



GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

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

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

IN QUESTO NUMERO

- **ART. 2 BIS L. 241/90: OBBLIGO DI PROVVEDERE DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE, SILENZIO E RISARCIMENTO DEL DANNO**
- **LE REGIONI ALLA PROVA DELLA "SPENDING REVIEW": IL COORDINAMENTO DELLA FINANZA PUBBLICA TRA AUTONOMIA REGIONALE ED ARMONIA CON LA COSTITUZIONE**
- **L'ATTIVITÀ DI INSTALLAZIONE DI CONDIZIONATORI CLIMATICI SULLE FACCIATE DI EDIFICI: MANUTENZIONE ORDINARIA, STRAORDINARIA, RISANAMENTO CONSERVATIVO E/O RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA?**
- **MANUFATTI LEGGERI E NECESSITÀ DEL TITOLO ABILITATIVO: IL CASO DEI C.D. GAZEBO DESTINATI ALLA RISTORAZIONE**
- **IL RICORSO AL M.E.P.A. QUALE STRUMENTO ATTUATIVO DELLA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA PUBBLICA: CRITERI APPLICATIVI**
- **DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE PER L'ART. 9 DELLA SPENDING REVIEW**
- **I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LA RILEVANZA ECONOMICA DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA**
- **BANDO-TIPO: INDICAZIONI GENERALI PER LA REDAZIONE DEI BANDI DI GARA**
- **IL CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVA ED IL RUOLO DEL SEGRETARIO COMUNALE**
- **IL TRIBUTO "TARES" COME PREVISTO ED AGGIORNATO CON LA LEGGE DI STABILITÀ 2013**
- **IL FENOMENO DEI DEBITI FUORI BILANCIO QUALE COMPONENTE FONDAMENTALE NELLA REGOLAMENTAZIONE DEL CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVA E CONTABILE PREVISTA DAL D.L. N. 174/2012**
- **ULTERIORI CRITICITÀ DEL NUOVO GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA IN RELAZIONE ALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELL'A.P. DEL CONSIGLIO DI STATO**
- **LA SPONSORIZZAZIONE PASSIVA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DALLE ORIGINI ALL'ATTUALE CRISI ECONOMICA**
- **GLI APPALTI SANITARI A SEGUITO DELLA SPENDING REVIEW (L. 135/12): NOVITÀ**

DIREZIONE REDAZIONE E SEDE LEGALE: VIA G. NICOTERA, 29 - 00195 ROMA
Tel. 06.3242351 - 06.3242354 Fax 063242356 - Sito: 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 emerito dello Stato)

DIREZIONE E REDAZIONE

Direttore: Prof. Enrico Michetti

Direttore Responsabile: Dott.ssa Marzia Romani

Vicedirettori: Avv. Valentina Romani, Avv. Paolo Pittori e Avv. Rodolfo Murra

Coordinatore Ufficio di Direzione: Avv. Domenico Tomassetti

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, Prof. Vicente Alvarez Garcia, Dott. Andrea Baldanza, Prof. Enzo Baldini, Prof. Rodolfo Carlos Barra, Prof. Antonio Bartolini, Prof. Salvatore Bellomia, Pres. Franco Bianchi, Prof. Raffaele Bifulco, Prof. Andrea Biondi, 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. Alejo Hernandez Lavado, Prof. Vincenzo Caputi Iambrenghi, Prof. Giovanni Leone, Prof. Fiorenzo Liguori, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Prof. Francesco Merloni, Prof. Fabio Merusi, Prof. Roberto Miccù, 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, Prof. Stefano Vinti.

