VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DI ROMA CAPITALE <i>della Dott.ssa Eva Mariucci</i> .....	199
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	203
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	206

## INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	227
<b>REDAZIONALI</b> .....	230
L'INFLUENZA DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA SULL'ORDINAMENTO INTERNO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL SETTORE DELLA PRODUZIONE DI ELETTRICITÀ DA FONTI ENERGETICHE RINNOVABILI <i>dell'Avv. Giulio Bacosi e dell'Avv. Valentina Giammaria</i> .....	230
<b>GIURISPRUDENZA</b> <i>del Dott. Francesco Palazzotto</i> .....	236
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	239

## COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	240
<b>REDAZIONALI</b> .....	243
IL BUONO, IL BRUTTO, IL CATTIVO. TENDENZE DELL'INFORMATIZZAZIONE <i>del Dott. Fulvio Costantino</i> .....	243
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	247
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	248

## SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	251
<b>REDAZIONALI</b> .....	254
LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE. IL CONTRATTO DI LAVORO AUTONOMO E L'NDIPEN-	



- sommario -

---

DENZA DALL'ORGANO POLITICO ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA <i>dell' Avv. Francesco Palazzotto</i> .....	254
LIVELLI ESSENZIALI ASSISTENZIALI RICOGNIZIONE NORMATIVA FRA TENTATIVI ED ESIGENZE DI RIFORMA, D. LGS 6.5.2011, N. 6 <i>dell' Avv. Francesco Palazzotto</i> .....	261
<b>GIURISPRUDENZA</b> <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i> .....	269
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	271

# PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### AGENZIA DEI GIOCHI: UNA NUOVA DENOMINAZIONE E COMPITI PER L'AMMINISTRAZIONE AUTONOMA DEI MONOPOLI DI STATO

*Nel corso dell'esame in sede referente del ddl di delega per la revisione del sistema fiscale è stata inserita (art. 3, coo. 12-13), una delega al governo per la razionalizzazione dell'amministrazione finanziaria, prevedendo, tra l'altro: l'accorpamento delle strutture, il potenziamento del Dipartimento delle Finanze, la trasformazione dell'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato in Agenzia dei giochi, al fine di potenziare le attività concernenti la regolazione e il controllo del gioco pubblico, il contrasto dei fenomeni di giochi illegali e della dipendenza dal gioco; l'unificazione della gestione delle imposte di consumo in capo all'Agenzia delle dogane, prevedendo in particolare il trasferimento delle competenze in materia di accisa sui tabacchi; la ridefinizione delle competenze dell'Agenzia del territorio; la riduzione degli uffici territoriali e degli incarichi dirigenziali. Conseguentemente viene sospesa, fino alla scadenza del termine per l'esercizio della delega, l'applicazione delle disposizioni recate dall'art. 23 quater del d.l. n. 95/2012, relative all'incorporazione, a decorrere dal 1.12.2012, dell'AAMS nell'Agenzia delle dogane e dell'Agenzia del territorio nell'Agenzia delle entrate. Tali disposizioni risulteranno soppresse alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi (Camera dei Deputati, comunicato del 8.10.2012).*

«..... GA.....»

### VIOLA IL DIRITTO ALLA SEGRETEZZA

**ZA DEL VOTO IL COMUNE CHE, A FRONTE DELLA RICHIESTA DEL CITTADINO DI EMISSIONE DI UNA NUOVA TESSERA ELETTORALE PERCHÉ IN QUELLA VECCHIA NON VI SONO PIÙ SPAZI PER LA CERTIFICAZIONE DEL VOTO, RICHIEDE LA RESTITUZIONE DELLA TESSERA ESAURITA**

*Ai cittadini che chiedono l'emissione di una nuova tessera elettorale perché in quella vecchia non vi sono più spazi per la certificazione del voto, il comune non deve chiedere la restituzione del documento, ma verificare solo che sia esaurito. La restituzione è prevista solo in casi eccezionali e rischia di ledere la segretezza del voto. Lo ha chiarito il Garante per la privacy intervenendo su segnalazione di una donna che esprimeva forti dubbi sulla correttezza della procedura adottata dal suo comune di residenza, lesiva, a suo parere, anche del diritto alla segretezza del voto (Garante per la privacy, comunicato n. 362/2012).*

«..... GA.....»

### RESTITUZIONE DI SOMME INDEBITAMENTE EROGATE DALL'INPS

*Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali in data 26.9.2012 ha risposto all'interrogazione a risposta immediata posta in merito alle problematiche riguardanti la richiesta di restituzione di somme relative alla cosiddetta quattordicesima indebitamente erogate dall'Inps a circa 200 mila pensionati nell'anno 2009. Nel resoconto stenografico dell'intervento del Ministro alla seduta n. 692 del 26.9.2012 ha precisato, tra l'altro, che*



*l'INPS ha deciso di dilazionare la restituzione dovuta su 12 mesi e che, sul punto e' stato chiesto all'INPS di rivedere il suo orientamento diluendo ancora di più la restituzione (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, resoconto seduta del 26.9.2012).*

«..... GA.....»

### **SPENDING REVIEW: LINEE GUIDA E CRITERI APPLICATIVI PER LA RIDUZIONE DELLE DOTAZIONI ORGANICHE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

*Il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione ha proceduto con apposita Direttiva a fornire gli indirizzi per una rapida e proficua attuazione dell'art. 2 del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito dalla l. 7.8.2012, n. 135, norma che reca appunto la riduzione delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni (Funzione Pubblica, direttiva n. 10 del 24.9.2012).*

«..... GA.....»

### **AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI VIGILANZA ARMATA: NON SERVONO GUARDIE PARTICOLARI GIURATE PER ATTIVITÀ DIVERSE DALLA VIGILANZA, QUALI IL PORTIERATO E LA RECEPTION**

*L'art. 256 bis del Regolamento di esecuzione del TULPS n. 635 del 1940 impone la vigilanza a mezzo guardie particolari giurate in possesso dell'autorizzazione di polizia, solo ed unicamente per le attività di "vigilanza" da intendersi quale vigilanza armata dei siti sensibili (ai sensi della lettera e della norma citata, è attribuita alle guardie particolari giurate nei servizi di sicurezza complementare... la vigilanza presso infrastrutture del settore energetico o delle telecomunicazioni...ed ogni altra struttura che può costituire in via potenziale, un obiettivo sensibile ai fini della sicurezza o dell'incolumità ambientale). La disposizione citata non impone, quindi, l'utilizzo di guardie particolari giurate per attività diverse dalla vigilanza, quali il portierato e la reception che, non a caso, non so-*

*no nemmeno citate dalla norma in questione. Quelle di portierato e reception sono, invero, attività ontologicamente diverse dall'attività di vigilanza, sicché ben possono essere rese da soggetti o società non in possesso di autorizzazione di polizia. I compiti di sorveglianza, di regolazione dell'accesso del pubblico, di attivazione e controllo di impianti di sicurezza, di vigilanza e di salvaguardia dell'integrità di beni e di impianti dell'amministrazione, anche alla stregua dei mansionari del personale dipendente dei ministeri, può essere svolta da personale che non sia in possesso dell'autorizzazione di pubblica sicurezza (CdS, VI, 14.2.2007, n. 610) (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22.10.2012, n. 5404).*

«..... GA.....»

### **IL SINDACO PUÒ ADOTTARE UN PROVVEDIMENTO CONTINGIBILE ED URGENTE NEI LIMITI IN CUI LA SITUAZIONE DI PERICOLO È POSITIVAMENTE ACCERTATA, MENTRE EVENTUALI ALTRE ESIGENZE DEVONO ESSERE AFFRONTATE CON GLI ORDINARI STRUMENTI AUTORITATIVI**

*Oggetto del giudizio è il provvedimento contingibile ed urgente con il quale il Sindaco del Comune appellato ha vietato in modo assoluto l'utilizzo dei locali, condotti dall'appellante, nei quali questa svolge la propria attività culturale e religiosa. In particolare l'appellante contesta il provvedimento e la sentenza di primo grado sottolineando il fatto che i Vigili del Fuoco hanno attestato l'idoneità dei locali dei quali è stato ordinato lo sgombero ad accogliere un massimo di centocinquanta occupanti e che tale circostanza è stata trascurata dal primo giudice. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello rilevando come le ragioni di tutela della pubblica incolumità, affermate dalla PA., sono dimostrate solo in tali limiti. Ciò posto l'utilizzo dello strumento di cui all'art. 54 del testo unico degli enti locali è consentito nei limiti in cui la situazione di pericolo è positivamente accertata, mentre eventuali altre esigenze devono essere affrontate con gli ordinari strumenti autoritativi di cui dispone*

*l'amministrazione. Il Consiglio di Stato, pertanto, nel caso di specie ha annullando il provvedimento impugnato nella parte in cui inibisce totalmente l'uso dei locali di cui si tratta (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 18.10.2012, n. 5361).*

«..... GA.....»

### **ECCO I CASI IN CUI PER IL GIUDICE AMMINISTRATIVO LA PA., A FRONTE DELL'ISTANZA DEL PRIVATO, NON È OBBLIGATA A CONCLUDERE IL PROCEDIMENTO CON UN PROVVEDIMENTO ESPRESSO**

*L'art. 2 della l. 241 del 1990 e successive modifiche reca un principio generale per il nostro ordinamento, in forza del quale se il procedimento consegue obbligatoriamente dalla presentazione di un'istanza da parte del privato ovvero deve essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione a ciò competente ha l'obbligo di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso che, e non è diversamente disposto, per i procedimenti ad iniziativa della parte privata deve essere emanato, a' sensi dell'art. 2, co. 3, dello stesso articolo, entro il termine di 90 giorni dal deposito della relativa istanza. La giurisprudenza ha - altresì - avuto modo di evidenziare che tale obbligo della pubblica amministrazione non sussiste nell'ipotesi di riproposizione di istanza diretta al riesame di una situazione inoppugnabile (cfr. sul punto, ad es., CdS, V, 3.5.2012 n. 2748), ovvero nell'ipotesi di un'istanza manifestamente infondata (cfr. al riguardo, ad es., CdS, VI, 29.5.2008 n. 2543) o, ancora, nell'ipotesi di un'istanza di estensione ultra partes di un giudicato (cfr. sul punto, ad es., CdS, IV, 4.5.2004 n. 2754) (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 8.10.2012, n. 5207).*

«..... GA.....»

### **LA PROCEDURA DEL SILENZIO-RIFIUTO NON RIGUARDA LE DOMANDE DIRETTE A SOLLECITARE L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA IN QUANTO NON SUSSISTE IN CAPO ALL'AMMINISTRAZIONE**

### **ALCUN OBBLIGO GIURIDICO DI PROVVEDERE**

*Sulla non percorribilità della procedura del silenzio-rifiuto con riferimento a domande dirette a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela, è principio giurisprudenziale consolidato quello per cui "non sussiste alcun obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto (oggi dall'art. 117 c. p. a.) ; infatti, il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere (v. , di recente, CdS, VI, n. 4308 del 2010, ivi rif. , e V n. 6995 del 2011). In questa prospettiva non pare inutile aggiungere che: - lo stesso art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990, nell'affermare che il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio sussistendone le ragioni di interesse pubblico rimette la scelta sull'annullamento a un apprezzamento di natura preventiva affidato alla PA.; - opinare diversamente rispetto a quanto si è detto sopra, ossia seguire la tesi secondo la quale, in presenza di una istanza diretta a sollecitare l'esercizio della potestà di autotutela, l'amministrazione è obbligata a una pronuncia esplicita sulla istanza medesima, attraverso l'utilizzo dell'istituto del silenzio - rifiuto e dello strumento processuale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. vorrebbe dire neutralizzare, in pratica, la condizione di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo (nella specie, concessivo di finanziamenti a imprese concorrenti) che non sia stato contestato nei modi ed entro i termini di legge, vanificando in questo modo una garanzia di certezza dei rapporti giuridici che vedono coinvolta una PA. (certezza che è essa stessa un bene irrinunciabile posto a tutela anche dei cittadini), e avvilendo lo stesso principio di economicità dell'azione amministrativa,*



che verrebbe posto nel nulla ove si imponesse, a semplice richiesta dell'interessato, l'obbligo di riesame di provvedimenti restati in oppugnationi (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3.10.2012, n. 5199**).

«..... GA.....»

### **DIFFERENZE TRA INSEGNANTE DI SOSTEGNO E ASSISTENTE EDUCATORE E COMPETENZE COMUNALI SUL PERCORSO FORMATIVO DEI DISABILI**

La giurisprudenza (TAR Lombardia, Br, 4.2.2010, n. 581) ha evidenziato che, mentre all'insegnante di sostegno spetta una contitolarità nell'insegnamento, essendo egli un insegnante di tutta la classe chiamato a garantire un'adeguata integrazione scolastica (con la conseguenza che egli deve essere inquadrato a tutti gli effetti nei ruoli del personale insegnante), l'assistente educatore svolge un'attività di supporto materiale individualizzato, estranea all'attività didattica in senso stretto, finalizzata alla piena integrazione nei plessi scolastici di appartenenza e nelle classi, principalmente attraverso lo svolgimento di attività di assistenza diretta agli alunni affetti da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali in tutte le necessità ai fini di una loro piena partecipazione, precisandosi inoltre che le competenze comunali non attengono al generale bisogno educativo (rientrante nella sfera delle attribuzioni statali), ma riguardano gli interventi volti a facilitare il percorso

formativo dei disabili (in termini analoghi anche TAR Puglia, II, 655 del 2.4.2012) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3.10.2012, n. 5194**).

«..... GA.....»

### **RINNOVO DEL PORTO D'ARMI: IL DINIEGO DELL'AMMINISTRAZIONE VA ADEGUATAMENTE MOTIVATO IN RELAZIONE ALLE CIRCOSTANZE DEL CASO CONCRETO**

Il diniego di rinnovo di porto d'armi va motivato in relazione alle circostanze del caso concreto per cui, nel caso di una condanna per un fatto risalente a trent'anni prima e che non manifesta pericolosità sociale in capo all'autore, della concessione ininterrotta dei rinnovi per gli stessi anni senza che in tale arco temporale il ricorrente si sia reso responsabile di alcun ulteriore illecito penale, del consolidato affidamento del ricorrente sulla legittimità della propria posizione giuridica e dall'enorme lasso di tempo trascorso tra la sentenza di condanna e i successivi rilasci e la nuova diversa valutazione della situazione di fatto, da porre a base del nuovo diniego, all'Amministrazione è richiesta una motivazione più approfondita ed esaustiva delle ragioni di interesse pubblico che la inducono a negare il rinnovo (cfr. ad es. sent. TAR Liguria n. 479/2011) (**TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, sentenza 26.10.2012, n. 638**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# L'INAMMISSIBILITÀ DEL “DISSENSO POSTUMO” NELLA CONFERENZA DI SERVIZI

del Dott. Alfonso Cernelli

*In aderenza al dettato normativo la giurisprudenza ha statuito il consolidato principio secondo cui è inammissibile il parere negativo espresso al di fuori della conferenza, una volta che questa si sia conclusa con l'adozione del provvedimento finale*

In compliance with these regulations the Court has ruled the established principle that is impermissible negative opinion expressed outside of the conference, once it has been concluded with the adoption of the final

*Sommario: 1. Premessa: le modalità di convocazione della conferenza. 2. L'irrilevanza del c.d. “parere postumo”. 3. L'assetto previgente alla riforma del 2005.*

### **1. Premessa: le modalità di convocazione della conferenza.**

In considerazione dell'importante finalità di comparazione degli interessi pubblici cui la conferenza di servizi è preordinata, assumono decisiva rilevanza le disposizioni che la l. 7.8.1990, n. 241 dedica alle modalità di convocazione della stessa.

L'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento per garantire la semplificazione dell'azione amministrativa in tutti i casi in cui, risultando coinvolte più amministrazioni portatrici di interessi spesso contrastanti, appaia necessario un esame contestuale delle diverse posizioni<sup>1</sup>, volto a garantirne un coordinamento per il tramite del confronto<sup>2</sup>.

Al fine del raggiungimento dei predetti scopi, è pertanto necessario che tutte le amministrazioni chiamate in causa vengano a conoscenza della riunione ed invitate a parte-

ciparvi per il tramite dei propri rappresentanti.

Il rispetto delle disposizioni che la legge detta in materia di convocazione costituisce dunque presupposto indispensabile ed ineludibile per il buon esito della conferenza, specie avuto riguardo alla problematica questione della manifestazione del dissenso.

Le prescrizioni fondamentali sull'indizione sono contenute negli artt. 14, co. 1 e 14 *ter*, co. 2 della l. n. 241/1990. Il primo statuisce che tale compito spetta all'amministrazione procedente, ovvero quella deputata all'adozione del provvedimento finale<sup>3</sup>, di solito perché titolare dell'interesse prevalente. L'art. 14 *ter*, co. 2, così come modificato dall'art. 10, co. 1, lett. b) l. 11.2.2005, n. 15, dispone che l'avviso della convocazione della prima riunione deve pervenire a tutte le amministrazioni interessate almeno cinque giorni prima della data fissata dall'ente procedente.

Tale avviso, al fine di consentire una preparata partecipazione, deve altresì contenere

<sup>1</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2011, 1847, parla di “istituto centrale della semplificazione del procedimento amministrativo”, in quanto luogo nel quale tutti gli interessi pubblici rilevanti hanno l'occasione di essere sincronicamente rappresentati.

<sup>2</sup> S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 2009, 275.

<sup>3</sup> CdS, VI, 3.3.2006, n. 1023. Cfr. anche TAR Campania, Na, VII, 11.11.2011, n. 5286; TAR Lombardia, Mi, III, 5.10.2011, n. 2372; TAR Toscana, II, 3.3.2010, n. 594.

l'indicazione dell'oggetto della conferenza e dell'ordine del giorno<sup>4</sup>.

Il predetto termine deve intendersi libero<sup>5</sup>, in modo da dare agli enti partecipanti il tempo sufficiente per valutare la posizione da adottare. Ad ulteriore garanzia, la giurisprudenza, sulla base del principio secondo cui lo scopo della norma non è quello di garantire la mera presenza delle amministrazioni coinvolte, ma quello di assicurarne una partecipazione consapevole, ha affermato che, qualora un ente non sia stato informato dell'esistenza della riunione, il suo eventuale intervento non è sufficiente a sanare il vizio. La sanatoria per raggiungimento dello scopo, data la delicatezza degli interessi pubblici e privati in gioco, non opera nei casi in cui l'avviso non sia stato dato nei modi e nei tempi previsti dalla legge<sup>6</sup>. La conferenza non potrà utilmente svolgersi e l'ente promotore sarà tenuto a notificare un nuovo avviso, posticipando la data.

Ove le amministrazioni convocate siano impossibilitate a partecipare, la norma consente loro di chiedere, nei cinque giorni successivi al ricevimento dell'avviso, la fissazione di una nuova data. Tale previsione introduce una significativa garanzia, perché mira ad evitare il prodursi delle conseguenze che la legge ricollega all'assenza, allorché ricorra un'oggettiva impossibilità di prendere parte alla riunione<sup>7</sup>.

## 2. L'irrilevanza del c.d. "parere postumo".

L'art. 14 *quater* della l. n. 241/1990 dispone al primo comma che le amministrazioni regolarmente convocate devono manifestare il proprio dissenso motivatamente in sede di conferenza di servizi, a pena di inammissibilità<sup>8</sup>. La disposizione ha introdotto il principio della c.d. *inammissibilità del dissenso postu-*

*mo*, con conseguente irrilevanza del parere negativo espresso una volta che la conferenza sia conclusa<sup>9</sup>.

Tale regola è confermata dall'art. 14 *ter*, co. 7, l. n. 241/1990 (così come sostituito dall'art. 49, co. 2 lett. *e*), d.l. 31.5.2010, n. 78), il quale ha introdotto il meccanismo del silenzio-assenso dei rappresentanti che, pur presenziando alla conferenza, siano rimasti inerti all'esito della stessa, senza esprimere la volontà dell'ente rappresentato<sup>10</sup>. *A fortiori*, pertanto, si considererà acquisito l'assenso dell'ente che, pur regolarmente convocato, non abbia partecipato ai lavori della conferenza<sup>11</sup>.

Dal combinato disposto degli artt. 14 *ter*, co. 7 e 14 *quater*, co. 1, della l. n. 241/1990 si desume la regola secondo cui, poiché l'amministrazione interessata è tenuta a manifestare espressamente in sede di conferenza la propria posizione, essa rimarrà vincolata alle deliberazioni della stessa (e le sarà precluso ogni intervento successivo) laddove non vi abbia volontariamente partecipato, pur essendo stata convocata nel rispetto delle modalità prescritte dalla legge.

In aderenza al dettato normativo, la giurisprudenza, partendo dall'indiscusso presupposto che "le amministrazioni convocate devono esprimere il proprio eventuale dissenso (...) motivatamente ed all'interno della confe-

<sup>4</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1854.

<sup>5</sup> Sulla natura libera del termine, si veda M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008, 32.

<sup>6</sup> TAR Veneto, II, 7.3.2007, n. 705. Cfr. anche CdS, V, 16.9.2011, n. 5193.

<sup>7</sup> F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, To, 2008, 390.

<sup>8</sup> Come rilevato da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1862, i profili del dissenso assumono rilevanza soprattutto nella conferenza c.d. decisoria. A quest'ultima si riferisce l'articolo.

<sup>9</sup> Cfr. TAR Toscana, I, 1.3.2005, n. 978, che ha affermato che "l'unica maggioranza utile ai fini della validità delle decisioni che si vanno ad assumere è quella che risulta "fisicamente" presente alla adunanza e ciò al fine di imprimere al modulo procedimentale di cui all'art. 14, l. n. 241 del 1990 gli indispensabili requisiti di certezza e snellezza".

<sup>10</sup> Cfr. la recente CdS, IV, 16.4.2012, n. 2170, secondo cui deve considerarsi acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante, all'esito dei lavori, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata.

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. CdS, VI, 13.5.2008, n. 2224; CdS, IV, 27.6.2007, n. 3772. Significativa è anche TAR Campania, Na, I, 17.6.2011, n. 3243, che parla di "assenso tacito e connessa decadenza dal potere di provvedere nei confronti del soggetto assente". Importante, anche se più risalente, è TAR Lombardia, III, n. 888/2002, che ha affermato come il rispetto dei principi di celerità e snellimento del procedimento imponga di equiparare le ipotesi di mancata partecipazione a quelle di partecipazione inerte.

renza”<sup>12</sup>, ha statuito il consolidato principio secondo cui è inammissibile il parere negativo espresso al di fuori della conferenza, una volta che questa si sia conclusa con l’adozione del provvedimento finale<sup>13</sup>. Ad avviso dei giudici amministrativi, il legislatore, utilizzando una terminologia di matrice processuale (parlando cioè di “*inammissibilità*”), avrebbe inteso sanzionare con la nullità per carenza di potere i pareri enunciati fuori dai lavori della conferenza, trattandosi di uno dei pochi casi in cui la legge stabilisce che un dato potere debba essere esercitato entro un termine tassativo, a pena di consumazione<sup>14</sup>.

La dottrina, assodato che tale previsione è stata introdotta al fine di impedire opposizioni meramente pretestuose e dilatorie, che potrebbero intralciare il corretto funzionamento della conferenza, nonché per far sì che tutti i passaggi necessari alla determinazione finale siano concentrati nella medesima sede concertativa<sup>15</sup>, si è interrogata sul significato del termine “*inammissibilità*”. Secondo la tesi prevalente attraverso il richiamo a tale categoria il legislatore ha voluto espressamente sanzionare con la “*decadenza da ogni diritto di interlocuzione*”<sup>16</sup> l’amministrazione che non esprima in conferenza il proprio dissenso. Questo, dunque, “*non vale come tale e non può essere considerato nel calcolo delle posizioni prevalenti, alle quali devono essere orientati le conclusioni e il provvedimento finale*”<sup>17</sup>. In sintesi, il dissenso, quando è postumo, è *tamquam non esset*, in quanto l’amministrazione procedente deve agire come se non fosse mai stato espresso, ovvero

considerandolo un mero tentativo ostruzionistico non corredato da alcun apporto costruttivo<sup>18</sup>. La mancanza di qualsiasi efficacia del parere postumo è stata ribadita dal CdS, il quale, sempre nell’ottica dei principi di semplificazione e velocizzazione dell’azione amministrativa, lo ha ritenuto inidoneo a determinare la riapertura della conferenza, nel senso che non sussiste alcun obbligo per l’amministrazione procedente di riconvocarla, dovendo la questione ritenersi chiusa con l’adozione del provvedimento finale che ha tenuto conto esclusivamente delle posizioni espresse in sede di riunione dagli enti convocati e partecipanti<sup>19</sup>. Riconoscere al dissenso postumo l’effetto di riaprire il procedimento produrrebbe peraltro un effetto paradossale: quello di attribuirgli un peso specifico addirittura maggiore rispetto al dissenso espresso in sede di conferenza, superabile sempre sulla base del principio di prevalenza<sup>20</sup>. La giurisprudenza consolidata e la dottrina maggioritaria ritengono pertanto che, affinché una posizione negativa acquisti rilevanza, sia necessaria la sussistenza di determinati requisiti: il dissenso deve essere espresso in conferenza, riferirsi all’oggetto della stessa<sup>21</sup>, essere congruamente motivato e costruttivo<sup>22</sup>.

Solo il rispetto di tali condizioni garantisce, al tempo stesso, la leale collaborazione fra amministrazioni e l’eventuale affidamento del privato in una celere conclusione del procedimento.

### 3. L’assetto previgente alla riforma del

<sup>12</sup> TAR Sicilia, I, 30.12.2011, n. 3219.

<sup>13</sup> Cfr., tra le tante, CdS, VI, 11.11.2008, n. 5620, che ha chiarito come tale sistema abbia la finalità di anticipare già al momento della conclusione dei lavori la palese espressione della volontà delle amministrazioni coinvolte.

<sup>14</sup> Sul punto, si vedano TAR Calabria, Cz, I, 30.3.2011, n. 456; TAR Calabria, Rc, I, 27.1.2010, n. 45; TAR Puglia, Le, III, 13.5.2008, n. 1371.

<sup>15</sup> D. PONTE, *Sub art. 14*, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 548.

<sup>16</sup> G. FARES, *La conferenza di servizi dopo la L. 24/11/2000 n. 340*, in *Studium iuris*, 2001, 7-8, 807 ss. In tal senso, cfr. CGARS, 9.12.2008, n. 1005.

<sup>17</sup> G. TACCOGNA, *Principi di diritto amministrativo* (a cura di M. COLAFRANCESCO), Milano, 2006, 301.

<sup>18</sup> M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, cit., 62.

<sup>19</sup> CdS, VI, 3.3.2006, n. 1023.

<sup>20</sup> I. IMPASTATO, *Sulla vexata quaestio del “dissenso postumo” (extraconferenziale): note minime su Consiglio di Giustizia amministrativa, 9.12.2008, n. 1005*, in *Giust. amm.*, 4, 224. Ad avviso dell’Autore la norma è posta a presidio dell’irripetibilità del momento decisivo conferenziale”

<sup>21</sup> Non può dunque riferirsi a questioni, anche se connesse, che non hanno formato oggetto della riunione (cfr. CdS, V, 23.5.2011, n. 3099).

<sup>22</sup> Il dissenso è costruttivo quando contiene l’indicazione delle modifiche progettuali necessarie per ottenere l’assenso (cfr. CdS, VI, 23.2.2011, n. 1132). F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1869, parla di dissenso “*propositivo*”, nella misura in cui deve indicare le condizioni per il suo superamento.



## 2005.

La disciplina vigente sino alla riforma introdotta con l. 11.2.2005, n. 15, invece, autorizzava la presentazione di una forma di dissenso postumo, anche se esclusivamente da parte delle amministrazioni i cui rappresentanti avessero partecipato alla riunione. Nel suo testo originario, infatti, il co. 7 dell'art. 14 *ter* l. n. 241/1990 consentiva alle amministrazioni, che non avessero espresso definitivamente la propria volontà in sede di conferenza, di notificare all'ente procedente il proprio motivato dissenso, entro trenta giorni dalla ricezione della determinazione conclusiva del procedimento, a pena di decadenza<sup>23</sup>. Nella logica funzionale della vecchia disciplina il dissenso postumo veniva equiparato ed affiancato all'impugnazione del provvedimento finale, entrambi strumenti ostativi all'imputazione della decisione conclusiva in capo all'ente rimasto silente<sup>24</sup>.

Tale scelta dimostrava come il legislatore avesse meditato sulla soluzione radicale di equiparare in via definitiva il silenzio al provvedimento favorevole, optando però infine per una insoddisfacente soluzione di compromesso, per il timore di pregiudicare la cura degli interessi pubblici affidati agli enti rimasti inerti<sup>25</sup>. La contemporanea presenza nella legge sul procedimento amministrativo dell'art. 14 *quater*, co. 1 - che, come detto, prescrive che il dissenso debba essere manifestato in sede di conferenza, a pena di inammissibilità - generava tuttavia una evidente e grave antinomia<sup>26</sup>, che non consentiva la ricostruzione di un quadro sistematico omogeneo. La dottrina più attenta aveva inoltre evidenziato come tale disciplina comportasse un ulteriore rischio; se infatti i motivati dissensi espressi in sede di conferenza vengono ad incidere su di una proposta di decisione, quelli postumi, invece,

<sup>23</sup> Norma abrogata ad opera dell'art. 10, co. 1 lett. g) l.n. 15/2005. La giurisprudenza precedente alla riforma, in aderenza al dettato normativo, riteneva legittima la presentazione di un dissenso postumo; su tutte, cfr. CdS, VI, 23.12.2005, n. 7387.

<sup>24</sup> D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 254.

<sup>25</sup> D. PONTE, *Sub art. 14*, cit., 539.

<sup>26</sup> Così si esprime F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1864.

sono rivolti ad una decisione già formata ed assunta. Di conseguenza, nella vigenza della vecchia normativa, qualora un dissenso postumo si fosse manifestato oggettivamente insuperabile, si sarebbe determinata una paralisi, essendo impedita all'autorità procedente l'adozione di un provvedimento difforme rispetto alla decisione assunta in sede di conferenza<sup>27</sup>. La mancata previsione, nel testo della legge, di un meccanismo idoneo a superare la suddetta possibile situazione di stasi, rendeva evidenti le lacune e le illogicità del sistema. Alle amministrazioni partecipanti ma rimaste silenti veniva difatti consentito di evitare l'imputazione della decisione assunta in conferenza, attraverso la notifica del dissenso successivo; tale condotta, certamente ambigua ma autorizzata dalla legge, finiva per attribuire loro un potere *de facto* manipolativo degli esiti della conferenza<sup>28</sup>. Tali incongruità sono state superate nel 2005, quando il legislatore, nell'ottica dei fondamentali principi di semplificazione ed accelerazione del procedimento, ha decisamente escluso, come si è visto, qualsiasi forma di dissenso postumo, al fine di "anticipare già al momento della conclusione dei lavori la palese espressione della volontà da parte delle amministrazioni partecipanti"<sup>29</sup>. Questa scelta, coerentemente con le finalità proprie dell'istituto della conferenza di servizi, è intesa ad evitare situazioni nelle quali l'orientamento emerso in sede di riunione, in base alle posizioni espresse dalle amministrazioni presenti, possa poi essere modificato per effetto di pareri negativi postumi, che, in ipotesi, potrebbero anche essere numericamente prevalenti rispetto a quelli positivi espressi in sede di conferenza<sup>30</sup>, con

<sup>27</sup> D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, cit., 254-256.

<sup>28</sup> La critica è di F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, cit. 392.

<sup>29</sup> CdS, VI, 9.11.2010, n. 7981.

<sup>30</sup> TAR Calabria, Rc, I, 27.1.2010, n. 45. Cfr. anche TAR Calabria, Cz, I, 30.3.2011, n. 456, che ha affermato che la riforma ha lo scopo di garantire che le amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi assumano le proprie determinazioni responsabilmente e con cognizione di causa. Della volontà di evitare "ribaltoni" postumi parla invece TAR Puglia, Le, III, 13.5.2008, n. 1371.

ciò svolendo completamente la portata semplificatrice dell'istituto. Consentire (tra le tante, CdS, VI, 18.4.2011, n. 2378; CdS, VI, 31.1.2011, n. 712; CdS, VI, 9.11.2010, n. 7981; CdS, VI, 11.11.2008, n. 5620) rove-

sciamenti di posizioni tra il momento della determinazione conclusiva e quello del provvedimento finale, infatti, renderebbe sostanzialmente inutile la stessa convocazione della conferenza.

«.....GA.....»

## ILLEGITTIMO IL DIVIETO DI STAZIONAMENTO DEI CIRCHI CON ORDINANZA SINDACALE. COMMENTO ALLA SENTENZA DEL TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. II, 4.7.2012, N. 470

dell'Avv. Valeria Coppola

*Illegittima l'ordinanza sindacale con la quale il Sindaco vieta l'attendamento in tutto il territorio comunale di circhi o di spettacoli viaggianti sia perché non vi è nessuna legge che vieta di impiegare gli animali, sia perché il provvedimento di cui si discorre non è stato preceduto da un'adeguata istruttoria e sia perché l'ordinanza ha stabilito un divieto assoluto senza un termine temporale finale*

Illegitimate union with the order which the Mayor prohibits the encampment in the entire municipality of circus and traveling show is because there is no law that prohibits impie-racing animals, and because the measure which speaks not was preceded by an adequate investigation and because the ordinance has established a ban without a time limit final

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il caso. 3. Sull'illegittimità dell'ordinanza sotto il profilo della mancanza dei presupposti di legge per l'adozione di ordinanza extra ordinem ai sensi dell'art. 50 TUEL. 4. Conclusioni.*

### **1.Premessa.**

Nel vigente ordinamento giuridico gli enti locali dispongono del potere di disciplinare e vigilare, attraverso i loro poteri di polizia veterinaria, sulle condizioni di igiene e sicurezza pubblica in cui si svolge l'attività circense e su eventuali maltrattamenti degli animali. Ciò trova fondamento nell'art. 1 della l. n. 337 del 1968, ai sensi del quale "lo Stato riconosce la funzione sociale dei circhi equestri e dello spettacolo viaggiante. Pertanto sostiene il consolidamento e lo sviluppo del settore". Non esiste, dunque, in contrasto a tale principio, una norma legislativa che attribuisca agli enti locali il potere di fissare in via preventiva e generalizzata il divieto assoluto di uso degli animali in spettacoli, in quanto un simile intervento si porrebbe in palese

contrasto con la l. n. 337 cit., che tutela il circo nella sua dimensione tradizionale, implicante anche l'uso degli animali.

### **2.Il caso.**

Con la sentenza n. 470 del 4.7.2012, il TAR Emilia Romagna, Bologna, si è pronunciato sul ricorso proposto da una società gestrice delle attività e delle manifestazioni di un circo avverso l'ordinanza sindacale ex art. 50 d. lgs. n. 267 del 2000, nella parte in cui ordinava il divieto di attendamento nel territorio comunale, ivi compresi i terreni privati, dei circhi con animali, la cui detenzione era stata giudicata palesemente incompatibile con le strutture circensi e di spettacolo viaggiante, nonché della deliberazione della Giunta Regionale nella parte in cui raccomandava che,



in futuro, nell'ambito dell'attività circense non dovevano essere più detenute le specie animali in via di estinzione o il cui modello gestionale non fosse compatibile con la detenzione in una struttura mobile, con particolare riferimento a: primati, delfini, lupi, orsi, grandi felini, foche, elefanti, rinoceronti, ipopopotami, giraffe e rapaci.

Nel merito il Collegio ha accolto il ricorso principale, risultando fondate le censure rilevanti la violazione degli artt. 1 e 9 della l. n. 337 cit., nonché dell'art. 50 TUEL.

Ad avviso del giudice amministrativo, infatti, la vigente normativa in materia di circhi equestri e spettacoli viaggianti<sup>1</sup> (la già citata l. 18.3.1968 n. 337), all'art. 1 riconosce espressamente la funzione sociale dei circhi equestri e ne sostiene il consolidamento e lo sviluppo, stabilendo, inoltre, al successivo art. 9, l'obbligo, per le amministrazioni comunali, di individuare adeguati spazi, nell'ambito dei loro territori, per l'installazione degli impianti per l'esibizione degli spettacoli circensi. Inoltre, il Collegio ha ritenuto che l'ordinanza *de qua* contrastasse palesemente con la specifica vigente disciplina nazionale in materia di spettacoli circensi, che in nessuna parte stabilisce alcun divieto di utilizzo, in detti spettacoli, di animali appartenenti a diverse specie.

Sul tema, il TAR avalla l'orientamento giurisprudenziale per il quale *“se è pacifico il potere dell'ente locale di disciplinare e vigilare nell'esercizio dei suoi poteri di polizia veterinaria sulle condizioni di igiene e sicurezza pubblica in cui si svolge l'attività circense e su eventuali maltrattamenti degli animali, sanzionati anche penalmente dall'art. 727 c.p., non esiste, in contrasto, una norma legislativa che attribuisca allo stesso il potere di fissare in via preventiva e generalizzata il divieto assoluto di uso degli animali in spettacoli, ed anzi un simile intervento si pone in palese contrasto con la l. n. 337 del 1968, che tutela il circo nella sua dimensione tradizio-*

<sup>1</sup> L'art. 2 l. n. 337 del 1968 considera *“spettacoli viaggianti”* le attività spettacolari, i trattenimenti e le attrazioni allestiti a mezzo di attrezzature mobili, all'aperto o al chiuso, ovvero i parchi permanenti, anche se in maniera stabile. Sono esclusi dalla disciplina di cui alla presente legge gli apparecchi automatici e semi - automatici da trattenimento.

*nale, implicante anche l'uso degli animali”*.

Già il TAR Toscana, Sez. I, 26.5.2008 n. 1531 e il TAR Abruzzo; Pe, Sez. I, 24/4/2009, n. 321 avevano affermato che i regolamenti comunali che ponevano forti limitazioni all'utilizzo degli animali negli ambiti di spettacoli pubblici di intrattenimento fossero illegittimi in quanto gli enti locali si erano con tali atti posti in contrasto con previsioni di norme legislative, violando il rapporto di necessario rispetto che deve sussistere fra norme di diverso rango. (In senso conforme v. TAR Toscana, Sez. I, 9.5.2000, n. 797; id. 26.11.2001, n. 1689)<sup>2</sup>.

Tornando al caso di specie, il Collegio ha altresì ritenuto illegittima la deliberazione della Giunta Regionale impugnata, con specifico riferimento al passaggio in cui la Giunta *“...raccomanda che nell'ambito dell'attività circense in futuro non vengono più detenute le specie in via di estinzione o il cui modello gestionale non è compatibile con la detenzione in una struttura mobile...”*, trattandosi di mera disposizione programmatica, soggetta ad eventuale futura applicazione, che, allo stato, non impone, né tanto meno autorizza o dà facoltà ai Comuni di vietare le manifesta-

<sup>2</sup> Tale orientamento appare meritevole di conferma, pur in un quadro ordinamentale in parte variato. In particolare l'art. 9 della legge cost. n. 3 del 2001 ha abrogato l'art. 128 cost., il quale stabiliva che l'autonomia di Province e Comuni si muoveva *“nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni”*; diversamente il nuovo testo dell'art. 117, co. 6 cost., come introdotto dall'art. 3 della l. cost. n. 3 cit., prevede che *“i Comuni, le Province e le Città Metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”*. Nonostante la nuova disciplina conferisce copertura costituzionale alla potestà regolamentare degli enti locali, non appare tuttavia idonea ad alterare il complessivo regime giuridico dei regolamenti degli enti locali, il che implica che gli stessi debbano introdurre innovative discipline giuridiche nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento. In particolare l'art. 7 TUEL afferma, a proposito dei regolamenti degli enti locali, che *“nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni”*.

zioni di spettacoli circensi che usano determinate specie animali sulla base di motivazioni incentrate esclusivamente su detto utilizzo.

### **3. Sull'illegittimità dell'ordinanza sotto il profilo della mancanza dei presupposti di legge per l'adozione di ordinanza *extra ordinem* ai sensi dell'art. 50 TUEL.**

Il giudice amministrativo ha, infine, ritenuto che il provvedimento impugnato è pure illegittimo in quanto, nella specie, mancano i presupposti di legge per l'adozione di una ordinanza *extra ordinem* ai sensi dell'art. 50 d. lgs. n. 267 del 2000.

Infatti, l'oggetto dell'ordinanza in questione impone un divieto assoluto e temporalmente indeterminato di attendamento nel territorio comunale per quegli spettacoli circensi che utilizzino determinate specie animali, senza peraltro indicare alcun motivo, in riferimento al quale la presenza e l'utilizzo di questi animali costituisca o possa costituire un pericolo, anche potenziale per la salute e la sicurezza pubblica dei cittadini.

Per granitica giurisprudenza amministrativa, l'ordinanza sindacale *ex art. 50 cit.* deve, infatti, contenere specifica motivazione circa

la sussistenza, in concreto, degli elementi giustificativi dell'esercizio del potere, con indicazione dell'istruttoria compiuta e dei presupposti di fatto considerati, posto che il relativo potere presuppone la necessità di provvedere, con immediatezza, riguardo a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, alle quali sia impossibile fare fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento (v. TAR Liguria, Sez. I, 22/9/2011 n. 1409).

### **4. Conclusioni.**

In conclusione, il TAR Emilia Romagna ha ritenuto illegittima l'ordinanza sindacale con la quale il Sindaco aveva vietato l'attendamento in tutto il territorio comunale di circhi o di spettacoli viaggianti, con animali appartenenti a categorie in via di estinzione o che difficilmente possono essere tenuti in una struttura mobile, sia perché non vi è nessuna legge che vieta di impiegare, in questi spettacoli, tali animali, sia perché il provvedimento di cui si discorre non è stato preceduto da un'adeguata istruttoria e, infine, perché l'ordinanza *de qua* ha stabilito un divieto assoluto, senza un termine temporale finale, violando così l'art. 50 TUEL.

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.10.2012, n. 5184  
**Consiglieri comunali - impugnazione atti dell'organo di cui fanno parte solo qualora vengono in rilievo determinazioni direttamente incidenti sul diritto all'ufficio - violazioni procedurali lesive in via diretta del munus di componente dell'organo.**

*Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha ribadito il più che consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la legittimazione dei consiglieri comunali ad impugnare gli atti degli organo di cui fanno parte è limitata ai casi in cui vengono in rilievo determinazioni direttamente incidenti sul diritto all'ufficio ovvero violazioni procedurali lesive in via diretta del munus di componente dell'organo (CdS., V, 15.12.2005 n. 7122; CdS., II, 9.4.2008 n. 2881).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.9.2012, n. 4968  
**Presupposto per l'adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente - sussistenza e l'attualità del pericolo - irrilevanza della circostanza alla luce della quale la situazione di pericolo fosse nota da tempo.**

*La giurisprudenza ha precisato più volte che presupposto per l'adozione dell'ordinanza contingibile è la sussistenza e l'attualità del pericolo, cioè del rischio concreto di un danno grave e imminente per l'incolumità pubblica e per l'igiene, a nulla rilevando neppure che la situazione di pericolo fosse, come nel caso di specie, nota da tempo (CdS, V, 28.3.2008, n. 1322). L'attualità della minaccia per incolumità pubblica e l'igiene, ad avviso del Collegio, esclude quindi rilevanza al fatto che la situazione di pericolo fosse nota da tempo.*

TAR Campania, Na, Sez. I, 6.2.2006, n. 1623  
**Nella formulazione dell'atto l'utilizzo da parte della PA. di una terminologia imprecisa o impropria non determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto.**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato rileva come costituisce approdo consolidato della giurisprudenza quello per cui "L'esatta qualificazione di un provvedimento va effettuata tenendo conto del suo effettivo contenuto e*

*della sua causa reale, anche a prescindere dal nomen iuris formalmente attribuito dall'amministrazione. L'apparenza derivante da una terminologia, eventualmente imprecisa o impropria, utilizzata nella formulazione testuale dell'atto stesso non è vincolante, né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato."*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17.9.2012, n. 4925  
**Individuazione dei casi in cui è superflua la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della l. n. 241/90**

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame dopo aver richiamato i diversi indirizzi giurisprudenziali intervenuti in materia di procedimenti vincolati ha ritenuto di aderire all'interpretazione giurisprudenziale a tenore della quale la comunicazione di avvio del procedimento dovrebbe diventare superflua quando: l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione; i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici)". (CdS, IV, 30.9.2002, n. 5003). Sotto altro profilo, aggiunge il Collegio, conforto a tale interpretazione si rinviene in relazione al sopravvenuto disposto del co. 2 dell'art. 21 octies l. 15/2005, specificamente riferita alla violazione procedimentale dell'art. 7, ed applicabile tanto alla ipotesi di atto vincolato che a quella di atto discrezionale: la novella legislativa ha previsto che la PA. può dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, così superando*

la censura di carattere formale (per una recente ricostruzione del sistema alla luce della “novella”, si veda CdS, VI, 7.1.2008, n. 19). Essa è applicabile in astratto *ratione temporis* anche alle controversie pendenti stante la natura processuale della norma. L'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990, il quale stabilisce che il provvedimento amministrativo non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, costituisce disposizione di carattere processuale, applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della l. n. 15 del 2005. L'orientamento in questione poggia sistematicamente sull'evidente ratio della disposizione da ultimo richiamata, volta a far prevalere gli aspetti sostanziali su quelli formali nelle ipotesi in cui le garanzie procedurali non produrrebbero comunque alcun vantaggio a causa della mancanza di un potere concreto di scelta da parte dell'amministrazione. (CdS, VI, 18.2.2011, n. 1040).

TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 25.10.2012, n. 4259

**L'assenza in conferenza di servizi di una amministrazione regolarmente invitata non le consente di esprimere il proprio assenso o dissenso.**

Nella controversia in esame il Collegio osserva che il co. 1 dell'art. 14 quater della l. n. 241 del 1990 prevede che “il dissenso di uno o più rappresentanti delle amministrazioni ivi comprese quelle preposte alla tutela ambientale ... a pena di inammissibilità, deve essere manifestato nella conferenza di servizi”. Tale disposizione reca il principio dell'acquisizione del “dissenso in conferenza”. Il Collegio, pur consapevole di un diverso orientamento in materia, ritiene di aderire a quella parte della giurisprudenza (cfr. TAR Toscana, 1.3.2005, n. 978) secondo cui “occorre convenire che è stato sancito l'obbligo della partecipazione alla conferenza delle amministrazioni convocate nonché l'impossibilità di esprimere al di fuori di tale

sede il proprio consenso o dissenso, di talchè l'unica maggioranza utile ai fini della validità delle decisioni che si vanno ad assumere è quella che risulta fisicamente presente alla adunanza”. Ratio dell'istituto è dunque anche quella di mediare e contemperare “de visu” le diverse posizioni e discrezionalità amministrative, così garantendo la contestuale valutazione di tutti gli interessi in gioco e del confronto reciproco. Obiettivi questi che sono utilmente perseguibili - si ribadisce - soltanto attraverso la necessaria presenza fisica di tutti i rappresentanti delle amministrazioni convocate. A siffatta conclusione si perviene altresì mediante la lettura di altre due disposizioni contenute nell'art. 14-ter: a) al co. 1 ove si afferma che “la conferenza di servizi ... può svolgersi per via telematica”. E ciò al fine di consentire a tutte le amministrazioni di partecipare in ogni caso, dunque anche ove risulti impossibile la presenza fisica dei relativi rappresentanti; b) al co. 2 ove si afferma che “i responsabili degli sportelli unici per le attività produttive e per l'edilizia, ove costituiti, o i Comuni, o altre autorità competenti concordano con i Sopsintendenti territorialmente competenti il calendario, almeno trimestrale, delle riunioni delle conferenze di servizi che coinvolgano atti di assenso o consultivi comunque denominati di competenza del Ministero per i beni e le attività culturali”.

Ciò proprio al fine di garantire la presenza fisica di una amministrazione, quella dei beni culturali, che viene spesso coinvolta in siffatte conferenze e per cui il legislatore ha ritenuto di predisporre uno specifico calendario di attività. Da quanto detto deriva che la posizione dell'autorità di bacino doveva essere “riscontrata” in conferenza, e non fuori di essa mediante fax.

Di qui la legittimità dell'operato della amministrazione comunale intimata, la quale ha correttamente ritenuto in prima istanza inammissibile il diniego opposto dall'autorità di bacino in quanto espresso in modo irrituale, ossia al di fuori dei lavori della conferenza, sede naturale come già detto di mediazione e confronto.

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### **DOMANDA**

*Accordi di programma di natura transattiva per la messa in sicurezza e bonifica di siti inquinati. Non transigibilità della responsabilità da illeciti ambientali (Parere prot. 120932, Avv. Chiarina Aiello).*

### **RISPOSTA**

*Con la nota cui si risponde codesto Ufficio Commissariale espone che alcune aree prospicienti il fiume Sacco nel comune di Colferro presentano da decenni una situazione di grave inquinamento del suolo/sottosuolo e della falda acquifera. Espone altresì che è stata da alcuni anni dichiarata l'emergenza ambientale (d.P.C.M. 19.5.2005 e successive proroghe) e si è intrapreso il procedimento volto ad individuare gli interventi necessari a mettere in sicurezza e a bonificare il sito interessato dal problema. In particolare, il Dipartimento di Idraulica, Trasporti e Strade della facoltà di Ingegneria dell'Università "La Sapienza" ha redatto un progetto definitivo per la bonifica del suolo/sottosuolo dell'area denominata "Arpa 2".*

*Tale progetto segue quello elaborato nel 2008 dal medesimo Dipartimento relativamente all'area denominata "Arpa 1", in merito al quale, e all'accordo conseguente con la soc. (...), questa Avvocatura si è espressa con il parere del 4 2008 n. 86704. Anche l'area in questione, come quella oggetto della precedente consultazione, è stata acquistata nel dicembre 1995 dalla soc. (...), che la utilizza a servizio di un opificio industriale, di cui non viene precisata la natura. Si è quindi*

*applicato alla società il disposto degli artt. 242 ss. d. lgs.152/2006, i quali prevedono che il soggetto responsabile dell'inquinamento è obbligato a realizzare a proprio carico gli interventi di risanamento; che il soggetto non responsabile ma comunque interessato al risanamento può attivarsi per realizzare tali interventi; che in mancanza di interventi privati, spetta all'amministrazione mettere in sicurezza e bonificare i siti inquinati recuperando i costi a carico del responsabile dell'inquinamento o, in via sussidiaria, cioè nella dimostrata impossibilità per l'amministrazione di individuare o di escutere il responsabile, a carico del proprietario non responsabile, che sarà tenuto entro i limiti di importo indicati dall'art. 253 co. 4. La società (...) ha sempre contestato di essere responsabile dell'inquinamento delle aree in esame. Per quanto attiene alla sua possibile obbligazione sussidiaria quale proprietaria del sito, ha altresì contestato che l'amministrazione abbia dimostrato adeguatamente l'impossibilità di individuare il responsabile dell'inquinamento. A questo riguardo ha proposto due ricorsi al Tar del Lazio, attualmente pendenti. La società ha peraltro provveduto a proprie spese alle opere di caratterizzazione e messa in sicurezza di emergenza dei siti di sua proprietà interessati alla bonifica (oltre al sito Arpa 1, e al sito Arpa 2, sito ex Cava di Pozzolana). Ciò premesso, codesto Ufficio commissariale riferisce di avere concluso con la società (...) una ipotesi di accordo, in base al quale si stabiliscono le attività e il contributo economico cui*

saranno tenute l'amministrazione e la (...) per realizzare la bonifica e la messa in sicurezza permanente del suolo/sottosuolo del sito Arpa 2, nonché lo smaltimento dei materiali provenienti dalla bonifica della contigua area denominata "Chetoni - fenilglicina", di proprietà della (...) in amministrazione straordinaria, e la realizzazione e gestione delle opere occorrenti per la bonifica dell'acquifero del sito denominato "Benzoino e derivati".

Si rende quindi il parere sulla bozza dell'accordo di programma.

1. Correttamente l'accordo da stipulare non viene ricondotto (nonostante la dicitura usata nella nota che si riscontra) all'accordo di programma di cui all'art. 246 d. lgs 152/2006. Invero il co. 1 di tale articolo prevede che "I soggetti obbligati agli interventi di cui al presente titolo ed i soggetti altrimenti interessati hanno diritto di definire modalità e tempi di esecuzione degli interventi mediante appositi accordi di programma stipulati, entro sei mesi dall'approvazione del documento di analisi di rischio di cui all'articolo 242, con le amministrazioni competenti ai sensi delle disposizioni di cui al presente titolo". Nella specie invece l'intervento previsto è eseguito d'ufficio da codesto Commissario e la convenzione prevede l'assunzione di varie obbligazioni a carico della (...) in particolare di corresponsione del previsto contributo nella misura determinata nella stessa convenzione e rapportata ai limiti della relativa obbligazione esistente a carico della parte siccome proprietaria in tesi incolpevole dell'inquinamento.

2. Quanto al presupposto degli obblighi assunti dalla (...), si rileva che le parti non sembrano manifestare un comune accordo sulla circostanza se la (...) sia effettivamente estranea a qualsiasi responsabilità nei fatti che hanno condotto all'inquinamento del sito. Tali fatti, secondo la società, risalirebbero agli anni 30 o, al più tardi, agli anni 70, mentre la (...) ha iniziato ad utilizzare il sito alla fine del 1995, e per attività diverse da quelle svolte dai precedenti utilizzatori, sicché non sussisterebbe alcun nesso causale tra la sua attività e l'inquinamento (pag. 4 della bozza trasmessa).

3. La Scrivente osserva che da quanto esposto nelle premesse della bozza di accordo (u-

nico documento trasmesso) non emergono circostanze di fatto che consentano di confermare o smentire questo presupposto. Emerge tuttavia che codesto Ufficio commissariale non ha mai revocato le note citate nelle pagg. 6 e 7 della bozza, nelle quali ha ipotizzato che la (...) possa essere considerata responsabile ai sensi degli artt. 242 ss. d. lgs. 152/2006.

4. Il presente parere non può quindi in nessun caso essere inteso come una attestazione dal punto di vista giuridico della fondatezza dell'affermazione della società di essere estranea a responsabilità per l'inquinamento del sito. Esso viene reso assumendo tale presupposto come mera ipotesi di partenza, ma rimane salva ogni diversa conclusione qualora emergessero in seguito circostanze che possano dimostrare una responsabilità totale o parziale della società nell'inquinamento.

5. Questa precisazione è necessaria per chiarire che con la stipula dell'accordo l'amministrazione non può né intende rinunciare (trattandosi di materia evidentemente indisponibile) ad esercitare anche nei confronti della (...) i propri poteri di ricerca dei responsabili dell'inquinamento o, comunque, di applicazione delle norme sanzionatorie e di responsabilità che divengono operanti qualora tali responsabili vengano in qualsiasi sede individuati.

6. Considerata l'ambiguità del presupposto ora analizzato, è evidente che l'assetto di interessi formalizzato nell'atto diverrebbe più chiaro se si inserissero espressamente delle clausole (come in seguito illustrate) che rendessero esplicita la provvisorietà dell'ipotesi posta a base dell'accordo.

7. Passando ad esaminare la struttura generale dell'accordo, questo in sostanza regola le attività che l'Ufficio commissariale e la (...) svolgeranno nella realizzazione del progetto di bonifica. L'art. 1 par. 3 individua le aree oggetto di intervento e definisce la tipologia generale degli interventi stessi.

8. Nel par. 1 dell'art. 1 si dichiara che la (...) nega la propria responsabilità nella contaminazione del sito, e che questa dichiarazione "non impegna l'Ufficio commissariale". Per chiarezza, appare opportuno aggiungere "né alcuna altra amministrazione competente in materia di tutela dell'ambiente". La circo-



stanza che l'accordo viene stipulato all'esito di ripetute conferenze di servizi convocate dall'Ufficio commissariale potrebbe infatti essere considerata come evidenziante, altresì, una funzione di rappresentanza di tutte le amministrazioni intervenute alle conferenze, svolta dall'Ufficio nello stipulare l'accordo.

9. Nel par. 2 dell'art. 1 si affronta la questione del rapporto tra l'accordo in esame e la figura della "transazione globale" introdotta dall'art. 2 d.l. 30.12.2008 n. 208, conv. in l. 27.2.2009 n. 13 (a questo proposito va corretta l'indicazione della norma contenuta nella bozza, in cui si menziona un inesistente "art. 2 l. 27.2.2009 n. 13"). In questa clausola si precisa che "il presente accordo, che si esclude possa trattarsi di transazione globale ex art. 2 l. 27.2.2009 n. 13, rappresenta il riferimento programmatico, procedimentale e finanziario diretto alla realizzazione degli interventi che ne costituiscono l'oggetto. Esso definisce, solo per la predetta realizzazione, le modalità operative, procedurali e di coordinamento, gli impegni delle parti sottoscrittenti, nonché i criteri di riparto degli oneri finanziari di rispettiva competenza".

10. In proposito si osserva che l'introduzione dell'art. 2 d.l. 208/08 ha definitivamente confermato a livello sistematico la non disponibilità in linea di principio della materia attinente alle responsabilità civili e amministrative conseguenti agli illeciti ambientali. Sol tanto attraverso lo specifico e assai complesso procedimento disciplinato dalla norma (proposta del Ministro dell'ambiente, parere dell'Avvocatura generale dello Stato, conferenza di servizi, autorizzazione alla stipula da parte del Consiglio dei ministri) è infatti possibile definire transattivamente, e con effetto nei confronti di tutte le amministrazioni pubbliche interessate, le conseguenze sia civili che amministrative di tali illeciti. Al di fuori di questa ipotesi, non si possono considerare ammissibili transazioni sulla responsabilità da illecito ambientale.

11. Per questo è opportuna la precisazione contenuta nella clausola in esame secondo cui l'accordo non solo non costituisce transazione globale ai sensi dell'art. 2 d.l. 208/08, ma si limita a porre la disciplina convenzionale delle attività di bonifica dei siti in esso menzionati, senza voler produrre alcun effet-

to ulteriore rispetto all'esecuzione di tali attività. Tuttavia, per meglio chiarire questo aspetto, essenziale ai fini della validità dell'accordo sotto il profilo causale, appare opportuno sostituire la prima frase della clausola con la seguente: "Il presente accordo, che le parti concordemente escludono che possa costituire transazione, anche ai sensi dell'art. 2 d.l. 30.12.2008 n. 208 convertito con modifiche nella l. 27.2.2009 n. 13, rappresenta il riferimento programmatico ...".

12. L'art. 2 coo. 1 e 2 definisce le attività che l'Ufficio commissariale si obbliga a porre in essere. Allo scopo di rendere esplicita la ipoteticità del presupposto assunto dalle parti a base dell'accordo (assenza di responsabilità in capo alla (...)), come preannunciato nel precedente punto 7 è necessario integrare la frase di apertura della clausola. In luogo della formula "In ragione della indisponibilità formalmente manifestata dalla (...)", l'Ufficio commissariale assume l'esecuzione dell'insieme degli interventi destinati alla progettazione e realizzazione della messa in sicurezza permanente del sito Arpa 2..." occorre inserire la seguente: "In ragione della indisponibilità formalmente manifestata dalla Se.Co.Sv.Im., l'Ufficio commissariale, senza che ciò comporti rinuncia ad eventuali future iniziative ai sensi di legge in caso di accertata responsabilità, anche parziale, della (...) nella contaminazione delle aree oggetto del presente accordo, assume l'esecuzione dell'insieme degli interventi destinati alla progettazione e realizzazione della messa in sicurezza permanente del sito Arpa 2 ...".

13. Diversamente, il diretto collegamento tra l'indisponibilità della (...) e l'assunzione degli obblighi da parte dell'Ufficio, potrebbe essere inteso come accettazione definitiva da parte di questo del punto di vista della società circa la propria assenza di responsabilità nella contaminazione del sito.

14. L'art. 3 prevede il diritto dell'Ufficio commissariale di utilizzare la vasca di confinamento che sorgerà nel sito Arpa 2, che è di proprietà della (...), per conferirvi anche il materiale proveniente dalla bonifica dell'area Chetoni di proprietà della (...) in amministrazione straordinaria. Bonifica che l'Ufficio eseguirà procedendo in danno della inadempiente (...). A questo riguardo sul pia-

no formale occorre integrare la denominazione del sito, individuandolo, come fatto in tutte le altre parti della bozza, come “sito Chetoni-fenilglicina”.

15. Nel merito, si osserva che la capacità complessiva della vasca di confinamento è stimata in mc. 150.000. Questo limite può determinare un conflitto di interessi tra codesto Ufficio commissariale e la (...) in ordine alla provenienza del materiale da conferire. Mentre infatti è evidente interesse della (...) che la vasca sia utilizzata al massimo per conferirvi il materiale proveniente dai siti di sua proprietà, è interesse di codesto Ufficio poter disporre della vasca per conferire anche il materiale di provenienza (...). Dal punto 7 del verbale n. 11 della Conferenza di servizi del 5.8.2010 si apprende infatti che la possibilità di utilizzare una struttura di stoccaggio interna alla proprietà (...) per lo smaltimento dei materiali di bonifica provenienti sia da tale proprietà che dalla proprietà (...) è essenziale all'economia dell'intervento. Poiché al conferimento di tutto il materiale (sia (...). che (...)) dovrà provvedere codesto Ufficio commissariale tramite l'impresa affidataria dell'intervento, sembra opportuno inserire nella clausola la seguente precisazione: “La (...) dichiara preventivamente che non avrà nulla a pretendere dall'Ufficio commissariale e suoi aventi causa per effetto della quantità di materiale proveniente dal sito Chetoni-fenilglicina che verrà conferita nella vasca di confinamento, nè in relazione all'eventuale esaurimento per tale motivo della capacità della vasca stessa”.

16. Gli artt. 4 e 5 disciplinano il contributo economico cui si obbliga (...). In questo quadro negoziale, il punto essenziale sta nell'implicito esonero della (...) dal privilegio e dall'azione di rivalsa dell'amministrazione previsti dall'art. 253 coo. 3 e 4 (secondo i quali “Il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati, nei confronti del proprietario del sito incolpevole dell'inquinamento o del pericolo di inquinamento, solo a seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la lo-

ro infruttuosità”; “il proprietario non responsabile dell'inquinamento può essere tenuto a rimborsare, sulla base di provvedimento motivato e con l'osservanza delle disposizioni di cui alla l. 7.8.1990, n. 241, le spese degli interventi adottati dall'autorità competente soltanto nei limiti del valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi”).

17. E' evidente che la legittimità di questa disciplina negoziale presuppone che il valore complessivo degli oneri economici posti a carico di (...) corrisponda, per lo meno in modo approssimativo, al parametro legale di responsabilità del proprietario “incolpevole” stabilito dall'art. 253 co. 4, cioè al “valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi” (ricordando che per “sito” ai sensi dell'art. 240 co. 1 lett.a) deve intendersi “l'area o porzione di territorio, geograficamente definita e determinata, intesa nelle diverse matrici ambientali (suolo, sottosuolo ed acque sotterranee) e comprensiva delle eventuali strutture edilizie e impiantistiche presenti”). Dagli atti trasmessi non risulta se sia stata effettuata questa valutazione di congruità, che appare tuttavia essenziale e dovrebbe essere, se effettuata, richiamata nelle premesse dell'atto.

18. Nell'art. 5 par. 3 la clausola inerente alla polizza fideiussoria promessa dalla Se.Co.Sv.Im. deve essere integrata nei termini seguenti: “La Se.Co.Sv.Im. S.r.l. si impegna a costituire tramite primario istituto bancario o assicurativo specifica polizza fideiussoria a prima richiesta e senza eccezioni opponibili dal garante a garanzia ...”.

19. Con l'art. 5 par. 5, la (...) si impegna a sostenere i costi di gestione post operativa e di manutenzione dell'area di confinamento dei materiali, nonché i costi di manutenzione e gestione delle opere di bonifica dell'acquifero del sito Benzoino e derivati. In proposito si deve osservare che tali costi, riguardando presidi antinquinamento realizzati all'interno del sito di proprietà della società, comunque sarebbero ricaduti su di essa. Il solo effetto pratico della clausola sembra quindi quello di limitare all'importo “stimato” di € 5.500.000,00 il costo che la società sarà tenuta a sopportare per un esercizio di cui non è nota la durata (che nel caso del sito



“Arpa 1” era invece indicata come trentennale). Rimane non chiarito che cosa accadrebbe qualora gli oneri in questione superassero tale “stima”. Sembra peraltro che, salva l'eccessiva onerosità sopravvenuta, la società rimarrà tenuta a sopportare tali oneri.

20. Inoltre, anche riguardo a tale obbligazione, il cui corretto adempimento appare essenziale nell'economia dell'accordo, poiché l'effetto pratico dell'intervento di bonifica potrebbe essere compromesso da una non corretta gestione e manutenzione della discarica e della barriera idraulica, appare necessario estendere le sanzioni pecuniarie e risolutorie previste, invece, dall'art.6 per il solo caso di inadempimento alle obbligazioni di cui all'art. 5 par. 2.

21. La clausola contenuta nell'art. 5 par. 7, secondo cui “Resta inteso che nessun ulteriore importo potrà essere richiesto alla società (...) dall'Ufficio commissariale per l'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza permanente di Arpa 2 e per gli interventi di cui all'art. 4 co. 3 ...”. è eccessivamente perentoria, e potrebbe contrastare con quanto già precisato nei precedenti punti 7 e 13, ingenerando il convincimento che l'esecuzione dell'accordo produca un effetto

integralmente liberatorio a favore della società. Anche questa clausola andrà quindi integrata nel seguente modo: “resta inteso che sulla base del presente accordo, e senza pregiudizio dell'esercizio dei poteri di legge in caso di accertata responsabilità, anche parziale, della (...) nella contaminazione delle aree oggetto del presente accordo, nessun ulteriore importo potrà essere richiesto alla società (...) dall'Ufficio commissariale per l'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza permanente di Arpa 2 e per gli interventi di cui all'art. 4 co. 3 ...”.

22. Opportuna è la clausola contenuta nell'art. 5 par. 8, che recepisce il suggerimento dato dalla Scrivente nel precedente parere in merito all'accordo per il sito Arpa 1, circa la previsione di una procedura di revisione dell'accordo in caso di sopravvenienze di importanza tecnica o economica sostanziale.

Conclusivamente, alle condizioni indicate nei punti che precedono, la Scrivente esprime parere positivo sulla bozza di accordo trasmessa da codesto Ufficio commissariale, per la sottoscrizione da parte del commissario delegato (o del soggetto attuatore appositamente autorizzato). In tali sensi si è espresso il Comitato Consultivo in data 22.3.2011.

«.....GA.....»

# USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **CLASSAMENTO DEGLI IMMOBILI DI INTERESSE CULTURALE**

*E' stata pubblicata la circ. n. 5/2012 della Direzione centrale Catasto e cartografia, con cui l'Agenzia del Territorio chiarisce che il riconoscimento dell'interesse culturale di un immobile e il conseguente regime vincolistico non influisce sul classamento del bene. La categoria catastale va infatti attribuita tenendo conto della destinazione di ciascuna unità immobiliare, sulla base delle sue caratteristiche specifiche e del contesto territoriale e urbanistico in cui è inserita. Tuttavia, considerate le implicazioni tributarie che comporta il riconoscimento del carattere di "bene culturale", i proprietari possono chiedere che il vincolo risulti anche in catasto, oltre che nei registri immobiliari, presentando un'apposita domanda di annotazione (**Agenzia del Territorio, circolare n. 5 del 9.10.2012**).*

«..... GA.....»

### **PERMESSO DI COSTRUIRE: OGNI PRESCRIZIONE E/O LIMITAZIONE ALL'EDIFICAZIONE DEVE RISULTARE SIA DAL DOCUMENTO RAPPRESENTANTE IL TITOLO EDILIZIO CONSERVATO PRESSO GLI UFFICI COMUNALI, SIA DAL DOCUMENTO RAPPRESENTATIVO DEL TITOLO EDILIZIO RILASCIATO AL PRIVATO BENEFICIARIO**

*Nella vicenda in esame il Consiglio di Stato rileva che la apposizione di una "correzione in rosso" relativa ad una prescrizione di mantenere il fabbricato ad una distanza di 20 metri dalla strada comunale, risulta presente solo sulla copia del progetto esistente agli at-*

*ti del Comune, mentre, per quel che interessa nella presente sede, non risulta sulla copia in possesso dell'attuale appellante. Orbene il Collegio rileva che il diniego di accertamento di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001 è illegittimo, nella misura in cui detto diniego si fonda su una non conformità di quanto realizzato alla normativa relativa alla "distanza dalla strada". Ed infatti, occorre osservare che l'attività edilizia che il privato può legittimamente porre in essere deve essere necessariamente conforme al titolo abilitativo (nel caso di specie, permesso di costruire), di modo che eventuali limitazioni e/o prescrizioni devono risultare dal titolo emanato dal Comune. E ciò a maggior ragione in un caso come quello di specie, dove la distanza dalla strada non costituisce solo una mera "prescrizione" afferente al rispetto, per ragioni di sicurezza, di una distanza minima dalla strada comunale, ma condiziona decisamente l'ubicazione della costruzione nel suo complesso e la individuazione in concreto dell'area di sedime del fabbricato. E' appena il caso di aggiungere che ogni prescrizione e/o limitazione all'edificazione deve risultare sia dal documento rappresentante il titolo edilizio conservato presso gli uffici comunali, sia dal documento rappresentativo del titolo edilizio rilasciato al privato beneficiario, con la conseguenza che non possono essere opposte a quest'ultimo eventuali prescrizioni che non risultano dal titolo edilizio allo stesso in concreto rilasciato. A fronte di ciò, il Comune in sede di esame dell'istanza di accertamento di conformità, non avrebbe potuto non considerare tale discrasia esistente tra le varie copie dell'elaborato progettuale (ed in particolare l'assenza di ogni prescrizione nel titolo rilasciato all'interessato). Il medesimo Comune, laddove avesse ritenuto la sussistenza*

di un limite di distanza non considerato dal rilasciato titolo autorizzatorio edilizio avrebbe dovuto, ricorrendone i presupposti di attualità dell'interesse pubblico, procedere ad annullamento di ufficio del titolo medesimo e quindi (solo a questo punto) rilevare – impregiudicata ogni ulteriore valutazione di tale “modus operandi” – la non conformità del concretamente costruito a norme di legge e regolamento e la (eventuale) non emanabilità di un permesso di costruire a sanatoria (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 29.10.2012, n. 5509**).

«..... GA.....»

### **LA MOTIVAZIONE DELLA VARIANTE URBANISTICA**

La variante di uno strumento urbanistico primario che imprime una nuova destinazione ad aree che sono state già urbanisticamente classificate per effetto della strumentazione urbanistica previgente necessita di apposita motivazione soltanto se le classificazioni preesistenti siano assistite da specifiche aspettative in capo ai rispettivi titolari che risultano fondate su atti di contenuto concreto, nel senso che deve trattarsi di scelte che incidano su particolari situazioni di affidamento, come quelle derivanti da un piano di lottizzazione approvato, da un giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia o dalla reiterazione di un vincolo scaduto (cfr. sul punto, ex plurimis, CdS, IV, 4.5.2010 n. 2545) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 26.10.2012, n. 5492**).

«..... GA.....»

### **ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DEL PERMESSO DI COSTRUIRE: INDIVIDUAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO E ACCERTAMENTO DEL PREGIUDIZIO DEL PRIVATO**

Nella controversia in esame l'appellante censura il provvedimento di annullamento in autotutela adottato dall'amministrazione per mancanza dei presupposti, in quanto a suo dire non sussisterebbe l'interesse pubblico alla rimozione della concessione edilizia già

rilasciata e perché, comunque, tale interesse sarebbe recessivo rispetto al grave pregiudizio arrecato ad esso ricorrente. Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondata la suddetta censura rilevando che è preciso dovere dell'amministrazione comunale, cui è affidata la gestione del territorio, evitare la compromissione dell'ordinato sviluppo urbanistico che va attuato attraverso gli strumenti pianificatori generale e di dettaglio. Sussiste, quindi, l'interesse pubblico dell'amministrazione alla rimozione in autotutela di provvedimenti assunti in violazione della disciplina urbanistica – edilizia. Quanto al pregiudizio arrecato al ricorrente, esso non è ravvisabile, atteso che l'atto di annullamento in autotutela è intervenuto nell'arco di un anno circa dal rilascio della concessione edilizia e che a tale data non era stata realizzata alcuna opera di costruzione, ma solo modesti movimenti di terra, fatti tempestivamente oggetto di sospensione con l'ordinanza di sospensione lavori. Le circostanze rappresentate escludevano di per sé la necessità di effettuare il raffronto tra l'interesse pubblico ad un ordinato assetto urbanistico e l'interesse privato pregiudicato dall'annullamento, in disparte il fatto che il ricorrente era ben consapevole del regime urbanistico edilizio dell'area, risultando dal certificato di destinazione urbanistica allegato all'atto di compravendita (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5411**).

«..... GA.....»

### **NELL'INTERPRETAZIONE DEGLI STRUMENTI URBANISTICI, LE RISULTANZE GRAFICHE POSSONO SOLO CHIARIRE E COMPLETARE QUANTO È NORMATIVAMENTE STABILITO NEL TESTO MA NON POSSONO SOVRAPPORVISI O NEGARLO**

E' principio generale quello secondo il quale, se vi è contrasto tra le indicazioni grafiche del piano regolatore generale e le prescrizioni normative, sono queste ultime a prevalere, in quanto in sede di interpretazione degli strumenti urbanistici, le risultanze grafiche possono solo chiarire e completare quanto è normativamente stabilito nel testo, ma non

possono sovrapporsi o negare quanto risulta da questo (CdS, V, 22.8.2003, n. 4734; IV, 12.6.2007, n. 3081) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5411**).

«..... GA.....»

**C'E' SOLO PRATO, MA PER IL GIUDICE QUEL TERRENO E' UN BOSCO: NELLA LEGISLAZIONE PAESAGGISTICA ANCHE LE AREE LIMITROFE AL BOSCO RIENTRANO NELLA NOZIONE DI "TERRITORIO COPERTO DA BOSCO"**

La nozione di territorio coperto da bosco nella legislazione paesaggistica ed in particolare nella l. n. 431 del 1985 ora inserita nel testo del d. lgs. n. 490 del 1999, deve essere ricavata non solo in senso naturalistico ma anche normativo, riferendosi a provvedimenti legislativi, nazionali e regionali, ed ad atti amministrativi generali o particolari, sicché non è possibile adottare, alla luce della "ratio" della l. n. 431 del 1985, una concezione quantitativa e restrittiva di bosco, dovendosi includere anche le aree limitrofe che servono per la salvaguardia e l'ampliamento, attesa la significativa differenza tra bosco e territorio coperto da bosco, che implica un elemento tipizzante quella zona (Cassazione Pen., III, 9.6.1994, n. 7556). Peraltro, l'adozione da parte del legislatore della formula "territori coperti da foreste e boschi", in luogo di quella prevista dal d.m. 1° settembre 1984, che sottoponeva a generalizzato vincolo paesaggistico "i boschi e le foreste", implica il riferimento ad una nozione normativa di bosco che non è circoscritta ai soli terreni boscati, ma ad un elemento tipizzante il territorio che non può essere ricoperto da alberi e può servire per salvaguardare il bosco. In altri termini, il concetto di bosco è da intendersi a livello eco - sistemico, non solo quale formazione vegetale ma quale insieme di elementi biotici, abiotici e paesaggistici che ne connotano il proprio essere peculiare. Ne consegue che per il Consiglio di Stato la presenza di essenze arboree e floreali formatesi spontaneamente dimostra la naturale vocazione del terreno a bosco, peraltro normale nei terreni limitrofi ai boschi, allorché venga

dissodato il terreno e tolto il manto erboso, come è avvenuto nel caso in esame, in cui è stato effettuato lo scavo propedeutico alla edificazione del fabbricato rurale (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5410**).

«..... GA.....»

**PERMESSO DI COSTRUIRE: IL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DEVE VALUTARE LA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI PREVISTI DALLA LEGGE E DALLE NTA E NON PUÒ VALUTARE ARBITRARIAMENTE LA COMPATIBILITÀ DI UN SINGOLO INTERVENTO DI NUOVA COSTRUZIONE CON IL CONTESTO AGRICOLO**

Posto che il permesso di costruire attiene ad un'attività di carattere vincolato al rispetto della disciplina urbanistica (cfr. CdS, V, 4.5.2004 n. 2694; CdS, IV, 3.2.2006, n. 401), non può, infatti, consentirsi una arbitraria valutazione della compatibilità di un singolo intervento di nuova costruzione con il contesto agricolo. Il responsabile del servizio deve valutare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge e dalle NTA per far luogo al titolo edilizio (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 9.10.2012, n. 5255**).

«..... GA.....»

**IL DINIEGO DI CONDONO DI UN EDIFICIO ABUSIVAMENTE REALIZZATO IN VIOLAZIONE DEL VINCOLO DI RISPETTO STRADALE NON RICHIEDE UN PREVIO ACCERTAMENTO SULLA EFFETTIVA PERICOLOSITÀ DELLO STESSO PER IL TRAFFICO STRADALE**

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato richiama i propri precedenti giurisprudenziali a tenore dei quali : "il vincolo di rispetto stradale ha carattere assoluto, in quanto perseguita una serie concorrente di interessi pubblici fondamentali ed inderogabili, -dal che si è tratta la conseguenza che il diniego di condono di un edificio abusivamente rea-



lizzato in violazione di detto vincolo non richiede un previo accertamento sulla effettiva pericolosità dello stesso per il traffico stradale” CdS, IV, 6.5.2010, n. 2644 (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 5.10.2012, n. 5204**).

«..... GA.....»

### **L'OCCUPAZIONE SINE TITULO DELLA PA. DA LUOGO AD UNA FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ CHE FA INSORGERE IN CAPO ALL'AMMINISTRAZIONE UN'OBLIGAZIONE RISARCITORIA**

*L'illegittimità dell'avvenuta occupazione sine titolo e la natura di illecito permanente della disponibilità del bene da parte della PA. senza che ciò sia sostenuto da un idoneo titolo integra gli estremi della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa intesa come consapevolezza da parte di un organo competente di violazione della norma comportamentale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 cost., dandosi così luogo ad una fattispecie di responsabilità che fa insorgere in capo all'amministrazione un'obbligazione risarcitoria. In particolare, la gestione da parte del Consorzio dei suoli in questione in relazione alla alterata fisionomia e funzione dei terreni e alla non giustificata fruizione degli stessi costituisce condotta in cui sono ravvisabili i caratteri dell'illecito secondo il modello della responsabilità aquiliana in termini di colpa oltretutto di evento dannoso e di nesso di causalità (CdS, IV 10.12.2009 n.7744) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3.10.2012, n. 5189**).*

«..... GA.....»

### **LE DETERMINAZIONI AMMINISTRATIVE CHE DEFINISCONO GLI ABUSI EDILIZI COSTITUISCONO ATTI AVENTI NATURA VINCOLATA SENZA CHE IN CAPO ALL'AMMINISTRAZIONE RICADA UNO SPECIFICO ONERE DI MOTIVAZIONE**

*Le determinazioni amministrative che definiscono gli abusi edilizi costituiscono, per costante giurisprudenza, atti aventi natura vin-*

*colata, che pongono in essere un modus agendi tracciato in modo analitico dal legislatore, senza che in capo all'Amministrazione ricada uno specifico onere di motivazione sia sull'an sia sull'interesse pubblico sotteso all'adozione delle misure che si vanno ad assumere (CdS, IV 31.8.2010 n.3955; idem 1.10.2007 n.5049; 10.12.2007 n.6344; CdS, V 5.9.2009 n. 5229) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 2.10.2012, n. 5183**).*

«..... GA.....»

### **L'INTERVENUTA REALIZZAZIONE DELL'OPERA PUBBLICA NON FA VENIR MENO L'OBLIGO DI RESTITUIRE AL PRIVATO IL BENE ILLEGITTIMAMENTE APPRESO**

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame richiamando i propri precedenti giurisprudenziali (CdS, IV 30.1.2006 n.290; idem 7.4.2010 n. 1983) ha precisato che l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo di restituire al privato il bene illegittimamente appreso e ciò superando l'interpretazione che riconnetteva alla costruzione dell'opera pubblica e all'irreversibile trasformazione dello stato dei luoghi effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato. La Corte costituzionale con la sentenza 4.10.2010 n.293 recante declaratoria della illegittimità costituzionale dell'art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni ha ritenuto che la realizzazione dell'opera pubblica non costituisca impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata e ciò indipendentemente dalle modalità - occupazione acquisitiva o usurpativa - di acquisizione del terreno (in tal senso anche CdS, V, 2.11.2011, n. 5844). La presenza di un'opera pubblica sull'area illegittimamente occupata costituisce in sé un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo di acquisto, come tale inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà per cui solo il formale atto di acquisizione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi della proprietà in altri comportamenti, fatto o contegni (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3.10.2012, n. 5189**).*

«..... GA.....»

**IN CASO DI CONDONO EDILIZIO IL CONTRIBUTO DI CONCESSIONE DOVUTO È SOGGETTO A PRESCRIZIONE DECENNALE**

Costituisce approdo consolidato in giurisprudenza quello per cui “il termine decennale di prescrizione dell'obbligazione sul pagamento degli oneri concessori decorre, nell'ipotesi di mancata esplicita definizione della domanda di condono, dalla formazione del silenzio assenso e questo, ai sensi dell'art. 35, l. 28.2.1985 n. 47, si forma dopo il termine di ventiquattro mesi decorrente dalla data nella quale viene depositata la documentazione completa a corredo della domanda di concessione.”(TAR Sardegna Ca, II, 17.11.2010, n. 2600);” “il contributo di concessione dovuto, in caso di condono edilizio, ai sensi dell'art. 37, l. 28.2.1985 n. 47, è soggetto a prescrizione decennale, la quale decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.). Il termine stesso decorre dall'emanazione della concessione edilizia in sanatoria o, in alternativa, dalla scadenza del termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, decorso il quale quest'ultima si intende accolta ove l'interessato provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio, formandosi così il silenzio - assenso.”(TAR Trentino Alto Adige Trento, I, 9.12.2010, n. 234) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3.10.2012, n. 5201**).

«..... GA.....»

**ABUSI EDILIZI: LA CONSISTENZA DELLA STRUTTURA REALIZZATA È ININFLUENTE IN CASO DI VINCOLO DI INEDIFICABILITÀ ASSOLUTA**

Il vincolo di inedificabilità assoluta gravante sull'area su cui insiste il manufatto abusivamente realizzato, legittima e rende doveroso il provvedimento di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, indipendentemente dalla consistenza della struttura realizzata senza titolo alcuno, come da orientamento giuri-

sprudenziale da tempo affermatosi (CdS, VI, 20.11.1998, n.1583). le determinazioni amministrative che definiscono gli abusi edilizi costituiscono, per costante giurisprudenza, atti aventi natura vincolata, che pongono in essere un *modus agendi* tracciato in modo analitico dal legislatore, senza che in capo all'amministrazione ricada uno specifico onere di motivazione sia sull'an sia sull'interesse pubblico sotteso all'adozione delle misure che si vanno ad assumere (CdS, IV, 31.8.2010, n. 3955; *idem* 1.10.2007 n. 5049; 10.12.2007 n.6344; CdS, V, 5.9.2009, n. 5229) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 2.10.2012, n. 5183**).

«..... GA.....»

**LA PROPOSTA DI VARIANTE POSITIVAMENTE ASSUNTA DALLA CONFERENZA DEI SERVIZI NON È VINCOLANTE PER IL CONSIGLIO COMUNALE**

Il Consiglio di Stato ha rilevato nella sentenza in esame come non possa ritenersi esaustiva ed assorbente la determinazione della conferenza dei servizi assunta in via prodromica, dovendosi riconoscere al Comune, in sede di deliberazione di una proposta di variazione allo strumento urbanistico, come quella approvata con il modulo procedimentale ex art. 14 l. n. 241/90, la facoltà di poter svolgere un'autonoma, ulteriore valutazione in merito alla compatibilità o meno della progettata opera con la disciplina dell'assetto del territorio. Come già precisato dal Consiglio di Stato in consimili vicende, la disciplina di cui agli artt. 4 e 5 del d.P.R. 20.10.1998 n.447, volta a favorire e a semplificare la realizzazione di impianti produttivi di beni e servizi, costituisce una procedura di tipo derogatorio, che non vale ad espropriare l'Ente locale degli ordinari poteri di assumere le definitive determinazioni al riguardo; e la proposta di variante positivamente assunta dalla conferenza dei servizi non è vincolante per il Consiglio comunale (Sez. IV 14.4.2006 n. 2170). In particolare, in tale contesto logico-procedimentale, la proposta della citata conferenza assume in pratica il ruolo di un atto d'impulso, strumentale alla prosecuzione del

procedimento, in cui il Consiglio comunale può e deve autonomamente valutare se aderire o meno alla proposta in questione (Sez. IV 7.5.2004 n. 2874) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 2.10.2012, n. 5187**).

«..... GA.....»

**IN SEDE DI RILASCIO DEL TITOLO ABILITATIVO EDILIZIO IL COMUNE DEVE VERIFICARE IL RISPETTO DA PARTE DELL'ISTANTE DEI LIMITI PRIVATISTICI, SENZA NECESSITÀ TUTTAVIA DI PROCEDERE AD UN'ACCURATA E APPROFONDATA DISANIMA DEI RAPPORTI CIVILISTICI**

Per consolidata giurisprudenza 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 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 e approfondita disanima dei rapporti civilistici (v., *ex plurimis*, CdS, IV, 10.12.2007, n. 6332; CdS, IV, 11.4.2007, n. 1654) (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 28.9.2012, n. 5128**).

«..... GA.....»

**CONCESSIONE SU AREA DEMANIALE: OVE IL CONCESSIONARIO CONTINUI AD UTILIZZARE IL BENE MALGRADO LA SCADENZA DEL TITOLO CONCESSORIO, LA PA. PUÒ AGIRE PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DALLA OCCUPAZIONE DIVENUTA SINE TITULO**

L'art. 49 cod. nav. prevede che – quando la concessione diventa inefficace per decorso del termine finale – «le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso». Tale disposizione esprime un principio di ordine generale, applicabile anche nel caso di specie, nel quale la concessione (a suo tempo rilasciata) già aveva per-

so efficacia con la scadenza del termine. Inoltre, in considerazione del suo dato letterale, la medesima disposizione comporta l'acquisto ipso iure delle opere: il successivo atto amministrativo, avente il nomen iuris di 'incameramento' o altro equivalente, ha natura meramente ricognitiva e di accertamento, consente le ulteriori formalità anche di natura catastale per rendere ostensibili anche ai terzi le situazioni di fatto e di diritto venutesi a verificare, ma non è assolutamente necessario affinché l'amministrazione possa essere considerata titolare delle opere costruite sull'area demaniale. Sotto tale profilo, ove l'originario concessionario (ovvero un altro soggetto, pur col consenso del medesimo originario concessionario) continui ad utilizzare di fatto il bene malgrado la scadenza del titolo concessorio, la PA. è senz'altro legittimata ad esercitare erga omnes il proprio potere di autotutela, anche possessoria, e deve chiedere - a chi utilizzi le opere (e a chi ha consentito tale utilizzo) - il risarcimento del danno derivante dalla occupazione divenuta sine titolo (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 28.9.2012, n. 5123**).

«..... GA.....»

**IL VINCOLO DI INEDIFICABILITÀ DELLA "FASCIA DI RISPETTO STRADALE" NON HA NATURA ESPROPRIATIVA**

Il vincolo di inedificabilità della "fascia di rispetto stradale" -- che è una tipica espressione dell'attività pianificatoria della p.a. nei riguardi di una generalità di beni e di soggetti -- non ha natura espropriativa, ma unicamente conformativa, perché ha il solo effetto di imporre alla proprietà l'obbligo di conformarsi alla destinazione impressa al suolo in funzione di salvaguardia della programmazione urbanistica, indipendentemente dall'eventuale instaurazione di procedure espropriative (cfr. CdS, IV, 13.3.2008, n. 1095). Come affermato dalla Cassazione poi, in presenza di un vincolo conformativo previsto dalla legge (quale è la fascia di rispetto), non sono predicabili riferimenti di effettualità edificatoria "di fatto", ma, ai fini del ristoro del proprietario inciso, rileva solo la distin-

zione tra aree edificabili “di diritto” ed aree “ giuridicamente “non edificabili (cfr. *infra multa*: Cassazione civ., I, 13.4.2006, n. 8707; Cassazione civ., I, 28.10.2005, n. 21092). In tale scia, per la determinazione nel caso dell'indennità di espropriazione di aree site in fascia di rispetto stradale, era dunque necessario considerare la destinazione urbanistica degli stessi e quindi l'incidenza del vincolo conformativo di inedificabilità, derivante dalla legge e dai relativi provvedimenti di attuazione, e non poteva affatto tenersi conto di altri possibili usi, come, ad esempio, la stessa destinazione di fatto dei suoli a parcheggio autoveicoli (peraltro di dubbia legittimità, in quanto, ai sensi della lett. e) dell'art. 3 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380, implica un'inequivocabile trasformazione del territorio (*Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 27.9.2012, n. 5113*).

«..... GA.....»

**ABUSI EDILIZI SU AREE DEMANIALI: PER LA REALIZZAZIONE DI OPERE SUL DEMANIO MARITTIMO OCCORRE L'AUTORIZZAZIONE PREVISTA DALL'ART. 54, COD. NAV., ANCHE DOPO LA DELEGA ALLE REGIONI IN MATERIA DI DEMANIO MARITTIMO ED IL TRASFERIMENTO AI COMUNI DELLE COMPETENZE PER IL RILASCIO DI CONCESSIONI DEMANIALI**

La necessità dell'apposito titolo edilizio per le opere da eseguirsi dai privati su aree demaniali era ed è espressamente prevista dall'art. 8, d.P.R. n. 380/2001 (riproducendo il contenuto dell'art. 31, co. 3, l. n. 1150/1942, nel testo sostituito dall'art. 10, l. n. 765/1967), nonché implicitamente riconosciuta dall'art. 55, co. 4, codice della navigazione (nella parte richiamante i p.r.c., in materia di nuove opere in prossimità del demanio marittimo). Per la realizzazione di opere sul demanio marittimo occorre l'autorizzazione prevista dall'art. 54, cod. nav., anche dopo la delega alle regioni in materia di demanio marittimo ed il trasferimento ai comuni delle competenze per il rilascio di concessioni demaniali, atteso che tale trasferimento di competenze non ha fatto venir meno la ne-

cessità di apposita e specifica autorizzazione, che concorre con la concessione edilizia, sussistendo due diverse finalità di tutela: la riserva all'ente locale del governo e dello sviluppo del territorio in materia di edilizia relativamente alla concessione ad edificare, la salvaguardia degli interessi pubblici connessi al demanio marittimo per quanto attiene all'autorizzazione demaniale (cfr. Cass. pen., III, 7.11.2002 n. 8110) (*Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24.9.2012, n. 5059*).

«..... GA.....»

**SANATORIA DI ABUSI EDILIZI: LA DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DI NOTORIETÀ DELL'INTERVENUTA ULTIMAZIONE DELLE OPERE ENTRO LA DATA RILEVANTE AI FINI DELLA CONDONABILITÀ DELL'ABUSO EDILIZIO NON HA ALCUNA VALENZA PRIVILEGIATA E NON PRECLUDE ALL'AMMINISTRAZIONE LA POSSIBILITÀ DI RACCOGLIERE NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO ELEMENTI DI SEGNO CONTRARIO, SENZA CHE A CIÒ CONSEGUIA, IN SEDE PROCESSUALE, L'INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA A CARICO DELL'AMMINISTRAZIONE MEDESIMA**

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame relativamente alla problematica afferente alla collocazione temporale dell'opera abusiva, rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina urbanistica dell'epoca e delle correlate eventuali ipotesi d'insanabilità, ha affermato che secondo i principi generali che presidono alla determinazione del tempo di realizzazione delle opere ammesse a condono occorre aver riguardo alla data di ultimazione delle opere, da ancorare, per gli edifici, al momento di esecuzione del rustico e di completamento della copertura, e, per le opere interne agli edifici già esistenti ed a quelle non destinate alla residenza, al momento del loro completamento funzionale (v. artt. 1, co. 1, l. prov. n. 15 del 1995 e 25, co. 2, l. prov. n. 4 del 1987, corrispondenti alla previsione dell'art. 31, co. 2, l. n. 47 del 1985). Sotto il profilo processuale, secondo il criterio della

vicinanza della fonte e dei mezzi di prova alla sfera delle rispettive parti processuali, l'onere della prova dell'ultimazione dei lavori grava sul richiedente la sanatoria (in termini, CdS, VI, 20.3.2012, n. 1563), in quanto, mentre l'amministrazione comunale non è normalmente in grado di accertare la situazione edilizia di tutto il proprio territorio alla data indicata dalla normativa sul condono, colui che lo richiede può, di regola, procurarsi la documentazione da cui si possa desumere che l'abuso sia stato effettivamente realizzato entro la data rilevante (come ad es. fatture, ricevute, bolle di consegna, relative all'esecuzione dei lavori e/o all'acquisto dei materiali). In tale contesto, la dichiarazione sostitutiva di notorietà dell'intervenuta ultimazione delle opere entro la data rilevante non ha alcuna valenza privilegiata e non preclude all'amministrazione, in sede di esame della pratica, la possibilità di raccogliere nel corso del procedimento elementi di segno contrario e di pervenire a risultanze diverse, senza che a ciò consegua, in sede processuale, l'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione medesima (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24.9.2012, n. 5057**).

«..... GA.....»

#### **ABUSI EDILIZI SU AREE CON VINCOLO DI RISPETTO FERROVIARIO: E' POSSIBILE IL RILASCIO DELL'AUTORIZZAZIONE IN DEROGA ANCHE IN SANATORIA DI EDIFICAZIONI GIÀ COMPIUTE TRATTANDOSI DI VINCOLO DI INEDIFICABILITÀ RELATIVO**

Il d.P.R. 11.7.1980, n. 753 "Nuove norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle ferrovie e di altri servizi di trasporto", all'art. 60, prevede: "Quando la sicurezza pubblica, la conservazione delle ferrovie, la natura dei terreni e le particolari circostanze locali lo consentano, possono essere autorizzate dagli uffici lavori compartimentali delle F.S., per le ferrovie dello Stato, e dai competenti uffici della M.C.T.C., per le ferrovie in concessione, riduzioni alle distanze prescritte dagli articoli dal 49 al 56. I

competenti uffici della M.C.T.C., prima di autorizzare le richieste riduzioni delle distanze legali prescritte, danno, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, comunicazione alle aziende interessate delle richieste pervenute, assegnando loro un termine perentorio di giorni trenta per la presentazione di eventuali osservazioni. Trascorso tale termine, i predetti uffici possono autorizzare le riduzioni richieste". Nel caso in esame, risulta agli atti come il soggetto preposto alla tutela, ossia RFI - Rete Ferroviaria Italiana, avesse autorizzato l'intervento relativo alla stazione autolinee, in deroga alle distanze minime previste dai binari e dalle rotoarie ferroviarie più vicine. Il Comune appellante lamenta tuttavia come la detta autorizzazione in deroga non sia in ogni caso legittima, non potendo incidere sulla correttezza della concessione rilasciata, sia perché non comprendente tutte le opere realizzate, ed in specie l'ulteriore recinzione posta a distanza ancora inferiore dal tratto delle rotaie, sia per i vizi procedurali che la connotano. Sul punto il Collegio rileva in relazione al tema della tardività del rilascio ed al soggetto al quale la stessa è stata rilasciata, come occorra ricordare che in giurisprudenza, il vincolo di rispetto ferroviario sia sempre stato considerato come vincolo di inedificabilità relativa e non assoluta. Tale qualificazione ha consentito, tra l'altro, di permettere l'utilizzo dell'autorizzazione in deroga anche in sanatoria di edificazioni già compiute (ad esempio in relazione ai profili di sanatoria di abusi edilizi, vedi da ultimo TAR Toscana, III, 18.1.2010 n. 37), rendendo evidente come il mero ritardo nella richiesta, anche quando proposta tramite un soggetto terzo, e nel rilascio di tale autorizzazione, non possano portare all'illegittimità della concessione edilizia rilasciata (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 19.9.2012, n. 4974**).

«..... GA.....»

#### **ONERI DI URBANIZZAZIONE E COSTI DI COSTRUZIONE: IL TERMINE DI PRESCRIZIONE DELLA SANZIONE IRROGATA PER RITARDATO PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO È DI CINQUE ANNI E DECORRE DAL**

## GIORNO IN CUI È STATA COMMESSA LA VIOLAZIONE

Con il ricorso la ricorrente impugnava gli atti con cui il Comune intimava il pagamento di una serie di somme relative agli oneri ed alle connesse sanzioni relativi alla concessione edilizia, in particolare nella parte in cui vengono irrogate sanzioni. A sostegno della domanda veniva eccepita la prescrizione quinquennale delle somme dovute a titolo di sanzione, intimate nel 2010 e relative a concessione del 2001. Il Giudice rileva che la determinazione dell'an e del quantum del contributo concessorio non ha natura autoritativa, giacché si tratta di un mero accertamento dell'obbligazione contributiva, effettuato dalla p.a. in base a rigidi parametri prefissati dalla legge e dai regolamenti in tema di criteri impositivi, nei cui riguardi essa è sfornita di potestà autoritative; conseguentemente, la posizione del soggetto nei cui confronti è richiesto il pagamento è di diritto soggettivo, non di interesse legittimo e l'impugnazione del provvedimento del Comune è soggetta all'ordinario termine di prescrizione. Per un altro verso, ai sensi dell'art. 28, l. 24.11.1981 n. 689, applicabile ex art. 12 della stessa legge a tutte le sanzioni amministrative di tipo affittivo, il termine di prescrizione della sanzione irrogata per ritardato pagamento del contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione e per il costo di costruzione è di cinque anni, e decorre dal giorno in cui è stata commessa la violazione (cfr., tra le altre, TAR Basilicata, 39/4/08 n. 141; TAR Campania, Sa, Sez. II, 22.4.2005 n. 647; TAR Calabria, Cz, II, 8.10.2001 n. 1514; TAR Sicilia, Ct, I, 8.5.2006 n. 701 e 8.3.2012, n. 600). Applicando tali coordinate al caso di specie, dove pacificamente la intimazione della somma è avvenuta ben oltre il termine quinquennale suddetto, risultano fondati i rilievi formulati da parte ricorrente in merito alla sopravvenuta prescrizione del credito di somme dovute a titolo di sanzioni (**TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, sentenza 26.10.2012, n. 641**).

«..... GA.....»

## OPERE ABUSIVE: BASTA UNA DIFFI-

## DA DEL PRIVATO PER IMPORRE AL COMUNE DI PRONUNCIARSI IN TEMPI RAPIDISSIMI SULLA DOMANDA DI CONDONO PRESENTATA DAL VICINO

Il ricorrente ha adito il giudice amministrativo chiedendo l'accertamento della illegittimità della condotta omissiva tenuta dall'amministrazione comunale in ordine a due distinti atti di diffida inoltrati al comune di Capri e tese ad ottenere l'esame ed il rigetto delle istanze di condono avanzate dai controinteressati ai sensi delle l. 724/94 e 326/2003 ed aventi ad oggetto abusi realizzati su fabbricato confinante con il suo. Il giudice ha riconosciuto l'illegittimità del silenzio serbato dal comune di Capri, atteso l'obbligo dell'ente locale di concludere il procedimento, alla luce delle numerose pronunce giurisprudenziali che attribuiscono al proprietario confinante la legittimazione a sollecitare la definizione della domanda di condono relativa ad opere abusive realizzate nella vicinanza della sua proprietà (ex multis TAR Campania, Na, VI, 1337/2011; CdS, VI, 20.7.2006, n. 4609, TAR Campania, Na, III, 29.5.2009, n. 2774). Non ritiene il Collegio che sussistano i presupposti per accertare la fondatezza della domanda tesa ad ottenere il rigetto delle suddette domande di condono, non trattandosi di attività vincolata. Il Comune di Capri dovrà, pertanto, concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso, attivandosi entro quindici giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza per la richiesta dei pareri, necessari in considerazione del fatto che le opere insistono su un territorio vincolato, e adottando il provvedimento finale nel termine di trenta giorni dalla ricezione dei pareri (**TAR Campania, Napoli, Sez. VI, sentenza 25.10.2012, n. 4220**).

«..... GA.....»

## DECADENZA DAL PERMESSO DI COSTRUIRE: LA DOMANDA DI PROROGA DEVE ESSERE INOLTRATA ALLA PA. ANTERIORMENTE ALLA SCADENZA DEL TERMINE DI UN ANNO

## DAL SUO RILASCIO

*Come si evince dall'art. 15 co. 2 del d.P.R. n. 380/2001 che dispone la decadenza "di diritto" dal permesso di costruire per mancato inizio dei lavori nel termine di un anno dal rilascio dello stesso, il provvedimento dichiarativo di decadenza ha natura ricognitiva e si concreta in un atto d'accertamento il cui effetto nasce ex lege (Cfr. CdS, IV, 10.8.2007 n. 4423; TAR Liguria, Ge, I, 11.12.2007 n. 2050), conseguendone che siffatto effetto può essere evitato, come la medesima la disposizione legislativa prevede, solo a seguito dell'accoglimento della domanda di proroga dell'efficacia del titolo di assentimento inoltrata anteriormente alla scadenza dello stesso, circostanza questa non verificatasi nel caso in esame (TAR Campania, Salerno, Sez. II, sentenza 19.10.2012, n. 1900).*

«..... GA.....»

## IL CAMBIAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO SENZA OPERE NON COSTITUISCE UNA ATTIVITÀ LIBERA E PRIVA DI VINCOLI

*La giurisprudenza ha chiarito che il cambiamento di destinazione d'uso senza realizzazione di opere edilizie non costituisce una attività del tutto libera e priva di vincoli, non potendo comportare la vanificazione di ogni previsione urbanistica che disciplini l'uso nel territorio nel singolo comune. Una diversa soluzione, non solo costituirebbe, in linea di principio, una inammissibile vulnerazione delle prerogative di autonomia e responsabilità sul territorio degli enti locali, ma comporterebbe anche, in concreto, la violazione di regole generali finalizzate ad assicurare il corretto ed ordinato assetto del territorio, con conseguente inevitabile pericolo di pregiudizievoli modificazioni degli equilibri prefigurati dalla strumentazione urbanistica (CdS, I, 25.5.2012 n. 759; in senso conforme CdS, V, 10.7.2003, n. 4102; 3.1.1998, n. 24; CdS, V, 28.5.2010, n. 3420) (TAR Piemonte, Torino, Sez. I, sentenza 19.10.2012, n. 1110).*

«..... GA.....»

## DOMANDA DI ACQUISTO DI UN BENE DEMANIALE: IL DINIEGO VA IMPUGNATO INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO

*Domanda di acquisto di un bene demaniale: il diniego va impugnato innanzi al giudice ordinario La decisione sul ricorso avverso il diniego opposto alla domanda di acquisto di una parte di un bene demaniale [...] proposta ai sensi dell'art. 5 bis l. n. 212 del 2003, che ne assicura la vendita diretta al soggetto legittimato, ossia all'occupante, in quanto investe materia di diritti soggettivi riconosciuti direttamente in capo al proprietario del fondo attiguo e in quanto l'autorità procedente non ha agito autoritativamente ma, ai sensi dell'art. 1 bis l. n. 241 del 1990, con un atto paritetico e quindi iure privatorum, non appartiene al g.a., che difetta di giurisdizione in materia, ma all'autorità giudiziaria ordinaria (TAR Friuli Venezia Giulia, 16.12.2005, n. 1074) (TAR Piemonte, Torino, Sez. I, sentenza 19.10.2012, n. 1111).*

«..... GA.....»

## NEL CASO DI MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO DI UN IMMOBILE IL COMUNE NON PUÒ SANZIONARE IL PROPRIETARIO NON RESPONSABILE CON L'ACQUISIZIONE GRATUITA DELL'OPERA AL PATRIMONIO PUBBLICO

*Nel giudizio in esame il ricorrente impugna l'ordine di ripristino con il quale gli è stato contestato di avere mutato la destinazione d'uso, da turistico-ricettiva a residenziale, dell'immobile di proprietà e si è aggiunto che, in caso di inottemperanza, l'opera sarebbe stata acquisita al patrimonio pubblico. Il giudice ha rilevato che il Tribunale si è ripetutamente occupato di analoga fattispecie, posto che il mutamento dell'uso ha riguardato l'intero stabile e che, in tali occasioni, si è ritenuto legittimo l'operato della PA.. Nel caso di specie, invece, il ricorrente, anziché contestare il mutamento d'uso, rileva che, in quanto proprietario non responsabile, il Comune non avrebbe potuto configurare la*



sanzione dell'acquisizione gratuita. Per tale parte ad avviso del Collegio il ricorso è fondato, giacchè non è provata, come è necessario, la responsabilità del proprietario, avente causa da un terzo, circa il mutamento (nello

stesso senso, su identica fattispecie, sentenza in causa 04727 del 2012 di questa Sezione) **(TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, sentenza 19.10.2012, n. 8657).**

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# L'ACQUISIZIONE GRATUITA AL PATRIMONIO DEL COMUNE NELLA RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE

della Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale

*Gli strumenti repressivi che il legislatore ha approntato per contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio e meglio tutelare il territorio risultano essere i più idonei a costituire un efficace deterrente per l'attività abusiva, proprio in ragione della sua incidenza sulla res abusiva*

The instruments of repression that the legislature prepared to combat the phenomenon of illegal construction and better protect the territory are the most likely to be an effective deterrent to abusive activity, precisely because of its impact on res abusive

*Sommario: 1. Premessa. 2. Brevi cenni al sistema sanzionatorio in materia urbanistico-edilizia. 3. L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale: nozione e caratteri. 4. L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale: brevi riferimenti giurisprudenziali alle principali questioni giuridiche. 5. Conclusioni.*

### 1. Premessa.

In materia di urbanistica ed edilizia tutte le misure repressive previste dalla legge a fronte della realizzazione di opere abusive sono ormai comunemente definite “*sanzioni urbanistiche*”. Per quanto criticata<sup>1</sup>, questa definizione di origine giurisprudenziale è divenuta d'uso comune e con essa si fa riferimento al complesso sistema sanzionatorio previsto attualmente dal d.P.R. n. 380/2001, c.d. Testo unico dell'Edilizia e dalla pregressa normativa in materia, nei limiti della sua vigenza<sup>2</sup>. Il ricorso alla definizione di *sanzioni urbanistiche* non implica tuttavia che tali misure pos-

sano a pieno titolo rientrare nel concetto di sanzione amministrativa vera e propria, secondo i canoni di cui alla l. 24.11.1981, n. 689. In proposito autorevole dottrina<sup>3</sup> ha sot-

<sup>1</sup> Parlare di *sanzioni urbanistiche* non sembra, in realtà, propriamente corretto. Osserva E. CASETTA, [voce *Sanzione amministrativa*, in *D. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 603] che «dal punto di vista classificatorio sono da respingere i criteri di classificazione delle sanzioni basati sulla natura dell'interesse leso e sulla materia interessata (nds. laddove si parla di *sanzioni urbanistiche*, *sanzioni tributarie*, etc.) giacché in tal caso la fattispecie che risulta interessata non è la sanzione ma l'illecito e il disvalore che esprime».

<sup>2</sup> Si fa principalmente riferimento alla c.d. l. urbanistica (l. 1150/1942), alla c.d. l. ponte (l. 765/1967), alla c.d. l. Bucalossi (l. n. 10/1977) ed alla l. 47/85.