COMITATO ISTITUZIONALE

Presidente: Giuseppe Castiglione

Coordinatore: Fabio Melilli

Componenti: Lorenzo Cesa, 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

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	5
REDAZIONALI	8
ART. 2 <i>BIS</i> L. 241/90: OBBLIGO DI PROVVEDERE DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE, SILENZIO E RISARCIMENTO DEL DANNO <i>Dell'Avv. Antonio Cordasco</i>	8
LE REGIONI ALLA PROVA DELLA "SPENDING REVIEW": IL COORDINAMENTO DELLA FINANZA PUBBLICA TRA AUTONOMIA REGIONALE ED ARMONIA CON LA COSTITUZIONE <i>del Dott. Gabriele Magrini</i>	16
ELETTORI RESIDENTI ALL'ESTERO E <i>QUORUM</i> DI VALIDITÀ DELLE ELEZIONI AMMINISTRATIVE: OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA SENTENZA N. 242/2012 <i>del Dott. Andrea Ridolfi</i>	20
GIURISPRUDENZA	25
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI	25
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE	28
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	46

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	49
REDAZIONALI	52
PUNTI FERMI SU STATO DI NECESSITÀ E REATI EDILIZI <i>del Dott. Alfonso Cernelli</i>	52
L'ATTIVITÀ DI INSTALLAZIONE DI CONDIZIONATORI CLIMATICI SULLE FACCIATE DI EDIFICI: MANUTENZIONE ORDINARIA, STRAORDINARIA, RISANAMENTO CONSERVATIVO E/O RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA? <i>della Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale</i>	55
MANUFATTI LEGGERI E NECESSITÀ DEL TITOLO ABILITATIVO: IL CASO DEI C.D. <i>GAZEBO</i> DESTINATI ALLA RISTORAZIONE <i>del Dott. Alfonso Cernelli</i>	59
AMPIEZZA DEI POTERI COMUNALI IN TEMA DI INSEDIAMENTI URBANISTICI DI IMPIANTI TELEFONICI <i>dell'Avv. Sergio Fifi</i>	62
GIURISPRUDENZA	66
URBANISTICA	66
EDILIZIA	66
ABUSI EDILIZI	67
PAESAGGIO E BENI CULTURALI	69
ESPROPRIAZIONI	70
AMBIENTE	71



PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	73
--	-----------

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	79
REDAZIONALI	81
COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE - GRANDE SEZIONE - 19.12.2012. ELEMENTI IDENTIFICATIVI DEGLI ACCORDI DI COOPERAZIONE, EX ART. 15 L. 241 DEL 1990 E S.M.I. E OBBLIGO DI RISPETTARE LE REGOLE DELL'UNIONE EUROPEA SUGLI APPALTI PUBBLICI <i>dell'Avv. Luisa Capicotto.....</i>	81
GIURISPRUDENZA	91
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	96

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	106
REDAZIONALI	110
IL RICORSO AL M.E.P.A. QUALE STRUMENTO ATTUATIVO DELLA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA PUBBLICA: CRITERI APPLICATIVI <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano.....</i>	110
DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE PER L'ART. 9 DELLA <i>SPENDING REVIEW</i> <i>del Dott. Adriano Marini.....</i>	114
I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LA RILEVANZA ECONOMICA DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA <i>dell'Avv. dello Stato Giulio Bacosi e della Dott.ssa Valentina Giammaria.....</i>	119
LIMITI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI DEI PARERI CONSULTIVI DI CUI ALL'ART. 7 CO. 8 DELLA L. 5.6.2003 N.131 <i>della Dott.ssa Valentina Napolitano</i>	125
ISTITUZIONE DELL'AUTORITY <i>VIRTUAL COMPANY PASSPORT</i> (AVCPASS): QUALI NOVITÀ? <i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro.....</i>	128
APPALTI PUBBLICI: ESTESA LA PLATEA DEI POTENZIALI AGGIUDICATARI <i>della Dott.ssa Ilaria Di Toro.....</i>	131
BANDO-TIPO: INDICAZIONI GENERALI PER LA REDAZIONE DEI BANDI DI GARA <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....</i>	136
GIURISPRUDENZA.....	153
CONTRATTI PUBBLICI.....	153
<i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro.....</i>	153
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	154
<i>dell'Avv. Federico Mazzella.....</i>	154
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	157

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	161
REDAZIONALI	166
IL CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVA ED IL RUOLO DEL SEGRETARIO COMUNALE <i>della Dott.ssa Matilde Esposito.....</i>	166
L'ESIGUITÀ DELL'ORGANICO ANNUALE DI SOSTEGNO NON PUÒ PREGIUDICARE IL DIRITTO	