<sup>3</sup> M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della P.A.: studi preliminari*, Napoli, 1981, 29, ove viene valorizzato l'aspetto teleologico che caratterizza queste varie reazioni - aspetto che è alla base della ricostruzione anche del concetto di sanzione amministrativa, tanto che si ritiene che «in diritto amministrativo le sanzioni inizino proprio laddove non sia più possibile agire attraverso lo strumento proprio della reintegrazione», e risulta altresì funzionale ai fini di una comparazione con la sanzione penale in generale. Nel ricostruire il concetto di sanzione amministrativa viene individuato proprio nel profilo teleologico l'elemento caratterizzante tali sanzioni e corrispondente alla finalità afflittiva della sanzione stessa, distinguendosi di conseguenza le sanzioni “in senso stretto” da quelle altre misure che da esse si differenziano sotto tale profilo, essendo piuttosto caratterizzate da una funzione riparatoria dell'interesse violato (come la sanzione civile di risarcimento del danno) o ripristinatoria dello status di diritto e di fatto preesistente all'illecito (come la *reductio in pristinum*). Queste ultime misure, dunque, esulano dal concetto di sanzione amministrativa propriamente detta. Cfr. altresì A. DE ROBERTO [*Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative*, *Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'am-*

tolineato la diversa natura di tali sanzioni (*rectius*, misure) rispetto a quelle di cui alla l. n. 689 cit., proprio in ragione del differente elemento teleologico, ovverosia della diversa finalità ripristinatoria di queste piuttosto che propriamente punitiva tipica delle altre. Tuttavia la giurisprudenza ha comunque da sempre qualificato come sanzioni amministrative - pur differenziandole dalla disciplina di cui alla l. n. 689 cit. - tutte le misure che la PA. adotta a fronte di attività edilizia abusiva al fine di eliminare gli effetti della lesione. Alle cc.dd. *sanzioni urbanistiche* è pertanto tutt'oggi riconosciuta natura di sanzioni amministrative in senso atecnico, proprio perchè «*il sistema di repressione degli illeciti edilizi risponde ad una logica differente rispetto al modello sanzionatorio ex l. 689/1981; (...) nonostante la terminologia utilizzata dal legislatore (esse) configurano misure riparatorie,*

*ministrazione*, Mi, 1982, 125] ove si osserva che la sanzione amministrativa in senso proprio implica la volontà di punire il trasgressore. Non sono dunque sanzioni, poiché difettano del carattere punitivo, le misure di reintegrazione tra cui rientrano quelle misure di reintegrazione in forma specifica tipiche del campo urbanistico quali demolizione e riduzione in pristino. Tanto più che non si può parlare propriamente di sanzione quando l'ordinamento reagisce ad una violazione facendovi conseguire il medesimo risultato ottenibile con l'adempimento. Altra dottrina ha invece definito queste reazioni, o misure, predisposte a fronte di abusi edilizi dalla PA., come *sanzioni improprie o indirette*, nell'ottica di un distinguo con le sanzioni proprie - cioè dei veri e propri illeciti amministrativi, a fronte dei quali viene comminata una sanzione punitiva come mezzo di restaurazione dell'ordine giuridico violato. A differenza di queste ultime, le sanzioni improprie, corrispondono ad un mero abuso amministrativo in conseguenza del quale è applicata una misura tesa a porre rimedio alla turbativa dell'interesse pubblico: consistono dunque sostanzialmente in un *ordine amministrativo repressivo* che si traduce formalmente in un *provvedimento di amministrazione attiva*. Sul punto, vedasi: F. BASSI, *Sanzioni amministrative e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 480 e ss. Seguendo questa impostazione che valorizza gli interessi pubblici coinvolti, queste misure urbanistico-edilizie possono dunque qualificarsi come ordini repressivi il cui obiettivo non è esercitare un mero potere punitivo ma eliminare cause ed effetti di una turbativa arrecata all'assetto urbanistico del territorio ed in quanto tali costituiscono «*provvedimenti di PA attiva [caratterizzati] da discrezionalità poiché diretti alla cura di un interesse pubblico primario da realizzarsi nel miglior modo possibile tenendo conto della situazione di fatto e di tutti gli interessi, anche secondari, coinvolti*».

*ripristinatorie, restitutive di amministrazione attiva attraverso le quali l'organo pubblico tende ad eliminare una situazione di oggettivo squilibrio determinatasi nell'assetto del territorio per effetto dell'abuso edilizio, al fine di ripristinare lo status quo ante (...)*»<sup>4</sup>.

## 2. Brevi cenni al sistema sanzionatorio in materia urbanistico-edilizia.

Sotto il profilo amministrativo, già prima dell'introduzione del TUE, il sistema sanzionatorio in materia urbanistica era caratterizzato dalle seguenti misure/sanzioni: la demolizione e la rimessione in pristino (introdotte con la l. 17.8.1942, n. 1150), l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune (cc.dd. confisca urbanistica, introdotta con la l. 27.1.1977, n. 10), la sanzione pecuniaria (introdotta nella sua forma alternativa alle misure ripristinatorie, con la l. 6.8.1967, n. 765; e nella specie di sanzione patrimoniale vera e propria con la l. 28.2.1985, n. 47). Una prima distinzione in seno a queste cc.dd. *sanzioni urbanistiche* di carattere amministrativo riguarda le misure aventi carattere reale e quelle che invece presentano carattere patrimoniale. Hanno carattere reale, in quanto misure che incidono sulla *res*, la demolizione, la rimozione, la riduzione in pristino, la ricostituzione dell'immobile in conformità della normativa vigente, e l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale. Rientrano invece nella categoria delle sanzioni di carattere patrimoniale quelle sanzioni comminate in via alternativa rispetto alle misure reali ed il cui importo è valutato in base al valore dell'opera illegittima o all'aumento di valore che l'opera ha conseguito a seguito dell'intervento abusivo. Con il d.P.R. n. 380 cit., il sistema delle sanzioni urbanistico-edilizie è stato ulteriormente riorganizzato, nell'ambito di una più generale risistemazione della disciplina dell'attività edificatoria. Tuttavia, sempre con riferimento alla tipologia di *sanzioni urbanistiche* amministrative, può senz'altro condividersi l'affermazione secondo cui il complesso e articolato sistema di reazioni previste

<sup>4</sup> R. LOMBARDI, *Sull'effettività delle sanzioni edilizie, riparto di competenze ed esercizio dei poteri sostitutivi: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 2, 232 e ss..

dall'ordinamento di fronte al venire in essere di situazioni contrastanti con una prescrizione urbanistica sia rimasto un sistema chiuso<sup>5</sup>.

Difatti, così come già nella precedente normativa, il legislatore ha dotato l'Amministrazione degli strumenti volti ad eliminare una situazione di obiettivo squilibrio nell'assetto del territorio verificatasi a seguito di attività abusiva, in modo tale da consentire, attraverso la comminazione di *sanzioni urbanistiche* (nel più corretto senso di misure), un contestuale riequilibrio, tenuto conto di tutti gli interessi coinvolti ed incidenti al contempo, sull'ordinato assetto del territorio.

Conseguentemente gli orientamenti dottrinali, sorti a fronte della precedente normativa, sono rimasti sostanzialmente immutati anche dopo l'introduzione del TUE. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza seguitano dunque nel ritenere che le *sanzioni urbanistiche* siano sanzioni in senso atecnico, trattandosi in realtà di misure riparatorie, ripristinatorie, o restitutive, la cui funzione è il riequilibrio delle zone alterate: integrando l'irrogazione di tali misure un atto di amministrazione attiva, di carattere prevalentemente vincolato. A riprova che le *sanzioni urbanistiche* costituiscono sistema a sé, distinto dal generale sistema di cui alla l. n. 689 cit., è stato inoltre evidenziato che dall'affermazione della natura ripristinatoria delle suddette sanzioni discende che i poteri repressivi della PA. non sono soggetti a prescrizione o decadenza - mal conciliandosi una simile previsione con una ricostruzione in termini punitivi - e si è ritenuta altresì applicabile, data la natura permanente dell'illecito edilizio, la disciplina sanzionatoria vigente nel momento in cui l'abusività delle opere è accertata e non quando l'abuso è stato commesso<sup>6</sup>.

In generale, dunque, anche nel nuovo testo normativo permangono le stesse tipologie di *sanzioni urbanistiche*: reali e pecuniarie.

Con una sintetica panoramica si indicano

<sup>5</sup> P. STELLA RICHTER-C. IAIONE, *Commento all'art. 33 T.U. Ed.*, in *Testo Unico dell'Edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2008, 581.

<sup>6</sup> STELLA RICHTER-IAIONE, *Commento all'art. 33 T.U. Ed.*, op. cit., 585 e ss. Principio già consolidato nella risalente giurisprudenza: CdS, V, 1222/1978; CdS, V, 800/1980; CdS, 345/1998, in *Il CdS 1998*, I, 932.

pertanto le sanzioni urbanistiche di tipo amministrativo attualmente previste dal t.u. dell'Edilizia ed i presupposti per la loro applicazione. Sono anzitutto ancora previste le misure della demolizione e del ripristino dello stato dei luoghi: per i casi di opere realizzate senza il permesso di costruire su aree assoggettate a vincolo (*ex art. 27*); nel caso di interventi eseguiti in assenza di permesso, totale difformità e variazioni essenziali (*ex art. 31*). In particolare, per la fattispecie di variazioni essenziali è previsto un duplice regime sanzionatorio, rispettivamente *ex art. 31 ed ex art. 33*, a seconda che l'abuso sia connesso ad una ristrutturazione o meno); nel caso di ristrutturazioni c.d. "*pesanti*", in assenza o totale difformità da titolo (*ex art. 33*, co. 1 e 2); per gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso (*ex art. 34*); nonché per gli interventi eseguiti su aree demaniali o di enti pubblici, realizzati in assenza, totale difformità e variazioni essenziali (*ex art. 35*) e nel caso di interventi eseguiti con permesso successivamente annullato (*ex art. 38*). Si aggiunge poi la più grave sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale - oggetto di specifica trattazione nel prossimo paragrafo - nell'ipotesi di lottizzazione abusiva (*ex art. 30*, cui consegue comunque la demolizione) e nell'ipotesi di inottemperanza delle altre sanzioni (fattispecie di cui all'art. 31). Infine è prevista l'applicazione di una misura pecuniaria in una serie di ipotesi, ove per lo più risulti impossibile il ripristino dello stato dei luoghi: ristrutturazioni "*pesanti*" (*ex art. 33*, co. 1 e 2); ristrutturazioni "*pesanti*", eseguite senza permesso o in totale difformità, riguardanti immobili vincolati ai sensi del d. lgs. 22.1.2004 n. 42 (*ex art. 33*, co. 3; in tal caso la sanzione pecuniaria si aggiunge al ripristino) e quelle eseguite nei centri storici individuati *ex art. 2 lett. a*<sup>7</sup>, d.m. 2.4.1968 n. 1444, secondo quanto dispone il co. 4

<sup>7</sup> Si riporta sinteticamente quanto prevede il summenzionato d.m. 2.4.1968, n. 1444 all'art. 2, rubricato "*zone territoriali omogenee*": «sono considerate zone territoriali omogenee ai sensi e per gli effetti dell'art. 17, l. 765/1967: a) cc.dd. centri storici; b) cc.dd. zona di completamento; c) cc.dd. zona residenziale di espansione; d) cc.dd. zona industriale di espansione; e) cc.dd. zona agricola; f) aree destinate ad attrezzature ed impianti di interesse generale».

dell'art. 33 t.u. cit.; nel qual caso la sanzione pecuniaria è applicata in alternativa al ripristino, dietro parere vincolante del Ministero dei Beni culturali. La sanzione pecuniaria si applica poi negli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso, quando risulta impossibile demolire la parte non conforme senza pregiudizio di quella conforme (ex art. 34); nelle fattispecie sottoposte a D.I.A. (ex art. 37, co. 1, 4 e 5; la sanzione pecuniaria si aggiunge al ripristino se si tratta di immobili vincolati; nel caso di restauro e risanamento conservativo senza D.I.A. nei centri storici su immobili anche non vincolati, la suddetta sanzione viene applicata in alternativa al ripristino, e sempre dietro parere vincolante del Ministero dei Beni Culturali); e nella fattispecie di cui all'art. 38, se risultano impossibili ripristino e demolizione.

### 3.L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale: nozione e caratteri.

Tra le indicate *sanzioni*, l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune è misura di difficile inquadramento e che ha dato luogo ad alcuni problemi interpretativi di rilievo.

Questa misura che implica il passaggio di proprietà dell'immobile, insieme con l'area sottostante e le eventuali pertinenze, all'autorità pubblica, è stata introdotta con la l. "Bucalossi" n. 10 cit. L'art. 15 di tale l. stabiliva in proposito che le opere e le aree erano acquisite al patrimonio indisponibile del Comune, e da questo utilizzate a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica, con il correttivo che qualora l'opera contrastasse con rilevanti interessi urbanistici o ambientali ovvero non potesse essere utilizzata per fini pubblici si dovesse procedere alla demolizione a spese del costruttore.

Un successivo ribaltamento del sistema si è avuto con la l. 28.2.1985, n. 47. Infatti, la sanzione applicata di regola è divenuta la demolizione, mentre, nel precedente regime (l. n. 10 cit.) la sanzione generalmente applicata era l'acquisizione al patrimonio comunale<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> In tal senso, S. BELLOMIA – M.A. SANDULLI, *Il nuovo regime delle sanzioni amministrative e penali* [parte I, in G. TORREGROSSA - S. BELLOMIA - M.A. SANDULLI, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, supplemento a *Riv. giur. ed.*,

Il TUE - d.P.R. 6.6.2001, n. 380 - ha infine mantenuto tale previsione individuando i presupposti per l'applicazione dell'acquisizione gratuita nell'ipotesi di inottemperanza all'ordine di demolizione (fattispecie di cui all'art. 31) e nell'ipotesi di lottizzazione abusiva (ex art. 30). Sulla base di tale normativa e con stringente riferimento a quanto affermato dalla giurisprudenza in proposito si cercherà, pertanto, di dare conto dei caratteri di tale *sanzione* e delle principali questioni problematiche ad essa relative. Un primo rilevante carattere dell'acquisizione gratuita è la sua autonomia, nel senso che essa mira a punire l'inottemperanza a precedente ordine di demolizione. Tale autonomia implica difatti che decorso il termine di 90 gg. dalla notifica dell'ordine di demolizione senza che si sia at-

---

XVIII, n. 2, Milano, 81-83] ove si rileva che «*nel sistema delineato dall'art. 7 l. 47 del 1985, la regola sembra costituita dalla demolizione, salvo la sussistenza di prevalenti interessi pubblici, dichiarati con delibera consiliare» anche se comunque nell'orientamento giurisprudenziale si era data finora preferenza all'adozione di sanzioni pecuniarie rispetto alla demolizione. Nell'incertezza della individuazione di tali interessi prevalenti e a fronte di una situazione di deficit dell'edilizia pubblica soprattutto residenziale, gli autori criticano la scelta legislativa nel senso della prevalenza della demolizione sull'utilizzazione pubblica del bene. Gli A. rilevano pertanto come sia rimasto incerto il rapporto tra demolizione ed utilizzazione pubblica del bene. In ogni caso è da rilevare come l'acquisizione gratuita (definita anche confisca urbanistica) abbia acquisito nuovi caratteri con l'introduzione della L. n. 47 cit.: anzitutto è stato ampliato il suo oggetto poiché oltre all'area cc.dd. di sedime, è stato previsto che l'acquisizione gratuita si estendesse all'area fino a dieci volte quella utilizzata per edificare l'opera abusiva. L'innovazione di maggior rilievo è tuttavia rappresentata dall'obbligatorietà dell'acquisizione gratuita. Rileva in proposito L. MAZZAROLLI [Sul regime delle sanzioni amministrative in materia urbanistico- edilizia: dalla l. 1150/1942 alla L. 47/1985, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, vol. III, 340 e ss.] che «secondo la c.d. l. Bucalossi la constatazione della mancata effettuazione spontanea della demolizione costituiva il presupposto della confisca, da effettuare mediante un provvedimento del sindaco[...] secondo la nuova disciplina nessuna valutazione, nessuna scelta e nessun provvedimento è previsto dopo l'accertamento dell'inosservanza dell'ingiunzione a demolire [...] in quanto l'effetto ablativo si verifica di diritto a seguito di quell'accertamento che viene a costituire il momento conclusivo del procedimento e assume una rilevanza esterna».*

teso ad essa od al ripristino dello stato dei luoghi, la conseguente acquisizione si attua *ope legis* ed avviene a titolo originario e di diritto, ossia per il mero decorso del tempo.<sup>9</sup>

A simile affermazione peraltro la giurisprudenza riconduce la rilevante conseguenza che l'Amministrazione non dovrà attendere l'esito del giudizio pendente sull'ordinanza di demolizione, poiché acquisisce immediatamente il bene.

Ulteriore carattere di tale misura è poi la sua doverosità: la sua natura di atto dovuto, che discende automaticamente dall'inottemperanza a precedente ordine di demolizione/rimessione in pristino emesso dalla PA., implica che non è necessario alcun previo avviso di inizio del procedimento né di alcuna notifica all'interessato dell'accertamento formale dell'inottemperanza.<sup>10</sup> Dalla prevalen-

temente riconosciuta natura vincolata e dichiarativa di tale *sanzione* ne deriva la sua le-

<sup>9</sup> Sul punto, recentissima: TAR Campania, Na, II, 6.2.2012, n. 589. Per una definizione approfondita di acquisizione gratuita, cfr.: TAR Campania, Na, VIII, 8.7.2009, n. 3825, ove si evidenzia la natura di misura non strumentale per consentire al Comune di eseguire la demolizione, né di sanzione accessoria di questa, ma di sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione. Sulla natura di acquisto a titolo originario, cfr.: CdS, V, 12.12.2008, n. 6174, «con la conseguenza che eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono cadutati unitamente al precedente diritto dominicale senza che rilevi né il tempo della trascrizione né il principio di continuità delle trascrizioni, che risolve solo i conflitti tra più acquisti a titolo derivativo».

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*: TAR Campania, Na, VII, 14.1.2011, n. 164; TAR Sicilia, Pa, II, 11.1.2011, n. 40. Vedasi altresì Cass. Pen., III, 22.10.2010, n. 40924, in Riv. giur. ed. 2011, 1, 267. Rileva in proposito la Suprema Corte che la notifica all'interessato dell'accertamento formale della propria inottemperanza all'ordine di demolizione ha funzione meramente certificativi del trasferimento del diritto di proprietà, avendo essa rilevanza solo quale titolo necessario per l'immissione in possesso da parte dell'ente e per la trascrizione nei registri immobiliari. Conformi, *ex multis*: Cass. Pen., III, 17.11.2009, n. 2912; Cass. Pen., III, 21.5.2009, n. 39075; Cass. Pen., III, 21.10.2008, n. 1819. *Contra*: Cass. Pen., III, 16.4.2009, n. 22440; Cass. Pen., III, 6.2.2008, n. 25196, secondo cui la notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato è requisito indispensabile poiché «solo con tale ultima formalità l'ente pubblico acquisisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari». Vero è che, in generale, «il procedimento di irrogazione delle sanzioni per violazioni urbanistiche ed edilizie non contempla valutazioni discrezionali della p.a. e pertanto non è necessario instaurare un contraddittorio con l'avviso dell'avvio del

procedimento», *ex multis*: TAR Toscana, I, 10.12.1997, n. 599; TAR Lazio, III, 14.5.1998, n. 1093; TAR Piemonte, I, 15.1.2003, n. 29; TAR Campania, Na, IV, 17.5.2004, n. 8774; TAR Campania, Na, VII, 28.12.2007, n. 16550; TAR Campania, Na, VII, 16.12.2009, n. 8816; TAR Campania, Na, III, 22.2.2010, n. 1053; *Contra*, nel senso della sua necessità poiché la natura vincolata di un provvedimento amministrativo non esclude l'obbligo per la PA. di comunicare l'avvio del procedimento *ex art. 7, l. n. 241 del 1990*: CdS, V, 23.2.2000, n. 948; CdS, V, 29.1.2004, n. 296; TAR Campania, Na, II, 29.4.2005, n. 5226; TAR Abruzzo, Pe, I, 11.3.2008, n. 157. Tuttavia, si rileva come, dall'analisi delle pronunce indicate se da un lato si rileva l'acquisizione gratuita si verifichi di diritto a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, meno pacifica è l'individuazione dell'esatto momento in cui il bene passa nel patrimonio pubblico. Come visto, secondo un primo orientamento, ciò avviene solo con la notifica all'interessato dell'atto di accertamento dell'inottemperanza e con la conseguente trascrizione nei registri immobiliari, mentre per altra giurisprudenza operando l'acquisizione di diritto non sarebbe al contrario necessario alcun atto formale. Tuttavia, si veda in proposito: A. MONTAGNA, *Osservazioni a Cassazione pen. 18/12/2006 n. 1904*, in Cass. pen. 2008, 1, 357, ove sostanzialmente si afferma che «una agevole soluzione per quanto riguarda l'individuazione del momento nel quale si verifica l'acquisizione al patrimonio comunale, si può trovare attraverso la attenta lettura del dettato normativo, atteso che ai sensi dell'art. 31, d.P.R. 6.6.2001 n. 380 (così come in precedenza secondo il disposto dell'art. 7, l. 28.2.1985, n. 47) se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime (...) sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. Inoltre l'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al co. 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari. Da ciò deve ricavarsi che l'effetto ablatorio si verifica *ope legis*, in caso di mancata esecuzione della demolizione alla scadenza del termine per ottemperare all'ingiunzione a demolire; la successiva notifica dell'accertamento formale della inottemperanza costituirà un adempimento ulteriore, qualificato anche come meramente dichiarativo (cfr. Cass. Pen., III, 16.3.2005, n. 16283, in C.E.D. Cass., n. 231521) necessario solo nei rapporti interni fra privato ed autorità comunale al fine di consentire concretamente l'immissione in possesso, così come la trascrizione nei registri immobiliari diviene per il comune un passaggio necessario per i rapporti con i terzi, ai quali opporre il trasferimento *ex art. 2644 c.c.*, così come al fine di escludere la sopravvivenza di altri provvedimenti amministrativi o giurisdizionali che possano porsi in contrasto con l'effetto acquisitivo derivato dall'accertata inottemperanza».

gittimità anche se predisposta a distanza di molti anni, con la conseguenza che non sembra potersi riconoscere rilievo alcuno all'affidamento che può essersi ingenerato nel privato circa la non punibilità della situazione abusiva (TAR Lazio, I, 30.6.2009, n. 6326). Così brevemente delineati i caratteri propri dell'acquisizione gratuita ci si può dunque soffermare su quelle che sembrano le più rilevanti questioni giuridiche riguardanti tale sanzione.

#### 4. L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale: brevi riferimenti giurisprudenziali alle principali questioni giuridiche.

Una prima rilevante questione attiene alla possibilità o meno di comminare simile sanzione nei confronti del proprietario non responsabile dell'abuso. Sotto il profilo dei soggetti chiamati a rispondere degli abusi edilizi, l'art. 29, TUE (riprendendo in sostanza quanto già contenuto nell'art. 6 della l. n. 47 cit.) indica, in termini comunque non esaustivi, quali responsabili: il titolare del permesso di costruire, il committente, il costruttore, nonché il progettista e il direttore dei lavori.

A completamento di questa disciplina è peraltro necessario coordinare l'art. 29 con l'art. 31, t.u. dell'Edilizia, ove sono posti sullo stesso piano il "proprietario" ed un generico soggetto "responsabile dell'abuso". Il proprietario non è espressamente annoverato tra i soggetti responsabili *ex art. 29 cit.*, ma la giurisprudenza ne ha sempre riconosciuto la responsabilità in termini più o meno accentuati<sup>11</sup>. Con particolare riferimento alla san-

zione dell'acquisizione gratuita, la giurisprudenza si è espressa nel senso che «*poiché l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale è una sanzione prevista per l'ipotesi di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, essa si riferisce esclusivamente al responsabile dell'abuso e non può quindi operare [...] nei confronti del proprietario dell'area quando risulti in modo inequivocabile la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che essendone egli venuto a conoscenza si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento*» (TAR Campania, Na, II, 26.5.2004, n. 8998; TAR Lazio, II, 29.5.2007, n. 4986, nel senso che il proprietario rimane comunque destinatario naturale della sanzione ripristinatoria, in ragione del superiore interesse di conformità dello sviluppo edilizio alla disciplina del territorio, ma può opporsi all'acquisizione dell'area al patrimonio comunale – sanzione sproporzionata rispetto al proprietario adoperatosi inutilmente per evitare l'abuso).

Se dunque la responsabilità del proprietario estraneo all'abuso può, a rigori, essere esclusa laddove questi provi non solo la propria estraneità al compimento dell'opera abusiva ma anche il proprio adoperarsi al fine di rimuoverne gli effetti, deve comunque rilevarsi che l'acquisizione gratuita, stante la sua natura di misura autonoma volta a sanzionare la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione, colpisce direttamente anche il pro-

---

caso di inottemperanza all'ordine il proprietario attuale della *res*, non colpevole per l'abuso, debba subire l'effetto sostanzialmente sanzionatorio dell'acquisizione al patrimonio comunale dell'area di sedime, essendo sufficiente, in tal caso, l'occupazione temporanea della medesima per l'esercizio del potere-dovere sostitutivo di esecuzione d'ufficio dell'ordine demolitorio da parte degli organi comunali. Conformi: TAR Campania, Na, II, 6.5.2011, n. 2581; TAR Puglia, Ba, III, 28.4.2011, n. 673). Anche se altra giurisprudenza ritiene che l'ingiunzione a demolire produca validi effetti nei confronti del proprietario attuale della *res*, ancorché l'abuso sia stato commesso prima della traslazione del diritto di proprietà e ciò in quanto l'acquirente di un immobile abusivo, o del sedime su cui sia stato realizzato il manufatto, succede in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo al precedente proprietario e relativi al bene ceduto, compresa l'abusiva trasformazione: TAR Lombardia, Mi, IV, 9.3.2011, n. 644.

---

<sup>11</sup> Secondo un orientamento c.d. garantista, non si può ritenere responsabile un soggetto per violazione di un presunto dovere di controllo attribuitogli in virtù della sua qualità di proprietario, fermo restando che è onere del proprietario allegare le circostanze di fatto dimostrative dell'altrui esclusiva condotta illecita: Cass. Pen., VI, 28.8.2003, n. 35537. Nel senso che invece la qualità di proprietario costituisce "indizio grave", ma sono comunque necessari ulteriori elementi per fondarne la responsabilità: Cass. Pen., III, 25.2.2003, n. 18756; TAR Emilia Romagna, Pa, 8.11.2006, n. 495. Non è mancata una giurisprudenza più rigorosa, per cui il proprietario si presume responsabile degli abusi edilizi accertati: TAR Piemonte, I, 13.11.2002, n. 1843; TAR Trentino A.A., Bz, 23.8.2002, n. 390; TAR Toscana, I, 9.9.2003, n. 5081. Di recente, cfr.: TAR Lazio, II *bis*, 8.2.2012, n. 1246, che ha escluso che in

prietario non autore dell'abuso<sup>12</sup>.

In tal senso, non può perciò facilmente disconoscersi il carattere concretamente afflittivo dell'acquisizione, carattere che però risulta conflittuale con la natura di misura reale in comune con la demolizione - in quanto destinata a gravare non tanto sull'autore e responsabile dell'opera illecita, quanto sul proprietario dell'immobile, anche se incolpevole.

Ulteriore aspetto rilevante attiene ai rapporti tra l'acquisizione gratuita e l'eventuale istanza di sanatoria delle opere abusive.

In proposito la giurisprudenza ha assunto differenti posizioni.

Da un lato la giurisprudenza ha infatti affermato che l'ordinanza di acquisizione gratuita di un immobile abusivo non demolito e della relativa area di sedime non perde efficacia, come avviene per l'ordinanza di demolizione, a seguito della sola presentazione della domanda di condono, essendo invece a tal fine necessaria una espressa ulteriore istanza dell'interessato<sup>13</sup> ed inoltre che l'acquisizione

<sup>12</sup> In tal senso, anche di recente: TAR Lazio, I, 4.4.2012, n. 3103, secondo cui «*l'intemperanza integra, infatti, un illecito diverso e autonomo dalla commissione dell'abuso edilizio, del quale può rendersi responsabile anche il proprietario, qualora risulti che abbia acquistato o riacquisito la disponibilità del bene e non si sia attivato per dare esecuzione all'ordine di demolizione, o qualora emerga che, pur essendo in grado di dare esecuzione all'ingiunzione, non vi abbia comunque provveduto*». *Contra*: TAR Veneto, II, 16.6.2008, n. 1734, secondo cui «*il provvedimento sindacale recante l'ordine di demolizione di opere edilizie abusive, con preavviso che in caso di mancata ottemperanza il bene viene acquisito al patrimonio del Comune, è illegittimo nella parte in cui dispone la detta acquisizione anche nei confronti dei proprietari non responsabili*». Cfr., altresì: TAR Lazio, I, 7.3.2011, n. 2031 secondo cui «*l'estraneità del proprietario (o del titolare del diritto reale) agli abusi edilizi commessi sulla cosa locata o affittata dal conduttore, locatario o affittuario non implica illegittimità dell'ordinanza di demolizione o di riduzione in pristino dello stato dei luoghi [...] ma la sola in suscettività del provvedimento repressivo e sanzionatorio a costituire titolo per l'acquisizione gratuita*».

<sup>13</sup> In questo senso: TAR Lazio, Lt, I, 7.12.2009, n. 1234, che ritiene valido questo principio anche con riferimento al condono edilizio. Conforme: TAR Sicilia, Ct, I, 20.4.2006, n. 599. Cfr. altresì: TAR Sicilia, Ct, I, 28.1.2009, n. 192 che mette in luce alcuni punti critici dei rapporti tra i due istituti come disciplinati dalla normativa in esame. Secondo questa giurisprudenza difatti «*se è pur vero che nell'ipotesi di cui all'art. 7*

gratuita determina una situazione inconciliabile con la sanatoria soltanto quando all'immissione nel possesso abbia fatto seguito una delle due ipotesi previste dall'art. 43, l. 28.2.1985, n. 47 e cioè, o la demolizione dell'immobile abusivo ovvero la sua utilizzazione a fini pubblici (TAR Lazio, II, 2.4.2010, n. 5614).

Dall'altro, ha invece ritenuto che l'ordine di acquisizione gratuita sia illegittimo laddove l'Amministrazione non si sia pronunciata sulla condonabilità o meno dell'opera edilizia prima di portare ad ulteriore corso il procedimento repressivo (TAR Campania, Na, VII, 4.10.2007, n. 8941). Sotto il profilo penale e rispetto ai rapporti con il processo penale vengono in rilievo principalmente due aspetti: da un lato, le differenze, da un punto di vista statico, tra l'acquisizione gratuita e la confisca e, dall'altro, i rapporti tra questa sanzione ed alcuni provvedimenti emessi dal giudice penale quali l'ordine di demolizione e il sequestro penale. L'acquisizione gratuita viene altresì in rilievo, sotto il profilo penale, quale sanzione ulteriore a fronte del reato di lottizzazione abusiva disciplinato dall'art. 30 del TUE. In particolare, la cc.dd. confisca urbani-

*della l. 47/1985 decorsi 90 gg. dall'ordine di demolizione si verifica ex se l'acquisizione gratuita, senza la possibilità di sanzioni amministrative alternative, è altrettanto vero che l'art. 13 inserisce tutta una ulteriore serie di casi (artt. 9, 10, 11, 12) accomunati, in quanto meno gravi delle ipotesi previste dall'art. 7, dalla possibilità di irrogare sanzioni amministrative in luogo della demolizione e che, in concreto "dilatano" il termine di 90 gg., spostandolo ad uno diverso dagli stessi previsti e comunque alla irrogazione delle possibili sanzioni alternative. Ne deriva che sia la mancata qualificazione da parte del provvedimento impugnato dell'abuso quale opera con variazioni essenziali (sanzionato ex art. 7 cit.), sia la previsione, in esso contenuta, di un termine (indeterminato) legato alla comminazione di sanzioni amministrative per richiedere l'accertamento di conformità ex art. 13 l. 47/1985, depongono per il mancato prodursi di quell'effetto automatico, altrimenti previsto dall'art. 7 della medesima legge, dell'acquisizione gratuita ritenuta sussistente dalla prevalente giurisprudenza. Sicché si può conclusivamente affermare che la formula dubitativa utilizzata nel provvedimento impugnato consente la domanda di sanatoria, laddove tale possibilità è peraltro espressamente prevista dal provvedimento di demolizione, anche dopo il decorso dei 90 gg., e quindi la mancata produzione dell'effetto acquisitivo automatico, conseguente allo spirare del suddetto termine».*

stica non costituisce una misura di sicurezza penale ma una sanzione amministrativa di natura reale, che deve essere obbligatoriamente irrogata dal giudice quando accerta con sentenza definitiva la lottizzazione urbanistica<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Così il prevalente orientamento della Suprema Corte: Cass. Pen., III, 22.3.2005, n. 17424; Cass. Pen., III, 11.5.2005, n. 36940. In dottrina: V. POLI, *Commento all'art. 44 T.U. Ed.*, in *Testo Unico dell'Edilizia*, op. cit.; M. PELISSERO, *Edilizia e urbanistica*, in F. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003. *Contra*: S. VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, secondo cui la confisca ha natura penale. Non è necessaria una sentenza di condanna, in quanto la confisca può conseguire anche a sentenza definitiva di proscioglimento per causa diversa dall'insistenza del fatto (per es., per prescrizione; ma si ritiene anche nel caso di patteggiamento): Cass. Pen., III, 9.11.2000, n. 12999, in *Cass. pen.* 2001, 3165, secondo cui «in caso di lottizzazione abusiva l'ordine di confisca si applica indipendentemente da una sentenza di condanna, stante la sua natura di misura di sicurezza patrimoniale obbligatoria connessa alla oggettiva illiceità del bene [...]». Unico presupposto della confisca è dunque l'accertamento giurisdizionale del verificarsi di una lottizzazione abusiva: Cass. Pen., III, 17.3.2009, n. 17865, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 4, 1655; tuttavia seguendo quanto ribadito dalla giurisprudenza di Strasburgo [in proposito sulla vicenda di Punta Perotti: CEDU, II, 20.1.2009, n. 75909, in *Cass. pen.* 2009, 7–8, 3180] è necessaria l'ulteriore condizione di una condotta colpevole dei soggetti su cui incide la suddetta confisca: Cass. Pen., III, 13.7.2009, n. 39078. Cfr.: P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2010, 351 e ss., ove si sottolinea la distinzione tra la c.d. confisca urbanistica e la diversa confisca facoltativa di cui al co. 1 dell'art. 240 c.p.: infatti la c.d. confisca urbanistica è «obbligatoria e va disposta anche a seguito di sentenza definitiva di proscioglimento [...] i beni vengono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio comunale e non a quello statale[...]». Inoltre, avendo natura reale è possibile disporla anche in danno a terzi estranei al reato «purché nel rispetto del principio di proporzionalità tra esigenze generali di prevenzione e salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo»: Cass. Pen., III, 29.9.2009, n. 42178, in *Cass. pen.* 2009; per i criteri di esclusione della responsabilità dei terzi: C. cost., 15.7.1991, n. 345. In particolare, non può essere disposta la confisca ai danni di terzi di buona fede: stante la natura sanzionatoria della confisca si ritiene applicabile la l. 24.11.1981 n. 689 (artt. 2 e 3). È altresì diversa dalla confisca obbligatoria di cui al co.2 dell'art. 240 c.p., in quanto «il fondo abusivamente lottizzato non ha caratteristiche intrinseche di pericolosità». Se viene adottato un piano di recupero urbanistico dell'area abusivamente lottizzata dopo l'accertamento giurisdizionale, la confisca non può essere disposta oppure, se già disposta, deve essere revocata, ma il reato di lottizzazione abusiva in

Tuttavia, già all'epoca della sua introduzione con la l. n. 10 cit., tale sanzione si presentava di difficile inquadramento.

L'acquisizione gratuita, definita anche confisca urbanistica, non deve infatti confondersi con la confisca di cui all'art. 240 co. c.p., in quanto non postula né l'affermazione di una responsabilità penale di chi ha fabbricato la *res*, né che quest'ultima appartenga all'autore dell'illecito penale<sup>15</sup>.

In proposito, già al momento della sua introduzione, un'autorevole dottrina si era espressa nel senso che l'acquisizione gratuita non potesse coincidere in alcun modo con la confisca penale con finalità punitive - pur se disciplinata dal c.p. tra le misure amministrative e di sicurezza, ex art. 240 - poiché questa incide solo sull'autore del reato.

La confisca amministrativa, invece, per il suo collegamento col solo fatto oggettivo della carenza del titolo, doveva ritenersi piuttosto incidere su chi era in rapporto con la *res*, restando senza rilievo la circostanza che tale soggetto fosse o meno anche l'autore della condotta vietata - potendo semmai accostarsi tale confisca di cui alla l. n. 10 cit. alla confisca penale di cui al co. 2 dell'art. 240 c.p., volta, cioè, a sottrarre alla disponibilità privata la *res* oggettivamente illecita<sup>16</sup>.

capo ai responsabili non si estingue: Cass. Pen., III, 15.10.1997, n. 11436 in *Cass. pen.* 1998, 2697; III, 9.11.2000, n. 12999, in *Urb. e app.*, 2001, 226; Cass. Pen., III, 5.4.2006, n. 17078, in *Cass. pen.* 2006.

<sup>15</sup> Rispetto alla natura dell'acquisizione, è stato pertanto osservato che «non può parlarsi di sanzione in senso proprio[...]. La confisca [nds. urbanistica] può spiegare i suoi effetti anche nei riguardi di soggetti ai quali l'infrazione non risulta riferibile; [...] sembra difficile anche parlare di misura riparatoria: la *res* viene infatti acquisita non in vista della sua demolizione[...] ma all'opposto fine della sua conservazione nella realtà esterna, con esplicito riconoscimento che la realizzazione della stessa non ha prodotto turbative tali da reclamare la riparazione in forma specifica mediante la distruzione del bene: condicio sine qua non per procedere alla confisca è infatti la circostanza che il bene[...] non abbia compromesso interessi urbanistico-ambientali»: A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, op. cit., 138 e ss. Per limitare i dubbi di costituzionalità il legislatore aveva espressamente previsto che la confisca urbanistica potesse trovare applicazione solo in quanto non impedita dal proprietario (art. 15, co. 3 l. 28.1.1977, n. 10).

<sup>16</sup> A. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche*, op. cit., 89. Tuttavia, *contra* questa ricostruzione peraltro ac-

Più di recente la Cassazione<sup>17</sup>, in ordine ai rapporti tra acquisizione gratuita e confisca, si è espressa nel senso che deve escludersi la possibilità di disporre la confisca ai sensi dell'art. 240 c.p., in quanto tale norma è derogata dalla disciplina speciale di cui all'art. 31, co. 9 e 9 *bis* del TUE. Secondo tale normativa speciale difatti spetta all'autorità comunale la scelta tra la demolizione e la conservazione del manufatto sequestrato nel patrimonio immobiliare del Comune, in considerazione dei prevalenti interessi pubblici.

Con riferimento a specifici provvedimenti del giudice penale, quali il sequestro e l'ordine di demolizione, si riporta brevemente quanto in proposito affermato dalla giurisprudenza. Da un lato, infatti, la giurisprudenza anche di recente ha affermato che l'esistenza di un provvedimento di sequestro penale sul manufatto abusivo oggetto di ingiunzione comunale di demolizione/rimessione in pristino non determina la sospensione del termine di 90 gg., il cui decorso comporta in caso di inottemperanza l'acquisizione gratuita del manufatto abusivo e della relativa area di sedime (CdS, IV, 6.3.2012, n. 1260; Cass. Pen., III, 14.1.2009, n. 9186). Viene così in rilievo l'ulteriore aspetto processuale attinente ai rapporti tra confisca e sequestro preventivo (*ex art. 321 c.p.p.*) e probatorio (*ex art. 253 c.p.p.*). Mentre in passato, infatti, da un lato si riconosceva al sequestro carattere strumentale rispetto alla confisca e dall'altro si ammetteva la possibilità di sequestrare il manufatto abusivo per esigenze istruttorie e per preservare l'integrità della prova del reato, onde evitare altresì il protrarsi delle sue conseguenze, con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale e della legge quadro in materia urbanistico-edilizia (l. n. 47 cit.) si ritiene ammissibile il sequestro penale nelle due forme ora previste, in sostanziale accordo con quanto

già previsto in sede giurisprudenziale<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Nella vigenza del c.p.p. del 1930 (art. 219), riteneva illegittimo l'ordine di sequestro, da parte del giudice, del manufatto abusivo: Cass. Pen., III, 14.6.1982, Dell'Isola [in *Riv. giur. ed.* 1982, I, 840] in ragione della contestuale previsione nella l. Urb. della possibilità di emissione dell'ordine di sospensione dei lavori ad opera del sindaco. Dalla l. n. 47 cit. in poi, è stata espressamente riconosciuta la sequestrabilità del manufatto abusivo, sempre per ragioni probatorie o processuali. A norma dell'art. 253 c.p.p. è soggetto a sequestro probatorio il corpo del reato e le cose attinenti al reato stesso. In materia edilizia, sono state ritenute sequestrabili, tra le opere: un manufatto in legno non precario, una roulotte, una tettoia, etc.; ma altresì i materiali utilizzati, quali mattoni, cemento, betoniere, gru ed anche gli attrezzi da lavoro. V. anche: Cass. Pen., III, 6.4.2004, n. 23215; Cass. Pen., sez. un., 28.1.2004, n. 5876, per cui è necessaria esplicita e completa motivazione nel decreto di sequestro probatorio di un manufatto edilizio abusivo in costruzione; Cass. Pen., III, 13.1.2009, n. 8846, per cui le esigenze probatorie che giustificano il sequestro non configgono con la demolizione dell'opera. Il sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p., essendo una misura cautelare reale, ha invece la finalità di impedire l'aggravarsi delle conseguenze del reato. Secondo Cass. Pen., III, 25.3.2004, n. 27929 le opere interne non possono essere oggetto di sequestro; *contra*, Cass. Pen., III, 19.4.2007, n. 22866, in *Cass. pen.* 2008, 6, 2590. In materia edilizia: Cass. Pen., III, 29.9.2009, n. 42178 [conforme: Cass. Pen., III, 5.7.2005, n. 34142] per cui il mutamento d'uso dell'immobile sequestrato non implica necessariamente aggravio delle conseguenze del reato; Cass. Pen., III, 18.9.2003, n. 39713, in *Cass. pen.* 2005, 5, 1679, per cui sono legittimati al sequestro preventivo anche i vigili urbani addetti al controllo edilizio; Cass. Pen., III, 29.9.2009, n. 42178 cit. [conforme: Cass. Pen., III, 17.3.2009, n. 17865] per cui il sequestro preventivo può colpire persone diverse dall'imputato. Le due forme di sequestro possono in linea di massima coesistere: la Suprema Corte, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale sul punto, ritiene ammissibile il sequestro preventivo di una *res* già sottoposta a sequestro probatorio se diviene reale la possibilità di utilizzare il bene in contrasto con le esigenze di cui all'art. 321 c.p.p.; si esclude invece tale coesistenza nella fase di indagini preliminari. In ordine alla problematica relativa al sequestro preventivo di un immobile abusivo ultimato, l'attuale giurisprudenza [*ex multis*, Cass. Pen., III, 16.11.2007, n. 47326; Cass. Pen., III, 8.2.2002, n. 11146, in *Riv. pen.* 2002, 448] ritiene ammissibile tale sequestro, ed altresì lo sgombero disposto dal P.M. per darvi concreta attuazione; per un approfondimento: P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, op. cit., 539 e ss. Di per sé il sequestro non costituisce fatto impeditivo assoluto dell'attuazione della demolizione; ne consegue che se il responsabile dell'abuso gravato della sanzione demolitoria, non vi ottempera, l'immobile sarà comunque acquisito al patrimonio comunale: Cass. Pen., III, 14.1.2009, n. 9186, in *Cass. pen.* 2009, 243098 [con-

colta dalla prevalente dottrina, cfr. R. GRACILI - A. SAJA, *Dottrina e giurisprudenza per repressione e legalizzazione degli illeciti urbanistico-edilizi*, in *Le Sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Mi, 1982, 352.

<sup>17</sup> Con riferimento alla contestata violazione di cui all'art. 44 lett. b, d.P.R. n. 380/01, cfr.: Cass. Pen., III, 28.10.2009, n. 9170, in *Riv. Giur. Ed.* 2010, 2, I, 616.

Per quanto concerne, infine, il rapporto tra acquisizione gratuita e ordine di demolizione emesso dal giudice penale (TAR Lazio, I *quater*, 10.2.2012, n. 1355) e/o eseguito dal Pubblico Ministero, la giurisprudenza di legittimità ha risolto la questione nel senso che anche tali atti dell'autorità giudiziaria non sono ritenuti incompatibili con l'acquisizione, anche già avvenuta, a favore del Comune.

Si richiama in proposito la finalità attuale di tale sanzione che è la medesima perseguita dall'ordine di demolizione, anche emesso dal giudice penale, e che corrisponde appunto alla demolizione dell'opera abusiva e alla rimessione in pristino dello stato dei luoghi<sup>19</sup>.

### 5. Conclusioni.

Attraverso lo studio del sistema sanzionatorio in materia edilizia è possibile verificare l'efficacia e l'idoneità degli strumenti repressivi che il legislatore ha approntato per contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio e meglio tutelare il territorio. Da quanto sopra rilevato emerge che questa misura si presenta come la più idonea a costituire un efficace deterrente per l'attività abusiva, proprio in ragione della sua incidenza sulla *res* abusiva. Tra tutte le cc.dd. *sanzioni urbanistiche* amministrative, cui si è fatto brevemente cenno, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale sembra l'unica a presentare un carattere afflittivo tale da poterla considerare non una semplice misura ripristinatoria, bensì una sanzione vera e propria. Tuttavia, per sondarne la concreta efficacia, sarebbe senz'altro utile anche un'indagine di carattere statistico sulla sua concreta utilizzazione da parte dei Comuni. Difatti, con l'acquisizione gratuita

formi: Cass. Pen., III, 28.11.2007 n. 4965, in *Cass. pen.* 2008; Cass. Pen., III, 28.11.2007, n. 4962, in *Cass. pen.* 2008; difforme: Cass. Pen., III, 9.6.2004, n. 35785; III, 13.1.2009, n. 8846, in *Cass. pen.* 2009, secondo cui «*in materia di lottizzazione abusiva, l'esistenza di un provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca dell'area non è di ostacolo a che la parte possa ottenere il dissequestro temporaneo e parziale al fine di ottemperare all'ordine di demolizione del manufatto[...]*» Cfr.: Cass. Pen., III, n. 2403/2000.

<sup>19</sup> Cass. Pen., III, 28.4.2010, n. 32952, con nota di C. DI SANTO, *L'ordine di demolizione delle opere abusive in sede penale e amministrativa: problematiche di coordinamento*, in *Cass. pen.* 2011, 11, 3970.

al proprio patrimonio, il Comune non solo incrementa le proprie risorse ma, laddove ne ricorrano i presupposti<sup>20</sup>, può deliberare anche la conservazione della stessa opera abusiva per riutilizzarla a fini pubblici, piuttosto che demolirla a spese del responsabile dell'abuso.

Sotto il profilo della sua efficacia ed effettiva incisività, l'acquisizione gratuita può, altresì, essere accostata a quelle ulteriori conseguenze di carattere civilistico che, pur non potendosi considerare alla stregua di sanzioni nel senso proprio del termine, hanno tuttavia una maggiore e concreta incidenza sui soggetti coinvolti a vario titolo nell'illecito edilizio. In proposito<sup>21</sup>, la dottrina ha da tempo rilevato come quelli che sembrano essere gli strumenti più efficaci per perseguire tali obiettivi, siano proprio quelle misure incidenti sul piano civilistico, che presentano un carattere maggiormente deterrente, impedendo, ad esempio, la libera commerciabilità del bene oggetto di intervento abusivo e la sua disposi-

<sup>20</sup> CdS, V, 27.4.2012, n. 2450 secondo cui presupposti dell'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio comunale di un'opera abusiva, quale atto dovuto, privo di discrezionalità, sono l'accertamento dell'inottemperanza di ingiunzione di demolizione ed il decorso del termine di legge (cfr.: CdS, V, 1.10.2001, n. 5179). Ne consegue che, in sede di impugnazione dell'ordinanza che dispone tale misura, la censura di carenza di motivazione in ordine alla valutazione dell'interesse pubblico è destituita di qualsiasi fondamento giuridico, non essendovi alcuna valutazione discrezionale da compiere (e di conseguenza da giustificare).

<sup>21</sup> Trattasi in primo luogo della nullità degli atti di trasferimento, costituzione, scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici ...ove non risultino gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria (art.46 TUE) e della conseguente incommerciabilità che grava sugli immobili abusivi. Ulteriori "sanzioni", atte a disincentivare la realizzazione di attività abusiva, sono inoltre quelle poste a carico dei notai *ex art. 47 t.u.e.*, ed il divieto, imposto, *ex art. 48 t.u.e.*, alle aziende erogatrici di pubblici servizi, di somministrare forniture agli immobili abusivi. Sono altresì previste conseguenze di carattere retributivo, che si traducono, a norma dell'art. 49 t.u.e, nella perdita delle agevolazioni fiscali (riacquistabili, però, a seguito di sanatoria, a norma del successivo art. 50). Cfr., tra gli altri: N. CENTOFANTI, *L'abusivismo edilizio: sanzioni amministrative e penali*, 2010, 426; D.N.L. PALOMBELLA, *Il Testo Unico dell'Edilizia tra attività edificatoria e tutela del consumatore*, suppl. a *Dir. e giust.*, 2003, 31, 133; G. DI GIOVINE, *Commento all'art. 46 T.U. Ed.*, in *Testo Unico dell'Edilizia*, op. cit., 830.

zione attraverso atti giuridici, e coinvolgendo in termini di responsabilità altri soggetti (no-

taio; funzionario Azienda erogatrice di pubblici servizi etc.).

«.....GA.....»

## LA GIURISPRUDENZA SUI RAPPORTI TRA PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DI VIGILANZA EDILIZIA E PROCEDIMENTI DI SANATORIA

della Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale

*La giurisprudenza ha chiarito che la definizione del procedimento sanzionatorio in materia edilizia è condizionata alla previa definizione del procedimento volto ad ottenere un permesso di costruire in sanatoria per le medesime opere abusive*

The Court has clarified that the definition of enforcement proceedings in their building is conditioned on the prior definition of the procedure for obtaining a permit to build in the same amnesty for illegal works

*Sommario: 1. Premessa. 2. Rapporti tra procedimenti amministrativi di vigilanza edilizia e procedimenti di sanatoria.*

### 1.Premessa.

In linea di principio, la disciplina relativa all'attività di vigilanza in materia edilizia è attualmente contenuta nel Capo I del Titolo IV del d.P.R. 6.6.2001 n. 380 (t.u. dell'Edilizia), in particolare all'art. 27 che individua, quale organo competente, il dirigente (o in mancanza, il responsabile del competente ufficio comunale), cui si affianca il Soprintendente (come introdotto *ex art.* 32, d.l. 30.9.2003 n. 269, conv. in l. 24.11.2003 n. 326) a norma del co. 2.

Di fatto, l'attività di vigilanza viene esercitata da parte del dirigente: o d'ufficio o a seguito di comunicazione della Polizia Giudiziaria o su denuncia dei cittadini.

Da una prima lettura dell'art. 27 del TUE emerge lo stretto legame tra attività di vigilanza e regime repressivo in materia urbanistico-edilizia, già proprio della L. 28.2.1985 n. 47, e l'attività di vigilanza appare piuttosto volta ad un controllo *ex post* di legittimità dell'attività edilizia mostrando così di perseguire, come osservato in dottrina, "una duplice finalità: da una parte, la dissuasione dalla violazione delle regole edilizie, dall'altra (...)

*il tempestivo ripristino dell'equilibrio urbanistico violato"*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>R. URSI, *Commento all'art. 27 TUE*, a cura di M.A. SANDULLI, TUE, 2008, 458. Un aspetto di rilievo riguarda altresì la problematica relativa alla fase precedente e propedeutica all'attivazione di un eventuale procedimento di carattere sanzionatorio, ossia quella di controllo del territorio, e al conseguente deficitario collegamento tra tale attività - cui sono preposti altri uffici ed organi comunali, come la polizia municipale - e quella di vigilanza, nonché tra quest'ultima ed il controllo degli adempimenti tributari, o le diverse forme di programmazione anche urbanistica. Difatti, le manchevolezze, a discapito di una efficace attività preventiva e repressiva, verosimilmente derivano da un difetto di coordinamento non solo nell'ambito degli organi ed uffici comunali, ma anche con gli organi statali o regionali che a differenti finalità esercitano un'attività amministrativa avente ad oggetto l'uso del territorio o lo svolgimento di attività che presuppongono l'esistenza di opere edilizie sul territorio. In realtà, malgrado l'esistenza di tecniche avanzatissime di rilievi aerofotogrammetrici, in moltissimi Comuni manca una planimetria man mano aggiornata sulle abilitazioni edilizie concesse e sugli edifici esistenti, che potrebbero invece facilitare un confronto con i dati ormai informatizzati che alcuni uffici statali del settore tributario hanno realizzato con incrocio tra piante catastali e rilievi aerofotogrammetrici. L'obiettivo sarebbe quello di verificare la realizzazione di amplia-

Pertanto, in presenza dei presupposti di legge e dell'accertamento della violazione urbanistico-edilizia, il provvedimento di demolizione è vincolato e non sembra presentare alcun margine di discrezionalità<sup>2</sup>, configurandosi piuttosto un potere-dovere in capo al dirigente di provvedere in tal senso. Si osserva altresì che, in ordine al momento in cui può effettuarsi l'accertamento, a seguito delle modifiche all'art. 27 apportate dalla l. n. 326 cit.<sup>3</sup>, non si fa più esclusivo riferimento all'accertamento "dell'inizio di opere (abusive)" ma altresì anche a quelle in corso d'esecuzione, fugando così ogni dubbio in merito.

## 2. Rapporti tra procedimenti amministrativi di vigilanza edilizia e procedimenti di sanatoria.

Ciò brevemente premesso, l'aspetto più ri-

menti di edifici e perfino sopraelevazioni abusive o non denunciate in catasto. A fronte di limitate risorse di personale comunale per una effettiva e completa vigilanza edilizia, si pongono comunque altri interrogativi: non dovrebbe infatti accadere che il comune fornisca, a fini di agevolazioni fiscali, certificazione ad esempio relativa a rete di gas, per utenze collocate in zona sulla quale non esiste abilitazione edilizia o edificio regolarmente risultante. Inoltre un ulteriore riscontro potrebbe rinvenirsi avvalendosi dei dati delle (o aumento di forniture) utenze di gas, acqua e telefono, nonché soprattutto di elettricità, anche per uso cantiere o lavori temporanei, che le imprese fornitrici sono obbligate ad acquisire e fornire. Probabilmente il più efficace strumento repressivo del fenomeno dell'abusivismo edilizio trova fondamento proprio in una politica continua di coordinamento nelle diverse possibilità di acquisire elementi su opere edilizie abusive, che potrebbe così contribuire ad eliminare tutte le forme di favoritismi o di disattenzioni più o meno volontarie o procacciate, che possono costituire la base per occasioni illecite.

<sup>2</sup> *Ex multis*: TAR Umbria, I, 3.8.2012, n. 319; TAR Campania, Na, II, 26.6.2012, n. 3017; TAR Basilicata, I, 19.6.2012, n. 284.

<sup>3</sup> La l. 24.11.2003 n. 326 c.d. "terzo condono edilizio", di conversione del d.l. 30.9.2003 n. 269, ha modificato l'art. 27, co. 2 prevedendo esplicitamente la repressione anche per l'esecuzione (e non solo per l'inizio) di opere eseguite senza titolo su aree non edificabili; la demolizione immediata anche *in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici*; la vigilanza del Soprintendente per gli abusi realizzati su aree soggette a vincolo paesaggistico e ambientale. I precedenti "condoni edilizi" risalgono al 1985 e al 1995.

levante e di taglio prettamente pratico su cui è opportuno soffermarsi è quello relativo al concreto svolgimento del procedimento sanzionatorio ed in particolare al coordinamento tra questo procedimento e quelli attivi presso altri Uffici dell'Amministrazione a fini di sanatoria (accertamento di conformità o condono). Difatti, a fronte dell'accertamento di un abuso edilizio, il procedimento che si attiva, e volto alla sua repressione, può venire inciso laddove il responsabile dell'abuso presenti, presso gli Uffici competenti, istanza di accertamento di conformità ovvero di condono.

In simili casi appare quindi necessario un coordinamento tra i due procedimenti attivati presso Uffici diversi dell'Amministrazione, senza peraltro celare le concrete difficoltà che ciò comporta. Non è infrequente difatti che il procedimento di sanatoria non si concluda in breve termine, creando pertanto incertezze, anche in ordine alla configurabilità di una responsabilità disciplinare, nell'operato degli altri uffici responsabili del procedimento sanzionatorio.

Se infatti l'art. 2, l. 7.8.1990 n. 241 stabilisce il dovere di concludere tempestivamente ogni procedimento amministrativo avviato d'ufficio o su istanza di parte - essendo le cause d'interruzione o di sospensione dello stesso "tipiche e di stretta interpretazione"<sup>4</sup> - per quanto concerne i procedimenti sanzionatori in materia edilizia è prevista una loro sospensione *ex lege* fino alla concreta definizione del procedimento sull'istanza di condono presentata in relazione alle medesime opere abusive<sup>5</sup>.

La giurisprudenza ha difatti chiarito che la definizione del procedimento sanzionatorio in materia edilizia è condizionata alla previa definizione del procedimento volto ad ottenere

<sup>4</sup> *Ex multis*: TAR Emilia Romagna, Bo, I, 28.10.2011, n. 747; TAR Sicilia, Pa, I, 7.6.2010, n. 7207. Circa la non consumazione del potere amministrativo, cfr.: TAR Lombardia, Mi, III, 4.6.2010, n. 1746.

<sup>5</sup> Definizione questa che costituirà il presupposto di rinnovate valutazioni in ordine all'eventuale ulteriore sanzionabilità dell'abuso, con adozione di un nuovo provvedimento di demolizione: TAR Puglia, Le, III, 10.2.2011, n. 264; Id., 23.8.2011, n. 1541; TAR Abruzzo, Aq, I, 30.4.2012, n. 296; TAR Campania, Na, II, 8.6.2012, n. 2746.



un permesso di costruire in sanatoria per le medesime opere abusive. Ne consegue che la presentazione di un'istanza di condono da parte del privato impedisce *ex lege* la prosecuzione del procedimento sanzionatorio finché l'amministrazione non si sia pronunciata sulla suddetta istanza e non abbia concluso il relativo procedimento.

In altri termini, la pendenza di procedimenti autorizzatori (volti al conseguimento di un titolo in sanatoria), non ancora definiti, genera l'obbligo in capo all'Amministrazione di pronunciarsi sulle istanze pendenti prima di adottare eventuali provvedimenti sanzionatori, tanto in aderenza ad un pacifico orientamento giurisprudenziale, ispirato da evidenti esigenze garantistiche di tutela della posizione del contravventore e di economia, evitandosi la distruzione di beni che potrebbero risultare suscettibili di sanatoria<sup>6</sup>.

In tal senso si è espressa anche la dottrina, ritenendo che la presentazione della domanda di permesso in sanatoria determini *ipso facto* la sospensione del procedimento sanzionatorio. Quest'ultimo potrà riprendere il suo *iter* solo nel caso in cui sull'istanza si sia formato il silenzio rifiuto (art. 36, co. 3, TUE) o nell'ipotesi di un diniego formale della stessa. Nell'opposta ipotesi, invece, il procedimento dovrà essere considerato estinto o interrotto<sup>7</sup>.

Perciò, laddove sia stata presentata domanda di sanatoria, il provvedimento repressivo perde la propria efficacia in quanto deve essere sostituito o dal permesso di costruire in sanatoria ovvero da un nuovo procedimento sanzionatorio<sup>8</sup>.

Dato questo orientamento in via generale, una parte della giurisprudenza ritiene altresì che il procedimento amministrativo volto all'irrogazione di sanzioni per immobili abusivi non debba essere sospeso allorché risulti sicuramente la non condonabilità delle opere, con la conseguenza che detta non condonabilità ben potrà essere accertata in sede di contenzioso, eventualmente sorto dopo l'irrogazione delle medesime sanzioni.

Secondo questa giurisprudenza, in partico-

lare, l'amministrazione dovrà preventivamente vagliare, in sede di procedimento sanzionatorio, l'astratta configurabilità delle opere da un punto di vista vincolistico e temporale, ai fini dell'accertamento dei presupposti per la sospensione del procedimento stesso, non dovendo invece sospendere il suddetto procedimento laddove, già dagli atti in suo possesso, le opere risultino chiaramente non suscettibili di condono<sup>9</sup>.

Un'ulteriore considerazione concerne l'ipotesi in cui sia stata presentata un'istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. 6.6.2001 n. 380.

In proposito, parte della giurisprudenza si è espressa nel senso che "*il procedimento di accertamento di conformità ex art. 36 del TUE ha finalità e modalità diverse da quello di condono ex art. 32 d.l. 30.9.2003 n. 269, conv. nella l. 24.11.2003 n. 326, sicché non può trarsi per esso la medesima conclusione relativamente alla sospensione del procedimento sanzionatorio, fino all'esito dell'esame della domanda di accertamento di conformità*". Questo in ragione del fatto che i presupposti dei due procedimenti in sanatoria - rispettivamente di condono edilizio e di accertamento di conformità - sono non solo diversi ma anche antitetici, atteso che il primo concerne il perdono *ex lege* per la realizzazione *sine titulo* abilitativo di un manufatto in contrasto con le prescrizioni urbanistiche (violazione sostanziale), mentre il secondo l'accertamento *ex post* della conformità dell'intervento edilizio realizzato senza preventivo titolo abilitativo agli strumenti urbanistici (violazione formale)<sup>10</sup>.

Al riguardo la medesima giurisprudenza ha chiarito che la validità ovvero l'efficacia dell'ordine di demolizione non risulta pregiudicata dalla successiva presentazione di un'istanza di sanatoria ai sensi dell'art. 13, l. n. 47 cit. (ora art. 36, d.P.R. 380 cit.), posto che nel sistema non è rinvenibile una previ-

<sup>6</sup> TAR Campania, Na, II, 23.2.2011, n. 1019; Id., III, 14.7.2011, n. 3788.

<sup>7</sup> G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, 592.

<sup>8</sup> Tar Campania, Na, III, 14.7.2011, n. 3788 cit..

<sup>9</sup> L'amministrazione dovrà operare in ogni caso nel rispetto dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, al fine di evitare inutili sospensioni procedurali: TAR Campania, Na, VII, 13.1.2012, n. 142.

<sup>10</sup> TAR Lazio, I, 11.10.2011, n. 7856; Id., I *quater*, 21.11.2011, n. 9112.

sione dalla quale possa evincersi un tale effetto.

Di conseguenza se, da un lato, la presentazione della domanda di sanatoria attraverso l'istituto dell'accertamento di conformità determina inevitabilmente un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione (al fine di evitare, in caso di accoglimento dell'istanza, la demolizione di un'opera astrattamente suscettibile di sanatoria), dall'altro occorre ritenere che l'efficacia dell'atto sanzionatorio sia soltanto sospesa, cioè che l'atto sia posto in uno stato di temporanea quiescenza. Secondo tale ricostruzione, all'esito del procedimento di sanatoria, in caso di accoglimento dell'istanza, l'ordine di demolizione rimarrà pertanto privo di effetti in ragione del sopravvenuto venir meno dell'originario carattere abusivo dell'opera realizzata; di contro, in caso di rigetto dell'istanza, l'ordine di demolizione riacquisterà la propria efficacia, senza perciò bisogno di un nuovo provvedimento sanzionatorio (TAR Campania, Na, II, 26.6.2012, n. 3017). Di diverso avviso altra parte della giurisprudenza secondo cui, una volta che il soggetto destinatario del provvedimento sanzionatorio abbia esercitato la facoltà di chiedere la regolarizzazione della propria posizione in applicazione dell'art. 36, d.P.R. n. 380 cit., l'esercizio del potere repressivo dell'Amministrazione viene meno fino a quando que-

sta non si sia pronunciata sull'istanza stessa. La presentazione dell'istanza di sanatoria comporterebbe pertanto a carico dell'amministrazione il riesame della situazione, alla luce della possibile conformità agli strumenti urbanistici delle opere realizzate, le quali perciò dovranno essere valutate non più in relazione alla loro mera difformità dagli atti autorizzativi esistenti ma verificando se sussistono i differenti ed autonomi presupposti richiesti ai fini del rilascio della concessione in sanatoria.

Pertanto, laddove l'amministrazione decida di respingere in tutto o in parte la domanda di accertamento di conformità, dovrà adottare un nuovo provvedimento sanzionatorio, contro il quale il privato potrà poi proporre le proprie difese (TAR Valle d'A., I, 14.7.2010, n. 48).

Ciò detto in merito ai rapporti tra procedimenti aventi ad oggetto la concessione di titoli in sanatoria e procedimenti sanzionatori, sembra potersi ritenere che - vista l'autonomia dei due procedimenti e delle conseguenze derivanti da una ritardata definizione dei primi, compreso l'eccessivo dilatarsi dei tempi di conclusione del procedimento sanzionatorio - non potrà che rispondere, a fini disciplinari, il relativo responsabile del procedimento ovvero chi sia chiamato ad esercitare poteri sostitutivi nei suoi confronti.

«.....GA.....»

## BREVI RIFLESSIONI IN ORDINE ALLA FORMAZIONE DEL SILENZIO-ACCOGLIMENTO IN TEMA DI CONDONO EDILIZIO

della Dott.ssa Federica Valente

*Il silenzio dell'amministrazione a seguito della presentazione di istanza di sanatoria a norma dell'art. 32 co. 37 l. 24.11.2003 n. 326, laddove la stessa sia formulata in modo scorretto, omissivo ovvero dolosamente infedele, non equivale al rilascio del titolo abilitativo*

The inactivity of the government after the submission of application for amnesty under art. 32 par. 37 l. 24.11.2003 n. 326, whereas it is incorrectly worded, omissive or intentionally unfaithful, is not equivalent to the release of habilitation

*Sommario: 1. Premessa. 2. Natura del provvedimento. 3. L'istanza di condono edilizio sotto il vigore della l. n. 47 del 1985. 4. Risvolti problematici della l. 24.11.2003 n. 326 in tema di condono edilizio. 5. Conclusioni.*

### 1. Premessa.

Prescindendo dalle valutazioni in ordine ai difficili rapporti tra le varie leggi di condono edilizio susseguitesi nel tempo, con il presente scritto si intende avere particolare riguardo alla natura dell'istanza di condono, al fine di individuare gli oneri che scaturiscono in capo all'amministrazione competente dalla presentazione di tale atto.

### 2. Natura del provvedimento.

Giova innanzitutto ricordare che i procedimenti finalizzati alla sanatoria degli abusi edilizi sono avviati su istanza di parte ed è previsto che il silenzio dell'amministrazione, nei 24 mesi successivi alla presentazione dell'istanza, equivalga al rilascio del titolo abilitativo. A conferma di ciò e coerentemente con la disciplina degli atti emessi dalla PA. su istanza di parte, si evidenzia infatti come la Giurisprudenza non ritenga necessario che l'attività d'istruzione procedimentale e l'eventuale provvedimento di diniego in cui essa sfocia siano preceduti dalla comunicazione dell'avvio del procedimento<sup>1</sup>.

Da tale presupposti sorgono interessanti considerazioni in relazione alla qualificazione del silenzio amministrativo nei casi in cui

<sup>1</sup> CdS, IV, 22.1.2010, n. 209; CdS, IV, 6.7.2012, n. 3969.

l'istanza risulti formulata in modo infedele presentata ovvero manchi della documentazione integrativa prescritta dalla legge di riferimento, sia essa l. n. 47 del 1985; la l. n. 724 del 1994, ovvero d.l. n. 269 del 2003, convertito con l. 24.11.2003 n. 326. È ormai noto, infatti, come l'istituto del silenzio assenso, previsto dall'art. 20 l. 241 del 1990, preveda la possibilità che il procedimento termini mediante silenzio-assenso quando all'inattività dell'amministrazione corrisponda la produzione degli stessi effetti del provvedimento richiesto dalla parte.

La formazione del c.d. "silenzio-accoglimento" incontra tuttavia dei limiti nella correttezza dell'attività d'iniziativa procedimentale cui risulta onerato il privato e per tale ragione occorre individuare la documentazione e le modalità di formulazione che le surrichiamate fonti normative ritengono necessarie ai fini del corretto avvio del procedimento di sanatoria<sup>2</sup>.

### 3. L'istanza di condono edilizio sotto il

<sup>2</sup> Giova a tal proposito rilevare che a norma dell'art. 35 l. 28.2.1985 n. 47 l'allegazione della documentazione richiesta è sostituita da apposita dichiarazione sostitutiva del richiedente, resa ai sensi dell'art. 4 della l. 4.1.1968 n. 15.

**vigore della l. n. 47 del 1985.**

La l. n. 47 del 1985, all'art. 35 indica come la domanda relativa alla definizione dell'illecito edilizio debba necessariamente comporsi e precisa che, facendo salvo il disposto del primo comma dell'art. 40, decorso il termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, quest'ultima debba intendersi accolta ove l'interessato abbia provveduto al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio ed alla presentazione all'ufficio tecnico erariale della documentazione necessaria all'accatastamento. Dalla lettura della normativa, pertanto, sembrerebbe potersi desumere che solo a fronte di un'istanza di condono formulata e integrata così come prescritto *ex lege* possa ritenersi decorrere il termine biennale entro cui incombe sull'amministrazione l'onere di adottare opportunamente un provvedimento di negazione del titolo abilitativo.

Ciò in quanto solo ove la domanda sia corredata di tutta la documentazione, la PA. potrà essere posta nella condizione di istruire regolarmente il procedimento e, decorsi 24 mesi senza che sia stato comunicato il diniego del condono, la domanda potrà ritenersi accolta. A conferma di tale interpretazione, peraltro, si rileva che la norma fa salva l'ipotesi di domanda formulata in modo dolosamente infedele secondo quanto disposto dall'art. 40.

Attraverso tale rinvio si richiamano le ipotesi in cui resta escluso l'accoglimento per silenzio e, fra queste, risultano esplicitamente contemplate le domande di concessione in sanatoria non correttamente presentate, ovvero presentate oltre il termine.

Ne deriva che in base al dettato normativo della l. n. 47 del 1985, nei casi in cui l'istanza presenti omissioni contenutistiche ovvero inesattezze, la stessa possa ritenersi dolosamente infedele e dovranno applicarsi le sanzioni di cui al capo I.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> La giurisprudenza amministrativa è ormai costante nel ritenere che il silenzio-assenso di cui all'art. 35, l. n. 47 del 1985 sulle domande di sanatoria degli abusi edilizi richieda, per la sua formazione, quale presupposto essenziale, oltre al completo pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, che siano stati integralmente assolti dall'interessato gli oneri di documentazione relativi in particolare al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle

**4. Risvolti problematici della l. 24.11.2003 n. 326 in tema di condono edilizio.**

La disciplina appena evidenziata appare tuttavia solo parzialmente mutuata dalla l. 24.11.2003 n. 326 in relazione ai titoli abilitativi rilasciati in sanatoria di cui all'art. 32 co. 37. Tale disposizione, diversamente dalla l. n. 47 del 1985 e dalla l. n. 724 del 1994, che alla prima rinvia, non contempla le ipotesi di domanda omissiva, inesatta ovvero dolosamente infedele e solo nei casi in cui l'oblazione dovuta non sia stata interamente corrisposta ovvero sia stata determinata in forma dolosamente inesatta, dispone il rinvio all'art. 40 della l. 28.2.1985 n. 47, limitatamente alle sanzioni ivi indicate.

Rimane pertanto da chiedersi se alla luce dell'art. 32 co. 37, l. 24.11.2003 n. 326, quindi ove non esplicitamente escluso, possa ritenersi che, a fronte di una domanda incompleta, inesatta, ovvero dolosamente infedele nella sua formulazione, il silenzio che ne segue assuma rilievo nel mondo giuridico?

Benché il mancato richiamo offra spunti argomentativi a coloro che hanno interesse alla qualificazione del silenzio in termini di rilascio del titolo abilitativo, occorre piuttosto domandarsi se l'omissione di cui sopra non costituisca una mera svista del legislatore, soprattutto in considerazione della varietà contenutistica che contraddistingue la l. 24.11.2003 n. 326. In particolare, a fronte della natura del silenzio-assenso quale istituto di snellimento procedimentale, si evidenzia come dall'ammissione di un silenzio qualificato in casi d'istanza di condono omissiva, scorretta o infedele deriverebbe l'attribuzione di una vera e propria efficacia sanante all'inerzia della PA., potenzialmente ricorrente in casi in cui l'interesse pubblico risulti gravemente compromesso.

Una tale lettura appare *prima facie* inammissibile in quanto distorsiva dell'istituto del

opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'Amministrazione comunale, differenziandosi il tacito accoglimento della domanda di condono dalla decisione esplicita solo per l'aspetto formale. TAR Sicilia, Ca, I, 24.5.2012, n. 1316.



silenzio-assenso nonché particolarmente gravosa per la PA., onerata dell'adozione tempestiva di un provvedimento di diniego anche in casi di domanda formulata in modo palesemente scorretto od omissivo.

### 5. Conclusioni.

Su queste premesse appare piuttosto opportuno escludere che il silenzio-assenso previsto in tema di condono edilizio ai sensi dell'art. 32 co. 37 l. 24.11.2003 n. 326 si formi per il solo decorso del termine indicato dalla normativa (ventiquattro mesi dalla presentazione dell'istanza) e del pagamento dell'oblazione, senza che si riceva alcuna risposta del Comune competente, occorrendo invero la prova della ricorrenza di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi stabiliti dall'art. 32 co. 37, l. 24.11.2003 n. 326, cui è subordi-

nata l'ammissibilità del condono.

La giurisprudenza ha infatti avuto modo di osservare come, anche in mancanza di espressa previsione, debba ritenersi necessario che la domanda sia stata corredata dalla prescritta documentazione, non sia infedele, sia stata interamente pagata l'oblazione e che l'opera sia stata ultimata nel termine di legge e non sia in contrasto con i vincoli di inedificabilità di cui all'art. 33 l. 28.2.1985 n. 47 (TAR Puglia, Le, III, 12.4.2012, n. 625).

Ne deriva che, anche nelle ipotesi di istanza di sanatoria di cui all'art. 32 l. 24.11.2003 n. 326, il semplice decorso del termine per provvedere costituisce solo uno degli elementi necessari, non potendo ritenersi in alcun modo di per sé sufficiente al conseguimento del titolo edilizio abilitativo.

«.....GA.....»

# L'ATTIVITÀ EDILIZIA IN ASSENZA DI PIANIFICAZIONE ATTUATIVA: LA RECENTE GIURISPRUDENZA SUL C.D. LOTTO INTERCLUSO

della Dott.ssa Valentina Pavone

*Evidenziato il ruolo fondamentale della pianificazione attuativa come condizione indispensabile per la realizzazione di legittimi interventi costruttivi all'interno del tessuto urbano, l'A. analizza le soluzioni offerte dalla giurisprudenza e dalla legge per affrontare il problema della mancata adozione da parte degli organi competenti dei piani attuativi con conseguente paralisi dell'attività di trasformazione del territorio. In particolare si analizzano gli sviluppi della giurisprudenza amministrativa di fronte alla fattispecie del c.d. lotto intercluso*

Highlighted the key role of implementation planning as a prerequisite for the realization of constructive intervention legitimate within the urban fabric, the A. analyzes the solutions offered by the law and by the law to address the problem of lack of adoption by the competent organs of implementation plans resulting in paralysis of land transformation tasks. In particular, it analyses developments in administrative law in front of the present case the so-called lotto intercluso.

*Sommario: 1. Premessa. 2. L'attività edilizia in assenza di pianificazione attuativa: giurisprudenza sul cd lotto intercluso.*

## **1.Premessa.**

La pianificazione di attuazione, secondo l'impostazione voluta dal legislatore del 1942 con la l. n. 1150 - c.d. Legge Urbanistica Fondamentale - costituisce lo strumento per rendere effettive le scelte urbanistiche assunte in sede di approvazione dello strumento urbanistico comunale<sup>1</sup>.

L'attività pianificatoria di dettaglio è, dunque, la condizione indispensabile per la trasformazione del territorio comunale attraverso la realizzazione di interventi edilizi, e da parte del soggetto pubblico e da parte del soggetto privato, La pianificazione attuativa è, infatti, per il privato la condizione necessaria per ottenere la concessione dei titoli abilitativi ed è, per la pubblica amministrazione, la condizione necessaria per dare avvio alle procedure ablativo dirette alla costruzione di opere di interesse pubblico.

## **2. L'attività edilizia in assenza di pianificazione attuativa: giurisprudenza sul cd lotto intercluso.**

<sup>1</sup> Cfr. art. 13 della l. 17.8.1942, n. 1150, rubricato "Contenuti dei piani particolareggiati".

A dispetto della centralità giuridica riconosciuta, dunque, alla pianificazione di attuazione nello sviluppo del territorio comunale, l'attività diretta alla formazione di detti piani è stata a lungo pressoché dormiente.

Pertanto, al fine di evitare la paralisi dell'attività edilizia, e quindi dello sviluppo urbanistico del territorio, che questo stato di cose avrebbe comportato, la giurisprudenza amministrativa ha nel tempo individuato specifiche condizioni in presenza delle quali gli interventi edilizi potevano ritenersi consentiti, pur in assenza di pianificazione urbanistica attuativa.

In primo luogo, secondo il giudice amministrativo poteva dirsi legittima l'attività edilizia, in assenza di pianificazione attuativa, quando l'intervento di trasformazione doveva effettuarsi in una zona sufficientemente urbanizzata<sup>2</sup> e quando già lo strumento urbanisti-

<sup>2</sup> Secondo giurisprudenza consolidata "il piano attuativo è inutile (per impossibilità dell'oggetto o per sopravvenuta carenza della causa) laddove la zona interessata dall'iniziativa edilizia presenti un livello di urbanizzazione tale da non richiedere (perché già realiz-

co comunale ed il regolamento edilizio recavano sufficienti indicazioni sulle modalità edificatorie. Nel caso di un'area sufficientemente urbanizzata, lo strumento attuativo, anche se previsto ai fini del rilascio dei titoli abilitativi, non appariva indispensabile, poiché si affermava l'equipollenza tra pianificazione urbanistica esecutiva e lo stato di sufficiente urbanizzazione della zona<sup>3</sup>.

Da ciò derivava, secondo tale impostazione, l'impossibilità di ammettere l'esecuzione di interventi costruttivi, in assenza di pianificazione attuativa, nelle zone di espansione. La giurisprudenza riteneva, altresì, legittimi, in assenza di pianificazione attuativa, interventi edilizi realizzati sulla base di un piano urbanistico generale con puntuali prescrizioni sulle localizzazioni ovvero quando l'intervento costruttivo in questione aveva incidenza sull'esistente, si pensi agli interventi di risanamento e restauro<sup>4</sup>.

Sulla tematica dell'ammissibilità di interventi edilizi in un tessuto urbano privo di pianificazione di dettaglio è intervenuto nel 2001 il legislatore nazionale, che ha disciplinato tale situazione nell'art. 9 del d.P.R. n. 380 – c.d. Testo unico in materia edilizia – conte-

---

*zate dai soggetti che hanno edificato) e/o da non consentire (per l'esiguità della superficie dei lotti ancora ineditati) la realizzazione di opere di urbanizzazione, e ciò in quanto i piani attuativi del Piano Regolatore Generale hanno lo scopo di far sì che all'iniziativa edilizia dei privati si accompagni la realizzazione delle opere di urbanizzazione" (cfr. ex plurimis TAR, Puglia, Le, Sez. III, 13.5.2008, n. 1375).*

<sup>3</sup> Si tratta di un indirizzo costantemente confermato in giurisprudenza, sul quale si v. *ex plurimis* CdS, Sez. V, 27.10.2000, n. 5756, secondo il quale la deroga all'obbligo del piano attuativo nelle zone già urbanizzate è ammessa se lo stato di fatto sia tale da non rendere più necessaria la pianificazione esecutiva, essendo stato raggiunto il risultato (l'adeguata dotazione di infrastrutture, primarie e secondarie). Se lo stato delle urbanizzazioni è tale da rendere superfluo il piano particolareggiato o di lottizzazione (anche se prescritto dal P.R.G.), la relativa verifica deve riguardare l'intero contenuto di tali piani, cioè le urbanizzazioni primarie, e quelle secondarie, e l'ambito territoriale di riferimento non può essere limitato alle aree di contorno dell'edificio progettato, ma va esteso all'intero ambito che doveva essere pianificato nel dettaglio. In senso conforme, cfr. TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 10.5.2000, n. 266; CdS, V, 15.2.2001, n. 790.

<sup>4</sup> TAR Campania, Napoli, IV, 20.06.2007, n. 7706; TAR Lazio Rm II bis, 4.02.2010, n. 1524.

nente, appunto, la disciplina dell' "Attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica".

Premessa una clausola di salvaguardia, in base alla quale in assenza di pianificazione urbanistica gli interventi costruttivi devono operare in ossequio ai limiti fissati dalle leggi regionali e nel rispetto delle norme previste dal d.lgs. n. 42 del 2004, il legislatore ha limitato la tipologia di interventi edilizi realizzabili nei comuni sprovvisti di strumenti urbanistici. Sono, infatti, consentiti, in ossequio al risalente indirizzo giurisprudenziale, gli interventi sull'esistente, ovvero gli interventi di manutenzione ordinaria; interventi di manutenzione straordinaria, "sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni di uso"; gli interventi di restauro e di risanamento conservativo, gli interventi edilizi rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili, che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse. Sono consentiti, inoltre, al di fuori del fuori dal perimetro dei centri abitati, gli interventi di nuova edificazione nel limite della densità massima fondiaria di 0,03 metri cubi per metro quadro; in caso di interventi a destinazione produttiva, la superficie coperta non può comunque superare un decimo dell'area di proprietà.

Nel secondo comma dell'art. 9, il legislatore si preoccupa di disciplinare proprio l'ammissibilità di interventi edilizi nelle aree in cui non siano stati approvati gli strumenti urbanistici attuativi previsti dagli strumenti urbanistici generali come presupposto per l'edificazione. In tale ipotesi sono consentiti gli interventi di manutenzione ordinaria e gli interventi di ristrutturazione edilizia, anche laddove riguardino uno o più complessi edilizi nella loro interezza e modifichino fino al 25 per cento delle destinazioni preesistenti, purché il titolare del permesso si impegni, con atto trascritto a favore del comune e a cura e spese dell'interessato, a praticare, limitatamente alla percentuale mantenuta ad uso re-

sidenziale, prezzi di vendita e canoni di locazione concordati con il comune ed a concorrere negli oneri di urbanizzazione di cui alla sezione II del capo II del titolo II, avente ad oggetto i "Titoli abilitativi".

La giurisprudenza<sup>5</sup> più recente osserva che il disposto del secondo comma dell'art. 9, d.P.R. n. 380/2001, costituisce regola generale ed imperativa, in materia di governo del territorio: pertanto, il rispetto delle previsioni del p.r.g., solitamente contenute nelle norme tecniche di attuazione, che impongano per una determinata zona la pianificazione di dettaglio sono vincolanti e idonee ad inibire l'intervento diretto costruttivo<sup>6</sup>.

Secondo tale indirizzo quando lo strumento urbanistico generale prevede che la sua attuazione debba aver luogo mediante un piano di dettaglio, il rilascio del titolo abilitativo transita necessariamente per l'approvazione di uno strumento esecutivo<sup>7</sup>, a nulla rilevando, in mancanza di quest'ultimo, considerazioni in ordine allo stato di sufficiente urbanizzazione della zona stessa<sup>8</sup>. Viene affermata, cioè, l'inconfigurabilità di equipollenti al piano attuativo, circostanza questa che impedisce che in sede amministrativa o giurisdizionale possano essere effettuate indagini volte a verificare se sia tecnicamente possibile edificare vanificando la funzione del piano attuativo, la cui indefettibile approvazione, se ritarda, può essere stimolata dall'interessato con gli strumenti consentiti dal sistema<sup>9</sup>. Non deve sottacersi, osserva tale giurisprudenza, la necessità dello strumento attuativo anche in presenza di zone parzialmente urbanizzate che sono, comunque, esposte al rischio di compromissione dei valori urbanistici e nelle quali la pianificazione di dettaglio può conse-

guire l'effetto di correggere e compensare il disordine edificativo in atto<sup>10</sup>.

Con l'intervento del legislatore, si assiste, dunque, ad una inversione di tendenza nella giurisprudenza del giudice amministrativo<sup>11</sup> secondo cui la circostanza della più o meno completa urbanizzazione ed edificazione delle zone di determinato territorio, pur in assenza dell'approvazione del piano attuativo, non può valere, di per sé, a giustificare un giudizio di superfluità del piano attuativo medesimo, e a giudicare illegittimo il diniego di concessione, motivato in base all'assenza dello strumento urbanistico di dettaglio.

In una qualsiasi zona, fortemente urbanizzata, in cui la funzione pianificatoria sia stata sinora completamente trascurata, si pone con maggiore urgenza la necessità di un intervento programmatico del Comune, al fine di verificare, da un lato, l'adeguatezza delle opere d'urbanizzazione primaria alle esigenze della popolazione residente, e al fine di realizzare, dall'altro lato, le opere d'urbanizzazione secondaria ancora compatibili con l'avvenuta edificazione spontanea. In tale ottica, può prescindere dalla pianificazione attuativa, prescritta dalle norme tecniche di P.R.G., o dal sostitutivo piano di lottizzazione, ai fini del rilascio di titoli abilitativi, solo ove nella zona territoriale omogenea, entro la quale ricade l'area che si vorrebbe edificare, sia dimostrata la sussistenza di una situazione di fatto corrispondente a quella derivante dal piano attuativo medesimo (o dal sostitutivo piano di lottizzazione), ovvero vi sia la presenza di opere di urbanizzazione primaria e secondaria pari agli standard urbanistici minimi prescritti<sup>12</sup>, ovvero, come suggerito più di recente dalla suprema Corte di Cassazione<sup>13</sup>, ove sussista una situazione di pressoché completa e razionale edificazione della zona tale da rendere del tutto superfluo un piano attuativo. Non basta, cioè, la mera esistenza di opere di urbanizzazione per escludere la necessità della pianificazione attuativa, ma è neces-

<sup>5</sup> CdS, IV, 10.06.2010, n. 3699.

<sup>6</sup> Cfr. CdS, IV, 30.12.2008, n. 6625.

<sup>7</sup> Cfr. CdS, V, 1.04.1997, n. 300.

<sup>8</sup> Cfr. CdS, IV, 3.11.2008, n. 5471. Sul punto è stato osservato che l'intervento del privato, interessato al titolo abilitativo, volto a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione è idoneo a sopperire solo alla mancanza fisica e materiale di tali opere ma non è in grado di colmare l'assenza dello strumento esecutivo. Cfr. CdS, IV, 26.01.1998, n. 67; Cass. pen., sez. III, 26.01.1998, n. 302; CdS, V, 15.1.1997, n. 39.

<sup>9</sup> TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 14.09.2006, n. 3960

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 19.9.2008, n. 35880.

<sup>11</sup> Cfr. TAR Napoli, Sez. II, 15.6.2006, n. 7406.

<sup>12</sup> Cfr. CdS, V, 3.3.2004, n. 1013; TAR Sicilia, Pa, III, 7.5.2010, n. 6469; TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 27.7.2010, 9052.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 4.3.2011, n. 8796.



sario che le opere esistenti siano sufficienti in un rapporto di proporzionalità fra i bisogni degli abitanti già insediati e da insediare e la qualità e quantità degli impianti urbanizzanti già disponibili destinati a soddisfarli. La valutazione del concreto stato urbanizzativo di fatto non si può limitare, inoltre, alle sole aree di contorno dell'edificio progettato, ma deve coincidere con l'intero perimetro del comprensorio che dovrebbe essere pianificato dallo strumento attuativo.

Alla luce di tali affermazioni si dovrebbe ritenere, di norma, determinante la presenza del piano esecutivo per la legittimità degli interventi costruttivi nel tessuto urbanistico comunale di riferimento.

Invero, la giurisprudenza amministrativa ha dimostrato evidenti aperture: a fronte del principio di indefettibilità della pianificazione attuativa per l'effettuazione di interventi edilizi, la giurisprudenza ha coniato, infatti, una deroga eccezionale in presenza di una peculiare situazione di fatto che ha preso il nome di "lotto intercluso".

Tale fattispecie si configura, secondo l'impostazione più rigorosa, allorché l'area edificabile di proprietà del richiedente abbia le caratteristiche di seguito indicate: a) sia l'unica a non essere stata ancora edificata; b) si trovi in una zona integralmente interessata da costruzioni; c) sia dotata di tutte le opere di urbanizzazione (primarie e secondarie), previste dagli strumenti urbanistici; d) sia valorizzata da un progetto edilizio del tutto conforme al P.R.G.

Tale linea interpretativa è animata dalla finalità di evitare defatiganti attese per il privato ed inutili dispendi di attività procedimentale per l'ente pubblico<sup>14</sup>, poiché la sussistenza delle predette circostanze conduce ipso al legittimo e incondizionato rilascio del titolo abilitativo.

In realtà, la stessa giurisprudenza amministrativa ha limitato le ipotesi configurabili come lotto intercluso, nelle quali può consentirsi, stanti le condizioni sopracitate, interventi edilizi in assenza di pianificazione attuativa.

<sup>14</sup> Cfr. CdS, IV, 29.1.2008, n. 268; CdS, V, 3.3.2004, n. 1013.

Il giudice amministrativo - in linea con la giurisprudenza più rigorosa - ha, infatti, ulteriormente precisato che l'operatività di tale ipotesi eccezionale impone una duplice valutazione discrezionale ad opera del Comune. In primo luogo all'ente comunale è rimessa la valutazione circa la congruità del grado di urbanizzazione<sup>15</sup>, relativa non solo alle sole aree di contorno dell'edificio progettato, ma deve riguardare l'intero comprensorio che dagli strumenti attuativi dovrebbe essere pianificato<sup>16</sup>; in secondo luogo, il comune, ove intenda rilasciare il titolo edilizio, deve compiere una penetrante istruttoria per accertare che la pianificazione esecutiva non conservi una qualche utile funzione, anche in relazione a situazioni di degrado che possano recuperare margini di efficienza abitativa, riordino e completamento razionale<sup>17</sup>; e non sia in grado di esprimere scelte programmatiche distinte rispetto a quelle contenute nel P.R.G.<sup>18</sup>.

Da ultimo, spetterà al Comune l'obbligo di puntuale motivazione solo nell'ipotesi in cui venga rilasciato il permesso di costruire, essendo in caso contrario sufficiente il richiamo alla mancanza del piano attuativo.

Si è affermata, in altri termini, una soluzione interpretativa di compromesso secondo la quale la mera mancanza dello strumento

<sup>15</sup> Si v. CdS, Sez. IV, 1.8.2007, n. 4276.

<sup>16</sup> Un diverso argomentare avrebbe "il torto di trasformare lo strumento attuativo in un atto sostanzialmente facoltativo, non più necessario ogniqualvolta, a causa di precedenti abusi edilizi sanati, di preesistenti edificazioni ovvero del rilascio di singole concessioni edilizie illegittime, il comprensorio abbia già subito una qualche urbanizzazione, anche se la stessa non soddisfa pienamente le indicazioni del piano regolatore" (TAR Campania, Na, Sez. II, 23.12.2010, n. 28016).

<sup>17</sup> TAR Lazio, Rm, Sez. II ter, 16.03.2010, n. 4170.

<sup>18</sup> Cfr. CdS, Sez. V, 27.10.2000, n. 5756; CdS, Sez. V, 8.07.1997, n. 772. Sul punto, infatti, è stato osservato che l'utilità di uno strumento attuativo sussiste anche quando, tenuto conto della situazione esistente e non solo delle opere programmate debba essere completato il sistema della viabilità secondaria nella zona, e quando debba essere integrata l'urbanizzazione esistente garantendo il rispetto dei prescritti standards minimi per spazi e servizi pubblici e le condizioni per l'armonico collegamento con le zone contigue già asservite all'edificazione. In tal senso, si v. TAR Campania, Napoli, VIII, 11.06.2009, n. 3218; TAR Lombardia, Mi, II, 4.1.2011, n. 4; TAR Puglia, Le, III, 10.2.2011, n. 296.

attuativo non può essere invocata ad esclusivo fondamento del diniego di concessione edilizia. In questa prospettiva, pertanto, si ritiene che la reiezione possa giustificarsi soltanto nel caso in cui l'amministrazione abbia adeguatamente valutato lo stato di urbanizzazione già presente nella zona e abbia congruamente evidenziato le concrete e ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione. L'Ente locale, infatti, essendo in possesso delle informazioni concernenti l'effettiva consistenza del reticolo connettivo del suo territorio, comprendente le opere di

urbanizzazione primaria e secondaria, i servizi pubblici nonché le edificazioni pubbliche e private già esistenti, è sicuramente in grado di stabilire se e in che misura un ulteriore, eventuale carico edilizio possa armonicamente inserirsi nell'assetto del territorio già realizzato o in via di realizzazione.

Naturalmente, in questo caso, al Comune è consentito, pur sempre, di rifiutare ulteriori assenti edilizi, a condizione, tuttavia, che motivi adeguatamente le ragioni del diniego, in rapporto alla situazione generale del comprensorio a quel momento esistente.

«.....GA.....»

## TASSATIVITÀ DELLE CAUSE ESTINTIVE DEI REATI VERSO I VINCOLI PAESAGGISTICI

dell'Avv. Sergio Fifi

*Le cause estintive del reato sono tassative: il giudice non può dare della norma applicazione per estensione analogica, peraltro sempre vietata in materia penale. Questo è il principio che si applica, dunque, al caso del reato paesaggistico di cui all'art. 181, co. 1, del d. lgs. n. 42 del 22.1.2004, scriminato per riduzione spontanea in pristino preventiva ai sensi del co. 1 quinquies del medesimo articolo, che non si estende né alla fattispecie di cui al co. 1 bis, né ad un eventuale concorrente reato edilizio*

The causes extinguishing a crime are preemptory: the court can not apply it by analog extension, which is always prohibited in criminal matters. This is the principle that applies, therefore, to the case of crime about landscape, disciplined in art. 181, paragraph 1, of Legislative Decree no. 42 of January the 22th 2004, estinguished for preventive spontaneous reduction in pristine pursuant to paragraph 1 d thereof, which does not extend either to case referred to in paragraph 1 b or to possible concurrent crime on construction

*Sommario: 1. Il principio. - 2. La sentenza. - 3. L'estinzione del reato. - 4. L'inefficacia estintiva della demolizione per il reato edilizio. - 5. Conclusioni.*

### 1. Il principio.

Il giudice non può, in via di principio, dare un'interpretazione estensiva di una norma premiale, di natura chiaramente eccezionale.

La discrezionalità in materia delle cause estintive del reato è una facoltà riservata al legislatore. Detta discrezionalità è incensurabile, anche davanti al Giudice delle leggi, quando faccia riferimento, in particolare, a situazioni niente affatto omogenee.

Questo è il caso della causa estintiva del

reato di cui all'art. 181, co. 1, del d. lgs. n. 42 del 22.1.2004, contemplata dal co. 1 *quinquies* dello stesso articolo normativo: la predetta causa non può essere estesa, né, tanto meno, essere intesa estendersi alla casistica di cui al co. 1 *bis* della normativa che si considera. Non vi è possibilità di allargare le maglie sul punto anche per un'ulteriore ragione: l'articolato 181, dai coo. 1 *bis* a 1 *quinquies*, è stato introdotto con un'unica novella, art. 1, co. 36 della l. 15.12.2004, n. 308; ove il legi-

slatore avesse effettivamente voluto parificare le due fattispecie in punto di estinzione del reato, ben diversamente avrebbe reso la norma in questione. La Corte Costituzionale si è già pronunciata, con ordinanza n. 144 del 2007<sup>1</sup>, sul precitato art. 181, escludendo la possibilità di una pronuncia additiva della condizione di non punibilità, a meno che non sussista piena identità di funzione tra le discipline poste a confronto.

## 2. La sentenza.

Per l'effetto di quanto detto, secondo la Terza Sezione penale della Corte di cassazione, che si è pronunciata con la sentenza n. 33542 del 31.8.2012 (ud. 19 giugno), Cavalletto che è qui oggetto di segnalazione, la rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici, da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa e, in ogni caso, prima che intervenga una sentenza di condanna estingue solo ed esclusivamente il reato di cui al comma 1 dell'art. 181 del d. lgs. n. 42 del 2004, lasciando, al contrario, inalterata l'obbligatorietà dell'azione e della repressione penale per la fattispecie di cui al co.1 *bis*. L'applicabilità della speciale causa estintiva del reato paesaggistico, prevista dall'art. 181, co. 1 *quinquies* citato, è, peraltro, subordinata al fatto che la rimessione in pristino da parte dell'autore dell'abuso sia spontanea e non eseguita coattivamente su impulso dell'autorità amministrativa<sup>2</sup>. Orbene, posto come la riduzione in pristino, nel caso di specie, sia avvenuta incontestatamente in seguito all'emissione e notificazione dell'ordinanza regionale di ripristino dello stato dei luoghi, la fattispecie esclusa è ben più grave di quella estinguibile per rimessione in pristino: è falso, rileva la Suprema Corte, ripercorrendo i passi del Giudice di merito, che quella contemplata dal comma bis altro non sia che un'aggravante della fattispecie descritta al primo comma, fatto che potrebbe, eventualmente, ma con argomento per nulla convincente, indurre a pensare di scriminare anche la fattispecie aggravata ove sussistessero i

<sup>1</sup> C.c. 7.3, decisione 18.4, deposito 27.4, G.U. 2.5.2007

<sup>2</sup> Sul punto già Cass. pen., Sez. III, 5.12.2007, ric. Boninsegna.

presupposti per scriminare quella "base". Quella del primo comma, invero, è una contravvenzione di esecuzione, senza autorizzazione, di lavori eseguiti su beni paesaggistici, mentre quella di cui al co. 1 *bis* è una vera e propria fattispecie delittuosa che punisce l'esecuzione, senza autorizzazione, di lavori su aree o beni dichiarati di notevole interesse pubblico.

## 3. L'estinzione del reato.

Le cause estintive del reato, in diritto penale generale, sono quelle che incidono sulla punibilità, facendola venire meno. Esse intervengono dopo che il reato è già perfetto e sono applicabili senza il previo accertamento dell'esistenza e punibilità del medesimo, ma sulla supposizione della sua esistenza. Intervengono prima della sentenza definitiva di condanna e impediscono l'applicazione delle misure di sicurezza.

Sono cause di estinzione la morte dell'imputato prima della condanna definitiva, l'amnistia propria, la remissione della querela, la prescrizione, l'oblazione nelle contravvenzioni, la sospensione condizionale della pena (*rectius*, il buon esito del sostanziale periodo di prova connesso alla medesima) e il perdono giudiziale. Il verificarsi della causa estintiva comporta la sua immediata declaratoria da parte del giudice come ovviamente correlata causa di non punibilità (art. 129 c.p.p.). Inoltre, l'ipotesi che essa possa essere riconosciuta e dichiarata, impedisce l'applicazione di misure cautelari nel processo penale (art. 273 c.p.p.), fa cessare lo stato di latitanza (art. 296 c.p.p.) e determina la richiesta di archiviazione del procedimento penale da parte del pubblico ministero in fase di indagine (art. 411 c.p.p.).

## 4. L'inefficacia estintiva della demolizione per il reato edilizio.

È noto che al ravvedimento consegue l'estinzione del reato paesaggistico e ambientale, mentre sopravvive l'imputazione relativa alla commissione di un abuso edilizio. Infatti, in punto di tassatività inderogabile delle cause estintive dei reati paesaggistici la Suprema Corte si è già pronunciata, specificando come la rimessione in pristino degli immobili sog-

getti al vincolo abbia efficacia scriminante (*recte*, estintiva) solo con riguardo al reato di cui co. 1 dell'art. 181 e non anche alle violazioni edilizie con esso eventualmente concorrenti. Tuttavia, per queste ultime essa può rilevare, con riguardo al profilo di commisurazione della pena<sup>3</sup>. Sotto detto profilo, la rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici, pur se accompagnata dalla successiva demolizione del manufatto abusivo, non estingue il reato edilizio ma, esclusivamente, la contravvenzione paesaggistica prevista dall'art. 181, co. 1<sup>4</sup>. Né produce alcun effetto estintivo del corrispondente reato pure il nulla osta paesaggistico, rilasciato successivamente all'esecuzione dei lavori abusivi in zona vincolata salvo che ricorrano le condizioni di cui all'art. 181, co. 1 *quinqüies*<sup>5</sup>.

In punto di differenza e non estensibilità fra reati paesaggistici e reati edilizi si è pronunciata, con spunti interessanti, il Giudice delle Leggi<sup>6</sup>: la Corte ha ribadito che non è possibile una pronuncia additiva tesa ad estendere una disposizione derogatoria ed eccezionale, salvo trovarsi in presenza di una piena identità di funzione tra le discipline poste a raffronto. Ha poi proseguito il Giudice riaffermando che il reato edilizio previsto dall'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 e il reato paesaggistico previsto dall'art. 181 del d. lgs. n. 42 del 2004 hanno oggetti giuridici diversi: sono fattispecie criminose analoghe, ma non identiche, tanto è vero che possono essere in concorso tra di loro. Nel dettaglio, mentre i reati paesaggistici ed ambientali tutelano il paesaggio e l'ambiente e cioè dei beni materiali, i reati edilizi tutelano il rispetto della disciplina amministrativa dell'uso del territorio, il che, a differenza di quelli predetti, è un bene astratto. È pur vero che entrambi abbia-

no la natura di reati di pericolo<sup>7</sup>, ma gli oggetti diversi "*finali*" protetti dalle due norme incriminatrici giustifica discipline sanzionatorie e fattispecie estintive differenziate. Proprio la succitata materialità del bene paesaggistico-ambientale conferisce un valore essenziale alla rimessione in pristino del paesaggio e dell'ambiente, alla quale, in definitiva, tende l'intero sistema sanzionatorio in questa materia; nell'ambito della repressione degli illeciti edilizi, diversamente, la rimessione in pristino dello stato dei luoghi, con demolizione delle opere abusivamente realizzate, rappresenta solo uno dei possibili esiti sanzionatori dell'illecito, essendo prevista, in alternativa ad essa, la possibilità per il Comune di mantenere, a determinate condizioni, l'opera coattivamente acquisita (art. 31, co. 5, d.P.R. n. 380 del 2001). Per quanto detto, la Corte Costituzionale, con la pronuncia richiamata, ha respinto, per manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine all'articolo 181, comma 1 *quinqüies*<sup>8</sup>. In motivazione, il Giudice di costituzionalità ha richiamato i rilievi svolti dall'Avvocatura generale, per cui *«proprio la notevole rilevanza, anche costituzionale, del bene giuridico tutelato dalla disposizione censurata, rende del tutto ragionevole che la potestà punitiva dello Stato receda dinanzi all'esigenza di celere tutela del bene stesso»*. Argomento sacrosanto ove si consideri che *«la ratio del denunciato art. 181, co. 1 quinqüies, del d. lgs. n. 42 del 2004 sarebbe da ravvisare, secondo l'Avvocatura generale, proprio nella incentivazione del ripristino immediato dello status quo ante, ratio che troverebbe conferma anche nei coo. 1 ter ed 1 quater dello stesso articolo, per i quali la sanzione prevista non si applica quando l'autorità amministrativa competente accerti successivamente la compatibilità paesaggisti-*

<sup>3</sup> Così Cass. pen., Sez. III, 27.4.2011, n. 19317, ric. M. Si veda, poi, sul tema, A. Fiale, *Diritto Urbanistico*, Napoli 2004

<sup>4</sup> V. Cass. pen., Sez. III, 12.5.2011, n. 25026, ric. S.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 24.3.2010, n. 17535, ric. Medina.

<sup>6</sup> V. Corte Costituzionale, ord. 20.12.2007 n. 439. Si veda, sul punto, anche nel web, Alessandro Del Dotto, *Reato paesaggistico e reato edilizio: autonomia delle fattispecie criminose*

<sup>7</sup> Il legislatore ha ritenuto necessario in ambo i casi anticipare al massimo livello possibile la soglia di tutela degli interessi

<sup>8</sup> Il giudice remittente aveva manifestato le proprie perplessità in ordine al mantenimento di un regime penalmente sanzionatorio diverso per i reati ambientali e paesaggistici rispetto ai reati edilizi di fronte alla fattispecie di ravvedimento del soggetto imputato che aveva agito ripristinando lo status quo ante e, dunque, demolendo l'abuso commesso

ca dell'opera realizzata in assenza di autorizzazione od in difformità da quanto disposto». Sarebbe, allora, iniqua e ingiustificata «la scelta legislativa di non estendere il medesimo effetto estintivo al reato di cui all'art. 44, co. 1, lett. b), del d.P.R. n. 380 del 2001, stante la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme incriminatrici». Afferma l'Avvocatura che, poiché una «ipotetica estensione avrebbe determinato il paradossale effetto di consentire l'estinzione del reato edilizio ove commesso su area sottoposta a vincolo paesaggistico e di negarla in caso di assenza del vincolo stesso», deve ritenersi che la scelta legislativa di non estendere l'effetto estintivo sia, invece, «ragionevole, dacché evit[a]rebbe che l'art. 181, co. 1 quinquies [...] possa risolversi in una incentivazione alla commissione di violazioni paesaggistiche, in quanto anche in caso di riduzione in pristino residua comunque la punibilità del soggetto attivo in relazione al reato di cui all'art. 44, co. 1, lett. b), del d.P.R. n. 380 del 2001».

### 5. Conclusioni.

Dalle sommarie indicazioni fornite, si può concludere che: 1) come già la Corte Costituzionale con ordinanza n. 46 del 2001, il diverso trattamento normativo esaminato trova giustificazione nella peculiare esigenza di tutela dei beni paesaggistico-ambientali «consi-

derata tra i principi fondamentali della Costituzione come forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e sanità, con riferimento anche alle generazioni future, in relazione al valore estetico-culturale assunto dall'ordinamento quale valore primario ed assoluto insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro»; 2) la ratio del denunciato art. 181, co. 1 quinquies, è da ravvisare proprio nell'incentivazione del ripristino immediato dello status quo ante; 3) proprio in considerazione della straordinaria importanza della tutela "reale" dei beni paesaggistici ed ambientali, il legislatore, nell'ambito delle sue scelte di politica legislativa, ha deciso di incentivarla sia riconoscendo attenuanti speciali a favore di chi volontariamente ripari le conseguenze dannose dei reati previsti a tutela delle acque (art. 140 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, recante "Norme in materia ambientale"), sia subordinando alla riduzione in pristino il beneficio della sospensione condizionale della pena nei reati collegati alla gestione del ciclo dei rifiuti (artt. 139, 255, 257 e 260 del citato d. lgs. n. 152), sia, infine, riconoscendo, come nel caso in esame, valore prevalente al ripristino del bene paesaggistico rispetto alla stessa pretesa punitiva dello Stato; 4) l'unico salvezza dalla condanna per un reato edilizio, dunque, è e resta la sanatoria, in via ordinaria o in via straordinaria.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - URBANISTICA -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.10.2012, n. 5492  
**PRG - formazione - zonizzazione - motivazione - obbligo - estensione.**

*La variante di uno strumento urbanistico primario che imprime una nuova destinazione ad aree che sono state già urbanisticamente classificate per effetto della strumentazione urbanistica previgente necessita di apposita motivazione soltanto se le classificazioni preesistenti siano assistite da specifiche aspettative in capo ai rispettivi titolari che risultano fondate su atti di contenuto concreto, nel senso che deve trattarsi di scelte che incidano su particolari situazioni di affidamento, come quelle derivanti da un piano di lottizzazione approvato, da un giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia o dalla reiterazione di un vincolo scaduto (giurisprudenza costante, si ved., ex plurimis, CdS, IV, n. 2545/2010).*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17.10.2012, n. 5343  
**Standard - attrezzature per attività collettive - struttura commerciale di medie dimensioni - esclusione.**

**Piano del commercio - PRG - rapporti - subordinazione.**

*Una struttura commerciale di medie dimensioni non è suscettibile nella categoria delle "attrezzature per attività collettive", poiché se è vero che il fabbricato è destinato ad un'attività fruibile alla collettività, le attrezzature in questione sono quelle destinate ad ospitare quelle infrastrutture rientranti negli standard pubblici di cui al d.m. 1444/1968.*

*Le previsioni di un piano commerciale devono avvenire ed attuarsi in conformità e comunque in coerenza con le scelte di pianificazione territoriale recate dallo strumento urbanistico generale, di guisa che la disciplina urbanistica deve essere la prima ad essere tenuta in considerazione al fine di valutare l'assentibilità di un'attività commerciale. La pianificazione commerciale è invero subordinata a quella urbanistica e comunque rientra nell'orbita di*

*quest'ultima nel senso che con questa deve necessariamente armonizzarsi.*

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 15.11.2012, n. 1928  
**Opere urbanizzazione - istanza - ricorso avverso il silenzio - inammissibilità.**

*È inammissibile il ricorso avverso il silenzio opposto dal Comune all'istanza avanzata dal privato per la realizzazione delle opere di urbanizzazione. Oggetto del giudizio sul silenzio è infatti un'attività provvedimento dell'amministrazione, che non ha emesso l'atto conclusivo del procedimento iniziato su istanza della parte o d'ufficio. Viceversa non rientra in tale ipotesi la lamentata omissione di un'attività materiale. Del resto le opere di urbanizzazione non costituiscono corrispettivo rispetto al pagamento dei relativi oneri con il rilascio della concessione edilizia, non sussistendo alcun sinallagma tra le somme versate dal privato e la condotta che l'amministrazione deve tenere nell'interesse della salute pubblica e dell'ordinato ed igienico sviluppo del territorio.*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 9.11.2012, n. 2730

**Piani di recupero - PRG - rapporti - subordinazione - conseguenze - disciplina P.P. - applicabilità.**

*Per giurisprudenza costante, i piani di recupero, nella configurazione ad essi data dagli art. 28 e 30, l. n. 457/1978, sono strumenti di pianificazione urbanistica a finalità attuative e di livello gerarchicamente subordinato ai quali si riconnettono obblighi di trasformazione edilizia e urbanistica per i proprietari e per il Comune e che non hanno, quindi, una natura meramente programmatica; di conseguenza è ad essi applicabile, per esplicita volontà di legge, la disciplina statale per i piani particolareggiati. Ne deriva, per il combinato disposto dell'art. 28, co. 4, l.n. 457/1978 e 16, l.u., che sussiste in capo alla p.a. un obbligo di notifica individuale ai proprietari di immobili direttamente incisi*



dalla disciplina del piano di recupero (cfr. CdS, IV, n. 9537/10).

TAR Toscana, Sez. I, 31.10.2012, n. 1752

**Meccanismi perequativi - aree agricole o prive di vocazione edificatoria - applicabilità - esclusione.**

*L'essenza della perequazione urbanistica risiede nella contemporaneità fra rico-noscimento della capacità edificatoria e imposizione dell'onere di contribuire allo sviluppo della città pubblica, in modo che, laddove la pianificazione generale venga attuata per comparti, per i proprietari interessati sia resa indifferente la collocazione all'interno del comparto delle aree destinate a infrastrutture e attrezzature pubbliche da cedere al Comune, giacché tutti dispongono del medesimo indice di edificabilità da utilizzare sulle aree destinate a ricevere la cubatura stabilita. L'attribuzione del medesimo indice edificatorio a tutte le proprietà inserite nel comparto implica, evidentemente, che si tratti di fondi aventi caratteristiche analoghe: diversamente, il meccanismo perequativo di redistribuzione della rendita fondiaria finirebbe per operare in maniera distorta, vanificando le*

*finalità equitative ad essa connaturate; e, soprattutto, la perequazione non si applica al di fuori delle aree soggette a trasformazione urbanistica, in linea di principio risultandone esclusi i suoli aventi destinazione agricola e comunque tutti i suoli rispetto ai quali, in assenza di potenzialità edificatorie, non appare ipotizzabile quello scambio di utilità fra proprietà ed amministrazione che, come detto, concretizza una delle funzioni tipiche della perequazione, riducendo il ricorso all'esproprio.*

TAR Campania, Na, Sez. VI, 23.10.2012, n. 4202

**Piano paesistico - PRG - rapporti - sovraordinazione.**

*Il piano paesistico, a differenza di uno strumento urbanistico, non è volto al dimensionamento dei nuovi interventi, quanto alla valutazione ex ante della loro tipologia ed incidenza qualitativa. Ne deriva che esso, avendo una funzione conservativa degli ambiti reputati meritevoli di tutela, non può essere subordinato a scelte di tipo urbanistico, per loro natura orientate allo sviluppo edilizio e infrastrutturale.*

«.....GA.....»

**- EDILIZIA -**

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.11.2012, n. 5691

**PdC - decadenza - comunicazione avvio procedimento - necessità - non sussiste.**

*Il provvedimento di pronuncia di decadenza del titolo edilizio è atto urgente e dovuto, espressione di un potere strettamente vincolato, non implicante valutazioni discrezionali ma meri accertamenti tecnici, che non richiede, quindi, la previa comunicazione di avvio del procedimento. La partecipazione del privato è del resto garantita all'interno dei successivi procedimenti repressivi, nei quali è tipizzata la preventiva contestazione dell'abuso ai fini del ripristino dell'originario assetto dei luoghi.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.10.2012, n. 5509

**PdC - limitazioni e prescrizioni all'edificazione - non risultanti dal provvedimento rilasciato al privato - irrilevanza.**

*Ogni prescrizione e/o limitazione all'edificazione deve risultare sia dal documento rappresentante il titolo edilizio conservato presso gli uffici comunali, sia dal documento rappresentativo del titolo edilizio rilasciato al privato beneficiario, con la conseguenza che non possono essere opposte a quest'ultimo eventuali prescrizioni che non risultano dal titolo edilizio allo stesso in concreto rilasciato.*

TAR Lazio, Sez. I quater, 13.11.2012, n. 9301

**PdC - soppalco - dimensioni significative - necessità - abitabilità - irrilevanza.**

*La realizzazione di un soppalco di dimensioni significative (pari a 47 mq.) deve, a prescindere dalla sua abitabilità (e, quindi, dall'altezza), essere qualificata come opera di ristrutturazione edilizia, in quanto è intervento che*

comporta un significativo aumento di superficie dell'organismo edilizio preesistente.

TAR Lazio, Sez. I *quater*, 13.11.2012, n. 9300

**PdC - veranda - necessità.**

**PdC - opere realizzate nei centri abitati - ancorché antecedenti al 1967 - è necessario.**

La realizzazione di una veranda, comportando l'aumento della superficie utile, determina una modifica del precedente organismo edilizio e deve essere qualificata come intervento di ristrutturazione edilizia che va assentito con permesso di costruire.

Per la realizzazione di opere "nei centri abitati", la risalenza dell'opera ad epoca antecedente al 1967 è circostanza che, al più, legittima il trasferimento per atto inter vivos dei manufatti, così come previsto dall'art. 46 d.P.R. n. 380/01, ma non determina la regolarità edilizia degli stessi dal momento che già l'art. 31, l. n. 1150/42 richiedeva la "licenza" del sindaco.

TAR Lazio, Sez. I *quater*, 9.11.2012, n. 9224

**PdC - modifica prospetti - necessità - sussiste.**

**PdC - recinzione - modeste strutture senza opere murarie - necessità - non sussiste.**

**PdC - opere interne - che importino mutamento di destinazione d'uso tra categorie eterogenee - è necessario.**

La modificazione dei prospetti è espressamente soggetta a permesso di costruire ai sensi dell'art. 10, co.1, lett. c, d.P.R. n. 380/2001.

Il muretto di recinzione, per giurisprudenza costante, solo in caso di modeste strutture senza opere murarie (quali quelle con rete metallica sorretta da paletti in ferro o di legno senza muretto di sostegno, tipiche dei fondi rustici), non necessita del permesso di costruire e può essere incluso fra le manifestazioni del diritto di proprietà, che comprende lo ius excludendi alios o comunque la delimitazione delle singole proprietà, ed in questi casi è anzi possibile effettuare una semplice D.I.A.; diversamente, è invece richiesto il permesso di costruire quando la recinzione determina una irreversibile trasformazione dello stato dei luoghi, come nel caso di recinzione costituita da un muretto di sostegno in calcestruzzo (cfr. TAR Basilicata, Sez. I, 28.2.2012, n. 93; TAR Campania, Na, Sez. IV, 3.4.2012, n. 1542; TAR Puglia, Le, Sez. I, 2.11.2011, n. 1918).

In materia edilizia, le opere interne e gli interventi di ristrutturazione urbanistica, come pure quelli di manutenzione straordinaria, di restau-

ro e di risanamento conservativo, necessitano del preventivo rilascio del permesso di costruire ogni qual volta comportino mutamento di destinazione d'uso. A ciò si aggiunga che solo il cambio di destinazione d'uso fra categorie edilizie omogenee non necessita di permesso di costruire (in quanto non incide sul carico urbanistico), mentre, allorché lo stesso intervenga tra categorie edilizie funzionalmente autonome e non omogenee, si integra in questa ipotesi una modificazione edilizia con effetti incidenti sul carico urbanistico, con conseguente assoggettamento al regime del permesso di costruire, indipendentemente dall'esecuzione di opere (cfr. TAR Campania, Na, Sez. IV, 28.10.2011, n. 5063; TAR Campania, Na, Sez. IV, 17.1.2011, n. 221; TAR Lazio, Sez. I, 16.7.2009, n. 7030).

TAR Calabria, RC, 26.10.2012, n. 641

**Oneri di urbanizzazione - controversie - GA - sussiste.**

**Oneri di urbanizzazione - ritardato pagamento - sanzioni - prescrizione - è quinquennale.**

Le controversie in materia di oneri d'urbanizzazione, costo di costruzione e relative sanzioni per l'eventuale ritardato pagamento, comprese quelle attinenti a domanda di condono e relativa oblazione, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e vertono sull'esistenza o sulla misura di un'obbligazione direttamente stabilita dalla legge.

Ai sensi dell'art. 28, l. 689/1981, applicabile ex art. 12 della stessa legge a tutte le sanzioni amministrative di tipo affittivo, il termine di prescrizione della sanzione irrogata per ritardato pagamento del contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione e per il costo di costruzione è di cinque anni, e decorre dal giorno in cui è stata commessa la violazione.

TAR Veneto, Sez. II, 25.10.2012, n. 1293

**Oneri di urbanizzazione - monetizzazione - è istituto di carattere generale.**

Il ricorso alla monetizzazione è ammesso ogni qual volta non sia possibile, in considerazione del livello di urbanizzazione presente nelle aree interessate, dare luogo alla realizzazione diretta degli interventi necessari da parte del soggetto lottizzante e alla cessione a favore dell'amministrazione delle aree utilizzate. L'ipotesi della monetizzazione è quindi equiparabile all'ipotesi ordinaria, nella quale il



concessionario ha titolo allo scomputo totale o parziale della quota di contributo per oneri di urbanizzazione qualora, in luogo totale o parziale della stessa, si obblighi verso il Comune alla cessione delle aree e delle opere da realizzare o già esistenti.

TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 17.10.2012, n. 2049  
**PdC - diniego - distanze - irrilevanza della disciplina dell'art. 879 c.c. - legittimità.**

Non può trovare applicazione, in funzione derogatoria della distanza minima di 10 metri di cui al d.m. 1444/1968, l'art. 879, co. 2, c.c., in conformità all'orientamento giurisprudenziale secondo cui in presenza di una strada pubblica, non si fa tanto questione di tutelare un diritto soggettivo privato (tutelato dalla normativa co-

dicistica sulle distanze, rinunciabile e negoziabile), ma di perseguire il preminente interesse pubblico ad un ordinato sviluppo urbanistico intorno alla strade ed alle piazze, ordinato sviluppo che trova la sua disciplina esclusivamente nelle leggi e regolamenti urbanistico-edilizi, tra i quali - per l'appunto - il d.m. 1444/1968. Riprova di ciò è che distanze inferiori sono ammesse, in deroga, nel solo caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche e quindi contemplati in strumenti urbanistici funzionali ad un assetto complessivo ed unitario (cioè, che contempli la contestuale edificazione degli edifici antistanti) di determinate zone del territorio.

«.....GA.....»

## - ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 31.10.2012, n. 5553  
**Istanza di sanatoria - presentazione - effetti - ricorso avverso i provvedimenti repressivi - improcedibilità.**

**Diniego di condono - impugnazione - motivi - contestazione del carattere abusivo dell'opera - inammissibilità.**

**Diniego di condono - in zona vincolata - preesistenza del manufatto all'imposizione del vincolo - irrilevanza.**

La presentazione della domanda di sanatoria rende inefficace i precedenti atti sanzionatori (ordini di demolizione, inibitorie, ordini di sospensione dei lavori) con conseguente improcedibilità per carenza di interesse del ricorso avverso i provvedimenti repressivi.

Nel processo di impugnazione del diniego di condono sono inammissibili le censure che contestino il carattere abusivo del manufatto, atteso che il procedimento per condono, ai sensi della l. n. 47 del 1985, è ad istanza di parte e richiede una dichiarazione sostitutiva d'atto notorio relativa alla descrizione e collocazione temporale dell'abuso che s'intende sanare, la quale assume carattere e natura di atto confessorio per ciò che concerne la realizzazione dell'abuso e la sua collocazione temporale.

L'autorità preposta alla tutela del vincolo deve verificarne la sussistenza con riferimento al

momento in cui valuta la domanda di sanatoria poiché oggetto del giudizio è l'attuale compatibilità dei manufatti realizzati abusivamente; tanto anche in relazione ad una domanda di concessione edilizia in sanatoria d'immobile costruito anteriormente all'imposizione del vincolo e, comunque, nell'ipotesi di intervento della determinazione vincolistica in un torno di tempo successivo all'entrata in vigore della legge sul condono.

TAR Lazio, Sez. I quater, 13.11.2012, n. 9286  
**Ordinanza di demolizione - in pendenza di sequestro - è legittima.**

Secondo il costante orientamento giurisprudenziale l'esistenza di un sequestro disposto dall'autorità penale non influisce sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione, potendo l'interessato chiedere il dissequestro al fine di ottemperare alla prescrizione ripristinatoria (CdS, IV, n. 1260/12; CdS, IV, n. 297/12).

TAR Lazio, Sez. II bis, 12.11.2012, n. 9257  
**Opere soggette a DIA - provvedimenti repressivi - richiedono il previo esercizio dell'autotutela.**

La denuncia di inizio attività disciplinata dal T.U. ed. n. 380/2001 è comunque assimilabile a un'istanza autorizzatoria, che, con il decorso

del termine di legge, provoca la formazione di un provvedimento tacito di accoglimento dell'istanza.

Dopo il decorso del termine di trenta giorni per la formazione del provvedimento tacito l'amministrazione non perde i suoi poteri di autotutela, i quali tuttavia devono essere esercita-

ti nel rispetto del principio di certezza dei rapporti giuridici e di salvaguardia del legittimo affidamento del privato nei confronti dell'attività amministrativa, con la conseguenza che il provvedimento repressivo deve essere preceduto dall'annullamento del provvedimento formatosi sulla D.I.A..

«.....GA.....»

## - PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2012, n. 5707  
**Condono edilizio - ex l. 47/85 - diniego - zona soggetta a vincolo urbanistico di inedificabilità assoluta - legittimità.**

*L'art. 33, co. 1, l. n. 47/1985, applicabile anche ai vincoli imposti in sede di pianificazione urbanistica, esclude la condonabilità degli interventi edificatori realizzati in aree nelle quali siano consentite solo opere di risanamento conservativo (nella specie la strumentazione urbanistica locale escludeva, per le aree comprese nel centro storico, interventi diversi da quelli di restauro scientifico o risanamento conservativo finalizzati alla conservazione e alla salvaguardia di quegli elementi che concorrono a qualificare il contesto ambientale, vietando ogni costruzione, anche di carattere provvisorio).*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 14.11.2012, n. 2756

**Silenzio sull'istanza di n.o. soprintendentizio - conseguenze - conferenza di servizi - indizione - obbligo - non sussiste.**

*L'art. 146, co. 8 e 9, d. lgs. 42/2004 prevede una mera facoltà e non un obbligo di indizione della conferenza di servizi qualora il soprintendente non renda il parere prescritto entro il termine di 45 gg. dalla ricezione degli atti. Ne discende la piena legittimità della scelta di non indire la detta conferenza, quando essa sia adeguatamente motivata e l'intervento edilizio non stravolga l'assetto architettonico e morfologico dell'abitato.*

TAR Piemonte, Sez. I, 7.11.2012, n. 1166

**Autorizzazione paesaggistica - obbligo di analitica motivazione - sussiste.**

**PdC - autorizzazione paesaggistica - rapporti - sono di reciproca autonomia.**

*L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto soggetto ad un onere esplicativo di particolare rigore analitico, giustificato dalla rilevanza degli interessi coinvolti e dall'esigenza di consentire una compiuta valutazione circa l'insussistenza di qualsiasi vizio di eccesso di potere, sotto il profilo della completezza dell'istruttoria e del ponderato bilanciamento degli interessi tutelati. Si richiede, in tal senso, che l'atto di autorizzazione paesaggistica fornisca la piena ricostruzione dell'itinerario seguito in ordine alle ragioni di compatibilità / incompatibilità effettiva che, in riferimento agli specifici valori paesistici del luogo, possano, ove sussistenti, consentire o meno i progettati lavori, considerati soprattutto nella loro globalità e non esclusivamente in semplici episodi di dettaglio.*

*La concessione edilizia può essere rilasciata anche in mancanza di autorizzazione paesaggistica, fermo restando che la stessa è inefficace, e i lavori non possono essere iniziati, finché non interviene il nulla osta paesaggistico. La mancanza di un'autorizzazione paesaggistica, quindi, rende non eseguibile le opere in questione e ben giustifica, in caso di loro realizzazione, provvedimenti inibitori, e sanzionatorio - ripristinatori. Trattandosi, tuttavia, di procedimenti distinti, non è possibile stabilire un nesso di antecedenza necessaria tra il rilascio del nulla osta paesistico e la conclusione del procedimento di rilascio del titolo legittimante l'intervento urbanistico-edilizio.*

«.....GA.....»

## - ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.11.2012, n. 5940  
**Decreto di espropriazione - annullamento - conseguenze - obbligo di immediata restituzione del bene.**

*Qualora sia annullato giurisdizionalmente il decreto di esproprio, il Comune è obbligato a cessare l'occupazione sine titolo, per i doveri di corretta e imparziale amministrazione ex art. 97 cost. ed anche per evitare i danni erariali conseguenti alle ulteriori iniziative risarcitorie che potrebbero essere assunte dai privati interessati.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.11.2012, n. 5822  
**Dichiarazione di p.u. - termini - proroga - C.A.P. - obbligo - non sussiste - condizioni.**

*È legittima la proroga dei termini fissati dalla dichiarazione di pubblica utilità non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, qualora non siano proposte doglianze nel merito delle scelte relative alla localizzazione e alla realizzazione dell'opera pubblica e l'urgenza intrinsecamente connessa all'imminente scadenza dei termini giustificati l'omissione.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 25.10.2012, n. 5457  
**Occupazione acquisitiva - giudizio risarcitorio - giudizio di opposizione alla stima - rapporti.**

*Sussiste un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra la causa di opposizione alla stima pendente dinanzi alla Corte d'Appello ed il giudizio di ottemperanza alla sentenza di condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni da occupazione acquisitiva, nel senso che l'annullamento del decreto di esproprio determina l'inammissibilità dell'opposizione alla stima e della domanda di determinazione dell'indennità d'esproprio.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17.10.2012, n. 5307  
**Vincoli espropriativi - decadenza - obbligo di ripianificazione - sussiste - obbligo di soddisfare le aspettative edificatorie del privato - non sussiste.**

**Standard - computo - delle superfici destinate a viabilità - illegittimità.**

*Il giudizio avverso il silenzio sull'istanza di pianificazione delle zone diventate bianche per*

*intervenuta decadenza di vincoli urbanistici (nella specie, attrezzature pubbliche di quartiere) si conclude con una sentenza che si limita ad accertare l'obbligo di provvedere e che, di per sé, non garantisce la piena e totale soddisfazione della pretesa sostanziale. La nuova definizione della destinazione urbanistica di un terreno già soggetto a vincoli espropriativi, concerne infatti una scelta di alta discrezionalità amministrativa, che appare fungibile in ambito giudiziario, solo se, ed in quanto, si salvaguardino gli equilibri della pianificazione esistente dell'intero ambito territoriale comunale. Ne deriva che il Commissario - proprio perché è organo straordinario della PA. ed ausiliario del giudice - deve procedere alla variante per la ritipizzazione dell'area, avendo riguardo non solo alle pretese del proprietario delle aree, ma valutando tutti gli interessi pubblici e privati, ivi compresi quelli anche di coloro che non possiedono aree ma che hanno diritto a vivere in un civile ed attrezzato contesto urbano. È illegittimo l'inserimento delle superfici destinate a viabilità nell'ambito degli standard, in quanto l'art. 3, co.1, d.m. 1444/1968, nel definire i rapporti massimi tra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali e gli spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi espressamente pone una tassativa "...esclusione degli spazi destinati alle sedi viarie".*

C.G.A.R.S., 16.10.2012, n. 943

**Acquisizione sanante - obbligo di risarcire i danni conseguenti al periodo di illegittima occupazione - sussiste.**

**Indennità di espropriazione - determinazione - vocazione edificatoria - va valutata tenendo conto della situazione antecedente all'imposizione del vincolo espropriativo.**

*L'occupazione di terreni privati protrattasi per il periodo intercorrente tra la data di scadenza del periodo di legittima occupazione e quella di adozione del provvedimento di acquisizione sanante concretizza un illecito di carattere permanente, con l'obbligo, in capo alla Amministrazione, di corrispondere una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.*

*La misura del pregiudizio subito per la perdita della proprietà dei terreni va quantificata, nei limiti della domanda giudiziale, in misura corrispondente al valore venale, da determinarsi in considerazione delle possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'occupazione degli stessi, senza considerare il pregiudizio derivante dagli effetti del vincolo preordinato all'esproprio, "assorbito" dalla complessiva unica voce di danno (nella specie è stato ritenuto inedificabile un terreno sottoposto al vincolo della destinazione a "scuole secondarie superiori").*

TAR Liguria, Sez. I, 5.11.2012, n. 1373

**Acquisizione sanante - domanda restitutoria - avanzata da uno dei comproprietari - è inammissibile.**

**Indennità di espropriazione - determinazione - vocazione edificatoria - va valutata tenendo conto della situazione antecedente all'imposizione del vincolo espropriativo.**

*È inammissibile la domanda di restituzione del fondo illecitamente occupato dalla PA., qualora la stessa sia avanzata da soggetti proprietari soltanto di una quota ideale (3/30) dei terreni. La domanda di risarcimento in forma specifica, invero, postula necessariamente il preventivo scioglimento della comunione ex artt. 1111 e ss. cod.civ. e 784 e ss. c.p.c..*

*La vocazione edificatoria di un terreno espropriato va valutata con riferimento alla situazione esistente al momento dell'imposizione del vincolo espropriativo, non rilevando le destinazioni impresse successivamente, giusto il disposto dell'art. 32, co.1, d.P.R. 327/01.*

«.....GA.....»

## - AMBIENTE -

*dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.10.2012, n. 5256  
**Bellezza naturale - complesso dei valori - bene primario - risorsa limitata - legittimo affidamento costruttore abusivo esclusione - favor edilizia illegale esclusione.**

*I principi generali in materia ambientale e paesaggistica non possono esser disgiunti, come ha insegnato la Corte Costituzionale, dagli artt. 9 e 117 della Costituzione, per cui deve essere data la prevalenza alla tutela del paesaggio non nel significato, meramente estetico, di "bellezza naturale", ma come complesso dei valori inerenti il territorio naturale, che è un bene "primario" ed "assoluto e comunque una risorsa assolutamente limitata ed in via di esaurimento. Pertanto, una volta accertato l'assoluto contrasto dell'intervento con la disciplina urbanistica, non può sussistere alcun legittimo affidamento in capo al costruttore abusivo che possa giustificare la conservazione di una situazione di fatto realizzata "contra ius" in totale spregio dei valori ambientali, archeologici e paesaggistici.*

*Ossia, non solo non vi è alcuna norma che preveda il preteso "favor" per la conservazione dell'edilizia illegale, ma al contrario la repres-*

*sione degli abusi edilizi è un'attività soggetta ai principi generali di "tipicità" e di "legalità" costituente un preciso obbligo dell'amministrazione, la quale non gode di alcuna discrezionalità al riguardo.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.9.2012, n. 4997  
**Potere di autotutela - perentorietà del termine - fondamento.**

*Il riconoscimento del potere di annullamento ministeriale anche oltre lo spirare del prescritto termine di sessanta giorni entro cui la Soprintendenza può annullare l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla regione o dall'ente locale delegato contrasta con la natura pacificamente perentoria di quel termine e con gli effetti decadenziali che per giurisprudenza costante si riconnettono al suo inutile decorso. Qualora si volesse sostenere che l'amministrazione abbia attinto (non già ai poteri speciali di controllo di cui al regime transitorio recato dall'art. 159 del codice dei beni culturali e del paesaggio) bensì al generale potere di riesame, consustanziale all'attività provvedimento amministrativa e di per sé inestinguibile, e che pertanto non venga in gioco*



*in questa sede il potere di annullamento di cui alla citata disposizione transitoria del Codice del paesaggio (e le specifiche regole, anche procedurali, che lo riguardano), appaiono dirimenti da un lato l'omessa valutazione comparativa degli interessi contrapposti che non tollera eccezioni di sorta, per quanto rilevante possa essere l'interesse pubblico a salvaguardia del quale l'autotutela viene in concreto esercitata, e dall'altro la violazione delle regole procedurali in materia di autotutela decisoria.*

TAR Campania, Sez. VII, 15.10.2012, n. 4096  
**Nulla osta ambientale - generico riferimento impatto negativo - assenza motivazioni specifiche - illegittimità.**

*È illegittimo il provvedimento di diniego di nulla osta ambientale che si limiti essenzialmente ad enunciare la sussistenza di un impatto negativo prodotto sull'ambiente dall'intervento sottoposto ad esame senza indicare, in particolare, quali siano le specifiche ragioni che ne impediscano l'armonizzazione con il contesto ambientale, non permettendo, in tal modo, agli interessati, di apportare al progetto eventuali modifiche e correzioni occorrenti per la sua armonizzazione con l'ambiente medesimo, trasformando, di fatto, la limitazione ambientale in un vincolo assoluto d'inedificabilità della zona.*

TAR Lazio, Sez. II quater, 12.9.2012, n. 7725  
**Rifiuti - impianti di smaltimento - dislocazione - zona industriale - indifferente**

*Non è necessario che gli impianti di smaltimento o di recupero rifiuti debbano essere allocati esclusivamente in zone a vocazione industriale, ma è altrettanto vero che, non per questo, la localizzazione dell'insediamento può essere del tutto indifferente, prescindendo dalla considerazione e comparazione degli interessi in gioco. In altri termini, la sola circostanza che l'area di insediamento abbia una determinata destinazione urbanistica non è di per sé circostanza ostativa e non è valida giustificazione per il diniego di approvazione del progetto, in quanto l'approvazione costituisce un'ipotesi di variante automatica alla disciplina urbanistico-terri-*

*toriale dell'area interessata. Ma non per questo in sede di autorizzazione si può prescindere dalla considerazione delle esigenze di carattere (anche) urbanistico-territoriale e degli interessi comunque legati alla localizzazione dell'impianto, in quanto rilevanti.*

TAR Friuli, Sez. I, 3.9.2012, n. 342

**VIA - compatibilità con la pianificazione territoriale - non è estranea.**

*La verifica di compatibilità di un progetto con gli strumenti di pianificazione territoriale non è estranea alla V.I.A., oltre che nel TU Ambientale la stessa normativa regionale richiede di: "verificare la conformità del progetto agli strumenti urbanistici ed agli eventuali piani generali o di settore e ai vincoli esistenti". Pertanto quanto meno gli strumenti di pianificazione che contengono indicazioni utili sotto questo profilo non sono estranei alla V.I.A.. Il riferimento agli strumenti urbanistici di per sé non è inconferente quando serve a verificare la sostenibilità ambientale delle modifiche che il progetto comporterebbe rispetto alle previsioni di tali strumenti.*

TAR Piemonte, Sez. I, 30.8.2012, n. 987

**Rifiuti - impianto - comuni limitrofi - soggetti interessati - FORSU - qualificazione come biomassa - solo ad ultimazione del ciclo di trattamento.**

*È riconosciuta, ai comuni limitrofi a quello interessato dalla realizzazione di un impianto di gestione di rifiuti, la qualità di soggetto interessato, sia ai fini della partecipazione alla conferenza di servizi indetta ai sensi dell'art. 208 d. lgs. 152/06 sia ai fini della impugnazione degli atti che autorizzano la realizzazione dell'impianto.*

*Affinché la Frazione Organica di Rifiuti Solidi Urbani (FORSU), come altri rifiuti biodegradabili, possa qualificarsi come "biomassa" ai fini della applicabilità delle norme in materia di produzione di energia rinnovabile non toglie che essa è e continua ad essere un rifiuto sino a che, ad ultimazione del ciclo di trattamento, viene definitivamente trasformata in un prodotto secondario.*

- OSSERVATORIO PENALE -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 9.11.2012, n. 43490

**PdC - per il rifacimento del manto di copertura del tetto - non è necessario.**

*Il parziale rifacimento del manto di copertura del tetto di un edificio preesistente con mutamento di alcune caratteristiche strutturali costituisce attività di manutenzione straordinaria come tale penalmente irrilevante, laddove posta in essere senza la previa presentazione della D.I.A..*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 8.11.2012, n. 43142

**Precarietà del manufatto - è concetto distinto dalla amovibilità.**

*L'installazione di un manufatto prefabbricato di 200 mq di rilevante altezza con struttura portante in ferro corredata di rete metallica e palletti in ferro sopra un cordolo di c.a. richiede il permesso di costruire, posto che la natura precaria di una costruzione non dipende dalla natura dei materiali utilizzati e dalla facilità della rimozione, ma dalle esigenze che i manufatti sono destinati a soddisfare e cioè dalla stabilità dell'insediamento indicativa dell'impegno effettivo e durevole del territorio.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 7.11.2012, n. 43123

**Lottizzazione abusiva - parziale urbanizzazione dell'area - rilevanza scriminante - esclusione.**

*Il reato di lottizzazione abusiva è integrato non soltanto in aree integralmente inedificate, ma anche in quelle parzialmente urbanizzate nelle quali si ravvisa l'esigenza di raccordo con l'aggregato abitativo preesistente o di potenziamento delle opere di urbanizzazione pregresse.*

Corte di Cassazione, Pen., Sez. III, 11.10.2012, n. 40115

**Trasformazioni edilizie - realizzate dal Comune - PdC - necessità.**

*Ai sensi dell'art. 7 d.P.R. 380/2001 anche per le opere edilizie realizzate dall'amministrazione comunale è necessario il permesso di costruire, nelle forme della delibera di Consiglio o di Giunta comunale accompagnate da un progetto riscontrato come conforme alle prescrizioni della strumentazione urbanistica locale (cd. validazione amministrativa).*

## 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 ord. n. 1992/2010 circa gli artt. 6 e 7, coo. 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 trasfe-*

*rimento 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 fideiussione 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 pronuncia 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 rivalutazione all’attualità dell’indi-*

cato 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 decreto legislativo 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 ricavatine. 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 la 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 Costituzionale 62/93, 63/95). Sul merito ha ritenuto il TAR Lazio che tale norma, in quanto configurante sostanzialmente una espropriazione la cui de-

terminazione 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 specificamente 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 ammini-*

strazione 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 ricavati 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 - Legge 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 comma 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 art. 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 inoltre 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 comma 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 permuta, 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 lettera d) del co. 112 in argomento stabilisce, infatti, che l'approvazione del contratto di alienazione di ciascun 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 comma 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 comma 112 che qui interessa - si potrà applicare la prelazione prevista dalle LL. 26.5.1965, n. 590 ("Disposizioni per lo sviluppo della proprietà coltivatrice") e 14.8.1971 ("Disposi-

zioni 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

### RELAZIONE DEL 2012 SULL'ALLARGAMENTO DELL'UNIONE CON UNA VALUTAZIONE DEI PROGRESSI COMPIUTI DA CROAZIA, ISLANDA, TURCHIA, EX REPUBBLICA IUGOSLAVA DI MACEDONIA, ALBANIA, BOSNIA-ERZEGOVINA, MONTENEGRO, SERBIA E KOSOVO VERSO L'ADESIONE

*L'UE e i suoi 27 Stati membri mantengono l'impegno ad accogliere nuovi paesi, per rafforzare la pace, la sicurezza, la prosperità nell'Unione e accrescere il peso sulla scena internazionale. La relazione del 2012 sulla strategia di allargamento valuta i progressi compiuti da Balcani occidentali, Islanda e Turchia e delinea le riforme necessarie per la loro adesione all'UE. Il processo annuale di monitoraggio garantisce che i paesi candidati siano ammessi solo quando hanno soddisfatto tutti i requisiti precedentemente definiti. In particolare si insiste sulla necessità di migliorare la partecipazione politica, il contesto giuridico, la pubblica amministrazione, la libertà di espressione, le condizioni dei gruppi emarginati e la stabilità economica.*

*Quest'anno la Commissione propone anche di aiutare i potenziali paesi candidati a soddisfare in anticipo le condizioni principali per entrare nell'UE.*

*Stato di avanzamento.*

*L'UE ha firmato un trattato di adesione con la Croazia nel dicembre del 2011. Il paese dovrebbe aderire all'Unione il 1° luglio del 2013 e ha buone prospettive di soddisfare le restanti condizioni entro tale data, come concordato. L'UE continua a rafforzare i suoi legami con l'Islanda, anche nel settore delle energie rinnovabili e dei cambiamenti climatici. I negoziati di adesione con questo paese*

*procedono in maniera soddisfacente. La Turchia deve compiere maggiori sforzi per quanto riguarda il rispetto dei diritti politici e dei diritti fondamentali, compresa la libertà di espressione. Altri obblighi, tra cui il miglioramento delle relazioni con la Repubblica di Cipro, rimangono prioritari. L'ex Repubblica iugoslava di Macedonia è in attesa della decisione dei governi dell'UE su una raccomandazione della Commissione per l'avvio dei negoziati di adesione. L'Albania verrà riconosciuta come paese candidato quando avrà completato le riforme necessarie. La Bosnia-Erzegovina ha compiuto progressi limitati per quanto riguarda le condizioni inizialmente fissate dall'UE. Sono stati avviati negoziati di adesione con il Montenegro, mentre la Serbia ha già ottenuto lo status di paese candidato, il che dimostra che, una volta constatate le riforme, l'UE rispetta i propri impegni. I negoziati con il Kosovo (in base alla risoluzione 1244/99 del Consiglio di sicurezza dell'ONU) su un accordo di assistenza commerciale e finanziaria potrebbero essere avviati non appena il paese soddisfa i requisiti chiave.*

*Le prossime tappe.*

*I governi dell'UE esamineranno le raccomandazioni della Commissione in occasione del vertice di dicembre 2012 e decideranno in merito ai tempi di adesione dei singoli paesi. Nel frattempo, la Commissione continuerà ad aiutare questi ultimi ad attuare le riforme necessarie (sito [http://ec.europa.eu/news/external\\_relations/121011\\_it.htm](http://ec.europa.eu/news/external_relations/121011_it.htm)) (**Commissione Europea, Relazione allargamento 11.10.2012**).*

«..... GA.....»

**NUOVE NORME A TUTELA DEGLI**

## INVESTITORI

*Come la crisi finanziaria ha chiaramente dimostrato, l'UE deve rafforzare la normativa che disciplina la vendita di prodotti finanziari, per garantire che gli investitori ottengano informazioni più chiare e una migliore consulenza. La normativa vigente non è riuscita a tener il passo con la crescente complessità dei prodotti offerti ai comuni investitori. Le nuove proposte della Commissione intendono indurre i venditori di prodotti finanziari a mettere al primo posto gli interessi dei loro clienti.*

*Colmare il divario informativo.*

*Una delle proposte prevede l'obbligo per i consulenti finanziari di fornire agli investitori un prospetto informativo standard contenente determinate informazioni fondamentali per ogni prodotto. Questo documento aiuterebbe gli investitori a:*

- *reperire le informazioni essenziali necessarie per decidere con cognizione di causa*
- *capire la natura dell'investimento, anche nei casi più complessi*
- *confrontare i rischi e i costi di diversi tipi di prodotti, per scegliere quelli più adatti alle loro esigenze.*

*Maggiore tutela per l'acquisto di prodotti assicurativi.*

*La normativa vigente sui prodotti assicurativi non viene applicata in modo coerente dai paesi dell'UE, non riguarda tutte le vendite e non è abbastanza dettagliata per proteggere efficacemente i consumatori.*

*La Commissione ha proposto norme comuni per tutte le vendite di prodotti assicurativi,*

*siano essere realizzate tramite un intermediario o direttamente. La nuova normativa garantirà ai consumatori un'adeguata consulenza e informazioni sulle commissioni di vendita ed altre spese.*

*...e di fondi comuni.*

*Circa il 75% di tutti gli investimenti collettivi effettuati dai piccoli investitori vanno agli OICVM, i fondi comuni europei. A tutela degli investitori, gli attivi degli OICVM sono detenuti da un'impresa distinta (il "depositario"), che controlla inoltre se i gestori del fondo rispettano le regole.*

*Le misure proposte definiscono norme più uniformi e chiare sugli OICVM riguardanti:*

- *i diritti e doveri dei depositari*
- *le politiche di remunerazione, per evitare che favoriscano un'eccessiva assunzione di rischi e far sì che siano conformi agli interessi a lungo termine degli investitori e agli obiettivi del fondo*
- *le sanzioni amministrative da applicare in caso di violazione della normativa europea da parte degli OICVM, dei loro gestori o depositari, garantendo che siano abbastanza elevate da rendere un'eventuale violazione poco conveniente.*

*Queste nuove norme vanno ad integrare le altre misure adottate dall'UE per proteggere gli investitori, tra cui la possibilità di ottenere un risarcimento e una maggiore formazione in campo finanziario (sito [http://ec.europa.eu/news/economy/120710\\_it.htm](http://ec.europa.eu/news/economy/120710_it.htm)) (Commissione Europea, Relazione 10.7.2012).*

# L'INTERVENTO DELLA CORTE EUROPEA SULLE RESTRIZIONI IMPOSTE DALLA LEGISLAZIONE ITALIANA AI CONCESSIONARI DEL SERVIZIO DI RISCOSSIONE DEI TRIBUTI LOCALI

della Dott.ssa Ilaria Di Toro

*La richiesta di un capitale sociale, interamente versato, di almeno dieci milioni di euro per l'abilitazione di società private al servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi, nonché di tutte le entrate locali, contrasta con i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi sanciti dalla normativa europea*

The demand for a share capital, fully paid, at least ten million euros for certification of private companies in the service of investigation, assessment and collection of taxes, as well as all local revenues, contrary to the principles of freedom of establishment and the free provision of services enshrined in European legislation.

*Sommario: 1. Premessa: la normativa interna. 2. La questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia. 3. I principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea.*

## 1. La normativa interna.

In occasione del riordino della disciplina dei tributi locali il legislatore italiano ha consentito alle province ed ai comuni di disciplinare, con propri regolamenti, le rispettive entrate, comprese quelle tributarie.<sup>1</sup>

Gli enti locali, quindi, potevano e possono scegliere tuttora di affidare a soggetti terzi le fasi di accertamento, liquidazione e riscossione dei relativi tributi, mediante concessione ad operatori economici, privati e non, costituiti in forma societaria, purché ciò avvenga nel rispetto delle regole comunitarie e delle disposizioni di legge vigenti in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici

<sup>1</sup> Nel testo si fa riferimento al d. lgs. 15.12.1997, n. 446 recante "Istituzione dell'imposta regionale sulle attività produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell'Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonché riordino della disciplina dei tributi locali". L'art. 52 del d. in esame difatti attribuisce ai citati enti locali una potestà regolamentare generale nella materia *de qua*, "salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti. Per quanto non regolamentato si applicano le disposizioni di legge vigenti."

locali.<sup>2</sup> Invero, secondo la normativa italiana, per poter svolgere simili servizi è necessaria l'iscrizione in un apposito albo, che è a sua volta collegata all'osservanza ed al mantenimento di requisiti piuttosto restrittivi, dal rispetto dei quali sono tuttavia esentate le società finanziate con capitale pubblico.<sup>3</sup> In par-

<sup>2</sup> Più in dettaglio, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 27.2.2004, n. 47 al co. 5 dell'art. 52, d. lgs. n. 446/1997, il servizio di riscossione dei tributi e delle entrate locali può essere affidato dagli enti interessati, tramite lo svolgimento di un'apposita procedura di gara ad evidenza pubblica, sia a società private che ad aziende speciali ovvero a società a capitale prevalentemente o interamente pubblico.

<sup>3</sup> La *ratio* della norma, contenente una palese disparità di trattamento tra società pubbliche e private, è probabilmente da imputarsi al *modus operandi* degli operatori economici ai quali vengono assegnati i servizi in parola. I concessionari infatti ricevono in anticipo gli introiti tributari oggetto della concessione e, dopo aver trattenuto l'aggio prefissato, sono tenuti a trasferire gli stessi alla PA. entro termini prestabiliti (tradizionalmente alla fine di ogni trimestre). La remunerazione di questi ultimi tuttavia è solo formalmente limitata all'aggio: la maggior parte del profitto difatti deriva dalle operazioni finanziarie realizzate con i fondi pubblici temporaneamente in loro possesso. In altri termini i concessionari detengono e gestiscono elevate somme di denaro di proprietà della PA. la quale, attraverso i requisiti esposti nel testo, dovrebbe ottenere maggiori

ticolare, ai sensi dell'art. 32, co. 7 bis, d.l. 29.11.2008, n. 185 (aggiunto dalla l. di conversione 28.1.2009, n. 2), per essere incluse nell'albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare le attività in questione, occorre che le società interessate dispongano di un capitale sociale non inferiore a dieci milioni di euro, e che lo stesso venga interamente versato, mentre per le società a prevalente partecipazione pubblica non sussiste alcuna limitazione.<sup>4</sup> Ebbene proprio le descritte previsioni normative hanno sollevato dubbi sulla compatibilità della disciplina interna con il diritto comunitario, determinando una pronuncia della CGUE sul punto<sup>5</sup>.

## 2. La questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia.

L'intervento della Corte di Lussemburgo nella materia in esame è stato sollecitato dal TAR Milano, chiamato a pronunciarsi su ricorso di svariate società private escluse dalle procedure di gara per l'affidamento del servizio di riscossione dei tributi locali, alle quali avevano preso parte, in quanto prive dei requisiti prescritti dalle legge.<sup>6</sup>

In particolare nel comune di Baranzate, in provincia di Milano, sei imprese private, tutte

stabilite in Italia, avevano presentato un'offerta per ottenere l'aggiudicazione del citato servizio per il quinquennio 2009-2014 (il cui valore, per l'intero periodo, era stimato in cinquantasettemila euro). Due delle società concorrenti, però, venivano scartate a causa dell'insufficienza del capitale versato.

Lo stesso accadeva in un piccolo comune in provincia di Varese, dove nel 2009 era stata indetta una gara pubblica per l'affidamento in concessione del servizio di accertamento e riscossione, ordinaria e coattiva, dell'imposta comunale sulla pubblicità ed i diritti sulle pubbliche affissioni, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso. Anche in tal caso, infatti, una delle imprese partecipanti era tagliata fuori dalla procedura di gara in essere con la medesima motivazione.

Le tre società menzionate pertanto hanno impugnato le predette decisioni di esclusione evidenziando, tra l'altro, l'incompatibilità della legislazione interna, precedentemente esplicitata, con la dir. 2004/18/CE,<sup>7</sup> nonché adducendo la violazione dei principi di parità di trattamento e concorrenza, anch'essi di matrice comunitaria, stante il vantaggio indebitamente conseguito dalle società a prevalente partecipazione pubblica per effetto dell'inapplicabilità della nuova soglia di capitale minimo, vantaggio peraltro sproporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della finanza pubblica che il legislatore italiano si era prefissato introducendo una simile previsione normativa. A fronte di ciò il Tribunale adito ha deciso di sospendere i giudizi in parola e sottoporre alla Corte Europea due questioni pregiudiziali, redatte in termini identici per le diverse cause rimesse al suo esame.<sup>8</sup>

---

garanzie circa il futuro e tempestivo adempimento dell'obbligo di riversamento degli importi riscossi.

<sup>4</sup> Tale articolo dispone altresì che: "È nullo l'affidamento di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e di altre entrate degli enti locali a soggetti che non possiedano il requisito finanziario suddetto. I soggetti iscritti nel suddetto albo devono adeguare alla predetta misura minima il proprio capitale sociale. I soggetti che non abbiano proceduto a detto adeguamento entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto decadono dagli affidamenti in corso e sono cancellati dall'albo. In ogni caso, fino all'adeguamento essi non possono ricevere nuovi affidamenti o partecipare a gare a tal fine indette."

<sup>5</sup> La sentenza della Corte di Lussemburgo del 10.5.2012, che ci si accinge ad esporre, è molto significativa per il nostro paese poiché, in diversi comuni italiani, al momento si sta valutando proprio l'eventualità di affidare l'attività di accertamento e riscossione dei tributi a società diverse dalla Equitalia S.p.A., a fronte della polemica sui metodi assai rigorosi adoperati da quest'ultima, che attualmente cura la gran parte del citato servizio.

<sup>6</sup> Trattasi, in dettaglio, di tre cause, da C-357/10 a C-359/10, riunite dall'Eurocorte ai fini della sentenza in commento.

<sup>7</sup> La c.d. direttiva servizi, concernente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture, è stata adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 31.3.2004 allo scopo di semplificare ed armonizzare la normativa comunitaria preesistente, di aggiornarla alla luce delle innovazioni tecnologiche ed economiche, nonché di raggiungere una compiuta attuazione dei principi di concorrenza e trasparenza nel settore considerato.

<sup>8</sup> Il rinvio pregiudiziale è la procedura giurisdizionale che consente ai Giudici dei diversi Stati membri dell'Unione Europea, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte di Giustizia sull'interpretazione del diritto comunitario, ovvero sulla validità di un atto dell'Unione. Non si



I Giudici europei, difatti, sono stati interpellati sia in ordine alla compatibilità del diritto interno con la c.d. direttiva servizi, che riguardo alla conformità dello stesso ai principi fondamentali dell'Unione Europea, annoverati nei trattati costitutivi<sup>9</sup>.

### 3. I principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea.

La Corte Europea si è concentrata soprattutto sulla seconda questione pregiudiziale proposta, ossia se gli artt. 3, 10, 81, 43 e 49 CE debbano considerarsi ostativi ad una nor-

---

tratta, dunque, di un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì di un quesito finalizzato alla corretta attuazione del diritto europeo. In sintesi la Corte Europea non decide la causa ma si limita a dettare dei principi di tenore più generale, in conformità dei quali il Giudice nazionale sarà tenuto a risolverla. La relativa pronuncia resta inoltre vincolante per gli altri Giudici nazionali, chiamati a valutare casi analoghi. Viene così favorita la cooperazione attiva tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di Giustizia, nonché l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutti i paesi facenti parte dell'Unione Europea.

<sup>9</sup> “1) Se ostino alla corretta applicazione degli artt. 15 e 16 della dir. [sui servizi] le disposizioni nazionali dell'art. 32, co. 7 bis, del [d.l.] 29.11.2008, n. 185, aggiunto dalla l. di conversione 28.1.2009, n. 2 e successivamente modificato dalla l. 27.2. 2009, n. 14, che prevedono, ad esclusione che per le società a prevalente partecipazione pubblica: - la nullità dell'affidamento di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e di altre entrate degli enti locali a soggetti che non possiedano il requisito finanziario del capitale sociale minimo di 10 milioni di euro interamente versato; - l'obbligo di adeguamento del proprio capitale sociale alla predetta misura minima da parte dei soggetti iscritti nell'apposito albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni ai sensi del co. 3 dell'art. 53 del d.l. 15.12.1997, n. 446, e successive modificazioni; - il divieto di acquisizione di nuovi affidamenti o di partecipazione a gare indette per l'affidamento di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e di altre entrate degli enti locali fino all'assolvimento del suddetto obbligo di adeguamento del capitale sociale; 2) se ostino alla corretta applicazione degli artt. 3 [CE], 10 [CE], 43 [CE], 49 [CE] e 81 CE le disposizioni nazionali dell'art. 32, co. 7 bis, del [d.l.] 29.11.2008, n. 185, aggiunto dalla l. di conversione 28.1.2009, n. 2 e successivamente modificato dalla l. 27.2.2009, n. 14..omissis..”.

mativa nazionale quale quella presa in considerazione nelle cause principali.<sup>10</sup>

Orbene, in riferimento alle prime tre disposizioni, quest'ultima ha giudicato il quesito posto dal Giudice del rinvio come irricevibile data l'assenza di elementi di fatto e di diritto in grado di dimostrare in che modo la legge italiana potesse concretamente porsi in conflitto con le indicate disposizioni europee.<sup>11</sup>

Viceversa, in merito alle residue previsioni normative, l'Eurocorte ha affermato di essere competente ad esprimersi sulla relativa interpretazione, nonostante il rilievo esclusivamente interno delle vicende sottese alla decisione.<sup>12</sup> Pertanto ha provveduto in primo luogo a verificare l'eventuale inosservanza, ad opera della ricordata legislazione nazionale, degli artt. 43 e 49 CE, concernenti rispettiva-

---

<sup>10</sup> Come emerge dai punti 11-14 della decisione in commento, i fatti all'origine delle descritte controversie si sono verificati durante un periodo antecedente al 28.12.2009, data ultima di trasposizione della direttiva servizi. Ne deriva che, ad avviso della Corte adita in via pregiudiziale, “anche supponendo che tale direttiva debba essere considerata nel senso che compie un'armonizzazione completa ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale circostanza non condurrebbe al risultato di impedire la rilevanza del diritto primario per il periodo precedente il termine di trasposizione di detta direttiva”. Di conseguenza è stata valutata, *in primis*, la seconda questione sollevata, giacché attinente all'interpretazione dei trattati, considerati diritto primario dell'Unione, ed infine i Giudici europei sono giunti alla conclusione di non doversi neppure pronunciare in ordine alla prima questione, data la natura assorbente del predetto quesito.

<sup>11</sup> In particolare, secondo la Corte, “tali decisioni non forniscono alcun chiarimento sul nesso, da esse menzionato, tra i detti articoli e le controversie principali o il loro oggetto”.

<sup>12</sup> Nei punti 27 e 28 della sentenza, invero, i Giudici europei precisano che “non si può affatto escludere nella fattispecie che imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana siano state o siano interessate ad effettuare, in tale ultimo Stato membro, attività come quelle oggetto delle concessioni di cui trattasi nelle cause principali. Peraltro, l'interpretazione degli artt. 43 CE e 49 CE chiesta dal Giudice del rinvio può essergli utile qualora il diritto nazionale gli imponga di far beneficiare un operatore italiano degli stessi diritti di cui godrebbe un operatore di un altro Stato membro nella medesima situazione in base al diritto dell'Unione.”

mente la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi.<sup>13</sup>

Invero, secondo costante giurisprudenza, un provvedimento nazionale deve ritenersi in contrasto con l'art. 43 CE ogni qualvolta, benché indistintamente applicabile, sia comunque idoneo ad ostacolare o sconsigliare la creazione, da parte di cittadini provenienti da Paesi dell'Unione Europea, di entità subordinate in diversi Stati Membri, nonché ad impedire l'esercizio di attività economiche attraverso detti soggetti giuridici.<sup>14</sup> Si realizza invece una violazione dell'art. 49 CE quando uno Stato Membro impone discriminazioni o restrizioni tali da vietare, inibire o semplicemente rendere meno attraenti le attività fornite da prestatori di servizi appartenenti ad altri Paesi europei, rispetto agli analoghi servizi offerti nello "Stato ospitante", anche in presenza delle medesime regole e condizioni d'accesso al mercato.<sup>15</sup>

Ciò premesso, ed appurato inoltre che per effettuare le attività di liquidazione, accertamento e riscossione di taluni tributi presso i vari enti locali italiani gli operatori economici

stabiliti in Stati Membri differenti dall'Italia sono tenuti, alla stregua degli operatori privati stabiliti in Italia, a disporre di un importo minimo di capitale sociale interamente versato pari a dieci milioni di euro, e se del caso ad adeguarlo a tale soglia per evitare di incorrere nella dichiarazione di nullità delle concessioni già accordate, i Giudici europei sono giunti alla conclusione che, detto obbligo, indubbiamente comporti una restrizione delle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi previste dai trattati. Raggiunta tale convinzione, però, questi ultimi si sono ulteriormente interrogati sull'ammissibilità di una simile previsione normativa ai sensi dell'art. 46 CE, cioè per motivi imperativi di interesse generale.<sup>16</sup> La giustificazione addotta dagli enti locali interessati davanti alle censure mosse dalle società private, difatti, è stata quella di dover salvaguardare la PA. dall'eventuale inadempimento delle società concessionarie, soprattutto a fronte dell'elevato importo complessivo dei contratti di cui essa è titolare.

Ebbene la Corte adita non ha escluso che, in astratto, detto obiettivo possa qualificarsi come motivo imperativo di interesse generale e non di natura meramente economica, ma ha altresì precisato che la restrizione delle libertà fondamentali garantite dal Trattato presuppone che la misura concretamente adottata, oltre ad essere idonea ad assicurare il conseguimento dello scopo perseguito, non ecceda quanto necessario per il suo raggiungimento, ed allo stesso tempo risponda realmente all'intento di attuarlo, in modo coerente e sistematico.<sup>17</sup> Le disposizioni "incrimate", al contrario, superano ampiamente lo scopo che il legislatore si era prefigurato, come del resto è dimostrato dall'esistenza, nel nostro ordinamento, di strumenti in grado di tutelare l'amministrazione in maniera più adeguata e proporzionata ad esso (Quali misure alternative rispetto a quelle attualmente previste

<sup>13</sup> "Per quanto concerne la delimitazione dei rispettivi ambiti di applicazione dei principi della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, occorre rilevare che l'elemento chiave consiste nell'accertare se l'operatore economico è stabilito o meno nello Stato membro in cui offre il servizio di cui trattasi. Quando è stabilito nello Stato membro in cui offre il servizio, egli rientra nell'ambito di applicazione del principio della libertà di stabilimento, come definito all'art.43 CE. Quando, invece, l'operatore economico non è stabilito in tale Stato membro di destinazione, è un prestatore transfrontaliero che rientra nell'ambito di applicazione del principio della libera prestazione dei servizi previsto all'art. 49 CE. In tale contesto, la nozione di stabilimento implica che l'operatore offra i suoi servizi, in maniera stabile e continuativa, da un domicilio professionale nello Stato membro di destinazione. Costituiscono invece «prestazioni di servizi» ai sensi dell'art. 49 CE tutte le prestazioni che non sono offerte in maniera stabile e continuativa dal domicilio professionale nello Stato membro di destinazione."

<sup>14</sup> Si vedano, sul tema, le decisioni dell'Eurocorte dell'11.3.2010, *Attanasio Group*, C-384/08 e dell'13.10.2011, *DHL International*, C-148/10.

<sup>15</sup> Si segnalano, sul punto, le seguenti sentenze della Corte Europea: 25.7.1991, *Säger*, C-76/90; 4.10.2011, *Football Association Premier League e a.*, C-403/08 e C-429/08; 5.10.1994, *Commissione Francia*, C-381/93; 13.12.2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, C-250/06.

<sup>16</sup> A tal proposito si ricordano le pronunce, dei Giudici europei, del 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, nonché dell'8.9.2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, C-42/07.

<sup>17</sup> Per l'approfondimento di tale problematica si rinvia alle sentenze della Corte del 17.3.2005, *Kranemann*, C-109/04, del 16.2.2012, *Costa e Cifone*, C-72/10 e C-77/10 e del 10.3.2009, *Hartlauer*, C-169/07.

possono menzionarsi, a titolo meramente esemplificativo, l'onere, gravante sugli operatori interessati, di dar prova del possesso dei requisiti generali di partecipazione ad un bando di gara, sia sotto il profilo della capacità tecnica che finanziaria, nonché dell'affidabilità e della solvibilità, ovvero l'applicazione di soglie minime di capitale sociale, parametrata in funzione del valore dei contratti di cui il concessionario sia effettivamente titolare).

In altri termini, una soglia di capitale sociale minimo così elevata non costituisce di certo l'unica misura idonea a garantire la serietà e solvibilità dei concessionari del servizio di riscossione. Ne consegue che le norme in commento, non essendo ascrivibili neppure al regime derogatorio di cui all'art. 46 CE, si pongono irrimediabilmente in contrasto con gli artt. 43 e 49 CE.

Alla luce della descritta pronuncia appare quindi prevedibile ed auspicabile che, a breve, si proceda ad una completa revisione della normativa interna, che peraltro, allo stato attuale, non sembra comunque in grado di rispondere efficacemente all'esigenza di una specifica tutela economico-finanziaria manifestata dalla PA..

La rigidità dei descritti requisiti finanziari, ad esempio, risulta attenuata dalla possibilità, concessa ai soggetti carenti del requisito minimo di capitale occorrente per l'iscrizione

all'albo, di ricorrere all'avvalimento, istituto di derivazione comunitaria disciplinato, nell'ordinamento italiano, dall'art. 49, d.lgs. 12.4.2006, n. 163, che attualmente consente, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi e/o forniture, di soddisfare la richiesta relativa al possesso delle condizioni di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto; nella specie quindi di servirsi del capitale sociale di altri soggetti, già iscritti all'albo. Secondo la giurisprudenza, invero *“deve ritenersi che ben sia possibile far ricorso all'istituto dell'avvalimento, ove il bando di gara richieda quale requisito di partecipazione un capitale sociale minimo di importo superiore a quello posseduto dalla società che intende partecipare alla gara. Trattasi, infatti, di requisito economico – finanziario che ai sensi dell'art. 49 non incontra alcun limite e prevale su qualunque disposizione contraria, compresa la disposizione, al tempo vigente, che richiedeva il requisito del capitale sociale di 10 milioni di euro per l'iscrizione all'albo dei soggetti privati abilitati alle attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi (art. 32, co.7, del d.l. n. 185 del 2008, convertito nella l. n. 2 del 2009)”*; *ex multis* CdS, V, 8.10.2011 n. 5496.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

del Dott. Francesco Palazzotto

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, II, 6.9.2012, procedimento C273/11

**Unione europea - IVA - dir. 2006/112/CE, come modificata dalla dir. 2010/88/UE del Consiglio, del 7.12.2010 - art. 138, par. 1.**

**Condizioni di esenzione di un'operazione intracomunitaria - obbligo, per l'acquirente, di garantire il trasporto del bene di cui dispone in qualità di proprietario dal momento del carico - obbligo, per il venditore, di dimostrare che il bene ha lasciato fisicamente il territorio dello Stato membro di cessione. Cancellazione, con effetto retroattivo, del numero d'identificazione IVA dell'acquirente - condizioni.**

*L'art. 138, par. 1, della dir. 2006/112/CE del Consiglio, del 28.11.2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, come modificata dalla dir. 2010/88/UE del Consiglio, del 7.12.2010, deve essere interpretato nel senso che non osta a che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il beneficio del diritto all'esenzione di una cessione intracomunitaria sia negato al venditore, purché sia dimostrato, alla luce di elementi oggettivi, che quest'ultimo non ha adempiuto gli obblighi ad esso incombenti in materia di prova o che sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'operazione da esso effettuata rientrava in un'evasione posta in essere dall'acquirente e non ha adottato le misure cui poteva ragionevolmente ricorrere per evitare la propria partecipazione a detta evasione.*

*L'esenzione di una cessione intracomunitaria, ai sensi dell'art. 138, par. 1, della dir. 2006/112, come modificata dalla dir. 2010/88, non può essere negata al venditore per la sola ragione che l'amministrazione tributaria di un altro Stato membro ha proceduto a una cancellazione del numero d'identificazione IVA dell'acquirente che, sebbene verificatasi dopo la cessione del bene, ha prodotto effetti, in modo retroattivo, a una data precedente a quest'ultima.*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, II, 21.6.2012, procedimento C 452/10 P

**Impugnazione - aiuto di Stato - regime di riallineamento dei valori fiscali degli attivi - settore bancario - assoggettamento ad imposta delle plusvalenze - imposta sostitutiva.**

*La normativa europea relativa al regime fiscale comune delle fusioni, scissioni, conferimenti di attivi e scambi di azioni di società situate in due o più Stati membri ha previsto un regime di neutralità fiscale in caso di conferimenti di attivi tra società; tale regime consiste, nel caso di conferimento di attivi, nel non adeguare immediatamente il valore fiscale al valore contabile. Nel 1990, la normativa italiana prevedeva che il conferimento di attivi fosse assimilabile, sul piano fiscale, alla cessione di attivi ed era soggetto ad imposta sulla plusvalenza. La l. 218/90 consentiva agli istituti bancari pubblici di assumere la forma di società per azioni e prevedeva un regime di neutralità fiscale parziale a concorrenza dell'85% della plusvalenza realizzata al momento del conferimento degli attivi bancari. Tale regime di neutralità fiscale parziale implicava un doppio disallineamento, tanto a livello degli attivi conferiti (nella contabilità delle società beneficiarie dei conferimenti), quanto delle azioni ricevute in cambio (nella contabilità degli istituti conferenti). Gli istituti conferenti erano immediatamente assoggettati ad imposta sul restante 15% della plusvalenza, all'aliquota ordinaria di imposizione sulle società. Nel 1993 è stato successivamente imposto agli enti pubblici del settore bancario di cui lo Stato detenesse il fondo di dotazione di assumere la forma della società per azioni. Nel 2000 è stato poi istituito un regime di rivalutazione contabile degli attivi ed un regime di riallineamento fiscale. Le leggi finanziarie italiane del 2002 e del 2004 hanno prorogato il regime di rivalutazione e di riallineamento istituito nel 2000. Tuttavia, la legge finanziaria del 2004 non ha prorogato il regime di riallineamento*

fiscale per i conferimenti di attivi di società al di fuori di quelli operati nell'ambito della l. n. 218/90. Nel 2008 la Commissione ha adottato una decisione, secondo cui i regimi di riallineamento fiscale istituiti nel 1990, 2000 e 2001 costituivano misure fiscali generali giustificate dalla logica del sistema e dunque non potevano essere qualificate come aiuti di Stato. Per contro, la Commissione rilevava che la legge finanziaria 2004, riservando vantaggi a taluni istituti di credito, nell'ambito delle sole riorganizzazioni attuate in applicazione della l. 218/1990, costituiva un aiuto di Stato incompatibile, che doveva essere quindi recuperato. Gli altri istituti di credito e le altre società non avrebbero infatti potuto beneficiare di tale regime di riallineamento fiscale. Con sentenza pronunciata nel 2010 (T-335/08), il Tribunale aveva respinto la domanda di annullamento della decisione della Commissione proposta dalla BNP Paribas e BNL, beneficiarie dell'aiuto di Stato in questione. La Corte con questa sentenza conferma la sentenza del Tribunale e dichiara che il regime fiscale controverso previsto a favore degli istituti bancari non era giustificato dalla logica del sistema fiscale italiano, respingendo i ricorsi.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, VII, 21.6.2012, procedimento C 78/11

**Dir. 2003/88/CE - organizzazione dell'orario di lavoro - diritto alle ferie annuali retribuite - congedo di malattia - ferie annuali che coincidono con un congedo di malattia - diritto di beneficiare in un altro periodo delle ferie annuali retribuite.**

L'art. 7, par. 1, della dir. 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4.11.2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali le quali prevedono che un lavoratore che si trovi in una situazione di incapacità lavorativa sopravvenuta durante il periodo di ferie annuali retribuite non ha il diritto di beneficiare in un momento successivo di dette ferie annuali coincidenti con il periodo di incapacità lavorativa. Dunque, il lavoratore la cui incapacità lavorativa sia sopravvenuta durante il periodo di ferie annuali retribuite ha il diritto di recuperare in un momento successivo un periodo di ferie di

durata equivalente a quella della sua malattia.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, procedimento C 606/10

**Unione europea - regolamento CE n. 562/2006, come modificato dal regolamento CE n. 81/2009 - codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) - art. 13 - cittadini di paesi terzi titolari di un permesso di soggiorno temporaneo - normativa nazionale che vieta il rientro di tali cittadini nel territorio dello Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno temporaneo in assenza di un visto di ritorno.**

**Nozione di "visto di ritorno" - prassi amministrativa anteriore che ha autorizzato il rientro senza visto di ritorno - necessità di misure transitorie.**

Le norme sul respingimento dei cittadini di paesi terzi dettate dall'art. 13 del regolamento (CE) n. 562/2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), come modificato dal regolamento (CE) n. 81/2009, sono applicabili anche ai cittadini di paesi terzi soggetti all'obbligo del visto i quali intendano rientrare, attraverso le frontiere esterne dello spazio Schengen, nello Stato membro che ha loro rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo, senza entrare a tal fine nel territorio di un altro Stato membro. In particolare, l'art. 5, par. 4, lett. a), del regolamento n. 562/2006, come modificato dal regolamento n. 81/2009, deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro che rilascia al cittadino di un paese terzo un visto di ritorno ai sensi di tale disposizione, non può limitare l'ingresso nello spazio Schengen ai soli punti del suo territorio nazionale. I principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento non imponevano di prevedere misure transitorie per i cittadini di paesi terzi che avessero lasciato il territorio di uno Stato membro quand'erano in possesso soltanto di un permesso di soggiorno temporaneo rilasciato in attesa dell'esame di una prima domanda di permesso di soggiorno o di una domanda d'asilo, e che desiderassero rientrare nel medesimo territorio successivamente

*all'entrata in vigore del regolamento n. 562/2006, come modificato dal regolamento n. 81/2009.*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, IV, 24.5.2012, procedimento C 97/11

**Ambiente - deposito in discarica di rifiuti - dir. 1999/31/CE - tributo speciale per il deposito in discarica di rifiuti solidi - assoggettamento del gestore della discarica a tale tributo - costi di gestione di una discarica - dir. 2000/35/CE - interessi moratori - obblighi del giudice nazionale - obbligo interpretazione conforme**

*In circostanze come quelle sussistenti nella controversia principale (ossia: un'impresa che gestisce una discarica dove svolge attività di smaltimento di rifiuti conferiti periodicamente dalle amministrazioni locali, che è assoggettata al pagamento di un tributo speciale periodico per il deposito in discarica di rifiuti solidi, dovendo rivalersi sulle amministrazioni locali che conferiscono i propri rifiuti in discarica e purtuttavia ha provveduto unicamente ad un versamento parziale del suddetto tributo): 1. in primis, spetta al giudice del rinvio, prima di procedere ad un'eventuale disapplicazione della disciplina interna (l. 28.12.1995, n. 549) verificare, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo complesso, tanto sotto il profilo materiale quanto sotto quello procedurale, se non gli è in nessun caso possibile giungere ad un'interpretazione del suo diritto nazionale che gli consenta di dirimere la controversia di cui al procedimento principale in modo conforme al dettato e alla finalità delle direttive 1999/31/CE, relativa alle discariche di rifiuti (come modificata dal regolamento (CE) n. 1882/2003), e 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; 2. allorché siffatta interpretazione non è possibile, spetta al giudice nazionale disapplicare, nel procedimento principale, le disposizioni nazionali contrarie all'articolo 10 della direttiva 1999/31, come modificata dal regolamento n. 1882/2003, e agli articoli 1 e 3 della dir. 2000/35.*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, VII, 24.5.2012, procedimento C 188/11

**Agricoltura - fondo europeo agricolo di o-**

**rientamento e di garanzia - regolamenti (CE) n. 1257/1999 e n. 817/2004 - sostegno ai metodi di produzione agroambientali - Controlli - beneficiario di un aiuto all'agricoltura - circostanza di aver impedito l'esecuzione del controllo *in loco* - normativa nazionale che impone la restituzione di tutti gli aiuti erogati per diversi anni.**

*Il regolamento (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17.5.1999, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) e che modifica ed abroga taluni regolamenti, in combinato disposto con il regolamento (CE) n. 817/2004 della Commissione, del 29.4.2004, recante disposizioni di applicazione del regolamento n. 1257/1999, non osta a una normativa nazionale per effetto della quale, nel caso in cui l'esecuzione di un controllo *in loco* delle superfici interessate sia stato impedito da parte dell'agricoltore beneficiario di un aiuto, tutti gli aiuti già erogati al medesimo nell'ambito di una misura agroambientale nel corso del periodo dell'impegno devono essere restituiti, ancorché tali aiuti siano stati già versati per più anni.*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, 22.5.2012, procedimento C 348/09

**Unione europea - libera circolazione delle persone - dir. 2004/38/CE - art. 28, par. 3, lett. a) - decisione di allontanamento - condanna penale - minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione - motivi imperativi di pubblica sicurezza.**

*L'art. 28, par. 3, lett. a), della dir. 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono considerare che reati come quelli di cui all'art. 83, par. 1, secondo comma, TFUE costituiscono un attentato particolarmente grave a un interesse fondamentale della società, tale da rappresentare una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione, e, pertanto, possono rientrare nella nozione di motivi imperativi di pubblica sicurezza atti a giustificare un provvedimento di allontanamento in forza di detto art. 28, par. 3, a condizione che le modalità con le quali tali*



reati sono stati commessi presentino caratteristiche particolarmente gravi (circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare sulla base di un esame individuale della fattispecie su cui esso è chiamato a pronunciarsi).

Qualsiasi provvedimento di allontanamento è subordinato alla circostanza che il comportamento della persona di cui trattasi rappresenti una minaccia reale e attuale per un interesse fondamentale della società o dello Stato membro ospitante, accertamento che implica, in ge-

nerale, in capo all'interessato, l'esistenza di una tendenza a ripetere in futuro tale comportamento. Prima di adottare una decisione di allontanamento, lo Stato membro ospitante deve tenere conto, in particolare, della durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, della sua età, del suo stato di salute, della sua situazione familiare ed economica, della sua integrazione sociale e culturale in tale Stato e dell'importanza dei suoi legami con il paese d'origine.

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### DOMANDA

*Merce importata in violazione dei divieti economici - Misura della confisca amministrativa – R.D.L. n. 1923 del 14.11.1926 - art. 67 del d. lgs. n. 507 del 30.12.1999 (consultivo 16519/07, Avv. G. Albenzio).*

### RISPOSTA

«1.- (...) codesto Ministero(\*) esprime motivato dissenso sul parere reso da questa Avvocatura all'Agenzia delle Dogane con nota 30.5.2007 prot. 64216 in ordine all'applicazione della confisca obbligatoria per le merci importate in violazione dei divieti economici, ai sensi dell'art. 11 r.d.l. 14.11.1926 n. 1923, come modificato dall'art. 67 d. lgs. 30.12.1999 n. 507. Nella menzionata consultazione la Scrivente aveva espresso l'avviso che: "la modifica intervenuta nell'ambito della depenalizzazione prevista dalla l. 205/99 concerne solo la sostituzione della misura afflittiva penale con la sanzione amministrativa, ferma restando l'obbligatorietà della confisca delle merci, che si accompagna sempre alla sanzione principale (prima penale, ora amministrativa) prevista". Codesto Ministero ritiene, invece, che nella specie opererebbe esclusivamente il disposto dell'art. 20 l. 689/81, con la conseguenza che nelle ipotesi di introduzione di merce nel territorio dello Stato senza le prescritte autorizzazioni, dopo la depenalizzazione della violazione regolata dall'art. 11 r.d.l. 1923/1926, opererebbe il regime della confisca "facoltativa" di cui al terzo comma del citato art. 20. A sostegno della espo-

*sta tesi, viene invocato il carattere generale della disciplina della l. 689/81 (che avrebbe abrogato "tutte le disposizioni in tema di confisca amministrativa previste da precedenti norme regolatrici di tale sanzione, anche se speciali", secondo Cass. 6447/96) e la struttura del nuovo "sistema globalizzato" del commercio (che richiederebbe norme di semplificazione ed incentivazione piuttosto che di repressione). 2.- Ad avviso della Scrivente, l'interpretazione della norma come dal parere reso con la nota 30.5.2007 appare rispettosa del principio generale di cui all'art. 12, co. 1, disp. prel. c.c. Se pure è vero - come ritiene codesto Ministero - che la disciplina della confisca di cui all'art. 20 l. 689/81 ha carattere generale e comporta l'abrogazione delle disposizioni "previste da precedenti norme regolatrici di tale sanzione, anche se speciali" (alla citata Cass. 6447/96 si aggiungano, in termini, Cass. 7297/96, 9437/92, 293/89, ecc.), è altrettanto vero - da un lato - che l'art. 12 della stessa legge fa salve le disposizioni speciali o derogatorie ["norma (l'art. 20) che opera per tutte le infrazioni amministrative assoggettabili a pena pecuniaria, in difetto di previsioni di tipo speciale o derogatorio (art. 12 citata legge del 1981)" - Cass. 8719/96] e - dall'altro lato - che questo effetto implicitamente abrogativo non può valere per le norme che siano emanate o modificate successivamente, come è il caso in esame. Infatti, la depenalizzazione del reato di cui all'art. 11, co. 1, r.d.l. 1923/1926 è intervenuta solo ad opera dell'art 67 d. lgs. n. 507/1999 (e questo rende*

nuova la norma sanzionatoria); peraltro, il Legislatore si è limitato alla sostituzione della sanzione penale con quella amministrativa (con la tecnica della sostituzione delle sole parole del testo originario che irrogavano la pena detentiva) ed ha lasciato inalterato il restante testo del comma, ivi compresa la sua parte finale che prevedeva anche la sanzione accessoria della confisca (“oltre la confisca delle merci”), così che il testo vigente dell’articolo, come riportato anche nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, 28.1.2000 n. 22, in nota all’art. 67, recita: “11. Chiunque in qualsiasi modo esporta merce della quale sia vietata l’esportazione, o non la reintroduce nello Stato nei termini stabiliti dalle norme relative se spedita in cabotaggio, oppure devia verso uno Stato estero merce destinata originariamente ad un porto italiano o delle Colonie, nel caso previsto dal primo comma dell’art. 10, o anche soltanto tenta di esportarla o deviarla, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire ottocentomila a quattro milioni ottocentomila, oltre la confisca delle merci”. 3.- La esposta interpretazione del nuovo testo dell’art. 11, fondata sul suo testo letterale, è – ad avviso della Scrivente – da preferire rispetto a quella proposta da codesto Ministero, pur apprezzabile da un punto di vista meramente sistematico, alla luce sia del richiamato principio generale di cui all’art. 12, co. 1, disp. prel. cod. civ. sia della posizione assunta dalla Suprema Corte in casi analoghi, ove è stata ribadita la prevalenza della norma speciale successiva a quella generale di cui all’art. 20 l. 689/81: - Cass., sez. II, 22.5.2006, n. 11965: “In tema di disciplina del commercio su aree pubbliche l’art. 29, 1 co., d. lgs. n. 114 del 1998, che sanziona l’esercizio dell’attività di vendita al di fuori del territorio nel quale si è autorizzati, è norma che, in quanto posteriore alla disposizione generale

in materia di illecito amministrativo di cui all’art. 20 l. n. 689 del 1981, si caratterizza come speciale rispetto a questa e, pertanto, nel provvedere, in aggiunta alla sanzione pecuniaria, «la confisca delle attrezzature e della merce» stabilisce un caso di confisca obbligatoria” - Cass., sez. I, 6.5.1998, n. 4545: “La disposizione di cui all’art. 10 l. n. 122 del 1992, relativa alla confisca delle attrezzature e delle strumentazioni utilizzate per l’abusivo esercizio dell’attività di autoriparazione, si pone in rapporto di specialità con le disposizioni in tema di confisca amministrativa contenute nell’art. 20 l. n. 689 del 1981 ... per la previsione della obbligatorietà e generalità della misura accessoria che, a norma del citato art. 20, sarebbe altrimenti facoltativa”. 4. Inoltre, si deve rilevare che l’interpretazione suggerita da questa Avvocatura si presenta più coerente con il regime della confisca regolato dal T.U.L.D. per i casi di contrabbando depenalizzato. Infatti, il nuovo art. 295-bis d.P.R. 43/1973 richiama espressamente nel suo terzo comma l’art. 301 (“Le disposizioni degli artt. 301, 301-bis e 333 si osservano anche con riguardo alle violazioni previste dal presente articolo. I provvedimenti per i quali, in base alle medesime disposizioni, è competente l’autorità giudiziaria sono adottati dal capo della dogana nella cui circoscrizione la violazione è stata accertata”) e, quindi, la confisca obbligatoria ivi prevista.

Non sembra invero che vi sia ragione per una differente disciplina della confisca fra fattispecie analoghe, quali quelle regolate, rispettivamente, dall’art. 11 r.d.l. 1923 e dall’art. 295-bis T.U.L.D. Oltretutto, le esigenze di speditezza dei traffici commerciali dovrebbero tener conto di quelle di tutela della regolarità degli stessi e delle scelte del legislatore di punire con maggiore severità alcune violazioni. (...)» .

«.....GA.....»

# CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **COMPORAMENTI FINALIZZATI AD OSTACOLARE L'INGRESSO DI UN NUOVO OPERATORE SUL MERCATO: L'ANTITRUST AVVIA UN'ISTRUTTORIA NEI CONFRONTI DI WIND, TELECOM, VODAFONE**

Con comunicato diramato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si rende nota la decisione di avviare un'istruttoria per verificare se Telecom, Vodafone e Wind stiano mettendo in atto un'intesa restrittiva della concorrenza finalizzata a escludere dal mercato il nuovo operatore mobile virtuale Bip Mobile. L'istruttoria nasce a seguito della denuncia del nuovo operatore che ha segnalato un presunto accordo fra TI, Vodafone e Wind finalizzato ad impedirgli l'ingresso nel mercato attraverso pressioni nei confronti dei distributori con i quali Bip Mobile aveva già concluso o era in procinto di concludere contratti di distribuzione dei propri prodotti. Bip Mobile intende infatti collocarsi nell'ambito della telefonia mobile come primo operatore virtuale "low cost", attraverso un'offerta caratterizzata da una tariffa unica e da prezzi altamente competitivi. L'istruttoria dovrà concludersi entro il 30.9.2013 (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, comunicato stampa del 13.9.2012*).

«..... GA.....»

### **IVA: LE RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE**

Con la circolare 40/E l'Agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti in merito alle nuove disposizioni in materia di responsabilità solidale dell'appaltatore. La circolare precisa che

le disposizioni di cui all'art. 13 ter del d.l. n. 83 del 2012 devono trovare applicazione per i contratti di appalto/subappalto stipulati a decorrere dalla data di entrata in vigore della norma, 12 agosto 2012. Inoltre considerato che la norma introduce, sia a carico dell'appaltatore che del subappaltatore, un adempimento di natura tributaria, si deve ritenere che - sulla base dell'art. 3, co. 2, (Statuto del contribuente)- tali adempimenti sono esigibili a partire dal sessantesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della norma, con la conseguenza che, relativamente ai contratti stipulati a partire dal 12.8.2012, la certificazione deve essere richiesta solamente in relazione ai pagamenti effettuati a partire dall'11.10.2012. Invece, con riferimento all'acquisizione della documentazione, che l'appaltatore/subappaltatore deve produrre per dimostrare il regolare versamento dell'Iva e delle ritenute, al fine di superare il vincolo di responsabilità solidale del committente/appaltatore, la circolare ritiene valida - in alternativa alle asseverazioni prestate dai Caf e dai professionisti abilitati - una dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, con cui l'appaltatore subappaltatore attesta l'avvenuto adempimento degli obblighi richiesti dalla disposizione. A tale riguardo, la dichiarazione sostitutiva deve necessariamente contenere: - il periodo nel quale l'Iva relativa alle fatture concernenti i lavori eseguiti è stata liquidata, con indicazione se dalla liquidazione è scaturito un versamento di imposta ovvero se è stato applicato il regime dell'Iva per cassa o la disciplina del reverse charge; - il periodo nel quale le ritenute sui redditi di lavoro dipendente sono state versate, mediante scomputo totale o parziale; - gli estremi dell'F24 con cui sono stati effettuati i versamenti

dell'Iva e delle ritenute non scomutate; - l'affermazione che l'Iva e le ritenute versate includono quelle riguardanti il contratto di appalto/subappalto per il quale la dichiarazione è resa (**Agenzia delle entrate, circolare n. 40/E del 8.10.2012**).

«..... GA.....»

### **NUOVO OBBLIGO PER LE STAZIONI APPALTANTI: LA TRASMISSIONE ALL'AVCP DEGLI ATTI DI AVVALIMENTO DEVE ESSERE DI INTEGRATA CON LA COMUNICAZIONE DI TUTTA LA DOCUMENTAZIONE PRODOTTA DAI CONCORRENTI**

*E' stato emanato un comunicato con il quale il Presidente dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Fornitura informa che, dal 15.10.2012, tutti gli atti di avvalimento relativi a gare per servizi e forniture, trasmessi per via telematica all'AVCP, dovranno essere integrati con la comunicazione differita (upload) di tutta la documentazione prodotta dai concorrenti. Per il settore lavori, invece, il sistema informatico di acquisizione della documentazione verrà messa a disposizione in una fase successiva (**AVCP, comunicato del 28.9.2012**).*

«..... GA.....»

### **L' AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA: L'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI FORNISCE INDICAZIONE INTERPRETATIVE GENERALI**

*A seguito delle modifiche normative intervenute sull'art. 49 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 e della copiosa giurisprudenza formatasi sull'argomento nonché degli interventi in sede di precontenzioso e di vigilanza da parte dell'Autorità, si è avviata una procedura per l'emanazione di un atto a carattere generale. A tal fine, è stata esperita una consultazione on line avente ad oggetto l'avvalimento in sede di gara a seguito della quale l'Autorità con la determinazione in esame interviene sulla materia offrendo alcune indicazioni interpretative di carattere generale. Il docu-*

*mento, in particolare, affronta i seguenti argomenti: 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 (**AVCP, determinazione n. 2/2012, Gazzetta Ufficiale n. 185 del 9.8.2012**).*

«..... GA.....»

### **IL CONSIGLIO DI STATO CHIARISCE LE MODALITÀ PER QUALIFICARE E DISTINGUERE UN SERVIZIO PUBBLICO COME AVENTE O MENO RILEVANZA ECONOMICA**

*La questione sottoposta al Consiglio di Stato ed analizzata nella sentenza in esame è se il servizio di pubblica illuminazione votiva sia suscettibile tra quelli privi di rilevanza economica o se il servizio per come svolto dal Comune debba qualificarsi quale servizio privo di rilevanza economica. Ad avviso del Collegio in via di principio va considerato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica (secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22.5.2003, causa 18/2001). In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole pensare che si debba prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli*

indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione di cui si sta parlando può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 c.c. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica. Ciò posto il Consiglio di Stato che il servizio di illuminazione votiva è di indubbia la rilevanza economica. In tal senso si è espressa la giurisprudenza con orientamento univoco (per tutte, CdS, V, 11.8.2010, n. 5620; 29.3.2010, n.1790; 5.12.2008, n. 6049; 14.4.2008, n. 1600), nonché l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici in un parere richiesto dall'ANEILVE (Associazione Nazionale Esercenti Impianti Lampade Votive Elettriche) ed anche il TAR Toscana, con la sentenza appellata, inquadra il servizio di illuminazione votiva all'interno del sistema cimiteriale del Comune di Siena quale "servizio pubblico a rilevanza economica" (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5409**).

«..... GA.....»

## L'APERTURA DELLE BUSTE CONTE-

## NENTI L'OFFERTA TECNICA VA EFFETTUATA IN SEDUTA PUBBLICA

Il Consiglio di Stato, nella controversia in esame richiama quanto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 4.7.2011 ovvero in sede di gara pubblica, la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica (così come la documentazione amministrativa e l'offerta economica) non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato; il riconoscimento di un preciso obbligo di svolgimento in seduta pubblica delle predette operazioni è sorretto da puntuali previsioni normative di pubblicità (art. 64, co. 5, 67 co. 5, 91 co. 3, d.P.R. n. 554 del 1999, applicabile alla fattispecie ratione temporis e ora dal d.p.r. n. 207 del 2010). Secondo la citata sentenza in base ad una corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e pubblicità delle gare per i pubblici appalti, in particolare, la pubblicità va estesa anche all'apertura della busta delle offerte tecniche (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5408**).

«..... GA.....»

## L'AVVALIMENTO PUÒ RIFERIRSI ANCHE ALLA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ DI ALTRO OPERATORE ECONOMICO

Nel giudizio in esame la ricorrente assume l'erroneità della sentenza di primo grado,



nella parte in cui avrebbe ritenuto ammissibile il ricorso all'avvalimento anche con riferimento alla certificazione di qualità, malgrado la previsione della lex di gara consentisse di avvalersi dell'istituto solamente con riguardo ai requisiti di capacità tecnica. Il Consiglio di Stato ha rilevato sul punto che l'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione in coerenza con un condivisibile indirizzo giurisprudenziale (cfr. CdS, III, 18.4.2011 e V, 23.5.2011, n. 3066). L'istituto di matrice comunitaria è finalizzato a consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico - organizzativo, consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese. Gli art. 47 e 48 della dir. 2004/18/CE, rispettivamente rubricati “Capacità economica e finanziaria” e “Capacità tecniche e professionali” individuano i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la PA.. L'art. 48, dopo aver elencato i diversi requisiti richiesti, stabilisce che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. L'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, che ha trasfuso nell'ordinamento italiano l'art. 48 della direttiva, afferma che il concorrente “...può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”. Il successivo art. 50, rubricato “avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione”, disciplina le modalità attraverso le quali un concorrente sprovvisto di attestazione SOA può avvalersi in via generale e per un determinato periodo, dell'attestazione di altro operatore economico. La formulazione del citato art. 49 è, dunque, molto ampia e non prevede alcun divieto, sicché ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica, non rilevando, in contrario, che la certificazione di qualità è requisito immanente

l'impresa. Invero, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (cfr. CdS, VI, 22.3.2004, n. 1459). In tale ottica, afferendo la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente all'istituto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5408**).

«..... GA.....»

#### **NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA LE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE POSTE DALLA LEGGE O DAL BANDO CHE DISCIPLINANO I REQUISITI SOGGETTIVI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE SONO DI STRETTA INTERPRETAZIONE**

Nelle procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione, poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara, sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione; pertanto le norme di legge e di bando, che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche, devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41, cost., oltre che dal Trattato comunitario" (cfr. Sez. V, n. 3213 del 21.05.2010) (**Consiglio di**

*Stato, Sez. V, sentenza 22.10.2012, n. 5393).*

«..... GA.....»

**GARA D'APPALTO: NELLA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA L'AMMINISTRAZIONE PUÒ INDIVIDUARE UN SEMPLICE CRITERIO NUMERICO PER ESPRIMERE IL PROPRIO GIUDIZIO**

*Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha ritenuto di richiamare il condiviso orientamento secondo cui, ai sensi dell'art. 83, co. 1, punto 5 del 'codice di contratti', non è precluso all'amministrazione individuare, nei casi da esso disciplinati, un semplice criterio numerico per esprimere il proprio giudizio sui vari aspetti da considerare nella valutazione dell'offerta presentata nell'ambito di una gara di appalto, né è necessario che a detto criterio numerico si accompagnino comunque criteri ulteriori, di tipo argomentativo e descrittivo, mentre ciò che è invece necessario è che sussista comunque la possibilità di ripercorrere, e per ciò solo di controllare, il percorso valutativo compiuto dalla commissione di gara, la quale altrimenti sarebbe investita non di un potere discrezionale, per quanto ampio, ma di un vero e proprio arbitrio, non ammissibile come tale (CdS, V, 16.6.2010, n. 3806) (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 19.10.2012, n. 5389).*

«..... GA.....»

**ESCLUSIONE DA UNA GARA PUBBLICA: SE IL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE NON È AUTOMATICO, L'INTERESSE A RICORRERE CONTRO L'ESCLUSIONE NON RICHIEDE LA DIMOSTRAZIONE CHE L'ESITO DELLA GARA SAREBBE STATO FAVOREVOLE AL RICORRENTE**

*Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha ritenuto di prestare adesione all'orientamento secondo cui l'interesse a ricorrere avverso il provvedimento di esclusione da una gara pubblica è configurabile ex se e non richiede la dimostrazione che l'esito della gara sarebbe stato sicuramente o probabilmente*

*favorevole al ricorrente nelle ipotesi in cui (come nel caso che qui ricorre) il criterio di aggiudicazione previsto sia di tipo non automatico, in quanto la parte ricorrente ha interesse a veder valutata la propria offerta in sede di gara e dunque è portatrice di un interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura atteso che dal rinnovo deriva una nuova chance di partecipazione e di vittoria (CdS, V, 17.5.2012, n. 2826; id., V, 18.11.2011, n. 6090). L'orientamento in questione è certamente applicabile al caso in esame, atteso che il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'ambito del quale un rilievo preponderante era attribuito agli elementi qualitativi dell'offerta (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 19.10.2012, n. 5389).*

«..... GA.....»

**BANDO DI GARA: LE CLAUSOLE DI AMBIGUA FORMULAZIONE NON VANNO IMPUGNATE IMMEDIATAMENTE**

*In presenza di una clausola del bando di gara di ambigua formulazione, non è necessaria l'immediata impugnazione della clausola stessa dal momento che la lesività della posizione del contraente si configura solamente al momento della sua esclusione (CdS, V, 25.3.2002, n. 1683) (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 19.10.2012, n. 5389).*

«..... GA.....»

**ESCLUSIONE DALLA GARA PUBBLICA: METODO OPERATIVO ED INTERPRETATIVO DELLE CLAUSOLE POSTE DALLA STAZIONE APPALTANTE**

*L'esclusione da una gara pubblica può legittimamente essere disposta ove il concorrente abbia violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'Amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti e la carenza essenziale del contenuto o delle modalità di presentazione, che giustifica detta esclusione, deve in primo luogo riferirsi all'offerta, incidendo oggettivamente sulle*



componenti del suo contenuto ovvero sulle produzioni documentali a suo corredo dirette a definire il contenuto delle garanzie e l'impegno dell'aggiudicatario, in rispondenza ad un interesse sostanziale della stazione appaltante, costituendo il canone dell'utilità delle clausole e della necessità di evitare inutili appesantimenti, nonché di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio, metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile (CdS, V, 28.2.2011, n. 1245) (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 19.10.2012, n. 5389**).

«..... GA.....»

### **GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS: NON POSSONO ESSERE INDETTE GARE SE NON PER AMBITI TERRITORIALI MINIMI**

La controversia all'esame del Consiglio di Stato attiene all'impugnativa della sentenza del TAR che aveva respinto il ricorso proposto da Enel Rete Gas s.p.a. per l'annullamento della delibera consiliare con cui il Comune individuata la scadenza della concessione per la distribuzione del gas con la società ricorrente, aveva deliberato contestualmente di indire una gara per l'affidamento del servizio. Il Giudice di prime cure aveva ritenuto legittima la decisione del Comune di indire una gara anche in mancanza di una previa individuazione degli ambiti ottimali del servizio, così come prefigurato dall'art. 46 bis del d.l. 159/2007 (conv. dalla l. n. 222/2007), in ragione tanto del carattere facoltativo ed agevolativo di tali ambiti ottimali, quanto in considerazione dell'effetto di moratoria sine die degli affidamenti in essere che l'interpretazione propugnata dalla ricorrente determinerebbe. Il Consiglio di Stato, per contro, ha ritenuto corretta in diritto la tesi di parte appellante secondo cui è inibito al Comune intimato di affidare il servizio di distribuzione del gas oggetto di giudizio, ostando a ciò il divieto di cui all'art. 24, co. 4, d. lgs. n. 93/2011. Tale disposizione è chiara nell'inibire l'indizione di gare se non per ambiti territoriali minimi, così come evidente è la sua funzione di norma "ponte", in attesa

del completamento del disegno normativo avviato con l'art. 46 bis d.l. 159/2007. Il che è avvenuto con il "Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale", di cui al d.P.R. 12.11.2011, n. 226, volto a regolare il mercato della distribuzione del gas attraverso l'imposizione per le amministrazioni concedenti di svolgere le gare per ambiti territoriali minimi, già individuati con decreto del Ministro dello Sviluppo economico in data 18.10.2011 (all. 1), il cui art. 2 prevede l'accentramento delle funzioni di stazione concedente per ciascun ambito del comune capoluogo di provincia (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 18.10.2012, n. 5349**).

«..... GA.....»

### **LA REVOCA DELLA PROCEDURA DI GARA COMPORTA CONSEGUENZE DIVERSE A SECONDA CHE VENGA DISPOSTA AI SENSI DELL'ART. 21 QUINQUES DELLA L. N. 241/90 O IN BASE ALL'ART. 82 DEL CODICE DEI CONTRATTI**

Anche se la gara è stata revocata prima che fosse adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante, trattandosi della revoca dell'intera procedura ai sensi dell'art 21 quinquies della l. n. 241/90, non può avvalersi della facoltà che, invece, le consente, senza obblighi ulteriori verso la controparte, di non procedere all'aggiudicazione, se nessuna delle offerte risulti conveniente (art 82 Codice Contratti). Il Consiglio di Stato è giunto a tali conclusioni poiché ritiene che le due disposizioni hanno un ambito di applicazione diverso: l'art. 12 Codice Contratti regola la situazione in cui le offerte presentate non rispondono ai risultati previsti dalla stazione appaltante secondo il criterio del "id quod plerumque accidit", mentre l'art. 21 quinquies l.n 241/1990 regola la situazione in cui, nel corso della gara, vengono a modificarsi fatti o parametri che erano stati determinanti nelle valutazioni della stazione appaltante per fissare le regole della gara ed i risultati da conseguire: per

questo motivo il legislatore, mentre ha riconosciuto alla stazione appaltante la facoltà di sottrarsi all'obbligo di contrarre, quando la procedura di scelta del contraente non ha raggiunto l'obiettivo di assicurare l'economicità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, nella diversa ipotesi dello "ius poenitendi", in osservanza dei principi di correttezza e di tutela dell'affidamento del soggetto inciso dal ritiro del provvedimento ed a bilanciamento dei contrapposti interessi, se la revoca comporta pregiudizi in danno degli interessati, ha posto a carico della PA. l'obbligo di provvedere al loro indennizzo (*Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 16.10.2012, n. 5282*).

«..... GA.....»

**IL SILENTE DECORSO DEL TERMINE DI TRENTA GIORNI PREVISTO DALL'ART. 12 CODICE CONTRATTI COMPORTA SOLTANTO L'APPROVAZIONE TACITA DELL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA, MA NON LA TRASFORMA NELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA**

Ad avviso del Consiglio di Stato, come si desume dagli artt. 11 e 12 del codice contratti pubblici, la stazione appaltante seleziona il miglior offerente e dichiara a suo favore l'aggiudicazione provvisoria, poi, previa approvazione da parte dell'organo competente, dispone l'aggiudicazione definitiva che, però, diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario; inoltre l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta e la stazione appaltante può esercitare il potere di autotutela prima della stipula del contratto, anche ad avvenuta verifica positiva del possesso dei requisiti. Pertanto, nel caso di specie, dall'esame degli atti va escluso che nei confronti della stazione appaltante si sia perfezionata, per silenzio assenso, la aggiudicazione definitiva del servizio: infatti, il silente decorso del termine di trenta giorni previsto dall'art. 12 codice contratti comporta soltanto l'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, ma non la trasforma nell'aggiudicazione definitiva (co-

me pretenderebbe l'appellante incidentale), che rappresenta l'atto conclusivo del procedimento di gara ed il presupposto necessario per l'avvio della successiva fase contrattuale, salvo l'esercizio del potere di autotutela (*Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 16.10.2012, n. 5282*).

«..... GA.....»

**LE SOCIETÀ CONTROLLATE DA SOCIETÀ FIDUCIARIE DEVONO DICHIARARE, GIÀ NELLA DOMANDA DI PARTECIPAZIONE ALLA GARA, DI ESSERE COMPARTICIPATE DA SOCIETÀ FIDUCIARIE AL FINE DI CONSENTIRE I CONTROLLI ANTI-MAFIA E VERIFICARE L'IDENTITÀ DEI FIDUCIANTI**

Ci e' stata segnalata la decisione del Consiglio di Stato (VI, n. 5279 del 15.10.2012), in materia di appalti, che si rivela molto interessante in quanto afferma due principi innovativi. 1) Per la prima volta, il Giudice Amministrativo è stato investito di una controversia inerente gli obblighi informativi previsti dalla normativa antimafia a carico delle società che partecipino a pubblici appalti, controllate da società fiduciarie autorizzate. Le società fiduciarie autorizzate sono società autorizzate dalla legge ad amministrare beni per conto di terzi, i c.d. fiducianti, che rimangono sostanzialmente nell'anonimato. Il Consiglio di Stato ha chiarito che il combinato disposto degli artt. 38 lett. d) d. lgs. n. 163/2006 e 17 l. n. 55/90 impone alle società controllate da società fiduciarie di dichiarare, già nella domanda di partecipazione alla gara, di essere partecipate da società fiduciarie, in modo da consentire alla stazione appaltante di espletare i controlli previsti dalla normativa antimafia e verificare l'identità dei fiducianti. La stazione appaltante deve, viceversa, procedere alle necessarie verifiche in ordine all'identità dei fiducianti prima della stipula del contratto d'appalto. Nel caso di specie, invece, l'amministrazione è rimasta inerte nonostante fosse emersa la partecipazione nell'aggiudicataria di una società fiduciaria, non dichiarata nella domanda di partecipazione. 2) Ai sensi dell'art. 41 co. 2 c.p.a.

anche il soggetto privato, beneficiario dell'atto annullato, qualora abbia consapevolmente concorso con il comportamento negligente della PA., mediante omissione o reticenza, è solidalmente responsabile dei danni causati a terzi. La PA. ha possibilità di agire, pertanto, in regresso nei confronti dell'aggiudicatario che si sia reso reticente. Il Consiglio di Stato, nel caso di specie, pone a carico del soggetto privato beneficiario del provvedimento annullato i quattro quinti del risarcimento danni ed a carico dell'amministrazione un quinto, con vincolo di solidarietà. 3) Un profilo curioso della vicenda è quello relativo alla circostanza che il Giudice di primo grado (Sez. I del TAR Puglia Bari) aveva proceduto ad una lettura disattenta del ricorso e, in ragione di tanto, lo aveva respinto; il Consiglio di Stato nel riformare la sentenza di primo grado da atto, attraverso il virgolettato di pag. 6 della decisione, che invece le censure erano precise e pertinenti e che pertanto il ricorso era meritevole di accoglimento (**Nota dell'Avv. Ciro Testini - Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 15.10.2012, n. 5279**).

«..... GA.....»

## **LA NATURA DI ENTI PUBBLICI NON ECONOMICI RICONOSCIUTA ALLE AUTORITÀ PORTUALI DETERMINA CHE LE PROCEDURE CONCORSUALI DA ESSE INDETTE RIENTRINO NELL'AMBITO DELLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**

Nella controversia in esame giunge alla decisione del Consiglio di Stato il ricorso proposto dall'appellante la quale era risultata prima classificata nel concorso per un posto da dirigente indetto dall'Autorità portuale di Cagliari avverso la sentenza del TAR della Sardegna con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata nell'ambito del medesimo ricorso e, per l'effetto, sono stati annullati gli atti con cui l'appellante era stata ammessa al concorso in questione. In particolare per quanto qui interessa viene in considerazione il motivo di appello con il quale viene dedotta la carenza di giurisdizione del Giudice amministrativo in considerazione della natura di enti pubblici

economici delle Autorità portuali. Il Consiglio di Stato ha sul punto, per contro, affermato la natura di enti pubblici non economici delle autorità portuali, con la conseguenza che le procedure concorsuali da esse indette rientrano nell'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo ai sensi del comma 4 dell'art. 63 del d. lgs. 30.3.2001, n. 165. Al riguardo, militano nel senso di escludere la natura di enti pubblici economici un elemento di carattere formale e uno di carattere sostanziale. Quanto al profilo formale, mette conto richiamare la previsione di cui al co. 993 dell'art. 1 della l. 27.12.2006, n. 296, la quale afferma *expressis verbis* la natura giuridica di enti pubblici non economici delle Autorità portuali. Ora, è noto che, dal momento che l'individuazione di un soggetto quale Ente pubblico economico postula un'operazione qualificatoria talvolta estremamente complessa e nel cui ambito occorre operare una sintesi fra elementi spesso eterogenei e di carattere non univoco, la qualificazione formale contenuta in atti aventi forza di legge assume un valore determinante al fine di ammettere o di escludere l'effettiva natura del soggetto di cui si discute. Quanto, poi, ai profili sostanziali della questione, si osserva che, pur nella varietà ed eterogeneità degli indici rivelatori che nel corso degli anni sono stati enucleati al fine di individuare la natura di ente pubblico economico, appare condivisibile – e meritevole di applicazione nel caso in esame – il decisivo criterio in base al quale tale natura può essere affermata solo laddove l'attività del soggetto di cui si discute venga svolta per fini di lucro e in regime di concorrenza con soggetti privati, e non anche in tutti i casi in cui il soggetto in questione operi sulla base di un (sostanzialmente indeterminato) criterio di imprenditorialità, ovvero sulla base di criteri di oggettiva economicità. Ebbene, impostati in tal modo i termini concettuali della questione, si ritiene di escludere il carattere di enti pubblici economici in capo alle Autorità portuali sul decisivo rilievo per cui esse operano - sì - in base a criteri di oggettiva economicità, ma non perseguono istituzionalmente alcun fine di lucro, né operano – a ben vedere – su mercati contendibili. Al contrario, ai sensi della l. 28.1.1984, n. 94 tali autorità svolgono attività di affidamento e

controllo delle attività finalizzate alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale. Inoltre, i compiti istituzionalmente demandati alle autorità portuali ai sensi della richiamata norma primaria (es.: indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali) risultano più agevolmente ascrivibili a funzioni di regolazione e controllo sull'attività di erogazione di servizi contendibili sul mercato, che non ascrivibili essi stessi all'ambito delle attività volte alla produzione e allo scambio di beni e servizi. Deve, conseguentemente, essere riconfermata la natura di enti pubblici non economici delle Autorità portuali e, conseguentemente, riaffermata la giurisdizione del Giudice amministrativo sulla vicenda di causa (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9.10.2012, n. 5248**).

«..... GA.....»

#### **L'AVVALIMENTO E' UN ISTITUTO DI SOCCORSO AL CONCORRENTE IN SEDE DI GARA E NON PUÒ ESSERE ESTESO ALL'AUSILIARIO E/O AL SOGGETTO INDICATO DAL CONCORRENTE PER LA PROGETTAZIONE**

L'avvalimento è istituto di soccorso al concorrente in sede di gara e, di conseguenza, va escluso chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante (cfr. CdS, VI, 2.5.2012, n. 2508). Vero è che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti. Se ne deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari. Va considerato, infatti, che solo il concor-

rente assume obblighi contrattuali nei confronti della stazione appaltante, tanto che l'ausiliario si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione (art. 49 co. 3, lett. d)) ed, inoltre, l'ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto ( art. 49, co. 4). La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria è collegata contrattualmente al concorrente, tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento; tale vincolo contrattuale diretto col concorrente e con la stazione appaltante non sussisterebbe, invece, nel caso in cui si trattasse di avvalimento da parte dell'ausiliario di requisiti posseduti da terzi. Inoltre, l'estensione della categoria di "concorrente" sino a ricomprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione (come nella fattispecie), comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria (potenzialmente all'infinito), non consentirebbe un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 1.10.2012, n. 5161**).

«..... GA.....»

**I SOGGETTI CHE RIVESTANO CARICHE SOCIETARIE, ALLE QUALI È PER LEGGE CONNESSA LA TITOLARITÀ DI POTERI RAPPRESENTATIVI, SONO IN OGNI CASO TENUTI A RENDERE LA DICHIARAZIONE DI SUSSISTENZA DEI REQUISITI MORALI E PROFESSIONALI RICHIESTI AI FINI DELLA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI GARA, SENZA CHE POSSA AVERE ALCUNA RILEVANZA L'EVENTUALE RIPARTIZIONE INTERNA DI COMPITI E DELEGHE**

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'art. 38 del 'codice dei con-



tratti', nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato. Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (CdS, VI, 18.1.2012, n. 178). La giurisprudenza di questo Consiglio è giunta ad affermare l'illegittimità ai sensi dell'articolo 38, cit., dell'ammissione alla gara d'appalto di un'impresa la quale non abbia presentato in allegato alla domanda di ammissione la dichiarazione di assenza di pregiudizi penali in capo a tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, per essi intendendosi tutti i soggetti che rivestano cariche societarie ai quali per legge sono istituzionalmente connessi poteri rappresentativi, senza che abbia rilevanza l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe (CdS, III, 16.3.2012, n. 1471). Anche in questo caso, infatti, deve essere richiamata la giurisprudenza di questo Consiglio secondo cui coloro i quali rivestano cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connessa la titolarità di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere alcuna rilevanza l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti, quali procuratori o institori, può porsi il problema della verifica in concreto del possesso di siffatti poteri (in tal senso: CdS, III, 16.3.2012, n. 1471; id., IV, 3.12.2010, n. 8535) (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 28.9.2012, n. 5150**).

«..... GA.....»