FONDAMENTALE ALL'ISTRUZIONE DEL DISABILE GRAVE. DELLE ISTITUZIONI SCOLASTICHE: COMPETENZA STATALE O REGIONALE? <i>dell'Avv. Salvatore Russo</i>	172
GIURISPRUDENZA	174
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	178

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	182
REDAZIONALI	186
IL TRIBUTO "TARES" COME PREVISTO ED AGGIORNATO CON LA LEGGE DI STABILITÀ 2013 <i>del Prof. Stefano Olivieri Pennesi</i>	186
IL FENOMENO DEI DEBITI FUORI BILANCIO QUALE COMPONENTE FONDAMENTALE NELLA REGOLAMENTAZIONE DEL CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVA E CONTABILE PREVISTA DAL D.L. N. 174/2012 <i>della Dott.ssa Eugenia Materia</i>	191
LA CORTE COSTITUZIONALE E IL PRINCIPIO DELL'EQUILIBRIO DI BILANCIO NELLA LEGISLAZIONE REGIONALE (COMMENTO ALLE SENTENZE N. 70 E 115 DEL 2012) <i>del Dott. Diego De Magistris</i>	195
GIURISPRUDENZA	200
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	203

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	208
REDAZIONALI	210
ULTERIORI CRITICITÀ DEL NUOVO GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA IN RELAZIONE ALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELL'A.P. DEL CONSIGLIO DI STATO <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti</i>	210
IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO EMANATO IN ESECUZIONE DEL GIUDICATO: GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA, GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ O DOPPIA TUTELA? LA SOLUZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA <i>dell'Avv. Luca Beccarini</i>	213
LE AZIONI ESPERIBILI CON IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELL'A.P. DEL CONSIGLIO DI STATO <i>dell'Avv. Fabio Falco</i>	216
GIURISPRUDENZA	219
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	222

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	228
REDAZIONALI	230
LA SPONSORIZZAZIONE PASSIVA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DALLE ORIGINI ALL'ATTUALE CRISI ECONOMICA <i>del Dott. Alessio Cantone</i>	230
GIURISPRUDENZA	238

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE



NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	239
REDAZIONALI	241
CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ: SPESA OFF BALANCE SOLO SE IL RISCHIO RICADE SUL PRIVATO	
<i>del Dott. Gennaro Napolitano.....</i>	241
GIURISPRUDENZA.....	248
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	252

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....	255
REDAZIONALI	257
GLI APPALTI SANITARI A SEGUITO DELLA SPENDING REVIEW (L. 135/12): NOVITÀ	
<i>dell'Avv. Gianluca Piccinni.....</i>	254
GIURISPRUDENZA	
.....	262

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

NON È ILLEGITTIMO, MA SOLO IRREGOLARE L'ATTO NEL QUALE LA P.A. NON HA INDICATO IL TERMINE E L'AUTORITÀ CUI RICORRERE

L'omessa indicazione del termine e dell'autorità cui ricorrere, per la pacifica giurisprudenza, non comporta l'illegittimità, bensì la mera irregolarità dell'atto impugnato. Tale mancanza potrebbe giustificare un'impugnazione tardiva dell'atto medesimo, ipotesi questa che nella specie non rileva, non essendo contestata la tempestività del ricorso di primo grado. (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29.11.2012, n. 6044).

«..... GA.....»

CONDANNA DELLA P.A. AL RISARCIMENTO DEL DANNO: SE L'ATTO AMMINISTRATIVO È ILLEGITTIMO GRAVA SULLA P.A. L'ONORE DI DIMOSTRARE L'ESISTENZA DI UN ERRORE SCUSABILE

L'illegittimità dell'atto amministrativo già costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile (CdS, V, 31.10.2008, n. 5453). La giurisprudenza ha sottolineato, più ampiamente (cfr. ad es. CdS, VI, 9.3. 2007 n. 1114 e 9.6.2008 n. 2751), che al privato danneggiato da un provvedimento illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'amministrazione. Questi può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c.. E

spetta a quel punto all'amministrazione dimostrare, se del caso, di essere incorsa in un errore scusabile (cfr., tra le tante, CdS, IV, 12.2.2010, n. 785; V, 20.7.2009, n. 4527). Nel caso di specie, però, la parte pubblica onerata non ha addotto alcuna significativa incertezza interpretativa che potesse giustificare il suo operato. D'altra parte, la Corte di Giustizia dell'U.E. ha recentemente chiarito che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici, da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione. E questo anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un ipotetico difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30.9.2010, proc. C-314/09) (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19.11.2012, n. 5846).