**VERIFICA A CAMPIONE NELLE GARE D'APPALTO: SE ENTRO IL TERMINE UTILE LA DOCUMENTAZIONE**

**NON È FORNITA, L'IMPRESA INADEMPIENTE INCORRE NELL'ESCLUSIONE DALLA GARA, NELL'INCAMERAMENTO DELLA CAUZIONE PROVVISORIA E NELLA SEGNALEZIONE ALL'AUTORITÀ PER I CONSEGUENTI PROVVEDIMENTI CHE VERRANNO ADOTTATI SALVO IL CASO DI TARDIVA PRODUZIONE CHE COMPROVI LE DICHIARAZIONI CONTENUTE NELLA DOMANDA DI PARTECIPAZIONE**

Giunge alla decisione del Consiglio di Stato il ricorso in appello proposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture avverso la sentenza del TAR del Lazio con cui è stato accolto il ricorso proposto da una società attiva nel settore dell'informatica avverso gli atti con cui l'Autorità l'aveva sanzionata ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 per avere reso solo in ritardo le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti tecnici che era stata chiamata a comprovare in sede di c.d. 'verifica a campione' nell'ambito di una procedura di gara di appalto. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello in quanto con riferimento al primo degli argomenti addotti, l'Autorità appellante afferma che anche il previgente sistema normativo (e, segnatamente, gli artt. 8, co. 7 e 10, co. 1 quater della l. 109 del 1994) dovesse essere correttamente inteso nel senso di applicare la sanzione della sospensione anche ai casi di mancata prova tempestiva della veridicità della dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione alla gara. L'argomento in questione non può essere accolto in quanto esso mira, a ben vedere, a revocare in dubbio la validità dell'orientamento giurisprudenziale di questo Giudice di appello secondo cui l'art. 10 quater della l. 109 del 1994 deve essere interpretato nel senso che la tardiva prova circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa giustifica l'esclusione dalla gara e l'incameramento della cauzione, ma non anche le ulteriori misure conseguenti alla segnalazione all'Autorità (i.e.: la sanzione pecuniaria e il divieto di partecipazione alle gare per un tempo fissato dalla legge). Al riguardo, il

Collegio ritiene che non emergano nel caso in esame ragioni per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in via di principio, deve riconoscersi carattere perentorio al termine di dieci giorni, previsto, in sede di verifiche a campione, dall'art. 10, co. 1 quater, l. 11.2.1994 n. 109 (nel testo introdotto dall'art. 13 l. 18.11.1998 n. 415; in seguito: art. 48, co. 1 del 'codice dei contratti'), al fine di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente previsti dal bando. (in tal senso - ex plurimis -: CdS, IV, sent. 42 del 2005). Il medesimo orientamento giurisprudenziale ha chiarito che, se entro il termine utile la documentazione non è fornita, l'impresa inadempiente incorre in conseguenze necessitate, e cioè nell'esclusione dalla gara, nell'incameramento della cauzione provvisoria e nella segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti. Nel caso in cui, successivamente (e quindi tardivamente), la documentazione sia invece comunque presentata, occorre verificare se questa compri o meno le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione. Infatti, se la prova è positivamente fornita le vicende di gara (esclusione ed incameramento) restano sfavorevolmente definite, ma la concorrente ritardataria non sarà assoggettata a sanzione, non avendo fornito alcuna falsa dichiarazione. Se invece la concorrente fornisce tardivamente una documentazione insufficiente, l'ordinamento reagisce anche sotto il profilo sanzionatorio, risultando tale ipotesi del tutto sovrapponibile a quella della mancata produzione dei documenti richiesti. Ne consegue da un lato che la violazione del termine comporta comunque il (legittimo) incameramento della cauzione; dall'altro che la presa in considerazione da parte della stazione appaltante della documentazione tardivamente prodotta non sana in alcun modo l'inadempimento posto in essere dalla partecipante. L'esame della documentazione tardiva risulta infatti esclusivamente finalizzato ad orientare il successivo segmento procedimentale, avente ad oggetto l'irrogazione da parte dell'Autorità dell'ulteriore sanzione, in caso di carenza sostanziale dei documenti (in tal senso: CdS, IV, 20.7.2007, n. 4098) (**Consiglio di Stato**,

**Sez. VI, sentenza 28.9.2012, n. 5138).**

«..... GA.....»

### **LA CUSTODIA IN CASSAFORTE DEI PLICHI DI GARA DEVE RITENERSI QUALE "ADEGUATA CAUTELE" PER LA LORO SALVAGUARDIA**

Nel caso di specie l'appellante deduce l'erroneità della sentenza di primo grado, laddove non ha sanzionato l'omessa indicazione nei verbali di gara delle modalità di conservazione dei plichi tra una seduta e l'altra della commissione. Il Consiglio di Stato ha ritenuto la censura non meritevole di accoglimento in quanto dagli atti di causa risulta per contro che nella prima seduta il Presidente ha puntualmente specificato le modalità di custodia (in cassaforte) dei plichi, a cui il segretario doveva attenersi. Tale accorgimento risulta pertanto oggettivamente idoneo a garantire l'integrità e la conservazione della documentazione di gara. Come precisato infatti dalla più recente giurisprudenza la custodia in cassaforte deve ritenersi quale "adeguata cautela" per la salvaguardia dei plichi. Né, peraltro, l'appellante contesta nello specifico alcun segno di concreta manomissione della documentazione di gara, risultando quindi la censura dedotta in via meramente formale vieppiù inconducibile (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19.9.2012, n. 4970**).

«..... GA.....»

### **LA COMMISSIONE DI GARA NON PUÒ SPECIFICARE E/O INTEGRARE I CRITERI DI VALUTAZIONE INDICATI DAL BANDO DI GARA**

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa, l'art. 83 del codice degli appalti (d. lgs. n. 163/2006) inibisce alla Commissione giudicatrice di suddividere i criteri valutativi previsti dal bando in dettagliati sottocriteri cui attribuire specifici sottopunteggi, procedendo per questa via ad una formale e sostanziale integrazione e/o modificazione del bando stesso. Nella specie, però, sottolinea il Collegio come la Commissione di gara



non ha introdotto formalmente alcun nuovo sottocriterio di valutazione nè alcun specifico sottopunteggio da assegnare alle offerte, limitandosi a specificare i fattori che sarebbero stati considerati, nell'ambito dei criteri individuati in sede di *lex specialis*, per valutare le offerte stesse (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19.9.2012, n. 4971**).

«..... GA.....»

**COMMISSIONE DI GARA: NON È NECESSARIO CHE L'ESPERIENZA PROFESSIONALE DI CIASCUN COMPONENTE DELLA COMMISSIONE COPRA TUTTI I POSSIBILI AMBITI OGGETTO DI GARA, MA È LA COMMISSIONE, UNITARIAMENTE CONSIDERATA, CHE DEVE GARANTIRE QUEL GRADO DI CONOSCENZE TECNICHE RICHIESTO NEL CASO CONCRETO**

*Nel giudizio in esame si censura, tra l'altro, l'erronea composizione della commissione di gara (perché composta anche da soggetti, responsabili del Settore affari Istituzionale e del Settore ragioneria, di non comprovata esperienza nello specifico settore delle reti fognanti e dell'idraulica in generale). Il Consiglio di Stato sul punto ha ritenuto infondata la censura e ciò in primo luogo perché il requisito dell'esperienza nello specifico settore oggetto dell'appalto, ex art. 84, co. 2 del d. lgs. n. 163/2006, deve essere inteso in maniera coerente con la diversità delle competenze richieste in relazione al complesso della prestazione prevista, senza necessità che la specifica competenza dei componenti della commissione di gara debba coprire ogni aspetto della procedura (trattandosi di figure idonee a garantire la competenza giuridico-amministrativa sempre necessaria nello svolgimento di procedimenti di evidenza pubblica.); non è necessario, pertanto, che l'esperienza professionale di ciascun componente della Commissione copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, in quanto è la Commissione, unitariamente considerata, che deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della*

*PA. (CdS, V, 10.8.2011, n. 4756). In secondo luogo perché non è stato adeguatamente dimostrato che la diversa composizione della commissione avrebbe determinato un diverso esito della gara (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 17.9.2012, n. 4916**).*

«..... GA.....»

**LA RAGIONEVOLEZZA DELLE MISURE DI LIMITAZIONE DELLA PARTECIPAZIONE AI PUBBLICI APPALTI DEVE ESSERE VALUTATA IN RELAZIONE ALLE CONCRETE CARATTERISTICHE DEL CONTRATTO DA AGGIUDICARE, E DEVE RISPONDERE AD UNA NECESSITÀ OBIETTIVA**

*Nel caso attenzionato si controverte della legittimità della sentenza del Tar che ha respinto l'impugnativa avverso la determinazione dirigenziale con la quale il Comune aveva disposto l'esclusione dell'odierna appellante dalla gara per l'affidamento del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione di tributi ed entrate comunali, nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva. L'appellante, tra l'altro, si duole della irragionevolezza di alcuni requisiti di partecipazione presenti nel disciplinare di gara, quale ad esempio quello consistente nella realizzazione, negli ultimi tre esercizi di un fatturato globale di impresa pari o superiore ad € 40.000.000,00 + IVA se dovuta. Osserva sul punto il Collegio che la ragionevolezza delle misure di limitazione della partecipazione ai pubblici appalti deve essere valutata in relazione alle concrete caratteristiche del contratto da aggiudicare, e deve rispondere ad una necessità obiettiva. Nella presente controversia il Comune appellato ha enunciato la ragione della misura, costituita dal fatto che il gestore del servizio è tenuto ad anticipare annualmente trentotto milioni di euro sulla base del gettito atteso dalle entrate della cui riscossione si discute. Osserva il Collegio che tale essendo la misura dell'obbligazione accollata al gestore del servizio ragionevolmente il Comune ha limitato la partecipazione a soggetti in grado di assolverla con regolarità (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 14.9.2012, n. 4889**).*

«..... GA.....»

**APPALTI PUBBLICI: LA CONTROVERSIA INERENTE LA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO VA INSTAURATA INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO**

*In materia di appalti pubblici, l'art. 133, co. 1, lett. e, n. 1, c.p.a. attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento, restando devolute alla giurisdizione del giudice ordinario quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto, ossia concernenti i diritti e gli obblighi derivanti da quest'ultimo. Il giudizio avente per oggetto la risoluzione di un contratto pubblico e l'accertamento del diritto dell'appaltatore a proseguire il rapporto con l'amministrazione committente rientra, dunque, nella giurisdizione del giudice ordinario, quand'anche l'atto rescissorio rivesta la forma dell'atto amministrativo; ciò, perché trattasi di controversia inerente alla fase della esecuzione del contratto, nella quale l'amministrazione opera in via paritetica e in rapporto alla quale la cognizione si radica - come detto - in capo al giudice ordinario, e perché spetta a quest'ultimo verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative (cfr., ex multis, Cass. civ., Sez. Un., 23.12.2003, n. 19787; 5.4.2005 n. 6992; 18.10.2005 n. 20116; 7.11.2008, n. 26792; CdS, V, 28.12.2006, n. 8070; 17.10.2008, n. 5071; TAR Campania, Na, VII, 5.6.2009, n. 3110; TAR Abruzzo, Pe I, 14.7.2009 n. 511; TAR Lombardia, Mi, III, 24.11.2010, n. 7346; TAR Sicilia, Ct, IV, 7.12.2011, n. 2932; 23.2.2012, n. 443; TAR Calabria, Cz, I, 8.2.2012, n. 161; TAR Molise, Campobasso, 8 febbraio 2012, n. 20) (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, sentenza 25.10.2012, n. 4228).*

«..... GA.....»

**APPALTI PUBBLICI: INDIVIDUAZIONE DEI CASI IN CUI L'ANNOTAZIONE****NEI VERBALI DI GARA DI APERTURA E DI CHIUSURA DEI LAVORI DA PARTE DELLE COMMISSIONI DI CONCORSO PUÒ ESSERE CONSIDERATO UN ELEMENTO ESSENZIALE**

*La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che "In materia di gare pubbliche di appalto l'indicazione della durata delle operazioni verbalizzate (e, quindi, dell'orario di inizio e di chiusura della seduta collegiale) in alcuni casi può essere considerato un elemento essenziale (ad esempio, per i verbali delle commissioni di concorso, perché tale dato può essere necessario per controllare la ponderatezza delle relative determinazioni); in altri casi, cioè nelle ipotesi in cui si evince altrimenti che la valutazione sia stata attenta e ponderata può risultare, invece, superflua. In sostanza le lacune del verbale possano causare l'invalidità dell'atto verbalizzato solo nel caso in cui esse riguardino aspetti dell'azione amministrativa la cui conoscenza risulti necessaria per poterne verificare la correttezza; mentre quelle che riguardano aspetti diversi e non determinanti danno luogo a mere irregolarità formali non idonee a comportare l'illegittimità dell'atto che tali omissioni presenti" (CdS, V, 22.2.2011 n. 1094) (TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, sentenza 21.9.2012, n. 8015).*

«..... GA.....»

**L'ISTITUTO DELLA REVISIONE PREZZI NEI CONTRATTI STIPULATI DALLA PA. È PREORDINATO A TUTELARE L'ESIGENZA DELL'AMMINISTRAZIONE DI EVITARE CHE IL CORRISPETTIVO DEL CONTRATTO DI DURATA SUBISCA AUMENTI INCONTROLLATI NEL CORSO DEL TEMPO, TALI DA SCONVOLGERE IL QUADRO FINANZIARIO SULLA CUI BASE È AVVENUTA LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO**

*La giurisprudenza (cfr. CdS, V, 9.6.2008 n. 2786; V, 14.12.2006, n. 7461; V, 16.6.2003, n. 3373; V, 8.5.2002, n. 2461) ha più volte chiarito che l'art. 6 della l. n. 537/93 come*

sostituito dall'art. 44 della l. n. 724/94, detta una disciplina speciale circa il riconoscimento della revisione prezzi nei contratti stipulati dalla PA.. Si tratta di una previsione che prevale su quella generale di cui all'art. 1664 c.c. ed attribuisce alle imprese il diritto alla revisione dei prezzi (successivamente alla determinazione discrezionale della stazione appaltante cristallizzata in un espresso provvedimento attributivo del beneficio, ovvero deducibile da comportamento implicito quale il pagamento di acconti). Tale disciplina ha natura imperativa e si impone nelle pattuizioni private modificando ed integrando la volontà delle parti contrastante con la stessa, attraverso il meccanismo diviso dall'art. 1339 c.c.; ne consegue che le clausole difformi sono nulle nella loro globalità, anche se la nullità non investe l'intero contratto in applicazione del principio utile per inutile non vitiatur sancito dall'art. 1419 c.c. Poiché la disciplina legale dettata dall'art. 6, co. 4 e 6 cit. non è mai stata attuata nella parte in cui prevede l'elaborazione, da parte dell'I.S.T.A.T., di particolari indici concernenti il miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, rilevate su base semestrale, la lacuna è stata colmata mediante il ricorso all'indice F.O.I. L'utilizzo di quest'ultimo parametro, ovviamente, non esonera la stazione appaltante dal dovere di istruire il procedimento tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale, ma segna il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale. In tal modo, secondo la giurisprudenza, si rispecchia fedelmente la "ratio" complessiva della norma sancita dal menzionato art. 6, ed il meccanismo istruttorio in essa diviso, che è quella di coniugare l'esigenza di interesse generale di contenere la spesa pubblica, con quella, parimenti generale, di garantire nel tempo la corretta e puntuale erogazione delle prestazioni dedotte nel programma obbligatorio. L'istituto della revisione è infatti preordinato, nell'attuale disciplina, alla tutela dell'esigenza dell'amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca au-

menti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. A fronte della mancata pubblicazione da parte dell'Istituto di statistica dei dati di cui al comma 6 del citato articolo di legge, la giurisprudenza, interrogata sulla sorte della disposizione legislativa, ha concluso, in modo unanime, che in mancanza di questi la revisione debba appunto essere operata sulla base dell'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (cd indice F.O.I.) mensilmente pubblicato dall'ISTAT e che l'adeguamento del corrispettivo non possa essere ancorato alle variazioni specifiche dei prezzi e dei costi delle componenti utilizzate dall'impresa appaltatrice (CdS, V, 16.6.2003, n. 3373; 13.12.2002, n. 4801; 8.5.2002 n. 2461). A quest'ultimo riguardo è stato aggiunto che, sia i co. 4 e 6 dell'art. 6, l. n. 537 del 1993, sia, ora, l'art. 115 del d. lgs n. 163/2003 fanno riferimento al "prezzo" e non al "costo". Soltanto il prezzo, inteso come prezzo formatosi sul mercato generale dei prezzi, consente di ancorare il meccanismo di revisione a criteri "oggettivi", tali da conservare l'equilibrio del sinallagma contrattuale e ad impedire di ancorare la misura della revisione al costo (per l'impresa), poiché in tal modo l'aumento posto a carico dell'Amministrazione finirebbe per riflettere le eventuali inefficienze della funzione produttiva del singolo contraente, a tutto danno delle finanze pubbliche (cfr in tal senso CdS, V, 14.12.2006 n. 7461; TAR Sicilia, Pa, I, 26.1.2009 n. 105).

Aggiunge poi il Collegio che come ricordato di recente (cfr. TAR Veneto, I, n. 236/10), la giurisprudenza ammette che soltanto in frangenti del tutto eccezionali l'istituto della revisione prezzi possa fuoriuscire dalla mera esigenza della PA. aggiudicante di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo e tuteli - quindi - il contrapposto interesse dell'impresa di non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che potrebbero verificarsi durante l'arco del rapporto, essendo suscettibili di indurre l'impresa stessa ad una riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni (cfr. al riguardo CdS, V, 9.6.2008 n.

2786). Tale eccezionalità che conseguentemente legittima una quantificazione del compenso revisionale mediante il ricorso a differenti parametri statistici va comunque intesa come circostanza o circostanze impreviste e

imprevedibili, ossia non sussistenti al momento della sottoscrizione del contratto e delle quali non era prevedibile l'avveramento (TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, sentenza 18.10.2012, n. 468).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL FALSO NON È PIÙ INNOCUO

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*La teoria penalistica del falso innocuo non è più applicabile ai procedimenti ad evidenza pubblica*

The theory of criminal law is no longer harmless fake applicable to proceedings open to public

*Sommario: 1. Premessa. 2. Teoria del falso innocuo. 3. Conclusioni.*

### **1.Premessa.**

La continua tensione fra le due diverse visioni del diritto, quella sostanziale e quella formale, torna nuovamente alla ribalta in occasione del ravvedimento giurisprudenziale sul falso innocuo. Come noto, infatti, a partire dalla innovativa sentenza n. 829 del 2009 della Sezione V del CdS, la giurisprudenza amministrativa aveva introdotto nel settore delle gare pubbliche l'istituto tipicamente penalistico del falso innocuo. Secondo questa teoria, che trae spunto dall'art. 49, co. 2 del c.p. secondo cui "La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso" e, quindi, dal principio della necessaria offensività del reato, il falso è innocuo quando si riveli in concreto inidoneo a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti e, cioè, quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo anti-giuridico. Applicando questo concetto alle procedure ad evidenza pubblica la sentenza del 2009 e la successiva giurisprudenza uniforme, ritenevano che un falso (una falsa dichiarazione) in sede di gara fosse da considerare innocuo e privo di offensività ogni qual volta, in sostanza, non toccasse circostanze influenti sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione dei concorrenti. In altri termini, ove il concorrente effettivamente possedesse i requisiti richiesti dalla procedura di

gara, non sarebbe stato da escludere pure a fronte di una falsa od omessa dichiarazione.

### **2.Teoria del falso innocuo.**

Già in un secondo momento questa impostazione, tipicamente innovativa ed evidentemente contaminata dall'influenza del diritto comunitario (basti pensare che secondo l'art. 45, co. 2, lett. g) della dir. n. 18 del 2004, "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" è da escludere il concorrente "che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni", è stata chirurgicamente ridimensionata da quella giurisprudenza che ha sancito che, a fronte di una esplicita causa di esclusione prevista dalla legge di gara, il falso innocuo opera alla duplice condizione che l'impresa sia in possesso di tutti i requisiti richiesti "e che la *lex specialis* non preveda espressamente l'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire" (cfr. CdS, V, 9.11.2010 n. 7697; CdS, III, 30.1.2012 n. 447). Pertanto la rilevanza dell'omissione, che è una delle condotte tipiche della fattispecie di falso, nella materia delle procedure ad evidenza pubblica ha assunto un significato diverso a seconda che la legge di gara prevedesse o meno una chiara causa di esclusione per l'omessa dichiarazione.

Ciò, evidentemente, in omaggio ai principi di trasparenza ed imparzialità che governano l'azione amministrativa. Questa giurisprudenza, quindi, ha iniziato a ridimensionare la forza dirimpente del falso innocuo. Successivamente, a distanza di soli due mesi dall'ultima delle sentenze appena citate, il CdS è tornato ad occuparsi di falso innocuo invertendo nettamente l'orientamento e sancendo, almeno per ora, la fine dell'applicazione del falso innocuo alle procedure ad evidenza pubblica. Secondo questo nuovo orientamento che si sta consolidando, in sede di procedure ad evidenza pubblica il falso non può mai essere innocuo e, cioè, inoffensivo, perché, oltre alla sostanziale e reale affidabilità delle imprese, deve essere tutelato anche il bene della completezza delle dichiarazioni che ha un valore in sé. Il CdS, infatti, ha statuito che la teoria del falso innocuo *“non può trovare ingresso nelle procedure di evidenza pubblica, atteso che in queste ultime la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara (cfr. CdS, III, 16.3.2012 n. 1471) ed in senso conforme “In tal caso, infatti, la mancata presentazione della dichiarazione relativa al precedente amministratore cessato dalla carica nel triennio precedente la procedura di gara, nonché il carattere non veritiero della dichiarazione resa, non può che comportare l'illegittimità dell'ammissione in gara, non avendo cittadinanza nel sistema, come ha ormai chiarito la giurisprudenza amministrativa, il cd. falso innocuo” (cfr. CdS, V, 22.5.2012 n. 2946)*. La completezza delle dichiarazioni, quindi, è considerata come un valore in sé, imprescindibile, da non sacrificare neanche a fronte di una realtà sostanzialmente conforme alle prescrizioni di gara.

Lo stesso potere di soccorso della PA., di cui all'art. 46, co. 1, d. lgs. n. 163/06, *“deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco e non in presenza di una chiara previsione di legge”* (cfr. CdS, III, 16.4.2012 n. 1471).

In un'ottica diversa, però, si potrebbe asserire che, sebbene le dichiarazioni fungano da veicolo per dimostrare e rappresentare la capacità e l'affidabilità delle imprese, esse non dovrebbero mai precludere l'accesso alla gara alle imprese meritevoli. Alla luce di tutto quanto rappresentato, è evidente che su questo terreno così delicato si scontrino in modo plastico le ragioni (e le paure) di coloro che preferiscono arretrare la soglia dell'accesso alle gare ad un piano strettamente formale, per evitare mancanze o discrezionalità nei controlli, e coloro che, invece, preferendo la sostanza alla forma, sono pronti a sacrificare la snellezza delle gare a fronte della ricerca del competitore realmente e sostanzialmente migliore.

### 3. Conclusioni.

Sembra, quindi, che su questo terreno di scontro si affrontino, per l'ennesima volta, due diverse visioni del diritto. Secondo l'impostazione più conforme alla nostra tradizione (forse, ormai, troppo bizantina) il buon andamento dell'amministrazione (*ex art. 97 cost.*) sarebbe assicurato grazie alla tutela delle forme perché solo grazie a tali prescrizioni si scremerebbero senza dubbio i migliori contraenti per l'amministrazione.

Secondo l'impostazione più innovativa, che trae forza e spunto dal diritto comunitario (figlio della tradizione di *common law*), la sostanza dovrebbe vincere sulla forma, assicurando al committente pubblico di non perdere l'occasione di contrarre con chi, realmente competitivo, non abbia ottemperato a delle prescrizioni meramente formali. Forse il buon andamento dell'amministrazione si assicurerebbe evitando che il rispetto delle forme scada in mero formalismo.

# LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO D'APPALTO PER GRAVE NEGLIGENZA O GRAVE RITARDO AI SENSI DELL'ART. 136 DEL D. LGS 163/06

dell'Ing. Andrea Di Stazio

*Guida per le amministrazioni alla risoluzione del contratto per inadempienza dell'appaltatore*

Help for government to cancel the contract for default of the contractor

*Sommario: 1. Premessa; 2. Fase pubblicistica del procedimento e fase privatistica inerente la gestione del contratto; 3. Strumenti per la gestione del contratto da parte della PA.*

## **1. Premessa.**

L'attuale fase di crisi economica induce gli operatori economici ad eseguire ribassi sempre più elevati nelle gare per l'aggiudicazione di contratti di appalti per l'esecuzione di lavori pubblici. I partecipanti alle gare d'appalto aspirano - per una innumerevole serie di ragioni - ad ottenere il contratto di appalto e per fare ciò offrono ribassi sul prezzo a base d'asta spesso irragionevoli. La conseguenza di ciò è che spesso il prezzo contrattuale non copre che in minima parte i costi che l'impresa deve sostenere per eseguire i lavori. A questo punto la strategia che l'impresa mette in campo per tirare fuori l'utile dal contratto d'appalto è il contenzioso: ricerca della perizia di variante e suppletiva, richiesta di nuovi prezzi, iscrizione di riserve nei registri di contabilità, il tutto spesso condito da una "nutrita e fitta corrispondenza" con la stazione appaltante.

## **2. Fase pubblicistica del procedimento e fase privatistica inerente la gestione del contratto.**

A questo punto occorre fare un passo indietro. E' pacifica giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione<sup>1</sup> l'individuazione, nell'ambito degli appalti pubblici, di due fasi: la prima fase è la cosiddetta fase pubblicistica nella quale si forma la volontà dell'amministrazione, che si snoda attraverso una serie di procedimenti vincolati e che termina con il

provvedimento di aggiudicazione con il quale viene scelto il contraente. La seconda fase ha inizio con l'incontro della volontà tra amministrazione e soggetto appaltatore; in tale fase l'incontro delle volontà, che avviene con la stipulazione del contratto, avviene sul piano della piena parità ed è pertanto completamente retto dal diritto civile. Il provvedimento di aggiudicazione pertanto costituisce il confine estremo della fase pubblicistica, nella quale il soggetto pubblico agisce nell'esercizio di poteri autoritativi, mentre successivamente subentra una seconda fase retta interamente dal diritto privato il cui primo atto è rappresentato dall'incontro delle volontà delle parti (pubblica amministrazione e privato aggiudicatario) volto alla stipulazione del contratto<sup>2</sup>.

Ovviamente se amministrazione ed appaltatore sono formalmente su un piano di piena parità, la stazione appaltante conserva tuttavia nel corso della conduzione dell'appalto ancora alcuni poteri "coercitivi" nei confronti dell'appaltatore finalizzati alla rapida esecuzione delle opere pubbliche d'interesse per l'intera collettività; potremmo dire che la stazione appaltante è ancora un gradino più su rispetto all'appaltatore e che il "gradino" è finalizzato alla pronta realizzazione delle opere necessarie alla collettività.

La normativa europea in materia di con-

<sup>1</sup> Da ultimo Cassazione, SS.UU., n. 27169 del 28.12.2007

<sup>2</sup> Fatte salve le questioni della sorte della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, definite dalla Direttiva 2007/66/Ce che ha trovato recepimento nel nostro ordinamento con il d. lgs. 20.3.2010 n. 53

tratti pubblici<sup>3</sup> è tutta incentrata sulle procedure di scelta del contraente e sulle procedure di ricorso; quello che succede conclusa la gara e stipulato il contratto non interessa al legislatore europeo ma è qui che cominciano spesso i guai per le stazioni appaltanti.

Il legislatore nazionale, al contrario, ha una lunga tradizione per quanto riguarda l'individuazione di strumenti idonei per la "gestione" del contratto. La prima legge in materia è stata la l. 20.3.1865, n. 2248<sup>4</sup>; tale legge dotava l'amministrazione di numerosi poteri "coercitivi"; ad esempio all'art. 340 stabiliva che l'amministrazione potesse "rescindere" il contratto "quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate". Il successivo art. 341 prevedeva che "nel caso in cui per negligenza dell'appaltatore il progresso del lavoro non fosse tale, a giudizio dell'ingegnere direttore, da assicurare il compimento nel tempo prefisso dal contratto, l'amministrazione, dopo una formale ingiunzione data senza effetto, sarà in diritto di far eseguire tutte le opere, o parte soltanto delle medesime, d'ufficio, in economia, o per cottimi, a maggiori spese dell'impresa". L'art. 342 infine stabiliva che "non può l'appaltatore sotto verun pretesto introdurre variazioni o addizioni di sorta al lavoro assunto senza averne ricevuto l'ordine per iscritto dall'ingegnere direttore, nel qual ordine sia citata la intervenuta superiore approvazione. Mancando una tale approvazione gli appaltatori non possono pretendere alcun aumento di prezzo od indennità per le variazioni od addizioni avvenute, e sono tenuti ad eseguire senza compenso quelle riforme che in conseguenza l'amministrazione credesse opportuno

<sup>3</sup> Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, modificata ed integrata dalla Direttiva 2007/66/Ce

<sup>4</sup> L'anno 1865 è estremamente delicato per il neonato Regno d'Italia. E' in pieno svolgimento il trasferimento della capitale del regno da Torino a Firenze, in un pesante clima di sommosse di piazza; al sud infuria il brigantaggio mentre la completa unità d'Italia non è stata ancora realizzata in quanto lo Stato Pontificio, che comprende il Lazio, è tuttora indipendente e protetto dall'imperatore di Francia mentre il Veneto è ancora occupato dagli austriaci. L'economia del paese non può certo dirsi florida, oppressa com'è dalle tasse necessarie per sostenere le spese militari.

di ordinare, oltre il risarcimento dei danni recati". Il legislatore dello stato unitario si era già dotato in embrione di alcuni potenti strumenti "coercitivi" nei confronti delle imprese:

- risoluzione del contratto quando l'appaltatore si rendesse colpevole di frode o negligenza;
- esecuzione d'ufficio quando l'appaltatore ritardasse nell'esecuzione delle opere;
- esecuzione di varianti ai lavori solo se dette variante sono state preventivamente approvate dalla stazione appaltante.

L'amministrazione era quindi dotata degli idonei strumenti per fronteggiare le classiche strategie di contrapposizione messe in campo dall'appaltatore:

Strategia appaltatore	Disposto di legge	Misura coercitiva
Negligenza nell'esecuzione dei lavori, eseguiti difformemente dal contratto	Art. 340 l. 2248/65	"Rescissione" del contratto
Ritardo nell'esecuzione dei lavori	Art. 341 l. 2248/65	Esecuzione d'ufficio a spese dell'appaltatore
Richiesta di variante nell'esecuzione dei lavori	Art. 342 l. 2248/65	Le varianti devono essere preventivamente approvate dalla stazione appaltante

La legislazione nel campo degli appalti pubblici - ovviamente - dal 1865 ad oggi si è enormemente evoluta, soprattutto per effetto del recepimento delle direttive europee. Inoltre si è inserita, tra la figura del Direttore dei Lavori e quella della stazione appaltante, quella del Responsabile Unico del Procedimento che funge da "perno" sia nella fase della procedura della scelta del contraente sia

in quella successiva di esecuzione del contratto.

### 3. Strumenti per la gestione del contratto da parte della PA..

Il Codice dei Contratti prevede vari strumenti “*speciali*” per permettere l'esecuzione del contratto che trovano la loro fonte giuridica nella necessità della stazione appaltante di realizzare le opere pubbliche richieste dalla collettività. Per una certa parte della giurisprudenza, soprattutto quella dei lodi arbitrali, tali poteri speciali costituiscono una sorta di autotutela assegnata alla pubblica amministrazione; in particolare Autorevole Dottrina<sup>5</sup> afferma che tali poteri possono essere assimilati ai poteri di autotutela contrattuale, che regolano anche i rapporti tra privati, che consentono all'amministrazione di incidere sul rapporto contrattuale, anche con effetto risolutivo dello stesso. Si parla nello specifico di autotutela *interna* al contratto per differenziarla da quella esterna al contratto, la quale si esercita sul provvedimento amministrativo che è presupposto del contratto, ovvero sull'aggiudicazione. L'autotutela esterna infatti si basa sull'art. 21 *quinquies* della l. 241/90 che prevede la possibilità di revoca da parte della PA. del provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo indennizzo per i soggetti che dovessero subire un pregiudizio a causa della revoca del provvedimento stesso.

I primi strumenti speciali sono previsti dall'art. 136 del d. lgs 163/06 e distinguono i due casi di grave negligenza nell'esecuzione dei lavori ovvero di grave ritardo. Nel primo caso il direttore dei lavori, qualora accerti che il mancato adempimento delle obbligazioni contrattuali sia tale da compromettere la buona riuscita dei lavori invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore. Il Rup valuta la relazione e se del caso da indicazioni al Direttore dei Lavori di formulare la contestazione degli addebiti all'appaltatore,

<sup>5</sup> R. Chieppa – R. Giovagnoli *Manuale breve di diritto amministrativo*, editore Giuffrè, 2009.

assegnando un termine non superiore a giorni quindici per la presentazione delle controdeduzioni al Rup. La stazione appaltante, su proposta del Rup, acquisite e valutate negativamente le controdeduzioni dell'appaltatore dispone la risoluzione del contratto. Per quanto riguarda il procedimento di risoluzione del contratto la Dottrina<sup>6</sup> evidenzia che tale provvedimento viene adottato all'esito di un procedimento all'interno del quale trovano luogo le garanzie fissate dalla l. n. 241/1990, in specie quella del contraddittorio e che la norma trova la sua *ratio* nella necessità di tutelare l'interesse pubblico minacciato, vale a dire la buona riuscita dei lavori. Dall'esame letterale del disposto di legge emerge che il provvedimento - d'ufficio - ha inizio quando il Direttore dei Lavori - organo deputato a valutare la buona riuscita dell'opera - accerta la sussistenza di comportamenti dell'appaltatore atti a concretare grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori ed invia pertanto una relazione particolareggiata al responsabile unico del procedimento. Emergono quindi due motivazioni per l'avvio del procedimento: la motivazione di carattere soggettivo che si manifesta nel comportamento dell'appaltatore e quella di carattere oggettivo che si manifesta nell'inadempimento delle obbligazioni. Il disposto normativo recepisce quella che è la più recente giurisprudenza<sup>7</sup> sulla valutazione dell'inadempimento contrattuale<sup>8</sup>. Per la Suprema Corte<sup>9</sup> il giudice deve applicare in primo luogo un parametro oggettivo, verificando se l'inadempimento abbia inciso apprezzabilmente nell'economia complessiva del rapporto, in astratto per la sua entità e in concreto in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente, tanto da dare luogo a uno squilibrio sensibile del sinal-

<sup>6</sup> G. Guzzo, *L'appalto pubblico: fisiologia e patologia della vicenda contrattuale nel nuovo schema legislativo e giurisprudenziale*, in *Giustizia-Amministrativa*, 2010.

<sup>7</sup> Cassazione Civile Sez. III, 28.3.2006, n. 7083.

<sup>8</sup> Per la dottrina dominante (Bianca) la risoluzione del contratto, in campo civilistico, è essenzialmente finalizzata alla tutela del sinallagma, cioè del rapporto di corresponsività necessariamente esistente tra prestazione e controprestazione.

<sup>9</sup> Cassazione Civile Sez. II, 7.2.2001, n. 1773.

lagma negoziale; il giudice - prosegue la suprema corte - deve inoltre completare l'indagine, mediante la considerazione di eventuali elementi di carattere soggettivo. In un'altra sentenza<sup>10</sup> la Suprema Corte ha affermato che la gravità dell'inadempimento non deve essere dedotta aprioristicamente dalla sola astratta rilevanza della singola obbligazione violata, ma è il risultato di una valutazione specifica, che tenga conto di tutte le peculiarità del caso concreto, apprezzate, oltre che in ordine alla vicenda obiettiva in cui si concreta l'inadempimento, anche con riferimento al correlato elemento soggettivo. Inoltre - prosegue la Suprema Corte<sup>11</sup> - il giudizio della gravità dell'inadempimento deve essere ispirato ad un criterio di relatività che permetta di coordinare la valutazione dell'elemento obiettivo della mancata o inesatta prestazione, nel quadro dell'economia generale del contratto, con l'elemento soggettivo e cioè con l'interesse in concreto dall'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione. In presenza di pluralità di inadempimenti<sup>12</sup> la Corte di Cassazione afferma che la gravità degli stessi non va singolarmente e autonomamente valutata, bensì in maniera unitaria e globale in modo da poter evincere la prova di un comportamento che complessivamente sia tale da costituire un importante e rilevante ostacolo alla prosecuzione del rapporto. Pertanto nella valutazione della gravità dell'inadempimento dovrà prescindere dalla sola importanza in astratto della singola obbligazione che si assume violata, occorrendo anche una valutazione dell'elemento soggettivo che si sostanzia nella volontà di sottrarsi ingiustamente alla prestazione dovuta. Si ricorda infatti che<sup>13</sup> l'appaltatore ha l'obbligo di mettere a disposizione della stazione appaltante la sua diligenza e la sua cooperazione onde eseguire le prestazioni contrattualmente previste e che in caso contrario si ha inadempimento contrattuale.

La dottrina ha però giustamente osservato<sup>14</sup> che mentre in campo civilistico il giudice è chiamato a ristabilire l'equilibrio sinallag-

matico patologicamente alterato, al contrario, nel campo degli appalti pubblici è prioritaria la buona riuscita dei lavori.

Da ultimo si ricorda che la giurisdizione circa le controversie sulla risoluzione di un contratto d'appalto di lavori pubblici, disposta unilateralmente dalla PA., per inadempimento dell'appaltatore, è dell'A.G.O. poiché la questione involge posizioni di diritto soggettivo<sup>15</sup>.

La breve disamina compiuta dalla giurisprudenza ci permette ora di interpretare adeguatamente l'art. 136 co. 1 del d. lgs 163/06: "Quando il Direttore dei Lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto..... in questa prima parte della frase il legislatore afferma che il Direttore dei Lavori, organo deputato alla buona riuscita dei lavori, deve accertare non una ma una pluralità di inadempienze che configurano un comportamento dell'appaltatore (elemento soggettivo) che si tramuta in adempimento delle obbligazioni di contratto (elemento oggettivo). Il Direttore dei Lavori deve quindi riscontrare una pluralità di negligenze da parte dell'appaltatore (*elemento soggettivo*) che hanno come conseguenza un grave inadempimento nell'esecuzione delle opere (*elemento oggettivo*); si ricorda la citazione del contratto da parte del legislatore avviene *latu sensu* e che essa va interpretata alla luce dell'art. 43 del d.P.R. 207/2010, che stabilisce i requisiti minimi che il contratto stesso deve avere. Tale articolo prevede infatti che al contratto debba essere quanto meno allegato il capitolato speciale d'appalto<sup>16</sup> che contiene le pre-

<sup>15</sup> CdS, V, n. 950 del 8.3.2005 n. 950; si veda anche TAR Campania, sez. di Salerno, Sez. I, 8.11.2002 n. 2003.

<sup>16</sup> Il capitolato speciale d'appalto è diviso in due parti, l'una contenente la descrizione delle lavorazioni e l'altra la specificazione delle prescrizioni tecniche; esso illustra in dettaglio: a) nella prima parte tutti gli elementi necessari per una compiuta definizione tecnica ed economica dell'oggetto dell'appalto, anche ad integrazione degli aspetti non pienamente deducibili dagli elaborati grafici del progetto esecutivo; b) nella seconda parte le modalità di esecuzione e le norme di misurazione di ogni lavorazione, i requisiti di accettazione di materiali e componenti, le specifiche di prestazione e le modalità di prove nonché, ove necessario, in rela-

<sup>10</sup> Cassazione Civile Sez. III, 8.8.1997, n. 7356

<sup>11</sup> Cassazione Civile 3.6.1981, n. 3592

<sup>12</sup> Cassazione Civile n. 5776/83

<sup>13</sup> Cassazione Civile, sezione II, n. 2115 del 24.2.1995

<sup>14</sup> G. Guzzo, cit.

scrizioni *tecniche* da applicare all'oggetto del singolo contratto.

E' compito quindi del Direttore dei Lavori:

- verificare la presenza di inadempienze tecniche nell'esecuzione delle opere causate da negligenze dell'appaltatore;

- accertare se tali inadempienze siano trascurabili perché la giurisprudenza ci ricorda che non tutte le inottemperanze possono dare luogo all'azione di risoluzione del contratto; infatti si ricorda che in base all'art. 167 c. 6 del d.P.R. 207/2010 il Direttore dei Lavori può "autorizzare..." l'impiego di materiali o componenti aventi qualche carenza nelle dimensioni, nella consistenza o nella qualità, ovvero lavorazioni di minor pregio, applicando una adeguata riduzione del prezzo in sede di contabilizzazione, sempre che l'opera sia accettabile senza pregiudizio e salve le determinazioni definitive dell'organo di collaudo; accertare, se le inadempienze non sono trascurabili, che esse possano essere tali da mettere a rischio la buona riuscita dei lavori.

La seconda parte dell'art. 136 co. 1 del d. lgs prevede che il Direttore dei Lavori provveda ad inviare "al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore". La relazione, dettagliata ed esaustiva, deve quindi contenere la stima dei lavori eseguiti che possono essere accreditati all'appaltatore; è tautologico che i lavori *non* regolarmente eseguiti *non* possono essere accreditati all'appaltatore.

Il Responsabile unico del procedimento, ricevuta la relazione, è posto innanzi ad un bivio:

- il Rup concorda con le valutazioni fatte dal Direttore dei Lavori e contesta – sempre per il tramite del Direttore dei Lavori - formalmente gli addebiti all'appaltatore, ai sensi dell'art. 136 c. 2 del codice; in tal caso viene assegnato all'appaltatore un termine non superiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdedu-

---

zione alle caratteristiche dell'intervento, l'ordine da tenersi nello svolgimento di specifiche lavorazioni.

zioni;

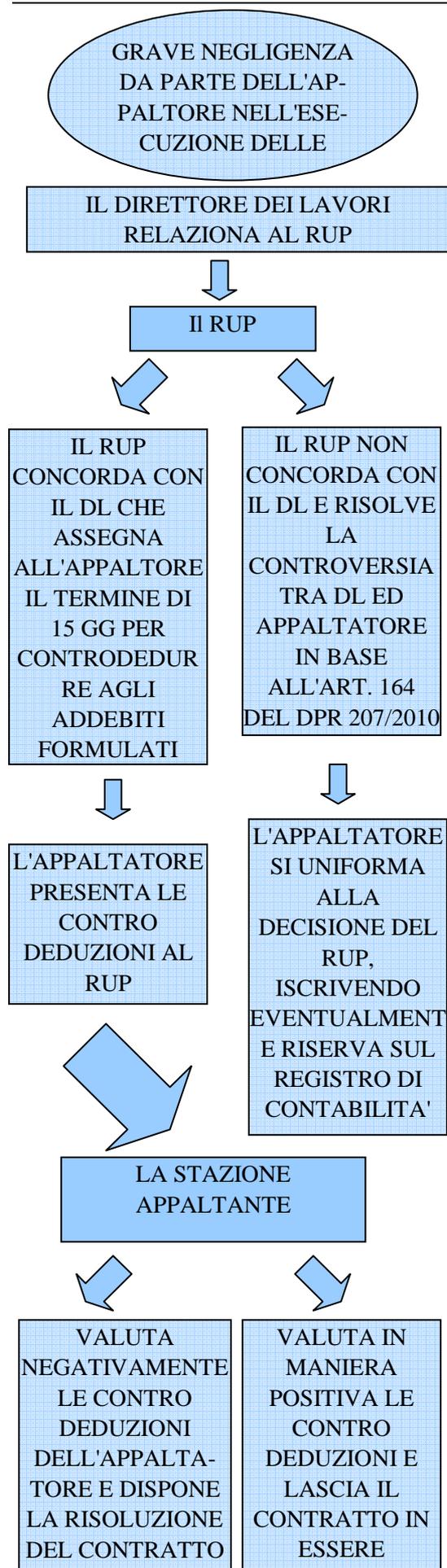
- qualora il Rup non concordi sulle valutazioni eseguite dal Direttore dei Lavori può utilizzare lo strumento di risoluzione delle controversie previsto dall'art. 164 del d.P.R. 207/2010; in tal caso la decisione presa dal Rup sulla controversia è comunicata all'esecutore, il quale ha l'obbligo di uniformarsi, salvo il diritto di iscrivere riserva nel registro di contabilità in occasione della sottoscrizione.

A questo punto entra in gioco la stazione appaltante, che deve acquisire e valutare le controdeduzioni formulate dall'appaltatore circa le contestazioni messe dal Rup. La stazione appaltante valuta in piena autonomia sia gli addebiti che le controdeduzioni. Anche la stazione appaltante ha due possibilità:

- valutare negativamente le controdeduzioni formulate dall'appaltatore e quindi provvedere alla risoluzione del contratto;
- valutare positivamente le controdeduzioni formulate dall'appaltatore, valutando le inadempienze dell'appaltatore di scarsa rilevanza e non in grado alterare la buona riuscita dei lavori.

Il fatto che la stazione appaltante possa esprimere un parere discordante rispetto a quello del Rup ovvero a quello del Direttore dei Lavori deve essere considerato un vero presidio di legalità, finalizzato ad evitare eventuali intese illegali tra il Direttore dei lavori, il Rup e l'impresa che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'aggiudicatario; questa infatti, per effetto dell'art. 140 c.1 del d.lgs 163/06, in caso di risoluzione del contratto, deve essere interpellata per ottenere l'affidamento del contratto alle medesime condizioni di quelle già proposte dall'originario aggiudicatario ed è pertanto spettatore tutt'altro che disinteressato all'azione di risoluzione del contratto di cui all'art. 136. Il presidio di legalità serve quindi ad evitare che il "secondo" arrivato alla gara tenti fraudolentemente di riottenere il contratto d'appalto.

Per effettuare quindi la risoluzione del contratto sono necessari i seguenti passaggi:



Alcune considerazioni sulla procedura in questione: - ogni organo in questione – Direttore dei Lavori, RUP, stazione appaltante – esprime il proprio parere discrezionale nella procedura in questione; per ottenere la risoluzione del contratto occorre che via sia una granitica unità d'intenti tra i tre organi in questione; la procedura - a modesto giudizio dello Scrivente – deve pertanto essere avviata solo se i tre soggetti in questione sono assolutamente concordi sul suo esito; - ovviamente il consenso tra le tre parti si fonda sulla comune ed inoppugnabile valutazione sulle gravi negligenze da parte dell'appaltatore.

I coo. 4, 5 e 6 dell'art. 136 sono dedicati alla risoluzione del contratto per ritardo nell'esecuzione dei lavori a causa della negligenza dell'appaltatore. Lo strumento legislativo prevede la possibilità per la stazione appaltante, qualora i lavori ritardino per negligenza dell'appaltatore, di risolvere il contratto. In tal caso il Direttore dei Lavori, qualora i lavori ritardino “rispetto alle previsioni di programma”, assegna all'appaltatore il termine non superiore a 10 giorni per eseguire i lavori in ritardo. Decorso tale termine il direttore dei lavori verifica in contraddittorio con l'appaltatore, ovvero in sua assenza in presenza di due testimoni, quanto eseguito e compila il relativo processo verbale. Qualora dalla base del processo verbale si evinca inequivocabilmente che l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto. Anche in questo caso per deliberare la risoluzione del contratto occorre un elemento soggettivo, la negligenza dell'appaltatore, ed un elemento oggettivo, il ritardo nell'esecuzione delle opere; tale ritardo deve essere oggettivamente misurato rispetto al cronoprogramma di cui all'art. 40 del d.P.R. 207/2010, cronoprogramma che non deve essere confuso con il programma esecutivo dettagliato di cui all'art. 43 co. 10 del regolamento<sup>17</sup>, che afferma chiaramente al co. 11 che in caso di “sospensione o di ritardo dei lavori per fatti imputabili all'esecutore, resta fermo lo sviluppo esecutivo risultante dal cronopro-

<sup>17</sup> Il programma esecutivo dettagliato che l'appaltatore deve presentare ha la funzione di determinare le scadenze per la liquidazione dei certificati di pagamento.

gramma di cui all'art. 40”.

«.....GA.....»

## LA LEGITTIMAZIONE ALL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO CHE NON ABBIAMO PRESO PARTE ALLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA

dell'Avv. Livio Lavitola

*Il TAR Lazio, con la sentenza 5.9.2012, n. 213, ha chiarito alcuni principi in materia di accesso agli atti di gara, ex artt. 13, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 e 22 l. n.241/90, in particolare con riferimento al problema della legittimazione del soggetto che, pur non avendo partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica, chieda di accedere agli atti relativi ad essa*

The TAR of Lazio, with the 5.9.2012 judgment, no. 213, clarified some principles regarding access to acts, ex art. 13, co. 6, d.lgs. No. 163/2006 and 22 law No. 241/90, in particular with regard to the problem of the legitimacy of the subject who, despite not having attended a public procedure, ask for access to documents concerning to it

*Sommario: 1. Il caso sottoposto al TAR Lazio; 2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti di gara; 3. La decisione del Giudice Amministrativo.*

### **1. Il caso sottoposto al TAR Lazio e alcune considerazioni generali.**

Un operatore economico presenta domanda di accesso agli atti di una gara alla quale, tuttavia non aveva partecipato. L'istanza viene presentata per conoscere alcune condanne pronunciate a carico di un partecipante a quella procedura di gara, aggiudicatario in altra gara alla quale il ricorrente aveva preso parte.

L'interesse, in sostanza, consiste nella conoscenza di un elemento che, se confermato, sarebbe spendibile al fine di contestare l'ammissione del soggetto contro interessato alla seconda gara.

La stazione appaltante, tuttavia, ha negato l'accesso, in quanto il soggetto richiedente l'accesso sarebbe privo della legittimazione richiesta dall'art. 13, co. 6 del codice dei contratti pubblici, non essendo lo stesso partecipante alla procedura di gara.

Viene quindi in rilievo il tema dei limiti del diritto di accesso agli atti di gara, quando l'istante non abbia preso parte alla procedura ad evidenza pubblica “contestata”.

Come “specificazione” di tale problema vi è la questione dei rapporti tra la disposizione speciale di cui all'art. 13, co. 6, del codice dei contratti pubblici e la regola generale dettata dall'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo.

Infatti, se la prima disposizione sembra circoscrivere la legittimazione ai soli concorrenti, al fine di contestare i risultati della gara, la disposizione “generale” (peraltro espressamente richiamata dal co. 1, art. 13, d.lgs. n. 163/2006) considera “interessati”, «tutti i soggetti (...) che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (così l'art. 22, co.1, lett. b).

Senza voler sin d'ora anticipare le conclusioni cui è pervenuta la decisione in rassegna, può rilevarsi come la dottrina abbia avuto modo di osservare che il diritto di accesso agli atti di gara, come configurato dall'art. 13 cit. costituisce «una sorta di ‘microsistema’ normativo, collegato all'idea della peculiarità del settore considerato, all'interno delle

*coordinate generali dell'accesso»<sup>1</sup>. Conseguentemente, è stato altresì rilevato che «la norma in esame è in rapporto di specialità con la l. n. 241 del 1990 alla quale, quindi, occorre far riferimento per la disciplina di tutti gli aspetti non direttamente regolati»<sup>2</sup>.*

## **2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti di gara.**

Il TAR Lazio, Sez. III *ter*, 10.5.2011. n. 4081, ha negato il diritto di accesso relativamente ad una fattispecie nella quale il soggetto ricorrente giustificava il proprio interesse qualificato all'accesso, in relazione alla qualità di primaria operatrice nel settore oggetto della gara affidata alla contro interessata (in quel caso unica partecipante alla procedura), volendo tutelare il proprio interesse alla rinnovazione della procedura concorsuale ed alla partecipazione a seguito di rinnovazione della gara. Alla base della statuizione negativa del TAR vi sono alcuni rilievi di particolare interesse, in rapporto alle considerazioni svolte nella conclusione del precedente §.

In particolare, infatti, rileva la decisione in parola che *«l'art. 13, del richiamato codice dei contratti, premesso un generale rinvio alle norme di cui alla l. n. 241 del 1990, indica, poi, una disciplina che diverge da quest'ultima per alcuni profili, evidenziando previsioni peculiari, e, dunque, speciali rispetto a quelle di cui all'art. 24 della l. n. 241/1990»*. Ad avviso del Giudice amministrativo, infatti, sarebbe possibile scorgere una differenza tra la disposizione generale della legge sul procedimento e la norma speciale del Codice dei contratti, in particolare in ragione del fatto che nella prima norma *«si prevede il diritto all'accesso nei casi in cui questo sia necessario per curare o per difendere "i propri interessi giuridici", con una formulazione più ampia rispetto a quella di cui al co. 6, dell'art. 13, che, invece, collega l'interesse all'accesso alla posizione giuridica non di*

*chiunque vi abbia interesse, ma del solo concorrente che abbia intrapreso un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara in cui l'istanza di accesso è formulata»*.

Seguendo tale linea interpretativa, dunque, nessun diritto di accesso agli atti di una gara può esser riconosciuto se non a chi alla stessa abbia preso parte.

Tornando, invece, al problema che qui interessa maggiormente, deve rilevarsi come la decisione in questione, in termini di principi generali, sembra porsi in contrasto con le considerazioni svolte nel precedente paragrafo in ordine al rapporto tra legge sul procedimento e codice dei contratti pubblici. La soluzione offerta, infatti, legittima una restrizione del diritto di accesso. Tale indirizzo, peraltro, può essere messo in relazione, in generale, con il tema - di grande attualità - della sufficienza, ai fini della contestazione in sede giurisdizionale degli atti di una gara, di un interesse meramente strumentale alla riedizione della gara. Si osserva ciò in quanto, tornando alla fattispecie oggetto della sentenza da cui muove questo commento, in essa non veniva in rilievo un interesse strumentale alla mera riedizione della gara, ma la conoscenza, tramite il diritto di accesso, di atti necessari per contestare l'esito di una differente gara.

Risulta chiaro, in altre parole, che volendo applicare in maniera rigida il principio dettato da TAR Lazio 4081/2011, nemmeno tale interesse potrebbe legittimare il diritto di accesso. Ad analoga conclusione perviene anche TAR Lazio, Sez. I, 9.5.2011, n. 3961, che nega il diritto di accesso del partecipante ormai non più in termini per contestare la propria esclusione dalla gara.

Interessante, anche se presuppone comunque la qualità di partecipante alla gara cui si riferiscono gli atti oggetto della istanza, è l'arresto del CdS, Sez. V, 14.2.2011, n. 942, dove si afferma che *«il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa; ciò significa che il rimedio speciale previsto a tutela del diritto di accesso deve ritenersi consentito anche se l'interessato non può più agire, o non possa ancora agire, in sede giurisdizionale»*.

<sup>1</sup> M. LIPARI, L'accesso agli atti, in M.A. Sandulli, De Nictolis, Garofoli, Trattato sui contratti pubblici, II, Milano, 2008, p. 989.

<sup>2</sup> C. CONTALDI LA GROTTERRIA, commento all'art. 13, d.lgs. n. 163/2006, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Codice dell'azione amministrativa, Roma, 2010, p. 923

La decisione è interessante, in quanto, sembra ricondurre, ai fini della configurabilità del diritto di accesso, la legittimazione “speciale” di cui all’art. 13 d. lgs. n. 163/2006 a quella “generale”, di cui all’art. 22 della l. n. 241/90 (rispetto al quale la giurisprudenza è pacifica nel negare che a radicare l’interesse alla conoscenza di atti e documenti possa essere solo la possibilità di un’azione giurisdizionale, si v., ad es., CdS, Sez. V, 24.3.2011, n. 1772: «*la nozione di tale interesse è diversa e più ampia di quella rispetto all’interesse all’impugnativa, non presupponendo necessariamente una posizione soggettiva qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo (con la conseguenza che la legittimazione all’accesso può essere riconosciuta a chi possa dimostrare che gli atti – anche procedurali – richiesti abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l’autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto a quello relativo alla situazione legittimante eventualmente l’impugnativa dell’atto*»).

Decisioni favorevoli al riconoscimento del diritto di accesso in conformità ai canoni generali dettati dalla l. 241/90 si registrano, inoltre, quanto al profilo della sufficienza dell’interesse strumentale alla riedizione della gara, ai fini della sussistenza del diritto di accesso. Così, ad esempio, C.G.A., 5.12.2007, n. 1087, ha ritenuto che è consentito l’accesso ai documenti di una gara ad una impresa che ha comunicato di non essere in grado di formulare un’offerta. Infatti, tale impresa ha l’interesse alla regolarità della procedura essendo un operatore del settore. Rileva il G.A. nel caso di specie che il diritto di accesso va riconosciuto, in ossequio all’art. 22 della l. n. 241/90, «*anche quando il richiedente non assume di volere verificare un preciso e determinato vizio degli atti al fine della impugnativa, ma solo prospetti il proprio interesse, purché concreto e qualificato, alla regolarità della procedura in questione*».

Pertanto, a maggior ragione, in quest’ottica, anche quando l’interesse sia quello strumentale alla riedizione della gara (pur doven-

dosi ricordare, come anticipato, che il tema della sufficienza di tale interesse strumentale sia oggi assai dibattuto in giurisprudenza, peraltro con riferimento a soggetti che, comunque, abbiano preso parte alla gara, risultando ancor più problematico, quindi, configurare tale interesse rispetto al mero “operatore del settore”).

### 3. La decisione del Giudice Amministrativo.

E’ in questo articolato quadro che si inserisce la decisione in rassegna, la quale, tuttavia, pare opportuno ricordarlo, si connota, “*in punto di fatto*”, per un aspetto del tutto peculiare. Infatti, diversamente dalle fattispecie concrete sottostanti alle diverse decisioni esaminate al precedente §, in questo caso il ricorrente, richiedente l’accesso, né ha partecipato alla gara cui afferiscono gli atti oggetto della istanza, né ha, comunque, giustificato la stessa con l’intenzione di contestare quella gara. Infatti, nel caso esaminato da TAR Lazio 7560/2012, il ricorrente chiedeva gli atti relativi ad uno dei partecipanti di una procedura per poter trarre vantaggio dagli stessi nell’ambito di una differente procedura di gara. Ecco quindi che, anche in ragione della peculiarità del caso concreto, il TAR rileva, in primo luogo, che «*il co. 6 dell’art. 13 del d. lgs. n. 163/2006 prevede che “è comunque consentito 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”, mentre il precedente comma 5 regola i casi in cui sono esclusi il diritto di accesso e ogni altra forma di divulgazione (...)*».

Ad avviso del TAR, «*risulta quindi dallo stesso tenore letterale dell’articolo citato che la norma in un caso (co. 5) esclude, ed in un altro caso (co. 6) consente “comunque” – cioè in ogni caso - l’accesso agli atti, lasciando quindi intatta, per tutti gli altri casi, la generalissima disciplina posta dalla l. n. 241/1990 in diretta attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità - e quindi anche di pubblicità - dell’attività amministrativa*». In ossequio a tali principi, osserva sempre il TAR, «*la stazione appaltante non*

*può quindi esimersi di valutare la sussistenza di uno specifico interesse differenziato del richiedente l'accesso agli atti, alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, anche se l'interessato non ha partecipato alla gara o non ha intrapreso o debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara». Se, dunque, la valutazione dello specifico interesse sottostante alla richiesta di accesso deve essere ricondotta allo schema generale della l. n. 241/90, risulta «pacifico» che esiste «un interesse qualificato alla conoscenza degli atti e documenti della commissione giudicatrice» (nel caso concreto, il provvedimento di esclusione della controinteressata che aveva partecipato anche alla gara come concorrente della ricorrente). Ciò in quanto, sempre secondo il TAR, evidentemente, la possibilità di verificare l'esistenza di situazioni, a carico della controinteressata, idonee a precluderne la partecipazione ad altre gare in corso, costituisce un interesse indubbiamente diretto, concreto ed attuale, e non «un mero "interesse generico o una istanza solo "esplorativa" nell'ambito di una procedura concorsuale cui si è rimasti volontariamente estranei. (TAR Lazio, Sez. III ter, 10.5.2011, n. 4081)».*

In conclusione, si può rilevare come il TAR Lazio, proprio in ragione di una fattispecie indubbiamente peculiare, perviene a delle conclusioni che, in termini sistematici, confermano le posizioni dottrinali richiamate nel § 1: la speciale disciplina del diritto di accesso recata dal codice dei contratti pubblici non può, comunque, essere interpretata in maniera tale da confliggere con i principi generali dettati dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/90.

Pertanto, la speciale limitazione della legittimazione ai soli soggetti che richiedano gli atti per la difesa in giudizio vale solo con riferimento ai documenti di cui all'art. 13, co. 5, lett. a) e b) (informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali; eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento). E' solo rispetto a tali atti che può ritenersi che l'operatività del principio di "autonomia" del diritto di accesso, sancito dall'art. 22 della l. n. 241/90, venga "compressa" dall'art. 13, co. 6.

Venendo in rilievo, nel caso di specie, l'accesso ad atti relativi a sentenze penali a carico del legale rappresentante della controinteressata, la stazione appaltante non poteva negare l'accesso agli atti di gara.

«.....GA.....»

# ESCLUSIONE DALLA GARA D'APPALTO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI: IL GIUDIZIO SULLA "GRAVITÀ" DELLA VIOLAZIONE E LA CONFIGURABILITÀ DI UNA FALSA DICHIARAZIONE IN CASO DI BANDO GENERICO, ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ED INTERVENTE MODIFICHE NORMATIVE

dell'Avv. Andrea Pistilli

*Brevi note circa l'esclusione dalla gara d'appalto ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. i) del d. lgs. n. 163/2006 in considerazione della normativa vigente e delle pronunce giurisprudenziali*

Brief notes about the exclusion from the tender in accordance with art. 38 paragraph 1 letter. i) of the Legislative Decree no. n. 163/2006 in the light of current legislation and court rulings

*Sommario: 1 Premessa. 2. I requisiti generali. 3. La valutazione della "gravità" della violazione contributiva: orientamenti giurisprudenziali. 4. Il contenuto della dichiarazione di inesistenza di violazioni contributive in caso di bando generico: configurabilità o meno di una falsa dichiarazione. 5. Il d.l. n. 70 del 13.5.2011 e la modifica del co. 2 dell'art. 38: riflessi sull'esclusione per violazioni contributive. 6. La pronuncia del Consiglio di Stato, in adunanza Plenaria, del 4.5.2012 n. 8.*

## **1. Premessa.**

Secondo la lett. i) del primo comma dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 (in seguito, codice dei contratti pubblici) sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Tale disposizione offre lo spunto per analizzare alcune questioni più volte poste all'attenzione del Giudice amministrativo.

La prima, su cui la giurisprudenza da tempo si interroga, riguarda la possibilità per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità delle violazioni contributive (definitivamente accertate) del concorrente al fine di disporre l'esclusione dalla gara, ovve-

ro, se la stessa, per i medesimi fini, possa soltanto constatare - con automatismo valutativo circa la gravità - le risultanze del d.u.r.c..

Altra questione riguarda il contenuto della dichiarazione di insussistenza di violazioni contributive in caso di bando generico e la configurabilità di una falsa dichiarazione per violazioni non gravi.

## **2. I requisiti generali.**

Premessa necessaria per affrontare le questioni innanzi esposte, è quella di analizzare, seppur brevemente, i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 co. 1 del codice dei contratti pubblici<sup>1</sup>, comunemente definiti "cause

<sup>1</sup> Su tali requisiti, in generale: R. Proietti, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti, Milano, 2011, pag. 451 e ss.; R. De Nictolis, in *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2010, pag. 397 e ss.; F. Mascia, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di A. Maggio e G. Steri, 2009, pag. 276 e ss.; L. Ponzzone, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professiona-*

di esclusione” in quanto determinanti l’esclusione dalla procedura di gara se non posseduti dall’impresa partecipante.

Tali requisiti, i quali mirano a garantire che il concorrente sia solvibile nonché moralmente e professionalmente affidabile, si differenziano dai requisiti di ordine speciale (afferenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dell’impresa) poiché mentre quest’ultimi sono parametrati alle prestazioni oggetto del contratto, e sono variabili in funzione del tipo e del valore della prestazione, essi sono uguali per tutte le gare di appalto - sia di lavori che di servizi e di forniture - a prescindere dall’importo e dal tipo di prestazione da svolgere<sup>2</sup>.

I requisiti generali devono essere posseduti dal partecipante alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte - o delle domande di partecipazione nel caso di procedure ristrette - e per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento, sino alla stipula del contratto, pena l’esclusione ovvero la mancata stipulazione.

Il possesso degli stessi poi, deve essere verificato nei confronti di tutti i concorrenti, non applicandosi il c.d. controllo a campione di cui all’art. 48 del codice dei contratti, che riguarda soltanto i requisiti di carattere spe-

ciale.

Laddove la normativa comunitaria distingue tra cause di esclusione “obbligatorie” e cause di esclusione “facoltative”<sup>3</sup>, le cause previste dall’art. 38, per opinione generale, sono tutte di carattere obbligatorio. Pertanto, in presenza di una di esse sussiste l’obbligo per la stazione appaltante di escludere il concorrente (essendo venuta meno l’affidabilità morale e l’elemento fiduciario del partecipante).

Fermo restando il predetto carattere di obbligatorietà, può comunque distinguersi tra cause di esclusione rispetto alla cui esistenza la stazione appaltante compie un’attività di mera costatazione ed altre, invece, rispetto alle quali l’amministrazione è chiamata a compiere una valutazione discrezionale su alcuni elementi della fattispecie.

Non pare, ad esempio che possano esservi dubbi sulla totale vincolatività dei provvedimenti di esclusione in caso di fallimento o di altre procedure concorsuali in capo al concorrente, di cui è sufficiente che si accerti la pendenza (art. 38 co. 1 lett. a); così come pure in relazione alla presenza di condanne per uno dei reati indicati dal primo comma dell’art. 5 della dir. n. 18/2004/CE (art. 38 co. 1 lett. c)<sup>4</sup>.

Non parrebbero residuare spazi di valutazione nemmeno nel caso dell’avvenuta annotazione nel Casellario informatico di una dichiarazione non veritiera che l’impresa abbia reso in un’altra gara (art. 38 comma 1 lett. h).

Profili di discrezionalità, invece - o quanto meno un potere di interpretazione delle previsioni normative<sup>5</sup> - sono stati riconosciuti in capo all’amministrazione, in primo luogo, in ordine alla valutazione dell’incidenza della condanna penale sull’affidabilità (moralità professionale) del concorrente (art. 38 co. 1 lett. c). A tal fine difatti, per giurisprudenza

le, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, 2008, pag. 231 e ss..

<sup>2</sup> Cfr. R. Greco, I requisiti di ordine generale, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Vol. II, Milano, 2008, pag. 1271. In particolare, l’art. 38 - applicabile anche ai settori speciali (ex esclusi) per l’espresso richiamo operato dall’art. 206 del codice - si applica agli appalti sotto soglia comunitaria in base all’art. 121 del d. lgs. n. 163/2006 con riferimento ai lavori, e all’art. 124, co. 7, per quanto attiene ai servizi e alle forniture: in verità, tale ultima disposizione ha demandato al regolamento attuativo di disciplinare, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal codice per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici, con ciò implicitamente stabilendo che, fino a tale momento, trova integrale applicazione l’art. 38. Tuttavia, il regolamento attuativo (d.P.R. n. 207/2010), ha confermato l’applicabilità di tutti i requisiti generali previsti dall’art. 38 senza dettare, per quanto attiene gli appalti di servizi e forniture, criteri di semplificazione.

<sup>3</sup> Dir. 2004/18/CE, art. 45.

<sup>4</sup> Cfr. Greco; *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1285 e seguenti.

<sup>5</sup> In tale prospettiva, F. Saitta, *Moralità professionale e partecipazione alle gare (Note a margine dell’art. 12, co. 1, lett. b) d.lgs. n. 157/1995)* in *Riv. Trim. app.*, 2004, pag. 241.

costante<sup>6</sup>, il committente deve tenere in considerazione tutti gli elementi della fattispecie, fra cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti*, alla sua eventuale reiterazione, nonché alle particolarità dell'oggetto dell'appalto.

Un'ampia discrezionalità della PA. sembra poi rintracciabile nel momento in cui essa è chiamata a valutare fattispecie di (grave) negligenza o malafede del concorrente manifestatesi in occasione di precedenti affidamenti, poiché si tratta di vicende che hanno visto coinvolta la medesima committente, e nelle quali dunque il margine di apprezzamento in ordine all'affidabilità che ci si deve attendere nell'esecuzione di un futuro contratto è particolarmente significativo (art. 38 co. 1 lett. f).

Con riferimento invece alle violazioni contributive di cui all'art. 38 comma 1 lett. i), oscillante è l'orientamento della giurisprudenza che talora ha riconosciuto alla stazione appaltante lo svolgimento di un'attività discrezionale, talaltra ha attribuito alla stessa un'attività di mera constatazione.

### 3. La valutazione della "gravità" della violazione contributiva: orientamenti giurisprudenziali.

Come detto, questione di primaria rilevanza è se la valutazione della gravità delle violazioni<sup>7</sup> previste dalla lett. i) dell'art. 38 rientri nella discrezionalità della stazione appaltante, oppure, si riduca ad una presa d'atto delle risultanze delle certificazioni rilasciate dagli enti competenti (previdenziali ed assistenziali), relative alla regolarità contributiva delle imprese.

Al fine di esaminare tale questione, quindi, è necessario analizzare anzitutto il sistema

<sup>6</sup> CdS, V, 12.4.2007, n. 1723, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CdS, V, 27.4.2006, n. 2373, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>7</sup> Secondo il CdS., VI, 4.4.2011, n. 2100, "l'uso del plurale per qualificare la condotta effrattiva delle norme sugli obblighi di contribuzione del datore di lavoro, si collega al carattere generale ed astratto del dato normativo, riferito all'ampia casistica delle violazioni che, in concorso con la connotazione di gravità, precludono la partecipazione del concorrente alla gara", pertanto, non esclude la ragionevolezza del provvedimento espulsivo la circostanza secondo cui la violazione contributiva "sia stata commessa dall'impresa una sola volta".

predisposto dal legislatore per l'accertamento della regolarità contributiva degli operatori economici.

Come noto, l'art. 2 d.l. 25.9.2002, n. 210 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 22.11.2002, n. 266) e l'art. 3, co. 8, lett. b bis), d. lgs. 14.8.1996, n. 494 (come modificato dal d.lgs. 10.9.2003, n. 276) hanno introdotto nel nostro ordinamento il documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.), certificato con il quale l'INPS, l'INAIL e la Cassa edile attestano la regolarità di un operatore economico per quanto riguarda il versamento dei contributi ad essi dovuti in base alla rispettiva normativa di riferimento.

Successivamente, il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24 ottobre 2007 - ad oggi il principale punto di riferimento normativo in materia, assieme alla circolare esplicativa n. 5 del 30.1.2008 dello stesso Ministero - nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del d.u.r.c., ha fissato, ai soli fini della partecipazione alle gare d'appalto, una soglia di "gravità", una vera e propria franchigia entro la quale le omissioni contributive vengono considerate non gravi e non impediscono il rilascio di un d.u.r.c. regolare (art. 8)<sup>8</sup>.

In particolare, secondo l'art. 8, co. 3, del decreto non osta al rilascio del d.u.r.c. una omissione contributiva caratterizzata da uno scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, da uno scostamento inferiore ad € 100,00 - fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c.<sup>9</sup>

A seguito dell'introduzione di tale disciplina, parte della giurisprudenza ha riconosciuto che, ai fini della partecipazione alla ga-

<sup>8</sup> V. Stroppiana, *Capacità economico-finanziaria e regolarità contributiva: analisi di una giurisprudenza incerta*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, pag. 1435.

<sup>9</sup> Il procedimento di rilascio di tale documento è stato di recente semplificato attraverso l'introduzione al co. 10 dell'art. 16 bis del d.l. 29.11.2008 n. 185 (convertito dalla l. 28.1.2009 n. 2) dell'obbligo in capo alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisire d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il d.u.r.c. dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

ra d'appalto, la verifica della regolarità contributiva non è realmente svolta dalle stazioni appaltanti in quanto essa, di fatto, è demandata agli enti previdenziali ed assistenziali: la stazione appaltante non deve far altro che prendere atto della certificazione rilasciata da tali enti, senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze<sup>10</sup>.

Una tale conclusione, secondo il predetto orientamento - c.d. "formalistico" - deriverebbe, peraltro, dal fatto che il d.u.r.c. assume valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso. Attesa la natura giuridica del durc non residuerebbe in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute<sup>11</sup>.

Altro orientamento giurisprudenziale - c.d. "sostanzialistico" - ritiene invece che le irregolarità risultanti dal d.u.r.c. debbano comunque essere valutate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione del privato alla procedura di affidamento. In seno ad un'interpretazione letterale dell'art. 38, comma 1, lett. i), difatti, le violazioni impedirebbero la partecipazione solo se considerate gravi dall'amministrazione in sede di accertamento<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> CdS, V, 1.8.2007, n. 4273 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in tal senso anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, det.12.1.2010, n. 1, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

<sup>11</sup> CdS, VI, 6.4.2010, n. 1930, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Calabria – RC, 23.3.2010, n. 291, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CdS, IV, 12.3.2009, n. 1458, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, pag. 1214, con nota di Bertini, *DURC e gare d'appalto, tra dubbi e certezze*; in tal senso, vedi anche Autorità di Vigilanza sui LL.PP., det. 12.1.2010, n. 1, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

<sup>12</sup> CdS, IV, 15.9.2010, n. 6907, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CdS, III, 29.9.2009, n. 2345, *ivi*; CdS, V, 11.5.2009, n. 2874, *ivi*; CdS, V, 1.8.2007, n. 4273, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, pag. 202, con commento di L. De Pauli, *Requisito di regolarità contributiva e sindacato da parte delle stazioni appaltanti*.

In particolare, viene affermato da tale orientamento che una declaratoria di non regolarità contributiva contenuta nel d.u.r.c. costituisce "grave indizio" che sia stata commessa una violazione ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. i) ma, comunque, deve escludersi ogni automatismo valutativo da parte della stazione appaltante, la quale, è chiamata ad apprezzare in concreto la gravità della fattispecie senza, peraltro, essere vincolata ai parametri utilizzati dal citato decreto ministeriale del 2007, il quale non costituisce disposizione attuativa del codice degli appalti<sup>13</sup>.

Similmente è stato ritenuto che, pur essendo le risultanze del documento unico di regolarità contributiva incontrovertibili, spetti comunque alla stazione appaltante decidere se le stesse siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità della violazione: ciò, in quanto un conto è la regolarità contributiva formale rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale ai fini dell'aggiudicazione di un contratto, che impone un'ulteriore deliberazione da parte della stazione appaltante, non poggiante solo su dati rigorosamente numerici, come invece, stabilisce il d.m. 24.10.2007<sup>14</sup>.

Nell'aderire a quest'ultimo orientamento, il Consiglio di Stato ha di recente precisato che la previsione di un'entità minima del debito previdenziale, come prevista dal d.m. del 2007 al di sotto della quale non c'è irregolarità contributiva, ha solo lo scopo di esemplificare il procedimento di rilascio del d.u.r.c., e che, ove venisse superato il limite minimo anzidetto, la stazione appaltante dovrebbe comunque verificare la gravità o meno del debito, anche in caso di bando non specifico circa i termini della dichiarazione da rendersi all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (CdS, IV, 24.2.2011, n.1228).

#### **4. Il contenuto della dichiarazione di inesistenza di violazioni contributive in caso**

<sup>13</sup> CdS, VI, 6.4.2010, n. 1934, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CdS, VI, 4.8.2009, n. 4906; TAR Marche, 12.4.2005, n. 292.

<sup>14</sup> TAR Calabria, RC, 23.3.2010, n. 291.

### **di bando generico: configurabilità o meno di una falsa dichiarazione.**

Altra questione rilevante è quella relativa al contenuto della dichiarazione resa in sede di gara ed alla sua eventuale declaratoria di falsità nel caso in cui il bando richieda, genericamente, di dichiarare l'insussistenza di violazioni gravi definitivamente accertate rispetto agli obblighi contributivi.

Come noto il Codice dei contratti stabilisce l'esclusione del concorrente per la falsa dichiarazione resa in merito ai requisiti (e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara) in base al combinato disposto del co. 1 lett. h) e del co. 1 *ter*<sup>15</sup> dell'art. 38: tali disposizioni però sanzionano le false dichiarazioni rese nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, risultanti dalle annotazioni nel casellario informatico.

Tali norme, quindi, si riferiscono chiaramente alle false dichiarazioni rese in gare precedenti rispetto a quella per cui si procede. Tuttavia, implicitamente, si ritiene che anche una falsa dichiarazione resa in sede di gara possa comportare l'esclusione dalla stessa dell'impresa che l'ha compiuta.

Tanto discende normalmente dalle puntuali previsioni del bando di gara ma, discende anche dal diritto comunitario<sup>16</sup> e dal sistema dell'art. 38 (il quale impone ai concorrenti di fornire dichiarazioni veritiere, sicché la falsità va sanzionata con l'esclusione<sup>17</sup>).

Posto che le false dichiarazioni rese in sede di gara integrano autonome cause di esclu-

sione, la questione circa il contenuto della dichiarazione del concorrente e la sua eventuale declaratoria di falsità si pone con particolare riguardo a quei requisiti in riferimento alla cui esistenza sia il concorrente – ai fini della loro menzione nella dichiarazione da depositare in sede di gara – sia la stazione appaltante – in sede di verifica – è chiamato a svolgere un'attività valutativa (ad esempio rispetto alla “gravità” della condanna penale o della violazione contributiva) e non meramente accertativa (quale ad esempio l'attività svolta rispetto alla pendenza del fallimento o di altra procedura concorsuale).

Sul tema la giurisprudenza si è pronunciata più volte con riferimento alle cause di esclusione di cui alle lettere c)<sup>18</sup> ed i)<sup>19</sup> del comma 1 dell'art. 38, giungendo a diverse conclusioni a seconda che il bando di gara preveda genericamente una dichiarazione di insussistenza delle predette cause ovvero specifichi il contenuto della dichiarazione.

Nel primo caso - bando generico - tale giurisprudenza ha riconosciuto che il concorrente, non essendo soggetto a prescrizioni del bando, è legittimato a compiere autonomamente una valutazione di gravità/non gravità delle condanne subite e dei propri debiti contributivi, ai fini della loro menzione.

Pertanto, una eventuale incompletezza della dichiarazione - nel senso che non sarebbero state dichiarate “tutte” le condanne penali o “tutte” le violazioni contributive, anche quelle non gravi - non può essere considerata falsa e costituire di per sé causa (formale) di esclusione, atteso che il bando, per come è formulato, non impone di dichiarare qualsivoglia condanna penale o violazione.

In caso di bando generico, dunque, l'omessa menzione può rilevare ai fini dell'esclusione soltanto ove la stazione appaltante accerti che essa riguarda condanne e violazioni gravi: ma, in tal caso verrà disposta l'esclusione del partecipante per mancanza effettiva del requisito (causa sostanziale), solo accompagnata da falsa dichiarazione.

<sup>15</sup> Comma aggiunto dal n. 3 della lett. b) del co. 2 dell'art. 4 del d.l. 13.5.2011, n. 70.

<sup>16</sup> La dir. 2004/18/CE, art. 45, par. 2, lett. g) prevede espressamente che possono essere esclusi coloro che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni sulle condizioni e requisiti rilevanti per la partecipazione alla gara.

<sup>17</sup> In tal senso si è espressa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo la quale “ovviamente, se la stazione appaltante riscontra, in corso di gara, una falsa dichiarazione, essa procede ciò non di meno all'esclusione. L'aver reso false dichiarazioni sul possesso dei requisiti e delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara integra, infatti, una causa autonoma di esclusione” (AVCP, determinazione n. 1/2010); al riguardo, cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 693/2006.

<sup>18</sup> CdS, V, 8.9.2008 n. 4244, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CdS, V, 7.10.2008 n. 4897; CdS, V, 22.2.2007 n. 945, *ivi*.

<sup>19</sup> CdS, 4.8.2009, n. 4906 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Diversamente, quando il bando non si limita a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza di tali cause di esclusione, ma specifica che vanno dichiarate “*tutte*” le condanne penali o “*tutte*” le violazioni contributive, l’eventuale omessa menzione di alcune condanne o violazioni, anche non gravi, assume autonoma rilevanza ai fini dell’esclusione.

In tale ipotesi, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall’art. 38 del codice degli appalti (che si riferisce esclusivamente a violazioni gravi) e l’impresa può essere esclusa non solo per aver commesso effettivamente una grave violazione (causa di esclusione sostanziale), ma anche per aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (causa di esclusione formale). Tali assunti giurisprudenziali sono stati fatti propri dalla quarta sezione del Consiglio di Stato (pronuncia n. 1228 del 24.2.2011) per affermare l’inconfigurabilità della falsità della dichiarazione del concorrente.

Il Collegio, difatti, ha affermato che “*il concorrente, qualora il bando di gara richieda genericamente, come nel caso di specie, una sua dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38, co. 1, lett. i), del d. lgs. n. 163/2006, può essere escluso soltanto qualora la stazione appaltante sia oggettivamente certa che l’eventuale debito contributivo dichiarato sia grave e definitivamente accertato, e cioè non esistano in atti di gara elementi che possano condurre a diversa conclusione, mediante accertamenti ulteriori. Nel caso di specie, accertata la lieve entità del debito contributivo, la Corte ha ritenuto di conseguenza non falsa la dichiarazione (di insussistenza) del concorrente.*”

#### **5. Il D.L. n. 70 del 13.5.2011 e la modifica del co. 2 dell’art. 38: riflessi sull’esclusione per violazioni contributive.**

Il co. 2 dell’art. 38 del codice dei contratti pubblici, così come modificato dal d.l. n. 70/2011, c.d. decreto sviluppo - n. 4 della lett. b) co. 2 dell’art. 4, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (l. 12.7.2011 n. 106) - ha puntualizzato una serie di aspetti relativi a ciascuna ipotesi di esclusione dalle

gare e, con particolare riguardo alla fattispecie di cui alla lettera i) del comma 1, ha precisato che “*si intendono gravi le violazioni ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva[...]*”.

A seguito di tale modifica, dunque, sembra che la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante da gran parte della giurisprudenza rispetto alla valutazione della gravità delle violazioni contributive sia venuta meno o, quantomeno, sia stata di gran lunga ridimensionata. Difatti, considerato che la disposizione vigente dalla quale si desumono le violazioni ostantive al rilascio del durc è l’art. 8, co. 3, del d.m. del 24.10.2007, la stazione appaltante appare oggi vincolata ad escludere il partecipante alla gara nel caso in cui accerti l’esistenza di una violazione contributiva caratterizzata da uno scostamento superiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, da uno scostamento pari o superiore ad € 100,00.

Non solo. Poiché i parametri ai quali la stazione appaltante deve attenersi sono gli stessi che regolano il rilascio del durc, di fatto la PA., al fine di disporre l’esclusione, non potrà far altro che prendere atto delle risultanze delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali ed assistenziali, senza poterle sindacare. Tale restrittiva interpretazione, sembra essere avvalorata dalla *ratio* che ha mosso la modifica del co. 2 dell’art. 38 e che si evince dalla Relazione illustrativa al decreto sviluppo, ove si legge che le modifiche sono state apportate “*con l’obiettivo di contenere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nonché di ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento*”.<sup>20</sup>

Peraltro, se è vera tale linea interpretativa, la modifica introdotta produce sicuramente effetti sulla valutazione di gravità/non gravità che il concorrente - secondo la giurisprudenza in commento - è legittimato a compiere, in caso di bando generico, rispetto ai propri debiti contributivi.

Difatti, anche nel caso in cui il bando di gara preveda genericamente una dichiarazio-

<sup>20</sup> Relazione illustrativa al d.d.l., n. 4357, di conversione del d.l. n. 70/2011 presentato alla Camera dei Deputati dal Governo il 13.5.2011, in [www.camera.it](http://www.camera.it).



ne di insussistenza delle violazioni contributive, il concorrente, per effetto del nuovo comma 2 dell'art. 38, dovrà provvedere alla dichiarazione tenendo conto dei parametri di gravità previsti dal d.m. del 24 ottobre 2007.

#### **6. La pronuncia del Consiglio di Stato, in adunanza Plenaria, del 4.5.2012 n.8.**

L'interpretazione dinanzi esposta trova conferma nella pronuncia del Consiglio di Stato, in adunanza Plenaria, n. 8 del 14.5.2012 che, tenendo conto dei precedenti orientamenti giurisprudenziali e delle intervenute modifiche normative, ha fatto definitivamente luce sulla causa di esclusione in questione e, in particolare, sulla nozione di "violazione grave". Ha osservato, difatti, l'Adunanza Plenaria che se prima del d.m. del 2007 poteva essere dubbio se vi fosse o meno automatismo nella valutazione di gravità delle violazioni previdenziali da parte della stazione appaltante, dopo il predetto decreto risulta chiaro che la valutazione di gravità o meno della infrazione previdenziale è riservata agli enti previdenziali e che essa è vincolante per le stazioni appaltanti. Tanto, alla luce non solo di considerazioni relative ai compiti degli enti previdenziali (istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali) o alla na-

tura del durc (quale documento pubblico assistito da fede pubblica privilegiata ex art. 2700 c.c. e facente piena prova fino a querela di falso), già enunciate dalla precedente giurisprudenza, ma anche (e soprattutto) in considerazione dell'esigenza di assicurare nell'ordinamento giuridico unitarietà ed uniformità di significato alla nozione di "violazione previdenziale grave", che non può che essere rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali. Dopo la novella legislativa del 2011, poi, secondo la Plenaria resta definitivamente chiarito che la mancanza di durc comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali. A seguito di tali considerazioni, dunque, il Consesso ha affermato il principio di diritto secondo cui la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza le cui certificazioni (durc) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto".

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - CONTRATTI PUBBLICI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.9.2012, n. 5120  
**Inserimento del curriculum in una busta diversa da quella indicata nel bando di gara - mera irregolarità.**

*Nel caso di specie il Collegio rileva come l'eventuale errore nell'inserimento di atti e/o documenti in una busta diversa da quella indicata nella lex specialis di gara potrebbe costituire, piuttosto che un'illegitimità tale da viziare irrimediabilmente il procedimento concorsuale, una mera irregolarità, atteso che l'eventuale conoscenza del curriculum, non avrebbe potuto giammai condizionare la valutazione complessiva delle offerte da parte della commissione di gara, essendo pacifico che le buste contenenti l'offerta economica erano ancora chiuse e sigillate; la giurisprudenza richiamata dall'appellante a sostegno della propria tesi concerne invero proprio la diversa ipotesi in cui sia anche solo astrattamente possibile la conoscenza delle offerte economiche prima della conclusione della valutazione delle offerte tecniche (ciò violando macroscopicamente i principi di segretezza delle offerte, di trasparenza e di par condicio, nel caso di specie neppure astrattamente esposti a pericolo). E' appena il caso poi di rilevare che dalla lettura del verbale delle operazioni della commissione, in cui la commissione ha proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa delle imprese partecipanti alla procedura di gara, non si evince alcuna annotazione relativa al presunto inserimento da parte dell'A.T.I. aggiudicataria nella busta del suo curriculum. In definitiva non vi è alcun elemento, neppure a livello semplicemente indiziario, a conforto del vizio denunciato, né i ricordati verbali di gara sono stati oggetto di contestazione di falso*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.9.2012, n. 5140  
**Liberalizzazione del mercato del gas naturale e poteri di regolazione dell'autorità per l'energia elettrica e il gas.**

*Il fulcro del thema decidendum sottoposto al*

*Consiglio di Stato consiste nello stabilire se, per il periodo di regolazione successivo al 1.7.2007 (ossia, all'indomani della piena liberalizzazione del mercato del gas naturale in base alle previsioni di cui alla direttiva 2003/55/CE - in seguito sostituita dalla direttiva 2009/73/CE -), risulti legittimo l'atto di regolazione del 2007 con cui l'A.E.E.G. ha provveduto a stabilire i limiti entro cui i costi connessi alla commercializzazione all'ingrosso del gas naturale debbano essere presi in considerazione nel determinare il prezzo di fornitura del gas naturale, mediante la definizione di prezzi di riferimento per la fornitura che le imprese di vendita al dettaglio devono necessariamente proporre a taluni dei propri clienti.3.1. In particolare, le coordinate logico-sistematiche entro cui risolvere la questione della legittimità della delibera A.E.E.G. n. 79 del 2007 sono interamente desumibili dalla sentenza in data 20.4.2010, con cui la Corte di giustizia ha risolto la questione per rinvio pregiudiziale di cui al ricorso C-265/08, sollevata dal TAR della Lombardia con ord. 15.4.2008, n. 177.(peraltro, numerosi) sistemi nazionali di prezzi amministrati nel settore dell'energia elettrica e del gas (in tal senso, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - 'Relazione sui progressi nell'istituzione di un mercato interno del gas e dell'elettricità' dell'11.3.2009), per altro verso è pacifico che essa non abbia sic et simpliciter affermato l'incompatibilità dei sistemi in questione con il diritto comunitario. Essa ha, piuttosto, ribadito con decisione la necessità che il vaglio circa la legittimità dei sistemi in parola venga operato in modo rigoroso attraverso le coordinate ermeneutiche rinvenibili dall'art. 106, par. 2 del TFUE (secondo cui "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di di-*



ritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione"). In definitiva, la Commissione europea, lungi dal sancire il carattere puramente e semplicemente illegittimo di simili misure di regolazione, ha piuttosto sottolineato la necessità di valutare in modo accurato e rigoroso i termini del test di proporzionalità circa le misure di regolazione oggetto di esame.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.9.2012, n. 5120  
**Partecipazione paritaria (50%) all'A.T.I. aggiudicataria delle imprese che la costituiscono - non implica ex se la mancanza del possesso in capo alla capogruppo mandataria dei requisiti di partecipazione maggioritaria previsti dalla legge.**

Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondata l'eccezione formulata dall'appellante con la quale si sosteneva che l'A.T.I. aggiudicataria non avrebbe posseduto i requisiti in misura maggioritaria, giacché le quote di partecipazione alla predetta A.T.I. da parte delle due società erano paritarie (50%). Sul punto, fermo restando l'indiscusso principio, più volte ribadito, secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (tra le più recenti, CdS, V, 14.12.2011, n. 6538; 8.11.2011, n. 5892), dovendo sussistere, come requisito di ammissione alla gara, una perfetta coincidenza tra quota dei lavori (o, nel caso di forniture o servizi, parti del servizio o della fornitura) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento (CdS, III, 11.5.2011, n. 2805), il Collegio ritiene di non doversi discostare da quanto statuito da CdS, V, 11.12.2007, n. 6363, ove è stato affermato che "Il disposto dell'art. 95 co. 2 d.P.R. n. 554 del 1999, secondo cui l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria, deve essere riferito non all'entità del requisito minimo complessivo prescritto per la specifica gara di cui trattasi in relazione all'importo dei lavori da commettere, bensì alle quote effettive di partecipazione all'associazione, sicché può definirsi maggioritaria l'impresa che, avendo un qualifica adeguata, assuma concretamente una quota superiore o comunque non inferiore a quella di ciascuna delle altre imprese mandanti, a prescindere dai valori assoluti di classifica

di ognuna delle altre; ciò perché, in caso diverso, si creerebbe un vincolo restrittivo al mercato, in contrasto con il principio della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa, in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di grande dimensione". In mancanza, quindi, di ulteriori e diversi elementi, non può sostenersi che nel caso di specie la partecipazione paritaria (50%) all'A.T.I. aggiudicataria delle imprese che la costituiscono, implichi ex se la mancanza del possesso in capo alla capogruppo mandataria dei requisiti di partecipazione maggioritaria previsti dalla legge.

Consiglio di Stato, Sez. III, 27.9.2012, n. 5112  
**Requisiti progettista - appalto integrato - raggruppamenti temporanei - conforme alla normativa vigente.**

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha ritenuto l'impianto argomentativo della sentenza TAR meritevole di conferma rilevando come, premesso che siamo di fronte ad un appalto c.d. integrato, quanto a requisiti del progettista, il punto 8 del bando richiedeva che: i vari "progettisti associati o indicati dal costruttore" dovevano presentare, ciascuno per quanto di competenza, la documentazione stabilita nei successivi sottoparagrafi; tra questi il punto 8. e . disponeva che, oltre al progettista esecutore, anche il professionista abilitato da meno di anni 5 era tenuto a pena di esclusione a presentare una dichiarazione da cui risultasse sia l'impegno ad eseguire la progettazione nei tempi e modi stabiliti dal capitolato sia l'inesistenza (in capo a ciascuno dei dichiaranti) di specifiche situazioni ostative alla partecipazione alla gara. Il Consiglio di Stato ha ritenuto la disposizione del punto 8. e . non solo puntuale ed univoca, ma anche conforme alla ratio sottesa alla norma programmatica dell'art. 90, co. 7, codice contratti pubblici ed alla previsione regolamentare del d.P.R. n. 554/1999, art 51, co. 5, secondo il quale "raggruppamenti temporanei.....devono prevedere la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza". Come ha rappresentato la sentenza TAR, soltanto l'assunzione di un ruolo attivo nell'attività di progettazione, cui corrisponde la necessità di obblighi ed impegni puntuali, consente al giovane professionista di iniziare quella impostazione del curriculum professionale, che rappre-

senta l'obiettivo della disposizione di favore (vedi ex multis CGA n. 293/2011). Pertanto, correttamente la commissione ha ritenuto viziosa la dichiarazione congiunta, presentata dall'ATI ai sensi del punto 8. e del bando, avendo constatato che la stessa, pur indicando tra i dichiaranti anche il professionista abilitato da meno di cinque anni, tuttavia non recava in calce la sottoscrizione del medesimo.

Consiglio di Stato, Sez. III, 27.9.2012, n. 5111  
**Gare d'appalto - legittimato a chiedere l'annullamento della gara - non solo chi si è volontariamente astenuto dal parteciparvi.**

*Nell'ambito della giustizia amministrativa la legittimazione non coincide necessariamente con l'interesse; non tutti gli interessi sono "legittimi", ossia tutelati e non basta un interesse di mero fatto a legittimare la proposizione di un ricorso. In materia di gare d'appalto, è opinione comune che i vizi determinatisi nel corso del relativo procedimento possano essere impugnati, in linea di principio, solo da chi ha partecipato alla gara. Ciò si dice anche nell'ipotesi che si tratti di vizi che possono essere rimediati solamente mediante l'indizione di una nuova gara e/o la riapertura dei termini per la presentazione delle domande. Chi si è volontariamente e liberamente astenuto dal partecipare ad una gara non è legittimato a chiederne l'annullamento, benché abbia di fatto interesse a che la gara venga nuovamente bandita e possa quindi parteciparvi. La gara infatti è per lui res inter alios acta e i vizi determinatisi nel corso di essa non lo riguardano; non sono cioè vizi che abbiano inciso sulla sua posizione giuridica soggettiva (altra questione è quella di chi non abbia partecipato perché ostacolato, o perché non vi è stato un bando, o perché il bando non è stato regolarmente pubblicato, o perché vi erano clausole di esclusione, etc.: questa è una problematica diversa da quella ora in considerazione). Se tutto quanto detto sin qui si può ritenere comunemente accettato, si deve ora aggiungere che alla posizione di chi si è volontariamente e liberamente astenuto dal partecipare ad una gara va assimilata quella di chi abbia preso, bensì, l'iniziativa di parteciparvi, ma ne sia stato legittimamente escluso per causa a lui stesso imputabile (domanda tardiva, difetto di requisiti, vizi di forma, etc.). Anche per lui, infatti, a questo punto la gara è res inter alios acta. Può sperare che venga annullata e ripetuta, ma non ha titolo per richie-*

*derlo (a meno che, s'intende, non rimuova prima l'atto di esclusione impugnandolo; e riacquistando così lo status di partecipante alla gara). In questo quadro, il Consiglio di Stato rileva come non si vede una sufficiente ragione logica per differenziare la posizione di chi sia stato escluso con atto legittimo dell'autorità appaltante e quella di chi, indebitamente ammesso, venga poi escluso per decisione del giudice in accoglimento del ricorso (incidentale) di una controparte. Il vizio dell'offerta è stato riconosciuto più tardi, ma inficiava sin dall'inizio la partecipazione di quel soggetto. Quest'ultimo dunque non ha (più) titolo per partecipare alla gara, e di conseguenza non ha titolo per impugnare i relativi atti, neppure con lo scopo di provocarne l'integrale riedizione.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.9.2012, n. 4969  
**Consorzi - requisiti generali e morali di partecipazione alla gara - art. 38 del codice degli appalti - devono essere posseduti dalle singole imprese consorziate**

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha richiamato la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria che con sentenza 4.5.2012 n. 8 ha precisato che "il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 codice appalti. La diversa opzione ermeneutica condurrebbe invero a conseguenze paradossali in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state singolarmente ammesse". Ed in questo senso peraltro si è espressa più volte anche la giurisprudenza della medesima Sezione V, precisando che nel caso di consorzi i requisiti generali di partecipazione alla gara previsti dall'art. 38 devono essere posseduti dalle singole imprese consorziate; se infatti tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti; per gli operatori che*

non hanno requisiti dell'art. 38 basterebbe anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione aderire ad un consorzio

da utilizzare come copertura (cfr. CdS, V 15.6.2010 n. 3759; Id. V 5.9.2005 n. 4477; Id. sez. V 30.1.2002 n. 507).

«.....GA.....»

## - SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte costituzionale, 7.6.2012, n. 148

### **Art. 14, co. 32, d.l. 78/10 - finalità.**

*Il divieto di costituire nuove società, di cui all'art. 14, co. 32, d.l. 78/2010 risponde all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite. È chiaro quindi l'intento di assicurare un contenimento della spesa, non precludendo, in linea di principio, neanche agli enti con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la possibilità di mantenere in esercizio le società già costituite.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.11.2012, n. 5589

### **Refezione scolastica - servizio economico di interesse generale.**

*La refezione scolastica attualmente assume le caratteristiche di servizio essenziale pur strumentale all'attività scolastica, in quanto funzionale a garantire l'attività didattica nelle forme di impegno temporale attualmente vigenti. Pertanto, l'attività in esame, pur in astratto ricadente tra le attività industriali, per il metodo di produzione adottato, non può ascriversi urbanisticamente e giuridicamente a tale categoria, in quanto è opera che assicura un servizio economico di interesse generale quale il servizio scolastico. Il fatto che alcuni pasti (600 previsti in convenzione) possano non essere acquistati dal Comune per le proprie scuole, bensì da altri istituti di istruzione e assistenza all'infanzia presenti nel Comune, non modifica evidentemente le caratteristiche e la natura giuridica del centro di produzione pasti in contestazione (realizzato da un Comune, anziché allestire le cucine nelle singole scuole).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.10.2012, n. 5409

### **Servizio pubblico locale di rilevanza economica - gestione in economia - esclusione.**

### **Servizi pubblici locali di rilevanza economica o meno - distinzione - carattere.**

*L'affidamento alla concorrenza dei servizi pubblici locali a rilevanza economica risale almeno al 2001, per effetto della modifica introdotta dall'art. 35 della l. 448/2001 all'art. 113 del TUEL approvato con d.lgs. 267/2000. La modifica della stessa rubrica dell'art. 113 del TUEL "i servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica" in luogo di "servizi pubblici locali di rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale" è significativa della più limitata libertà di scelta dell'ente locale circa le modalità di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica e preclusiva della gestione in economia per i servizi di rilevanza economica.*

*In base alla disciplina dettata dall'art. 23 bis del d. l. 112/2008 e ss.mm.ii., in caso di servizi pubblici a rilevanza economica, non ne era consentita la gestione in economia, salve le deroghe previste dalla normativa richiamata e con le modalità da essa indicate.*

*La distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica (secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22.5.2003, causa 18/2001). In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente*

rilevanza economica o meno è ragionevole pensare che si debba prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione di cui si sta parlando può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 c.c. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica. Quanto al servizio di illuminazione votiva, è indubbia la rilevanza economica di tale servizio. In tal senso si è espressa la giurisprudenza con orientamento univoco (per tutte, CdS, V, 11.8.2010, n. 5620; 29.3.2010, n. 1790; 5.12.2008, n. 6049; 14.4.2008, n. 1600). La qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (cfr. CdS, n. 5097/2009), sicché non rileva l'irrisorietà dell'utile che in concreto un servizio per come svolto produca.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.10.2012, n. 5350  
**Delibere adeguamento corrispettivi pubblico**

**servizio - impugnazione - giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.**

*Essendo oggetto dell'impugnativa una deliberazione regionale che riconosce ad un gestore di un pubblico servizio un adeguamento dei corrispettivi, il Collegio osserva come alla stregua del consolidato insegnamento della giurisprudenza, nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della pubblica Amministrazione, le controversie relative a tali determinazioni appartengano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.10.2012, n. 5268  
**Attività di bonifica e messa in sicurezza di sito inquinato di interesse nazionale - natura di servizio pubblico - sussiste.**

*L'attività di messa in sicurezza e di bonifica di un sito inquinato di interesse nazionale è qualificabile come servizio pubblico, si verte, invero, in materia di attività obbligatoria ex lege (al ricorrere di determinati presupposti di fatto) disciplinata da fonti di rango primario, che è svolta (anche) a favore di una collettività indeterminata di beneficiari (gli abitanti della zona inquinata), mira al perseguimento di un interesse pubblico (alla salubrità ambientale e al ripristino del bene-interesse leso dagli inquinamenti) e, infine, consiste in attività produttiva e di rilievo economico, con conseguente indubbia qualificabilità come servizio pubblico. Per identificare giuridicamente un servizio pubblico, infatti, 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 un'accezione 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).*

Consiglio di Stato, Sez. III, 17.9.2012, n. 4933  
**Attività di onoranze funebri - servizio correlato ai decessi in ambito ospedaliero - distinzione.**

**Servizio correlato ai decessi in ambito ospedaliero - carattere di servizio pubblico - sussiste.**

*L'attività di onoranze funebri (esercitabile in forza di autorizzazione ex art. 115 del T.U. 18.6.1931, n. 773 e di licenza ex art. 24 della l. 11.6.1971, n. 426: CdS, V, 30.11.2000, n. 6362) si sostanzia in quelle prestazioni volte ad apprestare le ultime onoranze alle salme ed è attività di natura squisitamente commerciale offerta ad una utenza indifferenziata, per cui il relativo esercizio va lasciato al mercato (CdS, VI, 27.12.2006, n. 7950), in un ambito contrassegnato dalla più ampia libertà di concorrenza. Il servizio correlato ai decessi in ambito ospedaliero (e quindi tutte le attività che riguardano: il trasporto delle salme dal reparto alla camera mortuaria e, quando richiesto, dalla camera mortuaria alla camera settoria; la custodia dei cadaveri, per i tempi previsti dal d.P.R. 285/90 o secondo quanto disposto dal medico necroscopo o dall'Autorità Giudiziaria; la consegna delle salme ai necrofori per le onoranze funebri nel rispetto delle scelte dei dolenti), del cui affidamento qui si discute, ha invece i connotati di un servizio pubblico (si tratta, invero, di un servizio che ha i connotati della indispensabilità, attese le gravi conseguenze di carattere igienico-sanitario che si avrebbero in caso di suo mancato esercizio e che pertanto soddisfa un bisogno insopprimibile della collettività), ascrivibile alla cura dei soggetti pubblici preposti alla tutela della salute e da esercitarsi da parte di questi mediante gestione a mezzo personale alle dirette dipendenze delle Aziende Sanitarie, ovvero mediante suo affidamento all'esterno previa procedura di gara.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.9.2012, n. 4870

**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 previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'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 un'accezione oggettiva della nozione, che tali attività presentino 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).*

*Nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come è invece proprio di un'usuale attività di depurazione), appare 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, in una visione complessiva, all'evidenza rappresentata dal vantaggio che i medesimi (o i loro danti causa) abbiano conseguito precedentemente attraverso l'esternalizzazione dei costi (le diseconomie da inquinamento trasferite all'esterno dell'impresa e accollate al pubblico) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che – come rimanda il principio generale “chi inquina paga” - sarebbero dovuti restare ab origine a carico delle stesse imprese inquinatrici: sicché alcuni di detti costi attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza vengono nuovamente internalizzati (verosimilmente in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate, non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute e agli altri beni offesi dall'inquinamento).*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4.9.2012, n. 4682

**Installazione di distributori automatici di beni di consumo in ambito scolastico - natura di concessione di servizio - sussiste.**

**Appalto e concessione - distinzione.**

*E' configurabile come concessione di servizi l'affidamento avente ad oggetto l'installazione e la gestione presso i locali dell'Università di alcuni distributori automatici di alimenti e bevande: ai fini della qualificazione in parola risultano dirimenti da un lato la circostanza per cui il rischio della gestione del servizio all'origine dei fatti di causa resta interamente in capo al soggetto affidatario, il quale - oltretutto - è anche tenuto a corrispondere un importo pecuniario piuttosto cospicuo in favore dell'Amministrazione, e dall'altro lato la circostanza che il servizio viene erogato non in favore della Università, ma della collettività di utenti universitari (studenti, docenti, personale). Si ha concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione (in tal senso - ex plurimis - CdS, V, 9.92011, n. 5068). Si è precisato, al riguardo, che quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione (CdS, V, 6.6.2011, n. 3377).*

TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7.9.2012, n. 7630

**Appalto e concessione - distinzione.**

*Il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto è rappresentato dalla modalità di remunerazione, ovvero dalla controprestazione che nella concessione dipende dai risultati della gestione del servizio (cfr. Consiglio di Stato,*

*Sez. VI, n. 6838/00). Di tal che, la remunerazione del servizio è per l'imprenditore l'elemento di valutazione della convenienza economica dell'offerta, anche in considerazione della circostanza che l'impresa aggiudicataria sopporterà il rischio economico collegato alla gestione che, nel caso di specie, consiste nella possibilità che gli alunni decidano di non usufruire del servizio mensa, sulla base degli orari scolastici prescelti che non necessariamente implicano l'esigenza di consumare i pasti a scuola. Ciò posto, è di fondamentale importanza che il piano economico finanziario sia il più dettagliato possibile nell'elencazione delle voci di costo a carico dell'impresa, in modo da supportare l'imprenditore nella valutazione della convenienza economica del servizio da erogare o del lavoro da svolgere.*

Corte dei Conti, Sez. Reg. contr. Lombardia, 30.10.2012, n. 463

**Concessionario di servizi - lavori strumentali alla gestione - affidamento mediante gara.**

*Il Codice dei contratti non individua nel concessionario di servizi un ulteriore soggetto avente la funzione di stazione appaltante per conto del Comune, ma gli impone di osservare le regole di evidenza pubblica nel caso in cui, ai fini della gestione del servizio, debba, in virtù della convenzione stipulata, affidare appalti di lavori strumentali.*

*L'art. 32, co. 1, lett. f) del Codice dei contratti è norma che impone un obbligo al concessionario, estendendo la platea dei soggetti tenuti all'osservanza delle regole di concorrenza e trasparenza (analoga regola, in virtù del combinato disposto degli artt. 3, co. 3, 32, co. 1, lett. f e 121 del Codice, vale per gli affidamenti di lavori strumentali sotto soglia). Non è invece norma che attribuisce facoltà all'ente pubblico concedente (nel caso di specie, il Comune), che non può decidere liberamente il soggetto cui affidare la funzione di stazione appaltante, ma deve farlo nel rispetto delle regole di organizzazione stabilite dal medesimo Codice dei contratti.*

Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Lombardia, 29.10.2012, n. 461

**Art. 25 d.l. 1/12 - società in-house affidatarie dirette - reclutamento del personale ed affi-**



**damento incarichi - principi art. 35, co. 3, d. lgs. 165/01.**

*L'art. 25 d.l. 1/2012 (convertito nella l. 27/2012) impone alle società in house (alle quali gli enti locali, in quanto interamente partecipate, affidano direttamente sia la fornitura di beni e servizi strumentali sia servizi pubblici locali) di adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi "nel rispetto...delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali...contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie" nonché divieti e limitazioni alle assunzioni ed infine l'adozione di procedure concorsuali per l'instaurazione dei rapporti di lavoro. Ne consegue che la società in house con proprio provvedimento (quindi, assumendo un atto interno a carattere generale) disciplina "criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al co. 3 dell'art. 35 del d. lgs. 30.3.2001, n. 165 nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori" (per una completa disamina dei "divieti" e delle "limitazioni alle assunzioni di personale" si rimanda al parere di questa Sezione n. 260/2012).*

*La società in house può assumere personale a tempo indeterminato nel limite del 40% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente, fermi gli altri vincoli ed i limiti calcolati in forma consolidata in capo all'ente locale controllante (come, ad esempio, il limite del rapporto tra spese di personale e spese correnti inferiore al 50%). La questione ermeneutica, dunque, si incentra sulla valutazione della capacità assunzionale della società in house alla stregua del parametro indicato dall'art. 76, co. 7, del d.l. n. 112/2008. In particolare, la questione si riassume nell'interrogativo se il limite del 40% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente debba essere considerato in astratto (ovvero, facendo riferimento all'organico della società in house a prescindere dai servizi erogati) o se, diversamente, debba essere valutato in ragione*

*dell'organico deputato allo svolgimento dei servizi in concreto resi al momento in cui la società dovrebbe procedere alla nuova assunzione. Questa Sezione ritiene corretta la seconda soluzione prospettata in quanto, se così non fosse, il presupposto (cioè il limite del 40% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente) sarebbe falsato dalla mancanza di "omogeneità" dei valori da comparare. Ne consegue che il limite del 40% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente -su cui si fonda la verifica del rispetto dei vincoli di contabilità pubblica per procedere a nuovi assunzioni a tempo indeterminato- deve essere neutralizzato della componente di spesa per il personale che la società ha sostenuto per la gestione del servizio di asilo nido, in quanto la società in house ha dismesso completamente l'erogazione di questo servizio (nell'istanza di parere si precisa, infatti, che la società ha licenziato tutto il personale assegnato a questo servizio).*

Corte dei Conti, Sez. Reg. contr. Basilicata, 20.9.2012, n. 20

**Art. 3, co. 27, l. 244/07 - art. 14, co. 32, d.l. 78/10 - rapporto.**

*Con l'espressa finalità di tutela della concorrenza e del mercato, l'art. 3, co. 27, della l. 24.12.2007, n. 244, stabilisce che le amministrazioni pubbliche non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È, in ogni caso, sempre ammessa la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza secondo le modalità indicate dalla norma. Tenendo ferma la disciplina contenuta nei co. 27 e seguenti della citata l. 244/2007, il co. 32 dell'art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito con modificazioni dalla l. 30.7.2010, n. 122) inibisce ai comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la costituzione di società, prevedendo la liquidazione di quelle esistenti o la cessione delle relative quote entro il 31.12.2012 (tale termine, introdotto dall'art. 16, co. 27, del d.l. 138/2011,*

conv. in l. 148/2011, è stato poi prorogato di nove mesi con il co. 11 bis dell'art. 29 del d.l. 216/2011, conv. in l. 14/2012).

Le due disposizioni operano su piani diversi: l'art. 3, co. 27, sul piano delle finalità che l'ente può raggiungere mediante lo strumento societario; l'art. 14, co. 32, sul piano numerico, essendo stati fissati dei tetti correlati alla densità demografica dell'ente. Ne deriva 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; gli stessi comuni non possono detenere partecipazioni in società, salvo che ricorrano le condizioni derogatorie; i Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione.

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO SULLA CONCORRENZA -

dell'Avv. Anna Romano

Procedimenti innanzi all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato

### **Avvio istruttoria nei confronti di Salini costruttori e Impregilo, 17.10.2012.**

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un'istruttoria nei confronti di Salini Costruttori e Impregilo per verificare se le due società abbiano posto in essere un'intesa finalizzata ad evitare il corretto confronto competitivo in sede di partecipazione alle gare d'appalto aventi ad oggetto la costruzione di infrastrutture e grandi opere. L'Autorità contesta alle Società di aver definito in maniera dettagliata e rigorosa le procedure che caratterizzeranno la selezione, la conseguente valutazione congiunta delle gare d'appalto di reciproco interesse, fino alla partecipazione congiunta alle gare che saranno ritenute meritevoli di interesse per entrambe le società. [http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/3364-i758avvio.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3364-i758avvio.html).

Procedimenti innanzi all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato

### **Procedimento I723 (intesa nel mercato delle barriere stradali), Provvedimento n. 23931 del 28.9.2012.**

L'AGCM ha sanzionato le società Car Segnale-tica Stradale S.r.l., Ilva Pali Dalmine S.p.A., Iva Pali Dalmine Industries S.r.l. (già S.p.A.), Industria Meccanica Varricchio - I.Me.Va. S.p.A., Marcegaglia S.p.A., Metalmeccanica Fracasso S.p.A., San Marco S.p.A. - Industria Costruzioni Meccaniche in liquidazione e Tu-

bosider S.p.A per un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), e consistente in un'unica, complessa e articolata pratica concordata continuata nel tempo, sorretta da una pluralità di condotte funzionali ad alterare fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato nazionale dei prodotti metallici di sicurezza stradale. [http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/3338-38-12.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3338-38-12.html).

Procedimenti innanzi alla Commissione Europea

### **Avvio istruttoria nei confronti di Gazprom, 4.9.2012.**

La Commissione europea ha avviato un procedimento nei confronti di Gazprom per verificare se la Società abbia ostacolato o meno la concorrenza in Europa centrale e orientale nel settore del gas, in violazione delle norme sulla regolamentazione dei mercati. Le condotte contestate sono sostanzialmente tre: i) Gazprom avrebbe ostacolato il libero flusso di gas tra gli Stati membri; ii) avrebbe separato i singoli mercati, impedendo una diversificazione delle forniture; iii) infine avrebbe imposto prezzi non trasparenti, unendo quelli del gas a quelli del petrolio. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-937\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm).

Corte di Cassazione, Civ. Sez. VI, 2.10.2012, n. 16789

**Nel caso di cartello tra compagnie assicura-**

**tive, il danno subito dall'assicurato consiste nell'aver pagato un premio di polizza superiore a quello che l'assicurato stesso avrebbe pagato in condizioni di libero mercato.**

*Nel presente giudizio, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di appello condannando una Società assicuratrice che aveva partecipato ad un'intesa restrittiva della concorrenza, sanzionata dall'Agcm, al risarcimento del danno arrecato all'assicurato. La Corte ha ribadito che in tal caso il risarcimento è pari al prezzo di polizza superiore a quello che l'assicurato stesso avrebbe pagato in condizioni di libero mercato.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.9.2012 n. 5067  
**Nell'ambito dei servizi idrici integrati, la singola gara per l'affidamento del servizio può costituire mercato rilevante ai fini anti-trust.**

*Nel giudizio in esame, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza di primo grado, confermando la sanzione irrogata dall'AGCM nei confronti di due Società ritenute responsabili di aver posto in essere un'intesa anticoncorrenziale circa la gestione dei servizi idrici integrati. I giudici di appello hanno precisato che una singola gara di appalto può costituire mercato rilevante ai fini del diritto anti-trust. In proposito, la sentenza afferma che "poiché le gare per l'affidamento del servizio integrato non si svolgono, su base nazionale, ma sempre su base locale, il "mercato" dove si incontrano domanda ed offerta, è costituito dalla singola gara di appalto, come correttamente ritenuto dall'AGCM. L'intesa non poteva avere ad oggetto un unico mercato nazionale, per la semplice ragione che non ci sono, nel settore dei servizi idrici integrati, gare di dimensione nazionale. L'intesa non poteva pertanto che riguardare singole gare, e dunque singoli mercati, la cui somma diventava una porzione rilevante del mercato nazionale degli affidamenti ( con gara diretta o in PPP) dei servizi idrici integrati da parte dei singoli ATO". Con riferimento all'intesa, la sentenza afferma che la prova di un accordo anticoncorrenziale generalmente non è diretta, in quanto difficilmente esistono, o sono comunque rinvenibili, i suoi elementi rappresentativi (documenti) e altrettanto difficilmente possono essere acquisite testimonianze (che dovrebbero provenire dagli stessi autori dell'illecito).*

*Tuttavia la circostanza che la prova sia indiret-*

*ta (o indiziaria) non comporta che la stessa sia munita di minor forza persuasiva. In tal caso, il criterio guida per verificare l'attendibilità della ricostruzione compiuta dall'Autorità è quello della c.d. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile nella ricostruzione della intesa illecita. In ragione di ciò ed in base agli elementi indiziari acquisiti dall'Agcm, la sentenza ha condiviso le valutazioni dell'Autorità, ravvisando nella intesa inter partes una finalità complessiva "strategica-ripartitoria escludente": le Società sanzionate hanno stabilito preventivamente i mercati su cui agire, così ostacolando l'accesso degli altri operatori.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.9.2012 n. 4873  
**Nel settore anti-trust, l'Autorità, nell'applicare la legge al caso concreto, deve qualificare fatti complessi rapportandoli a concetti indeterminati mediante regole scientifiche della scienza economica.**

*Nel giudizio in esame, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, riconoscendo la legittimità del provvedimento con cui l'Antitrust ha sanzionato per intesa anticoncorrenziale e per abuso di posizione dominante alcune imprese operanti nel settore del calcestruzzo cellulare autoclavato.*

*I giudici di appello innanzitutto hanno definito i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità affermando che esso investe "anche la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla pubblica amministrazione quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati, (...) resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito di censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile". I giudici hanno quindi condiviso le valutazioni dell'Agcm in ordine alla qualificazione del mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato (CCA) come mercato autonomo. Infine, la sentenza ha precisato che l'impresa ricorrente, in quanto titolare di una posizione dominante all'interno del mercato italiano del CCA, era tenuta a comportamenti diversi da quelli normalmente consentiti agli*

operatori del mercato e all'osservanza di un grado di diligenza e precauzione maggiore nell'esplicazione della propria attività nel mercato, onde non compromettere ulteriormente con la propria condotta il confronto concorrenziale residuo, già pregiudicato dal significativo potere di mercato di cui essa era detentrica.

TAR Sicilia Ct, Sez. IV, ord. 23.10.2012 n. 2491

**Il TAR Sicilia solleva davanti la Corte di Giustizia la questione di compatibilità della normativa nazionale relativa alla vendita presso le parafarmacie dei medicinali non soggetti a rimborso da parte del servizio sanitario.**

*Il presente giudizio ha ad oggetto l'annullamento del provvedimento con cui il Ministero della Salute ha negato l'autorizzazione alla vendita presso parafarmacie dei medicinali non soggetti, ai sensi dell'art. 8, co. 10, lett. c), l. n. 537/1993, al rimborso del servizio sanitario. Condividendo i rilievi del ricorrente, il TAR ha rimesso alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49 ss. TFUE, ostano ad una normativa nazionale che non consente al farmacista, abilitato ed iscritto al relativo ordine professionale ma non titolare di esercizio commerciale ricompreso nella pianta organica, di poter distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica su "ricetta bianca", cioè non posti a carico del SSN ed a totale carico del cittadino; 2) se l'art. 15 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea vada interpretato nel senso che il principio ivi stabilito si applichi senza limiti anche alla professione di farmacista, senza alcuna distinzione fra titolari di farmacie e titolari di parafarmacie in ordine alla vendita dei farmaci di cui al superiore punto 1; 3) se gli artt. 102 e 106 del Trattato istitutivo CE debbano essere interpretati nel senso che il divieto di abuso di posizione dominante vada applicato senza limiti alla professione di farmacista, in quanto il farmacista titolare di farmacia tradi-*

*zionale, vendendo farmaci per effetto di convenzione con il Servizio sanitario nazionale si avvantaggia del divieto per i titolari di parafarmacie di vendere i farmaci di fascia C, senza che ciò trovi valida giustificazione nelle pur indubbe peculiarità della professione farmaceutica dovute all'interesse pubblico alla tutela della salute dei cittadini.*

TAR Lazio Roma, Sez. I, 10.10.2012 nn. 8381 e 8382

**Il giudice nazionale deve spingersi ad individuare il significato sostanziale di una Raccomandazione e verificare se il provvedimento contestato abbia una motivazione sufficientemente congrua che ne giustifichi la deviazione dal suo contenuto.**

*Nel presente giudizio, il TAR ha accolto in parte il ricorso proposto da un operatore telefonico per l'annullamento della delibera AGCOM n. 621/11/Cons nella parte in cui conferma fino al luglio 2013 l'asimmetria tariffaria in favore di H3G. Conformemente alla Commissione europea, il TAR afferma che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobile, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata. Nel provvedimento impugnato invece manca una tale motivazione. Da qui il TAR ne fa discendere l'illegittimità per contrasto con le indicazioni espresse dalla Commissione e ribadite da specifiche raccomandazioni. A tal proposito, il TAR precisa che "il giudice nazionale, ove una decisione dell'Autorità sia contestata per asserito contrasto con una raccomandazione, non possa a sua volta disattendere la raccomandazione ritenendola non vincolante oppure limitarsi a considerarne genericamente la ratio, ma debba piuttosto spingersi ad individuare il significato sostanziale della Raccomandazione e verificare se il provvedimento contestato abbia una motivazione sufficientemente congrua che ne giustifichi la deviazione dal contenuto della raccomandazione, vale a dire, se quest'ultima sia stata tenuta in "utmost account" dall'Autorità nazionale".*

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### DOMANDA

*Legge 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. Gabriella 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 l. 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 euro-*

*pee; 3) sia inabilitato o interdetto; 4) sia stato 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 pubblica amministrazione, l'industria ed il commercio, tanto se previsto dal Cod. pen. 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 cinque 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 magazzinoiere 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 Consiglio di Stato, Sezione Sesta, ha statuito che, dalla legge n. 1293/1957 citata, "le cause di esclusione e di incompatibilità, previste in via generale per i procedimenti volti all'acquisizione della qua-

lità di gestore, divengono casi specifici di decadenza 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 Sent. n. 5224/10, richiamata anche da codesta Amministrazione, il CdS, 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 art. 6, 7, 12, 13 e 18 della legge 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, Ct, 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 Consiglio di Stato con la sentenza n.



861/1997 citata, le cause di esclusione e di incompatibilità generali 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 Consiglio di Stato, 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

*Opere pubbliche. Rapporti tra stazione appaltante e Raggruppamento Temporaneo di Imprese: deroghe al principio di immodificabilità soggettiva dei componenti. (Parere del 17.12.2009 prot. n. 380132) Avv Marco Stigliano Messuti.*

## RISPOSTA

«Codesta società ha chiesto di conoscere l’avviso della scrivente in ordine alla possibilità o meno di autorizzare, in seno ad un raggruppamento temporaneo di concorrenti partecipanti ad una procedura di gara, il recesso di una mandante ed il conseguente subentro della mandataria nella titolarità della quota di pertinenza della mandante. In fatto: l’impresa Aleandri spa nella qualità di mandataria dell’ATI con l’impresa Sar.Co.Bit. si aggiudicavano la procedura di evidenza pubblica relativa ad i lavori di costruzione del collegamento veloce tra Sassari – Alghero Aeroporto. Con atto notarile del 16.4.2009 veniva stipulato con la committente Anas il relativo contratto di affidamento dei lavori. Con atto notarile del 15.9.2009 la mandante dichiarava di recedere dall’ATI conferendo la propria quota pari al 20 % alla mandataria Aleandri che prestava il consenso al recesso ed al subentro nella quota di lavori da eseguire. Con nota del 16.9.2009 la capogruppo, Aleandri spa chiedeva all’Anas di consentire il recesso della mandante ed il subentro nella titolarità della quota del 20 % allo stato di pertinenza della mandante. Preliminarmente va rappresentato che la normativa in vigore non disciplina la fattispecie del recesso dell’impresa mandante, e che pertanto l’analisi è il frutto della sola interpretazione data sul punto dalla giurisprudenza della Cassazione (in particolare Cass., I, 1.5.1998 n. 4728) e del Consiglio di Stato. Al riguardo è opportuno tenere distinti due aspetti del problema in quanto occorre avere riguardo al momento temporale in cui interviene il recesso della mandante. 1) recesso volontario di un’impresa mandante dalla compagine associativa partecipante ad una gara nella fase intercorrente tra la fase di prequalifica e la presentazione dell’offerta. 2) recesso volontario dalla compagine associativa della mandante che interviene, successivamente alla stipula del contratto di appalto con il RTI ri-

sultato aggiudicatario della gara. Con riferimento all'ipotesi sub 1) si è oramai consolidato un orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità del recesso. Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, disciplinato dall'art. 37, co. 9, d. lgs. 163/2006, deve intendersi, in particolare, 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-organizzativa 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. Così definita la ratio del divieto in esame, si deve, allora, rilevare, in conformità con la finalità della disposizione (per come appena individuata), che lo stesso deve leggersi come 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. Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'a.t.i., in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito alla PA. un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti che siano ovviamente titolari da sole dei requisiti di partecipazione e qualificazione) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate (cfr. CdS, VI, 13.5.2009 n. 2964; IV, 23.7.2007, n. 4101; TAR Liguria, 9.1.2009 n. 39 e TAR Calabria, RC, 26.1.2009 n. 56). Con riferimento all'ipotesi sub 2) la fattispecie va considerata sotto una diversa visuale atteso che il vincolo obbligatorio tra la committente e il RTI è consacrato e regolato dalla intervenuta stipula del contratto con tutte le conseguenze civi-

listiche che ne derivano. L'associazione temporanea di due o più imprese nell'aggiudicazione ed esecuzione di un contratto di appalto pubblico (art. 34, lett. d), d. lgs. 163/2006) è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese (mandanti), collettivamente, ad altra impresa (mandataria) "capogruppo" legittimata a compiere, nei rapporti con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto. Essa soltanto, infatti, presenta l'offerta, sottoscrive il contratto, riscuote i pagamenti, fornisce le necessarie cauzioni e fidejussioni, provvede all'iscrizione delle riserve e sottoscrive gli atti di gestione dell'appalto e il certificato di collaudo, compiendo un'attività che produce direttamente effetti giuridici nei confronti delle imprese mandanti fino all'estinzione del rapporto. Il vincolo contrattuale che lega il RTI alla committente comporta che la revoca del mandato (rectius il recesso della mandante), consentita solo per giusta causa quando si tratti di mandato collettivo (art. 1726 c.c.), benché accettata dalla mandataria, attiene ai rapporti interni del contratto di mandato e conseguentemente non produce effetti nei confronti del soggetto appaltante, che può mantenere vincolate al contratto ciascuna delle imprese riunite (Cass., I, 11.5.1998 n. 4728). Sotto il profilo della responsabilità (art. 37, co. 5, d. lgs. 163/2006) i raggruppamenti di tipo orizzontale determinano la responsabilità solidale di tutte le imprese partecipanti - mandanti e mandataria - (CdS, V, n. 5679/2000). Nel caso di raggruppamenti verticali, per effetto della suddivisione ben individuata dell'esecuzione dell'appalto tra le associate, la responsabilità delle mandanti non è solidale, ma è limitata alle parti scorporate di opere da esse assunte, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario. In ragione delle suesposte considerazioni, il recesso della mandante, che pur deve ritenersi consentito, attenendo alle vicende interne delle imprese associate, non è opponibile nei confronti della committente che può mantenere vincolate al contratto ciascuna delle imprese riunite. L'irrevocabilità del mandato si configura, infatti, come assoluta solo nei confronti della amministrazione e

non fa venir meno la qualifica di mandataria dell'impresa capogruppo e la continuazione della sua attività gestoria, ma non impedisce l'estinzione del rapporto fra mandante e mandataria. In applicazione della disciplina dettata dall'art. 1726 c.c. nel caso di mandato collettivo, la situazione non muta nell'ipotesi di associazione di due sole imprese, poiché anche in tal caso l'impresa capogruppo è tenuta a continuare, da sola o previa sostituzione dell'impresa receduta, l'esecuzione del contratto nei confronti dell'amministrazione, trattandosi di mandato conferito non solo anche nell'interesse del mandatario, ma pure in quello, preminente, dell'amministrazione committente (art. 1723, 2 c.c.). Per contro, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario per l'intera esecuzione del contratto, sia nell'ATI orizzontale che verticale, la circostanza che il recesso della mandante non è opponibile alla stazione appaltante, legittima quest'ultima a mantenere vincolate al contratto tutte le imprese riunite e ad esigere comunque la prestazione per l'intero da parte della mandataria capogruppo. Conclusivamente: Il recesso della mandante dal RTI e il completamento dell'opera (anche per la quota della mandante) da parte della mandataria, che vi è obbligata in solido, attenendo ai rapporti interni del vincolo associativo devono ritenersi consentiti.

La committente, per contro, nei cui confronti il recesso non produce alcun effetto, non è tenuta a prestare il proprio consenso né al recesso della mandante (in quanto ad essa non opponibile), né al "subentro" della mandataria nella quota di lavori della mandante (trattandosi in realtà di mero adempimento dell'obbligazione solidale gravante sulla mandataria stessa), potendo mantenere vincolate al contratto tutte le imprese riunite, e ferma restando l'opportunità di una verifica interna da parte della committente sull'eventuale configurarsi delle condizioni di cui all'art. 1461, c.c. In tal caso, nell'ipotesi di riunione "orizzontale", mandante/i e mandataria rispondono solidalmente dell'esecuzione integrale del contratto, che resta unico e indivisibile. Nell'ipotesi invece di riunione "verticale", la mandataria in virtù del vincolo di solidarietà è responsabile

per tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto e per la sua integrale esecuzione, e quindi anche della quota di competenza della mandante receduta, che rimane comunque obbligata limitatamente alle parti scorporate di opere da essa assunte. Facendo corretta applicazione dei suddetti principi alla fattispecie in esame ne consegue: - il recesso della mandante Sarcobit accettato dalla mandataria Aleandri produce i suoi effetti limitatamente al rapporto interno di mandato; - la stazione appaltante non deve esprimere alcun consenso in ordine al recesso, che è improduttivo di effetti nei suoi confronti potendo pretendere l'esecuzione integrale della prestazione relativa alla quota di lavori della mandante receduta sia dalla mandataria Aleandri (solidalmente obbligata), sia dalla mandante Sarcobit; la stazione appaltante deve, in risposta all'istanza di autorizzazione formulata dalla capogruppo, comunicare che sia la mandante che la mandataria rimangono comunque vincolate nei suoi confronti all'adempimento degli obblighi contrattuali; ovviamente, per quanto riguarda le modalità di esecuzione della quota di lavori oggetto di recesso, è onere di mandante e mandataria, obbligate in solido, di trovare un accordo al fine di coordinarsi e garantire l'esatto e tempestivo adempimento degli obblighi contrattuali. Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato consultivo nella seduta del 16.12.2009».

«.....GA.....»

#### **DOMANDA**

Se sia possibile mutare (parzialmente) in sede di esecuzione l'oggetto di una fornitura, divenuta 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, alle-

stiti “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 della PA. 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 allegato 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».

«.....GA.....»

# PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **PUBBLICO IMPIEGO: LA FUNZIONE PUBBLICA METTE ON LINE I PARERI RESI A VARIE AMMINISTRAZIONI**

*Il Dipartimento della Funzione Pubblica ha pubblicato un utile raccolta di Pareri dati a varie amministrazioni in materia di lavoro pubblico dove vengono trattate problematiche quali ad esempio quella afferente ai limiti di spesa agli incarichi dirigenziali, i tetti di spesa sui contratti a termine ecc (**Funzione Pubblica, raccolta pareri del 3.10.2012**).*

«..... GA.....»

### **CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO PER LO SVOLGIMENTO DI SERVIZI EDUCATIVI E SCOLASTICI GESTITI DAI COMUNI: CHIARIMENTI SULLA SUCCESSIONE DEI CONTRATTI A TERMINE**

*La Funzione Pubblica ha pubblicato il parere reso in risposta al quesito formulato dall'ANCI in ordine all'applicabilità del d.lgs. 368/2001, ed in particolare della disciplina sugli intervalli temporali tra successivi contratti a termine, ai contratti a tempo determinato per lo svolgimento di servizi educativi e scolastici gestiti dai Comuni (**Funzione pubblica, parere n. 37561 del 19.9.2012**).*

«..... GA.....»

### **PUBBLICO IMPIEGO PRIVATIZZATO: LE SEZIONI UNITE INDICANO I PRESUPPOSTI CHE ASSICURANO AL CANDIDATO VINCITORE DI ASSUMERE L'INQUADRAMENTO PREVISTO DAL BANDO DI CONCORSO ESPLETATO DALLA PA. PER IL RE-**

### **CLUTAMENTO DEI PROPRI DIPENDENTI**

*Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione risolvendo una questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che, in tema di impiego pubblico privatizzato, il diritto del candidato vincitore ad assumere l'inquadramento previsto dal bando di concorso, espletato dalla P.A. per il reclutamento dei propri dipendenti, è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando era stato emesso (**Corte di Cass., S.U., sentenza 2.10.2012, n. 16728**).*

«..... GA.....»

### **LA REGOLA GENERALE DEL CONCORSO PUBBLICO PER L'ASSUNZIONE DEL PERSONALE DELL'AMMINISTRAZIONE PREVEDE UN'UNICA DEROGA PER IL CASO DI PASSAGGIO DEL DIPENDENTE AD UNA QUALIFICA SUPERIORE SENZA NOVIZIONE DEL RAPPORTO PREESISTENTE**

*Ricostruendo la giurisprudenza costituzionale, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, AP 28.5.2012 n. 17) si pronunciata evidenziando la contrarietà al dettato costituzionale di strumenti di assunzione del personale dell'amministrazione che si pongano al di fuori dello strumento del concorso (ex plurimis, Corte costituzionale 10.11.2011, n. 299), evidenziando anche l'ampiezza di applicazione di tale principio, sia in rapporto alle procedure preordinate all'ingresso ex novo di personale nei ruoli*



dell'amministrazione che in merito a quelle finalizzate al passaggio dei dipendenti ad una qualifica superiore, sottolineando come “la regola del concorso pubblico si atteggia, in definitiva, a principio costituzionale, passibile di deroga solo nell'ipotesi in cui la progressione non determini la novazione, con effetti estintivocostitutivi, del rapporto di lavoro preesistente” (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 24.10.2012, n. 5451**).

«..... GA.....»

**NELLA RICOSTRUZIONE ECONOMICA DELLA CARRIERA NON POSSONO ESSERE PRESE IN CONSIDERAZIONE LE QUESTIONI INERENTI LA MANCATA O RITARDATA ATTRIBUZIONE DI UN PUBBLICO IMPIEGO O DI UNA QUALIFICA SUPERIORE DA PARTE DELLE PA.**

Per giurisprudenza consolidata le questioni inerenti la mancata o ritardata attribuzione di un pubblico impiego o di una qualifica superiore da parte delle P.A. possono, al più ed ove ne ricorrano i presupposti, avere rilievo a fini risarcitori ma non a quelli della ricostruzione economica della carriera (Cons. St., sez VI, 5.9.2011, n. 5004; Cons. St. A.P., 10.12.1991, n. 10) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22.10.2012, n. 5400**).

«..... GA.....»

**PROCEDURE DI STABILIZZAZIONE: IL TRIENNIO DI EFFETTIVA PRESTAZIONE DEL SERVIZIO DEI LAVORATORI ASSUNTI CON CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO DEVE ESSERSI ESAURITO INTERAMENTE NEL QUINQUENNIO ANTERIORE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA L. N. 296 DEL 2006**

Si controverte nel giudizio in esame della corretta interpretazione dell'art. 1, co. 519, l. n. 296 del 2006 che disciplina la stabilizzazione dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato che sotto il profilo che la previsione del quinquennio di riferimento (1.1.2002 - 31.12.2006), a dire dell'appellata

non imporrebbe che il triennio di effettiva prestazione del servizio si sia esaurito interamente nel quinquennio, dovendosi ritenere sufficiente che anche solo una parte del triennio si sia consumato nell'arco del quinquennio. Tale interpretazione è stata disattesa dal Consiglio di Stato il quale ha rilevato che la stabilizzazione dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, prevista dal co. 519 dell'art. 1 della l. n. 296 del 2006, in quanto norma eccezionale, la stessa è anche di stretta interpretazione, e non può, quindi, estendere la propria efficacia oltre i casi stabiliti dal legislatore. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto nell'appello, l'esplicita collocazione legislativa del triennio rilevante per la stabilizzazione all'interno del quinquennio anteriore all'entrata in vigore della l. n. 296 del 2006, e cioè a partire dal 1.1.2002, vale ad escludere che possano essere presi in esame casi (quale quello della ricorrente, che ha avuto inizio il 21 dicembre 2001) in cui la durata del triennio non sia compresa interamente nell'arco temporale suddetto (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 12.10.2012, n. 5269**).

«..... GA.....»

**PROVVEDIMENTO DI RIDETERMINAZIONE DEL TRATTAMENTO ECONOMICO: L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA È SORRETTO DA VALUTAZIONI IN RE IPSA CIRCA L'INTERESSE PUBBLICO OGNI QUALVOLTA MIRI A RIPRISTINARE UN TRATTAMENTO ECONOMICO DEL DIPENDENTE CONFORME A NORME IMPERATIVE ED A VINCOLI DI CARATTERE FINANZIARIO**

Il provvedimento di rideterminazione del trattamento economico risponde all'interesse pubblico al corretto esborso di denaro pubblico per la retribuzione dei dipendenti: l'esercizio del potere di autotutela è sorretto, pertanto, da valutazioni in re ipsa circa l'interesse pubblico ogni qualvolta miri a ripristinare un trattamento economico del dipendente conforme a norme imperative ed a vincoli di carattere finanziario ( tra le tante, CdS, VI, 24.10.2010, n. 8215; V, 22.3.2010,

n. 1672). Non sussiste neppure la dedotta violazione delle norme che concernono la partecipazione dell'interessato al procedimento, in quanto ai sensi dell'art. 21 octies della l. 241/1990 l'omessa comunicazione di avvio del procedimento non inficia il provvedimento adottato quando l'amministrazione dimostri in giudizio, come è avvenuto implicitamente nella fattispecie, che nessun altro risultato a sé favorevole era conseguibile dall'interessato mediante il suo apporto partecipativo (CdS, V 18.4.2012, n. 2257; CGA 13.2.2012, n. 176; VI 22.12.2011, n. 6882) **(Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 1.10.2012, n. 5168).**

«..... GA.....»

### **L'ATTIVITÀ DEGLI ISPETTORI IN MATERIA SCOLASTICA PUÒ ESSERE EQUIPARATA A QUELLA SVOLTA DAGLI ISPETTORI DEL LAVORO NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ DI CONTROLLO CON POSSIBILITÀ, DA VALUTARSI CASO PER CASO, DI SOTTRAZIONE AL DIRITTO DI ACCESSO DELLA DOCUMENTAZIONE ACQUISITA**

*Nel caso di specie il Ministero dell'Istruzione e dell'Università impugna la sentenza del giudice di primo grado con la quale era stato accolto il ricorso proposto da una professoressa volto all'annullamento – a norma degli artt. 22 e seguenti della l. n. 241/1990 - del parziale rigetto dell'istanza di accesso agli atti, relativi alla procedura di trasferimento d'ufficio della medesima. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello rilevando come il diniego dell'amministrazione deve essere valutato ai sensi degli artt. 24, co. 6, lett. d), della l. 7.8.1990, n. 241, nonché 2 e 3 del d.m. n. 757 del 4.11.1994, che esplicitamente precludono l'accesso ai documenti, la cui conoscenza possa essere causa di violazione della privacy, ma anche di pressioni o azioni pregiudizievoli da parte del destinatario delle dichiarazioni. In via attuativa, in particolare il d.m. 4.11.1994, n. 757 (regolamento concernente le categorie di documenti, formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto*

*di accesso), inserisce fra tali categorie - all'art. 2, lett. b) e c) - “i documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del Lavoro”, nonché “i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi”. In rapporto a tale quadro normativo, anche al fine di salvaguardare la genuinità delle dichiarazioni da verbalizzare in sede amministrativa, anche la giurisprudenza ha più volte confermato la sottrazione al diritto di accesso della documentazione acquisita, ad esempio, dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo loro affidata (cfr., fra le tante, CdS, VI, 27.1.1999, n. 65, e 19.11.1996, n. 1604). A non diverse conclusioni si presta, ad avviso del Collegio, l'attività degli ispettori in materia scolastica, tenuto anche conto delle peculiari esigenze di tutela di soggetti minori, di cui sia stata segnalata la già compromessa serenità di rapporti con uno o più docenti, ancora in servizio nell'Istituto E' vero che, in via generale, le necessità difensive - riconducibili ai principi tutelati dall'art. 24 della costituzione – sono ritenute prioritarie rispetto alla riservatezza di soggetti terzi (cfr. in tal senso CdS, Ad. Plen. 4.2.1997, n. 5) ed in tal senso il dettato normativo richiede che l'accesso sia garantito “comunque” a chi debba acquisire la conoscenza di determinati atti per la cura dei propri interessi giuridicamente protetti (art. 20, co. 7, l. n. 241/90 cit.); la medesima norma tuttavia – come successivamente modificata tra il 2001 e il 2005 (art. 22 l. n. 45/01, art. 176, co. 1, d. lgs. n. 196/03 e art. 16 l. n. 15/05) - specifica con molta chiarezza come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia “strettamente indispensabile” la conoscenza di documenti, contenenti “dati sensibili e giudiziari”. Ferma restando, dunque, una possibilità di valutazione “caso per caso”, che potrebbe talvolta consentire di ritenere prevalenti le esigenze difensive in questione (cfr. CdS, VI, 29.7.2008, n. 3798, che ammette l'accesso al contenuto delle dichia-*



razioni di lavoratori agli ispettori del lavoro, ma “con modalità che escludano l’identificazione degli autori delle medesime”), non può però dirsi sussistente una generalizzata soccombenza dell’interesse pubblico all’acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione di delicate funzioni pubbliche (al cui corretto esercizio sono talvolta connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti) (*Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 28.9.2012, n. 5153*).

«..... GA.....»

### **IL TERMINE DI PRESCRIZIONE DEI CREDITI RETRIBUTIVI DOVUTI AL PUBBLICO DIPENDENTE È QUINQUENNALE E DECORRE IN COSTANZA DEL RAPPORTO DI LAVORO**

*Nella fattispecie in esame il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato i diversi orientamenti giurisprudenziali che in materia di prescrizione dei crediti retributivi dovuti al pubblico dipendente contrappongono la regola della prescrizione decennale a quella più breve di cinque anni, nella sentenza de qua fa proprio il principio secondo il quale il termine di prescrizione dei crediti retributivi dovuti al pubblico dipendente è quinquennale e decorre in costanza del rapporto di lavoro. In particolare il Collegio osserva che la norma applicabile al caso in esame è infatti l'articolo 2948 n. 4) per effetto del quale si prescrivono in cinque anni gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi e non gli articoli 2934 e 2935 c.c. Ciò vale sia per quanto attiene ai rapporti di lavoro privato che quanto attiene a quelli pubblici con la differenza che, mentre per i primi la prescrizione comincia a decorrere solo una volta concluso il rapporto, per i secondi la prescrizione può cominciare a decorrere in corso di rapporto. Questa diversità di trattamento si giustifica col fatto che la rinnovazione dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione non riveste carattere di normalità e pertanto non può esserci il timore da parte del prestatore di lavoro di non vedersi rinnovato il contratto perché tale*

*situazione si presenta perfettamente conforme al principio secondo il quale l’accesso al lavoro nella pubblica amministrazione avviene tramite regolare concorso (*Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 14.9.2012, n. 4890*).*

«..... GA.....»

### **ETÀ DI COLLOCAMENTO A RIPOSO DEL DOCENTE UNIVERSITARIO: IL LIMITE DI SETTANTA ANNI NON PUÒ ESSERE SUPERATO, ANCHE CON L'AVVENUTA FRUIZIONE DEL BIENNIO**

*Il punto cruciale della presente controversia è da individuare nell'età di collocamento a riposo di un docente universitario ai sensi dell'art.1, co. 17, della l. n. 230/2005. Secondo l'interpretazione dell'Università, che ha fatto proprio un orientamento espresso dal Ministero dell'Università e dall'Avvocatura dello Stato, la norma deve essere letta nel senso che il limite ordinario di collocamento a riposo è stato previsto dalla legge Moratti al compimento dei sessantotto anni ( alla fine dell'anno accademico nel quale sono stati compiuti i sessantotto anni), salva l'applicazione del prolungamento biennale, peraltro ora non più obbligatorio ma discrezionale a seguito del d.l. 112 del 2008. Il Collegio, in linea con quanto precedentemente statuito in materia con la sentenza n. 35018/2010, non condivide tale interpretazione. A parte il netto contrasto con il dato testuale della norma, che prevede il limite di età dei settanta anni, va rilevato che la legge Moratti ha introdotto radicali modifiche nell'assetto dell'organizzazione universitaria ed in particolare nel rapporto dei professori universitari, tanto da dover salvaguardare con una norma, come quella del comma 19, il regime precedente. In particolare, ai fini dell'età per il collocamento a riposo sono stati equiparati i professori ordinari e associati, per i quali ultimi prima era previsto il limite di età di sessantacinque anni. È evidente dunque che la legge Moratti ha voluto prevedere un limite (70 anni) unico per tutti. Pertanto, l'espressione "ivi compreso il biennio", deve essere interpretata in relazione alla situazione vigente al momento di entrata in vigore della legge Moratti, per cui*

*alcuni professori, in particolare gli associati, avevano già usufruito del biennio di prolungamento dopo il compimento dei sessantacinque anni. La norma è, quindi, chiara, oltre che sotto il profilo testuale, anche in relazione a tale contesto, nel volere parificare tutte le posizioni, con un limite unico ed invalicabile indipendentemente dalla avvenuta fruizione del biennio. Il riferimento al biennio indica, quindi, che il limite di settanta anni non può essere in alcun caso superato, anche con la avvenuta fruizione del biennio, non che il limite massimo sia costituito dai sessantotto anni (cfr. in termini CdS, VI, ordinanze n. 2000-2001-2002/2010; vedi anche TAR Campania, Na, n. 17 e n. 18 del 2010; TAR Lombardia, MI, n. 5295/2009 e n. 46/2010). Tale interpretazione è confermata dal fatto che il biennio è regolato dalla legge*

*n. 503 del 1992 per tutti i dipendenti pubblici e come tale poteva, così come è avvenuto, essere oggetto di modifiche legislative. Sarebbe stato, inoltre, del tutto irragionevole far dipendere un regime introdotto ex novo, proprio al fine di uniformare le varie situazioni create dalla stratificazione di varie leggi nel tempo, dalla previsione di un limite di età introdotto per relationem ad una altra disciplina legislativa.*

*È evidente, dunque, che la norma fondamentale posta dal comma 17 sia costituita dalla previsione del limite di età di settanta anni; mentre il riferimento al biennio di cui all'art. 16 della l. n. 503 del 1992 serve solo ad evitare il superamento di tale limite di età a seguito del prolungamento biennale del servizio (TAR Lazio, Roma, Sez. III, sentenza 22.10.2012, n. 8713).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LE “IRRESPONSABILITÀ” DEL DIRIGENTE PUBBLICO

dell'Avv. Sergio Fifi

*Non è perseguibile il dirigente, privo di specifici compiti sui rifiuti, che predispone il deposito sul terreno comunale di rifiuti organici senza autorizzazione, in esecuzione di un'ordinanza emergenziale del sindaco priva di qual si voglia indicazione sul successivo deposito e smaltimento. Ad occuparsi della gestione delle alghe dopo la loro raccolta avrebbe dovuto essere il dirigente dell'ufficio ambiente del Comune, e non il dirigente al patrimonio, che pure con il primo aveva comunque tentato di coordinarsi. La Suprema Corte (Cass. Pen., Sez. III, 12.4.2012, n. 13927) ha annullato la sentenza di condanna di primo grado per gestione illecita di rifiuti (articolo 256 del d.lgs. 152/2006)*

Is not to be prosecuted the public manager without specific tasks that provides the deposit of organic waste in municipal soil without authorization, in execution of the mayor's emergency ordinance devoid of any indication about subsequent storage and disposal. To take over the running of the algae after their collection should have been a manager of the City environment office deal, and not the duty of the manager of the public property office, who had tried to coordinate with the first one too. The Supreme Court (Cassation Pen., Sec. III, April 12, 2012, n. 13927) revoked the first degree unlawful waste management judgment of conviction (Legislative Decree n. 152/2006, art. 256)

*Sommario. 1. Il precetto della Suprema Corte. 2. Il caso. 3. L'orientamento precedente. 4. I profili di responsabilità. 5. La delega di funzioni. 6. Conclusioni.*

### 1. Il precetto della Suprema Corte.

La Corte di cassazione è intervenuta con una pronuncia (Sez. III, 12.4.2012, n. 13927) a tutela dei dirigenti pubblici in materia di rifiuti, secondo la quale 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 dello stesso, quando nell'ambito dell'ente l'attività funzionale sia stata preventivamente suddivisa in settori, rami o servizi, a capo dei quali siano preposti soggetti qualificati, idonei, nonché dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione completa degli affari di quel servizio.

In tema di rifiuti, in particolare, è stato precisato che è pur vero che l'ordinamento degli enti locali, come entrato in vigore, ha conferito ai dirigenti amministrativi autonomi

poteri di organizzazione delle risorse; ma, ciò nonostante, 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.

### 2. Il caso.

Il Tribunale di Lecce ha pronunciato sentenza di condanna alla pena di 2 mila euro di ammenda per il reato di cui agli artt. 110 e 81 c.p., e d. lgs. n. 152/2006, art. 256, co. 1, lett. a), perché, A) in qualità di dirigente del Comune di Lecce, in concorso con B) il titolare dell'impresa Srl, autorizzata alla raccolta ed al trasporto di rifiuti, e C) direttore di cantiere dell'impresa (assolti invece con la formula “perché il fatto non costituisce reato”) in relazione al deposito senza autorizzazione di

masse di alghe marine (rifiuti organici) su terreno di proprietà del Comune di Lecce dove erano state depositate circa 4000 me di alghe prelevate dalla darsena e due aree agricole dove erano state depositate alghe per circa 220 me di alghe prelevate dal porticciolo di proprietà di privati.

Il Dirigente dell'ufficio patrimonio comunale (imputato) ha impugnato la sentenza, adducendo di aver agito sotto l'egida di ordinanza contingibile ed urgente emanata dal Sindaco e anche di non essere responsabile per il solo fatto di essere il dirigente dell'ufficio patrimonio comunale; ed anzi che il soggetto tenuto all'adempimento fosse il dirigente del settore ambiente, munito dei poteri per la gestione dei rifiuti, proprio questo è il punto accolto dalla sentenza che qui si segnala.

La Corte precisa alcuni punti utili non solo per il dirigente pubblico ma anche per i privati o per le società.

I soggetti estranei all'illecito sono sovente protagonisti di procedimenti penali o amministrativi, incardinati nei confronti solo perché rivestono una certa qualifica. La sentenza richiama e censura il concetto della riferibilità della responsabilità quale presupposto stesso per attribuire anche la colpa.

Il giudice di legittimità afferma il principio secondo il quale *“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 sia stata preventivamente suddivisa in settori, rami o servizi, e che a ciascuno di essi siano in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione completa degli affari di quel servizio”*.

In particolare, in tema di rifiuti, è stato precisato che, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'ordinamento degli enti locali (d. lgs. n. 267 del 2000, e successive integrazioni), che ha conferito ai dirigenti amministrativi autonomi poteri di organizzazione delle risorse, permane in capo al sindaco sia il compito di programmare l'attività di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, sia, come ufficiale di

governo, il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti a tutela della salute pubblica e dell'ambiente<sup>1</sup>; sia, infine, il dovere di controllo sul corretto esercizio delle attività autorizzate. Il giudice di merito individua e qualifica, nella vicenda in esame, l'ufficio del settore ambiente ed ufficio unico dei rifiuti quale competente a gestire il progetto relativo all'utilizzazione delle alghe (*posidonea oceanica*).

L'imputato, preposto al settore patrimonio e strategie territoriali del Comune di Lecce, aveva dato esecuzione all'ordinanza del Sindaco, emessa nella sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza. Con questa si disponeva la rimozione del materiale che ostruiva la darsena *“per ripristinare la sicurezza e la navigabilità”*.

Il giudice di merito, secondo la Suprema Corte, ha erroneamente ritenuto neutra la portata di tale ordinanza rispetto all'operato dell'imputato.

*“.....Di certo sembra che l'ordinanza sindacale non avesse conferito espressamente all'imputato poteri rientranti nelle funzioni del dirigente del Settore ambiente. La sentenza di merito, sul punto, non ha chiarito, secondo gli ermellini, gli esatti profili della posizione di garanzia .....base della responsabilità dell'imputato, chiamato a rispondere di deposito abusivo di rifiuti per non avere richiesto le autorizzazioni quanto al deposito delle alghe, atteso che “la gestione dei rifiuti, come anche del progetto di utilizzare le alghe per contrastare i fenomeni erosivi delle spiagge, risultava invece direttamente riferibile alla competenza del Settore ambientale del Comune e del suo dirigente...”*

Quindi la sentenza cassata risulta carente anche quanto, a), alla ricostruzione della sussistenza del profilo soggettivo di responsabilità, in quanto, *“se è vero che il reato ascritto può essere commesso anche a titolo di colpa, la non riferibilità all'imputato delle funzioni in materia ambientale ed il fatto che lo stesso avesse coinvolto il dirigente del Settore ambientale .....per i contatti con la Provincia in riferimento alla problematica delle alghe, devono indurre ad una rivalutazione del giudi-*

<sup>1</sup> Cass. Pen., Sez. III, 27.3.2000, n. 3878, Stillitani

zio espresso dal giudice di prime cure, che si è limitato ad ancorare la responsabilità colposa alla mera consapevolezza che l'imputato aveva di operare in materia di rifiuti....” e, b),”...nessun rimprovero può essere posto a carico del dirigente del Settore patrimonio se allo stesso non siano stati conferiti i compiti specifici relativi alle procedure in materia di rifiuti, posto che il Tribunale ha dato atto che lo stesso, nel corso dell'esecuzione dell'ordinanza del Sindaco, ebbe a svolgere tale attività anche coordinandosi con il dirigente del Settore ambiente competente (questo sì munito dei relativi poteri).

Nel caso che occupa, il sindaco del Comune non viene processato né, tanto meno, ritenuto responsabile *ex lege*. La condotta in esame, eppure, è perseguita con sanzioni penali congiuntamente detentive e pecuniarie, dall'art. 256, 2° co. del predetto testo, se commesse da titolari di imprese o responsabili di enti<sup>2</sup>.

Le sanzioni sono più gravi ove si tratti di rifiuti pericolosi.

Si consideri, inoltre, come già accennato, che, pur in presenza di un decentramento delle funzioni burocratiche di governo municipale, permangono in capo al sindaco, al di là dei provvedimenti contingibili e urgenti, specifiche responsabilità in materia di rifiuti.

Ovvio che la Suprema Corte non possa entrare nel merito e conoscere della mancata imputazione del Sindaco, atto invece dovuto a parere di chi scrive. Il precetto reso oggi dalla Cass., in ogni caso, esprime un orientamento che pare non collimare con quanto pronunciato poco più di un anno fa<sup>3</sup>; al di là della responsabilità del sindaco.

Allora si era ritenuto corretto individuare la responsabilità dei Sindaci nella realizzazione e gestione della discarica, considerata come una vera e propria scelta programmatica e di indirizzo politico rientrante nelle pre-

<sup>2</sup> In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 2.3.2004, Rainaldi ha precisato come il reato sia ipotizzabile in capo a qualunque impresa, avente le caratteristiche di cui all'art. 2082 c.c. o ente, con personalità giuridica o operante di fatto, poiché qualunque riferimento all'attività di gestione dei rifiuti, originariamente contenuto nell'art. 51 del d. lgs. n. 22/97 è stato soppresso con la l. del 9.12.98, n. 426.

<sup>3</sup> Cass. Pen., Sez. III, 23.3.2011, n. 11650

rogative del Sindaco, da un lato; dall'altro, si era individuata una corresponsabilità del dirigente, non perché investito di determinati compiti delegatigli dal Sindaco di turno, ma perché materialmente aveva coordinato l'attività di gestione materiale della discarica, coordinando l'azione di altri dipendenti ed interloquendo con i funzionari e tecnici della Provincia. Il dirigente era stato chiamato in causa, secondo la Suprema Corte, in maniera ineccepibile, indipendentemente dal conferimento o meno di una delega – nel caso allora affrontato, invero, mai effettuato –, esclusivamente perché coinvolto in senso materiale nella gestione della discarica e ben consapevole di tutti i problemi insorti con la Provincia a causa del mancato rilascio della autorizzazione all'attivazione della stessa, il cui inizio, peraltro, era stato comunicato dal Sindaco nell'ambito di interventi di indirizzo politico. Secondo detta pronuncia di legittimità, solo un anno fa, dunque, la delega di poteri e funzioni non implicava e non precludeva, in quanto non ci si poteva limitare a imputare una responsabilità sulla sola base del conferimento di poteri, ma occorreva investigare e analizzare anche l'agito posto in essere. Sul punto, invero, si era già espressa diffusamente la Suprema Corte<sup>4</sup>: il Sindaco di un comune che autorizzi l'apertura di discariche abusive ne risponde penalmente. La ripartizione delle funzioni tra organi di governo e organi burocratici del comune, stabilita dall'art. 107 d. lgs. n. 267 del 2000, non può esonerare il sindaco dalla sua responsabilità per aver realizzato una discarica di rifiuti non autorizzata. Suddetta ripartizione funzionale, semmai, può liberare il sindaco da responsabilità inerenti a inosservanza delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni rilasciate dall'autorità competente<sup>5</sup>, o da responsabilità inerenti alle soluzioni operative adottate nel servizio di raccolta differenziata<sup>6</sup> che, invece, spettano ai dirigenti amministrativi. L'effetto liberatorio, inoltre, resta escluso nel caso di realizzazione di una discarica non autorizzata, attese le spe-

<sup>4</sup> Si veda Cass. Pen., Sez. III, 1.7.2004, n. 28674

<sup>5</sup> Ove si era già espressa, specificamente, Cass. Pen., Sez. III, 4.3.2002, n. 8530, Casti

<sup>6</sup> Cass. Pen., Sez. III, 21.6.2002, n. 23855, PG in proc. Pino

cifiche competenze del sindaco, Pur nel discriminare tra attività di indirizzo programmatico-politico - rientrante nei compiti istituzionali del Sindaco - e attività materiale di gestione tecnico-amministrativa - di pertinenza del dirigente amministrativo (o tecnico) del settore -, ciascuno dei due soggetti ha responsabilità specifiche che, se non assolute convenientemente, implicano una responsabilità individuale a titolo diretto.

#### 4. I profili di responsabilità.

Un Comune agisce e assume responsabilità nella persona del Sindaco pro tempore.

Sotto tale profilo, con il d.lgs. n. 231/2001, il Governo italiano, in esecuzione della delega conferita con la l. del 29.9.2000, n. 300 e in recepimento delle linee normative adottate dall'Unione Europea, ha disciplinato la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica per molti reati contemplati dal nostro ordinamento. Detto cimento ha tralasciato di provvedere per i reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio sino alla entrata in vigore del d.lgs. 7.7.2011, n. 121 in materia ambientale di "*Attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni*", entrato in vigore il 16.8.2011. Vigente, dunque, l'art. 27 Cost., la responsabilità penale non è addebitabile ad una persona giuridica (*societas delinquere non potest*), ma al limite, alla persona fisica che abbia agito in rappresentanza della stessa. Va detto, però, che recenti disposizioni in materia di tutela ambientale hanno previsto conseguenze rilevanti, sia pure esclusivamente sotto l'aspetto economico, anche nei confronti delle persone giuridiche<sup>7</sup>.

#### 5. La delega di funzioni.

La materia che occupa, i ai fini della de-

terminazione delle concrete ed effettive responsabilità, ha sempre fatto riferimento alla "*delega di funzioni*"<sup>8</sup>, che, sia pur per sommi capi, occorre richiamare. L'istituto, in sostanza, concerne il conferimento di determinate funzioni, al cui esercizio sono poi connessi specifici obblighi<sup>9</sup>.

Nato in funzione dell'impresa privata in seno alla legislazione in tema di infortuni sul lavoro degli anni '50 (d.P.R. del 27.4.55, n. 547 e d.P.R. del 19.3.56, n. 303), lo strumento ha trovato applicazione anche in tema di inquinamento, da un lato e nei confronti di enti pubblici sempre più "*imprenditorializzati*", dall'altro, pur in assenza di apprezzabili sforzi di codificazione legislativa<sup>10</sup>.

La delega ha rilevanza penale in presenza di precisi requisiti, oggettivi e soggettivi.

Sono oggettive, innanzitutto, le dimensioni dell'impresa (o, nel caso che occupa, dell'ente), che debbono essere tali da giustificare un decentramento della gestione. In realtà, può soddisfare il requisito anche un'azienda di modeste dimensioni, ma dalla complessa organizzazione. La delega, inoltre, deve essere di contenuto puntuale e specifico, al fine di evitare deleghe dalle "*maglie larghe*", facili preda di strumentalizzazioni. Deve, inoltre, riguardare non solo le funzioni, ma anche i correlativi poteri decisionali e di spesa. Si richiede, poi, che rispetti il requisito della pubblicità e rispecchi il carattere strutturale all'azienda, ovvero che sia organicamen-

<sup>8</sup> Cfr. in tema, ex pluribus, BUTTI-GRASSI, Le nuove norme sull'inquinamento idrico, Milano, 1999, 235; BELTRAME, Gestione dei rifiuti e sistema sanzionatorio, Padova, 2000, 401; DI VICO, La delega di funzioni e i suoi differenti effetti nel settore privato e in quello pubblico, in Cass. Pen., 1999, 2657. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. III, 23.6.2004, Carraturo, in Rivistambiente, n. 12/2004, 1161.

<sup>9</sup> Da questa vanno tenute distinte la delega di esecuzione, in virtù della quale ogni decisione e le conseguenti responsabilità permangono in capo al delegante, restando il delegato un mero esecutore materiale; diverso è anche l'istituto della cessione (pur se temporanea) dell'attività di azienda, con cui si affida al cessionario ogni aspetto, di pianificazione, organizzativo ed esecutivo del ramo ceduto, salvo espressa previsione di obblighi di vigilanza a carico del cedente.

<sup>10</sup> Sul punto, v. RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 47 e ss.

<sup>7</sup> Il riferimento è alle disposizioni in materia di oneri economici conseguenti agli obblighi di ripristino e bonifica originariamente previsti dal d. lgs. n. 22/97, in realtà sensibilmente ridotti dal T.U., ambientale: v., sul punto, RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, Padova, 2007, cit., 44 e ss.



te conforme alle normative interne. Deve, infine, essere delega effettiva e non di mera apparenza.

Sotto il profilo soggettivo, poi, la delega va (ovviamente) conferita a soggetti di comprovata capacità e idoneità tecnica. Il delegante, inoltre, può sottrarsi ad un profilo di responsabilità, quanto meno concorrente con quella del delegato, solo ove ignori l'eventuale negligenza e/o la sopravvenuta inidoneità tecnica delegato. Il delegante, inoltre, non può e non deve, una volta conferita la delega, ingerirsi nell'attività delegata, dando, altrimenti, luogo ad una delega meramente apparente. Chi conferisce la delega, infine, non va esente da responsabilità ove il delegato ne abbia richiesto l'intervento. L'esistenza della delega, giudizialmente, deve essere provata in modo certo<sup>11</sup>.

La possibilità di delega è stata sovente esclusa, in giurisprudenza, perché le scelte dei delegati sono per lo più espressione della politica aziendale generale, facente capo ai rappresentanti<sup>12</sup>. Altrettanto sovente il reato preso in considerazione non è "comune", ammettendo, dunque, che chiunque possa porre in essere la condotta criminosa, ma "proprio", impedendo che, quanto meno a titolo di concorso, il delegante vada esente da responsabilità<sup>13</sup>.

Ciò posto in linea generale, la delega di funzioni assume particolare aspetto negli enti pubblici.

La responsabilità del sindaco, anche se in concorso con il delegato, emerge a chiare lettere dal tenore delle specifiche funzioni conferitegli e dall'obbligo di intervenire in determinate materie impostogli dalla legge sugli enti locali.

La citata l. 8.6.1990, n. 142, con specifico riferimento agli enti pubblici, individua puntualmente il soggetto tenuto a determinati obblighi. L'art. 107 del d. lgs. del 18.8.2000, n.

267, in tema di dirigenza e incarichi nel Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, riprende le disposizioni di cui all'(oggi abrogato) art. 51 della l. n. 142/90, come modificato dall'art. 6 della l. del 15.5.1997, n. 127, distinguendo fra poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo, da un lato, demandati agli organi di governo, e poteri di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, dall'altro, attribuiti ai dirigenti. Spetta ai primi definire l'indirizzo politico dell'ente, stabilire gli obiettivi, predisporre le risorse, delegare le singole specifiche funzioni. Al dirigente delegato, poi, spetta organizzare concretamente gli strumenti e le risorse messe a disposizione, per dar corso agli obiettivi nell'ambito delle proprie funzioni, compresi atti non espressamente riservati agli organi di governo, che impegnino l'amministrazione verso l'esterno.

Al sindaco, dunque, competono funzioni di indirizzo politico amministrativo dell'ente: per questo, la sua esenzione da responsabilità e, dunque, l'efficacia della delega di funzioni possono essere riconosciute solo ove la violazione riguardi aspetti di gestione e organizzazione tecnico-burocratica.

Le norme dell'ordinamento degli enti locali, però, conferiscono astrattamente pure ai dirigenti ampi poteri di organizzazione delle risorse, anche mediante atti di rilevanza esterna, se questi non sono espressamente riservati agli organi di governo<sup>14</sup>.

La Suprema Corte, per questo, ha ritenuto e ribadito un'esenzione di responsabilità degli organi di governo per il mancato controllo sull'operato dei propri dirigenti, restando in capo ai primi la responsabilità degli atti di programmazione generale dell'ente e, specificamente al sindaco, degli atti di ufficiale del governo e dei provvedimenti (ordinanze) contingibili e urgenti<sup>15</sup>.

Il percorso è stato però lungo. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha affrontato a più riprese la tematica dell'efficacia della delega di funzioni.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 7.11.2007, Girolimetto.

<sup>12</sup> Come in determinate situazioni che derivino da cause strutturali dovute a omissioni o scelte generali: v. Cass. pen., Sez. III, 17.1.2000, Natali, n. 422.

<sup>13</sup> Più correttamente, in questo caso, si dovrebbe parlare di responsabilità dell'extraneus che con concorre con quella, ope legis, del soggetto qualificato dalla norma.

<sup>14</sup> Sul punto RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 55.

<sup>15</sup> V. Cass. pen., Sez. III, 21.6.2002, P.G. in proc. Pino, in Ambiente consulenza e pratica per l'impresa, n. 10/2002, 965.

In un primo tempo, è stata ritenuta la responsabilità penale del sindaco che, sollecitato in tal senso dagli organi ispettivi, avesse di fatto rifiutato di eliminare la situazione di irregolarità dello scarico esercitando i propri poteri di direttiva, intervento sostitutivo e revoca delle funzioni nei confronti dell'assessore delegato inidoneo o, comunque, negligente. La fattispecie era di particolare interesse, per i precisi compiti che rivestono i comuni in tema di acque. La questione, in particolare, riguardava il mattatoio comunale e, dunque, vedeva investito il comune di un ulteriore ruolo, quale rappresentante dello stesso e cui faceva poi capo la titolarità dello scarico, fissata per legge e non delegabile<sup>16</sup>.

Una pronuncia di poco successiva alla predetta sanciva la responsabilità del sindaco di un piccolo comune per una delega in tema di rifiuti generica e meramente organizzativa, senza conferimento di poteri di gestione<sup>17</sup>.

La pronuncia che ha impresso una svolta in tema di delega di funzioni negli enti pubblici, ad ogni buon conto, è conosciuta come "*sentenza Bressan*"<sup>18</sup>. In questa, per la prima volta, venivano prese in considerazione, anche in tema di pubbliche amministrazioni, oltre e nonostante le dimensioni contenute dell'ente, le oggettive "*complessità gestionali*" del medesimo.

Altro aspetto più volte valutato dalla Suprema Corte è stata la distinzione fra irregolarità e/o violazioni di carattere burocratico o tecnico-gestionale, da un lato, e inosservanze attinenti o, comunque, derivanti da una politica ambientale dell'ente carente e/o manifestamente elusiva, dall'altro. Solo nel primo caso, infatti, veniva riconosciuta l'efficacia liberatoria della delega, dovendosi per forza di cose ritenere, altrimenti, il necessario, sia pur in ipotesi di mero concorso, coinvolgimento dei vertici dell'azienda o dell'ente<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> V. Cass. pen., Sez. III, 24.4.1995, Galvagno; in giurisprudenza, cfr. RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 53.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 30.11.1995, Muntoni.

<sup>18</sup> V., appunto, Cass. pen., Sez. III, 9.10.1996, n. 775, in Cass. Pen., 1999, 1344.

<sup>19</sup> Sul punto, ex pluribus, Cass. pen., Sez. III, 14.11.1999, Chiti; Cass. pen., Sez. III, 27.3.2000, Stilitani; Cass. pen., Sez. III, 4.3.2002, Casti, in Riv. Pen.,

Resta oggi inteso che il governante non può andare esente da responsabilità per i fatti del preposto ai sensi dell'art. 40, co. 2 del codice penale se, informato o comunque a conoscenza degli errori, delle violazioni, delle negligenze e dell'inadeguatezza, pure sopravvenuta, del delegato, mantenga l'affidamento anziché attivarsi e intervenire direttamente riassumendo la sua originaria funzione<sup>20</sup>.

Sotto connesso profilo, la Corte di Cassazione<sup>21</sup> ha affermato che, nel caso in cui intervenga specifica diffida degli organi di vigilanza, risponde del reato di cui all'art. 256, co. 2, d. lgs. 3.4.2006 n. 152 il sindaco che consenta l'abbandono incontrollato di rifiuti in un'area di proprietà comunale, anche in presenza di una delega ad un dirigente comunale, allorché ometta di esercitare il controllo sull'operato del delegato, atteso che ciò si pone su un piano diverso rispetto al divieto di ingerirsi. La pronuncia richiamata lascerebbe intendere che, in presenza di una delega di funzioni che rispetti le condizioni predette, la responsabilità del sindaco andrebbe ritenuta solo in caso di persistente negligenza di quest'ultimo a fronte dell'intimazione ad attivarsi rivoltagli dalle autorità.

Sul punto, ad ogni buon conto, è stata chiara la Suprema Corte, pronunciandosi in materia di abbandono (mediante deposito) incontrollato di rifiuti, e sancendo che il reato è ascrivibile ai titolari di enti ed imprese ed ai responsabili di enti anche sotto il profilo della omessa vigilanza sull'operato dei dipendenti che hanno posto in essere la condotta di abbandono<sup>22</sup>.

## 6. Conclusioni.

Sulla base di quanto scritto dalla Cassazione ieri e sostenuto oggi, non è azzardato ritenere che il dirigente pubblico non responsabile in materia ambientale con particolare riferimento ai rifiuti non possa, da un lato, assumere le vesti del capro espiatorio in un con-

n. 5/2002, 461; Cass. pen., Sez. III, 1.7.2004, Caracciolo, in Riv. Amb. e Lav., n. 1/2005, 31; Cass. pen., Sez. III, 31.8.2004, Pinto.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 10.11.2005, Giordano, n. 40839.

<sup>21</sup> V. Cass. pen., Sez. III, 21.02.2007, Nardini.

<sup>22</sup> Così Cass. pen., Sez. III, 18.05.2007, Sorce.

testo di inerzia del Sindaco e del dirigente dell'ufficio preposto; dall'altro, però, non può ovviamente a sua volta bearsi e cullarsi sul mancato esplicito conferimento di poteri istituzionali in materia, specialmente ove di fatto coinvolto e, per questo, consapevole.

Pur in assenza di un diretto coinvolgimento del sindaco nel caso concreto, una *vexata quaestio*, purtroppo ricorrente, in quanto insoluita, rimane.

Chi scrive non può non considerare, in materia, il coinvolgimento dell'art. 192 del T.U. Ambientale. Ciò premesso, visto che l'eliminazione/rimozione della fonte del rischio e/o del danno ambientale, oltre che la riparazione di quest'ultimo e, in sostanza, la riduzione in pristino sono presupposti della

concessione della sospensione condizionale della pena e di altri benefici in caso di richiesta di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p., ciò che lascia perplessi e assume toni imbarazzanti è un apparente vuoto normativo: chi dispone, con ordinanza, ai sensi dell'art. 192, co. 3 d. lgs. 192/2006, le operazioni a tal fine necessarie e il termine entro cui provvedere, decorso il quale si procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati e al recupero delle somme anticipate, ove sia accertata e dichiarata la responsabilità del Sindaco stesso?

Il problema appare persistere e, senza un intervento di senz'altro minimo sforzo, a colmare la lacuna si prospetti all'orizzonte, assume tratti grotteschi.

«.....GA.....»

## IL RECENTE INDIRIZZO DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI DIMENSIONAMENTO DELLE ISTITUZIONI SCOLASTICHE: COMPETENZA STATALE O REGIONALE?

dell'Avv. Salvatore Russo

*Secondo la Corte Costituzionale l'art. 19, co. 4, del d.l. n. 98/2011 - convertito con modificazioni dalla l. n. 111/2011 - intervenendo sulla struttura della rete scolastica enumera operazioni di dettaglio che si spingono in un ambito che deve ritenersi di spettanza regionale*

According to the Italian Constitutional Court, the art. 19, paragraph 4, from Legislative Decree n. 98/2011 - converted with changes by the law n. 111/2011 - intervenes on the school system and lists operation details that invade a field that has to be intended under regional jurisdiction

*Sommario. 1. Premessa. 2. L'orientamento della Corte Costituzionale in ordine al dimensionamento delle istituzioni scolastiche.*

### **1.Premessa.**

A seguito di una serie di ricorsi promossi da sette Regioni italiane (Toscana, Emilia-Romagna, Liguria, Umbria, Puglia, Basilicata e Sicilia), lo scorso 4 giugno la Corte Costituzionale ha pronunciato un'interessante sentenza dichiarando l'illegittimità dell'art. 19 co. 4 del d.l. n. 98/2011 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111/2011.

Si rileva preliminarmente come il controverso comma in esame sviluppa un peculiare processo di ristrutturazione della rete scolastica e di dimensionamento degli Istituti, nell'affermare che: “[...] a decorrere dall'anno scolastico 2011-2012 la scuola dell'infanzia, la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado sono aggregate in istituti comprensivi, con la conseguente soppressione delle istituzioni scolastiche auto-

nome costituite separatamente da direzioni didattiche e scuole secondarie di I grado; gli istituti comprensivi per acquisire l'autonomia devono essere costituiti con almeno 1.000 alunni, ridotti a 500 per le istituzioni site nelle piccole isole, nei comuni montani, nelle aree geografiche caratterizzate da specificità linguistiche”.

## 2. L'orientamento della Corte Costituzionale in ordine al dimensionamento delle istituzioni scolastiche.

Nello specifico, disponendo il perentorio accorpamento di diverse realtà scolastiche, tale provvedimento compie, a iniziativa esclusivamente statale, un'operazione che delinea, di fatto, una sintomatica riduzione del numero delle scuole di tutto il primo ciclo di istruzione e determina, senza possibilità di intervento da parte delle Regioni, il numero minimo di alunni che gli Istituti Comprensivi devono raggiungere per poter acquisire l'autonomia. Non v'è dubbio che la norma apporata tali modifiche con la precipua finalità di un globale contenimento della spesa pubblica in materia di istruzione. Oggetto dell'impugnativa in sede Costituzionale, a ben vedere, non è l'opportunità delle modifiche volte a contenere la spesa pubblica, ma le modalità con cui detto “contenimento” viene statuito e, soprattutto, il soggetto preposto a compiere tali specifici interventi amministrativi. Le Regioni ricorrenti hanno rettammente evidenziato che, secondo il dettato dell'art 117 cost., in materia di istruzione le varie competenze sono espressamente ripartite tra Stato e Regioni. Nel corso del giudizio si è ricordato che allo Stato “spetta la competenza esclusiva di cui all'art. 117, co. 2, lett. n), cost., in tema di «norme generali sull'istruzione», mentre è oggetto di competenza concorrente, secondo l'art. 117, co. 3, cost., la materia dell'istruzione in generale, nella quale allo Stato rimane soltanto la determinazione dei principi fondamentali”.

Nel caso di specie, le parti ricorrenti non hanno ravvisato né un “modello” di norme generali sull'istruzione, né, tanto meno, un dettato di principi fondamentali in materia di istruzione. La norma impugnata altro non fa se non enumerare regole di dettaglio con un'illegittima esclusione delle Regioni e della

loro possibilità di intervenire usufruendo di quell'autonomia loro riservata dalla Costituzione. In particolare le Regioni lamentano una rilevante compressione del loro esercizio di gestione autonoma in materia di istruzione, soprattutto nel doversi adeguare a dettami assoluti che non lasciano spazio alla valutazione delle singole specificità territoriali, ma impongono una mera attività di esecuzione.

Le scelte in merito all'organizzazione della rete scolastica sul territorio e la materia che affronta il dimensionamento degli istituti, risultano tra quelle attribuzioni che le ricorrenti hanno rivendicato come peculiari delle proprie competenze amministrative; anche la riforma del Titolo V Cost. - intervenuta con la l. cost. n. 3/2001 - non ha fatto altro che avalare tale attribuzione, essendo sopraggiunta proprio allo scopo di riconoscere una maggiore autonomia amministrativa regionale. Alcune delle ricorrenti hanno ribadito, dunque, che le disposizioni impuginate non possono rientrare nel novero di quelle prerogative statali volte alla determinazione “dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione”, in quanto esse non dettano livelli minimi qualitativi, ma impartiscono specifici limiti dimensionali degli istituti scolastici.

L'Avvocatura dello Stato, sostenendo la tesi radicalmente opposta, ha addotto che le statuizioni censurate, andando a modificare i parametri minimi delle istituzioni scolastiche, “si possono annoverare tra quelle disposizioni che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme su tutto il territorio nazionale”. La difesa del Presidente del Consiglio ha constatato che, nella norma impugnata, interviene un altro fattore di esclusiva competenza dello Stato ovvero il coordinamento della finanza pubblica. L'Avvocatura ha citato, a tal proposito, parte della giurisprudenza costituzionale (in particolare le pronunce n. 417/2005, n. 181/2006 e n. 237/2009) laddove stabiliva che una norma statale di principio può comunque incidere su una materia di competenza regionale. Le Regioni attrici hanno tenuto a precisare che nell'ambito della “materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica” lo

Stato deve limitarsi a stabilire in via generale l'entità del disavanzo che le Regioni devono raggiungere o fissarne il limite complessivo. Lo Stato non può mai fissare "tetti" a specifiche voci di spesa, essendo prerogativa delle Regioni individuare liberamente come distribuire le risorse nei diversi ambiti (nel rispetto dell'indirizzo determinato dallo Stato).

È intervenuta la Corte Costituzionale richiamando due precedenti sentenze: la n. 200/2009 e la n. 92/2011, le quali avevano già individuato i criteri del riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di istruzione. Nello specifico la Suprema Corte rammenta di aver già chiarito la differenza tra norme generali sull'istruzione - di competenza esclusiva dello Stato - e principi fondamentali della materia istruzione che sono di competenza concorrente delle Regioni; tra le norme generali in materia di istruzione si possono annoverare quelle disposizioni dello Stato che servono a definire la *"struttura portante del sistema nazionale di istruzione"* e che devono essere applicate in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Tutto ciò al fine di poter assicurare un'identica offerta formativa e garantire parità di trattamento agli aventi diritto all'istruzione. La sentenza n. 200/2009, portata a risoluzione della questione in esame, chiarisce in proposito che *"il dimensionamento della rete delle istituzioni scolastiche"*, andando ad interessare una questione prettamente strutturale della rete scolastica è *"ambito che deve ritenersi di spettanza regionale"*. La Corte enumera, inoltre, quei *"principi fondamentali della materia dell'istruzione"* riconducendoli a *"quelle norme che, nel fissare criteri, obiettivi, direttive o discipline, pur tese ad assicurare la esistenza di elementi di base comuni sul territorio nazionale in ordine alle modalità di fruizione del servizio dell'istruzione, da un lato, non sono riconducibili a quella struttura essenziale del sistema d'istruzione che caratterizza le norme generali sull'istruzione, dall'altra, necessitano, per la loro attuazione (e non già per la loro semplice esecuzione) dell'intervento del legislatore regionale"* (Cfr. sent. n. 92/2011).

Il Giudice delle Leggi concorda con la tesi sostenuta dalle ricorrenti sul fatto che l'art. 138, lett. b) del d. lgs. n. 112/1998 aveva già

accordato delega alle Regioni sulla gestione della rete scolastica e richiama il successivo d.P.R. n. 233/1998 che esplicitamente attribuiva loro la pianificazione del dimensionamento ottimale delle istituzioni scolastiche. Proprio alla luce della precedente normativa la Corte considera implausibile che le modifiche costituzionali intervenute successivamente (l. cost. n. 3/2001) abbiano voluto privare le Regioni di quelle competenze che già erano loro attribuite da una situazione normativa e un quadro costituzionale che in passato erano molto più *"centralizzanti"*.

La Corte ribadisce che tale orientamento è sempre stato confermato dalla normativa sopraggiunta e cita, tra i vari riferimenti precettivi, l'art. 64, co. 4 *quater*, del d.l. n. 112/2008 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 che disponeva per l'anno scolastico 2009/2010 che fossero proprio le Regioni a dover assicurare le operazioni di dimensionamento delle istituzioni scolastiche autonome. Secondo la Corte Costituzionale l'art. 19, comma 4, in concreto non detta alcuna regolamentazione sulla didattica, ma enumera operazioni di dettaglio che si spingono in una sfera di concorrente competenza regionale. È stato soprattutto nella seconda parte del co. 4, poi, che la Sentenza in commento ha individuato una preponderanza dello Stato sulle competenze regionali quando stabilisce, senza alcuna possibilità di deroga, soglie rigide per conferire l'autonomia agli istituti scolastici.

L'attuazione del dimensionamento scolastico è operazione prettamente collegata alla valutazione e alla conoscenza specifica del territorio e non può essere ponderata in maniera avulsa dal relativo contesto socio-economico. Esprimendosi anche sul secondo punto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, poi, la Corte ha ricordato che *"norme statali che fissano limiti alla spesa delle Regioni e degli enti locali possono qualificarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica alla seguente duplice condizione: in primo luogo, che si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; in secondo luogo, che non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il"*

*perseguimento dei suddetti obiettivi*” (sent. Cost. n. 326/2010). Si esclude, pertanto, la rispondenza delle disposizioni impugnate alle condizioni richieste per costituire un principio fondamentale in materia di coordinamento della finanza pubblica. In merito alle osservazioni proposte dall'Avvocatura dello Stato sull'assunto che spetterebbe alla competenza statale individuare i requisiti minimi per attribuire agli istituti scolastici l'autonomia amministrativa, la Corte ha opinato che, seppur indubbia tale competenza, essa non può arrivare a definire *standard* rigidi inerenti il dimensionamento della rete scolastica.

A sostegno di tale tesi viene richiamato l'art. 21 della l. n. 59/1997 il quale stabilisce chiaramente che i *“requisiti dimensionali ottimali”* per riconoscere l'autonomia devono essere determinati tenendo conto della plura-

lità delle esigenze e delle condizioni territoriali. L'art. 19 co. 4 del d.l. n. 98/2011 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111/2011) è stato, quindi, considerato norma di dettaglio in ambito di competenza concorrente. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 147/2012 in commento, ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. determinando *“che la disposizione in esame incide direttamente sulla rete scolastica e sul dimensionamento degli istituti, materia che [...] non può ricondursi nell'ambito delle norme generali sull'istruzione e va, invece, ricompresa nella competenza concorrente relativa all'istruzione; [...] Trattandosi di ambito di competenza concorrente, allo Stato spetta soltanto di determinare i principi fondamentali, e la norma in questione non può esserne espressione”*.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. III, 1.10.2012, n. 5160  
**Credito dell'azienda - corresponsione tardiva contributi previdenziali, esercizio in via di rivalsa nei confronti dei propri dipendenti - prescrizione ordinaria decennale.**

*Gli odierni appellati, medici alle dipendenze della USL n.1 del Veneto, agivano in giudizio dinanzi al TAR Veneto per l'accertamento dell'illegittimità del recupero di contributi previdenziali di competenza della gestione INADEL Previdenza e Cassa Pensioni Sanitari, effettuata mediante ritenuta sugli stipendi e per una parte mediante compensazione delle somme a credito per rateo. La sentenza appellata accoglieva il ricorso dichiarando l'intervenuta prescrizione quinquennale del credito dell'Azienda relativamente al periodo anteriore al novembre 1983 e condannava l'Azienda alla restituzione delle ritenute relative ai contributi dovuti, e tardivamente richiesti ai ricorrenti. Con l'atto di appello in esame, l'Azienda deduce l'erroneità della sentenza, poiché non avrebbe considerato la natura giuridica dei contributi previdenziali, sicché il relativo credito degli enti previdenziali costituirebbe credito erariale, in relazione al quale trova dovrebbe trovare applicazione il termine di prescrizione decennale. La sentenza appellata ha erroneamente ritenuto che il credito dell'Azienda per rivalsa nei confronti dei propri dipendenti sia soggetto al termine di prescrizione quinquennale decorrente dalla maturazione dei singoli ratei di indennità. Sul punto, invero, la giurisprudenza, anche di questo Consiglio di Stato, non è stata univoca. Il Collegio, tuttavia, nella sentenza in esame ha ritenuto di condividere le considerazioni espresse dall'indirizzo secondo cui il credito dell'Azienda (che abbia corrisposto i contributi previdenziali tardivamente), da esercitarsi in via di rivalsa nei confronti dei propri dipendenti, sia assoggettato alla prescrizione ordinaria decennale (CdS., V, 6.2.1999, n. 127; 12.4.2005, n. 1612). La contribuzione previdenziale implica il dovere del datore di lavoro pubblico al suo versamento in favore della Cassa pensioni, con recupero delle somme predette a carico del dipendente per la quota spettante a quest'ultimo; infatti, secondo l'art. 2115 c.c., l'imprenditore e il prestatore di lavoro contribuiscono in parti uguali alle istituzioni di previdenza e assistenza e l'imprenditore è responsabile del versamento del contributo, anche per la parte che è a carico del prestatore di lavoro, salvo il diritto di rivalsa. Tale diritto rappresenta il meccanismo di autotutela di cui il datore di lavoro si deve servire per conseguire il suo credito, derivante dall'effettuato pagamento della quota di contributo posta a carico del prestatore di lavoro, e che, ai sensi dell'art. 19 l. 4.4.1952 n. 218, va trattenuto dal datore di lavoro sulla retribuzione corrisposta al lavoratore stesso alla scadenza del periodo di paga cui il contributo si riferisce. In forza del suindicato meccanismo a favore del solvens sorge un diritto nuovo e autonomo, che viene a maturazione nel momento del pagamento e che prescinde dal contributo previdenziale e dal relativo regime prescrizione. Ne deriva che, in mancanza di una espressa previsione del termine di prescrizione entro il quale tale diritto può esercitarsi in via di regresso, vale la regola generale di cui all'art. 2946 c.c., secondo cui è soggetto alla prescrizione decennale l'esercizio dei diritti per i quali non sia previsto altro termine. Inoltre, come ulteriore corollario, la prescrizione deve ritenersi decorrente dal momento in cui l'amministrazione ha eseguito il pagamento integrale all'Ente di previdenza e non alla scadenza dei singoli ratei retributivi cui accede il debito previdenziale; in questo momento, infatti sorge il diritto alla rivalsa e decorre il termine perché il suo titolare lo possa far valere.*

*tante a quest'ultimo; infatti, secondo l'art. 2115 c.c., l'imprenditore e il prestatore di lavoro contribuiscono in parti uguali alle istituzioni di previdenza e assistenza e l'imprenditore è responsabile del versamento del contributo, anche per la parte che è a carico del prestatore di lavoro, salvo il diritto di rivalsa. Tale diritto rappresenta il meccanismo di autotutela di cui il datore di lavoro si deve servire per conseguire il suo credito, derivante dall'effettuato pagamento della quota di contributo posta a carico del prestatore di lavoro, e che, ai sensi dell'art. 19 l. 4.4.1952 n. 218, va trattenuto dal datore di lavoro sulla retribuzione corrisposta al lavoratore stesso alla scadenza del periodo di paga cui il contributo si riferisce. In forza del suindicato meccanismo a favore del solvens sorge un diritto nuovo e autonomo, che viene a maturazione nel momento del pagamento e che prescinde dal contributo previdenziale e dal relativo regime prescrizione. Ne deriva che, in mancanza di una espressa previsione del termine di prescrizione entro il quale tale diritto può esercitarsi in via di regresso, vale la regola generale di cui all'art. 2946 c.c., secondo cui è soggetto alla prescrizione decennale l'esercizio dei diritti per i quali non sia previsto altro termine. Inoltre, come ulteriore corollario, la prescrizione deve ritenersi decorrente dal momento in cui l'amministrazione ha eseguito il pagamento integrale all'Ente di previdenza e non alla scadenza dei singoli ratei retributivi cui accede il debito previdenziale; in questo momento, infatti sorge il diritto alla rivalsa e decorre il termine perché il suo titolare lo possa far valere.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.9.2012, n. 5132  
**Diritto di accesso agli esposti e alle denunce che hanno dato luogo al procedimento disciplinare.**

*Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo per discostarsi, il soggetto che subisce un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti uti-*

lizzati dall'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza, compresi gli esposti e le denunce che hanno determinato l'attivazione di tale potere (CdS, IV, 19.1.2012, n. 231; V, 19.5.2009, n. 3081), non ostandovi neppure il diritto alla riservatezza che non può essere invocato quando la richiesta di accesso ha ad oggetto il nome di coloro che hanno reso denunce o rapporti informativi nell'ambito di un procedimento ispettivo, giacché al predetto diritto alla riservatezza non può riconoscersi un'estensione tale da includere il diritto all'anonimato di colui che rende una dichiarazione a carico di terzi, tanto più che l'ordinamento non attribuisce valore giuridico positivo all'anonimato (CdS, VI, 25.6.2007, n. 3601). Non può pertanto seriamente dubitarsi che la conoscenza integrale dell'esposto rappresenti uno strumento indispensabile per la tutela degli interessi giuridici dell'appellato, essendo intuitivo che solo in questo modo egli potrebbe proporre eventualmente denuncia per calunnia a tutela della propria onorabilità: il che rende del tutto prive di qualsiasi fondamento giuridico i dubbi sull'uso asseritamente strumentale e ritorsivo della conoscenza dell'esposto che ha dato luogo al procedimento disciplinare in danno del ricorrente, non potendo ammettersi che pretese esigenze di riservatezza possano determinare un vulnus intollerabile ad un diritto fondamentale della persona, quale quello dell'onore.

TAR Basilicata, Potenza, 4.10.2012, n. 452

**Modalità di reclutamento del personale da parte delle asl: lo scorrimento di graduatorie preesistenti costituisce la regola, mentre l'indizione del nuovo concorso è l'eccezione.**

Nel giudizio in esame la ricorrente ha impugnato la deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria locale di Potenza (ASP) contenente la revoca di procedure concorsuali e la indizione di un nuovo concorso, per titoli ed esami, per la copertura a tempo indeterminato di n. 3 (tre) posti di Collaboratore Amministrativo Professionale (cat. D). Il giudice amministrativo rileva che come questo Tribunale ha già avuto modo di affermare (sentenza 171/12), facendo applicazione dei principi generali sanciti nella sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2011 in subiecta materia da cui emerge che sul piano

ordinamentale si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace (sicché quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita ed approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico), "le richiamate disposizioni non lasciano residuare alcun margine di apprezzamento discrezionale in capo alle aziende sanitarie locali in ordine alle modalità di reclutamento del personale per la copertura dei posti vacanti, imponendo una graduazione ben precisa della procedura che l'amministrazione è tenuta a rispettare e cioè: a) in via prioritaria l'azienda sanitaria deve attivare le procedure di mobilità regionali; b) successivamente è tenuta a coprire i posti vacanti mediante lo scorrimento delle graduatorie valide sull'intero territorio regionale delle soppresse aziende sanitarie locali, purchè, però tali graduatorie siano relative al profilo professionale ricercato e il posto da ricoprire sia già presente in pianta organica.". Continua poi la richiamata decisione di questo Tribunale che "fermo restando la citata limitazione all'utilizzo dell'istituto dello scorrimento della graduatoria in caso di posto trasformato o di una nuova istituzione, è opportuno riassumere le tre ipotesi enucleate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 2011... a) quando specifiche disposizioni legislative impongono una precisa cadenza periodica del concorso, collegata anche a peculiari meccanismi di progressione di carriera e quando peculiari situazioni di fatto, quale ad esempio la necessità di stabilizzare personale precario alle dipendenze dell'amministrazione, fermo restando l'obbligo dell'amministrazione di valutare comparativamente anche le posizioni giuridiche dei soggetti collocati in graduatorie di precedenti concorsi; b) quando sia intervenuta una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riferimento al contenuto delle prove d'esame; c) quando non vi sia esatta coincidenza tra lo specifico profilo professionale per il posto che l'amministrazione ha necessità di coprire ed il profilo professionale richiesto nel bando relativo al precedente concorso, in rela-

zione al quale sono stati selezionati i candidati inseriti poi in graduatoria tra gli idonei”.

**TAR Lazio, Roma, Sez.Ibis, 21.9.2012, n. 8013  
Superamento del limite di età - partecipazione ai pubblici concorsi - clausole dei bandi di concorso in cui si legge “superare” e “compiere” - determinato limite di età.**

*Nella sentenza in esame il Collegio rileva come la questione del superamento del limite di età per la partecipazione ai pubblici concorsi ha impegnato non poco la giurisprudenza amministrativa. Proprio la stessa Sezione, pur dando atto del contrasto interpretativo da tempo emerso in merito all’esatta interpretazione delle clausole dei bandi di concorso che richiedono requisiti di età per l’ammissione alle procedure selettive, aveva valorizzato la specificità della formulazione al riguardo utilizzata dalla lex specialis della procedura concorsuale. In particolare, la Sezione aveva dato atto dell’indirizzo interpretativo in forza del quale, allorché il verificarsi di determinati effetti (quali la perdita di un requisito di ammissione al concorso) sia collegato al compimento di una data età, essi decorrono dal giorno successivo a quello del genetliaco, sicché il limite d’età deve intendersi superato quando ha inizio, dal giorno successivo al compimento, il relativo anno; essa, tuttavia, aveva ritenuto che l’illustrato orientamento andasse seguito nei soli casi in cui fosse chiaramente e puntualmente enunciato nel bando che gli anni considerati quale limite massimo di età del candidato per la partecipazione alla procedura selettiva fossero stati effettivamente (e interamente) “compiuti”. Viceversa, quella stessa opzione interpretativa – ha sostenuto la Sezione - non poteva trovare applicazione nei casi in cui il bando di concorso avesse fatto riferimento, semplicemente, ad un determinato numero di anni, senza precisare che tale età deve essere totalmente “compiuta”. Ebbene, la questione è stata rimessa all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza 2.12.2011 n. 21, ha definitivamente chiarito che “Quando la legge ricollega il verificarsi di determinati effetti (quale la*

*perdita di un requisito di ammissione ad un concorso) al compimento di una data età, questi decorrono dal giorno successivo a quello del genetliaco, sicché il limite d’età fissato dalla norma deve intendersi superato quando ha inizio, dal giorno successivo al compimento, il relativo anno”. D’altra parte – prosegue il massimo organo di giustizia amministrativa - “sul piano logico, superata la data del compleanno, l’interessato è entrato nel successivo anno di età, superiore al limite fissato nel bando”. Facendo, invero, riferimento all’evento della nascita dell’individuo, il compimento dell’anno di vita si realizza allorché il suddetto anno è stato interamente vissuto, sicché il limite di età indicato quale requisito di ammissione deve intendersi superato alla mezzanotte del giorno del compleanno. A nulla rileva, pertanto, che il bando, anziché contenere il riferimento al “compimento”, richiami il concetto dell’età “non superiore a” (cfr d.m. 5.11.2001 di indizione del concorso). “Si tratta di formulazione concettualmente equivalente alla prima, atteso che si compie un anno di vita al passaggio di 365 giorni dalla nascita, sicché si “supera” il limite di età indicato quale requisito di ammissione nello stesso giorno in cui si compiono, e quindi si esauriscono, gli anni indicati nella clausola della lex specialis. Detto altrimenti, “superare” e “compiere” un determinato limite di età vanno intese quali espressioni concettualmente fungibili, entrambe evocando la “conclusione”, l’“esaurimento”, l’“ultimazione” di un determinato anno, il che accade comunque alla mezzanotte del giorno del compleanno. E’ quanto, del resto, consente di soddisfare quell’esigenza di certezza sottesa alle clausole che richiedono requisiti di età per l’ammissione alle procedure selettive. Né a diversa conclusione può pervenirsi valorizzando il dato sociale per cui un individuo si considera di una certa età pur dopo il suo compimento e per l’intero anno successivo; si tratta, invero, di argomentazione da sé sola non decisiva, tanto più se si considera che non si tratta di prassi in senso tecnico”.*

**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 de 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 normativo. 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 quelli 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 mutuante, può essere opposta all'ammi-

nistrazione, 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 influente. 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 "subito" 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 residenza 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 ordi-

ramento 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 dicembre 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 Consiglio di Stato, 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. nr. 97/1979 e 6 l. nr. 27/1981 e dell'art. 16, co. XVIII, della legge 24.12.1993, nr. 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 indennità 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 impostazione riprende invero quanto già osservato dalla precedente giurisprudenza amministrativa. Sovviene, in subiecta materia, la pronuncia n. 5504/08 del 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 To, II, 2.3.2007, n. 916; CdS, IV, 8.8.2006, n. 47845; TAR Marche, An, I, 19.9.2009, n. 581; TAR Marche, An, 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 corrisposta 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 giu-

risprudenza 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

### **COMUNI DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO: DETERMINATA LA PERCENTUALE DI COMPARTICIPAZIONE ALL'IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO SPETTANTE PER L'ANNO 2012**

*Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13.6.2012 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 7.9.2012 la percentuale di compartecipazione all'imposta sul valore aggiunto spettante ai comuni delle regioni a statuto ordinario per l'anno 2012 e' stata determinata in misura pari al 2,53 per cento del gettito dell'imposta sul valore aggiunto relativo all'anno 2012, calcolato al netto delle somme riscosse a mezzo ruoli, della quota spettante all'Unione europea a titolo di risorse proprie nonche' della compartecipazione alla medesima imposta riconosciuta alle regioni a statuto speciale, in quanto finanziariamente equivalente alla compartecipazione del due per cento al gettito dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (DPCM 13.6.2012, Gazzetta Ufficiale n. 209 del 7.9.2012).*

«..... GA.....»

### **PROVINCE DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO: FISSATA L'ALIQUTA DELLA COMPARTICIPAZIONE ALL'IMPOSTA SUL REDDITO DELLE PERSONE FISICHE**

*Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 209 del 7.9.2012 e' stata determinata l'aliquota di compartecipazione all'Irpef delle province delle regioni a statuto ordinario nella misura pari allo 0,60 per cento del gettito*

*dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, relativo all'attività ordinaria di gestione, iscritto sul pertinente capitolo dello stato di previsione dell'entrata del bilancio dello Stato (DPCM 10.7.2012, Gazzetta Ufficiale n. 209 del 7.9.2012).*

«..... GA.....»

### **SPENDING REVIEW: RIDOTTI I TRASFERIMENTI ERARIALI AI COMUNI AI SENSI DELL'ART. 16 CO. E 6 BIS D.L. N. 95/2012**

*Il Ministero dell'Interno rende noto che sono stati determinati con decreto del 25.10.2012 gli importi da imputare a ciascun comune, per l'anno 2012, a valere sul complessivo ammontare delle risorse da ridurre pari a 500 milioni di euro, sulla base della metodologia di calcolo approvata in sede di Conferenza Stato città ed autonomie locali nella seduta dell'11 ottobre 2012.1. Gli importi danno luogo a riduzione delle somme dovute a titolo di fondo sperimentale di riequilibrio, ovvero di trasferimenti erariali, per i comuni non assoggettati alle regole del patto di stabilità interno nell'anno 2012 (Ministero dell'Interno, Finanza Locale, comunicato del 29.10.2012).*

«..... GA.....»

### **RIDUZIONE DELLA SPESA PER CONSUMI INTERMEDI: INDICAZIONI APPLICATIVE DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO**

*Con la circolare in commento la Ragioneria Generale dello Stato, facendo seguito alla circolare n. 28 del 12.9.2012, fornisce alcune*



indicazioni in merito all'applicazione agli enti ed organismi pubblici destinatari delle disposizioni recate dall'art. 8, co. 3, del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 135, in materia di riduzione dei consumi intermedi precisando che rientrano tra i consumi intermedi tutti i beni e servizi consumati o ulteriormente trasformati nel processo produttivo posto in essere dall'amministrazione. In particolare tra i consumi intermedi vengono annoverate le spese per missioni, sia del personale dipendente che di quello degli organi di amministrazione e controllo, mentre sono da ritenere escluse le spese per indennità e compensi dovuti agli stessi organi di amministrazione e controllo. Relativamente alle manutenzioni degli immobili, vengono escluse le manutenzioni straordinarie, mentre per la spesa per manutenzione ordinaria, la stessa è qualificabile spesa per consumo intermedio qualora riguardi la sede, gli uffici ed altri locali strumentalmente funzionali all'attività dell'ente, mentre va esclusa la quota della spesa per manutenzione ordinaria a carico del proprietario che riguardi gli immobili da reddito, in quanto è funzionale ad acquisire una rendita. Sono escluse le spese legali per la tutela legale dell'ente in giudizio, mentre sono da includere le spese per consulenze legali. Altresì escluse sono le spese per le mense dei dipendenti, sono da escludere gli importi relativi ai buoni pasto e quelli pagati o da pagare per prestazioni richieste a terzi per servizi di ristorazione, mentre vanno incluse le spese per i c.d. global service mensa e la ristorazione collettiva. Nella circolare, tra l'altro, si precisa che le misure di finanza pubblica si applicano, oltre che ai soggetti compresi nell'elenco pubblicato annualmente dall'ISTAT, anche agli enti pubblici (esclusi gli enti territoriali) di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30.3.2001, n.165 (**Ragioneria Generale dello Stato, circolare n. 31 del 23.10.2012**).

«..... GA.....»

**FUSIONI DI COMUNI: RICONOSCIUTO UN CONTRIBUTO STRAORDINARIO PER DIECI ANNI**

E' in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministero dell'Interno che definisce le modalità ed i termini per il riparto dei contributi alle fusioni di comuni realizzate negli anni 2012 e successivi. Nel decreto in particolare e' previsto che ai comuni istituiti a seguito di fusione realizzate negli anni 2012 e successivi spetta, a decorrere dall'anno 2013 e per un periodo di dieci anni, un contributo straordinario che è commisurato al 20 per cento dei trasferimenti erariali attribuiti per l'anno 2010 ai comuni che hanno dato luogo a fusione, nel limite degli stanziamenti finanziari previsti. In caso di insufficienza dei fondi erariali destinati al finanziamento delle fusioni di comuni, il contributo spettante per la fusione è proporzionalmente ridotto. I comuni istituiti a seguito della fusione di comuni devono inviare, a pena di decadenza, entro e non oltre la data del 30 settembre dell'anno di costituzione, la richiesta di contributo per la relativa attribuzione a decorrere dal 1 gennaio dell'anno successivo, allegando all'istanza copia della legge regionale istitutiva della fusione. La predetta richiesta va inviata al Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione centrale della finanza locale - Ufficio Sportello Unioni - Piazza del Viminale 1, 00184 Roma. Per le sole fusioni di comuni realizzate nel corso dell'anno 2012, le richieste di cui al comma 3 devono essere inoltrate, a pena di decadenza, entro e non oltre il 30.11.2012. Nel caso di ampliamento del neo costituito ente mediante la fusione di altri comuni, il contributo straordinario, di cui al precedente comma 1 del presente articolo, verrà rideterminato a decorrere dal 1 gennaio dell'anno successivo alla relativa richiesta, fermo restando la durata originaria dell'analogo contributo di cui al precedente co. 3 (**Decreto Ministero dell'Interno del 10.10.2012**).

«..... GA.....»

**SALVAGUARDIA DEGLI EQUILIBRI DI BILANCIO: TERMINE PROROGATO AL 30.11.2012**

Il Ministero dell'Interno con il comunicato in esame segnala che il co. 1 dell'art. 9 del d.l.

10.10.2012 n. 174, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 237 del 10.10.2012, ha prescritto che: “Per l'anno 2012 il termine del 30 settembre previsto dall'art. 193, co. 2, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, è differito al 30.11.2012, contestualmente all'eventuale deliberazione di assestamento del bilancio di previsione. ”. Pertanto le disposizioni di cui alla Circolare FL n.11 del 2.10.2012 sono da considerarsi superate alla luce della sopravvenuta normativa avente forza di legge (**Ministero dell'Interno, Dip. affari interni e territoriali, comunicato del 11.10.2012**).

«..... GA.....»

### **NUOVO REGISTRO DEI REVISORI LEGALI: CHIARIMENTI OPERATIVI SUL TRANSITO AUTOMATICO DEI REVISORI GIÀ ISCRITTI E SUGLI ADEMPIMENTI AGGIUNTIVI**

Sono in vigore dal 13.9.2012 i regolamenti attuativi del decreto legislativo n. 39/2010 in materia di revisione legale dei conti, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale del 29.8.2012, n. 201 dai quali in sintesi emerge che i revisori già iscritti nel Registro dei revisori di cui al d. lgs. n. 88/1992 transitano automaticamente, senza necessità di specifica richiesta, nel nuovo registro dei revisori. Solo in un momento successivo, entro 90 giorni decorrenti da un provvedimento di prossima emanazione i revisori saranno tenuti ad integrare le informazioni contenute nel vecchio registro, al fine di adeguare il contenuto informativo del registro medesimo alle prescrizioni di cui alla normativa comunitaria e allo stesso d.lgs. 39/2010. Ed ancora la Ragioneria Generale dello Stato precisa che per quanto attiene ai tirocinanti già precedentemente iscritti al registro del tirocinio di cui al d.P.R. n. 99/1998 transitano automaticamente nel nuovo registro e per essi non si configurano immediati adempimenti aggiuntivi. Il tirocinante non in regola con la presentazione delle relazioni annuali e che ha, pertanto, “interrotto” il tirocinio (art. 10 del d.P.R. 99/1998), è iscritto nel registro del tirocinio a condizione che presenti una specifica istanza. Nessuno adempimento è richiesto, inoltre, a coloro i quali hanno svolto e regolarmente completato

il tirocinio sulla base delle previgenti disposizioni. Si evidenzia altresì che i revisori ed i tirocinanti che presenteranno richiesta di iscrizione nei rispettivi registri a far data dal 13.9.2012 saranno interamente assoggettati alla nuova disciplina e da tale data dovrà essere utilizzata la nuova modulistica che sarà messa a disposizione degli iscritti in apposita sezione del sito internet della Ragioneria generale dello Stato. Oltre alla integrazione delle informazioni come sopra specificato, nessun obbligo di nuova iscrizione sarà imposto ai revisori iscritti nell'attuale registro, che transiteranno nel nuovo registro automaticamente e senza oneri, assicurando così una tendenziale continuità del sistema ed evitando interruzioni nella fornitura dei servizi di revisione attualmente resi (**Ragioneria Generale dello Stato, comunicato 11.9.2012**).

«..... GA.....»

### **LA RIFORMA DEL CATASTO: PREVISTO IL COINVOLGIMENTO DEI COMUNI NEL PROCESSO DI REVISIONE DELLE RENDITE CATASTALI**

Il 5 ottobre la Commissione Finanze ha concluso l'esame del ddl di delega per la revisione del sistema fiscale approvato dal Consiglio dei ministri del 16.4.2012. Il testo è stato modificato in modo significativo ed accorpato in 4 articoli. In particolare con l'art. 2 sulla riforma del catasto degli immobili si intende correggere le sperequazioni insite nelle attuali rendite, accentuate dall'aumento generalizzato disposto con il d.l. n. 201 del 2011, che ha introdotto l'Imposta municipale sperimentale (IMU). Tra i principi e criteri direttivi da applicare per la determinazione del valore catastale degli immobili la delega indica, in particolare, la definizione degli ambiti territoriali del mercato, nonché la determinazione del valore patrimoniale utilizzando la superficie in luogo del numero dei vani attualmente utilizzato. Nel corso dell'esame in sede referente è stato assicurato il coinvolgimento dei comuni nel processo di revisione delle rendite. Inoltre per gli immobili di riconosciuto interesse storico e artistico il valore patrimoniale deve essere determinato tenendo conto degli oneri di manutenzione e dei

vincoli legislativi. La riforma deve avvenire a invarianza di gettito, con particolare riferimento alle imposte sui trasferimenti e all'IMU tenendo conto, in quest'ultimo caso, delle condizioni socio-economiche e dell'ampiezza e composizione del nucleo familiare, così come riflesse nell'ISEE. I contribuenti potranno chiedere la rettifica delle nuove rendite attribuite, con obbligo di risposta entro 60 giorni dalla presentazione dell'istanza. Contestualmente dovranno essere aggiornati i trasferimenti perequativi ai comuni. Saranno ridefinite le competenze delle commissioni censuarie, in particolare attribuendo loro il compito di validare le funzioni statistiche utilizzate per determinare i valori patrimoniali e le rendite (*Camera dei Deputati, comunicato del 8.10.2012*).

«..... GA.....»

#### **LA RISCOSSIONE DEGLI ENTI LOCALI E LA TUTELA DEI CONTRIBUENTI: REVISIONE DELLE PROCEDURE D'INGIUNZIONE E DI RISCOSSIONE COATTIVA DEI TRIBUTI E CAUSE DI INCOMPATIBILITÀ PER GLI ESPONENTI AZIENDALI CHE RIVESTONO RUOLI APICALI NEGLI ENTI AFFIDATARI DEI SERVIZI DI RISCOSSIONE**

L'art. 3 co. 14 del ddl di delega per la revisione del sistema fiscale dispone il riordino della riscossione delle entrate locali, anche revisionando e coordinando la procedura dell'ingiunzione fiscale e le ordinarie procedure di riscossione coattiva dei tributi, per adattarle alla riscossione locale. Si dovrà procedere inoltre alla revisione dei requisiti per l'iscrizione all'albo dei concessionari, all'emanazione di linee guida per la redazione di capitolati, nonché a introdurre strumenti di controllo e a garantire la pubblicità. Le attività di riscossione dovranno essere assoggettate a regole pubblicistiche; i soggetti ad essa preposte opereranno secondo un codice deontologico, con specifiche cause di incompatibilità per gli esponenti aziendali che riveste ruoli apicali negli enti affidatari dei servizi di riscossione. Tra i principi e i criteri direttivi per la tutela dei contribuenti si ricor-

dano: l'impignorabilità di alcuni beni di impresa; l'estensione della rateazione dei debiti tributari e la riduzione delle sanzioni in caso di regolare adempimento degli obblighi dichiarativi; il superamento del principio della compensazione delle spese all'esito del giudizio. E' prevista infine la revisione del regime dei costi da reato, subordinandone l'indeducibilità alla sentenza di condanna penale (*Camera dei Deputati, comunicato del 8.10.2012*).

«..... GA.....»

#### **RIFORMA FISCALE: REVISIONE DELLE SANZIONI PENALI ED AMMINISTRATIVE, RAFFORZAMENTO DEI CONTROLLI FISCALI E CONCILIAZIONE GIUDIZIALE ANCHE ALLE CONTROVERSIE DI COMPETENZA DELLE COMMISSIONI TRIBUTARIE**

Nel corso dell'esame in sede referente del ddl di delega per la revisione del sistema fiscale si è prevista la revisione delle sanzioni penali e amministrative (art. 3, co. 9) secondo criteri di predeterminazione e proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti, dando rilievo alla configurazione del reato tributario per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e utilizzo di documentazione falsa per i quali - secondo quanto previsto in sede referente - non possono comunque essere ridotte le pene minime; si prevede, al riguardo, la revisione del regime della dichiarazione infedele e la possibilità di ridurre le sanzioni per le fattispecie meno gravi, ovvero di applicare sanzioni amministrative anziché penali, tenuto anche conto - secondo le modifiche introdotte in sede referente - di adeguate soglie di punibilità. Il Governo, inoltre, è delegato a definire la portata applicativa della disciplina del raddoppio dei termini (art. 3, co. 10), prevedendo che tale raddoppio si verifichi soltanto in presenza di effettivo invio della denuncia entro un termine correlato allo spirare del termine ordinario di decadenza, fatti comunque salvi - secondo quanto precisato in sede referente - gli effetti dei controlli già notificati alla data di entrata in vigore dei decreti delegati. Con una modifica approvata in sede

referente è previsto che l'Autorità giudiziaria possa affidare i beni sequestrati in custodia giudiziale agli organi della polizia giudiziaria, al fine di utilizzarli direttamente per le proprie esigenze operative. L'art. 3, co. 11, indica i principi e i criteri da perseguire per il rafforzamento dei controlli fiscali, in particolare - secondo quanto inserito in sede referente - contrastando le frodi carosello, gli abusi nelle attività dimoney transfer e di trasferimento di immobili. Nell'attività di controllo deve essere, tra l'altro, rispettato il principio di proporzionalità e rafforzato il contraddittorio con il contribuente. Si prevede poi che siano espressamente previsti i metodi di pagamento sottoposti a tracciabilità promuovendo - secondo le modifiche introdotte in sede referente - adeguate forme di coordinamento con i Paesi esteri. Infine si prevede il potenziamento della fatturazione elettronica. Si prevede inoltre (articolo 3, comma 14) il rafforzamento della tutela giurisdizionale del contribuente, attraverso l'estensione della conciliazione giudiziale alle controversie di competenza delle Commissioni tributarie; il miglioramento dell'efficienza delle Commissioni medesime (**Camera dei Deputati, comunicato del 8.10.2012**).

«..... GA.....»

## **ESENZIONE IMU PER GLI IMMOBILI DEGLI ENTI NON COMMERCIALI: TUTTO DA RIFARE PER IL CONSIGLIO DI STATO IL MINISTERO NON PUÒ DARE GENERALE ATTUAZIONE ALLA NUOVA DISCIPLINA ATTRAVERSO UN REGOLAMENTO**

Sulla richiesta di parere formulata dal Ministero dell'economia e delle finanze sullo "Schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, recante regolamento avente ad oggetto la determinazione delle modalità e delle procedure per stabilire il rapporto proporzionale tra le attività svolte con modalità commerciali e le attività complessivamente svolte dagli enti non commerciali di cui all'art. 73, co. 1, lett. c), del TUIR, ai fini dell'applicazione dell'esenzione dall'imposta municipale propria di cui

all'art. 7, co. 1, lett. i), del d. lgs. 30.12.1992, n. 504." Il Consiglio di Stato rileva che non è demandato al Ministero di dare generale attuazione alla nuova disciplina dell'esenzione IMU per gli immobili degli enti non commerciali. Sulla base di tali considerazioni deve essere rilevato che parte dello schema in esame è diretta a definire i requisiti, generali e di settore, per qualificare le diverse attività come svolte con modalità non commerciali. Tale aspetto esula dalla definizione degli elementi rilevanti ai fini dell'individuazione del rapporto proporzionale in caso di utilizzazione dell'immobile mista "c.d. indistinta" e mira a delimitare, o comunque a dare una interpretazione, in ordine al carattere non commerciale di determinate attività. Peraltro, si tratta di una qualificazione piuttosto articolata, contenuta in parte nelle definizioni dell'articolo 1 e soprattutto nei requisiti fissati in via generale dall'art. 3 e per i singoli settori dall'art. 4. Con quest'ultima disposizione l'amministrazione ha compiuto alcune scelte applicative, che non solo esulano dall'oggetto del potere regolamentare attribuito, ma che sono state effettuate in assenza di criteri o altre indicazioni normative atte a specificare la natura non commerciale di una attività. Basti fare riferimento al criterio dell'accreditamento o convenzionamento con lo Stato per le attività assistenziali e sanitarie o ai diversi criteri stabiliti per la compatibilità del versamento di rette con la natura non commerciale dell'attività. In alcuni casi è utilizzato il criterio della gratuità o del carattere simbolico della retta (attività culturali, ricreative e sportive); in altri il criterio dell'importo non superiore alla metà di quello medio previsto per le stesse attività svolte nello stesso ambito territoriale con modalità commerciali (attività ricettiva e in parte assistenziali e sanitarie); in altri ancora il criterio della non copertura integrale del costo effettivo del servizio (attività didattiche). Non è questa la sede per verificare la correttezza di ciascuno di tali criteri, ma la loro diversità e eterogeneità rispetto alla questione dell'utilizzo misto conferma che si è in presenza di profili, che esulano dal potere regolamentare in concreto attribuito. Tali profili potranno essere oggetto di un diverso tipo di intervento normativo o essere lasciati



*all'attuazione in sede amministrativa sulla base dei principi generali dell'ordinamento interno e di quello dell'Unione europea in tema di attività non commerciali (sia in termini generali attraverso circolari, sia con riferimento a fattispecie specifiche mediante altri strumenti, quali ad esempio le risposte all'interpello del contribuente). Va, peraltro, ricordato che proprio sulla analoga questione dell'esenzione dall'ICI la Commissione europea ha avviato in data 12.10.2010 una indagine al fine della valutazione della sussistenza di un aiuto di Stato, avente ad oggetto anche la circolare del Ministero delle finanze n. 2/DF del 26.1.2009, che in parte trattava aspetti oggetto del presente schema. Ciò impone estrema prudenza nell'individuare lo strumento idoneo a fare chiarezza sulla qualificazione di una attività come non commerciale e tale strumento non appare poter essere il presente regolamento per le ragioni anzidette (quanto meno per le parti contenute in alcune definizioni e negli artt. 3, 4 e 7, co. 1) (Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli atti normativi, parere del 4.10.2012, n. 4180).*

«..... GA.....»