«..... GA.....»

IL PROVVEDIMENTO È SUFFICIENTEMENTE MOTIVATO ANCHE SE RINVIA AD ELEMENTI CONTENUTI IN ALTRO ATTO ACCESSIBILE O ALLEGATO

La motivazione di un provvedimento è da ritenere sufficiente quando essa sia completa e logica in virtù degli elementi contenuti in altro atto che, in ragione del rinvio, diviene parte integrante del primo a termini dell'art.

3 della l. n. 241/1990, norma di principio generale al riguardo. Resta fermo che il rinvio deve essere tale da rendere possibile ed agevole il controllo della motivazione attraverso l'atto richiamato per *relationem* che, pertanto, deve essere accessibile o, meglio, allegato (CdS, IV, 17.12.2008, n. 6274; V, 11.1.2011, n. 68) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19.11.2012, n. 5835**).

«..... GA.....»

NEI CONTRATTI AD ESECUZIONE PERIODICA O CONTINUATIVA DELLA P.A. LE CONTROVERSIE RELATIVE ALLA DETERMINAZIONI DEI CORRISPETTIVO APPARTENGANO ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Nel giudizio in esame si discute della legittimità della deliberazione del Comune inerente la determinazione dei corrispettivi di esercizio del servizio di trasporto pubblico. Il Comune sostiene che, non sussistendo alcuna discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, la causa rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario. Il Consiglio di Stato non condivide tale eccezione in quanto nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della pubblica amministrazione, le controversie relative alla determinazioni dei corrispettivi appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ed invero, 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 anche di questa Sezione, da cui non vi è motivo di discostarsi, nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della pubblica amministrazione, le controversie relative a tali determinazioni appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Inoltre, come correttamente ritenuto dal giudice di prime cure, la delibera regionale impugnata dispone un vero e proprio finanziamento pubblico, talchè costituisce in ogni caso "esercizio di un ampio potere dell'Amministrazione a fronte del quale le posizioni soggettive dei soggetti be-

*neficiari (o esclusi dal beneficio) indubbiamente si qualificano come interessi legittimi". Non vi è alcun dubbio, quindi, che nel caso di specie sussista la giurisdizione del giudice amministrativo (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 18.10.2012, n. 5350**).*

«..... GA.....»

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI ESERCITATO NEI CONFRONTI DI SOGGETTI PRIVATI ESERCENTI PUBBLICI SERVIZI O PUBBLICHE FUNZIONI

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, CdS, IV, 25.1.2011, n. 719), a tenore del quale nel caso di esercizio del diritto di accesso nei confronti di soggetti privati esercenti pubblici servizi o pubbliche funzioni, oggetto dell'accesso non sono tutti gli atti da questi soggetti formati o detenuti, ma solo quelli che pur non costituendo diretta esplicazione della funzione o del servizio pubblico svolti, siano agli stessi legati da un nesso di diretta strumentalità (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 31.10.2012, n. 5572**).*

«..... 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 neces-

saria 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.....»

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) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23.10.2012, n. 5410**).

«..... GA.....»

ACCESSO AI DOCUMENTI DEL GESTORE DI PUBBLICO SERVIZIO: GLI ATTI CONCERNENTI I RAPPORTI DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DEL GESTORE DI PUBBLICO SERVIZIO, PER QUANTO DI NATURA PRIVATISTICA, SONO SOGGETTI ALLA DISCIPLINA DELL'ACCESSO