**DECRETO SALVA COMUNI E PROVINCE IN DEFAULT: NIENTE PIÙ DISSESTI FINANZIARI GRAZIE AL PIANO DI RIENTRO AGEVOLATO CON UN FONDO DI ROTAZIONE E NUOVE MULTE CON INCANDIDABILITA' PER DIECI ANNI AGLI AMMINISTRATORI CHE HANNO CONTRIBUITO CON DOLO O COLPA GRAVE AL VERIFICARSI DEL DEFAULT**

*Con il decreto adottato dal Governo in data 4.10.2012 si introducono anche disposizioni che riguardano la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale degli Enti Locali. In particolare si prevede che le province e i comuni che abbiano squilibri di bilancio tali da provocare il dissesto finanziario approvano un "piano di rientro" della durata massima di 5 anni per riequilibrare le finanze locali. Il piano di rientro dell'ente locale deve contenere una quantificazione precisa dei fattori di*

*squilibrio e individuare tutte le misure necessarie per la riduzione della spesa e il ripianamento del deficit (tra cui il blocco dell'indebitamento e la riduzione delle spese del personale e delle prestazioni di servizi). L'ente locale ha a disposizione diversi strumenti per il risanamento: ad esempio può aumentare le aliquote e le tariffe dei tributi locali, assumere mutui per la copertura dei debiti fuori bilancio. Per agevolare gli enti locali che hanno avviato un piano di rientro lo Stato istituisce un Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali. Attraverso il fondo lo Stato anticipa le risorse finanziarie all'ente che, oltre alla restituzione, si impegna al blocco dell'indebitamento e alla riduzione delle spese del personale e delle prestazioni di servizi. La sanzione a carico degli amministratori che hanno contribuito con dolo o colpa grave al verificarsi del dissesto finanziario, oltre al pagamento di una multa pari a un minimo di 5 e un massimo di 20 volte la retribuzione, è l'incandidabilità per dieci anni al ruolo di assessore, revisore dei conti degli enti locali e rappresentante dell'ente locale presso altri enti e istituzioni. Per i Sindaci e Presidenti l'incandidabilità è estesa alle cariche di Sindaco, presidente di provincia, presidente di Giunta regionali, membro di consigli comunali o provinciali, del Parlamento italiano ed europeo (Consiglio dei Ministri, comunicato del 4.10.2012).*

«..... GA.....»

**BASTA AGLI SPRECHI E ALL'UTILIZZO IMPROPRIO DELLA FINANZA PUBBLICA A LIVELLO LOCALE: IL GOVERNO RAFFORZA I POTERI DI CONTROLLO E DI SANZIONE DELLA CORTE DEI CONTI**

*Il governo ha approvato un decreto legge che detta nuove regole finalizzate a riequilibrare la situazione finanziaria di enti locali in difficoltà nonché a favorire la trasparenza e la riduzione dei costi degli apparati politici regionali, nell'obiettivo di assicurare negli enti territoriali una gestione amministrativa e contabile efficiente, trasparente e rispettosa della legalità. Si tratta di un articolato prov-*

vedimento che mira a porre un freno immediato a sprechi ed usi impropri delle finanze pubbliche a livello locale. In particolare per quanto attiene ai controlli sulla gestione finanziaria le novità principali riguardano il rafforzamento: 1. dell'azione di controllo della Corte dei Conti, che avrà poteri di controllo e sanzionatori più ampi rispetto al passato. In particolare la Corte eserciterà un controllo di legittimità preventivo sugli atti delle regioni che incidono sulla finanza pubblica, compresi gli atti amministrativi generali e quelli che adempiono agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Potrà inoltre valutare, con controlli mirati sulle gestioni e, nel momento finale, della parifica sul rendiconto consuntivo delle regioni la legittimità e la regolarità amministrativo-contabile delle gestioni stesse. A tal fine la Corte potrà avvalersi dei Servizi ispettivi di Finanza pubblica della Ragioneria generale dello Stato e della Guardia di Finanza. Alla Corte spetterà anche il potere di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari e, ogni sei mesi, l'elaborazione di linee guida sulla copertura finanziaria adottata dalle leggi regionali; 2. del sistema dei controlli interni che certifica l'efficacia, efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, la verifica di regolarità amministrativa e contabile, la valutazione dei risultati ottenuti rispetto agli obiettivi e il rispetto degli equilibri finanziari. Per gli enti con più di 5mila abitanti viene introdotto un "controllo strategico" per verificare lo stato di attuazione dei programmi. Per tutti gli enti locali si introduce invece un "controllo sugli equilibri finanziari" che valuta lo stato di salute delle finanze dell'ente. Ogni ente locale dovrà altresì introdurre un sistema di controlli sulle proprie società partecipate (**Consiglio dei Ministri, comunicato del 4.10.2012**).

«..... GA.....»

## IN ARRIVO LA RIFORMA DELLE RISCOSSIONE DELLE ENTRATE DEGLI ENTI LOCALI

Il Governo, intervenendo sul tema dell'attività di gestione e riscossione delle entrate degli enti territoriali, ne annuncia una

prossima riforma. Per favorirla viene sostanzialmente stabilito il mantenimento dell'attuale assetto, ma non oltre il 30.6.2013 (**Consiglio dei Ministri, comunicato del 4.10.2012**).

«..... GA.....»

## COMUNI: PATTO DI STABILITÀ INTERNO "ORIZZONTALE NAZIONALE", AGGIORNATO IL PROSPETTO DEGLI OBIETTIVI

La Ragioneria Generale dello Stato rileva come, al fine di dare attuazione all'art. 4 ter del d.l. 2.3.2012, n. 16, che ha introdotto il cosiddetto Patto di stabilità interno "orizzontale nazionale", abbia proceduto all'aggiornamento del prospetto degli obiettivi dei comuni interessati dalla rimodulazione dell'obiettivo, con riferimento all'anno in corso e al biennio successivo. Sul punto peraltro la Ragioneria ricorda che ai comuni che nel 2012 cedono spazi finanziari, nel biennio successivo è riconosciuta una riduzione (miglioramento) del proprio obiettivo di un importo pari agli spazi ceduti; viceversa, i comuni che ricevono spazi finanziari aumentano (peggiorano), nei due anni successivi, il proprio obiettivo di pari importo. La variazione dell'obiettivo in ciascuno degli anni 2013 e 2014 è commisurata alla metà del valore dello spazio acquisito o, nel caso di cessione, attribuito nel 2012 (calcolata per difetto nel 2013 e per eccesso nel 2014). La rimodulazione dell'obiettivo conseguente all'applicazione del predetto meccanismo di compensazione nazionale orizzontale trova evidenza nella "fase 4-A" del modello di calcolo degli obiettivi programmatici OB/12/C presente nell'applicazione web dedicata al patto di stabilità interno <http://pattostabilitainterno.tesoro.it/Patto/>. Tenuto conto che l'ammontare degli spazi finanziari resi disponibili dai comuni cedenti non è tale da consentire l'integrale soddisfacimento delle richieste pervenute, l'attribuzione degli spazi finanziari, come disposto dal co. 5 del predetto art. 4 ter, è stata effettuata in misura proporzionale ai maggiori spazi finanziari richiesti. Per recepire la suddetta rimodulazione degli obiettivi, gli enti interessati devono



accedere in variazione al predetto modello OB/12/C di individuazione degli obiettivi 2012 utilizzando la funzione di “Acquisizione/Variazione Modello”. In questo modo il sistema aggiornerà il Saldo Obiettivo Finale (**Ragioneria Generale dello Stato, comunicato del 5.10.2012**).

«..... GA.....»

### **AUTORIZZATO IL PAGAMENTO ALLE REGIONI DELLE QUOTE DI PARTECIPAZIONE REGIONALE ALL'IVA RELATIVA AL MESE DI SETTEMBRE**

Con decreto n. 0073412 del 7.9.2012 è stato autorizzato il pagamento in favore delle Regioni a statuto ordinario delle quote della compartecipazione regionale all'IVA (art. 2, coo. 1 e seguenti, del d. lgs. n. 56/2000 – art. 77 quater, coo. 2 e 4, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008) relative al mese di settembre 2012 con data di esigibilità 27 settembre (**Ragioneria Generale dello Stato, comunicato del 2.10.2012**).

«..... GA.....»

### **L'ATTIVITÀ DI GESTIONE DEGLI ENTI LOCALI DEVE FAVORIRE IL MANTENIMENTO DEGLI EQUILIBRI INDIPENDENTEMENTE DALL'ADOZIONE FORMALE DELLA DELIBERA DI SALVAGUARDIA DEGLI EQUILIBRI DI BILANCIO**

Il Ministero dell'Interno rende noto che “mancando ancora elementi definitivi sulle risorse in entrata degli enti locali e, quindi, tutti i presupposti necessari, la delibera di salvaguardia degli equilibri di bilancio di cui all' art. 193 d. lgs 267/00 non può essere oggettivamente adottata anche da parte degli enti che risultano avere approvato il bilancio di previsione prima del 30 settembre, in attesa dell'acquisizione dei dati. Ad ogni modo, considerato che l'esercizio finanziario è in fase avanzata, gli enti locali, indipendentemente dall'adozione di una delibera formale, devono essere invitati ad improntare comunque l'attività di gestione secondo modalità

che favoriscano il mantenimento degli equilibri” (**Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, nota del 2.10.2012**).

«..... GA.....»

### **DEFINIZIONE DELLE LITI ULTRADECENNALI PENDENTI IN COMMISSIONE TRIBUTARIA CENTRALE**

L'art. 29, co. 16 decies, del d.l. 216/2011 (c.d. Milleproroghe 2011), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 14/2012, ha introdotto alcune nuove disposizioni riguardanti la Commissione tributaria centrale. In particolare, il citato co. 16 decies, inserito in sede di conversione, è intervenuto sulle previsioni recate dall'art. 3, co. 2 bis, lett. a), del d.l. n. 40/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 73/2010, stabilendo: a) il differimento al 31.12.2013 del termine “per l'esaurimento dell'attività della Commissione tributaria centrale”, che l'art. 3, co. 2 bis, lett. a), secondo periodo, del d.l. n. 40 del 2010 fissava al 31.12.2012; b) l'interpretazione autentica delle disposizioni di cui all'art. 3, co. 2 bis, lett. a), primo periodo, del d.l. 40 del 2010, concernenti la definizione automatica delle controversie ultradecennali pendenti innanzi alla Commissione tributaria centrale. L'Agenzia delle Entrate con la circolare in esame si è premurata di fornire chiarimenti in ordine agli effetti della predetta interpretazione autentica analizzando il quadro normativo e la giurisprudenza comunitaria, l'ambito di applicazione, il presupposto della soccombenza, l'efficacia temporale della norma di interpretazione autentica, gli ulteriori presupposti richiesti per la definizione automatica, il passaggio in giudicato della decisione ed infine il reclamo (**Agenzia delle Entrate, circolare n. 39/E del 2.10.2012**).

«..... GA.....»

### **PAGAMENTO IMU: PROROGA IN ARRIVO**

“Al fine di assicurare ai contribuenti interessati un ragionevole periodo di tempo per l'adempimento, il Consiglio dei Ministri della

prossima settimana valuterà la proposta del Mef di proroga del termine di presentazione della dichiarazione Imu - attualmente fissato al 1° ottobre ndr - per gli immobili per i quali l'obbligo dichiarativo è sorto dal 1.1.2012". Lo rende noto, attraverso un comunicato stampa, il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Ministero che ricorda anche come, a breve, sarà pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto dello stesso Mef che approva il modello della dichiarazione Imu e le relative istruzioni per la compilazione. La comunicazione del Mef è giunta a poche ore dalla scadenza per la presentazione della dichiarazione che quest'anno, essendo il 30 settembre domenica, veniva prorogata a lunedì 1° ottobre. Un primo differimento era stato prospettato per il 31 ottobre ed era anche stato previsto il differimento al 30 novembre per l'approvazione o la modifica da parte dei Comuni dei regolamenti Imu e delle deliberazioni con relative aliquote e detrazioni del tributo comunale. Adesso per avere una data certa bisognerà aspettare l'esame del rinvio da parte del Governo. Il Ministero con la nota del 28 settembre, ha voluto rassicurare i contribuenti interessati riguardo alla necessità di un ragionevole periodo di tempo per l'adempimento, anche perché non sono ancora disponibili né il nuovo modello per la dichiarazione, né le relative istruzioni per la compilazione. Un primo differimento del termine di 90 giorni era stato previsto dal Decreto Salva-Italia di fine 2011, ed era stato fissato al 30 settembre 2012 dal Decreto sulle semplificazioni fiscali, l'ulteriore rinvio ora si rende necessario per la mancata approvazione del modello che dovrà essere utilizzato per la nuova dichiarazione Imu (MEF, comunicato del 28.9.2012).

«..... GA.....»

### **SANZIONI PER MANCATO RISPETTO DEL PATTO DI STABILITÀ 2011**

E' in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale il decreto del 25.9.2012 concernente la modifica dell'allegato B del decreto ministeriale 26.7.2012 di applicazione delle sanzioni, relativa alle riduzioni di risorse, per mancato rispetto patto di stabilità dell'anno 2011, alla luce della nuova comunicazione

effettuata dal Ministero dell'economia e delle finanze. Per effetto delle nuove risultanze è in corso la disapplicazione della sanzione ai comuni non più compresi nel predetto Elenco B (Ministero dell'Interno, Dip. Affari interni e Territoriali, comunicato del 26.9.2012).

«..... GA.....»

### **LE SANZIONI TRIBUTARIE PER TARDIVA TRASCRIZIONE NON SI APPLICANO ALL'ACCETTAZIONE TACITA D'EREDITÀ**

Con la circolare in esame l'Agenzia del Territorio ha fornito chiarimenti in merito all'applicabilità delle sanzioni previste dall'art. 9 del d. lgs. 31.10.1990, n. 347 alle formalità di trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità. Precisa l'Agenzia del Territorio che la circolare, dopo aver inquadrato l'istituto sotto il profilo civilistico e ricordato che per i pubblici ufficiali che hanno ricevuto o autenticato un atto "soggetto a trascrizione" vi è l'obbligo di curare la relativa pubblicità immobiliare, opera un preciso distinguo fra le ipotesi di accettazione espressa e quelle di accettazione tacita. Nel caso in cui l'accettazione dell'eredità consegua ad una espressa dichiarazione di volontà in tal senso - anche derivante dall'assunzione del titolo di erede - contenuta in un atto pubblico o in una scrittura autenticata, viene confermata l'applicabilità delle sanzioni previste dal citato art. 9 del d. lgs. n. 347 del 1990. Con riferimento, invece, all'ipotesi di accettazione tacita, la circolare parte dalla considerazione che può configurarsi tale accettazione non solo in presenza di atti di disposizione, ma anche in virtù di comportamenti che presuppongono necessariamente la volontà di accettare. Il documento di prassi evidenzia, quindi, che l'atto con forma qualificata, dal quale desumere l'esistenza di tale volontà, non è, in sé, atto - di accettazione - soggetto a trascrizione, ma il veicolo documentale che consente di curare la relativa pubblicità immobiliare. La circolare conclude, pertanto, che l'eventuale richiesta di trascrizione effettuata oltre il termine di trenta giorni dalla data dell'atto da cui può essere desunta, non risulta suscettibile di configurare una violazione

tributaria sanzionabile (**Agenzia del Territorio, circolare n. 3 del 12.9.2012**).

«..... GA.....»

**CARTELLE DI PAGAMENTO: DAL 1° OTTOBRE DIMINUISCONO GLI INTERESSI DI MORA PER RITARDATO PAGAMENTO DELLE SOMME ISCRITTE A RUOLO**

*A decorrere dal 1 ottobre 2012, gli interessi di mora per ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo sono determinati nella misura del 4,5504% in ragione annuale. E' quanto stabilito dall'Agenzia delle Entrate che chiarisce come l'art. 30 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602 prevede che, decorsi sessanta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, sulle somme iscritte a ruolo, escluse le sanzioni pecuniarie tributarie e gli interessi, si applicano, a partire dalla data della notifica della cartella e fino alla data del pagamento, gli interessi di mora al tasso determinato annualmente con decreto del Ministero delle finanze con riguardo alla media dei tassi bancari attivi. In attuazione della richiamata disposizione, e dopo aver interpellato la Banca d'Italia, con provvedimento del 22.6.2011, è stata fissata, con effetto dal 1.10.2011, al 5,0243 per cento in ragione annuale, la misura del tasso di interesse da applicare nelle ipotesi di ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo. Considerato che, come detto, l'art. 30 prevede una deter-*

*minazione annuale del tasso di interesse in questione, è stata interessata la Banca d'Italia che, con nota del 12.4.2012, ha stimato al 4,5504% la media dei tassi bancari attivi con riferimento al periodo 1.1.2011-31.12.2011. Con il presente provvedimento si fissa, dunque, con effetto dal 1.10.2012, al 4,5504 per cento in ragione annuale, la misura del tasso di interesse da applicare nelle ipotesi di ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo, di cui all'articolo 30 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602 (**Agenzia delle Entrate, provvedimento prot. 2012/104609**).*

«..... GA.....»

**ENTI LOCALI: DIFFERITA AL 30.11.2012 LA DATA PREVISTA PER LA TRASMISSIONE DELLA CERTIFICAZIONE AL BILANCIO DI PREVISIONE PER L'ANNO 2012**

*A seguito dell'avvenuto differimento al 31.10.2012 del termine per la deliberazione del bilancio di previsione per l'anno 2012 da parte degli enti locali operato con decreto del Ministro dell'interno del 2.8.2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 187 dell'11.8.2012, con il decreto in esame si e' proceduto altresì a differire al 30.11.2012 il termine per la trasmissione della relativa certificazione di bilancio (**Ministero dell'Interno, Dip. affari interni e territoriali, decreto del 3.9.2012**).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA SPENDING REVIEW NEL REGNO UNITO: UN CASO DA APPROFONDIRE. IL TAGLIO DEI TRASFERIMENTI AGLI ENTI LOCALI E LA RISPOSTA DELLE AMMINISTRAZIONI LOCALI

dell'Avv. Anna Mariagrazia Crescenzi

*Relazione in occasione dell'incontro di studio sul tema "La Spending review nel Regno Unito", promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, tenutosi in Londra presso l'Istituto Italiano di Cultura il 14-15-16 maggio 2012*

Speech at the meeting organized by the Italian Government on the issue: "La Spending review in the UK", held in London, at the Italian Cultural Institute on 14 -15-16 May 2012

*Sommario: 1. Premesse. 2. Le caratteristiche della Spending review inglese. 3. Cenni sull'organizzazione finanziaria. 4. Rapporti tra Governo centrale ed enti locali. 5. Decentramento finanziario e tagli alla spesa. 6. Punti chiave delle misure previste. 7. Azioni di sostegno per la finanza locale. 8. I tagli e l'impatto. 9. Fattori di successo. 10. Fattori critici. 11. Conclusioni.*

### 1. Premesse.

Nel corso degli ultimi anni molti Stati hanno introdotto, anche se con modalità profondamente diverse, un insieme di procedure definite di *performance review* o *spending review* in relazione alle diverse finalità che si intendono perseguire<sup>1</sup>.

Possiamo iniziare affermando che il termine *Spending review* riferisce genericamente ad un processo attraverso il quale non solo le aziende ma anche i governi procedono ad analizzare le differenti voci di spesa alla ricerca di sperperi e procedure da ottimizzare. La tendenza è quella di valutare, più che l'ammontare dei costi, le cause che li generano. L'esperienza maturata dal Governo inglese è così apprezzata che possiamo individuare due tipologie: la "*Spending review*" con la quale sono esaminati uno o più aspetti

della spesa pubblica e la "*Comprehensive spending review*" che, partendo da zero, senza considerare le spese già effettuate, può aprire la strada a tagli impegnativi con conseguenti radicali cambiamenti. Sebbene non esista una definizione precisa di *spending review* possiamo ritenere che in essa rientrano quelle procedure che analizzano le tendenze della spesa, i meccanismi che la regolano e l'attualità e l'efficacia degli interventi che la compongono.

### 2. Le caratteristiche della Spending Review inglese.

Nel sistema inglese vige il divieto dell'aumento di spesa pubblica ed il sistema di budget è legato al rispetto della *spending review* e della *golden rule*.

Con la prima sono fissati i limiti di spesa per ogni singolo ministero in funzione del bilancio complessivo, mentre con la seconda sono stabiliti i parametri d'azione del singolo dicastero.

<sup>1</sup> OECD (2011), "Typology and implementation of spending reviews", GOV/PGC/SBO (2011)9.



Le peculiarità sono date:

1. dal rapporto stretto, ma non automatico, tra le macro regole di bilancio ( *Golden Rule e Sustainable Investment Rule*) e la determinazione del tetto di spesa complessivo per il singolo esercizio finanziario.
2. dalla periodica rideterminazione delle assegnazioni di bilancio attraverso un riesame della spesa su base triennale (*spending review*).
3. dalla definizione di *Public Service Agreements* tra Tesoro e Ministeri di spesa competenti che individuano:
  - a. L'assenza di una relazione predeterminata tra le *performance* realizzate e l'assegnazione delle risorse.
  - b. L'approvazione del Parlamento dei tetti di spesa complessivi per ciascun ministero, ma non le assegnazioni ai singoli programmi.
  - c. Il processo partecipativo attraverso le *consultation*<sup>2</sup>.

### 3. Cenni sull'organizzazione finanziaria.

Il principale obiettivo dell'attività di revisione della spesa consiste nell'allocare le risorse tra i diversi Dipartimenti sulla base delle priorità stabilite dal Governo.

La responsabilità di gestione del budget è affidata ai singoli Dipartimenti che distribuiscono le risorse tra i Centri di responsabilità amministrativa.

La corrispondenza tra programmi di spesa e strutture responsabili, cui è demandata la realizzazione di obiettivi precisi e la gestione autonoma delle risorse, consente di modulare l'azione della macchina amministrativa in funzione dei risultati da raggiungere.

Il HM Treasury determina preventivamente il bilancio complessivo di spesa ed i limiti assegnati a ciascun ministero mentre spetta al Parlamento il compito di far rispettare i vincoli di bilancio.

Ogni ministero, pur conservando una notevole autonomia di gestione in un quadro normativo severo, è tenuto a rispettare le regole fiscali e di bilancio.

Ad attestarlo l'obbligo previsto dalla legge di pubblicare la propria contabilità.

E non è una regola fine a se stessa se si considera che sull'azione dei singoli ministeri vigila una apposita struttura, i *team shadow*, alle dirette dipendenze del Tesoro, la cui funzione è di monitorarne costantemente l'operato. Altrettanto severo è l'impianto sanzionatorio se si considera che, in caso di sfioramento dai limiti di bilancio assegnati, è previsto il richiamo formale che, in taluni casi, può tradursi in una sanzione e, in quelli più gravi, nella possibilità di essere chiamati a risponderne di fronte al Parlamento.

### 4. Rapporti tra Governo centrale ed enti locali.

Il sistema britannico presenta nel campo dei rapporti finanziari centro periferia e, in particolare per quanto riguarda i trasferimenti erariali, una tradizione peculiare.

Il processo devolutivo che ha portato ad un alto livello di decentramento nei confronti di alcuni territori ( Scozia, Galles ed Irlanda del Nord) è sostanzialmente diverso dal *Local Government* di più recente sviluppo.

Quest'ultimo, per nulla assimilabile alle amministrazioni devolute non essendo collocato sotto la potestà regolamentare di un ente politico intermedio rispetto allo Stato, dipende direttamente dal Governo centrale per quanto riguarda i trasferimenti.

La *devolution* del Regno Unito è stata infatti costruita giuridicamente secondo lo schema puro della finanza derivata, con la conseguenza di una quasi totale mancanza di effettiva autonomia economico/finanziaria rispetto allo Stato centrale; ciò si rispecchia anche nella terminologia utilizzata nella denominazione dei fondi, che basa il sistema di finanziamento del decentramento su di un *Block Grants System*, o altrimenti detto su degli *Assigned Budgets* degli enti periferici.

Sotto il profilo giuridico rimane il fatto che la problematica dei rapporti finanziari tra *Central government* e *devolved administrations* è trattata secondo criteri di rigorosa analisi normativa e non politologica, cosicché i principi che regolano il sistema fiscale nelle materie devolute (rapporti tra centro e governi locali) rimangono formalmente nella piena

<sup>2</sup> The spending review framework, HM Treasury 2010.

disponibilità decisoria di Westminster e Whitehall.

Da un punto di vista contabile il sistema della spesa pubblica continua ad essere incentrato sui fondi statali, gestiti a livello centrale secondo le ordinarie procedure di bilancio, come regolate dalle prassi del Parlamento britannico.

Il rapporto finanziario tra Governo centrale ed enti locali è quindi interamente incentrato su trasferimenti decisi da Westminster così che le entrate di tutte le amministrazioni locali, analogamente a quelle devolute, sono decise dal Parlamento di Westminster e confluiscono nell'*UK Consolidated Fund*.

La *Total Managed Expenditure (TME)* ricomprende quindi anche i fondi propri delle amministrazioni locali dislocate sul territorio ed il finanziamento delle amministrazioni devolute si attua tramite trasferimento erariale di dotazioni di risorse dal centro alla periferia.

La parte dei fondi statali che è destinata alle amministrazioni devolute viene poi in particolare distinta in un ammontare calibrato in conformità a programmi triennali, detto *Departmental Expenditure Limit (DEL)* ed in un *Annual Managed Expenditure (AME)*. Inoltre la spesa pubblica viene divisa in *UK Expenditure* (o *Non-Identifiable Expenditure*, cioè programmi nazionali o uniformi) e *Countries Expenditure* (o *Identifiable Expenditure*).

I fondi delle amministrazioni locali rientrano ovviamente nella seconda categoria e si concretizzano nell'attribuzione di determinati importi finanziari, diversamente regolati nel loro calcolo e nella disciplina del loro impegno e spesa.

In particolare, da un lato si attribuisce il c.d. *non-assigned budget*, per il quale s'impone l'impiego in conformità con le indicazioni provenienti dal Governo centrale (o dall'Unione Europea, qualora siano fondi comunitari); dall'altro lato si attribuisce un *assigned budget*, la cui allocazione è nella piena disponibilità delle c.d. *devolved*.

Entrambi i fondi rientrano nel *DEL*, mentre le altre risorse al di fuori di tali programmi sono reperite quali proventi delle tasse locali, o, in via ordinaria, dai programmi dell'*AME*.

La regola è comunque quella dell'assenza di vincolo di destinazione nell'impiego delle risorse finanziarie, a garanzia di un livello minimo di effettiva autonomia delle amministrazioni devolute; livello minimo che soffre tuttavia di eccezioni per quanto riguarda le voci ricadenti nell'*assigned budget* (la cui individuazione rimane nella potestà del Parlamento britannico, che quindi in definitiva è il vero *dominus* dell'effettiva ampiezza dell'autonomia finanziaria anche sotto il profilo della vincolatività a destinazioni particolari dei fondi trasferiti).

Di norma tuttavia l'estrinsecarsi dei trasferimenti in fondi privi di vincolo di destinazione fa sì che le amministrazioni locali possano differenziare la spesa solo in quei settori in cui possiedono competenza ed autonomia legislativa.

### 5. Decentramento finanziario e tagli alla spesa.

Il Governo locale ha tre principali fonti di reddito:

1. Sovvenzioni dal governo centrale;
2. *Council tax* calcolata sugli immobili che finanzia parte dei servizi locali come raccolta rifiuti, cura del verde, etc.;
3. Altri proventi derivanti da commissioni per servizi locali e spese per affitti di case popolari.

Mediante i *Local government* ricevono il 53% del loro finanziamento dal *Central Government*.

Il contributo varia significativamente in un range dal 20% al 75%, tenuto conto che le differenti capacità economiche degli enti locali comportano che parte di essi dipendono dalle allocazioni del bilancio centrale fino al 75% del loro bilancio<sup>3</sup>.

Con la *Spending review 2010* ed il programma finanziario per il *Local government 2012-2013* il Governo inglese è orientato ad un cambiamento fondamentale destinato ad

<sup>3</sup> Plain English guide to the Local Government Finance Settlement 2012 – 2013 - UK Department for Communities and Local Government

una sempre maggiore delega di potere finanziario da Westminster ai *Local Council*.

Il cambio di rotta deriva dalla consapevolezza che il *Central Government* ha esercitato fino ad oggi un alto livello di controllo sulla finanza locale, senza riuscire ad incidere quantitativamente e qualitativamente sulla spesa.

#### **6. Punti chiave delle misure previste.**

Dal rapporto sul "*Local Government Finance settlement*" si evidenzia come attraverso i radicali programmi di riforma, razionalizzazione e devoluzione del finanziamento al governo locale sia prevista una riduzione complessiva delle risorse destinate al *Local government* pari al 33% in termini reali nel 2014-2015. Con l'aumento delle discrezionalità di spesa a livello locale s'intende conseguire un risparmio di spesa derivante dalla maggiore consapevolezza dei "*bisogni relativi*" che riflette ed influenza i costi di erogazione dei servizi sul territorio aumentando la qualità e riducendone la spesa.

#### **7. Azioni di sostegno per la finanza locale.**

In risposta alle preoccupazioni derivanti dalle riduzioni previste, il *Central Government*, focalizzando l'attenzione sul "*potere di acquisto*" dell'ente locale al di là della formula del finanziamento, aveva previsto di poter garantire che nessun ente locale vedesse diminuire la propria capacità di spesa oltre l'8,8 % nel biennio 2011-2013.

Nei fatti nel 2011-2012 il calo è stato mediamente del 4,5%. Nel 2012-2013 è previsto un 3,3%.

Al fine di mantenere un buon livello d'intervento sono state garantite ulteriori sovvenzioni agli enti locali per sostenere l'assistenza sanitaria e sociale e le proprie entrate fiscali prevedendo un "*rabbocco*" dell'importo della sovvenzione di circa 20 milioni di sterline nel 2012-2013 condiviso tra gli enti locali che altrimenti avrebbero visto diminuzioni significative del loro potere di acquisto.

Per garantire l'effettiva destinazione dei fondi, le ulteriori sovvenzioni sono state indirizzate agli stessi enti che forniscono assi-

stenza sociale, piuttosto che ai Consigli locali che non ne hanno, di fatto, la responsabilità. Nonostante i cambiamenti in atto l'ente locale è ancora di fronte a sfide rilevanti.

A loro sostegno il *Central Government* sta operando in modo graduale stabilendo che il processo decisionale sulla spesa sarà rimesso interamente nelle mani del *Local government* nel 2015.

In particolare il Governo centrale ha già ridotto gli oneri d'ispezione, regolazione e burocrazia regionale attraverso l'abolizione della *Comprehensive Area Assessment* e lo scioglimento dell'*Audit Commission*, mettendo fine al monitoraggio centralizzato degli obiettivi connessi con i *Local Area Agreements*.

#### **8. I Tagli e l'impatto.**

Il bilancio del *Central government* - Dipartimento per il *local government* è di circa 10 miliardi di sterline l'anno.

In aggiunta il Dipartimento ha anche il controllo di £ 26 miliardi di finanziamento che coprono direttamente la maggior parte delle spese che vengono erogate a livello locale per la scuola.

Il governo imposta la politica in materia di governo locale con diretto riferimento alle esigenze delle comunità in termini di alloggio ed ambiente.

Il Governo per aiutare le amministrazioni a destreggiarsi tra impegni di spesa in esito al taglio delle risorse e decentramento decisionale sulla migliore allocazione delle stesse, ad eccezione delle sovvenzioni per la scuola e la sanità, ha previsto che il finanziamento accordato all'ente locale sarà incrementato di un'addizionale di £ 1billion per l'assistenza sociale entro il quarto anno dalla revisione della spesa e di un ulteriore £1billion attraverso il Servizio Sanitario nazionale per sostenere il lavoro congiunto dell'ente locale in materia di sanità.

Ciò significa che per gli inquilini delle case popolari l'affitto rimarrà invariato e che per affrontare l'aumento rapido del costo della vita per i nuovi inquilini verrà offerto un affitto intermedio attorno all'80 per cento di quello che offre il mercato.

Per tali finalità è prevista la costruzione di un massimo di 150.000 nuove case a prezzi accessibili per i prossimi quattro anni. Sarà erogato un ulteriore contributo extra di £ 650 milioni per consentire all'ente locale di congelare per un anno la "council tax".

In seguito alla forte riduzione dei finanziamenti statali il *local government* dovrà individuare e decidere le priorità nell'erogazione dei servizi, ridurre le dimensioni del *back office*, procedere ad una radicale revisione degli assetti organizzativi e sarà costretto a delineare importanti programmi di riforma per l'investimento dei capitali di cui dispone.

Gli enti locali avranno quindi necessità di aumentare la produttività invertendo la rotta dell'ultimo decennio caratterizzata invece da una progressiva e costante riduzione della stessa.

### 9. Fattori di successo.

La priorità stabilita dal Governo è stata quella di assumere le azioni necessarie per affrontare il deficit e consentire la sostenibilità delle finanze pubbliche.

Considerato che gli enti locali rappresentano circa un quarto di tutta la spesa pubblica, il necessario taglio ai trasferimenti, non è stato lineare ma modulato in modo che la riduzione incidesse in misura inversamente proporzionale alla dipendenza del singolo ente dal finanziamento del governo centrale.

Le diversità di fabbisogno tra le aree del paese mostra come l'incidenza delle imposte locali sia tanto diversa tra un'area e l'altra tanto che i trasferimenti da parte del governo centrale possono variare dal 75% al 20 % del bilancio dell'ente locale.

Ciò significa che una riduzione percentuale pari alla sovvenzione avrebbe lasciato le aree più povere in modo sproporzionalmente peggiore.

Esemplificando, se si applicasse un 10% di riduzione del finanziamento centrale in modo lineare, un ente locale che si basa su una concessione governativa del 75% del proprio bilancio, vedrebbe ridursi il proprio budget del 7%.

Mentre l'ente locale che fa affidamento sul contributo governativo per il 20% del proprio bilancio vedrebbe una riduzione del 2%.

Il Governo ha agito per mitigare le modalità di calcolo del finanziamento, ritenendo che le minori risorse da distribuire dovessero essere destinate in modo proporzionalmente maggiore verso le aree del paese con i più alti livelli di bisogno.

Diversamente dal passato, ove era stato previsto un unico piano, per gli anni dal 2011 al 2013 gli enti locali sono stati raggruppati in quattro fasce con quattro differenti piani che si basano sulla percentuale di bilancio che l'autorità locale riceve in concessione dal governo centrale.

In tal modo il Governo ha limitato le riduzioni a favore degli enti locali meno autosufficienti.

Il sistema è indubbiamente più equo e progressivo rispetto alle scelte precedenti.

Complessivamente il sistema di finanziamento risulta più semplice e snello, consente di concentrare gli obiettivi di spesa su priorità stabilite a livello locale, concentrando le risorse, seppure ridotte, sulle esigenze locali senza condizionamenti derivanti dalle priorità stabilite dal governo centrale.

Il Governo centrale sta anche fornendo nuovi incentivi finanziari per investimenti a livello locale in progetti a più lungo termine destinati a investimenti residenziali e di edilizia sociale.

La focalizzazione sulle esigenze locali, stabilite sulla base di quelle individuate, può fornire i risparmi necessari riallocando le finanze pubbliche e consentendo di:

1. migliorare la trasparenza, permettendo al cittadino di vedere dove il denaro viene speso, di apportare modifiche e suggerimenti, rendendo i fornitori più competitivi.
2. implementare i servizi in condivisione locale per ottenere una maggiore efficienza e miglioramento dei servizi.
3. migliorare la pratica degli appalti, ottenendo prezzi maggiormente competitivi.

### 10. Fattori critici.

Il nuovo sistema, venuto a delinearci per la finanza pubblica locale, è estremamente complicato nella definizione soprattutto per quegli enti locali fortemente dipendenti dalle sovvenzioni del governo centrale.

Il perdurare della dipendenza indebolisce le responsabilità a livello locale e rende difficile per tali enti pianificare ed impostare bilanci a lungo termine in quanto pochi sono gli incentivi per investire nell'economia locale giacché i premi che avrebbero ricevuto sotto forma di maggiori introiti derivanti dall'incremento delle tariffe confluiscono nel fondo da condividere con il governo centrale.

D'altro canto il taglio delle sovvenzioni centrali, lineare od inversamente proporzionale alle risorse possedute autonomamente dai vari governi locali, si tradurrebbe necessariamente in un aumento del prelievo fiscale e del costo dei servizi tale da poter risultare comunque socialmente insopportabile.

E' per questo motivo che la *Local Government Resource Review* ha definito alcune proposte d'intervento per l'individuazione di un sistema che sia in grado nel biennio 2013-2014 di diminuire gradualmente il livello di finanziamento per i governi locali più poveri al fine di consentire che i loro investimenti possano gradualmente ridurre il fabbisogno di trasferimenti dal centro.

Se realizzato, il sistema potrà costituire per gli stessi enti locali un incentivo fiscale destinato a promuovere lo sviluppo delle attività nella propria area, in quanto saranno in grado di pianificare svincolati dal Governo centrale e potranno investire e sostenere l'economia locale ampliando le proprie capacità di autofinanziamento.

### 11. Conclusioni.

Da una visione comparativa dei diversi modelli fino ad oggi sperimentati da numerosi Paesi, il modello inglese risulta essere il più consolidato.

I risultati positivi in termini di performance applicative raggiunti nei cinque cicli di

*Spending review* messi in atto dal Governo inglese, rispettivamente nel 2000, 2002, 2004, 2007 e nel 2010, consentono di evidenziare i punti cardine sui quali si basa.

1. Raggiungimento di una maggiore stabilità dei piani triennali di spesa, per consentire ai ministeri interessati di pianificare con il dovuto anticipo e di gestire i servizi pubblici su fondamenta più solide;
2. Separazione netta delle previsioni di spesa in conto capitale dalle previsioni di spesa corrente affinché le spese d'investimento non siano sovrapposte a quelle necessarie per far fronte a esigenze di breve termine;
3. Graduale introduzione di una contabilità e programmazione delle risorse, finalizzata a migliorare la pianificazione, il controllo della spesa e ad aumentare gli incentivi a favore di un'efficace gestione dell'attivo;
4. Introduzione degli Accordi sui Servizi Pubblici che definiscono traguardi misurabili per l'intera gamma degli obiettivi indicati nei programmi di spesa pubblica del Governo. (UK Treasury 2010).

La progressiva diminuzione dei budget a disposizione delle amministrazioni locali non ha comportato una diminuzione quantitativa o qualitativa dei livelli di servizio da assicurare ai cittadini bensì ha incentivato la rimodulazione finanziaria ed organizzativa delle risorse a disposizione.

Nel settore dell'istruzione, a fronte della riduzione dei fondi, si è deciso di non tagliare i fondi destinati alla ricerca, ma di diminuire i trasferimenti agli istituti erogatori dell'istruzione universitaria adottando un nuovo modello di finanziamento all'istruzione basato sull'apertura di una linea di credito pubblica fondata sul prestito d'onore dedicato agli studenti, che restituiranno il prestito nel momento in cui inizieranno a guadagnare più di £ 21,000. Gli obiettivi dichiarati sono stati quelli di contrastare l'incremento del deficit pubblico e assicurare la crescita economica di lungo termine e l'equità sociale.

## GIURISPRUDENZA

TAR Lazio, Roma, Sez. II, 24.10.2012, n. 8767  
**Agenzia delle entrate - rimborsi delle somme versate in eccedenza a titolo di oblazione per la sanatoria di abusi edilizi - competenza.**

*La controversia in esame - ancorché veicolata attraverso l'impugnativa del silenzio - rifiuto opposto dall'amministrazione - è diretta alla declaratoria del diritto alla restituzione di somme che si sostengono versate in eccedenza a titolo di oblazione per sanatoria edilizia. Essa concerne quindi, diritti soggettivi di credito in materia in cui sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 35, co. 16, l. 28.2.1985, n. 47, richiamato, per quanto qui interessa, dall'art. 39 della l. 724 del 1994, applicata nella fattispecie; cfr., da ultimo, TAR Lazio, II, n. 945 del 2.2.2011). Per quanto occorrer possa, è bene precisare che parte ricorrente ha comunque espressamente spiegato anche un'azione di accertamento e di condanna alla restituzione delle somme versate in eccedenza. Al riguardo, il Collegio ricorda che il silenzio rifiuto può formarsi esclusivamente in ordine ad un'attività dell'amministrazione ad emanazione vincolata ma di contenuto discrezionale, e quindi necessariamente incidente su posizioni di interesse legittimo, e non già nell'ipotesi in cui viene chiesto il soddisfacimento di posizioni aventi natura sostanziale di diritti soggettivi. La formazione del silenzio rifiuto e lo speciale procedimento giurisdizionale oggi disciplinato dall'art. 117 c.p.a., non risulta infatti compatibile con le pretese che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia, in quanto concernono diritti soggettivi la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale competente (TAR Lazio, II, 7.11.2011, n. 8531). Ciò premesso - quanto alla sussistenza, in materia, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - deve essere respinta l'unica eccezione svolta dall'intimata Agenzia delle Entrate, la quale ha invocato il proprio difetto di legittimazione passiva. Ricorda infatti il Collegio che la l. n. 47 del 1985, sopra richiamata, dispone che, qualora dall'esame della documentazione risulti un credito a favore del presentatore della domanda di concessione in sanato-*

*ria, certificato con l'attestazione rilasciata dal Sindaco, l'interessato può presentare istanza di rimborso "all'intendenza di finanza territorialmente competente". Alle Intendenze di Finanza, peraltro, sono dapprima subentrate, in forza della l. 29.10.1991 n. 358, le Direzioni Regionali delle Entrate, alle quali, per quanto qui interessa, in forza del d.m. 7.3.1997 (recante le "Modalità di rimborso delle differenze non dovute e versate a titolo di oblazione per la sanatoria degli abusi edilizi"), è stato espressamente attribuito il compito di disporre i rimborsi a favore degli aventi diritto. E' noto, poi che, ai sensi del d.lgs. n. 300 del 1999, è stata creata l'Agenzia delle Entrate, cui è stata attribuita, tra le altre, la competenza "a svolgere i servizi relativi alla amministrazione, alla riscossione e al contenzioso dei tributi diretti e dell'imposta sul valore aggiunto, nonché di tutte le imposte, diritti o entrate erariali o locali, entrate anche di natura extratributaria, già di competenza del dipartimento delle entrate del ministero delle finanze o affidati alla sua gestione in base alla legge o ad apposite convenzioni stipulate con gli enti impositori o con gli enti creditori". Non vi è dubbio, pertanto, che l'Agenzia sia competente anche a disporre i rimborsi delle differenze non dovute e versate a titolo di oblazione per la sanatoria di abusi edilizi.*

TAR Campania, Napoli, 18.10.2012, n. 4147

**La prescrizione dell'obbligazione di pagamento degli oneri concessori.**

*Il termine decennale di prescrizione dell'obbligazione sul pagamento degli oneri concessori, nell'ipotesi di mancata esplicita definizione dell'istanza di condono, decorre dalla formazione del silenzio assenso e questo, ai sensi dell'art. 35 della l. n. 47/1985, si forma dopo il termine di ventiquattro mesi decorrente dalla data nella quale viene depositata la documentazione completa a corredo della domanda di rilascio della concessione in sanatoria (cfr. CdS, V, 2.2.2012 n. 578; TAR Sicilia Ct, I, 12.5.2011 n. 1156; TAR Sardegna, II, 17.11.2010 n. 2600).*



TAR Lazio, Sez. I ter, 4.10.2012, n. 3585  
**Sospensione delle delibere di assestamento di bilancio.**

*Il Codacons con comunicato del 4.10.2012 rendeva noto di aver depositato un ricorso al Tar del Lazio contro la Regione Lazio per le note vicende dei "fondi sperperati dai consiglieri regionali". Nel ricorso, tra l'altro, si contesta la legittimità costituzionale degli articoli dello statuto (22, 23 e 24; e art. 3 bis l.r. Lazio n. 6 del 1973) che, "senza alcuna logica - osserva l'associazione di consumatori - attribuiscono all'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale il potere assoluto di decidere variazioni di bilancio..". L'associazione ha chiesto dunque ai giudici del Tar di "condannare la Regione Lazio, in persona non solo degli organi istituzionali ma anche dei singoli consiglieri regionali, a voler restituire le somme percepite per spese di rappresentanza e/o per il funzionamento dei gruppi consiliari, ex art. 28 costituzione, e di condannare gli stessi soggetti al risarcimento dei danni prodotti". Con decreto del 5.10.2012*

*il TAR del Lazio ha rigettato la richiesta formulata dalla Codacons di sospensione in via cautelare della deliberazione del Consiglio regionale della Regione Lazio datata 28.06.12 concernente: "assestamento del bilancio annuale e pluriennale 2012-2014 della Regione Lazio" art.3 e di ogni altro atto indicato nell'epigrafe del ricorso". In particolare il giudice amministrativo considerato che il ricorso risulta in corso di notifica e non notificato come espressamente richiesto dal comma 1 dell'art.56 c.p.a. e che il danno lamentato dall'istante prodotto dalle recenti manovre di bilancio annuale e pluriennale e dalle deliberazioni di identico tenore del 2010 e del 2011 non presenta i caratteri di irreparabilità richiesti dal predetto c.p.a. per la concessione della tutela monocratica, potendo essere adeguatamente valutato dal Collegio nella prima camera di consiglio utile che si individua fin d'ora nel caso di intervenuta notifica nei termini prescritti in quella del 25.10.2012.*

«.....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 legge 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 "importo complessivo del credi-*

*to". 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'indebitamento, 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 iscriverne l'ipoteca di cui all'art. 77 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, come modificato, da ultimo, dalla lettera 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 applicabi-*

le 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 sollecita riscossione delle imposte, nel preminente interesse costituzionale di garantire il

regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato” (sentenza 10.7.1975 n. 195; ord.za 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 previste per i concessionari del servizio nazionale della riscossione dall’art. 47 del d.P.R. 602/73. I dubbi inter-

pretativi 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. SS.UU. 5246/93, confermata, di recente, in Cass. n. 7309/2006). L'art. 77 del d.P.R. 602 individua espressamente 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 pro-

cedure 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 contenuto 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 recen-*

*temente 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

### **RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE: AVVIATO L'ESAME DEL DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE**

*Il disegno di legge costituzionale AS 3520 "Disposizioni di revisione della Costituzione e altre disposizioni costituzionali in materia di autonomia regionale" è stato assegnato alla I<sup>a</sup> Commissione Affari Costituzionali del Senato che ne ha avviato l'esame il 24 ottobre. Dall'esame della relazione illustrativa al disegno di legge, la Presidenza del Consiglio dei Ministri segnala tra le novità "la parziale rivisitazione degli elenchi delle materie di legislazione esclusiva statale e di legislazione concorrente delle regioni: ad esempio, vengono inserite nel campo della legislazione esclusiva dello Stato alcune materie che erano precedentemente considerate di legislazione concorrente, come il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, le grandi reti di trasporto e di navigazione, la disciplina dell'istruzione, il commercio con l'estero, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia. Riguardo poi alla potestà legislativa, l'attuale art. 117, oltre a stabilire quali materie sono attribuite alla potestà esclusiva dello Stato e quali alla potestà concorrente, prevede che "Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato". Il disegno di legge costituzionale attribuisce, invece, alla legge statale un ruolo più ampio nell'area della legislazione concorrente, prevedendo che spetti alla legge dello Stato non più di stabilire i "principi fondamentali", bensì di porre la disciplina funzionale a garantire l'unità giuridica ed economica della*

*Repubblica. Nella competenza statale vengono inserite anche materie sino ad ora non specificamente individuate nella Costituzione e che sono state oggetto, in questi anni, di contenzioso costituzionale, come la disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la disciplina generale degli enti locali. Vengono disposti, poi, confini meno rigidi fra potestà regolamentare del Governo e potestà regolamentare delle regioni, prevedendo in modo semplice che lo Stato e le regioni possono emanare regolamenti per l'attuazione delle proprie leggi. Viene riconosciuta la competenza della Corte dei conti a svolgere controlli sugli atti e sui bilanci delle regioni; l'equilibrio di bilancio e il contributo al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica sono individuati come principi validi anche nei confronti dell'autonomia delle regioni a statuto speciale" (**Riforme istituzionali, comunicato del 25.10.2012**).*

«..... GA.....»

### **INCOSTITUZIONALE LA MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA**

*La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione (**Corte Costituzionale, comunicato del 24.10.2012**).*

«..... GA.....»

### **REGIONE MOLISE SI TORNA A VOTARE: IL CONSIGLIO DI STATO CONFERMA L'ANNULLAMENTO DELLE OPERAZIONI ELETTORALI**



*E' stata pubblicata in data odierna la sentenza del Consiglio di Stato sopra linkata che conferma l'annullamento delle operazioni elettorali che si svolgevano il 16 e 17 ottobre 2011 per l'elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio regionale del Molise. Le consultazioni vedevano vincitore il candidato presidente Angelo Michele Iorio, con un totale di 88.811 voti personali validi (il 46,77% del totale) ed un distacco limitato a 948 voti dal primo dei non eletti, Paolo di Laura Frattura, il quale aveva ottenuto 87.863 voti personali validi (46,27% del totale). Il Consiglio di Stato, rigettate in via preliminare le eccezioni di rito, nel merito ha ritenuto che la lista MOLISE CIVILE-REGIONE IN MOVIMENTO risulta essere stata presentata senza soddisfare la condizione del rispetto della soglia costituita dal numero minimo di mille sottoscrizioni, per essere solo 994 quelle risultate valide, confermando l'illegittimità della sua ammissione alla consultazione.*

*Relativamente poi all'ammissione, controversa, della lista Casini-Unione Di Centro, il Consiglio di Stato ha confermato le conclusioni del TAR a tenore delle quali anche le firme che hanno promosso l'ammissione di detta lista erano inferiori alla soglia stabilita dalla l. n.108 del 1968. Fondate, invece, per il Consiglio di Stato le doglianze sollevate dagli appellanti in ordine all'illegittimità rilevata dal Tribunale che avrebbe inficiato l'ammissione alla consultazione del sig. Nicola Eugenio Romagnuolo, candidato della lista provinciale Progetto Molise-Iorio Presidente eletto alla carica di consigliere regionale con 2895 voti. Questi sarebbe stato illegittimamente ammesso alla competizione, a causa dell'invalidità della sua accettazione della candidatura. La dichiarazione di autentica della sua sottoscrizione di accettazione della candidatura è stata difatti reputata viziata dal fatto che il pubblico ufficiale autenticante non aveva indicato, nell'occasione, le generalità dell'autore della sottoscrizione da autenticare, bensì le proprie. Per questa parte il Collegio ritiene fondate le doglianze degli appellanti aggiungendo però che la fondatezza di tale motivo nulla toglie all'esistenza dei vizi di legittimità confermati-*

*si a carico dell'ammissione alle elezioni delle due liste Molise Civile-Regione In Movimento E Casini-Unione Di Centro (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 29.10.2012, n. 5504).*

«..... GA.....»

#### **RAPPORTO TRA IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA DELLA SENTENZA AVENTE AD OGGETTO IL DIRITTO AL RISARCIMENTO DEI DANNI DA OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E LA CAUSA DI OPPOSIZIONE ALLA STIMA INSTAURATA INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato relativamente al rapporto intercorrente tra il giudizio di ottemperanza avente ad oggetto il diritto al risarcimento dei danni da occupazione acquisitiva accertato con efficacia di giudicato dalla sentenza ottemperanda e la causa di opposizione alla stima pendente dinanzi alla Corte d'Appello, ha affermato che deve escludersi la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza che, secondo la deducente, imporrebbe la sospensione necessaria del presente giudizio (ex artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c.) in attesa della definizione della causa di opposizione, determinando, tutt'al contrario, l'annullamento del decreto di esproprio l'inammissibilità dell'opposizione alla stima e della domanda di determinazione dell'indennità d'esproprio (v., ex plurimis, Cass. Civ., Sez. I, 15.3.2007, n. 6026), ed intercorrendo dunque tra i due giudizi, semmai, un rapporto di pregiudizialità-dipendenza in senso inverso rispetto a quello assunto dalla deducente (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 25.10.2012, n. 5457).*

«..... GA.....»

#### **CONTROLLATE LE SENTENZE DEL TAR: SE MANCA LA FIRMA DEL PRESIDENTE DEL COLLEGIO GIUDICANTE, LA SENTENZA E' NULLA! NON BASTA LA SOLA SOTTOSCRIZIONE DEL GIUDICE ESTENSORE**

*Nel giudizio in esame il Comune di Rimini ha chiesto l'annullamento della sentenza nella*

parte in cui, nel respingere il ricorso, non ha condannato l'impresa al risarcimento dei danni conseguenti alla mancata realizzazione della Questura. Con memoria per la discussione il Comune appellante faceva rilevare che in realtà la sentenza impugnata era priva della firma del Presidente del Collegio, lasciando al Collegio la valutazione a tale riguardo. Il Consiglio di Stato ha dichiarato la nullità della sentenza impugnata per difetto assoluto di forma. In punto di fatto infatti, il Collegio rileva che: - la decisione pubblicata, come si evince *ictu oculi* dal suo esame, è stata firmata solo dal giudice estensore (e relatore) e non anche dal presidente del collegio giudicante; - non vi è alcuna menzione dell'eventuale causa che ha impedito la firma del provvedimento decisorio da parte del presidente; - non vi sono elementi per dedurre la ricorrenza nel caso di cui al II° co. dell'art. 88 c.p.a. per cui il provvedimento può essere firmato dall'altro componente, anziano del collegio stesso. L'art. 88 co. 1 lett. h) del c.p.a. (sulla scia dell'art. 132, co. 3, del c.p.c.) precisa che la sentenza emessa deve essere sottoscritta dal presidente e dall'estensore. La sottoscrizione della sentenza dal parte del giudice collegiale costituisce un requisito essenziale del provvedimento, la cui mancanza determina la nullità assoluta ed insanabile (ovvero l'inesistenza del provvedimento, rilevabile d'ufficio: Cass. Civ., sez. III, 24.6.2004, n. 11739), cui non può ovviarsi né con il procedimento di correzione degli errori materiali (cfr. Cass. Civ., 13.5.2004, n. 9113), né con la rinnovazione della sua pubblicazione dalla parte dello stesso organo giurisdizionale (Cass. Civ., sez. III, 29.11.2005, n. 26040). Nel caso in esame, la sentenza impugnata di cui si discute (n. 125 del 20.1.2005) deve essere annullata con rinvio al primo giudice, ai sensi del combinato disposto degli articoli 84, comma 3, e 105, co. 1 del codice di procedura amministrativa, vertendosi in un difetto assoluto di forma (CdS, IV, 22.9.2005, n. 4961; sez. V, 27.9.2004, n. 6315; CdS, IV 2.10.2006 n. 5742). Ai sensi dell'art. 104, co. 1 deve essere dichiarata nulla d'ufficio con rinvio la sentenza del giudice di primo grado firmata dal solo giudice estensore e non anche dal Presidente del Collegio giudicante (**Consiglio di**

**Stato, Sez. IV, sentenza 24.10.2012, n. 5441).**

«..... GA.....»

### **CONTROVERSIE IN MATERIA DI CONTRIBUTI PUBBLICI: INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE COMPETENTE**

*In materia di erogazione di contributi, anche dopo la fase di ammissione al contributo, la pubblica amministrazione conserva il potere di autotutela, espressione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, il cui esercizio implica attività discrezionale idonea ad affievolire le situazioni soggettive del beneficiario (cfr. CdS, VI, 23.9.2002, n. 4810; 20.4.2000, n. 2454). La posizione del privato è, quindi, di interesse legittimo, come tale tutelabile davanti al giudice amministrativo, nella fase procedimentale anteriore all'emanazione del provvedimento attributivo del beneficio, ovvero nel caso che tale provvedimento venga annullato o revocato in autotutela per vizi di legittimità o per il suo contrasto con il pubblico interesse; è di diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, se la controversia attiene alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'adempimento degli obblighi a cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (Cass. Sez. Unite, 25 luglio 2006, n. 16896; 23 febbraio 2001, n. 66). Sulla scorta di tali criteri, la controversia in esame appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, sussistendo in concreto il potere, per altro esercitato, dell'amministrazione di valutare l'esistenza del presupposto per la concessione del finanziamento (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5412).***

«..... GA.....»

### **NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO LA LEGITTIMAZIONE ALL'APPELLO VA INDIVIDUATA IN BASE AL CRITERIO DELLA SOCCOMBENZA**

*La giurisprudenza del Consiglio di Stato (ex multis, VI, 31.5.2008, n. 2624), ha più volte affermato, con indirizzo che il Collegio con-*

divide, che nel processo amministrativo la legittimazione all'appello va individuata in base al criterio della soccombenza, nel senso che essa deve essere riconosciuta alle parti che dalla sentenza di primo grado ricevono un effetto giuridico sfavorevole; per conseguenza, nel caso di pronuncia di accoglimento del ricorso di primo grado e di annullamento dell'atto impugnato, la detta legittimazione spetta non solo all'Autorità emanante, ma anche a chi è portatore di una posizione sostanziale differenziata, diretta a sostenere l'atto annullato, anche in assenza del presupposto per qualificare tale parte come controinteressato (negli stessi termini CdS, III, 6.6.2011, n. 3372; V, 12.10.2009, n. 6258). Secondo l'orientamento sopra richiamato, quindi, è legittimato all'appello chiunque abbia subito la lesione, giuridicamente qualificata, ad un bene della vita da parte della sentenza di primo grado. Ovviamente, è onere dell'appellante dimostrare l'esistenza di tale presupposto. Di conseguenza, ove la legittimazione ad appellare non emerga con immediata evidenza ed in ogni caso in cui questa, come nella presente controversia, sia contestata, spetta all'appellante l'onere di dimostrare su quali elementi questa si basi (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22.10.2012, n. 5399**).

«..... GA.....»

### **È INAMMISSIBILE IL GIUDIZIO AVVERSO IL SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE, ALLORQUANDO L'ISTANZA A PROVVEDERE ATTIENE A MATERIA CONTROVERSA OGGETTO DI CONTENZIOSO GIUDIZIARIO PENDENTE**

La questione sollevata dai ricorrenti è l'ammissibilità del giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione, allorquando l'istanza a provvedere attiene a materia controversa oggetto di contenzioso giudiziario pendente. Come osservato dai giudici di primo grado, il procedimento volto alla formazione del silenzio rifiuto, impugnabile ai fini della declaratoria dell'obbligo di provvedere, non è esperibile laddove non sussiste l'obbligo dell'amministrazione a provvedere. Tale si-

tuazione ricorre nel caso in cui sia pendente un giudizio avente ad oggetto la legittimità di atti cui è correlata la domanda degli interessati. L'obbligo di provvedere si risolverebbe, infatti, ove adempiuto, in un atto meramente soprassessorio, nel mentre il silenzio consentirebbe all'interessato di promuovere un giudizio analogo per contenuto a quello già pendente. Tale situazione è ravvisabile nel caso in esame, in cui in pendenza del giudizio sulla legittimità del provvedimento di acquisizione gratuita di un suolo abusivamente edificato, i ricorrenti con la procedura del silenzio – rifiuto chiedevano all'amministrazione una espressa pronuncia sull'istanza di restituzione. L'amministrazione non aveva, invero, alcun obbligo di provvedere sull'istanza, essendo in attesa dell'esito del giudizio sulla legittimità dell'acquisizione, che costituiva il presupposto della retrocessione. Sotto altro profilo, va poi considerato che il procedimento del silenzio – rifiuto, comunque, non è idoneo a rimettere nei termini l'interessato che abbia trascurato di impugnare tempestivamente atti a sé lesivi, i cui effetti sono divenuti irreversibili (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22.10.2012, n. 5404**).

«..... GA.....»

### **LA SOSPENSIONE CAUTELARE DAL SERVIZIO DEL DIPENDENTE COMUNALE RINVIATO A GIUDIZIO PER FATTI DIRETTAMENTE ATTINENTI AL RAPPORTO DI LAVORO PRESCINDE DALLA POSSIBILITÀ DI PERVENIRE ALLA SANZIONE DISCIPLINARE DEL LICENZIAMENTO**

Nel procedimento in esame viene impugnata dal Comune la sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso presentato da un dipendente comunale (il responsabile dell'ufficio tecnico), per l'annullamento della delibera di Giunta con la quale veniva disposta la sua sospensione cautelare dal servizio perché sottoposto a quattro procedimenti penali, uno dei quali sfociato nel rinvio a giudizio. Il Tribunale adito accoglieva il motivo nel quale era stata dedotta la violazione dell'art. 27, co. 2, del C.C.N.L. del 6.4.1995 per il comparto Enti locali, a causa della mancanza di

motivazione in ordine alla possibilità di pervenire alla sanzione disciplinare del licenziamento. Nel presente appello il Comune soccombente chiede la riforma della sentenza, criticando la lettura data dal Giudice di primo grado alla citata previsione di C.C.N.L. e sostenendo che la prognosi sull'applicabilità della sanzione espulsiva non è imposta nel caso, come quello oggetto di giudizio, in cui i procedimenti penali concernono fatti "direttamente attinenti al rapporto di lavoro", ma la diversa ipotesi, parimenti contemplata dalla norma contrattuale, di fatti diversi, come evincibile dalla formulazione letterale della stessa ed in particolare dall'impiego della disgiuntiva "o". Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello affermando che ha ragione l'amministrazione appellante a sostenere che nel caso di rinvio a giudizio per fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro il potere di sospensione cautelare è riconducibile al potere datoriale di autotutela durante il tempo occorrente alla definizione del procedimento penale su detti fatti, in funzione preventiva di possibili pregiudizi al regolare funzionamento del servizio ed al prestigio dell'amministrazione. Tale interpretazione è avvalorata dalla formulazione letterale, in cui le due ipotesi sono grammaticalmente distinte attraverso la disgiuntiva "o" (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 18.10.2012, n. 5354).

«..... GA.....»

#### **LA CONDANNA AL RISARCIMENTO DEI DANNI PUÒ AVER LUOGO SOLO OVE RICORRA QUANTOMENO L'ELEMENTO DELLA "COLPA" DELLA PA.**

La sussistenza dell'elemento (quantomeno) della colpa costituisce, come è noto, condizione imprescindibile per la riconoscibilità della tutela risarcitoria (*ex multis*: "l'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'Am-

ministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'Amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità."- CdS, IV, 1.10.2007, n. 5052) (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 5.10.2012, n. 5204).

«..... GA.....»

#### **PROCEDURA DI EMERSIONE DEI LAVORATORI STRANIERI IRREGOLARI: LA DOCUMENTAZIONE UTILE AI FINI DELL'ATTESTAZIONE DELLA PRESENZA DEL LAVORATORE STRANIERO SUL TERRITORIO NAZIONALE NON DEVE NECESSARIAMENTE PERVENIRE DA UNA PA.**

Il parere in questione è stato richiesto all'Avvocatura dello Stato dal Dipartimento delle Libertà civili e l'Immigrazione in considerazione dei numerosi quesiti giunti in merito alla tipologia di documentazione utile ai fini dell'attestazione della presenza del lavoratore straniero sul territorio nazionale almeno alla data del 31.12.2011. L'avvocatura in particolare rileva come la documentazione che il lavoratore straniero deve fornire nella procedura di emersione, per dimostrare la sua presenza sul territorio nazionale almeno alla data del 31 dicembre 2011, non dovrà necessariamente pervenire da una pubblica amministrazione in quanto ratio sottesa all'adozione del termine "organismo pubblico" utilizzata dal legislatore nell'art. 5 del d. lgs n. 109/12 è quella di includervi anche soggetti pubblici, privati o municipalizzati che istituzionalmente o per delega svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica o un servizio pubblico. Di conseguenza nella documentazione, ad esempio, possono farsi rientrare: una certificazione medica di una struttura pubblica o un di certificato di iscrizione scolastica dei figli; una tessera nominativa dei mezzi pubblici, una multa, la titolarità di una scheda telefonica di operatori italiani oppure una documentazione rilasciata da centri autorizzati di accoglienza e ricovero, anche re-



ligiosi. Tra le prove documentali, infine, l'Avvocatura fa rientrare anche la documentazione rilasciata da rappresentanze diplomatiche o consolari in Italia, mentre non può ritenersi utile un passaporto recante il timbro di entrata in 'area Schengen' non essendo quest'ultimo in grado di attestare, da solo, la presenza dello straniero, alla data stabilita, proprio sul territorio nazionale (*Avvocatura Generale dello Stato, parere d. lgs n. 109/12 - art. 5 - Emersione dal lavoro irregolare*).

«..... GA.....»

**ISTRUZIONE: IL DIRITTO DI ACCESSO AI RAPPORTI INFORMATIVI SUL PERSONALE DIPENDENTE NON PUÒ ESSERE NEGATO OVE SUSSISTANO RAGIONI CONNESSE ALLA DIFESA GIUDIZIALE**

L'art.2 del d.m. n. 60 del 10.1.1996 ( recante il regolamento del Ministero della istruzione per l'esclusione dell'esercizio del diritto d'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 24, della l. 7.8.1990 n. 241 e dell'art.8 d.P.R. 27.6.1992 n. 352) esclude espressamente dall'accesso i rapporti informativi sul personale dipendente, salvo che non ricorrano particolari esigenze connesse alla difesa in giudizio di posizioni giuridiche soggettive, caso nel quale l'accesso va ammesso sia pure soltanto nella forma della mera visione. Nel caso in esame l'appellante ha indicato lo specifico interesse alla visione dei rapporti informativi che lo riguardano, prospettando la volontà di intraprendere, ricorrendone le condizioni, eventuali iniziative giudiziali a difesa della propria immagine. La deduzione dello specifico interesse appare sufficiente, a parer del Collegio, a ritenere fondata la pretesa ostensiva, data la preminenza attribuita dall'ordinamento, anche a livello di legislazione di rango primario ( art. 24,u.c., della l. 7.8.1990 n. 241), alla esigenze correlate alla difesa o alla tutela in giudizio degli interessi giuridici di chi propone la istanza. Peraltro, tale pretesa può essere soddisfatta a mezzo della mera esibizione al ricorrente, ai fini della semplice visione, degli indicati rapporti informativi presenti nel suo fascicolo personale, secondo quanto dispone

il già citato art. 2 d.m.10.1.1996 n. 60 (*Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8.10.2012, n. 5234*).

«..... GA.....»

**PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI CONSOLIDATI SULLA DISTINZIONE TRA ATTO AMMINISTRATIVO MERAMENTE CONFERMATIVO E ATTO DI CONFERMA IN SENSO PROPRIO E RIFLESSI PROCESSUALI SULL'IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO SOSTITUITO**

La giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ha statuito che allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo, e perciò non impugnabile, o di conferma in senso proprio e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione di interessi. In particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto a un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può dare luogo a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita a un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione. Ricorre, invece, l'atto meramente confermativo (di c.d. conferma impropria) quando l'amministrazione, a fronte di una istanza di riesame, si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione. La giurisprudenza soggiunge che qualora l'atto successivo, adottato sulla base di una rinnovata istruttoria e di una nuova motivazione, abbia valore di atto di conferma in senso proprio, e non di atto meramente confermativo, dev'essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso diretto avverso il prov-

vedimento che, in pendenza del giudizio, sia stato sostituito dal provvedimento di conferma innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del suo destinatario, come tale idoneo a rendere priva di ogni utilità la pronuncia sul ricorso proposto avverso il precedente provvedimento (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3.10.2012, n. 5196**).

«..... GA.....»

### **AL PRIVATO DANNEGGIATO DA UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO ILLEGITTIMO NON È RICHIESTO UN PARTICOLARE IMPEGNO PROBATORIO PER DIMOSTRARE LA COLPA DELL'AMMINISTRAZIONE**

La giurisprudenza ha pressoché regolarmente sottolineato (cfr. ad es. CdS, VI, 9.3.2007 n. 1114 e 9.6.2008 n. 2751) che al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'amministrazione. Questi può perciò limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova della sussistenza dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 del codice civile. Spetta a quel punto all'Amministrazione dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile, il quale è configurabile, in particolare, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (cfr., tra le tante, CdS, IV, 12.2.2010, n. 785; V, 20.7.2009, n. 4527) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 2.10.2012, n. 5173**).

«..... GA.....»

### **PENALITÀ DI MORA: PRESUPPOSTI IN PRESENZA DEI QUALI IL GIUDICE AMMINISTRATIVO PUÒ SANZIONARE LA DISOBEDIENZA ALLA STA-**

### **TUIZIONE GIUDIZIARIA E STIMOLARE IL DEBITORE ALL'ADEMPIMENTO**

Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha, tra l'altro accolto la specifica domanda presentata dalle parti ricorrenti ex art. 114, co. 4, lett. e) del codice del processo amministrativo in danno della Regione Calabria, che ha introdotto, in via generale, nel 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 cpc, aggiunto dall'art. 49 della l. 18.6.2009, n. 69. Detta misura (CdS, V, 6688 del 20.12.2011), assolve infatti ad una finalità sanzionatoria in quanto è volta ad impedire la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento. Nel processo amministrativo l'istituto 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, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Detta soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non trova, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario; ne deriva che, nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile mentre del rimedio processuale civilistico è volto alla generale finalità di dissuadere la parte inottemperante dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza. Nel caso di specie risultano sussistenti tutti i presupposti stabiliti dall'art. 114 cit. per l'applicazione della sanzione: la richiesta di parte, formulata con il ricorso, l'insussistenza di profili di manifesta iniquità e la non ricorrenza di altre ragioni ostantive.

La misura della sanzione va dunque effettuata, in difetto di disposizione sul punto da parte del codice del processo amministrativo, ai parametri di cui all'art. 614 bis del codice di procedura civile e si deve valutare congrua, in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto, la misura di € 50 al giorno, da corrispondere per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza dopo il decorso dei termini prima assegnati di 90 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente e fino all'adozione del provvedimento concretamente satisfattivo ad opera dell'amministrazione o del Commissario ad acta (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 1.10.2012, n. 5155**).

«..... GA.....»

#### **INDIVIDUAZIONE DEI POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL GIUDIZIO SUL SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE**

In linea di massima, nei giudizi sul silenzio dell'amministrazione, il giudice amministrativo non può andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere; gli resta precluso il potere di accertare direttamente la fondatezza della pretesa fatta valere dal richiedente, sostituendosi all'Amministrazione stessa. Le disposizioni relative, ove interpretate diversamente, attribuirebbero illegittimamente, in modo indiscriminato, una giurisdizione di merito (cfr. CdS, IV, 24.5.2010, n. 3270). Pertanto, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice potrà conoscere della accogliibilità dell'istanza: a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione; b) nell'ipotesi in cui l'istanza sia manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la PA. a provvedere laddove l'atto espresso non potrebbe che essere di rigetto (cfr. CdS, IV, 12.3.2010,

n. 1468) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 25.9.2012, n. 5088**).

«..... GA.....»

#### **SCHEDE ELETTORALI SCOMPARSE: PER ANNULLARE LE ELEZIONI OCCORRE DIMOSTRARE CHE LA LORO MANCANZA ABBA INCISO SULLE OPERAZIONI DI VOTO**

Il giudice capitolino con la sentenza sopra linkata rileva che dall'esame dei verbali delle sezioni per le quali, è dedotta la mancanza o la "scomparsa" di schede elettorali non emergono le irregolarità denunciate. Aggiunge poi che comunque le schede in parola sono autenticate e non consegnate agli elettori, e non è data alcuna prova che la loro mancanza - comunque non riscontrata - abbia inciso sulle operazioni (**TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, sentenza 26.10.2012, n. 8835**).

«..... GA.....»

#### **NEL GIUDIZIO ELETTORALE NON SONO SUFFICIENTI IRREGOLARITÀ DI VOTI IN MISURA MINIMA TALE DA NON INFLUENZARE LA POSIZIONE E IL RISULTATO ELETTORALE DEL CANDIDATO RICORRENTE**

Con la sentenza in esame è stato rigettato il ricorso con il quale si chiede l'annullamento del verbale dell'ufficio centrale di proclamazione degli eletti alle elezioni del 6 e 7.5.2012 per il rinnovo della carica a Sindaco e consigliere del Comune di Ardea. Il giudice ha riscontrato il carattere pressoché generico delle censure e rilevato che dai verbali di sezione che non emergono irregolarità nelle operazioni di voto e di scrutinio. Relativamente poi alla censura con cui si è dedotta in parte la mancanza - o l'omissione nei conteggi - di schede autenticate e non consegnate agli elettori, rileva il giudice che, quindi, non hanno inciso sulle operazioni di voto, ugualmente per quanto attiene alle irregolarità di voti in misura minima, tale da non influenzare la posizione e il risultato elettorale del candidato ricorrente (**TAR Lazio, Roma, Sez. II bis,**

*sentenza 26.10.2012, n. 8832).*

«..... GA.....»

**INCARICHI DIRIGENZIALI: DECIDE IL GIUDICE ORDINARIO DELLA LEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI DI CONFERIMENTO, REVOCA O ANNULLAMENTO**

*Il provvedimento di conferimento, revoca o annullamento di un incarico dirigenziale, o, comunque, la sua cessazione, si configurano come atti e fatti che attengono alla gestione del rapporto di lavoro e, quindi, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (CdS, V, 29.4.2009, n. 2713; TAR Lazio Roma, III, 15.6.2006, n. 4665) (TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, sentenza 25.10.2012, n. 8817).*

«..... GA.....»

**LE CONTROVERSIE RELATIVE ALLA FASE SUCCESSIVA ALL'APPROVAZIONE DELLA GRADUATORIA DI UN CONCORSO ESULANO DALLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO, RIENTRANDO IN QUELLA DEL GIUDICE ORDINARIO**

*Nel caso di specie il ricorrente, agente di Polizia Municipale presso un Comune impugna la deliberazione di giunta comunale con cui veniva attribuito il grado di sottoufficiale a due agenti e non invece anche al ricorrente, pure in possesso dei requisiti richiesti. Il giudice ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario. Considerato che la questione proposta, concernendo la materia dell' inquadramento del pubblico dipendente, rientra nell'ambito della giurisdizione del Giudice Ordinario - Giudice del Lavoro ai sensi dell'art. 63 co. 1 d. lgs. n. 165/01 (che come noto è norma regolatrice del riparto di giurisdizione) secondo cui: "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 e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti...". La normativa citata delinea una cognizione generale del Giudice Ordinario – Giudice del Lavoro nelle controversie di pubblico impiego, risultando viceversa circoscritto l'ambito di giurisdizione del Giudice Amministrativo solo alle materie e alle controversie specificamente e tassativamente individuate dalla legge, nonché a specifiche categorie speciali di dipendenti, secondo ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (Corte di Cassazione SS.UU. 14/5/2007 n. 10940; 11/1/2007 n. 307; Cass. SS.UU. 20.8.2009 n. 18499; Cass. SS.UU. 9.2.09 n. 3055 nella parte motiva; Cass. SS. UU. 17.11.2008 n. 27307; Cass. SS.UU. 4.4.2008 n. 8736; Cass. SS.UU. n. 3399 del 13.2.08), secondo cui 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, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la PA. che si sviluppano fino all'approvazione delle graduatorie ..." (SS.UU. 10490/2007); "le controversie relative alla fase successiva all'approvazione della graduatoria di un concorso esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo, rientrando in quella del giudice ordinario..." (SS.UU. n. 307/2007) (TAR Puglia, Bari, Sez. II, sentenza 26.10.2012, n. 1840).*

«..... GA.....»

**IL DANNO DA RITARDO PROCEDIMENTALE E' RISARCIBILE UNICAMENTE QUANDO VENGA PROVATA O LA COLPA OVVERO IL DOLO DELL'AMMINISTRAZIONE NON ESSENDO SUFFICIENTE L'INOSSERVANZA DEL TERMINE PROCEDIMENTALE PER FAR CONSIDERARE SUSSISTENTE IL DANNO**



*Il Giudice di prime cure nella sentenza in esame ha esaminato, tra l'altro, la domanda risarcitoria proposta dal ricorrente con la quale, sostanzialmente, si chiede il risarcimento per il cd. ritardo procedimentale. In questo caso, in via generale, il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento, di regola a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel dato procedimento. Tale tipologia di tutela risarcitoria, nella fattispecie (così come sopra ricostruita, con la precisazione che il procedimento si è chiuso col definitivo atto di arresto procedimentale costituito dalla nota sindacale) sarebbe quindi da ritenere applicabile anche all'ipotesi di un provvedimento amministrativo non impugnato (e quindi "legittimo") sfavorevole per il privato ma adottato con ritardo; in altri termini si ipotizza che il privato abbia subito danni per non aver ottenuto il tempestivo esame della propria istanza e per non aver conosciuto, entro i termini previsti, l'inaccogliabilità della stessa. In astratto al collegio una siffatta domanda non appare di per sé inappropriata atteso che il tempo è un bene della vita e che pertanto il ritardo nel ricevere un provvedimento sfavorevole possa*

*avere effetti pregiudizievoli anche di natura patrimoniale. A sostegno di tale possibilità di tutela milita infatti il nuovo art. 2 bis della l. n. 241/90 (come modificata dalla l. n. 68/09 che stabilisce che le pp.aa. sono tenute a risarcire il danno ingiusto cagionato "in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Tale disposto normativo riecheggia altresì il tenore testuale dell'art. 30 (azione di condanna) co. 4 del cpa laddove, ai fini della decorrenza del termine di decadenza, richiama proprio tale inciso dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Tale riferimento non è casuale atteso che, nella fattispecie, il ricorrente non riesce a dimostrare in ricorso né la colpa né il dolo dell'amministrazione. Il collegio condivide infatti quell'opinione giurisprudenziale (cfr. TAR Abruzzo, Pescara, 6.7.2011 n.416 che ritiene che, sia prima dell'avvento del codice del processo amministrativo, sia dopo la sua entrata in vigore, il danno da ritardo risulta risarcibile unicamente quando venga provata da parte ricorrente o la colpa ovvero il dolo dell'amministrazione. Non è cioè sufficiente l'inosservanza del termine procedimentale per far considerare sussistente il danno (TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, sentenza 18.10.2012, n. 469).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI ADEGUAMENTO PREZZI NEGLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI

dell'Avv. Enrico Gai

*La corretta interpretazione dell'art. 133, co. 1, lett. e) n. 2) del d. lgs. n. 104/2010 prevede l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a tutte le controversie relative alle questioni dell'adeguamento dei prezzi degli appalti pubblici di lavori e non soltanto a quelle concernenti i provvedimenti applicativi.*

The proper interpretation of the art. 133, co. 1, lett. e) n. 2) of the d. lgs. n. 104/2010 provides for the extension to the exclusive jurisdiction of the administrative judge over all disputes related to the adjustment of the contracts public works prices and not only to those pertaining to the application measures.

*Sommario: 1. Premessa. 2. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite. 3. Le motivazioni della decisione.*

### 1. Premessa.

Con l'ordinanza n. 19567 del 26.9.2011, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno fornito una lettura "correttiva" della non chiara disposizione dell'art. 133, co. 1, lett. e) n. 2) del d. lgs. 104/2010 (Codice del Processo Amministrativo) secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133 coo. 3 e 4, dello stesso decreto".

Si tratta della medesima disposizione precedentemente inserita nel corpo del d. lgs. 163/2006 (Codice dei Contratti) all'art. 244, co. 3, vigente all'epoca di instaurazione della controversia all'esame delle Sezioni Unite e successivamente trasfusa nel testo del C.P.A.

L'arresto giurisprudenziale in commento riveste particolare importanza, in quanto non esistono al momento altri precedenti a riguardo.

### 2. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

La questione esaminata dalla Corte ha avuto ad oggetto l'interpretazione della richiamata disposizione nella parte in cui prevede la giurisdizione del Giudice Amministrativo anche relativamente alle controversie concernenti i "provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi" ai sensi dell'art. 133, co. 4, del Codice dei Contratti, il quale dispone che "In deroga a quanto previsto dal co. 2 [ossia del generale divieto di revisione prezzi per gli appalti di lavori pubblici, ndr], qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al co. 6, si fa

luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la meta' della percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al co. 7”.

La disputa intorno alla giurisdizione nasceva dalla pretesa di un appaltatore di lavori di veder riconosciuta la propria richiesta di adeguamento prezzi dei materiali utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, a fronte dell'espresso diniego opposto dal committente.

Convenuto in giudizio innanzi al giudice ordinario, il committente eccepiva preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice adito, in considerazione della natura di interesse legittimo della pretesa azionata dall'appaltatore ed essendo in ogni caso tale pretesa riconducibile all'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi dell'art. 244, co. 3, del d. lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*), riguardante tutte le controversie relative all'applicazione della disciplina della revisione prezzi (per gli appalti pubblici ad esecuzione periodica e continuativa di servizi e forniture) e dell'adeguamento prezzi (per gli appalti pubblici di lavori), ivi comprese quelle concernenti i relativi provvedimenti applicativi.

Il giudice rigettava però tale eccezione, ritenendo che la formulazione letterale della suddetta norma avrebbe attribuito alla giurisdizione esclusiva del G.A. le sole controversie relative ai “*provvedimenti applicativi*” dell'adeguamento dei prezzi, intendendo per tali gli atti con i quali l'amministrazione quantifica l'importo spettante a titolo di compensazione, in attuazione dell'art. 133, co. 4 del Codice dei Contratti; mentre, in mancanza di un provvedimento di quantificazione dell'adeguamento del corrispettivo, la controversia in ordine al riconoscimento del diritto dell'impresa alla compensazione dei prezzi avrebbe dovuto qualificarsi come diritto soggettivo discendente dalla legge in presenza dei presupposti ivi fissati, senza valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione committente.

Il committente decideva quindi di devolvere la questione di giurisdizione alle Sezioni Unite della Cassazione, proponendo regolamento preventivo di giurisdizione.

### 3. Le motivazioni della decisione.

Con l'Ordinanza in commento le Sezioni Unite hanno affermato che la controversia in questione appartiene alla giurisdizione del G.A., pur dando atto che la formulazione letterale della norma anzidetta legittimi – ma solo “*astrattamente*” - un'interpretazione nel senso opposto.

A tale conclusione le Sezioni Unite sono giunte dopo un'accurata ricostruzione storica della normativa in materia di adeguamento dei prezzi nei lavori pubblici, in parallelo alla disciplina della revisione prezzi riguardante invece gli appalti ed esecuzione periodica o continuata, a partire dalla art. 6, co. 19, della l. n. 537/1993 (poi modificato dalla l. n. 724 del 1994), che devolveva alla giurisdizione del G.A. le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo da introdurre, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 6, co. 4 della L. n. 537/1993, nei contratti ad esecuzione periodica o continuata.

La disposizione di cui al citato art. 6, co. 4, è poi successivamente transitata nell'art. 115 del Codice dei Contratti, mentre la norma sulla giurisdizione - di cui al suddetto art. 6, co. 19 - è stata riformulata nell'art. 244, co. 3, del medesimo Codice nel senso di attribuire alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie “*relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica*”.

Diversamente, la disciplina del prezzo chiuso ha avuto sin dalle sue origini un diverso ambito applicativo, essendo stata introdotta con specifico riferimento ai lavori pubblici dalla l. n. 311 del 2006 (legge finanziaria 2005, art. 1, co. 550), la quale - con l'inserimento dei commi da 4 *bis* a 4 *septies* - ha operato un'integrazione dell'allora vigente art. 26 l. n. 109/1994. Quest'ultima disciplina poi, non accompagnata all'inizio da una regolamentazione dei profili attinenti alla giurisdizione (prevista invece per la revisione prezzi), è stata a sua volta trasfusa nell'art. 133, co. 1, lett. c), n. 2 del codice dei contratti, rispetto al quale la disposizione dell'art. 244, co. 3, dello stesso codice - ad avviso della Corte - va interpretata “*come espressione della considera-*

zione che le modifiche consentite al sistema del prezzo chiuso danno luogo ad una forma di revisione dello stesso, quale ulteriore strumento di tutela dell'originario equilibrio fra le concordate prestazioni contrattuali"<sup>1</sup>. Conseguentemente, nell'ottica interpretativa del giudice di legittimità, la disposizione sulla giurisdizione in tema di modifiche del prezzo chiuso nei lavori pubblici (recuperata dalla formulazione della l. n. 537 del 1993) "risulta dunque riscritta sulla falsariga di quella già emanata a proposito della revisione prezzi, con la differenza tuttavia che, mancando qui una clausola ed essendovi da applicare solo una norma, il riferimento formale è limitato alle controversie "relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, coo. 3 e 4".

Dalla ricostruzione storica della fattispecie normativa al proprio esame, le Sezioni Unite giungono quindi a ritenere la sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A. anche per le controversie concernenti l'*an debeatur* dell'adeguamento prezzi nei contratti di lavori pubblici – ovvero le controversie nelle quali, pur non venendo in gioco un "provvedimento applicativo" dell'adeguamento, si faccia riferimento all'esistenza o meno dei presupposti normativi per il riconoscimento della richiesta in tal senso formulata dall'appaltatore, con la conseguenza che restano attratti alla sfera di giurisdizione esclusiva del G.A. anche provvedimenti che non siano "applicativi" in quanto espressivi del mancato riconoscimento della compensazione da parte dell'amministrazione appaltante.

Secondo la Corte appare infatti ragionevole l'interpretazione che comporti l'allineamento della disposizione di deroga al prezzo chiuso al regime della revisione del

prezzo per quanto concerne la disciplina processuale, anche in considerazione "dell'identità della posizione delle due parti contraenti (committente e appaltatore) nelle due distinte (ma contigue, rappresentando la seconda una specificazione della prima) ipotesi della revisione e dell'adeguamento prezzi"; a conforto di tale opzione interpretativa si aggiungerebbe il fatto che "in entrambe le dette ipotesi i previsti meccanismi di adeguamento dell'originaria pattuizione in tema di corrispettivo risultano preordinate alla tutela dell'interesse pubblico, piuttosto che al soddisfacimento dell'interesse dell'appaltatore", mentre "al contrario appare inattendibile un'interpretazione dell'art. 244, co. 3, nel senso di attribuire una diversa e minore estensione dell'area della giurisdizione esclusiva in tema di controversie sulla deroga al prezzo chiuso, e ciò anche in quanto il parametro distintivo in tema di giurisdizione è individuabile in ragione della diversità delle situazioni giuridiche da tutelare, e non già con riferimento alle differenti caratteristiche delle questioni sottoposte all'esame dell'organo giudicante"<sup>2</sup>.

Le SS.UU. hanno quindi sottolineato "l'effetto anomalo" che, deriverebbe, sia sul piano dei principi che su quello operativo, dalla condivisione della tesi sostenuta dalla ditta appaltatrice, con la conseguenza di veder attribuite alla giurisdizione del G.A. soltanto le controversie aventi ad oggetto il "quantum" dell'adeguamento del prezzo, mentre invece sarebbero devolute alla giurisdizione ordinaria soltanto quelle relative all'"*an debeatur*": ciò comporterebbe la devoluzione al G.O. di quelle liti in cui è più evidente l'interesse del-

<sup>1</sup> L'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie relative al "*quantum debeatur*" nell'ambito della revisione prezzi dei contratti ad esecuzione continuata o periodica è già pacifica per la giurisprudenza: "Ai sensi dell'art. 244, co. 3 del d. lgs. n. 163 del 2006.. deve ritenersi che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ivi prevista in materia di revisione dei prezzi non riguarda solo le controversie relative all'*an della revisione*, ma anche quelle relative al *quantum*" (Cass. Sez. Unite, [ord.] 15.6.2009, n. 13892; in termini TAR Puglia, Ba, I, 30.1.2009, n. 159; TAR Veneto, I, 2.2010, n. 236).

<sup>2</sup> Alle stesso conclusioni è giunta peraltro autorevole dottrina, secondo la quale "l'art. 244, co. 3, cit. ha definitivamente chiarito gli ambiti attribuiti alla giurisdizione amministrativa esclusiva, concentrando dinanzi al giudice amministrativo il sindacato di tutte le controversie relative ad istanze di revisione e adeguamento dei prezzi negli appalti pubblici ad esecuzione continuata o periodica (nonché per i lavori pubblici, nelle ipotesi derogatorie previste): sia di quelle riguardanti l'*an della pretesa*, sia di quelle attinenti al *quantum dell'incremento spettante all'impresa appaltatrice*, con conseguente potere del giudice amministrativo di conoscere della misura della revisione e di emettere condanna al pagamento delle relative somme" (V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *Giurisdizione e appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, 1339).



la Pubblica Amministrazione, in contrasto con i criteri di ragionevolezza e con i principi generali di riparto della giurisdizione. Sul piano sistematico tale interpretazione finirebbe, dunque, per ridimensionare la norma in questione, “*fino a determinarne un sostanziale svuotamento, in quanto la disposizione risulterebbe correttamente evocabile soltanto nel caso di anticipata ricognizione di debito se-*

*guita da provvedimenti applicativi non condivisi, e quindi in ipotesi marginali, se non del tutto residuali*”. Ulteriori effetti distorsivi deriverebbero peraltro sui tempi di definizione del contenzioso in considerazione della duplicità degli organi giudiziari chiamati ad intervenire, risultando in tal modo indebolita la posizione di tutela del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione.

«.....GA.....»

# LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE DEGLI ENTI LOCALI PER I REATI DI VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DI ROMA CAPITALE

della Dott.ssa Eva Mariucci

*I giudici di legittimità hanno ritenuto configurabile il danno morale e materiale conseguito alla lesione immediata e diretta dell'ente riconoscendo al Comune la titolarità dello stesso diritto soggettivo consacrato nelle norme poste a tutela della libertà di autodeterminazione della donna*

The judges of legitimacy configurable considered the moral and material damage reached the lesion immediate and direct exposure to the Municipality acknowledging the ownership of the same individual right enshrined in the rules protecting the freedom of self-determination of women

*Sommario: 1. Premessa: persona offesa e parte civile. 2. Ente locale e titolarità del bene giuridico per i reati di violenza sessuale. 3. (Segue) La possibile interazione processuale dell'ente prima della costituzione di parte civile. 4. Interesse statutario e profili di danno: la costituzione di parte civile.*

## **1. Premessa: persona offesa e parte civile.**

A fronte di una lacuna definitoria, che nemmeno il vigente codice di procedura penale del 1988 ha colmato, la nozione di persona offesa è stata elaborata attraverso il ricorso a principi ed istituti propri del diritto penale sostanziale, tra cui la categoria del bene giuridico ed il principio di offensività del reato. La persona offesa è titolare del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata, lesa o posta in pericolo dalla condotta incriminata. Nello specifico, l'offesa può consistere in un danno o nell'esposizione a pericolo; il danno si traduce in un'offesa consumata sul bene giuridico, mentre il pericolo costituisce un rischio per la conservazione del bene protetto.

Normalmente la persona offesa, oltre a subire il danno criminale, sopporta anche il danno civile che la legittima, proprio in quanto danneggiata dal reato, a costituirsi parte civile e chiedere, in sede penale, il risarcimento dei danni. Ciò accade quando *"l'illecito penale e l'illecito civile derivano dal medesimo titolo, e cioè dal fatto di reato"*<sup>1</sup>. Tuttavia, anche quando vi sia totale, integrale coinci-

denza, danno criminale e danno civile restano concettualmente separati<sup>2</sup>. Distinguere il danno criminale dal danno civile non è un problema meramente teorico, ma assume una valenza pratica assai significativa, in quanto sulle differenti nozioni è fondata una diversificazione processuale delle due figure: la persona offesa ha una propria collocazione autonoma; la persona danneggiata, viceversa, assume un ruolo rilevante con la costituzione di parte civile, possibile a partire dall'udienza preliminare e fino al momento che precede le questioni preliminari al dibattimento.

## **2. Ente locale e titolarità del bene giuridico per i reati di violenza sessuale.**

La Suprema Corte di cassazione, con la sentenza n. 38835 del 2008, chiamata a pronunciarsi sulla legittimazione dell'amministrazione capitolina alla costituzione quale parte civile in un processo per abusi sessuali, ha consacrato un filone interpretativo dal valore storico e giuridico. La pronuncia rappresenta un'importante precedente che può costituire le fondamenta per l'attivazione processuale di altre amministrazioni in sede penale. Nello specifico, Roma Capitale lamentava

<sup>1</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, 146.

<sup>2</sup> C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 3.

l'esclusione dal giudizio di merito, asserendo un'autonoma legittimazione a costituirsi parte civile per ottenere il risarcimento del danno nei procedimenti aventi ad oggetto fenomeni di violenza sessuale commessi nel proprio territorio, atteso che la lesione alla libertà morale e fisica della donna rappresenta uno degli scopi e delle finalità statutariamente assunti e finalisticamente perseguiti.

Già in precedenza, con alcune pronunce risalenti, la Corte di cassazione aveva enunciato il principio secondo cui, quando l'interesse generico e diffuso alla tutela di un bene giuridico non è astrattamente configurato, ma diviene elemento costitutivo di un *sodalizio umano*, è ammissibile la costituzione di parte civile dell'ente stesso, in quanto *"ogni attentato all'interesse in esso incarnatosi si configura come lesione del diritto di personalità o all'identità, che dir si voglia, del sodalizio stesso"*<sup>3</sup>. Ciò sarebbe determinato dall'incorporazione dei soci all'interno del sodalizio medesimo, sicché quest'ultimo, in forza di tale *affectio societatis*, verrebbe a patire un'offesa ed un pregiudizio patrimoniale (e non) dalla commissione del reato<sup>4</sup>. Richiamandosi a questi importanti precedenti, nella sentenza n. 38835/2008 i giudici di legittimità hanno non solo ritenuto configurabile il danno morale e materiale, conseguito alla lesione immediata e diretta dello scopo sociale dell'ente, ma si sono spinti oltre, riconoscendo in capo al comune la titolarità dello stesso diritto soggettivo consacrato nelle norme poste a tutela della libertà di autodeterminazione della donna.

Di conseguenza, sebbene *"la sfera di danno"* della persona offesa (vittima di violenza sessuale) debba e continui ad essere distinta dalla posizione giuridica attiva riconosciuta all'ente, il Supremo Collegio ha contribuito ad un allargamento della oggettività giuridica delle fattispecie di abusi sessuali, postulando la presenza di un bene giuridico ulteriore, del quale il comune è ontologicamente titolare, perché a lui direttamente *"imputabile"* per il tramite delle fonti statutarie di riferimento.

<sup>3</sup> Così Cass. Pen., VI, 11.10.1990, n. 13314.

<sup>4</sup> Cass. Pen., VI, 10.01.1990, n. 59. Nello stesso senso, ma più recente, cfr. Cass. Pen., III, 3.10.2007, n. 38290.

Assodato infatti che *"gli abusi sessuali ledono non solo la libertà fisica della donna, ma anche il concreto interesse del Comune di preservare il territorio da tali deteriori fenomeni, avendo lo stesso posto la tutela di quel bene giuridico come proprio obiettivo primario"*, ne deriva che *"esso è legittimato alla costituzione di parte civile per il risarcimento dei danni morali e materiali relativi all'offesa, diretta ed immediata, dello scopo sociale"*<sup>5</sup>.

### 3. (Segue). La possibile interazione processuale dell'ente prima della costituzione di parte civile.

L'analisi del ruolo del comune nei procedimenti per violenza sessuale non pone il delicato problema dottrinale legato alla decadenza dei poteri dell'offeso (non costituitosi parte civile) nella fase processuale, posto che la partecipazione dell'ente si lega inscindibilmente alla sua condizione di danneggiato dal reato (cfr. *Infra*, § 1). Pertanto, una volta costituitosi parte civile, esso diviene a tutti gli effetti una *parte* del giudizio, titolare di tutti i diritti e i poteri connessi a tale ruolo.

D'altro canto, è comunque interessante domandarsi fino a che punto l'ente possa esercitare i diritti espressamente riservati all'offeso già a partire dalla fase investigativa. La citata pronuncia della Corte di cassazione, infatti, nel riconoscere la titolarità in capo al comune di un autonomo bene giuridico, anch'esso leso dalla commissione di una violenza sessuale<sup>6</sup>, sembrerebbe propendere per la soluzione positiva, ammettendo che, anche prima della costituzione di parte civile, gli stessi diritti e facoltà riservati dal codice alla persona offesa possano essere esercitati dall'amministrazione durante le indagini preliminari.

Il nucleo essenziale delle prerogative processuali riservate all'offeso si appunta anzi-

<sup>5</sup> Cass. Pen., III, 19.06.2008, n. 38835. Va poi ricordato come la pronuncia richiamata non rappresenti un caso isolato, quanto piuttosto un precedente di portata storica. Roma Capitale, infatti, risulta costituita quale parte civile in diversi procedimenti per violenza sessuale tuttora pendenti di fronte agli organi giurisdizionali di merito e di legittimità.

<sup>6</sup> Si allude sempre a Cass. Pen., III, 19.06.2008, n. 38835.

tutto sui c.d. poteri di sollecitazione, che, ai sensi dell'art. 90 c.p.p., gli consentono di presentare memorie ed elementi di prova in ogni fase e grado del procedimento, escluso il giudizio di cassazione<sup>7</sup>.

Tra i poteri riconosciuti alla persona offesa a partire dalla fase delle indagini preliminari va poi segnalata la possibilità di opporsi alla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero. È evidente l'interesse dell'offeso alla prosecuzione del giudizio nei ca-

si in cui il magistrato opti per il provvedimento terminativo, ritenendo non idonee, rispetto al futuro giudizio, le determinazioni investigative sino a quel momento raccolte. Nello specifico, la sua facoltà oppositiva si concretizza in una richiesta di prosecuzione processuale sulla base di ulteriori elementi, che devono essere allegati a pena di inammissibilità.

Rispetto al diritto di opporsi all'archiviazione, meno appagante per la persona offesa che voglia interagire attivamente nella fase pre-processuale è invece la mera facoltà di sollecitazione del pm, affinché questi formuli la richiesta di incidente probatorio, *ex art. 394, co. 1, c.p.p.* Difatti, legittimati a chiedere al giudice di procedere ad incidente probatorio sono unicamente il magistrato, la persona sottoposta alle indagini, l'imputato, nonché il difensore (art. 392, co. 1, c.p.p.). La persona offesa non è ricompresa in questo elenco, essendo solamente titolare di un mero *ius postulandi* nei confronti del pubblico ministero<sup>8</sup>. Ad attribuire all'offeso un potere autonomo di istanza non sono valse neanche le numerose modifiche che dal 1996 hanno inciso sull'art. 392 c.p.p., ampliando i casi tassativi di ricorso alla procedura incidentale per i reati a sfondo sessuale, nell'ottica di una maggiore protezione delle vittime. Una volta costituitosi parte civile, invece, l'ente può ritenersi legittimato a promuovere l'incidente probatorio nel corso dell'udienza preliminare, in forza di un'interpretazione dell'art. 392 c.p.p. che, pur forzando il dato letterale, appare maggiormente rispettosa del dato costituzionale (art. 3 cost.)<sup>9</sup>.

Infine, tra i poteri riservati all'offeso nella fase investigativa, significativo è quello della sua partecipazione, per mezzo del difensore, agli accertamenti tecnici non ripetibili, *ex art. 360 c.p.p.*

Considerare Roma Capitale alla stregua del titolare del bene giuridico leso dal reato, significherebbe pertanto attribuirle tali diritti e facoltà, disegnandone un ruolo attivo già dalla fase investigativa.

#### 4. Interesse statutario e profili di danno:

<sup>8</sup> S. SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 197.

<sup>9</sup> Cfr. L. CUOMO - F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2007, 64.

<sup>7</sup> Le memorie consistono in atti scritti di contenuto eterogeneo, quali "notizie, valutazioni, elementi di prova, congetture e quant'altro sia rilevante per le decisioni interlocutorie o per quella finale" (S. TESSA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 1996, 31 ss.). Sono state definite sotto la vigenza dell'art. 306 c.p.p. (ma la definizione è ancora valida) "atti neutri" (A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, 295), poiché non fanno sorgere in capo al destinatario nessun obbligo, salvo quello di esaminarle e di tenerne conto se rilevanti. La memoria è, pertanto, un atto che non ha contenuto predefinito, ma può riguardare qualsiasi questione sia processuale che di merito (A. GHIARA, *Persona offesa dal reato*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, 412). Per quanto concerne le richieste, si tratta di una mera facoltà di sollecitazione probatoria e non di una situazione giuridica soggettiva piena, quale il diritto alla prova *ex art. 190 c.p.p.* Infatti, il giudice e il pubblico ministero non sono tenuti a rispondere con un provvedimento (S. TESSA, *La persona offesa dal reato nel processo penale, op. cit.*, 31 ss.). Per quanto concerne le modalità di presentazione degli elementi di prova, questi possono essere sia contenuti in una memoria scritta, sia esposti oralmente al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria. La persona offesa non è titolare del diritto alla prova, in quanto l'art. 190 c.p.p. stabilisce che "le prove sono ammesse a richiesta di parte". Tuttavia, ancorché l'offeso non abbia diritto alla prova in senso pieno, egli può indicare elementi di prova come previsto dall'art. 90 c.p.p. Tale potere, come detto, è attributivo di una mera facoltà, poiché al suo esercizio non corrisponde un obbligo per il giudice di pronunciarsi, diversamente da quanto accade per le prove chieste dalla parti, per le quali il giudice deve provvedere senza ritardo *ex art. 121, comma 2, c.p.p.* (C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato, op. cit.*, 107 ss.). Si veda, inoltre, E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in E. AMODIO - O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 535, il quale evidenzia che la possibilità per l'offeso, di interagire in ogni stato e grado del processo, è indice di una vera e propria "estensione spaziale" del suo ruolo, atteso che le facoltà informative di cui dispone possono essere attivate in tutto l'arco procedimentale.

### la costituzione di parte civile.

Resta infine da chiarire quali siano i profili di danno che legittimano la costituzione di parte civile dell'ente nei processi per violenza sessuale. A tal proposito, con riferimento a Roma Capitale, si potrebbe parlare di un vero e proprio *interesse statutario*, atteso che, tra gli scopi primari del comune, rientra, secondo quanto previsto dallo Statuto, l'impegno a tutelare "i diritti individuali delle persone così come sanciti dalla costituzione italiana" (art. 1), "lo sviluppo economico, sociale e culturale della comunità locale (...) con particolare riferimento alla condizione giovanile e femminile" (art. 2, co. 5), "le pari opportunità per le donne (...), in un clima di pieno e sostanziale rispetto reciproco tra uomini e donne, con particolare attenzione all'eliminazione delle situazioni di molestie sessuali" (art. 4, co. 2).

Tali principi non sono rimasti lettera morta: la loro natura programmatica ha infatti incentivato l'amministrazione ad attivarsi, attraverso l'adozione di una serie di iniziative e strutture preordinate alla loro concreta attuazione. Basti pensare, a titolo di esempio, alla istituzione del Centro antiviolenza comunale, alla creazione di una U.O. *ad hoc* per la prevenzione ed il contrasto dei fenomeni di violenza sulle donne, all'istituzione della Casa dei diritti umani delle donne e del Servizio antiviolenza h24 "S.O.S. Donne". Alla luce degli evidenti sforzi economici che il comune di Roma compie quotidianamente per l'attuazione delle norme statutarie concernenti la tutela delle donne, non si può non riconoscere un danno (anche) economicamente valutabile nei casi di violenza sessuale. Tali episodi criminosi, peraltro, non solo violano i principi statutari, ma ne impediscono concretamente l'attuazione e la realizzazione, determinando un vero e proprio *danno funzio-*

*nale.*

La costituzione di parte civile dell'ente nei processi per violenza sessuale è poi fondata anche in considerazione del c.d. *danno alla cittadinanza* che tali eventi provocano. Gli enti territoriali sono quelli più vicini alla comunità di riferimento, al punto che l'art. 3, co. 2, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) afferma espressamente che "il Comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo". Roma Capitale ha fatto proprio tale principio introducendolo nello statuto, secondo cui "il Comune rappresenta la comunità di donne e uomini che vivono nel suo territorio" (art. 1). Qualunque violenza sessuale, consumata o tentata nel territorio comunale, genera pertanto una lesione per la collettività, venendo ad essere feriti e compromessi tutti quei valori presidio della pacifica e giuridica convivenza: dignità, pari opportunità, reciproco rispetto. Il fenomeno delle violenze sessuali, provocando paura e smarrimento nella cittadinanza, è in grado di compromettere gli stessi equilibri sociali, poiché incrina la fiducia dei consociati e mina le basi di un'ordinata convivenza.

Ulteriore profilo di danno, non secondario specie per una città quale Roma, è quello all'*immagine*. Si tratta di un aspetto di immediata percettibilità, atteso il ruolo di Capitale che la città svolge, la sua vocazione turistica, la sua centralità per la cristianità, la sua apertura multiculturali.

La costituzione di parte civile dell'ente viene pertanto a legarsi inscindibilmente all'impatto negativo che reati così odiosi generano nell'opinione pubblica, non solo di appartenenza ma anche sovranazionale, in quanto colpiscono irrimediabilmente la capacità attrattiva della città.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. VI, 25.10.2012, n.5469  
**Giustizia amministrativa - ricorso giurisdizionale - ex art. 112 , co. 5, c.p.a. - tendente ad ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza di una sentenza del Consiglio di Stato.**

**Nel caso in cui con il ricorso venga sottoposto al G.A. un quesito generale sulla estensione soggettiva degli effetti del giudicato - inammissibilità - ragioni.**

*E' inammissibile un ricorso ex art. 112 comma 5°, c.p.a., tendente ad ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza del giudicato costituito da una sentenza del Consiglio di Stato, nel caso in cui, con il medesimo ricorso, non sia stato sollecitato il potere del G.A. di "interpretazione autentica" del giudicato, bensì un potere di mera consulenza nei confronti delle parti, ovvero siano state sottoposte al giudice dell'ottemperanza non già questioni specifiche di interpretazione del singolo giudicato, bensì questioni di carattere generale sull'esecuzione di un qualsivoglia giudicato.*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, afferma che il ricorso in ottemperanza con il quale si chiedano, ex art. 112, co. 5, c.p.a., chiarimenti per l'esecuzione del giudicato è inammissibile ove lo stesso sia volto a ricevere istruzioni per l'ottemperanza non riferite esclusivamente al giudicato da attuare nel caso di specie, ma al giudicato in genere.