Con il ricorso è stato impugnato il silenzio diniego di Poste Italiane s.p.a. sull'istanza, inoltrata dalla ricorrente per l'accesso agli

atti del proprio fascicolo personale. Ai sensi dell'art. 23 della l. n. 241/1990, "il diritto di accesso di cui all'art. 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi [...]". L'art. 22 della l. n. 241/1990, nel testo novellato dall'art. 15 della l. 11.2.2005 n. 15, definisce "documento amministrativo" "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica, o di qualunque altra specie, del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una P.A. e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale". Gli atti concernenti i rapporti di lavoro alle dipendenze del gestore di pubblico servizio, per quanto di natura privatistica, non possono ritenersi estranei alla sfera di applicazione della disciplina dell'accesso. La scelta e la gestione del personale presenta, infatti, indubbe ripercussioni sull'espletamento del servizio pubblico, riverberandosi sull'effettività della garanzia di continuità, regolarità, qualità del servizio ed in definitiva sull'imparzialità del suo svolgimento. La sottoposizione ad una disciplina normativa preordinata al perseguimento di finalità di interesse generale suscettibili di realizzazione attraverso la garanzia dell'imparzialità dell'espletamento dell'attività di pubblico interesse, che costituisce il fondamento degli obblighi di servizio pubblico, integra la ratio dell'ostensibilità degli atti del gestore di pubblico servizio, ivi compresi gli atti di gestione dei rapporti di lavoro, che incidono sulla concreta osservanza del dovere di imparzialità.

Gli atti afferenti i rapporti di lavoro alle dipendenze del gestore di pubblico servizio sono, quindi, soggetti alla disciplina dell'accesso, per la loro connessione con l'effettività del rispetto del principio di imparzialità nell'espletamento del servizio pubblico. Per tale ragione, l'odierna domanda giurisdizionale è ammissibile. (**TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, sentenza 15.11.2012, n. 9458**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ART. 2 BIS L. 241/90: OBBLIGO DI PROVVEDERE DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE, SILENZIO E RISARCIMENTO DEL DANNO

dell' Avv. Antonio Cordasco

Art. 2 bis l. 241/90: Danno della pubblica amministrazione, prova dello stesso, risarcibilità.

The damage by the civil service, Giving evidence of it and Filing a claim for damages.

Sommario: 1. Art. 2 bis l. 241/90: Obbligo di provvedere. 2. Silenzio della pubblica amministrazione. 3. Risarcimento del danno.

1. Art. 2 bis l. 241/90: obbligo di provvedere.

Il rinovellato art. 2 bis l. 241/90 dispone: *"Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Le controversie relative all'applicazione del presente art. sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni"*.

La prima impressione che si ha dalla lettura della precitata norma è che, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento (sia nel caso di ritardo, che nel caso del silenzio), sia dovuto un risarcimento del danno da parte della pubblica amministrazione.

"Il bene protetto dalla norma è volto al rispetto di tempi certi del provv.to al fine di salvaguardare la progettualità del privato e la determinazione dell'assetto di interessi dallo stesso preordinato in relazione ai tempi del procedimento" (cfr. Zerman).

L'Adunanza Plenaria n.7/2005 ha precisato, al riguardo, che il tempo ovvero la certezza dei tempi dell'azione dell'amministrazione possa essere *ex se* meritevole di tutela "[...] non essendo sufficiente relegare tale tutela

alla previsione e alla azionabilità di strumenti processuali di carattere propulsivo che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione ad un'istanza rivolta all'amministrazione".

Con la conseguenza che il tempo o, per meglio dire, il rispetto dei termini per la definizione del procedimento deve essere considerato per se stesso bene della vita, come tale meritevole di tutela da parte del nostro ordinamento.

Parte della dottrina ha ritenuto in proposito, sviluppando tale ragionamento (cfr. Caringella, *Manuale del Diritto Amministrativo*, 2008), che, nella vicenda di un privato che rivolge un'istanza alla Pubblica Amministrazione, si possono individuare due distinti beni della vita: *"Il primo è quello del rispetto dei tempi certi del procedimento, perché sotteso alla salvaguardia della progettualità del privato che si realizza in un determinato contesto temporale, il secondo al bene sostanziale richiesto (es. concessione edilizia, autorizzazione, ecc.). Ne consegue che, nell'ipotesi di scadenza del termine del procedimento, il privato, ove ne sia danneggiato, avrà diritto al risarcimento, indipendentemente dal contenuto del provvedimento."*

Si badi bene che questa ipotesi ricostruttiva non sposa la tesi della responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione (con tutte le conseguenze anche in ordine alla quantificazione del danno, alla prova dell'elemento soggettivo e all'allungamento dei termini prescrizione)" (cfr. Paola Maria Zerman - Avvocato dello Stato, Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della L. 241/90 introdotto dalla l. 69/2009).

La disciplina sulla conclusione del procedimento si applica a tutti i soggetti (pubblici e privati) che svolgono attività di tipo pubblico.

L'obbligo di provvedere nel termine è prescritto e, di conseguenza, grava sul responsabile del procedimento, il quale ai sensi dell'art. 6, lett. e) della l. n. 241/90, adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. Con la conseguenza che eventuali sanzioni di inosservanza del termine sono destinate a riflettersi anche sul soggetto gerarchicamente superiore, trattandosi di valutazione di responsabilità dirigenziale, (cfr. art. 2 co. 9 l. citata), che incombe sul dirigente alla stregua di quanto previsto in termini di responsabilità erariale (del dirigente stesso) nei confronti della pubblica amministrazione.

Laddove ricorrano, poi, gli estremi soggettivi della colpa o del dolo *secundum legem*, la violazione del termine obbliga l'autorità pubblica ed i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative al risarcimento del danno ingiusto cagionato (art. 2 bis l. 241/90).

D'altronde, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato già con la sentenza n. 15/2011 ha evidenziato come il dovere per la Pubblica Amministrazione di concludere entro un termine preciso un procedimento derivi da una norma.

Peraltro, tale principio deriva anche da norme sopranazionali. La Carta di Nizza, infatti, all'art. 41, stabilisce che ogni persona ha diritto a che le proprie questioni vengano trattate entro un termine ragionevole.

In verità, l'obbligo di provvedere deriva di regola da norma di legge o di regolamento, ma può anche derivare dai principi generali dell'ordinamento volti a regolare l'azione

amministrativa. Ne consegue che tale obbligo può derivare anche dal principio di imparzialità, ovvero trovare fondamento nel principio di buon andamento dell'azione amministrativa, o anche nel principio di legalità della stessa azione amministrativa. Di talché l'obbligo di provvedere in capo alla pubblica amministrazione sussiste in tutte quelle fattispecie particolari, nelle quali ragioni di giustizia ed equità impongano l'adozione di un provvedimento, cioè in tutte quelle ipotesi, in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere contenuto e ragioni delle determinazioni di quest'ultima (TAR, Puglia, Le, I, 12.5.2011, n. 830).

L'inadempimento dell'obbligo di provvedere viene regolato dal nostro ordinamento.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 328 c.p. La norma in questione, nei due commi di cui si compone (nella nuova versione), prevede infatti due figure delittuose.

Specificamente, il primo co. punisce l'ipotesi di reato del rifiuto di atti d'ufficio. Secondo parte della giurisprudenza in materia, la consumazione del reato non è individuabile nel rifiuto espresso in modo formale, cioè attraverso l'adozione di un provvedimento di diniego, bensì ed anche con la silente inerzia protratta senza giustificazione, cioè oltre i termini prescritti e sempre che discenda dal mancato compimento dell'atto entro un termine individuato dalla norma (cfr. Cass. pen., VI, 19.11.2003, n. 2510).

In carenza dei detti elementi, quindi, il rifiuto, anche se penalmente irrilevante, può comunque costituire un illecito civile o amministrativo (cfr. CdS, VI, 19.2.2003, n. 939).

Il secondo co. dell'art. 328 c.p. regola, poi, l'omissione di atti di ufficio, che si può ritenere sussista, laddove ricorrano i presupposti della richiesta di adozione dell'atto dovuto, avanzata per iscritto da chi vi abbia interesse, ovvero la mancata risposta circa le ragioni del ritardo, decorso il termine dalla ricezione dell'istanza.

2. Silenzio della pubblica amministrazione.

Nella sua accezione originaria, il silenzio

della pubblica amministrazione era individuato nel silenzio rifiuto, in quanto, ai fini dell'eventuale impugnativa del silenzio stesso, esso era considerato quale diniego tacito.

A partire dagli anni Sessanta, laddove ne ricorressero i presupposti, il silenzio è stato considerato anche quale inadempimento dell'obbligo di provvedere, oltre che come tradizionale silenzio rifiuto.