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.10.2012, n.5262  
**Giustizia amministrativa - giurisdizione e competenza - contributi e finanziamenti.**

**Controversie in materia - nel caso in cui il finanziamento sia riconosciuto direttamente dalla legge ed alla PA. sia demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti.**

**Giurisdizione dell'A.G.O.**

*In materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge ed alla PA. è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza proce-*

*dere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione, irrilevante essendo sia l'erronea indicazione nel provvedimento impugnato circa il giudice cui ricorrere in ordine, sia l'avvenuta ammissione al gratuito patrocinio del ricorrente, sia la asserita mancata emanazione di un definito provvedimento di esclusione.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, afferma il principio per cui sussiste la giurisdizione dell'A.G.O. in materia di sovvenzioni pubbliche, quando l'ammissione al contributo richiesto dall'interessata sia subordinata esclusivamente alla sussistenza dei presupposti ivi previsti indicati, da accertarsi dall'amministrazione, senza che in capo a quest'ultima residui alcun potere discrezionale, così che la posizione giuridica vantata dalla ricorrente è da considerarsi di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.10.2012, n. 5248.  
**Giustizia amministrativa - ricorso straordinario al Capo dello Stato - trasposizione in s.g. - trasfusione dei motivi sostanziali dedotti - sufficienza.**

**Trasfusione delle questioni preliminari riguardanti la fase giustiziale (nella specie, questione riguardante la tardività del ricorso straordinario).**

**Non occorre - ragioni.**

*Il tradizionale canone di distinzione (e di alternatività) fra la proposizione del ricorso straordinario e la proposizione del rimedio in sede giurisdizionale postula che, a seguito della trasposizione, i soli motivi sostanziali dedotti nella sede giustiziale possano (rectius: debbano) essere trasfusi nella sede giurisdizionale, mentre - invece - per quanto concerne le questioni preliminari della fase giustiziale, esse risultino assorbite dalla richiesta di trasposizione e la loro riproponibilità nella sede giurisdizionale resti preclusa dal richiamato canone di distinzione strutturale fra i due rimedi.*

E' evidente che la sentenza in commento abbia inteso ribadire il principio per il quale l'alternatività tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato e quello giurisdizionale al TAR non consente al controinteressato, che chieda la tra-



sposizione del ricorso amministrativo dinanzi al G.A., di eccepire questioni preliminari proprie della fase giustiziale, essendo oggetto del giudizio post trasposizione i soli motivi sostanziali già dedotti nella predetta fase giustiziale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.10.2012, n. 5199  
**Giustizia amministrativa - silenzio della PA.. Silenzio-rifiuto - ricorso avverso di esso - nel caso di istanza tendente ad ottenere l'adozione da parte della PA. di provvedimenti di autotutela. Inammissibilità per mancanza dell'obbligo di provvedere.**

*Non sussiste nei confronti della PA. un obbligo giuridico di pronunciarsi in maniera esplicita su di una "diffida - messa in mora" diretta essenzialmente a ottenere provvedimenti in autotutela, essendo l'attività connessa all'esercizio dell'autotutela espressione di ampia discrezionalità e, come tale, incoercibile dall'esterno; invero, il potere di autotutela della PA. va esercitato discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere nella giurisdizione dell'A.G.O..*

La tutela giurisdizionale concessa al privato avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione è utilizzabile laddove si sia in presenza di un effettivo obbligo di provvedere della stessa, cioè quando non vi sia discrezionalità alcuna in ordine all'*an* dell'esercizio del potere (ad esempio quando sia spirato il termine procedimentale per l'adozione del provvedimento richiesto), mentre è da escludere la possibilità di un ricorso avverso il silenzio nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela ove il silenzio, pure se segua ad un istanza del privato, non costituisce un inadempimento/rifiuto di adottare il provvedimento richiesto, ma valutazione discrezionale della PA., come tale ad essa sola riservata, di esercitare o meno il proprio potere funzionale.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.10.2012, n. 7483  
**Giustizia amministrativa - ricorso giurisdizionale - legittimazione attiva - presupposti - verifica - va effettuata in riferimento alla data di proposizione del ricorso stesso.**

**Momento di proposizione dell'appello - irrilevanza.**

**Atto amministrativo - procedimento amministrativo - principio della conservazione degli atti giuridici.**

**Applicabilità - rinnovazione della sole fasi viziate - legittimità.**

*Nel processo amministrativo i presupposti per la *legitimatio ad agendum* vanno verificati ab origine e cioè al momento in cui è stato proposto il ricorso di prime cure e non già al momento della presentazione dell'appello. (...) Nel procedimento amministrativo assume ruolo preponderante il principio della conservazione degli atti giuridici, rispondente alle regole della economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento che impongono alla PA. di limitare la rinnovazione alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando così efficacia i precedenti atti assunti nel procedimento.*

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha ribadito due principi generali del diritto amministrativo, uno di carattere processuale e l'altro riguardante l'azione amministrativa procedimentalizzata: i presupposti dell'azione, *in primis* la legittimazione, devono sussistere sin dalla proposizione del ricorso di primo grado, essendo preclusa ogni forma di integrazione postuma degli stessi; anche nel diritto amministrativo vige il principio di conservazione degli atti giuridici sì che, in caso di un procedimento viziato solo in parte, vanno fatti salvi gli atti non oggetto del giudizio di illegittimità del G.A.

TAR Lazio, Sez. I *ter*, 25.10.2012, n. 8817  
**Giustizia amministrativa - giurisdizione e competenza - controversie in materia di pubblico impiego - il cui rapporto sia stato privatizzato.**

**Determinazione della giurisdizione - va effettuata facendo riferimento al cd. "*petitum sostanziale*".**

**Questioni concernenti il rapporto di lavoro ad anche lo *status* del pubblico dipendente - Giurisdizione dell'A.G.O. - circostanza che sia stato chiesto l'annullamento dell'atto - irrilevanza.**

**Questioni concernenti il provvedimento di conferimento, revoca o annullamento di un incarico dirigenziale - giurisdizione dell'A.G.O..**

*Nel sistema di riparto della giurisdizione designato dall'art. 63 d. lgs. n. 165/2001, in linea con i precetti degli art. 103 e 113 Cost., la giurisdizione va determinata non già in base al criterio della soggettiva prospettazione della domanda, ovvero del tipo di pronuncia richiesta al giudice, bensì alla stregua del criterio cd. del *petitum* sostanziale, ossia considerando l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dall'ordinamento giuridico. Nelle controversie di lavoro, rientrano nella competenza del giudice ordinario tutte le domande che, pur avendo formalmente ad oggetto l'impugnazione di atti amministrativi ai fini dell'annullamento, nella sostanza sono di-*

*rette a conseguire utilità inerenti ai rapporti di lavoro, anche relative allo status del lavoratore, ovvero al conferimento o revoca di incarichi dirigenziali. I provvedimenti di conferimento, revoca o annullamento di un incarico dirigenziale o che dispongono la sua cessazione si configurano come atti che attengono alla gestione del rapporto di lavoro e, quindi, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. La sentenza in commento, dopo avere ribadito che il criterio di riparto tra giurisdizione del G.O. e del G.A. è dato dal c.d. *petitum* sostanziale, afferma che gli atti di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali in materia di pubblico impiego sono atti negoziali, ossia non connotati da autoritatività amministrativa e, perciò, di competenza del giudice ordinario.*

«.....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'articolo 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 tener doverosamente 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 sostanzava 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'energia 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 pa-



trocinio 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 pubbli-

ca), 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 decreto legge 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**

*Beni confiscati alla criminalità organizzata. Problematiche inerenti a società e/o beni societari confiscati. (Parere Prot. 208177/96/88) Avv. Giancarlo Caselli.*

### **RISPOSTA**

L'Agenzia del Demanio ha formulato alla Scrivente un'articolata richiesta di parere in ordine a svariate questioni concernenti gli effetti giuridici di provvedimenti di confisca ex lege 575/1965, coinvolgenti talora quote di società di cui i prevenuti sono soci, talora singoli beni del relativo patrimonio sociale. In particolare, è stato chiesto di sapere: a) quale sia la ricaduta di confische di quote societarie sulla proprietà di beni facenti parte del patrimonio sociale; b) le attività praticabili in caso di confisca di beni intestati ad una società; c) l'estensione della responsabilità dello Stato, che confischi quote di società di persone ovvero l'interezza delle quote di una società di capitali, per debiti sociali; d) la sorte dei debiti che le società confiscate dallo Stato hanno iscritto in bilancio tra le poste passive, eventualmente anche nei confronti dei soci prevenuti; e) la sorte dei diritti reali di garanzia insistenti su beni confiscati, e segnatamente delle ipoteche; f) l'efficacia, nei confronti dello Stato, di una clausola sociale – contenuta nello statuto o

*nell'atto costitutivo – che disponga diritti di prelazione degli altri soci in caso di vendita di partecipazioni azionarie;*

*g) le possibili modalità di liquidazione di società inattive in conseguenza di provvedimenti di confisca;*

*h) la sorte dei debiti tributari delle società integralmente confiscate dallo Stato;*

*i) la sussistenza o meno del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato relativamente alle società confiscate. In relazione alle tematiche sopra rassegnate, si svolgono le seguenti considerazioni, che si estendono – per sopravvenuta competenza – all'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.*

*1. Con riguardo alla tematica sub a) (ricaduta di confische di quote societarie sulla proprietà di beni facenti parte del patrimonio sociale), occorre svolgere alcune considerazioni preliminari a riguardo della netta distinzione concettuale, nel diritto civile, tra capitale sociale e patrimonio sociale: mentre il "capitale" di una società costituisce l'insieme dei conferimenti di beni e servizi effettuati (per l'appunto in conto capitale) dai soci per la costituzione ed il mantenimento della società (arg. ex art. 2247 c.c.), il "patrimonio" sociale configura invece l'insieme dei beni e diritti appartenenti - a vario titolo - alla società, in quanto soggetto distinto ed autonomo dai soci che ne fanno parte. Giova a tal riguardo richiamare il tradizionale, e tutt'ora attuale, insegnamento giurisprudenziale secondo cui "i concetti giuridici di capitale sociale e di patrimonio sociale, pur presentando qualche elemento di correlazione, particolarmente accentuato nel momento della costituzione della società, sono diversi ed inconfondibili. Il capitale sociale traduce in cifra precisa (susceptibile di norma di variazione nella sua entità giuridica e contabile solo a seguito di modifica nelle forme legali dell'atto che lo abbia determinato) l'ammontare complessivo degli apporti dei soci all'atto della sua costituzione. Il patrimonio sociale invece è formato dal complesso dei diritti ed obblighi, dai rapporti giuridici attivi e passivi che, nel corso della gestione, vengano man mano ad accentrarsi nella società ed è pertanto soggetto alle fluttuazioni e*

trasformazioni determinate dalle esigenze e dagli effetti della realtà economica, e – visto in un particolare momento - identifica il complesso dei beni dei quali, nel momento medesimo, la società è titolare” (Cass. Civ., I, 25.3.1965, n. 488). Da tanto consegue il diverso trattamento contabile dei due concetti, per cui “il fatto che il capitale sociale, non diversamente dalle riserve e da tutte le altre poste che concorrono a formare il patrimonio netto della società, debba essere iscritto al passivo del bilancio (art. 2424 c.c.) non vale a farlo considerare alla stregua di una posta debitoria, il cui annullamento o la cui riduzione comporti un vantaggio patrimoniale della società, giacché quelle poste non costituiscono passività, ma identificano l’ecceденza delle attività rispetto alle vere e proprie passività - rappresentando, quindi, il «valore netto» del patrimonio di cui la società può disporre - e la loro iscrizione nella colonna del passivo risponde unicamente alla finalità contabile di far coincidere il totale del passivo con quello dell’attivo” (Cass. Civ., I, 8.11.2005, n. 21641).

1.1. Sulla base di quanto sopra, è dunque agevole inferire che la confisca di quote di un capitale sociale non avrà effetti giuridici immediati sui singoli beni che compongono il patrimonio della società medesima: è stato infatti da tempo chiarito che “la cessione delle azioni o delle quote di una società di capitali non può configurarsi quale trasferimento a titolo oneroso dei beni che ne costituiscono il patrimonio” (Cass. Civ., I, 23.7.1998, n. 7209), ancorché limitatamente al riconoscimento del diritto di prelazione riconosciuto per la vendita di immobili urbani. Dipoi, con riferimento a vertenza relativa all’alienazione di quote di società di persone, Cass. Civ., III, 14.7.2004, n. 13075, ha più di recente affermato che “la cessione della quota sociale non attribuisce al socio subentrato la proprietà di una porzione dei beni della società, ma gli attribuisce una quota del relativo patrimonio, comprensivo delle passività, dei crediti, dei rischi, della esposizione per le obbligazioni già contratte, nonché dei poteri di indirizzo e gestione dei programmi societari con le relative aspettative (...)”.  
Mette poi conto rammentare quanto affermato, in termini generali, da Cass. Civ., I,

28.2.1998, n. 2252, ossia che “con la stipula del contratto di società si determina, anche nelle società di persone, un effetto di scambio tra patrimonio dei soci e patrimonio sociale, con il trasferimento, per un verso, della titolarità dei beni - anche immobili - conferiti, dal patrimonio dei conferenti a quello della società, «soggetto di diritto» diverso e terzo rispetto ai soci; e con il parallelo ingresso, nel patrimonio del socio, dei diritti (mobiliari) riferibili alla titolarità della quota sociale”.

1.2. In relazione a quanto sopra, appare dunque assolutamente corretta l’affermazione (pure a suo tempo fatta propria dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Brescia con il parere prot. n. 7753 del 7 giugno 2002) per cui la confisca di azioni o di quote societarie non comporta automaticamente l’acquisizione allo Stato del patrimonio aziendale, e dei singoli beni che di esso facciano parte. Correlativamente, appaiono discutibili i provvedimenti di confisca di quote sociali appartenenti a prevenuti e che, a causa di un’errata valutazione del giudice penale o di un’errata interpretazione in sede di esecuzione, finiscano col colpire beni immobili di effettiva proprietà della società (in quanto facenti parte a tutti gli effetti del patrimonio sociale), con relativa trascrizione nei registri immobiliari degli effetti della confisca stessa: proprio in ragione della evidenziata separazione tra capitale e patrimonio sociale, i beni patrimoniali della società non sono infatti di proprietà del soggetto prevenuto, e pertanto la confisca di (sole) quote societarie appartenenti ad un prevenuto non si estende automaticamente ai beni societari (1). (1) In tal senso (con riguardo alla misura di prevenzione del sequestro, ma con argomentazioni estendibili anche alla confisca) si è espressa anche Cass. Civ., III, 27.4.2007, n. 10095, allorché - nel dirimere un contrasto tra l’amministratore giudiziale di quote societarie sequestrate e la curatela fallimentare della società di capitali di cui le anzidette quote erano parte - ha precisato che “il sequestro di prevenzione aveva avuto per oggetto non il complesso dei beni costituiti in azienda, ma soltanto le quote di una società di capitali poi dichiarata fallita”. A tale ultima ipotesi sembra riconducibile il concreto caso affrontato

dal Tribunale di Palermo e portato all'attenzione della Scrivente: pur non disponendosi del provvedimento a quo, alla descritta conclusione sembra infatti portare la premessa del decreto n. 90/02 del Giudice dell'Esecuzione Penale palermitano, il quale ha dato atto che la confisca ha attinto, "oltre che beni personali" riconducibili al soggetto prevenuto, anche "tutte le quote della società e dei beni delle società", ed inoltre che "la confisca dei beni delle società, e la conseguente acquisizione all'Erario, è stata disposta come conseguenza della confisca dell'intero capitale sociale, che comporta il trasferimento all'Erario delle quote rappresentative del patrimonio della società, nel quale patrimonio rientrano i beni medesimi". In tale ipotesi, risulta essere stata opportunamente formulata la richiesta al Giudice della Prevenzione Penale di fornire una sorta di interpretazione "autentica" del provvedimento di confisca, onde impedire la fuoriuscita del bene dal patrimonio sociale, specie quando ne possa derivare un danno – in termini di perdita o riduzione del patrimonio della società – all'Erario che abbia acquisito tramite confisca quote della società stessa. Al contempo, tuttavia, occorre evidenziare che non paiono altrettanto condivisibili le considerazioni svolte dal Tribunale Penale di Palermo, il quale giunge al (giusto) risultato di mantenere al patrimonio della società il bene già oggetto di confisca, attraverso l'erronea affermazione secondo cui il vincolo che colpisce il bene della società determina il trasferimento all'Erario delle quote sociali rappresentative del bene stesso: tale argomentare denota invero una indebita sovrapposizione dei concetti (distinti ed autonomi, per quanto sopra detto) di capitale sociale da un lato e di patrimonio sociale dall'altro.

1.3. Ontologicamente distinta da quella dianzi descritta, appare poi la fattispecie della confisca (soltanto) di singoli beni societari, indipendentemente dalla confisca di quote di partecipazione di privati alla società (questione sub lett. b), percorribile allorché detti beni (si tratta ovviamente di beni per lo più immobili) siano fittiziamente intestati alla società, ma in realtà nella effettiva ed esclusiva disponibilità del prevenuto: ciò che legittima invero l'applicazione dell'art.2-ter della l. n.

575/1965. In questo caso, ed in termini del tutto speculari rispetto alla conclusione rassegnata al precedente punto 1.2, risulta senz'altro da condividere il parere n. 19379 reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo in data 22.9.1995, che ha sottolineato come l'Erario, non avendo acquisito alcuna partecipazione azionaria nella società per effetto della confisca dei suddetti beni, non ha titolo a promuovere la procedura di liquidazione della società medesima. Gli aspetti problematici che tale fattispecie impinge riguardano (così come rappresentato dall'Agenzia del Demanio) la sorte di detti beni successivamente alla confisca. In effetti, nel presupposto che l'immobile attinto dalla confisca sia da considerarsi solo in apparenza appartenente alla società che ne sia formale intestataria, laddove il reale proprietario deve invece essere considerato il socio prevenuto, appare inevitabile l'applicazione dell'art. 2-undecies, co. 2, lett. a) e b), della l. n. 575/1965, e quindi il mantenimento del bene al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile, o acquisizione al patrimonio del comune interessato per finalità istituzionali o sociali. D'altra parte, atteso che in casi del genere il bene fittiziamente intestato alla società non viene di fatto utilizzato dalla stessa, esso non dovrebbe essere considerato come bene aziendale, dotato cioè di attitudine all'esercizio dell'impresa: risulta quindi ipotizzabile imprimere allo stesso ogni destinazione diversa dal mantenimento "al patrimonio dello Stato per salvo che si debba procedere alla vendita degli stessi finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso", ovvero dal trasferimento "al patrimonio del comune dove l'immobile è sito, ovvero al patrimonio della provincia o della regione" previsti dal citato art. 2-undecies, co. 2, lett. a) e b), della l. n. 575/1965. Appare al contempo fuorviante ipotizzare uno stralcio dal bilancio sociale di tale bene, con conseguente perdita di esercizio e diminuzione del patrimonio netto della società, del quale in realtà il bene non ha mai fatto parte. D'altronde, è stato pertinentemente segnalato che in casi del genere le società formalmente proprietarie dei beni in questione sono per lo più società "di comodo", realizzate proprio

al fine di consentire una intestazione fittizia di beni e senza reale vocazione imprenditoriale, sicché non sembra che la loro liquidazione o il loro fallimento presenti particolari controindicazioni.

2. Tanto premesso in termini del tutto generali, occorre dipoi affrontare ricostruttivamente la questione degli effetti giuridici di un provvedimento di confisca (ex l. n. 575/1965, appunto) di azioni societarie, o più in genere di quote di un capitale sociale, con specifico riguardo alla responsabilità civile dello Stato confiscante per i debiti sociali: la soluzione da darsi a tale quesito consentirà successivamente di fornire risposta compiuta a svariati dei problemi applicativi sollevati. Mette tuttavia conto sin d'ora precisare che la descritta questione preliminare è di notevolissima difficoltà dogmatica, in quanto essa non risulta affrontata ex professo dalla normativa di settore, né pure a seguito delle innovazioni recentissimamente apportate dalla Legge n. 94/2009, dalla L. n. 191/2009 (Legge Finanziaria per il 2010), nonché dal d.l. n. 4/2010 (convertito, con modificazioni, con L. n. 50/2010); e più in genere sconta la difficoltà di coordinare l'anzidetta normativa - connotata da ispirazione squisitamente repressiva, ed evidentemente volta alla tutela dell'ordine pubblico, con conseguente caratterizzazione dello Stato come ente tutelare di quel bene giuridico, e titolare di conseguenti penetranti poteri - con principi e regole derivanti dal diritto commerciale in genere, e dal diritto societario in particolare: ambito in cui, invece, l'ente pubblico dovrebbe tendenzialmente partecipare, salvo eccezioni, "ad armi pari" con i privati.

Sicché, di nuovo in termini tutt'affatto generali, la vicenda a base della questione in esame potrebbe essere riguardata alternativamente con piglio strettamente civilistico, ovvero privilegiando un taglio di natura pubblicistica.

3. Nel primo caso (impostazione civilistica), occorrerebbe partire dalla premessa per cui la confisca di azioni societarie, o più in genere di quote del capitale sociale, comporti il trasferimento della loro proprietà in capo allo Stato, e consequenzialmente l'acquisizione dello status di socio in capo allo Stato, di regola in completa sostituzione dell'ex socio

"prevenuto", con integrale applicazione delle relative norme. In altri termini, secondo questa impostazione, lo Stato - una volta acquisita la proprietà di quote sociali a seguito della definitività del provvedimento di confisca - diventerebbe un socio della società, alla pari degli altri soci "privati", ove ve ne siano, assumendo gli ordinari poteri, diritti e doveri del socio, senza che la qualità pubblica rivestita, salvo espressa deroga ad opera di legge speciale, possa attribuirgli peculiari poteri o facoltà: tanto si desumerebbe dall'art. 2449 c.c. (art. 2458 prima della riforma del 2003-2004), il quale esprime - in negativo - il principio di ordine generale dell'applicabilità anche agli enti pubblici azionisti delle norme di diritto comune stabilite dal codice in materia di società per azioni. Ciò comporterebbe una serie di conseguenze piuttosto significative in ordine alle problematiche sottoposte, con riguardo - segnatamente - alla responsabilità civile nei confronti dei creditori sociali, allorché le regole ordinarie prevedano la responsabilità "illimitata" dei soci.

3.1. E' ad esempio il caso in cui lo Stato, a seguito di confisca di quote societarie, entri a far parte della compagine di una società di persone, per la quale vige il principio della responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, anche precedenti al suo ingresso nella società: cfr. articolo 2269 cod. civ., secondo cui "chi entra a far parte di una società già costituita risponde con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all'acquisto della qualità di socio". La tematica trae origine dalla concreta fattispecie di confisca delle quote del socio accomandatario in una s.a.s. dipoi fallita; ponendosi per l'effetto il problema se si applichi, nei riguardi dello Stato, il regime della responsabilità illimitata del socio accomandatario di cui all'art. 2313 c.c., nonché le ulteriori conseguenze derivanti dall'intervenuto fallimento della società. Occorre preliminarmente escludere, ai sensi dell'articolo 1 della L.F., l'assoggettabilità del socio erariale al fallimento, anche ove ciò debba conseguire dal fallimento della società ex articolo 147 L.F.. Ma, ove si ritenga di accedere alla cennata visione "civilistica" pura e semplice del fenomeno, si renderebbe inevitabilmente appli-

cabile il disposto dell'art. 2313 c.c. anche al socio accomandatario Stato, e la sua conseguente responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (anche anteriori alla confisca, in base al ripetuto art. 2269 c.c.), con tutte le caratteristiche sue proprie di responsabilità personale e diretta, mitigata dall'obbligo del creditore di escutere preventivamente il patrimonio sociale (artt. 2304 e 2318 c.c.). Analogamente a dirsi in relazione alle obbligazioni sorte nel periodo in cui - a seguito di confisca di un compendio societario, anche di capitali - il socio unico Stato abbia detenuto tutte le quote sociali, con conseguente possibilità che l'Erario sia chiamato a rispondere (illimitatamente) con il proprio (autonomo) patrimonio delle obbligazioni sociali in quel periodo sorte.

3.2. I descritti effetti di responsabilità (eventualmente illimitata) dello Stato - socio si replicherebbero, nella prospettata impostazione, anche in relazione ai debiti iscritti nei bilanci delle società confiscate a titolo di versamenti. Anche se, con specifico riguardo alla ipotesi sottoposta all'attenzione della Scrivente, la responsabilità illimitata del socio unico nelle società di capitali si configura solo in presenza di alcune condizioni: dispongono infatti i rinnovati articoli 2462 (per le ss.r.l.) e 2325 (per le ss.p.a.) cod. civ. che, in caso di insolvenza della società, l'unico socio risponde illimitatamente (e quindi anche col suo patrimonio) quando i conferimenti non sono stati interamente liberati, oppure fin quando non sia stata effettuata nel registro delle imprese la prescritta pubblicità dell'unicità del socio. Il socio unico quindi - a differenza del previgente regime, il quale delineava la responsabilità illimitata del socio unico in qualsiasi caso - risponde oltre i limiti del patrimonio sociale solo al ricorrere di rigorosi presupposti e limiti. Per quel che qui più interessa, occorre evidenziare che la responsabilità in parola: - configura un'ipotesi di responsabilità solidale della società e dell'unico socio nei confronti dei creditori sociali; - non si estende oltre le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona: quindi, con specifico riguardo alla peculiare fattispecie all'esame, non si estende ai debiti che la società divenuta uni-

personale abbia contratto anteriormente alla confisca; - ricorre "in caso di insolvenza della società", prospettandosi così una sorta di necessario beneficium excussionis in favore dell'unico socio, con onere quindi, per i creditori, di preventiva escussione della società debitrice in conto finanziamento dei soci prevenuti ed attinti dalla confisca delle quote societarie: tali debiti costituiscono invero - sotto il profilo contabile - poste passive del bilancio societario (da iscrivere presumibilmente sub voce D-3) del passivo ex art. 2424 cod. civ.), e - sotto il profilo civilistico - dei crediti personali vantati dagli ex soci nei confronti della società "confiscata". Ciò che renderebbe dunque non infondati i timori, espressi dall'Agenzia del Demanio nella richiesta di consultazione, di dover onorare tali debiti con danaro pubblico, per di più nei confronti di soggetti di ritenuta appartenenza mafiosa.

4. E' dunque alla luce delle considerazioni fin qui svolte che la tematica qui all'esame - si ripete: gli effetti di un provvedimento di confisca ex l. n. 575/1965 coinvolgente quote societarie (relative a società di persone e/o di capitali) sulla responsabilità civile dello Stato confiscante riguardo preesistenti debiti societari - può invece essere riguardata sotto un diverso taglio (impostazione pubblicistica), in modo da valorizzare la specifica funzione (di tutela dell'ordine pubblico e di prevenzione e contrasto di fenomeni criminali ad altissimo impatto sociale) dello strumento all'esame.

Entro tale ottica, occorre in effetti rimarcare la specificità della natura e della funzione della confisca prevista e disciplinata dalla L. n. 575/1965 (segnatamente dall'articolo 2-ter), la quale - al di là dell'incardinamento sistemico tra le misure di "prevenzione" patrimoniale - appare piuttosto volta a sottrarre in modo definitivo ai patrimoni in vario modo ascrivibili alla mafia (concetto quest'ultimo da intendersi in senso ampio: cfr. la rinnovata formulazione "estensiva" dell'articolo 1 della Legge n. 575/1965) beni di consistente valore, acquisiti con i metodi illeciti delle indicate consorterie criminali, o comunque strumentali alla commissione di ulteriori reati e più in genere al loro prosperare. Si tratta dunque di uno strumento volto

a contrastare i fenomeni criminali mafiosi non già sotto il versante strettamente penalistico (e quindi in un'ottica di repressione temporalmente successiva alla commissione di reati), bensì maggiormente sotto il profilo economico, e quindi idoneo a contrastare l'accumulo di consistenti patrimoni mafiosi, sovente necessari per lo svolgimento e l'implementamento delle "reti" criminose, attraverso il loro coattivo depauperamento. In altre parole, le confische di che trattasi servono ad impoverire economicamente e finanziariamente le mafie (che risultano, nei tempi più recenti, aver assunto connotati quasi "industriali" nella gestione ed organizzazioni di traffici criminali in svariati settori di importante rilievo economico: il contrabbando, la droga, gli appalti, la gestione dei rifiuti, ecc.), e quindi a combatterle attraverso meccanismi indirizzati a tranciare alla radice le loro fonti di sostentamento. Ciò che emerge con chiarezza dall'oggetto della confisca di prevenzione, che può riguardare (cfr. art. 2-ter, terzo co., della l. n. 575/1965) "beni sequestrati di cui la persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento, non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito (...), o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego".

In ultima analisi, scopo finale di tale strumento risulta essere la sottrazione in via definitiva, ai circuiti criminali di che trattasi, di cospicui compendi economici dotati di valore economico effettivo, e con attitudine al finanziamento del fenomeno mafioso.

4.1. Le superiori precisazioni in ordine alla effettiva funzione della confisca ex lege n. 575/1965, quasi più di politica anticriminale che non penalistica in senso stretto, giustificano il vivace dibattito – dottrinale e giurisprudenziale – sulla sua natura giuridica. In effetti, per un verso si è tradizionalmente inteso ravvisare nello strumento qui in analisi uno strumento a (mera) funzione preventiva, valorizzando il suo inserimento sistematico e processuale tra le misure di prevenzione antimafia, anche esaltando lo scopo di neutra-

lizzazione della pericolosità insita nel permanere della ricchezza nelle mani di chi può utilizzarla per perpetuare l'attività delinquenziale. Ma al contempo, altri commentatori vi hanno ravvisato una funzione di "controllo reale di ambiti economici non legittimati", fino addirittura a configurarla in termini più propriamente punitivi e sanzionatori. Ma soprattutto la giurisprudenza ha dato voce ad una articolata rimediazione sulla funzione e sulla natura giuridica della confisca di che trattasi.

In effetti, la Corte Costituzionale ha da tempo precisato (sentenza 8.10.1996, n. 335) che "la confisca, pur inserendosi in un procedimento di prevenzione, presenta caratteri che vanno al di là di quelli propri del sequestro, «misura» definita da questa Corte (sent. n. 465 del 1993) «di ordine cautelare», inerente alla pericolosità di un soggetto e destinata a venir meno cessando, con la pericolosità, le ragioni della cautela (si veda l'art. 2-ter, quarto co., della l. n. 575 del 1965) [e] comporta conseguenze ablatorie definitive (art. 2-ter, primo co., della l. n. 575 del 1965) e si distacca perciò dalla contingente premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide «allo stato», cioè subordinatamente al permanere - oltre che degli altri presupposti - della pericolosità del soggetto "; dipoi concludendo nel suggestivo senso per cui "la ratio della confisca comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al «circuitto economico» di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo". Ed ancora, Cass. Pen., sez. unite, 17.7.1996, n. 18, ha ricostruttivamente rimarcato come l'istituto presenti un "effettivo contenuto normativo (...) di carattere sicuramente «ablatorio»", ricollegato - tra l'altro - alla «ratio» posta a base delle specifiche disposizioni in materia, dirette, come si ritiene in modo pressoché concorde, ad eliminare dal circuito economico beni provenienti da attività che, a seguito degli accertamenti disposti, devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso". Sicché, pur escludendo per un verso "il carattere sanzionatorio di natura penale e, parimenti,

quello di un provvedimento di «prevenzione» della confisca ex lege n. 575/1965, essa “non può essere ricondotta che nell’ambito di quel «tertium genus» costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile (quanto al contenuto ed agli effetti) alla misura di sicurezza prevista dall’art. 240 cpv. c.p.: applicata, per scelta non sindacabile del legislatore, nell’ambito dell’autonomo procedimento di prevenzione previsto e disciplinato dalla legge n. 575 del 1965 e successive modificazioni”. Indirizzo, questo or ora descritto, dipoi confermato dalla Suprema Corte con svariati pronunciamenti: cfr. Cass. Pen., V, 29.4.2010, n. 16580; id., I, 28.8.2007, n. 33479; id., sez. unite, 8.1.2007, n. 57; id., I, 22.7.2005, n. 27433; id., II, 31.1.2005, n. 19914; id., V, 14.1.2005 n. 6160. In effetti, non sono mancati argomentati pronunciamenti in senso radicalmente difforme:

Cass. Pen., I, 9.3.2005, n. 13413, ha all’opposto affermato che “la normativa dettata per la misura di prevenzione patrimoniale ex art. 2-ter della l. n. 575 del 1965 si differenzia nettamente dalla confisca prevista dall’art. 240 c.p. e da altre disposizioni speciali”, rimarcando come, con “riguardo alla confisca come misura di sicurezza, la legge processuale penale modella una procedura esecutiva, che, salvo tassative eccezioni, si conclude, anche per gli immobili, con la vendita delle cose confiscate (artt. 86 disp. att. c.p.p., 13 reg. esec. c.p.p. e 152 D.P.R. 30.5.2002, n. 115)”, mentre “totalmente difforme risulta la speciale normativa della l. n. 575 del 1965 (...) in materia di confisca quale misura di prevenzione patrimoniale”, in base alla quale – quantomeno nella versione all’epoca vigente – “emerge univocamente che gli immobili confiscati a norma della legislazione antimafia sono inalienabili, con l’unica eccezione della vendita finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso, e acquisiscono, per effetto della confisca, una impronta rigidamente pubblicistica, che tipicizza la condizione giuridica e la destinazione dei beni, non potendo essere distolti da quella normativamente stabilita («finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile» ovvero «finalità istituzionali o sociali» in caso di trasferimento. Sempre di recente, Cass. Pen., sez. unite,

2.7.2008, n. 26654, nello svolgere un’analisi “trasversale” di svariate tipologie di confisca presenti nell’ordinamento a partire da quella prevista ex d. lgs. n. 231/2001, ha ravvisato (anche) nella confisca ex lege 575/1965 “una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo”, precisando al contempo – ma in termini generali – che “con il termine «confisca», in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato. D’altra parte, la stessa Corte Costituzionale, sin dagli anni sessanta (cfr. sentenze 25/5/1961 n. 29 e 4/6/1964 n. 46), avvertiva che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica» e che «il suo contenuto ... è sempre la ... privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa», con l’effetto che viene in rilievo «non una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge», così introducendo il concetto di “polimorfismo” della confisca (al riguardo, cfr. anche Cass. Pen., II, 6.6.2008, n. 22903).

4.2. In relazione al descritto e polimorfo atteggiarsi delle peculiarità funzionali della confisca, è dunque pacifico che, seppur non espressamente menzionate nel corpo della Legge n. 575/1965, le partecipazioni societarie sono state considerate assoggettabili alla indicata misura. In effetti, la menzionata Legge ha tradizionalmente fatto riferimento alle “aziende”, ai “beni aziendali” o ai “beni costituiti in azienda” (cfr. ad esempio le versioni antecedenti alle modifiche introdotte a partire dal 2009 dell’articolo degli immobili nel patrimonio dei comuni), con il necessario riconoscimento “che a seguito dell’insorgenza del vincolo di destinazione a finalità pubbliche, il regime giuridico dei beni confiscati a norma della l. n. 575 del 1965 è assimilabile a quello dei beni demaniali o a quello dei beni compresi nel patrimonio indisponibile”. Ma è qui il caso di rimarcare come tale impostazione (ribadita anche da suc-

cessivi arresti: cfr. Cass. Pen., I, 6.2.2007, n. 8015; id., 13.11.2008, n. 43715; id., 14.1.2009, n. 2501) non sia oggi più attuale, atteso che le interpolazioni normative del 2009 e del 2010 alla L. n. 575/1965, hanno introdotto la possibilità di pervenire alla vendita dei beni immobili di cui non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per finalità di pubblico interesse: cfr. coo. 2-bis, 2-ter e 2-quater dell'articolo 2-undecies della stessa l. n. 575/1965. 2-sexies, co. 3, dell'art. 2-decies, co. 1, e dell'art. 2-undecies, co. 3), mentre solo di recente sono stati introdotti espliciti riferimenti alla confisca di "società" (cfr. articolo 2-sexies, commi 14 e 15, come modificato con il menzionato d.l. n. 4/2010). Ma è d'altra parte altrettanto pacifico che la stessa L. n. 575/1965 ha considerato le compagini societarie come uno degli strumenti dei quali gli associati alle consorterie mafiose possono avvalersi onde gestire in maniera occulta i propri patrimoni illeciti: ed infatti l'articolo 2-bis, co. 3, prevede espressamente che le indagini strumentali all'applicazione di misure di prevenzione coinvolgano anche "persone fisiche o giuridiche, società, consorzi od associazioni, del cui patrimonio i soggetti (...) risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente"; e l'art. 10, co. 3, estende i divieti di acquisizione di appalti, concessioni, licenze, finanziamenti pubblici, disposti nei riguardi di prevenuti persone fisiche, anche "nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi". Ecco dunque che, essendo la confisca ex lege n. 575/1965 per sua natura indirizzata alla definitiva ablazione di beni e risorse economico-finanziarie dai circuiti mafiosi, nei termini più sopra precisati, sarebbe contraddittorio prevedere che essa produca i segnalati effetti giuridici di stampo propriamente civilistico, mercé i quali i prevenuti spossessati (*rectius*: espropriati) potrebbero comunque legittimamente neutralizzarne gli effetti economici di più spiccata deterrenza. In termini ancor più generali, non pare davvero ammissibile che la confisca di quote societarie possa comportare, in capo all'Erario confiscante, obblighi e responsabilità civili, ma-

gari ad estensione illimitata come per le eventualità più sopra richiamate, che lo espongano - in buona sostanza - al ripianamento dei debiti delle società confiscate nei confronti di terzi (cfr. l'ipotesi di cui al precedente punto 3.1), ovvero addirittura a dover corrispondere agli stessi prevenuti confiscati, che risultino creditori delle società confiscate nell'eventualità descritta al precedente punto 3.2, il valore dei conferimenti in precedenza effettuati alle società medesime. In questi casi si configurerebbe, con ogni evidenza, un considerevole svuotamento dell'efficacia del meccanismo ablatorio qui all'esame, e comporterebbe tra l'altro la necessità di una valutazione di "convenienza" economica di ciascuna confisca da parte degli organi statali a ciò deputati (legata ad un non agevole accertamento di insussistenza di poste debitorie in capo alle società coll gate ai prevenuti, e di cui lo Stato potrebbe doversi far carico), che pare davvero estranea alla evidenziata funzione repressiva dello strumento. Entro tale ottica, si ritiene dunque di dover escludere - con specifico riguardo alla confisca di quote di società commerciali di persone - la concreta operatività del cennato art. 2269 c.c. E' stato invero segnalato dalla più autorevole dottrina che la ratio di tale previsione risiede nella circostanza che il socio, facendo ingresso in una compagine sociale già esistente, approva l'operato della precedente gestione, accettando lo stato di rischio in cui si trova l'impresa. Ed anche la giurisprudenza di legittimità che si è occupata, anche solo incidentalmente di siffatta previsione, ha rimarcato come "nelle società personali non [sia] configurabile un acquisto di quote sociali che sia sufficiente, di per sé, a far insorgere la responsabilità dell'acquirente per le obbligazioni sociali (...), occorrendo invece che si realizzi l'effettivo inserimento nell'organismo sociale mediante il patto di cui sopra si è detto, che comporta l'assunzione della qualità di socio, con i connessi diritti ed obblighi verso la società, gli altri soci e i terzi" (Cass. Civ., I, 28.3. 1990, n. 2539). Sicché, in effetti, non sembra proprio che ricorra, nel caso di confisca di quote di società commerciali di persone, il presupposto connotante l'operatività dell'art. 2269 c.c., ossia la volontaria assun-

zione del ruolo di socio da parte dello Stato confiscante, con l'assunzione di tutti i connessi rischi imprenditoriali, atteso che l'adozione del provvedimento di confisca non presuppone davvero l'intenzione o la volontà dello Stato di entrare a far parte di una compagine commerciale, ed è comunque per sua natura insuscettibile – come dianzi rilevato – di valutazioni di convenienza commerciale, ulteriori rispetto all'assorbente esigenza repressiva che le è propria.

4.3. Sotto diverso e concorrente riguardo, appare pertinente anche valutare la natura dell'acquisizione in proprietà allo Stato di beni confiscati, e segnatamente se tale acquisto sia da considerare a titolo originario ovvero derivativo. Con il parere di Comitato Consultivo prot. n. 127581 in data 15.11.2003, si era già dato conto della non univocità delle soluzioni date a tale questione dalla giurisprudenza di legittimità, sia civile che penale: contrasto che, in effetti, permane tutt'oggi, ma di cui merita dare aggiornato conto.

4.3.1. In sede civile, la diversità di vedute appare riconducibile a quanto a suo tempo affermato dapprima da Cass. Civ., I, 3.7.1997, n. 5988 in materia di crediti confiscati ex lege n. 575/1965 (che ha affermato trattarsi “di acquisto a titolo derivativo, inquadrabile nello schema di una cessione del credito per factum principis”, tale “proprio in quanto esso non prescinde dal rapporto già esistente fra quel bene e il precedente titolare, ma anzi un tale rapporto presuppone ed è volto a far venir meno, per ragioni di prevenzione e/o di politica criminale, con l'attuare il trasferimento del diritto dal privato (condannato o indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose) allo Stato”), e dipoi da Cass. Civ., I, 5.3.1999, n. 1868, la quale (per vero in relazione a confisca prefettizia) ha invece fatto riferimento ad un “titolo originario di acquisto, a favore della P.A., del bene che entra così a far parte del patrimonio dello Stato”. Più di recente, Cass. Civ., I, 7 febbraio 2007, n. 2718, questa volta con specifico riferimento a confisca ex lege n. 575/1965, ha precisato che, “in tema di revocatoria fallimentare, è opponibile alla massa dei creditori l'acquisizione al patrimonio dello Stato a titolo originario, per effetto della

sopravvenuta confisca del bene disposta in un procedimento di prevenzione antimafia, ove il sequestro di prevenzione, che necessariamente precede la confisca, sia stato trascritto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento”, e ciò in quanto “gli effetti della confisca retroagiscono al momento del sequestro, secondo la ratio dell'art. 2906 cod. civ., che estende al creditore sequestrante la tutela riservata al creditore pignorante”. A sostegno della tesi derivativa dell'acquisto, viene poi tradizionalmente richiamata ulteriore giurisprudenza civile di legittimità, formata da Cass. Civ., 12.11.1999, n. 12535: ma si badi che né tale arresto, né i successivi che ad essa fanno tralaticio riferimento, hanno affrontato ex professo la quaestio juris di che qui trattasi, limitandosi ad affrontare la tematica dei rapporti tra confisca e diritti reali di garanzia preesistenti (su cui cfr., amplius, il successivo punto 5 del presente parere) (14).

4.3.2. Più ampio ed articolato il dibattito in sede di Cassazione Penale. In aggiunta al risalente diastema intercorso tra la tesi dell'acquisto derivativo, o comunque traslativo (Cass. Pen., sez. unite, 28.4. – 8.6.1999, n. 9; Cass. Pen., IV, 26.11.1996, n. 2885; Cass. Pen., I, 21.1.1992, non numerata (15)), e quella dell'acquisto a titolo originario (Cass. Pen., II, 4.12.1998 - 16.1.1999, n. 7211; Cass. Pen., I, 3 - 22.4.1998, n. 1947; Cass. Pen., sez. unite, 28.1.1998, n. 2; Cass. Pen., VI, 3.4. - 24.8.1995, n. 1265; Cass. Pen., 7.12.1983, si registrano svariate sopravvenienze giurisprudenziali, per lo più specificamente afferenti proprio la confisca di cui alla L. n. 575/1965: - a sostegno della prima impostazione (acquisto a titolo derivativo), Cass. Pen., V, 19.11. - 15.12.2003, n. 47887, ha ritenuto che “in tema di misure di prevenzione, l'applicazione della confisca (...) determina la successione a titolo particolare dello Stato nella titolarità del bene” (analogamente, anche Cass. Pen., I, 9 marzo - 12.4.2005, n. 13413); - nella seconda direzione (dell'acquisto a titolo originario), si sono invece espresse Cass. Pen., sez. unite, 19.12.2006 - 8.1.2007, n. 57, che ha parlato di “irreversibile risultato ablatorio, conseguente alla definitività della confisca produttiva del trasferimento a titolo originario del

*bene sequestrato nel patrimonio dello Stato”, nonché Cass. Pen., V, 20 gennaio – 29.4.2010, n. 16580, secondo cui “la confisca disposta nei procedimenti di prevenzione, va ricondotta nell’ambito del tertium genus costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto a contenuto ed effetti, alla misura di sicurezza prevista dall’art. 240, co. secondo, cod. pen., di modo che il loro trasferimento a titolo originario al patrimonio dello Stato è irreversibile”.*

*4.3.3. La questione non pare davvero di poco momento ai fini che qui occupano, atteso che la differenza tra le prospettate impostazioni dogmatiche della questione attiene proprio alla estensione del diritto proprietario che perviene allo Stato confiscante: sicché, ove si tratti di acquisto a titolo originario, siccome pervenuto senza alcuna dipendenza rispetto al diritto del precedente titolare (ossia del prevenuto), esso dovrà considerarsi libero da pesi e da diritti di terzi che non siano strettamente inerenti alla res (obbligazioni o oneri reali); laddove invece l’acquisto a titolo derivativo si collega inscindibilmente alla misura del diritto trasferito, con la medesima ampiezza e le medesime limitazioni. La evidenziata peculiare natura e funzione della confisca ex lege n. 575/1965, in uno con la straordinarietà dei suoi presupposti applicativi, indurrebbe in effetti ad ascriverla tra i meccanismi acquisitivi della proprietà del primo genere, in modo da garantire che l’acquisizione in capo allo Stato dei beni confiscati avvenga senza precostituiti limiti, e senza che l’Erario possa risultare indirettamente gravato di oneri incompatibili con la funzione lato sensu sanzionatoria del meccanismo di che vertesi. Ciò che risulterebbe anche congruente con la frequente assimilazione (vuoi strutturale, vuoi funzionale) di tale tipologia di confisca con quella, generale, di cui all’articolo 240 cod. pen., emergente in modo prepotente dalla giurisprudenza di legittimità penale dianzi richiamata (segnatamente da Cass. (17) Cfr. al riguardo GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2003, 235. Pen., sez. unite, 17.7.1996, n. 18, e successiva).*

*5. Ferme le suesposte considerazioni ricostruttive, non può tuttavia prescindersi dal considerare come siano stati affrontati, in se-*

*de di legittimità, i problemi di coordinamento con i diritti che terzi soggetti possano vantare, a vario titolo, sui compendi confiscati, segnatamente nei confronti delle società oggetto di (totale o parziale) ablazione. Come sopra ricordato, infatti, e con riguardo alla confisca di quote societarie, si pone inevitabilmente il problema di verificare l’estensione dei concorrenti diritti degli (eventuali) altri soci delle società di persone (di cui è stata disposta la confisca solo di quote parziali), nonché dei terzi che vantino diritti reali o creditori nei confronti della società confiscata, e delle reciproche interconnessioni. Problema che, riguardato in termini più generali, si declina anche in relazione alla confisca di beni diversi dalle quote societarie.*

*5.1. Una questione che è stata specificamente sottoposta all’attenzione della Scrivente concerne ad esempio la sorte dei diritti reali di garanzia (in specie le ipoteche) che i terzi vantino su beni immobili confiscati (tematica sub e) della premessa). La problematica, ben nota a questa Avvocatura per essere fonte di un cospicuo contenzioso tuttora in atto, è stata più volte affrontata anche in sede di Comitato Consultivo. Si segnala in proposito il parere reso dalla Scrivente in data 15.11.2003 con nota prot. n. 127581, il quale, sintetizzando per punti le risposte alle questioni sollevate, ha affermato: “a) che i diritti ipotecari dei terzi sui beni confiscati non vengono pregiudicati quando non emerga in sede penale la certezza di una situazione di non estraneità al reato del terzo o di mala fede o di colpevole affidamento nell’acquisto del credito ipotecario;*

*b) che tali diritti non consentono comunque al terzo di agire in executivis sul bene confiscato, potendosi altrimenti compromettere la finalità perseguita dall’art. 2 undecies, comma 2, legge 575/1965, introdotto dalla legge 109/1996;*

*c) che ove il bene confiscato venga venduto il creditore ipotecario (la cui estraneità al reato sia stata accertata) ha diritto di ottenere la soddisfazione del suo credito fino a concorrenza del ricavato e col rispetto dell’ordine delle prelazioni;*

*d) che, ove invece al bene confiscato sia data una destinazione pubblica conforme alle previsioni dell’art. 2 undecies, comma 2, legge*

575/1965, introdotto dalla L. 109/1996, il creditore ipotecario potrà ottenere dallo Stato (divenuto titolare del bene a seguito della confisca) soddisfazione in danaro del proprio credito entro i limiti di valore del bene confiscato quale emergente dalla stima fattane o in sede di acquisizione da parte dello Stato o, in caso di contestazione, con il ricorso a rimedi di tipo giurisdizionale volti a determinare la misura del credito soddisfattibile sul valore equivalente al bene confiscato”.

5.2. Giova precisare che il richiamato parere trovava all’epoca conforto nella nota sentenza Cass. Civ., I, 12.11.1999, n. 12535, secondo cui “il provvedimento di confisca, pronunciato ai sensi dell’art. 2 ter l. 31.5.1965 n. 575 e succ. mod. nei confronti dell’indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa, non può pregiudicare i diritti reali di garanzia, costituiti sui beni confiscati in epoca anteriore al procedimento di prevenzione a favore di terzi estranei ai fatti che hanno dato luogo a detto provvedimento; costoro, però, potranno far valere le loro pretese soltanto davanti al giudice dell’esecuzione penale nelle forme e secondo le modalità previste dagli art. 665 seg. c.p.p., norme che attribuiscono al giudice dell’esecuzione competenza a decidere in ordine alla confisca e, pertanto, sui diritti che i terzi rimasti estranei al procedimento penale possono vantare sul bene confiscato”; precipuamente, la richiamata pronuncia di legittimità aveva motivato affermando che “l’esigenza di non vanificare l’intervento sanzionatorio dello Stato induce a dubitare e quindi ad escludere che l’accertamento della legittimità del diritto di sequela vantato dal terzo creditore privilegiato possa consistere nel mero controllo della data di iscrizione della formalità ipotecaria e nell’astratta verifica dell’esistenza di un credito, peraltro agevolmente documentabile nell’ipotesi di illecito accordo.

L’accertamento del diritto del terzo impone un’indagine più estesa ed approfondita che, per intuibili ragioni, può essere svolta solo dal giudice penale, con garanzia del contraddittorio, in sede di procedimento di esecuzione”. Tuttavia, in epoca successiva al ridetto parere, Cass. Civ., III, 29.10.2003, n. 16227 avrebbe rivisto il proprio precedente orientamento, stabilendo che, in base alla tassati-

vità delle cause di estinzione dell’ipoteca dettate dall’art. 2878 c.c., i diritti reali di garanzia costituiti anteriormente all’insorgere del procedimento di prevenzione sono comunque destinati a prevalere sulla confisca, indipendentemente - quindi - dall’accertamento in sede di incidente di esecuzione penale della buona o mala fede del titolare del diritto stesso. Tale pronunciamento appare tuttavia in netto contrasto con la finalità dell’intera normativa in tema di confische, più sopra richiamata in termini ricostruttivi, e che - come visto - persegue il primario obiettivo di sottrarre i beni confiscati (e massimamente gli immobili) dal circuito mafioso. Consta d’altronde che essa sia stata ripetutamente sconfessata dalla successiva giurisprudenza della Cassazione Penale, la quale ha avuto modo di ribadire la necessità per i creditori ipotecari, onde far prevalere il proprio antecedente diritto reale di garanzia sulla successiva misura di prevenzione, di dimostrare - in sede di incidente di esecuzione penale - l’assenza di collegamento del proprio diritto con l’attività illecita del prevenuto, e comunque un atteggiamento di “buona fede” circa la provenienza lato sensu illecita dei beni de quibus: ciò nella evidente ottica di evitare che, attraverso “creditori” compiacenti, i soggetti coinvolti nei circuiti mafiosi possano preconstituirsì mezzi giuridici attraverso cui “blindare” i propri possedimenti immobiliari: ciò, tra l’altro, in correlazione con quanto espressamente previsto all’articolo 2-ter, quinto co., della L. n. 575/1965 (18). A tal riguardo, Cass. Pen., I, 5.12.2007, n. 45572, ha ritenuto che “il terzo titolare di diritto reale di garanzia su bene confiscato può far accertare, mediante incidente di esecuzione dinanzi al competente giudice penale (o della prevenzione, se si tratta di confisca ex art. 2-ter della l. n. 575 del 1965), l’esistenza delle condizioni di permanente validità del diritto, costituite dall’anteriorità della trascrizione del relativo titolo rispetto al provvedimento ablatorio e da una situazione soggettiva di buona fede, intesa come affidamento incolpevole, con onere della prova a carico dell’interessato”; in termini analoghi, cfr. anche Cass. Pen., I, 26.2.2007, n. 8015. A propria volta, Cass. Pen., I, 22.5.2007, n. 19761, ha affermato quanto segue: “Spetta al

giudice dell'esecuzione l'accertamento degli esatti confini del provvedimento di confisca dei beni immobili effettuato ai sensi dell'art. 2 ter l. n. 575 del 31.5.1965, ed in particolare la determinazione dell'eventuale esistenza di iura in re aliena, non pregiudicati dalla devoluzione dei beni allo stato, mentre spetta al terzo l'onere della prova sia in relazione alla titolarità di tali diritti sia in relazione alla mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto; in particolare, il terzo dovrà dimostrare il proprio affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza, non essendo sufficiente la mera anteriorità della trascrizione nei registri immobiliari; una volta provata la posizione di terzietà e l'opponibilità del diritto di garanzia o di credito, il terzo, pur privato della facoltà di procedere ad esecuzione forzata per soddisfarsi sul ricavato, può farlo valere soltanto davanti al giudice civile con i residui mezzi di tutela offerti dalla legge". In termini del tutto analoghi, si erano espresse anche Cass. Pen., I, 12.4.2005, n. 13413, nonché Cass. Pen., I, 31.3.2005, n. 12317, la quale ha pure precisato che "poiché il regime giuridico dei beni confiscati a norma della l. n. 575/1965 è assimilabile a quello dei beni demaniali o a quello dei beni compresi nel patrimonio indisponibile, deve escludersi che i beni confiscati ad indiziati di mafia possano essere oggetto di espropriazione forzata immobiliare, che ne modifichi la destinazione, ancorché tale procedura sia stata promossa da un terzo in buona fede titolare di credito assistito da garanzia ipotecaria iscritta prima della trascrizione della confisca; con la conseguenza che, una volta accertata mediante incidente di esecuzione penale la posizione di terzietà e l'opponibilità dell'ipoteca, il creditore garantito, pur privato della facoltà di procedere direttamente ad esecuzione forzata per soddisfarsi sul ricavato, può far valere il proprio credito soltanto innanzi al giudice civile, con i residui mezzi di tutela offerti dalla legge". Per parte sua, Cass. Pen., V, 19 novembre – 15.12.2003, n. 47887, aveva già chiosato che "l'applicazione della confisca (...) non comporta l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sul bene confiscato a favore dei ter-

zi, i quali possono far valere in sede esecutiva i propri diritti reali o di garanzia, qualora si tratti di terzi in buona fede che abbiano trascritto il proprio titolo anteriormente al sequestro a fini di prevenzione, eseguito ai sensi dell'art. 2 l. n. 575 del 1965". Di recente, poi, Cass. Pen., I, 22.4.2008, n. 16743, ha financo esteso gli indicati presupposti di tutela (anteriorità dell'iscrizione del titolo o dell'acquisto del diritto rispetto al provvedimento ablatorio di prevenzione, e la buona fede /affidamento incolpevole in capo al terzo) anche alla fattispecie relativa al soggetto che si sia reso cessionario di un credito ipotecario sull'immobile confiscato. Appare il caso di evidenziare che analoga impostazione, valorizzativa del profilo della buona fede del terzo pretesamente leso da un provvedimento di confisca, da dimostrare avanti il giudice penale mediante incidente di esecuzione, è stata di recente utilizzata dalla giurisprudenza penale della Suprema Corte anche in relazione all'ipotesi del venditore di un'azienda ceduta al proposto mediante una vendita a rate con patto di riservato dominio (Cass. Pen., I, 27.2.2008, n. 8775), con la precisazione che l'accertamento nella sede penale della buona fede può escludere l'estinzione del diritto (in questo caso di credito) del terzo, con la possibilità di far valere davanti al giudice civile le proprie pretese nei confronti dello Stato, subentrato al proposto, per il mancato pagamento integrale del prezzo.

5.3. Da ultimo, non si possono non svolgere ulteriori considerazioni in ordine a quanto di recente affermato da Cass. Civ., III, 16.1.2007, n. 845, sovente richiamata a sostegno della tesi della prevalenza dei diritti di garanzia su beni confiscati (e quindi in termini pretesamente adesivi rispetto alla sentenza n. 16227/2003 della medesima Terza Sezione Civile), atteso che la massima ufficiale recita come segue: "Il provvedimento di confisca pronunciato ai sensi dell'art. 2 ter l. n. 575 del 1965 nei confronti di un indiziato di appartenenza a consorteria mafiosa, camorristica o simile, non può pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto del provvedimento ablativo, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, in favore di terzi estranei ai

fatti che abbiano dato luogo al procedimento medesimo, senza che possa farsi distinzione in punto di competenza del giudice adito, tra giudice penale e giudice civile; e ciò perché tale diritto reale limitato si estingue per le sole cause indicate dall'art. 2878 c.c.; la medesima tutela davanti al giudice civile, a maggiore ragione, va riconosciuta all'aggiudicatario - acquirente di un bene in sede di procedura esecutiva forzata immobiliare, la cui posizione, altrimenti sarebbe, senza fondato motivo, irrimediabilmente compromessa". Occorre al riguardo precisare che la vicenda processuale definita con la cennata sentenza di legittimità del 2007 trae origine da un ordinario giudizio di cognizione promosso dall'Amministrazione Finanziaria nei confronti degli acquirenti aggiudicatari (all'esito di procedura esecutiva immobiliare) di un bene confiscato, e volto a vedere affermata la proprietà dello Stato sul bene stesso. Il Tribunale aveva in prima battuta accolto la domanda e dichiarato la prevalenza della proprietà dello Stato sui beni confiscati. La Corte d'Appello, poi, adita dagli aggiudicatari soccombenti, aveva rigettato l'impugnazione, osservando in primo luogo che doveva essere esclusa la loro buona fede, tenuto conto che il sequestro e la successiva confisca erano stati trascritti ben prima della vendita all'asta, sicché detti vincoli gravanti sul bene dovevano ritenersi conosciuti; ribadendo il principio "secondo cui il provvedimento di confisca pronunciato ai sensi della l. 31.5.1965, n. 575, art. 2 ter e successive modifiche non pregiudica i diritti reali di garanzia costituiti sui beni confiscati in epoca anteriore al procedimento di prevenzione a favore di terzi estranei ai fatti che hanno dato luogo a detto provvedimento", con la precisazione, tuttavia, che "il creditore procedente deve trasferire il suo diritto nella esecuzione penale e che il passaggio della proprietà allo Stato è salvaguardato anche in caso di precedenti diritti reali di garanzia anteriormente trascritti", e che quindi la competenza a decidere spettasse al giudice penale nelle necessarie forme dell'incidente di esecuzione. La Corte di Cassazione ha bensì accolto parte del successivo ricorso di legittimità dei privati, ma ciò ha fatto con t.lune significative precisazioni, che colorano in termini del

tutto diversi il pronunciamento in questione. In effetti, dopo aver espressamente rimarcato che "i provvedimenti di sequestro e di confisca - quali misure repressive e sanzionatorie di carattere patrimoniale - sono finalizzati ad impedire che gli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni criminali di procurarsi, mediante prestiti bancari e con il sistema di preconstituirsì una schiera di creditori di comodo muniti di titoli con data certa, denaro di provenienza lecita, sottraendo poi alla confisca i beni vincolati a garanzia di terzi creditori", la Suprema Corte ha bensì osservato che detta "esigenza - con i relativi provvedimenti - non può, tuttavia, pregiudicare i diritti dei terzi estranei ai fatti che hanno dato luogo ai procedimenti di sequestro e confisca": ma tale petizione di principio - peraltro resa con riferimento alla posizione non dei creditori procedenti (in una esecuzione su di un bene confiscato) ma dei terzi aggiudicatari - è tuttavia precisata, nel suo reale significato, dal successivo richiamo alla "giurisprudenza penale della C.Cass." che "si è occupata del problema rilevando che i terzi titolari di diritti reali di garanzia su beni immobili sottoposti a confisca ai sensi della legge Antimafia 31.5.1965, n. 575, art. 2 ter, ove non siano potuti intervenire nel procedimento di prevenzione, possono far accertare, in sede di esecuzione, l'esistenza delle condizioni di permanente validità di detti diritti, costituite essenzialmente dall'anteriorità della trascrizione dei relativi titoli rispetto al provvedimento di sequestro cui ha fatto seguito la confisca e da una situazione soggettiva di buona fede, intesa come affidamento incolpevole, da desumersi sulla base di elementi di cui spetta agli interessati fornire la dimostrazione, fermo restando che, una volta effettuato il suddetto accertamento, rimane comunque esclusa la possibilità che i beni confiscati possano essere oggetto di espropriazione forzata immobiliare, atteso il loro avvenuto assoggettamento, in conseguenza della confisca, ad un regime assimilabile a quello dei beni facenti parte del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato, per cui il credito garantito di cui i terzi di buona fede sono portatori potrà essere fatto valere soltanto dinanzi al giudice civile con i residui

mezzi di tutela offerti dalla legge”.

Il principio sopra riportato circa il fatto che la confisca non pregiudicherebbe “i diritti dei terzi estranei ai fatti che hanno dato luogo ai procedimenti di sequestro e confisca”, deve dunque intendersi nel senso che i terzi possono effettivamente dirsi “estranei” solo se dimostrino la propria buona fede. La C.Cass. dunque, a ben vedere, si è limitata ad affermare che la tutela “accordata al creditore ipotecario a maggiore ragione deve essere riconosciuta all’aggiudicatario - acquirente di un bene in sede di procedura esecutiva immobiliare, la cui posizione, altrimenti, sarebbe, senza fondato motivo, irrimediabilmente compromessa”: tale tutela opera tuttavia nei riferiti termini, e quindi nella necessaria sussistenza della buona fede del terzo, da accertarsi nei modi e nelle forme evidenziati dalla giurisprudenza penale, del resto espressamente richiamata.

5.4. Alla luce di quanto sopra, non possono che confermarsi (in relazione allo specifico argomento relativo ai diritti reali di garanzia preesistenti alla confisca di beni immobili) le conclusioni rese nel menzionato parere prot. n. 127581 del 15.11.2003 di questa Avvocatura Generale.

6. D'altronde, l'analisi della giurisprudenza di legittimità che si è occupata dell'argomento ora esposto consente di valorizzare un criterio generale di giudizio che può presiedere alla soluzione delle questioni problematiche afferenti il trattamento dei diritti dei terzi a fronte di confische di quote societarie, totali o parziali che esse siano.

In effetti, i problemi più sopra evidenziati in casi del genere, ossia la estensione dei diritti e degli obblighi dei soci “superstiti” delle società di persone di cui sia stata disposta la confisca solo di alcune quote, nonché dei terzi che vantino diritti creditorî nei confronti della società confiscata, può essere apprezzata, anche nei riguardi dello Stato confiscante, utilizzando il canone della “buona fede”; sicché le conclusioni cui si è pervenuti nell'ambito del precedente punto 4 del presente parere possono trovare un correttivo proprio in quel principio. In altri termini, e per tornare alla questione relativa ai crediti vantati nei confronti di società anche solo in parte confiscate ex lege n. 575/1965, la que-

stione della tutela dei diritti creditorî di terzi su quote societarie confiscate può essere soddisfacentemente risolta, ammettendo la tutela solo dei terzi che dimostrino di versare in “buona fede”, nei termini dianzi evidenziati. Tale limitata tutela, i cui presupposti andrebbero verificati in sede di incidente probatorio nell'ambito del procedimento di prevenzione, consentirebbe per un verso di escludere in radice la permanenza dei crediti vantati dallo stesso prevenuto, e di escludere altresì quelli di soggetti che, in varia guisa e misura, siano a quello riconducibili, anche solo per mera consapevolezza del suo peculiare status di possibile intraneus ad associazioni criminose.

6.1. Con specifico riguardo all'ipotesi in cui sia stata disposta la confisca in capo allo Stato di quote sociali minoritarie, qualora l'atto costitutivo o lo statuto societario attribuisca a ciascun altro socio un diritto di prelazione in caso di cessione delle quote per atto tra vivi, il dubbio avanzato è se lo Stato confiscante possa ritenersi svincolato da siffatte previsioni statutarie e se, conseguentemente, possa procedersi alla vendita a terzi della quota stessa (cfr. questione sub lett. f) della premessa: confisca di quote sociali minoritarie e clausole statutarie di prelazione in caso di vendita di partecipazioni sociali). Al riguardo, occorre preliminarmente precisare che l'ipotesi prospettata non rientra nello spettro previsionale dell'articolo 2-undecies, comma 3, della L. n. 575/1965 (che disciplina la destinazione da imprimere ai “beni” aziendali), bensì in quello del co. 1, lett. b), dello stesso articolo 2-undecies, dovendosi le quote societarie considerarsi alla stregua di beni mobili (cfr. Cass. Civ. II, 30.1.1997, n. 934, secondo cui “le quote sociali, anche nelle società di persone, costituiscono beni nel senso dell'art. 810 c.c. in quanto suscettibili di formare oggetto di diritti e vanno ascritte residualmente alla categoria dei beni mobili a norma del successivo art. 812 co. ultimo, atteso che alla quota fanno capo (insieme con i relativi doveri) tutti i diritti nei quali si compendia lo status di socio, non riducibili a mere posizioni creditorie”).

Ciò comporta che la vendita delle quote confiscate, anche in favore di altro socio della compagine, titolare del richiamato diritto di

prelazione, non viola di per sé le prescrizioni della L. n. 575/1965, prevedendo tale legge che i beni mobili – nella normalità dei casi – siano venduti e le somme ricavate versate all’Erario. Fermo quanto sopra, occorre di poi segnalare che, con riferimento alle clausole contenute negli atti costitutivi o negli statuti societari che fissano diritti di prelazione dei soci in caso di vendita di quote societarie, la giurisprudenza ha da tempo chiarito (cfr. Cass. Civ., I, 19 agosto 1996, n. 7614; id., 29.8.1998, n. 8645) che siffatte clausole - in ragione del loro inserimento nei documenti fondativi della compagine societaria - assumono valore generale ed efficacia “reale”, sicché i suoi effetti sarebbero in genere opponibili anche al terzo acquirente, appunto perché si tratta di una regola del gruppo organizzato alla quale non potrebbe non sottostare chiunque entri a far parte di quel gruppo. Non può tuttavia escludersi che, con specifico riguardo alla ipotesi qui all’esame di confisca ex lege n. 575/1965, la previsione statutaria di diritti di prelazione delle quote sociali possa rispondere a precisi interessi del socio prevenuto, magari indirizzati a garantire il mantenimento della compagine societaria nell’ambito di una cerchia di soggetti (familiari o non) in vario modo contigui all’ambiente delinquenziale proprio del prevenuto medesimo. Sembra alla Scrivente che tale circostanza possa, per un verso, comportare una naturale difficoltà a rinvenire soggetti, autenticamente “terzi” rispetto al prevenuto ed alla sua cerchia di conoscenze, che siano disponibili all’acquisto di quote societarie minoritarie un tempo a quegli appartenute. Tuttavia, ove ciò sia in concreto possibile, la giurisprudenza richiamata al precedente punto 5 del presente parere potrebbe legittimare l’effettuazione della relativa vendita anche senza il rispetto del diritto di prelazione: come dianzi segnalato, essa assoggetta il mantenimento di diritti preesistenti alla confisca al requisito della buona fede del titolare, intesa come affidamento incolpevole, circa l’intendimento lato sensu illecito dell’operazione. Si è pure rimarcato che tale principio appare suscettibile di essere esteso, oltre che ai diritti immobiliari di garanzia, anche ad altri diritti soggettivi di credito (cfr. la richiamata Cass. Pen., I,

27.2.2008, n. 8775), sicché appare legittimo declinarlo anche con riferimento al preesistente diritto di prelazione di quote societarie di pertinenza del socio. In adesione alla impostazione più sopra prospettata, diventerà dunque onere del socio eventualmente pretermesso dalla vendita a terzi della quota minoritaria, in sede di contestazione giudiziale di quella vendita, dimostrare la sua effettiva buona fede rispetto alla partecipazione societaria del prevenuto, e più in genere alla attività illecita di quest’ultimo.

7. Altra questione problematica sottoposta all’attenzione della Scrivente riguarda le modalità di liquidazione di società che, a seguito di provvedimenti di confisca ex lege n. 575/1965, diventino sostanzialmente inattive (questione sub lett. g) della premessa). Appare al riguardo potersi dichiarare che la confisca non può, di regola e di per sé, impedire la dichiarazione di fallimento di un’impresa, sicché, sussistendo lo stato di insolvenza, anche una società che sia stata (totalmente o parzialmente) confiscata deve necessariamente ritenersi soggetta a fallimento. Il principio della fallibilità di società commerciali di cui lo Stato sia socio, risulta costantemente affermato dalla giurisprudenza: basti al riguardo richiamare il principio fissato da Cass. Civ., I, 10.1.1979, n. 158, secondo cui “una società per azioni, concessionaria dello stato per la costruzione e l’esercizio di un’autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare) – per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti (...)”. Sicché - ferma restando la suesposta conclusione dei limiti di responsabilità civile dello Stato per i debiti di società confiscate - il percorso che conduca l’amministrazione Statale alla dismissione di società inattive o in difficoltà finanziarie potrà alternativamente consistere nell’attivazione di una procedura fallimentare, ovvero ponendo le società in liquidazione volontaria.

7.1. Nell’ambito di questa seconda soluzione, è stato ipotizzato il ricorso alla gestione fuori bilancio prevista dalla l. n. 1041/1971.

Anche a prescindere dalla circostanza che l'utilizzazione di siffatto strumento dovrebbe essere – per chiara previsione della stessa l. n. 1041/1971 – espressamente autorizzata da legge speciale, tale possibilità appare comunque non praticabile o comunque inopportuna, comportando (come del resto evidenziato anche dall'Agenzia del Demanio) il trasferimento in capo allo Stato di tutti i rapporti economici pendenti. Ciò comporterebbe che l'Erario, magari in termini eccezionali rispetto all'esposto principio di limitazione di responsabilità, potrebbe essere chiamato a ripianare con danaro pubblico i debiti delle società confiscate alla criminalità organizzata: e risultando queste, nella maggior parte dei casi, fittizie e pertanto senza alcun valore economico e commerciale, è evidente come la gestione fuori bilancio comporti un elevato rischio di cospicue perdite economiche per l'Amministrazione Statale. Per tali considerazioni il vantaggio ipotizzato, che sembrerebbe comunque ridursi alla maggiore velocità delle operazioni di chiusura della società tramite le ridette "gestioni fuori bilancio", appare alquanto recessivo in un'ottica di comparazione con il rischio ora cennato. Naturalmente, anche tale valutazione ha valenza generale, e non esclude la possibilità - in ben identificati casi da ponderare caso per caso in relazione alle specifiche circostanze di fatto – che il ricorso alla gestione fuori bilancio si presenti invece conveniente per gli interessi erariali.

8. Quanto alla sorte dei debiti tributari delle società integralmente confiscate dallo Stato (questione sub lett. h) della premessa), giova prendere le mosse dai ripetuti pareri resi a vari livelli dall'Agenzia delle Entrate, ed in specie il parere prot. n. 123885 del 2 luglio 2002 espresso dalla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, secondo cui le società di capitali confiscate "conservano fino alla loro estinzione un'autonoma soggettività tributaria, in modo che, per i rapporti tributari che ad esse fanno capo, non si può dire realizzata la confusione": principio che, in linea generale, appare senz'altro da condividere, sia in virtù della permanente alterità giuridica tra le società e l'unico socio di cui esse possano eventualmente essere costituite (cc.dd. società unipersonali), sia perché di

confusione ex art. 1253 c.c. potrebbe correttamente parlarsi allorché l'ente che venga in vario modo "assorbito" dallo Stato scompaia quale pregresso soggetto giuridico (come, ad es., nel caso degli enti pubblici soppressi le cui passività siano ex lege assunte da appositi uffici statali di liquidazione: cfr. per un caso la recente Cass. Civ., V, 12.3. 2008, n. 6550). Giova tuttavia evidenziare che, per il caso di confische ex lege n. 575/1965, viene oggi prevista un'espressa eccezione da parte del co. 15 del rinnovato (a seguito del già menzionato d.l. n. 4/2010) art. 2-sexies, il quale dispone come segue: "Nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o società sequestrati, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'art. 1253 del c.c.". Tale previsione, che sembra attingere astrattamente a qualsiasi tipo di credito erariale, quale che ne sia la natura e l'origine, certamente trova applicazione anche con riguardo ai crediti tributari di spettanza dell'amministrazione Statale.

9. Da ultimo, quanto al tema della rappresentanza processuale delle società confiscate ed alla possibilità del ricorso al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (questione sub lett. i) della premessa), bisogna preliminarmente richiamare quanto già affermato dalla Scrivente con parere n. 110067 del 12.8.2004, avallato dal Comitato Consultivo. In quel pronunciamento, si era sostenuto (in sintesi) quanto segue:

9.1. il subingresso dello Stato nella effettiva titolarità dei beni confiscati si verifica solo con l'acquisita esecutività ed inoppugnabilità del provvedimento di confisca: prima di tale momento, pertanto, e segnatamente nel lasso temporale intercedente tra l'adozione del provvedimento di sequestro preventivo e l'intervenuta definitività del provvedimento di confisca, non vi sono i presupposti necessari affinché l'amministratore dei beni (solo) sequestrati sia ammesso ad avvalersi del regime di patrocinio legale organico ed esclusivo (articolo 1 del R.D. n. 1611/1933) assicurato dall'Avvocatura dello Stato alle Amministrazioni statali;

9.2. all'opposto, una volta che il provvedimento che dispone la confisca sia divenuto definitivo, l'Avvocatura dello Stato sarà tenuta ad accordare a detti amministratori

*l'assistenza legale necessaria, essendo venuto ad esistenza il criterio di collegamento giustificativo del suo intervento (cioè a dire il definitivo passaggio della proprietà dei beni in favore dello Stato). Le descritte conclusioni vanno oggi aggiornate alla luce di quanto disposto dalla novella legislativa rappresentata dal d.l. n. 4/2010 (convertito, con modificazioni, con l. n. 50/2010), il quale – come ben noto – ha istituito l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, dotandola tra l'altro della competenza a provvedere alla “amministrazione e destinazione dei beni confiscati in esito del procedimento di prevenzione di cui alla citata legge 31.5.1965, n. 575, e successive modificazioni” (art. 1, co. 3, lett. d). Segnatamente, l'art. 2-sexies, co. 7, della L. n. 575/1965 prevede oggi che “dopo il decreto di confisca di primo grado, l'amministrazione dei beni è conferita all'Agenzia, la quale può avvalersi di uno o più coadiutori”, con incarico che “può essere conferito all'amministratore giudiziario designato dal tribunale”: la novella normativa ha dunque espressamente previsto che con il decreto di confisca l'amministrazione dei beni sia automaticamente assegnata all'Agenzia Nazionale (e non più ad un amministratore), e che essa possa avvalersi come “coadiutore” dell'amministratore previamente nominato per la fase del sequestro. Al contempo è previsto che l'Agenzia Nazionale, ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 4/2010, goda della rappresentanza processuale dell'Avvocatura dello Stato secondo il regime dell'art. 1 del r.d. n. 1611/1933: essa pertanto si avvarrà di tale rappresentanza, con tutte le conseguenze ad essa connesse, qualora diretta amministratrice di beni sequestrati, e comunque in quanto ex lege deputata all'amministrazione dei beni confiscati ai sensi della l. n. 575/1965.*

*10. In estrema sintesi, si possono dunque rassegnare nei seguenti termini le risposte ai quesiti sottoposti:*

*a) la confisca ex lege n. 575/1965 di azioni o di quote societarie non comporta automaticamente l'acquisizione allo Stato del patrimonio aziendale, e/o dei singoli beni che di esso facciano parte, che non sono infatti di proprietà del soggetto prevenuto;*

*b) è specularmente ammissibile la confisca ex lege n. 575/1965 di beni societaria prescindere dalla confisca delle relative quote, allorché sia comprovato che detti beni sono solo fittiziamente intestati alla società, ma in realtà nella effettiva ed esclusiva disponibilità del prevenuto;*

*c) quanto alla responsabilità dello Stato confiscante nei confronti di creditori di società commerciali, occorre distinguere:*

*c.1.) nel caso di società di persone, non è da ritenersi operante il meccanismo di cui all'art. 2269 c.c., a mente del quale “chi entra a far parte di una società già costituita risponde con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all'acquisto della qualità di socio”, per difetto di ratio legis nella fattispecie: lo Stato confiscante potrà essere chiamato a rispondere dei crediti antecedenti la confisca solo in favore dei creditori che dimostrino di versare in “buona fede” e “legittimo affidamento”, in sede di incidente di esecuzione penale; c.2.) nel caso di società di capitali di cui lo Stato confiscante risulti unico socio, la relativa responsabilità illimitata, in base agli artt. 2325 e 2462 c.c., non si estende oltre le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta allo Stato medesimo;*

*d) in continuità con la conclusione di cui alla precedente lett. c.1), lo Stato confiscante potrà essere chiamato a rispondere dei debiti sociali iscritti in bilancio tra le poste passive nei limiti della comprovata “buona fede” del relativo titolare, e non saranno riconoscibili quelli vantati dal prevenuto espropriato, ancorché iscritti in bilancio;*

*e) per quanto riguarda i diritti ipotecari preesistenti alla confisca di beni immobili, anche alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, si conferma quanto già ritenuto con parere in data 15.11.2003 con nota prot. n. 127581 del Comitato Consultivo di questa Avvocatura Generale, ossia che essi non vengono pregiudicati quando non emerga in sede penale la certezza di una situazione di non estraneità al reato del terzo o di mala fede o di colpevole affidamento nell'acquisto del credito ipotecario;*

*f) in caso di confisca di quote sociali ed in presenza di clausole statutarie di prelazione per la vendita di partecipazioni sociali, la*

*vendita di dette quote societarie a terzi potrebbe essere contestata dai soci pretermessi qualora essi dimostrino di versare in “buona fede” e “legittimo affidamento”, in sede di incidente di esecuzione penale;*

*g) ove le società oggetto di confisca di quote diventino inattive o in difficoltà finanziarie, esse potranno essere legittimamente assoggettate a procedura fallimentare ovvero a liquidazione volontaria, secondo le valutazioni del caso;*

*h) in virtù dell’art. 2 sexies, co. 15, della l. n. 575/1965 (per come rinnovato dal d.l. n. 4/2010), i crediti tributari riferibili alle quote societarie confiscate dallo Stato si estinguono*

*per confusione;*

*i) ai sensi dell’art. 8 del d.l. n. 4/2010, l’Agenzia Nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, si avvale della rappresentanza processuale dell’Avvocatura dello Stato secondo il regime dell’art. 1 del r.d. n. 1611/1933, qualora essa sia diretta amministratrice di beni sequestrati, e comunque in quanto ex lege deputata all’amministrazione dei beni confiscati ai sensi della l. n. 575/1965. Le suesposte questioni sono state esaminate dal Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 14.6.2011.*

«.....GA.....»

# INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **INCENTIVI PER L'OCCUPAZIONE DI GIOVANI E DONNE: IL MINISTERO ATTIVA UN FONDO DI OLTRE 230 MILIONI DI EURO**

*Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali rende nota l'avvenuta sottoscrizione del decreto interministeriale che consentirà di riconoscere ai datori di lavoro privati incentivi da destinare al sostegno dell'occupazione dei giovani e delle donne. La misura, precisa il Ministero, che ha carattere straordinario e può contare su risorse finanziarie di oltre 230 milioni di euro, riguarderà i rapporti di lavoro stabilizzati o attivati entro il 31.3.2013. I contributi verranno riconosciuti per contratti stipulati con giovani di età fino a ventinove anni ovvero con donne indipendentemente dall'età anagrafica, secondo limiti numerici per ciascun datore di lavoro che consentano di rispettare la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. In particolare viene riconosciuto un importo pari a 12.000 euro in caso di trasformazione di un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, ovvero per ogni stabilizzazione di rapporti di lavoro nella forma di collaborazioni coordinate e continuative anche nella modalità di progetto o delle associazioni in partecipazione con apporto di lavoro. Tali forme di stabilizzazione dovranno riferirsi a contratti di lavoro in essere ovvero cessati da non più di sei mesi e mediante la stipula di contratti a tempo indeterminato, anche a tempo parziale. Sono inoltre previsti incentivi per le assunzioni di giovani e donne a tempo determinato, la cui misura varia in relazione alla durata del rapporto di lavoro. In particolare il valore del contributo è stabilito nella misura di 3.000 euro per contratti di lavoro di durata non inferiore a 12 mesi; nella misura di 4.000*

*euro se la durata del contratto supera i 18 mesi e, da ultimo, nella misura di 6.000 euro per i contratti aventi durata superiore a 24 mesi. L'INPS, cui è affidata la gestione della misura, corrisponderà gli incentivi in base all'ordine cronologico di presentazione delle domande ed entro il limite delle risorse disponibili (come detto sopra, di oltre 230 milioni di euro), attraverso modalità telematiche che saranno attivate al più presto e consentiranno ai datori di lavoro di avere facile accesso allo strumento appena adottato. Con queste misure il Governo intende offrire un segnale inequivocabile sul fronte dell'impegno a sostegno dell'occupazione dei giovani e delle donne, nell'auspicio che il mondo delle imprese sappia cogliere questa eccezionale opportunità per favorire l'ingresso dei nostri giovani e delle donne nel tessuto occupazionale e produttivo del Paese (Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, comunicato del 5.10.2012).*

«..... GA.....»

### **RIFORMA DEL CONDOMINIO: IN ARRIVO NOVITÀ IN MATERIA DI VIDEOSORVEGLIANZA, RISCALDAMENTO CENTRALIZZATO E PARTI COMUNI**

*E' stata approvata alla Camera la riforma condominiale. In attesa del passaggio al Senato si evidenziano le novità approvate: 1. La videosorveglianza: La riforma prevede che le deliberazioni concernenti l'installazione sulle parti comuni dell'edificio di impianti volti a consentire la videosorveglianza su di esse sono approvate dall'assemblea con la maggioranza di cui al secondo comma dell'articolo 1136 c.c. Dovranno essere necessariamente*



osservate le regole dettate dal garante della privacy in materia di videosorveglianza. 2. Riscaldamento centralizzato: La riforma modifica l'art. 1118 c.c. stabilendo che Il condomino, ove venga oggettivamente constatato che il proprio immobile non gode della normale erogazione di calore, a causa di problemi tecnici dell'impianto condominiale, e questi, nell'arco di una intera stagione di riscaldamento, non sono risolti dal condominio, può rinunciare all'utilizzo dell'impianto centralizzato di riscaldamento o di condizionamento, a condizione che dal suo distacco non derivino squilibri tali da compromettere la normale erogazione di calore agli altri condomini o aggravii di spesa. In tali casi il rinunziante resta tenuto a concorrere al pagamento delle sole spese di manutenzione straordinaria dell'impianto e per la sua conservazione e messa a norma. 3. Parti comuni: Il testo modifica l'art. 1117 c.c. e prevede che sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, anche se aventi diritto a godimento periodico e se non risulta il contrario dal titolo: a) tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, come il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e le facciate; b) le aree destinate a parcheggio nonché i locali per i servizi in comune, come la portineria, incluso l'alloggio del portiere, la lavanderia, gli stenditoi e i sottotetti destinati, per le caratteristiche strutturali e funzionali, all'uso comune (**Camera dei deputati, news del 27.9.2012**).

«..... GA.....»

## **REVOCA O DECADENZA DA CONTRIBUTI E SOVVENZIONI PUBBLICHE: INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE COMPETENTE A CONOSCERE LA CONTROVERSIA**

Secondo l'orientamento costante delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato

distinguendo: - la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione, nella quale – salvo quando il contributo o la sovvenzione sia riconosciuto direttamente dalla legge ed alla pubblica amministrazione sia demandato esclusivamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti indicati dalla legge stessa – la legge attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di attribuire il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse pubblico primario, apprezzando discrezionalmente l'an, il quid e il quomodo dell'erogazione, e dunque la posizione del richiedente è di interesse legittimo; - la fase successiva alla concessione del contributo, in cui (salvo il caso di previo annullamento o revoca in via di autotutela per vizi di legittimità per il suo contrasto con il pubblico interesse) il privato è titolare di un diritto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento agli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione. Ne deriva che, qualora l'amministrazione - come nel caso di specie, di sottoposizione dell'impresa beneficiaria a un concordato preventivo, sopravvenuta all'erogazione del finanziamento -, nel revocare il contributo o nel dichiararne la decadenza, non compie alcuna valutazione discrezionale rispetto alla quale il privato possa invocare posizioni di interesse legittimo, ma si limita ad accertare il venir meno di un presupposto previsto in modo puntuale dalla legge, la tutela del privato ha luogo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (v. sul punto, in fattispecie analoga di fallimento dell'impresa beneficiaria, Cass. civ., Sez. Un., 20.7.2011, n. 15867) (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 28.9.2012, n. 5151**).

«..... GA.....»

## **LINEE GUIDA PER GLI AFFIDAMENTI DA PARTE DI ENTI PUBBLICI A COOPERATIVE SOCIALI**

L'art. 5, co. 1, della l. 8.11.1991, n. 381 dispone che gli enti pubblici possano stipulare convenzioni con le cd. cooperative sociali di

tipo B, finalizzate alla fornitura di determinati beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi - in deroga alle procedure di cui al d. lgs. 12.4.2006, n. 163, purché detti affidamenti siano di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria. L'Autorità ha condotto alcune indagini di settore sull'applicazione del citato art. 5, co. 1, della l. n. 381/1991, dalle quali è emersa la necessità di fornire alle stazioni appaltanti chiarimenti in ordine alle modalità di affida-

mento delle convenzioni. E' stata quindi esperita una consultazione degli operatori e delle istituzioni coinvolte propedeutica all'emanazione delle presenti linee guida nelle quali in particolare vengono attenzionati i seguenti argomenti: 1. Ambito di applicazione soggettivo; 2. L'oggetto e la durata della convenzione; 3. Le modalità di affidamento della convenzione; 4. Le clausole sociali (**AVCP, determinazione n. 3/2012, Gazzetta Ufficiale n. 185 del 9.8.2012**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# L'INFLUENZA DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA SULL'ORDINAMENTO INTERNO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL SETTORE DELLA PRODUZIONE DI ELETTRICITÀ DA FONTI ENERGETICHE RINNOVABILI

dell'Avv. Giulio Bacosi e dell'Avv. Valentina Giammaria

*Il CdS, V, con sentenza n. 4768 del 10.9.2012 ha disapplicato l'art. 3 della legge regionale n. 9/2007 della Regione Basilicata - nella parte in cui aveva imposto un limite massimo alla produzione di energia elettrica derivante da fonte eolica - poichè lesivo dei principi caratterizzanti gli ordinamenti comunitario e italiano, secondo i quali la produzione di energia anche da fonti rinnovabili avviene in regime di libero mercato concorrenziale senza la previsione di limiti alla produzione*

The Council of State, section V, with judgement n. 4768, of September 10<sup>th</sup> 2012 did not apply the article n.3 of the regional law n.9/2007 of Basilicata region, in the part in which it had imposed a maximum limit to the production of electric energy deriving from wind source, because it violates the principles characterizing Community and Italian rules according to which the energy production also by renewable sources happens in the free market competitive without providing limits to production.

*Sommario: 1. L'influenza dell'ordinamento dell'Unione Europea sull'ordinamento nazionale 2. La disciplina normativa del settore della produzione di elettricità da fonti rinnovabili 3. L'illegittimità dei limiti alla produzione di energia elettrica da fonti eoliche 4. La disapplicazione della legge regionale contrastante con il diritto comunitario.*

### **1. L'influenza dell'ordinamento dell'Unione Europea sull'ordinamento nazionale.**

La complessa trama di circostanze che costituiscono l'architettura della decisione ivi annotata suggerisce, seppur per brevi cenni, la riconsiderazione del rapporto tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea.

Orbene, il contrastante rapporto tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea rappresenta una delle tematiche più antiche e - al contempo - affascinanti del diritto, oggetto di grande attenzione giurisprudenziale e dottrinale, specie con riferimento

al microsistema amministrativo ove la tensione tra i due ordinamenti si fa particolarmente acuta a ragione della natura degli interessi alla cui tutela quest'ultimo è preposto.

La concezione autoritaria della pubblica amministrazione - che plasticamente affiora dal dettato normativo di cui alla l. 20.3.1865 n. 2248, tutto volto ad affermare le garanzie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario più che a tutelare il cittadino verso l'agere amministrativo - ha condizionato la ricostruzione teorica del microsistema amministrativo fino a un suo progressivo superamento, specie in virtù dell'influenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno.

Il lungo processo evolutivo concernente i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario è culminato, sotto la spinta di una pluralità di pronunce della Corte di Giustizia, nel riconoscimento del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La complessa evoluzione dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario prese le mosse, in via giurisprudenziale, dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia del 15.7.1964, resa nel caso Costa-Enel, C-6/64, nella quale si affermò che l'ordinamento comunitario si configura come integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri talchè le norme di diritto comunitario divengono fonte immediata di diritti e obblighi per tutti coloro cui esse fanno riferimento e in forza del principio del primauté del diritto comunitario rendono inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante con esse. Di contro, la Corte Costituzionale nella sentenza del 7.3.1964 n. 14 concluse per la sussistenza di un rapporto di equiordinazione tra ordinamento nazionale e comunitario ravvisando il criterio risolutivo di un'eventuale contrasto tra norme comunitarie e nazionali in quello cronologico. Dipoi a far data dalla pronuncia n. 183 del 1973 la Corte Costituzionale riconobbe il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, ravvisandone il fondamento costituzionale nell'art. 11. Al singolo giudice nazionale tuttavia non fu riconosciuta la possibilità di disapplicare la norma interna contrastante con quella comunitaria dovendo lo stesso sollevare questione di legittimità costituzionale. Solo a partire dalla nota sentenza Granital, la n. 170 dell'8.6.1984, la Corte riconobbe al giudice italiano il potere di disapplicare la norma interna contrastante con quella comunitaria senza ricorrere alla Corte Costituzionale. Con la sentenza n. 384 del 1994 la Corte Costituzionale ha ammesso il sindacato principale di legittimità costituzionale di una legge regionale per violazione del diritto comunitario invocando un'esigenza di certezza del diritto al fine di evitare l'immissione nell'ordinamento di disposizioni contrastanti con norme comunitarie.

L'influenza del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale si fa sempre più pervasiva, all'uopo basterà por mente alla recente pronuncia della Corte di Giustizia resa nel caso Lucchini- Corte di giustizia 18 luglio 2007, C-119/05- nella quale si afferma che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale quale l'art. 2909 c.c. nella parte in cui impedisce il recupero di un aiuto allo Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva. Purtroppo, la Corte di Giustizia nella sentenza Fallimento Omiclub resa il 3.9.2009 attenuando gli effetti della decisione Lucchini, ha affermato che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione nazionale an-

Orbene, l'influenza sempre più pervasiva che il diritto comunitario esercita sul diritto amministrativo - nonostante la naturale reticenza verso condizionamenti derivanti da fonti sovranazionali - sembra dipanarsi su due opposte direttrici; l'una determinante effetti limitativi - tendendo la norma comunitaria a restringere l'ambito applicativo delle norme interne- l'altra determinante effetti espansivi - essendo l'ordinamento interno chiamato a fornire una tutela adeguata a beni e interessi di origine comunitaria in conformità anche all'art. 10 Tfu.

A compasso allargato, la forte spinta derivata dall'ordinamento comunitario sia sul fronte risarcitorio - con la direttiva CEE 665/1989 in tema di appalti, recepita con la l. 142 del 1992 - che cautelare - con le sentenze Factortame<sup>2</sup>, Atlanta e Zuckerfabrik<sup>3</sup> nelle quali la Corte di Giustizia riconobbe la tutela cautelare atipica - ha favorito l'introduzione nell'ordito normativo nazionale di strumenti preziosi per l'ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo, non ultimi quelli recentemente introdotti con il codice del processo.

Il principio di effettività della tutela costituzionalizzato all'art. 24, ha rappresentato la stella polare del lungo e costante processo

che quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario.

<sup>2</sup> Cfr C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale in via di disapplicazione di norme legislative interne*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991, 261 e ss.; D. SIMON, *Cronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communauté's europeennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, in *Journal du droit international*, 1991, 447 e ss.; R. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Il Foro amministrativo*, 1992, 1889 e ss.; A. VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*; in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1993, 581 e ss.

<sup>3</sup> Nella sentenza Zuckerfabrik -Cause riunite C-143/88 E C-92/89- i giudici comunitari ammisero la possibilità per i tribunali nazionali di sospendere l'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato in conformità ad un regolamento comunitario ex art. 249, par. 2, Trattato CE, come ricordato da N. TROCKER, *"Cicil law" e "Common Law" nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.comunit.*, 2009, 02, 341, pg.445 e ss.

evolutive - tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza - volto al riconoscimento di una tutela giurisdizionale piena degli interessi legittimi, soprattutto in attuazione dei principi comunitari richiamati dall'art. 1 del codice del processo amministrativo oltre che dai criteri di delega fissati dall'art. 44 della l. 18.6.2009, n. 69.

## 2. La disciplina normativa del settore della produzione di elettricità da fonti rinnovabili.

Volendo intercettare i fili del groviglio che gravitano attorno alla pronuncia de qua, pare opportuno ripercorre - seppur per brevi cenni - la disciplina normativa nazionale e comunitaria in tema di fonti di energia rinnovabili.

All'uopo occorrerà por mente al fatto che tra le priorità dell'Unione europea (UE), *pau-cis verbis*, figura la promozione di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili. In particolare ai fini *de quibus*, rileva la dir. 77/2010 che segue il Libro bianco del 1997 sulle fonti energetiche rinnovabili nel quale si fissava l'obiettivo del 12% del consumo interno lordo di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili per l'UE-15 entro il 2010 dipoi - parallelamente all'allargamento dell'Ue nel 2004 - passato al 21%. In tale prospettiva la direttiva ha rappresentato finanche una componente essenziale delle misure richieste per il rispetto degli impegni assunti dall'Ue nel protocollo di Kyoto sulla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra.

L'art. 1 della direttiva richiama anzitutto la necessità di *“un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel mercato interno”*, mentre l'art. 3 prevede l'adozione da parte degli Stati membri di misure appropriate atte a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili secondo obiettivi indicativi nazionali definiti, nello stesso art. 3, nel 12% del consumo interno lordo di energia entro il 2010.

Con il d. lgs. 29.9.2003 n. 387, recante il recepimento nell'ordinamento interno della direttiva suddetta, sono stati confermati i propositi del legislatore comunitario e si è previsto all'art. 10 che le Regioni possano adottare *“misure per promuovere l'aumento del*

*consumo di elettricità da fonti rinnovabili nei rispettivi territori, aggiuntive rispetto a quelle nazionali”*, quindi senza incentivare i criteri che potessero portare a stabilire tetti massimi di produzione.

Successivamente è intervenuta la Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che ha modificato le direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, rinnovando l'impegno degli Stati membri per la determinazione dei criteri volti ad assicurare uno sviluppo equilibrato del settore delle energie rinnovabili<sup>4</sup>.

In particolare, nelle premesse - al punto 14 - si è precisato che *“la principale finalità di obiettivi nazionali obbligatori è creare certezza per gli investitori nonché stimolare lo sviluppo costante di tecnologie capaci di generare energia a partire da ogni tipo di fonte rinnovabile. Non è opportuno rinviare la decisione sul carattere obbligatorio di un obiettivo in attesa di eventi futuri”*.

La dir. n. 2009/28/CE ha indicato criteri e modalità per l'attuazione degli obiettivi fissati dal pacchetto clima energia e ha assorbito in sé, prevedendone prima la modifica e poi la definitiva caducazione (a partire dal 1.1.2012), le precedenti direttive vigenti in materia (dir. n. 2001/77/CE sulla promozione di elettricità da fonti rinnovabili e dir. n. 2003/30/CE sulla promozione dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti).

Con il cd. *“pacchetto clima energia”* l'Unione Europea ha fissato nuovi obiettivi per il 2020 in materia di politiche energetiche e cambiamenti climatici, al fine di creare un quadro giuridico stabile e conseguire nel 2020 l'obiettivo di un aumento del 20% dell'efficienza energetica, di garantire una riduzione del 20% delle emissioni di gas serra e di coprire il 20% della domanda di energia

<sup>4</sup> A. MURATORI, *Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili: la nuova direttiva «unificata» 2009/28/ce*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 8, 685 ss.; S. MAGLIA, M. A. LABARILE, *Energia da fonti rinnovabili: le nuove procedure autorizzatorie alla luce della direttiva 2009/28/ce*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 2, 134 ss..

dell'Unione europea attraverso il ricorso a fonti rinnovabili<sup>5</sup>.

In attuazione della dir. n. 2009/28/CE il legislatore ha approvato il d. lgs. 3.3.2011, n. 28 finalizzato alla definizione degli strumenti, dei meccanismi, degli incentivi e del quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari per il raggiungimento degli obiettivi previsti in materia di quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia e di quota di energia da fonti rinnovabili nei trasporti<sup>6</sup>.

Al fine di favorire il conseguimento degli obiettivi indicati dalla direttiva il decreto n. 28 del 2011<sup>7</sup>, confermando l'impostazione del precedente d. lgs. n. 387 del 2003, ha previsto che la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili siano disciplinati secondo speciali procedure amministrative semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate, sulla base delle specifiche caratteristiche di ogni singola applicazione (artt. 4-9)<sup>8</sup> e ha ridefinito la disciplina dei regimi di sostegno applicati all'energia prodotta da fonti rinnovabili e all'effi-

cienza energetica "attraverso il riordino ed il potenziamento dei vigenti sistemi di incentivazione" (art. 23-33).

### 3. L'illegittimità dei limiti alla produzione di energia elettrica da fonti eoliche.

Entrando *in medias res*, occorre spostare il fuoco dell'analisi sulla vicenda fattuale che ha dato la stura alla pronuncia *de qua*.

Con provvedimento del 18.6.2008 la Giunta della Regione Basilicata negava l'autorizzazione regionale alla costruzione e all'esercizio di un parco per la produzione di energia elettrica da fonte eolica in agro del Comune di Vietri di Potenza.

Il diniego riposava su un asserito superamento dei limiti relativi alla produzione massima di energia elettrica da fonti eoliche. Interpose ricorso innanzi al TAR Basilicata una società che impugnò il provvedimento di diniego dell'autorizzazione unica<sup>9</sup> adottato a

<sup>5</sup> M. RAGAZZO, *Il d.lgs. 28/2011: promozione delle fonti energetiche rinnovabili o ... moratoria de facto?*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, p. 636.

<sup>6</sup> Conformemente a quanto previsto dalla direttiva, il decreto detta norme relative ai trasferimenti statistici tra gli Stati membri, ai progetti comuni tra gli Stati membri con i paesi terzi, alle garanzie di origine, alle procedure amministrative, all'informazione e alla formazione. Il decreto prevede anche una disciplina dell'accesso alla rete elettrica per l'energia da fonti rinnovabili, fissando criteri di sostenibilità per i biocarburanti e i bioliquidi. Tra gli obiettivi nazionali, il d. lgs. del 2009 ha fissato la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia da conseguire nel 2020 pari al 17%, mentre, nell'ambito di tale obiettivo, la quota di energia da fonti rinnovabili in tutte le forme di trasporto dovrà essere nel 2020 pari almeno al 10% del consumo finale di energia nel settore dei trasporti nel medesimo anno.

<sup>7</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Le conseguenze del d.lgs. 28/2011 sulla costruzione degli impianti di energia proveniente da fonti rinnovabili*, in *Immobili e proprietà*, 2011, 5, 295 ss.; F. DI DIO, *D.lgs. n. 28/2011: il nuovo regime «speciale» delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 6, 564 ss.

<sup>8</sup> Si rinvia a C. VIVANI, *i procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 7, 775 ss.

<sup>9</sup> In proposito si rinvia a quanto previsto dal d. lgs. 387/03 all'art. 12 che in relazione alle procedure autorizzative, stabilisce che "1. *Le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, autorizzate ai sensi del co. 3, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti. 2. Restano ferme le procedure di competenza del Ministero dell'Interno vigenti per le attività soggette ai controlli di prevenzione incendi. 3. La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico. A tal fine la Conferenza dei servizi è convocata dalla regione entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione. Resta fermo il pagamento del diritto annuale di cui all'art. 63, co. 3 e 4, del testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative, di cui al d. lgs. 26.10.1995, n. 504, e successive modificazioni. 4. L'autorizzazione di cui al comma 3 è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. Il rilascio dell'autorizzazione constitui-*

causa del superamento del limite massimo di 128 MW, previsto per gli impianti di energia eolica dal piano energetico adottato nel 2000 dalla Regione Basilicata. Il piano energetico regionale stabiliva infatti che fino all'approvazione del piano di indirizzo energetico ambientale regionale non era più consentita l'autorizzazione ad altri impianti. In

*sce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere, in ogni caso, l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell'impianto. Il termine massimo per la conclusione del procedimento di cui al presente comma non può comunque essere superiore a centottanta giorni. 5. All'installazione degli impianti di fonte rinnovabile di cui all'art. 2, co. 2, lett. b) e c) per i quali non è previsto il rilascio di alcuna autorizzazione, non si applicano le procedure di cui ai coo. 3 e 4. 6. L'autorizzazione non può essere subordinata Né prevedere misure di compensazione a favore delle regioni e delle province. 7. Gli impianti di produzione di energia elettrica, di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e c), possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici. Nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla l. 5.3.2001, n. 57, artt. 7 e 8, nonché del d. lgs. 18.5.2001, n. 228, art. 14. 8. Gli impianti di produzione di energia elettrica di potenza complessiva non superiore a 3 MW termici, sempre che ubicati all'interno di impianti di smaltimento rifiuti, alimentati da gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas, nel rispetto delle norme tecniche e prescrizioni specifiche adottate ai sensi dei coo. 1, 2 e 3 dell'art. 31 del d. lgs. 5.2.1997, n. 22, sono, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, co. 1, del d.P.R. 24.5.1988, n. 203, attività ad inquinamento atmosferico poco significativo ed il loro esercizio non richiede autorizzazione. È conseguentemente aggiornato l'elenco delle attività ad inquinamento atmosferico poco significativo di cui all'all. I al d.P.R. 25.7.1991. 9. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche in assenza della ripartizione di cui all'art. 10, coo. 1 e 2, nonché di quanto disposto al co. 10. 10. In Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento di cui al co. 3. Tali linee guida sono volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio. In attuazione di tali linee guida, le regioni possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti.*

particolare, l'art 3 della l. reg. n. 09/07 rubricato "*Limiti di produzione*", era del tutto cristallino nel prevedere il diniego di autorizzazione per gli impianti che non rientrassero nei limiti stabiliti dal piano energetico regionale approvato con delibera consiliare n. 220 del 26.6.2001, limiti fissati per l'energia di fonte eolica in 128 MW complessivi per il periodo 2001- 2010.

Orbene, la dir. n. 2009/28/CE pur se successiva alla legge regionale che rileva ai fini de quibus, ha carattere cogente e si pone in antitesi totale e definitiva con la fissazione di limiti massimi di produzione di energia elettrica di fonte eolica, fissazione di limiti massimi posta senza nemmeno una perentoria scadenza e oggetto di nuovi e ulteriori rinvii, posti finanche nel nulla dalla Corte Costituzionale<sup>10</sup>.

La suddetta disciplina della Regione Basilicata - determinando una chiusura del mercato della produzione di energia eolica- lede i basilari principi caratterizzanti gli ordinamenti comunitario e nazionale, in particolare affermati nella dir. 2001/77/CE, secondo cui la produzione di energia anche da fonti rinnovabili avviene in regime di libero mercato concorrenziale e senza la previsione di limiti alla produzione. L'art. 1 della direttiva richiama infatti la necessità di "*un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel... mercato interno*", mentre l'art. 3 prevede l'adozione da parte degli Stati membri di misure appropriate atte a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili secondo obiettivi indicativi nazionali, identificati nello stesso art. 3 nel 12% del consumo interno lordo di energia entro il 2010. Ciò considerato, con sentenza 10.9.2012 n. 4768, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che al legislatore nazionale è preclusa l'introduzione di un limite massimo alla produzione di energia elettrica rinnovabile, poiché tale limite si dimostra in contrasto radicale con il favor della normativa comunitaria (art. 3 dir. n. 2001/77/CE) e con le norme internazionali vigenti (protocollo di Kyoto), laddove questi fissano limiti minimi e

<sup>10</sup> 10 Cfr. sentenza 3.3.2011 n. 67

prevedono la riduzione degli ostacoli normativi all'aumento della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

#### 4. La disapplicazione della legge regionale contrastante con il diritto comunitario.

Volendo serrar sistematicamente le fila del compendio di spunti che hanno preso le mosse dalla pronuncia che si annota, pare opportuno rilevare che a oltre cinquanta anni dai Trattati di Roma appare ormai pacifico che l'ordinamento nazionale e quello comunitario seppur distinti paiono indissolubilmente legati e integrati.

Orbene, ammettendo che i due ordinamenti siano coordinati e comunicanti e che vi sia l'immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili, ne consegue che in caso di contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria si renderà necessaria la disapplicazione della prima da parte del giudice nazionale. All'uopo infatti, il Consiglio di Stato ha concluso nel caso *de quo* per l'accoglimento dell'appello, disapplicando l'art. 3 della legge regionale 26.4.2007 n. 9 della Regione Basilicata laddove introduce un limite massimo alla produzione di energia elettrica derivante da fonte eolica, in quanto contrastante con l'art. 6 della dir. 2001/77/CE. Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato - in applicazione del

principio della prevalenza del diritto comunitario (Cfr. CdS, V, 7.4.2011, n. 2155) sul contrastante diritto nazionale - ha concluso per l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Orbene, al di là di sovrastrutture meramente formali ed epifenomeniche la sostanziale osmosi tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario rappresenta ormai qualcosa di più di una velata intuizione.

La consapevolezza progressivamente acquisita della pervasiva e ormai imprevedibile influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale ha portato alla previsione del potere di disapplicazione delle norme interne, ancorché legislative, da parte dei giudici comuni in virtù dell'art. 11 cost..

In ultima analisi, facendo ritorno dai tempestosi flutti dell'evoluzione dei rapporti tra i due ordinamenti alle più chete acque del giuridicamente possibile ci sia consentita un'ultima considerazione.

Se *prima facie* l'influenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno potrebbe esser guardata con sospetto per gli effetti ultimi di obnubilamento del principio della tripartizione dei poteri - di montesqueiana memoria - ad un più attento approccio metodologico non sfuggirà invece l'importante contributo alla crescita degli investimenti e allo sviluppo della c.d. Green Economy che talora determina.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

del Dott. Francesco Palazzotto

Corte costituzionale, 13.9.2012, n. 217

**Bilancio pubblico - riparto di competenze Stato/Regioni - artt. 2, co. 106; 10, co. 25; 12, coo. 26, 28 e 33, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 11.8.2011, n. 11 (Assestamento del bilancio 2011 e del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 ai sensi dell'art. 34 della l. reg. n. 21 del 2007).**

**Concessione di un contributo al Consorzio per lo sviluppo Industriale della zona dell'Aussa Corno a sollievo degli oneri sostenuti per l'esercizio della facoltà di riacquisto della proprietà di aree cedute - art. 2, coo. 70 e 85, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011 - misure a sostegno dei rivenditori di generi di monopolio - previsione di incentivi per l'imprenditoria femminile - asserito contrasto con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato (Regolamento CE di esenzione n. 800/2008, della Commissione delle Comunità europee del 6.8.2008, Commissione delle Comunità europee, Regolamento CE *de minimis* n. 1998/2006 della Commissione delle Comunità europee del 15.12.2006).**

*Sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 2, co. 106; 10, co. 25; 12, coo. 26, 28 e 33, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 11.8.2011, n. 11 (Assestamento del bilancio 2011 e del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 ai sensi dell'art. 34 della l. reg. n. 21 del 2007); E' costituzionalmente illegittimo l'art. 7, co. 51, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, in riferimento agli effetti da esso prodotti per il solo anno 2011; Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2, coo. 70 e 85, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, promosse, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso in epigrafe; Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 91, della legge della Regione au-*

*tonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, promossa, in riferimento all'articolo 117, primo e secondo comma, lettera e), della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso in epigrafe; Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, co. 25, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, promossa, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso in epigrafe.*

Consiglio di Stato, IV, 12.7.2012 n. 4119

**Commercio - licenza - rivendita speciale di tabacchi - distanza con altre rivendite di generi di monopolio - commercio di vendita al pubblico.**

*L'istituzione o il trasferimento di una rivendita speciale di tabacchi, ai sensi dell' art. 53, d.P.R. 10.10.1958, n. 1074, non postula necessariamente il rispetto di requisiti minimi né della densità della popolazione della zona né della distanza con altre rivendite di generi di monopolio, condizioni queste invece rilevanti solo tra le rivendite ordinarie, questo aspetto, rientrando nella discrezionalità della PA., può rilevare, nel caso in cui la distanza assuma un rilievo tale (rivendite poste a pochi metri l'una dall'altra) da rendere inconciliabile la contemporanea presenza di due rivendite. Nella specie, si richiama il principio per cui i passeggeri della metropolitana costituiscano utenza diversa e distinta da quella stanziale propria delle rivendite ordinarie.*

*Il rilascio dell'autorizzazione a gestire una rivendita speciale di tabacchi e generi di monopolio non lede i diritti dei titolari delle circostanti rivendite ordinarie, in quanto con la rivendita speciale sono soddisfatte particolari esigenze di pubblico servizio, anche di carattere temporaneo, in una serie di luoghi specifici, nelle stazioni ferroviarie, marittime, tranviarie, automobilistiche, delle aviolinee e di servizio*

automobilistico, nelle caserme e nelle case di pena, nonché ovunque siano riconosciute necessità di servizio alle quali non possa sopprimersi mediante rivendita ordinaria o patentino.

Consiglio di Stato, VI, 23.2.2012, n. 1015  
**Energia - fonti rinnovabili - incentivi CIP 6/92 - termini decadenziali - inosservanza - inerzia della PA. - danno da ritardo.**

*I termini decadenziali previsti dall'art. 15 del D.lgs. n. 79/1999 per l'accesso alle incentivazioni CIP 6/92 - in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili - entro i quali i produttori sono chiamati ad ottenere l'autorizzazione alla realizzazione dell'impianto e presentarla all'A.E.E.G., non cambiano natura in ragione del fatto che l'inosservanza del termine sia causata dall'inerzia della PA., per cui il rispetto di quei termini è condizione necessaria per il diritto a percepire le incentivazioni previste dal provvedimento CIP n. 6/92. Tale circostanza, infatti, ricorrendone i presupposti, rileva come fonte di una responsabilità risarcitoria in capo all'Amministrazione colpevolmente inerte. Il danno da ritardo può, infatti, certamente comprendere anche gli effetti che il ritardo produce sull'esito di procedimenti collegati a quello in cui è maturato.*

TAR Puglia, Le, II, 5.9.2012, n. 1463

**Industria e commercio - regime agevolativo forfetario ex art. 63 co. 2 lett. f), d. lgs. 15.12.1997, n. 446.**

*Sulla base della normativa vigente è lecito inferire le seguenti conclusioni: a) la produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici (e in generale da fonti rinnovabili) non può essere considerata alla stregua di qualsiasi bene commerciabile in una economia di libero mercato in relazione ai ripetuti interventi del legislatore e dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, diretti alla regolamentazione del relativo mercato, attraverso la determinazione di tariffe incentivanti e di prezzi minimi garantiti; b) deve ritenersi incompatibile con il favore mostrato da norme anche di rango primario per la realizzazione e la gestione degli impianti fotovoltaici una disciplina regolamentare che assoggetti il trasporto della energia derivante da fonti rinnovabili ad un onere maggiormente oneroso di quello previsto per il trasporto di*

*energia elettrica da fonti energetiche non rinnovabili (ad esempio, gas naturale); c) la lievitazione dei costi di gestione degli impianti fotovoltaici (tra i quali debbono essere inclusi anche quelli relativi al trasporto della energia prodotta) non può che ripercuotersi, nel lungo periodo, sugli utenti finali della energia elettrica prodotta, con conseguente elusione della finalità cui è preordinato il regime concessorio differenziato previsto dall'art. 63 co. 2, lett. f), del d.lgs. 15.12.1997, n. 446 e s.m.i. Anche le aziende che realizzano impianti fotovoltaici per la produzione di energia elettrica devono essere ammesse a fruire, con riguardo agli elettrodotti interrati nelle strade comunali o provinciali, del regime agevolativo forfetario di cui all'art. 63 co. 2 lett. f), d. lgs. 15.12.1997 n. 446, dovendo dette aziende essere assimilate a quelle svolgenti un'attività strumentale ad un pubblico servizio.*

TAR, Basilicata, 19.4.2012, n. 67

**Ordinanza sospensiva.**

*Va sospesa la delibera in forza della quale INVITALIA S.p.A. (Agenzia Nazionale Per L'Attrazione degli Investimenti e Lo Sviluppo D'Impresa Spa) ha rigettato la domanda di ammissione alle agevolazioni di cui al D. L.vo n. 185/00 (Incentivi all'autoimprenditorialità e all'autoimpiego), presentata dalla Società ricorrente per asserita "non conformità alla normativa vigente"; Considerato che il ricorso appare, in base ad una sommaria "cognitio" propria della presente fase cautelare, assistito dal requisito del "fumus" con riferimento al secondo motivo.*

TAR Toscana, Fi, II, 28.3.2012

**Commercio ed industria - provvedimento di limitazione degli orari di apertura di alcuni esercizi commerciali in una sola zona della città - ordinanza contingibile ed urgente ex art. 54 d. lgs. 267.**

*La limitazione degli orari di apertura di alcune tipologie di esercizi commerciali relativamente ad una sola zona della città, non ha le finalità di regolare in via generale l'esercizio del commercio secondo quanto previsto dalla normativa statale e regionale esistente in materia. Il provvedimento contestato è stato difatti emesso per rispondere alle lamentele dei cittadini ivi*



*residenti che lamentavano un disturbo alla quiete pubblica. Trattandosi di un provvedimento che vorrebbe ovviare ad un problema che riguarda la salute dei cittadini evitando forme di inquinamento acustico esso ha natura di ordinanza contingibile e urgente ai sensi*

*dell'art. 54 d. lgs. 267 e non di ordinanza ex art. 50, co. 7, d. lgs. 267. Il Sindaco può adottare non solo provvedimenti di limitazione dell'orario di apertura dell'esercizio commerciale ma anche imporre l'adozione di un piano aziendale di risanamento acustico.*

«.....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

### LE LEGGI IN UN CLICK

Dal 1.1.2013 tutte le leggi d'Italia gratuitamente a portata di mouse. Sul sito della Gazzetta Ufficiale saranno infatti messe a disposizione le nuove edizioni, tutte le serie esistenti e la banca dati a partire dal 1946 (*Gazzetta Ufficiale, home page del 30.10.2012*).

«..... GA.....»

### AGENZIA DEL TERRITORIO: ON LINE LE QUOTAZIONI DEL MERCATO IMMOBILIARE DEL 1° SEMESTRE 2012 PER TUTTI I COMUNI ITALIANI

L'Agenzia del territorio rende noto che da oggi, sul suo sito internet ([www.agenzia-territorio.gov.it](http://www.agenzia-territorio.gov.it)), sono pubblicate le quotazioni immobiliari dell'Osservatorio del Mercato Immobiliare, riferite al 1° semestre 2012 per tutti i Comuni italiani (*Agenzia del territorio, comunicato del 15.10.2012*).

«..... GA.....»

### APPROVATO IL SECONDO DECRETO CRESCITA: "MISURE URGENTI PER L'INNOVAZIONE E LA CRESCITA: AGENDA DIGITALE E STARTUP"

Infrastrutture e servizi digitali, creazione di nuove imprese innovative (startup), strumenti fiscali per agevolare la realizzazione di opere infrastrutturali con capitali privati, attrazione degli investimenti esteri in Italia, interventi di liberalizzazione in particolare in campo assicurativo sulla responsabilità civile auto. Sono questi i capisaldi del secondo "Decreto Crescita" approvato dal Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dello Sviluppo economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti,

un provvedimento che costituisce un ulteriore e significativo passo in avanti dell'Agenda per la crescita sostenibile del Governo, rappresentando la naturale prosecuzione di quanto fatto nei mesi scorsi. Le norme del secondo Decreto Crescita puntano, in modo ambizioso, a fare del nostro Paese un luogo nel quale l'innovazione rappresenti un fattore strutturale di crescita sostenibile e di rafforzamento della competitività delle imprese. Con l'applicazione dell'Agenda Digitale, aumentano fortemente i servizi digitali per i cittadini, che potranno avere un unico documento elettronico, valido anche come tessera sanitaria, attraverso il quale rapportarsi con la pubblica amministrazione. Via libera anche alle ricette mediche digitali, al fascicolo universitario elettronico, all'obbligo per la PA. di comunicare attraverso la posta elettronica certificata e di pubblicare online i dati in formato aperto e riutilizzabile da tutti. Significativi risparmi di spesa e maggiore efficienza arriveranno dalla digitalizzazione delle notifiche e delle comunicazioni giudiziarie, che assicureranno il mantenimento del principio di prossimità del servizio giustizia nei confronti di cittadini e imprese. Viene inoltre integrato il piano finanziario necessario all'azzeramento del divario digitale per quanto riguarda la banda larga (150 milioni stanziati per il centro nord, che vanno ad aggiungersi alle risorse già disponibili per il Mezzogiorno per banda larga e ultralarga, per un totale di 750 milioni di euro) e si introducono significative semplificazioni per la posa della fibra ottica necessaria alla banda ultralarga (*Consiglio dei Ministri, comunicato del 4.10.2012*).

«..... GA.....»

### TAGLI AI COSTI DELLA POLITICA: OBBLIGO DI RENDICONTAZIONE DEI

## **GRUPPI CONSIGLIATI, PUBBLICAZIONE ON LINE DEI REDDITI DEGLI AMMINISTRATORI PUBBLICI, RIDUZIONE DEL NUMERO E DEI COMPENSI DEI CONSIGLIERI E ASSESSORI REGIONALI**

*Il Governo nell'ambito delle misure adottate in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali interviene anche sul contenimento della spesa degli organi politici degli enti territoriali e sulla riduzione dell'apparato politico e introduce altresì nuovi obblighi di trasparenza. Per quanto riguarda gli obblighi di trasparenza il provvedimento obbliga: - i gruppi consiliari a rendicontare e pubblicare tutti i dati relativi alle agevolazioni e ai contributi ricevuti; - gli amministratori pubblici (Presidenti delle Regioni, presidenti del consiglio regionale, assessori e consiglieri regionali) ad adeguarsi al rispetto degli stessi standard di trasparenza introdotti dal Governo per i propri membri: pubblicare sul sito internet dell'amministrazione di appartenenza i redditi e il patrimonio. I compensi dei consiglieri e degli assessori vengono regolati in modo che non eccedano complessivamente il livello di retribuzione riconosciuto dalla Regione più virtuosa (individuata dalla Conferenza Stato-Regioni entro il termine perentorio del 30.10.2012). È vietato il cumulo di indennità o emolumenti, comprese le indennità di funzione o di presidenza, in commissioni o organi collegiali derivanti dalle cariche di presidente della Regione, presidente del consiglio regionale, di assessore o di consigliere regionale. La partecipazione alle commissioni permanenti è invece resa a titolo gratuito. Per gli altri organi collegiali il gettone di presenza non potrà essere superiore ai 30 euro. Viene confermata l'eliminazione dei vitalizi e l'obbligatoria applicazione del metodo contributivo per il calcolo della pensione. Nelle more, potranno essere corrisposti trattamenti pensionistici o vitalizi in favore di coloro che abbiano ricoperto la carica di presidente della Regione, di consigliere regionale o di assessore regionale solo se i beneficiari abbiano compiuto 66 anni d'età e ricoperto la carica, anche se non continuativamente, per almeno 10 anni. I finanziamenti e le agevolazioni in favore dei*

*gruppi consiliari, dei partiti e dei movimenti politici vengono decurtati del 50% e adeguati al livello della Regione più virtuosa (identificata dalla Conferenza Stato-Regioni entro il 30.10.2012). I finanziamenti per i gruppi composti da un solo consigliere sono invece aboliti. Il decreto interviene anche sulla riduzione dell'apparato politico applicando il decreto "anti-crisi" 138 del 2011. Il "taglio" del numero di consiglieri e assessori regionali dovrà essere realizzato entro 6 mesi dall'entrata in vigore del provvedimento, ad esclusione delle Regioni in cui è prevista una tornata elettorale (per le quali il limite verrà applicato dopo le elezioni). Il decreto obbliga anche le Regioni ad attenersi alle regole statali in materia di riduzione di consulenze e convegni, auto blu, sponsorizzazioni, compensi degli amministratori delle società partecipate, ecc. Per garantire il rispetto delle norme il decreto introduce un sistema di sanzioni dirette e indirette a carico delle regioni. Le sanzioni, che entreranno in vigore dal 2013, si applicano alle regioni inadempienti al 30.11.2012 (oppure entro 6 mesi dall'entrata in vigore del decreto se occorre procedere a modifiche statutarie) e prevedono, in un primo tempo, l'accantonamento dell'80% dei trasferimenti erariali dello Stato (ad eccezione di sanità e trasporto pubblico locale) e il 5% dei trasferimenti per la sanità. Nel caso in cui l'inadempienza persista è prevista una diffida da parte del Governo e la successiva procedura per lo scioglimento del Consiglio (**Consiglio dei Ministri, comunicato del 4.10.2012**).*

«..... GA.....»

## **NOVITÀ SULLA CONSULTAZIONE DELLE BANCHE DATI IPOTECARIA E CATASTALE**

*L'Agenzia del Territorio rende noto che è stata pubblicata la circolare n. 4 del 28.9.2012, con la quale vengono illustrate le novità in materia di accesso alle banche dati ipotecaria e catastale, introdotte dall'articolo 6 del d.l. n. 16 del 2012. Tra le disposizioni più importanti, l'introduzione della nuova Tabella dei tributi speciali catastali, in vigore dal 1.10.2012, che prevede il pagamento per*



la consultazione degli atti del catasto e le nuove tariffe per la presentazione degli atti di aggiornamento del catasto urbano. Altre novità riguardano le modifiche alle tasse ipotecarie, il sistema di consultazione delle banche dati da parte delle Pubbliche Amministrazioni e degli Agenti della riscossione e la gratuità delle visure e delle ispezioni cosiddette "personali". A questo proposito, la circolare chiarisce che le consultazioni "personali", ossia quelle richieste in catasto dall'intestatario degli immobili e nei registri immobiliari dall'attuale titolare della proprietà o di un diritto reale di godimento sul bene, avvengono gratuitamente (**Agenzia del Territorio, circolare n. 4 del 28.9.2012**).

«..... GA.....»

#### **LINEE GUIDA IN MATERIA DI MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI**

Al fine di assicurare l'omogenea attuazione da parte delle pubbliche amministrazioni della disciplina introdotta dal d.lgs. 28/2010, di "Attuazione dell'art. 60 della l. 18.6.2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", la circolare in esame fornisce linee guida premurandosi di analizzare l'ambito delle controversie oggetto di mediazione, il procedimento, le problematiche afferenti la rappresentanza delle Amministrazioni, gli organismi di mediazione ed infine le relative spese (**Funzione Pubblica, circolare n. 9/2012**).

«..... GA.....»

#### **AL VIA LA TRASMISSIONE TELEMATICA DELLE DOMANDE DI VOLTURA CATASTALE PER I BENI IMMOBILI DI CUI SONO TITOLARI**

#### **PERSONE GIURIDICHE**

Dal 15.10.2012, per gli atti che comportano mutamento nell'intestazione catastale dei beni immobili di cui sono titolari persone giuridiche, la voltura sarà eseguita con modalità telematiche. L'Agenzia del Territorio rende noto come per la trasmissione alle banche dati catastali, i notai e gli altri pubblici ufficiali abilitati utilizzeranno il modello unico informatico per la registrazione, la trascrizione e la voltura catastale. Lo stabilisce il provvedimento 8.8.2012 del Direttore dell'Agenzia del Territorio, di intesa con il Direttore generale per il mercato, la concorrenza, il consumatore, la vigilanza e la normativa tecnica del Ministero dello Sviluppo Economico (**Agenzia del Territorio, provvedimento 8.8.2012**).

«..... GA.....»

#### **DICHIARAZIONE DI EMERSIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO IRREGOLARE A FAVORE DI LAVORATORI STRANIERI: ATTIVA PER TRENTA GIORNI LA NUOVA PROCEDURA VIA WEB**

E' iniziata il 15 settembre e terminerà alle ore 24,00 del 15.10.2012 la procedura on line per la dichiarazione di emersione del rapporto di lavoro irregolare a favore di lavoratori stranieri. Con la circolare in esame, congiuntamente il Ministero dell'Interno ed il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali hanno fornito le relative indicazioni operative precisando che non sarà necessario concentrare la presentazione delle domande nella fase iniziale della procedura, in quanto non sono state fissate quote massime di ammissione (**Ministero dell'Interno e Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circolare del 7.9.2012**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL BUONO, IL BRUTTO, IL CATTIVO. TENDENZE DELL'INFORMATIZZAZIONE

del Dott. Fulvio Costantino

*Molte norme, negli ultimi mesi, hanno messo in primo piano l'informatizzazione dell'amministrazione, evidentemente con la speranza che lo strumento informatico muti - molti auspicano radicalmente - l'amministrazione stessa e il suo operato*

Many regulations, in recent months, have brought to the fore the computerization of the administration, apparently in the hope that the mute tool - many hope radically - the contracting authority and its work

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il Buono. 3. Il Brutto. 4. Il Cattivo 5. Conclusioni.*

### 1. Premessa.

Al momento in cui si scrive non si sa ancora se il d.l. cd. Sviluppo-*bis* (179 del 2012) verrà convertito in legge (ma a dire il vero non se ne dubita). Ad ogni modo, alcune delle norme ivi contenute si occupano di attuare l'Agenda digitale europea (e la sua traduzione italiana) e, per conseguire tale risultato, modificano anche il codice dell'amministrazione Digitale (d. lgs. 82 del 2005).

Molte norme, negli ultimi mesi, hanno messo in primo piano l'informatizzazione dell'amministrazione, evidentemente con la speranza che lo strumento informatico muti - molti auspicano radicalmente - l'amministrazione stessa e il suo operato.

In estrema sintesi, si fa ricorso alla tecnologia per rendere l'attività della pubblica amministrazione da un lato più efficiente, dall'altro, più trasparente.

Queste tendenze vanno esaminate con attenzione, se non altro per evitare ingiustificati entusiasmi o allarmismi.

### 2. Il buono.

In primo luogo, attraverso l'informatizzazione si promettono innovazioni in grado di migliorare la vita dei cittadini e l'attività

delle imprese, nonché l'efficienza dell'amministrazione.

Si prescrive così, nel decreto sopracitato, l'adozione di un nuovo documento d'identificazione digitale, che sostituirà sia la carta d'identità che la tessera sanitaria, e modellato sulla versione elettronica della tessera sanitaria, che ha avuto un discreto successo, diversamente da quanto avvenuto per la Carta d'identità elettronica e la Carta nazionale dei servizi. L'alto numero di Ministri coinvolti per la sua adozione lascia però dubitare che l'attuazione sarà semplice.

Si prevede un domicilio digitale del cittadino e delle imprese, per favorire le comunicazioni con l'amministrazione. Si immagina quindi la creazione da un lato di indici degli indirizzi di professionisti e imprese, e dall'altro di un'anagrafe digitale nazionale per i cittadini. Ogni cittadino potrà (non dovrà) indicare alla pubblica amministrazione un proprio indirizzo di posta elettronica certificata, il quale sarà inserito nell'Anagrafe, e reso così disponibile a tutte le pubbliche amministrazioni e ai gestori o esercenti di pubblici servizi. Invece l'indice nazionale delle imprese e dei professionisti conterrà gli indirizzi PEC che gli operatori saranno obbligati ad indicare

al Registro delle imprese o all'Ordine professionale di riferimento<sup>1</sup>.

Il decreto fa inoltre riferimento al riutilizzo dei dati e agli *Open data*, e quindi alla messa a disposizione della collettività dei dati in possesso delle amministrazioni: l'art. 9, intervenendo sul CAD, prescrive regolamenti delle amministrazioni che disciplinino le regole per accesso e riutilizzo dei dati in loro possesso; si prevede che i dati che le amministrazioni pubblicano al di fuori di una licenza (la quale deve essere motivata) siano in formato aperto; si indica che ogni anno l'Agenzia per l'Italia digitale (*ex* Cnipa-Digitpa) presenti al Presidente del Consiglio un resoconto e gli obiettivi di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, e predisponga le linee guida per le amministrazioni. L'art. 68 novellato del CAD definisce inoltre il dato come aperto quando esso sia utilizzabile da chiunque, anche per finalità commerciali, accessibile mediante ICT in formato aperto, utilizzabile da elaboratori, disponibile gratuitamente, o a costi marginali, o eccezionalmente a tariffe superiori.

Altre misure adottate in questi ultimi mesi riguardano, tra l'altro, i pagamenti informatici<sup>2</sup>, la partecipazione ai concorsi<sup>3</sup>, le banche dati per imprese<sup>4</sup>, la sanità<sup>5</sup>, l'istruzione<sup>6</sup>, il

<sup>1</sup>Già il DPCM del 6 maggio 2009 aveva previsto la facoltà per i cittadini di richiedere, ed ottenere gratuitamente, un indirizzo di Posta Elettronica Certificata, da utilizzare per ogni comunicazione con l'amministrazione.

<sup>2</sup>L'art. 6 *bis* attribuisce ai cittadini la facoltà di corrispondere in forma telematica l'imposta di bollo; il successivo art. 6 *ter* prevede che ogni amministrazione pubblici sul proprio sito, oltre che in ogni richiesta di pagamento, i dati necessari per i pagamenti in forma informatica. La disposizione viene integrata nel CAD, che all'articolo 5 già prevedeva che l'amministrazione dovesse consentire il pagamento di quanto dovute in forma telematica, anche col supporto di prestatori di servizi per il pagamento elettronico.

<sup>3</sup>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>4</sup>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

trasporto pubblico locale<sup>7</sup>, l'Università<sup>8</sup>, l'inclusione digitale, il completamento del Piano Nazionale Banda Larga.

In molti di questi casi, il problema maggiore deriva dalla mancata previsione di risorse economiche per rendere effettive le disposizioni, nonché dalla mancata adozione dei regolamenti governativi che ne devono dare attuazione.

### 3. Il brutto.

Quanto sin qui descritto pone il problema dell'attuazione delle disposizioni, che sono rimaste in passato - e potrebbero rimanere in futuro - irrealizzate.

Negli ultimi anni però vengono sempre più responsabilizzati i dirigenti, i quali sono chiamati a realizzare la digitalizzazione; il mancato raggiungimento del risultato comporta diverse forme di responsabilità.

L'attuazione del CAD, la comunicazione e l'aggiornamento dei dati pubblici sui siti, la pubblicazione dei moduli e dei formulari, nonché dell'elenco della documentazione richiesta per i singoli procedimenti, la pubblicità delle informazioni relative a vantaggi economici<sup>9</sup>, sono già oggetto di valutazione del

---

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'amministrazione potrà più facilmente verificare i requisiti.

<sup>5</sup>L'art. 47 *bis* del decreto Sviluppo prevede semplificazioni in materia di sanità digitale, quali la cartella clinica elettronica, e sistemi di prenotazione elettronica. Il d. l. 18.10.2012, n. 179 prevede il fascicolo sanitario elettronico e prescrizioni mediche elettroniche.

<sup>6</sup>L'art. 10 prevede il fascicolo elettronico dello studente, e l'art. 11 l'obbligo per i docenti di adozione di libri di testo in forma digitale o mista.

<sup>7</sup>L'art. 8 dispone che le aziende promuovano sistemi di bigliettazione elettronica interoperabili a livello nazionale.

<sup>8</sup>Si prevedono procedure di iscrizione effettuate per via telematica e l'accesso delle università all'anagrafe nazionale degli studenti.

<sup>9</sup>Concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese e l'attribuzione dei corrispettivi e dei compensi a persone, professionisti, imprese ed enti privati e comunque di vantaggi economici di qualunque genere ad enti pubblici e privati. La pubblicazione costituisce condizione di efficacia delle concessioni ed attribuzioni; la mancata, incompleta o

dirigente.

Il decreto in esame, in particolare, prevede la responsabilità dei dirigenti per l'inservanza dell'obbligo delle amministrazioni di inviare tra di loro documenti mediante posta elettronica o in cooperazione applicativa, per il mancato avvio del procedimento a seguito dell'istanza o dichiarazione inviata per via telematica (art. 6), per le attività volte a garantire l'accesso telematico e il riutilizzo dei dati, per la (mancata) pubblicazione degli obiettivi di accessibilità (art. 9).

Sono evidenti i limiti di queste misure, che presuppongono una incapacità dei dirigenti a realizzare la digitalizzazione, quando sono in primo luogo l'assenza di norme applicative, la carenza di risorse umane e finanziarie, nonché l'analfabetizzazione informatica della stessa amministrazione, a rendere difficile, pur in presenza di norme severe, un programma di digitalizzazione.

#### 4. Il cattivo.

Abbiamo già accennato al principio di trasparenza. Si deve tenere conto che esso è sempre più ritenuto il fondamento di strumenti, anzitutto informatici, ritenuti in grado di impedire o mettere in luce, se non gli illeciti, quantomeno i casi di cattiva amministrazione, chiamando in causa, come collaboratori, i cittadini.

Se volgiamo lo sguardo alla l. n. 190 del 6.11.2012, "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*", notiamo la centralità delle disposizioni sulla trasparenza, indicata al comma 15 dell'art. 1, come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, seguendo quanto già indicato nelle ultime riforme sul pubblico impiego<sup>10</sup>. L'esigenza di trasparenza qui si tra-

---

ritardata pubblicazione dei dati è rilevabile d'ufficio dagli organi dirigenziali e di controllo, e dal destinatario del vantaggio economico o da chiunque altro abbia interesse, anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo. I dirigenti sono sottoposti a responsabilità per il caso di indebita concessione o attribuzione del beneficio.

<sup>10</sup> L'art. 11 del d. lgs. n. 150/2009 definisce la trasparenza come «accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concer-

duce nell'obbligo di pubblicazione sui siti delle pubbliche amministrazioni di informazioni relative a due grandi categorie: procedimenti e costi.

Quanto ai costi, si tratta di bilanci e conti consuntivi, costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini, i quali sono dati che vengono posti sotto lo sguardo – si immagina vigile – della collettività. Si garantisce l'uniformità, e quindi la possibilità di comprensione dei dati, in quanto essi devono essere riportati secondo uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e quindi possono essere anche elaborati elettronicamente; inoltre si permette e si agevola la comparazione, mediante la raccolta e la pubblicazione dei dati stessi nel sito dell'Autorità.

Quanto ai procedimenti, si stabilisce che ognuno di essi che possa condurre – in breve - ad un ampliamento della sfera giuridica di un cittadino, debba essere pubblicizzato. Si richiede infatti la pubblicazione sui siti delle pubbliche amministrazioni delle informazioni relative ai procedimenti di autorizzazione o concessione; di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta; di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera. Di nuovo, ci si aspetta che il controllo diffuso possa intervenire a prevenire o impedire pratiche elusive della legge, scorrette o anomale.

La mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni costituiscono violazione degli *standard* qualitativi ed economici e in-

---

*nenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), della Costituzione».*

fluiscono negativamente sulla sopra citata valutazione.

La pubblicità dell'attività delle PA sui siti istituzionali è supervisionata dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, quale Autorità nazionale anticorruzione, la quale ha poteri di vigilanza e di controllo.

La Commissione e le amministrazioni dovranno dare notizia, nei siti istituzionali, dei provvedimenti adottati al termine dell'attività di controllo.

Si immagina, in ultima analisi, che la vigilanza, anzitutto dei cittadini, possa avere efficacia deterrente, o sanzionatoria, degli illeciti.

Ovviamente questa lettura è da verificare sul campo: in prima battuta, non sempre la pubblicazione dei dati da cui possano risultare anomalie comporta che queste ultime ven-

gano riscontrate; inoltre spesso constatiamo con amarezza che i disservizi, gli sprechi, le cattive gestioni, vengono portati all'attenzione dell'opinione pubblica, ma senza che segua un miglioramento effettivo della situazione.

### 5. Conclusioni.

In conclusione, appare complessa una valutazione di queste norme, sia in virtù della loro recente (o in *itinere*) adozione, che per la varietà degli obiettivi che esse si prefiggono, pur se hanno in comune il processo di informatizzazione dell'amministrazione.

L'immagine che sembra offerta ci indica una digitalizzazione *buona*, ma non realizzata a causa dei *brutti* dirigenti, e che invece sarebbe in grado di sconfiggere i *cattivi*.

Questa visione però, come si è solo accennato, appare decisamente problematica.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.10.2012, n. 5413  
**Impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili - la PA. deve concludere il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica nel termine perentorio di 180 giorni.**

*L'art. 2 della l. n. 241/90, che racchiude uno dei principi fondamentali dell'ordinamento in tema di azione amministrativa, sancisce l'obbligo per l'amministrazione di concludere ogni procedimento con provvedimento espresso entro un termine certo, che è quello generale fissato dal co. 3 (attualmente ridotto da 90 a 30 giorni dall'art. 7 della l. 69/09) o quello indicato da specifiche disposizioni di legge. Nel caso di specie osserva il Collegio l'art. 12, co. 4, del d.lgs. 29.12.2003 n. 387 (che è chiaramente da considerare una norma speciale) statuisce che il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica si concluda nel termine massimo di 180 giorni dalla presentazione della richiesta. Tale termine, come chiarito di recente dalla Corte Costituzionale, è di natura perentoria in quanto costituisce principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia e risulta ispirato "alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità garantendo, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo" (Corte costituzionale, 9.11.2006, n. 364; Corte costituzionale n. 282/2009). Ne consegue che la mancata adozione di un provvedimento espresso sulla richiesta autorizzazione unica è del tutto ingiustificata e configura un sostanziale inadempimento, avuto riguardo al termine perentorio di 180 giorni entro cui doveva concludersi il relativo procedimento. Né, al riguardo, può assumere*

*rilievo la circostanza che la conferenza dei servizi si sia pronunciata disponendo incumbenti istruttori a carico dell'interessata e rinviando a data indeterminata ogni ulteriore decisione sull'istanza per cui è causa. Come già precisato, infatti, il complessivo termine di 180 giorni per la conclusione delle procedure autorizzative in materia di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è perentorio, in quanto qualificato come principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia dalla Corte costituzionale (sentenza 9.11.2006 n. 364), al quale perciò anche le Regioni, nell'esercizio delle proprie competenze legislative e amministrative, devono attenersi. Nel caso di specie vi era quindi l'obbligo della Regione Puglia di condurre il procedimento nel rispetto della normativa di settore, espressione dei principi di economicità, e di efficacia dell'azione amministrativa, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, concludendo lo stesso nel termine tassativamente prescritto.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.10.2012, n. 5410  
**La comunicazione di avvio del procedimento non è prevista per gli atti sanzionatori.**

*Nel giudizio in esame il Collegio rileva che in ordine alla dedotta violazione della l. n. 241 del 1990, per omessa comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio da parte della Polizia locale, a parte il fatto che gli appellanti erano a conoscenza del sopralluogo da parte della polizia forestale, svoltosi alla presenza di uno di essi e che hanno partecipato al procedimento, avendo presentato scritti difensivi, va considerato che non è prevista la comunicazione di avvio del procedimento per gli atti sanzionatori (cfr. CdS, IV, 1.10.2007, n. 5050).*

«.....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 norme 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 alla 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 co. 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 troveremmo 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 coo. 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 Legge 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 (p. 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 Consiglio 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 RAI. 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

### **SANITÀ: NUOVE DISPOSIZIONI PER PROMUOVERE LO SVILUPPO DEL PAESE MEDIANTE UN PIÙ ALTO LIVELLO DI TUTELA DELLA SALUTE**

*È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute. Il Ministero della salute rende noto come con tale provvedimento si introduce più trasparenza e merito nelle nomine in sanità a tutto vantaggio di operatori e cittadini. È previsto il riordino dell'assistenza sul territorio 24 ore su 24 e dell'intramoenia e misure anche per contenere il fenomeno della medicina difensiva, per promuovere farmaci innovativi e di contrasto alle dipendenze da fumo e gioco d'azzardo (**Decreto legge 13.9.2012, Gazzetta Ufficiale n. 214 del 13.9.2012**).*

«..... GA.....»

### **CAMBIANO LE REGOLE SULLE RICETTE MEDICHE: CHIARIMENTI DEL MINISTERO PER UTENTI, MEDICI E FARMACISTI**

*Il Ministero della salute interviene per fare chiarezza sull'esatto ambito di applicazione delle nuove disposizioni sulla prescrizione dei farmaci chiarendo in particolare sia i nuovi adempimenti dei medici che gli adempimenti dei farmacisti. Per quanto attiene per esempio agli adempimenti dei medici il Ministero, tra l'altro, precisa che le nuove modalità prescrittive previste dal co. 11 bis dell'art. 15 del d.l. n.95/2012 riguardano soltanto i casi in cui ricorrono entrambe le seguenti condizioni: 1. il paziente è curato per la prima volta per una patologia cronica o è curato per un nuovo episodio di patologia non cronica mediante l'impiego di un determinato principio attivo; 2. esistono sul mercato più medi-*

*cinali equivalenti a base del principio attivo scelto dal medico per il trattamento. Quando ricorrano queste condizioni, il medico DEVE prescrivere il medicinale mediante l'indicazione del suo principio attivo. In aggiunta a questa indicazione obbligatoria, il medico HA FACOLTA' di indicare il nome di uno specifico medicinale a base di quel principio attivo (sia esso un medicinale "di marca" o un medicinale con denominazione generica, costituita dalla denominazione comune internazionale o scientifica, accompagnata dal marchio o dal nome del titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio). Pertanto, nei casi sopra descritti, la ricetta risponde alle previsioni di legge se indica: il solo principio attivo, ovvero il principio attivo + il nome di un medicinale a base di tale principio attivo. Non è conforme a legge la ricetta che, nei casi descritti, indichi soltanto il nome di uno specifico medicinale. Il medico può rendere vincolante la prescrizione di uno specifico medicinale (che egli dovrà comunque scrivere in ricetta, per quanto detto, in aggiunta al principio attivo e mai da solo), quando lo ritenga non sostituibile per la cura del paziente ed in tale ipotesi, però, la clausola di non sostituibilità deve essere obbligatoriamente accompagnata da una sintetica motivazione. Ulteriori informazioni sono disponibili nel titolo sopra linkato (**Ministero della salute, chiarimenti del 24.9.2012**).*

«..... GA.....»

### **MANSIONI SUPERIORI NEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE: ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DEGLI ATTI DI INQUADRAMENTO**

*In base alla consolidata giurisprudenza non sono considerati legittimi gli inquadramenti*



per mansioni superiori disposti nell'ambito del servizio sanitario nazionale in difformità dagli inquadramenti iniziali, se non sulla base di pubblici concorsi, secondo le tassative disposizioni dell'art. 64, co. 4, del d.P.R. n. 761/1979. Sono di conseguenza legittimi gli atti di annullamento in autotutela adottati in applicazione di questa disposizione e, per ciò che concerne i casi in esame, non si rilevano nella procedura e nella motivazione degli atti violazioni della l. n. 241/1990, in quanto l'interesse pubblico all'annullamento è in re ipsa nelle esigenze di uniforme applicazione del principio e della parità di trattamento nell'ambito del servizio sanitario nazionale (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 19.9.2012, n. 4965**).

«..... GA.....»

### **RETRIBUZIONE IN PLUS ORARIO DELL'OPERATORE SANITARIO: INDIVIDUAZIONE DEI PRESUPPOSTI, DELLE CONDIZIONI E DEI LIMITI AL RELATIVO PAGAMENTO**

L'istituto del plus orario è una forma di premio alla produttività disciplinato prima dal d.P.R. 25.6.1983 n. 348, poi dal d.P.R. 20.5.1987 n.270 e, quindi, dal d.P.R. 28.11.1990 n.384, che è dovuto agli operatori sanitari che concorrono personalmente e direttamente all'erogazione delle prestazioni incentivate per l'attività resa oltre l'orario ordinario o straordinario e da retribuire nei limiti preventivamente programmati ed autorizzati dall'amministrazione, secondo le quote di riparto del relativo fondo regionale, reso disponibile solo a consultivo, la cui copertura finanziaria costituisce un limite invalicabile. Inoltre, la situazione soggettiva del dipendente al pagamento del plus orario effettivamente prestato ha natura di diritto soggettivo solo quando il servizio sia stato svolto in conformità a previe delibere autorizzative valide ed efficaci, mentre in difetto di tali condizioni ha consistenza di interesse legittimo da far valere nel termine di decadenza. Ai fini della retribuitività del plus orario è necessaria un'autorizzazione formale e preventiva delle prestazioni, a garanzia della preventiva predisposizione delle risorse finanziarie e della

reale esistenza delle ragioni di pubblico interesse che rendono necessario il ricorso a prestazioni lavorative eccedenti l'orario normale; l'attività di plus-orario deve essere, infatti, previamente programmata mediante la individuazione dei servizi interessati e, all'interno di essi, del personale autorizzato; è necessaria, inoltre, la specifica determinazione per ciascun dipendente delle ore settimanali di plus orario da effettuare entro i tetti massimi stabiliti dagli accordi di comparto. Solo in via eccezionale l'autorizzazione può intervenire, ex post, in caso di prestazioni di lavoro straordinario espletate per improcrastinabili esigenze di servizio (ex plurimis, CdS, IV, 17.12.1998, n. 1813; VI 14.3.2002 n.1531). Relativamente poi alla retribuzione delle prestazioni in plus orario, il Consiglio di Stato rileva come la giurisprudenza ha evidenziato che il pagamento dei compensi autorizzati in regime di incentivazione deve essere gestito in modo da garantire un parallelismo costante tra prestazioni autorizzate e risorse di copertura, esprimendo una giusta esigenza di buona amministrazione, in quanto in materia la normativa impone la possibilità di utilizzare questa forma di incentivazione esclusivamente nei limiti delle risorse effettivamente disponibili sul fondo regionale (CdS, V, n. 5040 del 30.9.2002). È perciò da disattendere l'assunto degli appellanti incidentali secondo cui la difficoltà di determinazione preventiva in ordine ai parametri retributivi adottati all'atto di programmazione non poteva riflettersi a danno dei dipendenti in nome di principi costituzionali di tutela del lavoratore e di affidamento in buona fede. Poiché la retribuzione delle prestazioni in plus orario dei dipendenti delle Usl è rigidamente subordinata alla sufficiente copertura dell'apposito fondo, rimane irrilevante la previa autorizzazione delle ore in plus orario da parte della amministrazione ove venga accertato, sia pure ex post, la insufficienza delle risorse finanziarie disponibili. In sostanza il meccanismo è nel senso che solo da un momento successivo alla prestazione è possibile per il dipendente conoscere l'importo spettante, trattandosi appunto di una retribuzione incentivante subordinata al raggiungimento di determinati livelli quantitativi e qualitativi di produttività (ex plurimis, CdS, VI,

1.12.1999 n.2046; VI, 3.11.2000, n.5922; V 12.4.2005 n.1620; V, 25.9.2006 n.5631; V, 9.10.2006 n.5067) (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 19.9.2012, n. 4973**).

«..... GA.....»

**SPERIMENTAZIONE DEL PROTOTIPO DI BICICLETTA A PEDALATA ASSISTITA AD EMISSIONI ZERO PER RIDURRE L'INQUINAMENTO ATMOSFERICO: IL MINISTERO MODIFICA L'AVVISO RIVOLTO AI COMUNI PER LA PRESENTAZIONE DI MANIFESTAZIONI DI INTERESSE**

*A seguito della sottoscrizione di un Accordo Programmatico tra il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, l'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani e Ducati Energia S.p.A., il Ministero intende promuovere la sperimentazione presso i Comuni italiani del prototipo di bicicletta a pedalata assistita ad alto rendimento e ad emissioni zero sviluppato da Ducati Energia (e-bike 0), finalizzata a rafforzare ed integrare le azioni di mobilità sostenibile già adottate dai Comuni per ridurre l'inquinamento atmosferico e la congestione derivante dal traffico veicolare, diffondere la cultura della mobilità sostenibile e l'utilizzo di mezzi di trasporto ad impatto ambientale nullo per gli spostamenti quotidiani dei cittadini nonché aggiornare gli strumenti di pianificazione della mobilità nelle città. Il Ministero rende note le modifiche apportate all'avviso ed al relativo schema per la manifestazione dell'interesse alla sperimentazione che riguardano: 1. ART. 2, commi 1 e 2 - Requisiti dei Comuni: Possono presentare manifestazione di interesse i Comuni che: a. siano riconosciuti come Comuni capoluogo di aree metropolitane ai sensi dell'art. 22 del d. lgs.*

*18.8.2000, n. 267; b. non siano riconosciuti come Comuni capoluogo di aree metropolitane e presentino una popolazione pari o superiore a 30.000 abitanti, determinata secondo i criteri previsti dall'art. 156, co. 2, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267; c. abbiano già partecipato ai progetti predisposti dal Ministero e da ANCI per il monitoraggio degli interventi di tipo ambientale ed in favore della mobilità sostenibile sul territorio nazionale. 2. Art. 1 co. 3 e Art. 5, co. 5 – Modalità di cofinanziamento Per attuare la sperimentazione il Ministero mette a disposizione dei Comuni 1.000 (mille) biciclette a pedalata assistita, le quali saranno assegnate in lotti da 10 (dieci) unità. Il numero minimo di biciclette assegnabili a ciascun Comune è pari a 10; il numero massimo è pari a 100. Le biciclette sono assegnate a titolo gratuito ai Comuni ammessi alla sperimentazione. Il Ministero riconosce inoltre un cofinanziamento pari al 50% dei costi totali previsti dai singoli Programmi Operativi di Dettaglio (POD) predisposti dai Comuni ammessi alla sperimentazione ai sensi del successivo art. 6, fino ad un massimo di € 1.200,00 (milleduecento/00) per ogni bicicletta assegnata. I costi contenuti nei POD sopra citati sono rappresentati, oltre che dai costi diretti alla gestione del progetto di sperimentazione, dall'acquisto delle rastrelliere per il ricovero e la ricarica delle biciclette a pedalata assistita. Le manifestazioni di interesse dovranno pervenire tramite Posta Elettronica Certificata (PEC) all'indirizzo areambiente-culturainnovazione@pec.anci.it entro e non oltre il 30.9.2012, esclusivamente utilizzando un indirizzo mail mittente di tipo PEC. Sono comunque fatte salve le manifestazioni di interesse trasmesse con il precedente schema per la manifestazione dell'interesse alla sperimentazione (**Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, comunicato del 14.9.2012**).*

«..... GA.....»



## REDAZIONALI

# LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE. IL CONTRATTO DI LAVORO AUTONOMO E L'INDIPENDENZA DALL'ORGANO POLITICO ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

dell' Avv. Francesco Palazzotto

*I poteri gestionali del direttore generale. L'atto aziendale come espressione dell'autonomia imprenditoriale. Lo Spoils System ed il contratto di lavoro autonomo alla luce delle recenti sentenze della Corte Costituzionale del 22.7.2011 n. 228, 24.6.2010, n. 224, 28.11.2008, n. 390 ed il parere del Consiglio di Stato, sez. II, 7.5.2012, n. 2130.*

The executive powers of the Director General. The company act as expression of autonomy entrepreneurial. The Spoils System and the self-employed basis on the light of recent rulings of the Constitutional Court of 22.6.2011 n. 228, 24.7.2010, n. 224, 28.11.2008, n. 390 and the opinion of Consiglio di Stato, II, 7.5.2012, n. 2130.

*Sommario: 1. Introduzione. 2. Direttore Generale e attribuzione dei poteri al Direttore Amministrativo e al Direttore Sanitario. 3. L'istituto dello Spoils system e la Corte Costituzionale. 4. Conclusioni.*

### 1. Introduzione.

E' opportuno richiamare brevemente il quadro generale dell'autonomia imprenditoriale riconosciuta alle aziende ospedaliere prima di inoltrarci nelle analisi delle novità che coinvolgono la figura del Direttore Generale delle ASL.

L'attuale modello di organizzazione sanitaria è costituito dall'autonomia riconosciuta alle aziende nella disciplina del proprio funzionamento interno. Le aziende, se pure nell'ambito della legislazione nazionale e regionale, possono stabilire infatti alcune regole sulla propria articolazione interna e sui compiti dei soggetti che vi operano, espressione dell'autonomia imprenditoriale riconosciuta dall'ordinamento che prende le mosse dall'atto aziendale di diritto privato, la cui adozione

è riservata al direttore generale<sup>1</sup>.

Secondo l'art. 3, co. 1 *quater* del d. lgs. n. 502/1992, il Direttore Generale è un organo dell'azienda sanitaria. Al Direttore Generale, figura di vertice di tutta l'amministrazione aziendale, l'art. 3 co. 6 del d. lgs. 502 del 1992 come riformulato dal d. lgs. 229 del 1999, attribuisce, o meglio riserva, "tutti i poteri di gestione", facendone in questo modo il responsabile della dimensione operativa e gestionale<sup>2</sup> dell'azienda di fronte alla Regione,

<sup>1</sup> Alle aziende sanitarie è preposto il direttore generale: secondo l'art. 3, co. 6 del d. lgs. n. 502/1992 tutti i poteri di gestione nonché la rappresentanza dell'unità sanitaria locale sono riservati al direttore generale.

<sup>2</sup> Nell'art. 3 del d. lgs. n. 502/1992 è contenuta la summa dei poteri e pertanto degli atti tipici del direttore generale come organo di governo dell'azienda sanitaria. La norma opera una triplice distinzione: a) atti apicali del direttore generale (co. 1 *quater*): adozione dell'atto aziendale, nomina dei responsabili delle strutture operative dell'azienda, nomina dei revisori; b) atti

alla quale sono riservati invece i compiti di indirizzo. Questi ultimi riguardano innanzi tutto l'oggetto delle prestazioni sanitarie e l'obiettivo collegato alla garanzia dei livelli essenziali di assistenza alla popolazione. Sotto questo profilo la distinzione fra indirizzo e gestione è nettamente segnata dalla natura strumentale dell'azienda, che il Direttore Generale dirige, rispetto al raggiungimento degli obiettivi di salute: la Regione li individua in sede di indirizzo, l'azienda pone in essere l'attività gestionale necessaria a realizzarli.

Apparentemente più sfumata, ma ugualmente percepibile, perlomeno nel disegno legislativo, è anche la distinzione fra indirizzo e gestione nella materia dell'organizzazione sanitaria e, in particolare, aziendale.

Fra i poteri di indirizzo rientrano evidentemente anche i poteri suscettibili di incidere sull'organizzazione delle aziende, ma si tratta di poteri dei quali la legge impone un esercizio attraverso la fissazione di criteri e principi<sup>3</sup> o che circoscrive determinati ambiti<sup>4</sup>. L'organizzazione è infatti in via di principio di competenza del Direttore Generale che la determina attraverso l'adozione dell'atto aziendale di diritto privato<sup>5</sup>. Anche sotto que-

---

di gestione e di rappresentanza dell'azienda sanitaria; c) atti di verifica e controllo della corretta ed economica gestione delle risorse attribuite ed introitate nonché dell'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, mediante valutazioni comparative dei costi, dei rendimenti e dei risultati anche attraverso l'istituzione del servizio di controllo interno di cui all'art. 20, d. lgs. n. 29/1993.

<sup>3</sup> L'art. 3, co. 1 *bis*, il d. lgs. 502 del 1992 (come integrato e modificato dagli interventi normativi successivi) prevede che l'organizzazione delle aziende sanitarie è disciplinata con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti dalle disposizioni regionali. Ai sensi del successivo comma 5, lett.g), i criteri debbono riguardare, fra l'altro, la definizione delle dotazioni organiche e degli uffici dirigenziali, nonché l'attuazione della mobilità del personale.

<sup>4</sup> Si veda in questo senso, fra gli altri, l'art. 3 quater del d. lgs. 502 del 1992, che rimette alla legge regionale la disciplina dell'articolazione in distretti dell'unità sanitaria locale.

<sup>5</sup> F.C. RAMPULLA, G. TRONCONI, L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie, in San. pubbl., 2002, 311; AA.VV. L'atto aziendale di organizzazione e funzionamento delle aziende sanitarie, Bologna, 2002; S. CORONATO, L'atto aziendale di diritto privato di organizzazione e funzionamento delle

sto profilo il principio di distinzione appare realizzato da una concorrenza di fonti pubbliche in materia organizzativa: legge regionale e atti di indirizzo, e di fonti private: l'atto aziendale e i regolamenti attuativi<sup>6</sup>.

## 2. Direttore Generale e attribuzione dei poteri al Direttore Amministrativo e al Direttore Sanitario.

Le competenze del direttore generale, come previste nell'art. 3 del d. lgs. 502 del 1992, vanno lette in combinazione con altre norme dello stesso decreto, cioè alle previsioni normative che riguardano il direttore amministrativo ed il direttore sanitario<sup>7</sup>; lo stesso vale, secondo quanto previsto dall'art. 15, co. 6<sup>8</sup>, riguardo ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa, è qui più che altrove che il legislatore assegni compiti e poteri gestionali in senso proprio a figure diverse dal Direttore Generale.

Da quanto precedentemente affermato si evince che i poteri di gestione appartengono allora tutti al Direttore in una maniera che potremmo definire "astratta", nel senso che gli sono propri perché ad esso spetta la decisione inerente quali e quanti di essi trasferire alle altre figure dirigenziali, tramite la predisposizione dell'atto aziendale, di competenza del Direttore Generale ed espressione massima dell'autonomia imprenditoriale della stessa. Una autonomia che non può certo essere intesa come inerente al prodotto, evidentemente predeterminato in termini di livelli assistenziali, ma che va riferita all'organizzazione dei fattori produttivi, cioè, al modo di funzionare

---

aziende sanitarie, in Dir. san. moderno, 2001, 4; C.E. GALLO, Natura e funzione dell'atto aziendale nell'organizzazione delle aziende sanitarie locali, in Pol. San., 2001, 25.

<sup>6</sup> N. SPERANZA, I compiti del Direttore Generale e della dirigenza, in San. pubbl., 2002, 81.

<sup>7</sup> Secondo quanto disposto dall'art. 3, co. 7, d. lgs. 502 del 1992, il direttore amministrativo dirige i servizi amministrativi dell'azienda e il direttore sanitario dirige i servizi sanitari della stessa.

<sup>8</sup> L'art. 15, co. 6, del d. lgs. 502 del 1992 stabilisce: "ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite... funzioni di direzione e organizzazione della struttura da attuarsi... anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa e l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio".

della struttura che li contiene.

Sono aspetti del medesimo quadro l'autonomia imprenditoriale, l'organizzazione con atto di diritto privato e la riserva dei poteri gestionali al Direttore; come già precedentemente accennato, il soggetto che detiene tutti i poteri gestionali li distribuisce con atto proprio, privato, organizzando autonomamente e, in questo senso, imprenditorialmente la struttura aziendale che dirige. La assegnazione al direttore di tutti i poteri di gestione non corrisponde ad una effettiva concentrazione su di esso di ogni potestà decisionale relativa al funzionamento dell'azienda e alla gestione dei fattori produttivi, ma rappresenta unicamente la giustificazione dei suoi poteri organizzativi privati. Il legislatore configura infatti altre capacità gestionali in capo alle figure dirigenziali che presiedono alle diverse articolazioni organizzative dell'azienda. Le riserve ai Direttori di distretto, dipartimento, presidio, struttura, rappresentano un "minimo" base al di sotto del quale il Direttore Generale non può andare. Per intendersi egli non potrebbe concentrare su se stesso o sulla direzione generale tutte le potestà gestionali, ma è tenuto comunque a distribuire i poteri di gestione che "astrattamente" la legge riserva "tutti" al direttore. A conferma di quanto considerato si pone la previsione contenuta all'art. 15 bis, ai sensi del quale *"l'atto aziendale... disciplina l'attribuzione al Direttore Amministrativo, al Direttore Sanitario, nonché ai Direttori di presidio, di distretto, di dipartimento e ai dirigenti responsabili di struttura dei compiti, tra cui per i dirigenti di strutture complesse le decisioni che impegnano l'azienda verso l'esterno, per l'attuazione degli obiettivi definiti nel piano programmatico e finanziario aziendale"*<sup>9</sup>. Quindi, in

<sup>9</sup> V. CdS, II, parere 7.5.2012, n. 2130. Con il parere in rassegna la Sezione ritiene fondato il ricorso proposto dal responsabile di struttura semplice presso un'Azienda ospedaliera nei confronti degli atti con i quali il direttore generale aveva attribuito al ricorrente e alla sua struttura il punteggio relativo al grado di raggiungimento degli obiettivi di bilancio programmati a livello aziendale. In particolare, a giudizio del Collegio merita accoglimento la censura di illegittimità – per difetto di motivazione e contraddittorietà – del comportamento del direttore generale il quale, dopo aver doverosamente accolto la richiesta di sottoporre al

conclusione, nell'azienda sanitaria tutti i dirigenti di struttura possono essere organi e manager dell'amministrazione e non solo il Direttore Generale<sup>10</sup>. A quest'ultimo spetta però il compito di definire, nel quadro della disciplina organizzativa statale e regionale, il quantum dei poteri gestionali ad essi riconosciuti, a partire in diversi casi da un minimo predeterminato. Per questo motivo, per comprendere in che modo nel settore sanitario siano distribuiti i poteri gestionali fra i diversi uffici dirigenziali, non si può prescindere dall'esame dei modelli emergenti dai diversi atti aziendali, sede ultima delle decisioni a ciò relative.

Sul punto occorre precisare che la disciplina in materia di organizzazione e di dirigenza sanitaria è regolata, oltre che dalla contrattazione e dalla normativa nazionale, dalla normativa regionale. La disciplina regionale, dopo le modifiche del titolo V della Costituzione, è quella più idonea alla regolazione del settore sanitario, anche se quella nazionale rimane un fondamentale punto di riferimento, dato il consolidarsi di una interpretazione costituzionale che vede lo Stato implicitamente competente a disciplinare molti aspetti organizzativi del servizio sanitario regionale<sup>11</sup>.

nucleo interno di valutazione l'esame di tutti i profili rilevanti per l'assegnazione del punteggio, si è poi sottratto alla richiesta del ricorrente diretta ad ottenere un riesame anche delle due nuove voci che il direttore generale intendeva inserire nel giudizio finale, modificando negativamente il precedente suo giudizio.

<sup>10</sup> Sul tema si veda N. SPERANZA, Il principio di distinzione tra compiti dell'organo di vertice e compiti della dirigenza nelle aziende sanitarie, in San. pubbl. 2002, 159.

<sup>11</sup> Su questi aspetti si veda ampiamente C. TUBERTINI, Stato, regioni e tutela della salute, in A. PIOGGIA, L. VANDELLI, La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale, Bologna, 2006, 209 ss.; L. VIOLINI, Costanti e variabili nell'organizzazione dei servizi sanitari. Per una prima valutazione delle riforme costituzionali in materia, in R. BALDUZZI (a cura di), La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution, Milano, 2004, 375 ss.; D. PARIS, Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà, in <http://www.amministrazioneincammino.it>; R. BALDUZZI, Titolo V e tutela della salute, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V, Milano, 2002,

Non sarà tema di questo lavoro identificare i diversi livelli regionali di intervento che incidono, tramite la fissazione di principi e criteri per l'adozione dell'atto aziendale, a cui è vincolato il Direttore Generale, sul ruolo della dirigenza e sulla distribuzione fra le diverse figure dirigenziali delle competenze gestionali<sup>12</sup>. Questi aspetti saranno trattati in successivi lavori. Questa necessità di rinvio è data dal fatto che da una analisi della legislazione regionale, dei piani sanitari e delle linee guida relative agli atti aziendali, contenenti norme di dettaglio, emerge un quadro abbastanza eterogeneo<sup>13</sup> che necessita una trattazione a sé.

### 3. L'istituto dello *Spoils system* e la Corte Costituzionale.

E' necessario brevemente ricordare alcuni aspetti di carattere nazionale relativi alla nomina dei Direttori Generali delle ASL e alla relativa evoluzione giurisprudenziale.

L'Italia, ha affermato con nettezza nella legislazione nazionale, soprattutto agli articoli 4 e 14 del d. lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i., la strada della distinzione tra compiti degli organi di indirizzo politico e compiti degli organi amministrativi, distinzione che si è sempre cercato di aggirare.

La nomina dei predetti Direttori Generali è subordinata al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità e, in taluni casi, è anche preceduta da un avviso pubblico. Ciò, del resto, è strettamente collegato al

tipo di funzioni che i titolari degli uffici pubblici in questione sono chiamati ad esercitare. Essi non collaborano direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma ne devono garantire l'attuazione.

A tal fine, non è però necessaria, da parte del funzionario, la condivisione degli orientamenti politici della persona fisica che riveste la carica politica o la fedeltà personale nei suoi confronti. Si richiede, invece, il rispetto del dovere di neutralità, che impone al funzionario, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, la corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall'organo politico, quale che sia il titolare pro tempore di quest'ultimo<sup>14</sup>.

Secondo l'interpretazione generale e dominante la locuzione *spoils system*<sup>15</sup>, istituto che riguarda la nomina dei Direttori Generali, indica la facoltà riconosciuta alla parte politica vincitrice nella competizione elettorale di collocare persone di fiducia nei posti nevralgici dell'apparato burocratico<sup>16</sup>. Si tratta di un insieme articolato di poteri che permettono agli organi politici di scegliere le figure di vertice quali i segretari generali, i capi dipartimento, i direttori generali, i segretari comunali etc.

La Corte Costituzionale ha dichiarato illegittime numerose norme di spoils system, aventi come destinatari anche i vari organi amministrativi delle ASL, con una serie di sentenze che costituiscono vere e proprie pietre miliari in materia.

La prima vicenda riguarda la Regione Lazio, il cui Statuto stabiliva che *"i componenti degli organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti dalla Regione decadono dalla carica il novantesimo giorno successivo alla prima seduta del Consiglio regionale, salvo conferma con le stesse modalità previste per la nomina"*<sup>17</sup>. A seguito del combinato dispo-

11 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 95 ss.; L. CUOCOLO, *À rebours, La tutela della salute tra Regioni e Stato*, in *Quad. reg.*, 2005, 63 ss.; ID., *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2005, 68; U. DE SIERVO, *Corte Costituzionale e materia sanitaria*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Milano, 2007, 68; D. MORANA, *La "tutela della salute": punti fermi e perduranti incertezze nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 145.

<sup>12</sup> Per una prima ricognizione dell'incidenza regionale in materia di organizzazione delle aziende, si vedano i risultati presentati in A. PERRELLA, A. CICCETTI, C. RICCIARDI, *Funzione ed evoluzione dell'atto aziendale di diritto privato nelle aziende sanitarie locali*, in *Org. san.*, 2003, 2.

<sup>13</sup> Vedi A. PIOGGIA, *Direzione e Dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità pubblica e privata*, 2008.

<sup>14</sup> Cfr. Corte costituzionale, 5 febbraio 2010, n. 34.

<sup>15</sup> Cfr. VIRGA, *Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto*, in *Lexitalia.it*.

<sup>16</sup> Cfr. *Nuove osservazioni in tema di spoils system* Corte Costituzionale n. 124/2011, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it).

<sup>17</sup> art. 55, co. 4, della legge regionale del Lazio 11.11.2004, n. 1.

sto con l'art. 71 della L.R. 17.2.2005, n. 9<sup>18</sup>, la Regione Lazio ha così dichiarato decaduti, tra gli altri, tutti i Direttori Generali delle aziende del Sistema Sanitario Regionale. La Corte Costituzionale si è pronunciata con la sentenza 23 marzo 2007, n. 104<sup>19</sup>, dichiarando l'illegittimità delle norme di cui sopra, affermando che le stesse violano l'art. 97 della Costituzione, sotto il duplice profilo dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione.

Ha osservato la Corte come il Direttore Generale di un'azienda del Servizio Sanitario rappresenti una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell'adempimento di un'obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali ed operativi definiti dal piano sanitario regionale, dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l'amministrazione regionale, per altro in assenza di un contatto istituzionale diretto e immediato con l'organo politico, essendo i relativi rapporti mediati da apposite strutture intermedie.

Pertanto, in questo contesto fattuale e giuridico, la prevista decadenza automatica del Direttore Generale allo scadere del novante-

simo giorno dall'insediamento del Consiglio regionale impinge inesorabilmente con i canoni di imparzialità e di buon andamento, i quali esigono che la posizione del Direttore Generale sia circondata da garanzie ed in particolare che la decisione dell'organo politico sulla cessazione anticipata dall'incarico rispetti il principio del giusto procedimento: «la dipendenza funzionale del dirigente non può infatti diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio, ed in seguito a questo può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento». La Corte, inoltre, ha rilevato che, a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico, il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi, quali l'imparzialità e il buon andamento<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. l'art. 71 della l. r. 17.2.2005, n. 9 (legge finanziaria per l'esercizio 2005), dove si è previsto che, nelle more dell'adeguamento della normativa ordinaria, le norme dello statuto regionale «*concernenti la decadenza dalla carica di componente degli organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti e la cessazione di diritto degli incarichi dirigenziali presso la Regione e gli enti pubblici dipendenti*» si applicano, «*anche in deroga alle disposizioni contenute nelle specifiche leggi vigenti in materia*» (co. 1), «*a decorrere dal primo rinnovo, successivo alla data di entrata in vigore dello statuto, degli organi di riferimento della Regione o degli enti pubblici dipendenti*» (co. 3); in particolare, al fine di dare piena applicazione a quanto disposto - fra gli altri - dall'art. 55, co. 4, dello statuto, «*nelle ipotesi in cui la carica di organo istituzionale di ente pubblico dipendente, anche economico, in atto alla data di entrata in vigore dello statuto, sia svolta mediante rapporto di lavoro regolato da contratto di diritto privato, la durata del contratto stesso è adeguata di diritto ai termini previsti dall'art. 55, co. 4*» (co. 4, lett. a).

<sup>19</sup> V. FONTANA, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2008, 1, pag. 42 ss.; FORLENZA, in *Guida al diritto*, 2007, 14, pag. 82 ss.; NICOSIA, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2007, 2, pag. 496 ss.

<sup>20</sup> La Regione Lazio ha ritenuto di potersi conformarsi alla sentenza n. 104/2007, con l'emanazione dell'art. 1 della legge regionale 13 giugno 2007, n. 8 (recante Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale), a mente del quale:

«*1. La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro; b) un'offerta di equo indennizzo. 2. La soluzione di cui al comma 1, lettera b), è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi». Pertanto, in applicazione della predetta disposizione, la Regione Lazio, asserendo che non fosse più possibile la reintegrazione a causa del decorso del periodo di sei mesi di interruzione di fatto del rapporto, ha disposto, in favore degli istanti, la liquidazione di un indennizzo pari a quindici mensilità. Il provvedimento, gravato dinanzi al giudice amministrativo, ha dato luogo ad una nuova questione di legittimità costituzionale,*

La Corte Costituzionale si è pronunciata anche in riferimento alla decadenza automatica dei componenti del collegio sindacale nelle aziende del sistema sanitario regionale. La Corte<sup>21</sup>, muovendo dalla propria giurisprudenza in materia di spoils system dei direttori generali delle medesime aziende, ha argomentato che «una simile esigenza di distinzione e autonomia deve, a maggior ragione, riconoscersi in relazione all'organo di controllo amministrativo e contabile della stessa azienda, i cui componenti, a differenza del direttore generale, non sono chiamati ad attuare programmi e a realizzare obiettivi definiti dall'organo politico regionale, ma svolgono, in posizione di neutralità, funzioni attinenti al controllo del rispetto della legge e della regolare tenuta della contabilità. In nessun caso, quindi, per i componenti di simili organi sono ravvisabili quelle particolari esigenze di coesione con l'organo politico, le quali - secondo la giurisprudenza di questa Corte - possono giustificare, per le sole posizioni dirigenziali apicali di diretta collaborazione, un rapporto fondato sull'intuitus personae (sentenza n. 233/2006). Tanto più gravi, pertanto, appaiono, con riferimento ai componenti di questi organi, la previsione di un meccanismo automatico di decadenza e la conseguente violazione del principio del giusto procedimento».

Di recente la Corte<sup>22</sup> è intervenuta anche sullo spoils system applicato ai Direttori Amministrativi annullando l'art. 15, co. 6, della legge della Regione Lazio 16.6.1994, n. 18, che stabiliva che «il Direttore Amministrativo e il Direttore Sanitario cessano dall'incarico entro tre mesi dalla data di nomina del nuovo Direttore Generale e possono essere riconfermati».

La Corte ha annullato la disposizione censurata, osservando in particolare che «la scelta fiduciaria del direttore amministrativo - che deve essere effettuata con provvedimento, motivato, ma pur sempre ampiamente discre-

zionale, del Direttore Generale, con particolare riferimento alle capacità professionali del prescelto in relazione alle funzioni da svolgere (art. 15, secondo comma, della legge n. 18/2004) - non implica, infatti, che la interruzione del rapporto, che si instaura in conseguenza di tale scelta, possa avvenire con il medesimo margine di apprezzamento discrezionale che connota quest'ultima. Instaurato il rapporto di lavoro, con la predeterminazione contrattuale della sua durata, vengono in rilievo altri profili, connessi, in particolare, da un lato, alle esigenze dell'amministrazione ospedaliera concernenti l'espletamento con continuità delle funzioni dirigenziali proprie del Direttore Amministrativo, e, dall'altro lato, alla tutela giudiziaria, costituzionalmente protetta, delle situazioni soggettive dell'interessato, inerenti alla carica. La valutazione di tali esigenze determina il contrasto della disposizione impugnata con il principio di buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione, in quanto la disposizione stessa non è ancora l'interruzione del rapporto di ufficio in corso a ragioni «interne» a tale rapporto, che - legate alle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore amministrativo - siano idonee ad arrecare un vulnus ai principi di efficienza, efficacia e continuità dell'azione amministrativa. La norma censurata, prevedendo l'interruzione ante tempus del rapporto, non consente alcuna valutazione qualitativa dell'operato del Direttore Amministrativo, che sia effettuata con le garanzie del giusto procedimento. Nell'ambito di tale procedimento il nuovo Direttore Generale sarebbe tenuto a specificare le ragioni, connesse alle pregresse modalità di svolgimento delle funzioni dirigenziali da parte dell'interessato, idonee a fare ritenere sussistenti comportamenti di quest'ultimo suscettibili di integrare la violazione delle direttive ricevute o di determinare risultati negativi nei servizi di competenza e giustificare, dunque, il venir meno della necessaria consonanza di impostazione gestionale tra direttore generale e direttore amministrativo. In effetti, soltanto nel rispetto delle predette modalità e condizioni il nuovo Direttore Generale può, con provvedimento motivato, procedere alla ri-

riferita alla seconda legge, per violazione degli artt. 3, 24, 97, 101, 103, 113 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione. V. Corte costituzionale, 24 ottobre 2008, n.351, la sentenza è annotata da CERESSETTI, in *Foro amministrativo/CdS*, 2009, 7-8, pag. 1653 ss.

<sup>21</sup> V. Corte Costituzionale, 28.11.2008, n. 390.

<sup>22</sup> V. Corte Costituzionale, 24.6.2010, n. 224.



*mozione del direttore amministrativo prima della suddetta scadenza contrattuale».*

Va osservato, per finire, che proprio le su viste considerazioni sono state riprese nella più recente sentenza 22.7.2011 n. 228, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1, della legge della Regione Abruzzo 23.6.2006, n. 20, sempre in tema di *spoils system* degli incarichi di Direttore Amministrativo e Direttore Sanitario delle Aziende della Sanità Regionale.

#### **4. Conclusioni.**

In conclusione possiamo affermare che l'atto aziendale, di natura privata, espressione massima dell'autonomia imprenditoriale della azienda, disciplina l'organizzazione della ASL in base anche ai principi e criteri stabiliti dalle norme regionali che influenzano più o meno marcatamente la predisposizione da parte del Direttore Generale.

Questo ultimo è una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell'adempimento di un'obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro auto-

nomo), gli obiettivi gestionali ed operativi definiti dal piano sanitario regionale, dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l'amministrazione regionale, per altro in assenza di un contatto istituzionale diretto e immediato con l'organo politico, da cui può essere revocato anticipatamente solamente a seguito di un giusto procedimento che accerti il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Quanto affermato pone la figura del Direttore Generale in una posizione nettamente differente rispetto al collegio sindacale dell'azienda, che è organo di controllo amministrativo e contabile della stessa azienda, i cui componenti non sono chiamati ad attuare programmi e a realizzare obiettivi definiti dall'organo politico regionale, ma svolgono, in posizione di neutralità, funzioni attinenti al controllo del rispetto della legge e della regolare tenuta della contabilità.

In nessun caso, quindi, per i componenti di simili organi sono ravvisabili quelle particolari esigenze di coesione con l'organo politico.

«.....GA.....»

# LIVELLI ESSENZIALI ASSISTENZIALI RICOGNIZIONE NORMATIVA FRA TENTATIVI ED ESIGENZE DI RIFORMA, D. LGS 6.5.2011, N. 6

dell' Avv. Francesco Palazzotto

*I livelli essenziali assistenziali (L.E.A.), disamina della normativa e analisi della riforma partendo dal dettato dell'art. 32 della Costituzione. Incidenza del federalismo fiscale alla luce del d.lgs 6.5.2011, n. 68 e sistema dei costi standard*

The "essential assistance levels" (L.E.A.), reconstruction and reform legislation, starting from the wording article 32 of the Constitution. Incidence of fiscal federalism in the light of d.lgs 6 may 2001, n. 68 and standard cost system

*Sommario: 1. Introduzione. 2. Ricognizione normativa. 3. I livelli essenziali assistenziali (L.E.A.). 4. Il d. lgs. 6.5.2011, n. 68.*

## **1. Introduzione.**

E' opportuno richiamare brevemente l'evoluzione normativa che coinvolge il servizio sanitario nazionale (S.S.N.) e i livelli essenziali di assistenza (L.E.A.), passando attraverso una veloce disamina del dettato costituzionale e della legge 833/78, prima di inoltrarci nella analisi delle novità apportate dal D.lgs 6 maggio 2011, n. 68 e dal federalismo fiscale. La norma costituzionale al quale fare riferimento è principalmente l'art. 32.

L'art. 32, co. 1, Cost. considera innanzitutto la salute come "*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*". La lettura coordinata di tale norma con quanto disposto dall'art. 2, Cost., che riconosce e garantisce "*i diritti inviolabili dell'uomo*" sia come singolo che nelle "*formazioni sociali*" in cui si esplica la sua personalità, mette in rilievo come la protezione della salute nel nostro ordinamento sia oggetto di una tutela "*avanzata*" in quanto non limitata alla sola dimensione individuale del diritto alla vita ed alla incolumità psico-fisica, ma ultraindividuale cioè collettiva. Si distingue dunque nell'art. 32 Cost. un profilo individuale ed un profilo collettivo (generale). Il fatto peraltro che il diritto alla salute sia affermato come diritto fondamentale sta a significare che esso ha un rilievo preminente rispetto ad altri diritti pur riconosciuti dalla Costituzione. Il diritto

alla salute si configura, più in generale, come valore costituzionale supremo in quanto riconducibile all'integrità psico-fisica della persona (e non considerato solo quale diritto sociale a prestazioni sanitarie), per cui, se la tutela di esso non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone, tuttavia le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento degli interessi, un peso tale da determinare la compressione del nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana.

Il riconoscimento del diritto alla salute quale "*valore costituzionale supremo*" è il risultato di una evoluzione giurisprudenziale che ha permesso di cogliere le virtualità insite nella generica formulazione costituzionale che sancisce l'impegno della Repubblica a tutelare la salute e a garantire cure gratuite agli indigenti. Proprio la singolare connotazione di questo diritto induce ad invocare la necessaria tutela nella più ampia misura possibile ossia entro i limiti segnati dall'esigenza di una concomitante tutela di altri interessi e dalla disponibilità di risorse umane e finanziarie nella predisposizione dei servizi sanitari. Sotto quest'ultimo aspetto, tuttavia, occorre ribadire che le esigenze finanziarie non possono legittimare una compressione del nu-



cleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana.

## 2. Ricognizione normativa.

Il Servizio Sanitario Nazionale Unico nasce con la l. 833/1978, questa rappresenta una tappa fondamentale nell'evoluzione del servizio chiudendo definitivamente l'era mutualistica in nome di obiettivi volti ad una maggiore omogeneità, equità ed efficienza con una preoccupazione maggiore anche per il bilancio dello Stato.

La legge stabilisce che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il Servizio Sanitario Nazionale (S.S.N.), costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinate alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione. Viene, quindi, affidato alla legge dello Stato, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale, il compito di fissare i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini, in conformità a quanto previsto dal Piano Sanitario Nazionale (P.S.N.) per quanto riguarda i tempi ed i modi. L'art. 53 della legge tratta del P.S.N., stabilendo che deve contenere le linee generali di indirizzo e le modalità di svolgimento delle attività istituzionali del S.S.N. in conformità agli obiettivi della programmazione socio-economica nazionale e tenuta presente l'esigenza di superare le condizioni di arretratezza socio-sanitaria che esistono nel Paese, particolarmente nelle regioni meridionali. È altresì previsto che contestualmente al P.S.N. il Governo presenta al Parlamento il disegno di legge contenente le norme per il finanziamento pluriennale del Servizio sanitario nazionale, rapportate alla durata del piano stesso, con specifica indicazione degli importi da assegnare al fondo sanitario nazionale<sup>1</sup>. Appare evidente che il le-

<sup>1</sup> Direzione Generale della Programmazione Sanitaria, dei Livelli di assistenza e dei Principi Etici di Sistema, Commissione Nazionale per la definizione e l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, *I livelli di assistenza sanitaria e le prestazioni garantite dal Servizio sanitario nazionale*.

gislatore fosse già allora ben consapevole delle difficoltà da superare e del lungo cammino da percorrere per attuare pienamente la riforma, ed ecco il perché della "gradualità" stabilita per l'assunzione dei provvedimenti volti a "unificare le prestazioni" sul territorio nazionale. Per arrivare alla "unificazione" occorreva, quindi, riorganizzare i servizi nell'ambito della costituente Unità Sanitarie Locali, collegarli a quelli resi da altre istituzioni, pubbliche e private, riconosciute come erogatori, e disciplinare in modo unitario i rapporti con i professionisti non dipendenti ma convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale. Solo così sarebbe stato possibile "fissare i livelli delle prestazioni sanitarie<sup>2</sup> che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini"<sup>3</sup>, un processo che si presentava complesso non solo per tutte le motivazioni sopra ricordate, ma anche assai oneroso sotto l'aspetto finanziario, data l'evoluzione in corso nella suddivisione specialistica e subspecialistica delle discipline mediche, in parallelo con l'affermarsi di nuove tecnologie a loro supporto. Le difficoltà sono state tante e tali che il P.S.N., che a norma dell'art. 54 della l. 833 del 1978 doveva essere presentato al Parlamento entro il 30.4.1979, ha trovato applicazione per la prima volta circa quindici anni dopo.

Durante questo lungo periodo sono stati assunti dei provvedimenti che, pur non avendo caratteri di organicità, hanno tuttavia affrontato taluni significativi aspetti. A tal proposito occorre ricordare i più significativi, se pur numerosi.

1. La Deliberazione CIPE 20 dicembre 1984, riguardante la ripartizione del fondo sanitario 1985 – parte corrente, che richiamandosi a quanto stabilito dall'art. 51, secondo comma, della l. 833/1978, provvede alla ripartizione tra le Regioni dello stanziamento di detto fondo, stabilendo peraltro che: "al fine di garantire uniformità di livelli assistenziali ed eliminare progressivamente le differenze strutturali e di prestazioni tra le Regio-

<sup>2</sup> Le "prestazioni sanitarie" costituiscono l'insieme delle attività normalmente comprese tra le funzioni preventive, diagnostiche, curative e riabilitative svolte dagli esercenti le professioni sanitarie.

<sup>3</sup> Vedi Legge 833 del 1978.

ni occorre prevedere standard di organizzazione e di attività cui debbono riferirsi le Regioni e le Unità Sanitarie Locali nell'impiego delle risorse del fondo sanitario nazionale".

2. La l. 23.10.1985, n. 595, recante "norme per la programmazione sanitaria e per il piano sanitario triennale 1986-1988", che introduce significative innovazioni, quali: la definizione degli obiettivi generali del piano sanitario nazionale, disposizioni particolari in materia di organizzazione degli ospedali<sup>4</sup>, il riconoscimento dei presidi e servizi di alta specialità<sup>5</sup> e infine delega il Governo ad emanare, entro novanta giorni, un decreto avente valore di legge ordinaria, per razionalizzare, coordinare e riunire in un testo unico le norme relative alle prestazioni da erogare da parte del Servizio Sanitario Nazionale al fine di garantire la loro uniforme applicazione in tutto il territorio nazionale.

3. La l. 30.12.1991, n. 412: "Disposizioni in materia di finanza pubblica", nella quale si stabilisce, tra l'altro, che il Governo determina, con effetto dal 1.1.1992, i livelli di assistenza sanitaria da assicurare in condizioni di uniformità nel territorio nazionale, nonché gli standard organizzativi e di attività da utilizzare per il calcolo del parametro capitaro di finanziamento di ciascun livello assistenziale per l'anno 1992. Detti standard sono determinati ai fini del finanziamento ma non costituiscono vincolo organizzativo per le Regioni e le Unità Sanitarie Locali. Il parametro capitaro è finanziato in rapporto alla popolazione residente: nell'ambito del Fondo Sanitario Nazionale (F.S.N.) è istituito un fondo di riequilibrio per sostenere le Regioni con dotazioni di servizi eccedenti gli standard, ed in ogni caso è garantita la somministrazione gra-

tuita di farmaci salvavita ed il regime di esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria già prevista dalle leggi vigenti.

4. Il d. lgs. 30.12.1992, n. 502<sup>6</sup>, nel quale si stabilisce che il piano sanitario nazionale dovrà indicare: "I livelli uniformi di assistenza da individuare sulla base anche di dati epidemiologici e clinici, con la specificazione delle prestazioni da garantire a tutti i cittadini, rapportati al volume delle risorse a disposizione".

5. Il d.P.R. 1.3.1994, con il quale viene adottato il Piano sanitario nazionale 1994-1996, adempiendo così dopo quindici anni a quanto stabilito in materia dalla l. 833 del 1978. Nel Piano si afferma, tra l'altro, che la definizione di livelli uniformi di assistenza sanitaria intesi come l'insieme delle attività e delle prestazioni che debbono essere erogate dal S.S.N., è materia che risente più di altre della transizione da un sistema centralistico ad uno a responsabilità condivise tra Stato e Regioni. Infatti la norma mette in risalto la necessità di garantire ai cittadini uguali op-

<sup>6</sup> Preme ricordare una serie di provvedimenti antecedenti al d. lgs 502/1992, è precisamente:

la l. 23.10.1992, n. 421: "Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale", che in materia sanitaria comprende anche il compito di definire principi relativi ai livelli di assistenza sanitaria uniformi e obbligatori espressi per le attività rivolte agli individui in termini di prestazioni, stabilendo comunque la individuazione della soglia minima di riferimento, da garantire a tutti i cittadini, e il parametro capitaro di finanziamento da assicurare alle Regioni e alle Province autonome per l'organizzazione di detta assistenza, in coerenza con le risorse stabilite dalla legge finanziaria.

Il d.P.R. 24.12.1992, nel quale, in attuazione della l. 438 del 1992, si stabilisce che: "I livelli di assistenza si configurano come obiettivi che il Servizio sanitario nazionale assume di conseguire, a soddisfacimento di specifiche quote di bisogno sanitario, mediante un'insieme di attività e prestazioni da porre in essere nell'ambito delle quote capitarie di finanziamento". I livelli di assistenza vengono così individuati: - assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro; - assistenza sanitaria di base; - assistenza specialistica semiresidenziale e territoriale; - assistenza ospedaliera; - assistenza sanitaria residenziale a non autosufficienti e lungodegenti stabilizzati; - attività di supporto alla organizzazione assistenziale.

Tale d.P.R. è stato annullato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 116 del 13.4.1994, per la mancata intesa con la Conferenza Stato-Regioni.

<sup>4</sup> per la prima volta stabiliscono i parametri tendenziali di dotazione di posti letto per mille abitanti, una parte dei quali è destinata alla riabilitazione, unitamente alla definizione dei relativi standard di attività, al riconoscimento della ospedalizzazione a ciclo diurno, nonché alla introduzione del concetto delle aree funzionali omogenee quali misure di avvio della organizzazione dipartimentale.

<sup>5</sup> elenco e i relativi requisiti verranno poi definiti dal d.m. 29.1.1992, che rappresenterà il punto di riferimento principale per la individuazione delle Aziende Ospedaliere ai sensi del d. lgs. 502 del 1992 e delle successive modifiche ed integrazioni.



portunità di accesso assicurando loro una soglia minima di prestazioni sanitarie nei diversi contesti regionali per cultura, caratteristiche socio-sanitarie, dotazioni strutturali, competenze tecnico-scientifiche, capacità gestionali nel settore sanitario. A tal proposito, precisa che, compete al Piano sanitario nazionale indicare i macrolivelli di assistenza sanitaria uniforme e gli obiettivi da conseguire per ognuno di essi in termini di domanda sanitaria da soddisfare, e che la funzione programmatoria regionale dovrà poi definire le modalità organizzative per il perseguimento degli obiettivi secondo l'ordine di priorità definito dal Piano sanitario nazionale ed in funzione delle specifiche esigenze del territorio, e distribuire le risorse in relazione alle modalità organizzative adottate. Il Piano poi conferma i sei "livelli uniformi di assistenza sanitaria" stabiliti dallo specifico d.P.R. del 24.12.1992<sup>7</sup>, e dettaglia le diverse funzioni che costituiscono la articolazione interna di ciascun livello.

6. Il Piano sanitario nazionale 1998-2000, approvato con il d.P.R. 23.7.1998, ispirandosi al nuovo clima di cultura internazionale in tema di sanità, afferma che il sistema delle garanzie del S.S.N. si esprime operativamente nel processo di individuazione e specificazione dei livelli di assistenza che si realizza attraverso la esplicitazione dei principi che guidano la definizione delle garanzie, la precisazione degli interventi e delle prestazioni da assicurare e l'individuazione dei criteri di appropriatezza dell'utilizzo dei servizi, la determinazione delle quote capitarie di finanziamento necessarie per i livelli di assistenza ed infine attraverso la definizione degli strumenti operativi per il governo dei livelli di assistenza. Si specifica poi che si tratta di livelli "essenziali" di assistenza, in quanto necessari per rispondere ai bisogni fondamentali di promozione, mantenimento e recupero delle condizioni di salute della popolazione, che devono essere "uniformemente" garantiti su tutto il territorio nazionale e all'intera collettività, tenendo conto delle differenze nella distribuzione delle necessità assistenziali e dei rischi per la salute. Vengono quindi così indi-

viduati i principi guida dei livelli di assistenza: il principio della dignità umana, il principio della salvaguardia, il principio del bisogno, il principio della solidarietà nei confronti dei soggetti più vulnerabili, il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza degli interventi, il principio dell'efficienza ed infine il principio della equità.

### 3. I livelli essenziali assistenziali (L.E.A.).

Il concetto di "livelli essenziali" è stato introdotto, a tappe successive, nella legislazione italiana, fino ad essere acquisito nel Titolo V della Costituzione, nel quale si fa riferimento a "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

La sanità ha avuto, su questo fronte, un ruolo precursore ed è stata uno tra i primi settori in cui il principio ormai sancito nella costituzione ha trovato concreta attuazione. Questo è avvenuto attraverso tre passaggi principali.

Il primo passaggio rilevante<sup>8</sup> nella normativa riguardante i livelli di assistenza nel S.S.N. può essere ricondotto al d. lgs. 502/92, con il quale, nell'attribuire alle Regioni la competenza in materia di programmazione e organizzazione sanitaria, si demanda allo Stato la determinazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e delle relative quote capitarie di finanziamento. Con il secondo passaggio (Piano Sanitario Nazionale 1998 - 2000 e il d. lgs. n. 229/99), si sono definite le garanzie che il S.S.N. si impegna a assicurare, attraverso risorse pubbliche, in tutto il territorio nazionale.

Si sono così identificati i livelli essenziali di assistenza (L.E.A.), vale a dire i tipi di assistenza, di servizi e delle prestazioni sanitarie che devono essere garantiti a tutti. Il terzo passaggio (d.P.C.M. 29.11.2001) è stato quello di determinare le prestazioni rientranti nei L.E.A. e quelle, in varia misura, escluse.

Quanto a queste ultime, sono state di fatto definite quattro liste di prestazioni: le prestazioni totalmente escluse dai livelli essenziali di assistenza sanitaria (18 prestazioni); le pre-

<sup>7</sup> Vedi il d.P.R. 24.12.1992, nota 6.

<sup>8</sup> I livelli di assistenza sono stati introdotti già dalla legge che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale, L. 1. 23.12.1978, n. 833.

stazioni totalmente escluse, ma che le Regioni possono comunque includere tra quelle parzialmente escluse con copertura totale o parziale dei costi (4 prestazioni); le prestazioni parzialmente escluse dai livelli essenziali di assistenza sanitaria, in quanto erogabili solo secondo specifiche indicazioni cliniche (4 prestazioni); le prestazioni incluse nei L.E.A. che presentano un profilo organizzativo potenzialmente inappropriato (43 DRG)<sup>9</sup>.

I livelli essenziali costituiscono “*un cambiamento di filosofia*” rispetto al passato: piuttosto che partire dalla definizione delle prestazioni come variabile indipendente (non controllando più i costi) o, viceversa, utilizzando i costi come variabile indipendente (riducendo il controllo sulle prestazioni necessarie), si determinano i livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, contestualmente all’individuazione delle risorse, nel rispetto delle compatibilità finanziarie.

In pratica i L.E.A. definiscono quanto il S.S.N. fornisce gratuitamente o meno agli assistiti, per cui il difficile processo di definizione degli stessi è legato alla definizione delle garanzie e alla loro compatibilità con le risorse disponibili<sup>10</sup>.

#### 4. Il d. lgs. 6.5.2011, n. 68.

Il d. lgs. 6.5.2011, n. 68 su costi e fabbisog-

<sup>9</sup> Cfr. Maria Letizia Coen Cagli (Cura redazionale), I livelli essenziali di assistenza sanitaria, LINEE GUIDA. Nel d.P.C.M. del 29.11.2001, “*Definizione dei livelli essenziali di assistenza*”, sono stati identificati 43 DRG come “*prestazioni incluse nei L.E.A. che presentano un profilo organizzativo potenzialmente inappropriato, o per le quali occorre comunque individuare modalità più appropriate di erogazione:.....un elenco di DRG 'ad alto rischio di inappropriatazza' se erogati in regime di degenza ordinaria, per i quali, sulla base delle rilevazioni regionali, dovrà essere indicato un valore percentuale/soglia di ammissibilità, fatto salvo, da parte delle Regioni, l’individuazione di ulteriori DRG e prestazioni assistenziali*”.

<sup>10</sup> Con la costituzionalizzazione, il concetto di livelli essenziali sembra ormai aver assunto una valenza autonoma, solo parzialmente connessa a esigenze di natura finanziaria, in quanto esso si configura ormai come il parametro di riferimento in materia di diritti sociali, Balboni E. e altri (2003), Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla l. n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della Costituzione, Giuffrè, Milano.

gni standard in sanità introduce due innovazioni rispetto al sistema di riparto fra le regioni delle risorse destinate ai livelli essenziali di assistenza in vigore dagli anni novanta: il depotenziamento della ponderazione della quota capitaria per (sole) classi di età della popolazione e la individuazione di regioni benchmark.

La prima innovazione aspira, senza successo, a stemperare il conflitto nord-sud, la seconda è ininfluente sull’allocazione delle risorse, posto che il finanziamento complessivo è determinato esogenamente. Il dettato normativo presenta tuttavia rilevanti ambiguità. Il disegno tracciato nel d. lgs. n. 68 del 6.5.2011 che, nel capo IV, detta il meccanismo di determinazione dei fabbisogni e costi standard nel settore sanitario è ben lontano dai propositi di valutare l’efficienza e l’efficacia dell’intervento pubblico, ma soprattutto non ha nulla a che fare con l’isolamento delle inefficienze di produzione<sup>11</sup>.

Il fabbisogno standard nazionale viene determinato così come indicato nel co. 1 dell’art. 26 del d. lgs 68/2011<sup>12</sup> come ammon-

<sup>11</sup> C.fr C. Cislighi (a cura di), Criteri per il riparto del fabbisogno sanitario, Age.n.a.s., Roma, 2010; C. Cislighi e G. Costa, I costi standard, in Rapporto Sanità 2010, a cura di N. Falcitelli, G.F. Gensini, M. Trabucchi e F. Vanara, Il Mulino, pp. 109-139.

<sup>12</sup> V. art. 26, d.lgs 6 maggio 2011, n. 68: Determinazione del fabbisogno sanitario nazionale standard.

1. A decorrere dall’anno 2013 il fabbisogno sanitario nazionale standard è determinato, in coerenza con il quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall’Italia in sede comunitaria, tramite intesa, coerentemente con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei livelli essenziali di assistenza (L.E.A.) erogati in condizioni di efficienza ed appropriatezza. In sede di determinazione, sono distinte la quota destinata complessivamente alle regioni a statuto ordinario, comprensiva delle risorse per la realizzazione degli obiettivi di carattere prioritario e di rilievo nazionale ai sensi dell’art. 1, co. 34 e 34-bis, della citata l. n. 662 del 1996, e successive modificazioni, e le quote destinate ad enti diversi dalle regioni.

2. Per gli anni 2011 e 2012 il fabbisogno nazionale standard corrisponde al livello di finanziamento determinato ai sensi di quanto disposto dall’articolo 2, co. 67, della l. 23.12.2009, n. 191, attuativo dell’intesa Stato-Regioni in materia sanitaria per il triennio 2010-2012 del 3.12.2009, così come rideterminato dall’art.

tare complessivo delle risorse destinate all'assistenza sanitaria sulla base di una scelta che tiene in primaria considerazione la compatibilità rispetto ai vincoli macroeconomici (e non già a livello microanalitico come somma dei prezzi per le quantità delle prestazioni da garantire), e che è pertanto una scelta politica, non a caso sottoposta ad una intesa tra Stato e Regioni, restando un dato esogeno

La formulazione del testo dell'art. 26, appare meno pregnante e meno chiara rispetto a quella che si evince dai coo. 2 e 3 dell'art. 1 del d. lgs. 30.12.1992, n. 502<sup>13</sup>.

La formulazione del d. lgs. 68 sottolinea che le risorse complessive destinate alla tutela della salute devono essere coerenti con i livelli essenziali di assistenza, erogati in condizioni di efficienza, e di appropriatezza e compatibili con il quadro macroeconomico complessivo, ma sembra porre questa scelta quale scelta politica ex ante, indipendentemente dall'applicazione dei costi standard ai livelli essenziali di assistenza. Questa formulazione fa venir meno la continuità logica che era posta a base della definizione dei livelli essenziali di assistenza nel decreto del Presidente della Repubblica 24.12.1992.

I livelli di assistenza in questo decreto si configuravano come definizione degli obiettivi che il Servizio sanitario nazionale assume di conseguire, a soddisfacimento di specifiche

11, co. 12, del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122.

<sup>13</sup> I coo. 2 e 3 dell'art. 1 del d. lgs. 30.12.1992, n. 502 affermano:

2. Il Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso le risorse finanziarie pubbliche individuate ai sensi del comma 3 e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dagli articoli 1 e 2 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse.

3. L'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria.

quote di bisogno sanitario, mediante un insieme di attività e prestazioni da porre in essere nell'ambito della quota capitaria di finanziamento.

Tra gli elementi costitutivi dei livelli di assistenza il decreto indicava il parametro capitario di finanziamento fissato in coerenza con le risorse stabilite dalla legge finanziaria, in base ad un modello organizzativo teorico di riferimento. Il termine fabbisogno standard nazionale è quantomeno inadeguato, perché nella sua determinazione, per come essa è fissata dall'art. 26 del decreto, non si intravede alcun processo di standardizzazione, ma semplicemente una quantificazione delle risorse che possono essere messe a disposizione per l'assistenza sanitaria in coerenza con il quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria.

Il fabbisogno standard regionale è determinato applicando a tutte le Regioni i costi standard per macrolivelli assistenziali (prevenzione, assistenza distrettuale, assistenza ospedaliera) rilevati in tre Regioni scelte dalla Conferenza Stato Regioni tra cinque regioni scelte dal Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentito il Ministro per i rapporti con le Regioni, in base a criteri di qualità dei servizi erogati, appropriatezza ed efficienza, tra quelle che quali precondizioni di base, hanno garantito l'equilibrio economico ed hanno ottemperato agli adempimenti previsti dall'intesa stato regioni del 3.12.2009.

Tale fabbisogno non deve essere considerato in assoluto, ma solo come quantità teorica alla quale rapportare il fabbisogno sanitario nazionale standard, e viene ad essere quindi un mero criterio di riparto delle risorse complessivamente disponibili, che di fatto viene ad essere effettuato in base alla popolazione residente pesata in base alla distribuzione per età.

Appare inaccettabile una determinazione nei termini indicati, che riconduce in sostanza la ripartizione delle risorse disponibili alla struttura per età della popolazione, non tenendo in alcun conto le enormi differenze che nelle diverse realtà territoriali si rilevano in

termini di condizioni di salute e quindi di bisogni di assistenza sanitaria.

Appare quindi priva di giustificazioni la scelta di utilizzare nel riparto i «*pesi per classi di età della popolazione, inoltre, andrebbe riconsiderata la questione dell'indice di deprivazione: le condizioni di salute e il ricorso alle prestazioni sanitarie sono correlate alle condizioni socio-economiche delle persone (come insegnano gli inglesi, che ne tengono conto ai fini nella formula capitaria); ma è necessario richiedere azioni concrete alle realtà più deboli, legando la disponibilità di maggiori risorse al raggiungimento di specifici risultati di riqualificazione dell'offerta locale di servizi.*

La previsione del co. 3 dell' art. 25, d. lgs 68/2011<sup>14</sup> appare alquanto rischiosa, dato che precisa che i costi e i fabbisogni standard costituiranno il finanziamento integrale della spesa sanitaria. Il rischio è che l'ammontare delle risorse destinate al S.S.N. possa essere determinato non in relazione ai L.E.A. e ai vincoli di finanza pubblica, bensì ai risultati di metodologie di stima dei costi standard molto approssimative e parziali, decise dalle sedi politiche (negoziali) e non tecniche che rischiano di favorire obiettivi diversi da quello del miglioramento della performance complessive del sistema sanitario.

L'applicazione di questa logica alla determinazione delle risorse necessarie per assicurare determinati livelli assistenziali costituisce oggetto specifico della programmazione sanitaria che a livello regionale prima ed a livello nazionale<sup>15</sup> poi deve nel piano sanitario

<sup>14</sup> V. co. 3, art. 25, d.lgs 6.5.2011, n. 68: 3. I costi e i fabbisogni sanitari standard determinati secondo le modalità stabilite dal presente Capo costituiscono il riferimento cui rapportare progressivamente nella fase transitoria, e successivamente a regime, il finanziamento integrale della spesa sanitaria, nel rispetto della programmazione nazionale e dei vincoli di finanza pubblica.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 134 del 2006: a seguito dei ricorsi proposti dalla Regione Friuli Venezia Giulia e dalla Provincia di Bolzano, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, co. 169, della l. n. 311 del 2005, nella parte in cui dispone che l'emanazione del regolamento del Ministro della salute per la fissazione degli standard e per la definizione delle tipologie di assistenza sia adottato «*sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le*

contestualmente fissare i livelli assistenziali che si vogliono garantire, sia le risorse necessarie per farlo. Questo appare il senso del co. 3 dell'art. 1 del d. lgs. 30.12.1992, n. 502, che delinea il quadro normativo di riferimento del Servizio Sanitario Nazionale, che testualmente dispone: «*L'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio Sanitario Nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria*». In realtà questa funzione fondamentale del piano sanitario nazionale è venuta meno, ed i livelli di finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale sono stati anno dopo anno fissati con legge finanziaria, sistema che viene accentuato maggiormente con quanto statuito dal d. lgs. 68/2011. Nella attuazione del Servizio Sanitario Nazionale è venuta meno la logica stessa della programmazione che costituiva uno degli assi portanti della stessa l. 23.12.1978, n. 833, che attribuiva al piano sanitario nazionale una funzione fondamentale di indirizzo e coordinamento di un sistema che nel rispetto dei ruoli dei diversi livelli istituzionali di governo consentisse di superare gli squilibri territoriali che erano già allora

*Province autonome di Trento e Bolzano*», anziché «*previa intesa*» con la Conferenza stessa.

La Corte, accogliendo in parte le tesi dei ricorrenti, sottolinea che sia la definizione dei L.E.A. che l'individuazione di standard qualitativi e quantitativi rientrano nell'ambito della fattispecie prevista dall'art. 117, co. 3, lett. m) della Costituzione (livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali), determinando così una compressione dell'autonomia delle regioni pienamente legittima ai sensi del dettato costituzionale. Tuttavia, non appare giustificata la scelta di due differenti procedure (una che prevede l'intesa della Conferenza e l'altra il semplice parere) in quanto inevitabilmente anche gli standard di cui all'art. 1, co. 169, finiscono per incidere sui livelli essenziali di assistenza, integrando e specificando le forme di concreta attuazione degli stessi. In tale quadro, non risulta legittimo un minor coinvolgimento delle Regioni nella definizione degli standard dei L.E.A. così come nella individuazione delle tipologie di assistenza e dei servizi del Piano sanitario nazionale.



assolutamente evidenti.

Al processo attuativo del Servizio Sanitario Nazionale è venuto meno uno dei presupposti fondanti: la programmazione come metodo ordinario di governo del sistema, con contenuti e procedure che erano stati puntualmente fissati dalla l. 833, che furono poi ridefiniti dalla l. 23.10.1985, n. 595, e che sono oggi analiticamente fissati dall'articolo 1 della l. 30.12.1992, n.502 come modificato e integrato dai successivi decreti legislativi di riordino del S.S.N.. Il Piano Sanitario Nazionale deve essere lo strumento attraverso il quale si definiscono i livelli di assistenza che si vogliono assicurare alla popolazione e si definiscono contestualmente le risorse necessarie per garantire tali livelli applicando alle prestazioni che si prevede di erogare costi standard stabiliti secondo criteri di efficienza, qualità ed appropriatezza.

L'attuale formulazione del titolo V della Costituzione stabilisce che è competenza esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (articolo 117, co. 2, lett. m), attribuendo con ciò allo Stato una funzione di garanzia e di controllo, e non una funzione di regolazione e di gover-

no. Nell'impianto normativo delineato dal decreto 68 l'obiettivo centrale appare essere quello di assicurare la compatibilità della spesa con i vincoli posti dal quadro macroeconomico piuttosto che quello di assicurare ai cittadini livelli uniformi di assistenza, confondendo così l'obiettivo che costituisce la ragion d'essere stessa del Servizio Sanitario Nazionale, con il vincolo del pareggio di bilancio (vincolo che deve essere certamente rispettato, nell'ambito però delle responsabilità che attengono ai diversi livelli di governo del sistema, e che devono essere tanto sul lato delle entrate quanto sul lato delle uscite).

Per concludere questo complesso meccanismo di applicazione dei costi standard, come stabilito dal d. lgs. 68/2011, che intende ricostruire *ex post* (partendo dalle tre regioni individuate principalmente sulla base del pareggio di bilancio) i fabbisogni standard della spesa regionale rischia di evidenziare, nell'ipotesi di stanziamenti considerati superiori al fabbisogno stimato, benefici a favore delle regioni con spesa procapite pesata inferiore alla media del *benchmark*, non necessariamente dovuta ad efficienze nella fornitura o nella qualità delle prestazioni data la molteplicità delle variabili che incidono sulle stesse.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Gianluca Piccinni

Corte costituzionale, 12.10.2012, n. 231  
**Igiene e sanità - farmacie - riparto di competenze Stato/Regioni - art. 1 legge Regione Calabria 10.8.2011, n. 30 (Disposizioni transitorie in materia di assegnazioni di sedi farmaceutiche) - previsione del diritto di conseguire per una sola volta la titolarità della farmacia per i farmacisti che gestiscono da almeno tre anni in via provvisoria una sede farmaceutica, attribuita ai sensi della legislazione vigente - lamentata violazione degli artt. 97, ultimo comma, e 117, terzo comma, della Costituzione.**

*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 della legge della Regione Calabria 10.11.2011, n. 30 (Disposizioni transitorie in materia di assegnazioni di sedi farmaceutiche), proposta – in riferimento agli articoli 97, ultimo comma, e 117, terzo comma, della Costituzione – dal Presidente del Consiglio dei Ministri.*

Corte costituzionale, 13.9.2012, n. 217  
**Sanità - art. 12, co. 26, l. r. Friuli-Venezia Giulia, 11.8.2011, n. 11 - nomina direttore generale centrale salute, integrazione socio-sanitaria e politiche sociali - nomina.**

*Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 26, l.r. Friuli-Venezia Giulia 11.8.2011, n. 11. Più volte questa Corte (tra le tante, si vedano le più recenti sentenze n. 90, n. 62, n. 51, n. 30 del 2012 e n. 299 del 2011) ha posto in rilievo che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del pubblico concorso, di cui all'art. 97 Cost., deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; con la conseguenza che va esclusa la legittimità di arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive, dovendosi riconoscere al concorso pubblico un*

*ambito di applicazione ampio, tale da non includere soltanto le ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche i casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati dall'origine mediante concorso, in rapporti di ruolo. Inoltre, pur non essendo il principio del pubblico concorso incompatibile, nella logica dell'agevolazione del buon andamento della pubblica amministrazione, con la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, comunque, esso non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali, la riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno. Sicché, si è ritenuta insufficiente a giustificare la deroga la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione, come pure la personale aspettativa degli aspiranti ad una misura di stabilizzazione. Ciò chiarito, la norma impugnata viola il principio dell'assunzione tramite pubblico concorso posto dall'art. 97 Cost., giacché essa ha comunque operato in una logica di riserva assoluta di posti, provvedendo a recepire – come affermato dalla stessa Regione – gli esiti di procedure selettive, prive dei connotati e delle garanzie del concorso pubblico, preordinate alla successiva assunzione nominatim di dirigenti, dovendosi quindi escludere che la eccezionalità dell'assunzione, dalla stessa norma espressamente prevista, sia conforme al buon andamento della pubblica amministrazione, cui è presidio anche il principio innanzi richiamato.*

Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, sez. giurisd., 18.9.2012, n. 790  
**Giurisdizione e competenza - sanità - aziende servizio sanitario nazionale - organizzazione e funzionamento - giurisdizione g.a. - natura**

**privatistica.**

*Il CGARS ha richiamato quanto più volte affermato dalla Corte di Cassazione, ribadendo, il principio per cui qualora un'amministrazione pubblica curi la redazione e la pubblicazione di un giornale come strumento d'informazione e di riflessione sulle sue attività e si avvalga a tale fine della propria organizzazione, senza ricorso ad autonome strutture aventi scopo di lucro e connotati imprenditoriali, il rapporto in atto con lavoratori dipendenti della PA. stessa, che siano chiamati a collaborare a quel giornale non cessa, per questa sola ragione, di atteggiarsi come un rapporto di impiego pubblico (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 15.5.2003, n. 7509). Quanto, poi, all'argomento, sul quale ha insistito il giudice di prime cure, che le Aziende sanitarie hanno "autonomia imprenditoriale", ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 502 del 1992, va osservato che, come già chiarito dalla giurisprudenza (Cfr. Cass. Civ., Ord. n. 2031 del 30.1.2008), l'autonomia imprenditoriale, che è strumentale al raggiungimento del fine pubblico che caratterizza le Aziende del Servizio sanitario nazionale, sta a significare che l'organizzazione e il funzionamento di dette aziende sono disciplinati con atti di diritto privato, senza che ciò escluda che nelle materie indicate dalla legge vi sia la giurisdizione del giudice amministrativo.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.7.2012, n. 3942

**Certificato di abitabilità - parere ASL - atto endoprocedimentale.**

*Il parere della ASL nella disciplina introdotta dal d.P.R. n. 425 del 1994, in materia di rilascio del certificato di abitabilità, è mero atto endoprocedimentale, non vincolante, privo di rilevanza esterna e di mero supporto al potere decisionale del Comune. In conseguenza di ciò,*

*il Comune è tenuto autonomamente a verificare le condizioni di salubrità dell'immobile.*

TAR Abruzzo, Aq, Sez. I, 22.6.2012, n. 439

**Piano operativo - ospedale - disattivazione e riconversione - delibere commissariali.**

*In riferimento ad alcune delibere commissariali costituenti il piano operativo ex l. 23.12.2009 n. 191, annullate da precedenti sentenze del TAR (ma oggetto di un pendente giudizio in appello) nella parte in cui esse prevedevano la disattivazione di un ospedale e la sua riconversione in presidio territoriale di assistenza, il fatto che siano intervenute nuove delibere commissariali che hanno riproposto le determinazioni del piano operativo ed una l.reg. che ha "salvato" la validità degli atti adottati in forza di questo piano comporta che i nuovi ricorsi proposti contro le delibere già annullate sono inammissibili, nonché che le nuove delibere aventi ad oggetto questioni dipendenti da quelle principali oggetto delle delibere già annullate appartengono, al pari delle questioni di legittimità costituzionali della predetta legge regionale, al pendente giudizio in appello, mentre il giudizio va sospeso in ordine alle questioni residue oggetto delle nuove delibere commissariali.*

Tribunale di Bologna, Sez. Lav., 18.9.2012

**Servizio sanitario nazionale - vaccinazioni e trattamenti sanitari obbligatori.**

*In tema di diritto all'indennizzo del soggetto che abbia riportato a causa di vaccinazioni obbligatorie delle lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente dell'integrità psicofisica, ai sensi della l. n. 210 del 1992 e successivamente modificata dalla l. n. 238 del 1997. La somma dell'indennizzo comprensiva anche dell'indennità integrativa è soggetta a rivalutazione monetaria.*

«.....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. 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

Giulio Bacosi, Alfonso Cernelli, Valeria Coppola, Anna Mariagrazia Crescenzi, Andrea Di Stazio, Ilaria Di Toro, Sergio Fifi, Enrico Gai, Valentina Giammaria, Eva Mariucci, Francesco Palazzotto, Valentina Pavone, Paolo Romani, Salvatore Russo, Federica Valente, Margherita Amitrano Zingale.

**Chiuso in redazione il 15 novembre 2012  
Finito di stampare nel novembre 2012  
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)**



Tipolitografia SPEDIM  
Via Alfredo Serranti, 137  
00040 Monte Compatri (RM) ITALY  
**www.spedim.it**

per informazioni rivolgersi a:



REDAZIONE G.A.  
Tel. **06.3242351 - 06.3242354** Fax **06.3242356**  
Sito web: **www.gazzettaamministrativa.it**  
E-mail: **info@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)