L'azione avverso il silenzio inadempimento trovava, originariamente, presupposto normativo nell'art. 25 del Testo Unico degli Impiegati Civili dello Stato (d.P.R. n. 3 del 1957). A quella data, la procedura riteneva necessario notificare preventivamente una diffida all'amministrazione competente, prevedendo che, in caso di mancata adozione di provvedimento, si sarebbe adita l'Autorità Giudiziaria (CdS, Ad.Plen. n. 10 del 1978). Si riteneva, però, che tale procedimento fosse particolarmente laborioso per il diretto interessato e, quindi, si auspicava una riforma del silenzio che in primo luogo abolisse la diffida e assegnasse più poteri al giudice, in modo tale da consentirgli di accertare la fondatezza o meno dell'inadempimento.

Con l'entrata in vigore della l. n. 15/05, pertanto, ha preso corpo la riforma del silenzio inadempimento per come si era auspicato che avvenisse.

Si è, infatti, eliminata la preventiva diffida prevedendo la possibilità di ricorrere fintantoché duri l'inadempimento, consentendo al giudice di poter accertare la fondatezza dell'istanza.

Il rito del silenzio è oggi disciplinato dal codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. n.104/2010, secondo cui, una volta accertato da parte del giudice l'obbligo in capo alla pubblica amministrazione di provvedere, e cionondimeno stante la perdurante inerzia della pubblica amministrazione, il privato può utilizzare il rimedio dell'ottemperanza, nel quale è ricompresa anche l'eventuale nomina da parte dello stesso giudice di un commissario *ad acta*.

Inoltre, l'art. 20 della l. n. 241 del 1990 dispone che, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio serbato dall'amministrazione sulla relativa istanza equivale a provvedimen-

to di accoglimento della domanda, se l'Amministrazione stessa, nei termini previsti, non comunica all'interessato il provvedimento adottato.

D'altra parte, lo stesso art. 20 della l. n. 241 del 1990 stabilisce che non si applica il silenzio assenso quando il silenzio è qualificato dalla l. come silenzio diniego, ovvero oggetto dell'istanza.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del silenzio conseguente all'istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria. L'art. 36 co. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001 dispone, infatti, che, sulla richiesta di permesso in sanatoria, il Dirigente si pronunci entro 60 giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata.

Allo stesso modo, nel caso di silenzio conseguente all'istanza di accesso ai documenti, l'art. 25 co. 4 della l. n. 241 del 1990 stabilisce che, decorsi 30 giorni dall'istanza, questa si intenda respinta.

Solo per precisione, si ricorda che, laddove si formi il silenzio diniego, l'azione per la declaratoria di annullamento è da esperirsi entro 60 giorni, mentre, nel caso di provvedimento tacito, non vi sono i margini per esperire l'azione *ex art. 21 bis* della l. 1034/1971 avverso il silenzio inerzia dell'amministrazione (TAR Sardegna II n. 408 del 2009).

3. Risarcimento del danno.

Come rilevato, l'art. 2 *bis* della l.n. 241 del 1990 dispone che le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati abilitati allo svolgimento di attività amministrative sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza dell'inosservanza degli stessi, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento.

Le controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La norma citata prevede, inoltre, che il diritto al risarcimento si prescriva in cinque anni, con ciò consentendo di esperire in via autonoma l'azione di risarcimento del danno. In diverso avviso, infatti, l'azione di risarcimento non potrebbe essere esperita se non nel termine indicato dalla norma per censurare l'illegittimità del silenzio inadempimento.

D'altronde, la cognizione del giudice am-

ministrativo in materia di risarcimento del danno è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla C. cost. con la sentenza n. 204 del 2004, secondo cui:

"Va premesso che la dichiarazione di in-costituzionalità non investe in alcun modo - nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure - l'art. 7 della l. n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 della Costituzione, il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della l. 19.2.1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria) costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 della Costituzione".

Il riconoscimento dell'autonomia all'azione risarcitoria inibisce all'amministrazione la possibilità che la stessa possa adottare un provvedimento sopravvenuto in corso di causa.

Tale provvedimento, infatti, comporta generalmente l'improcedibilità del ricorso sul silenzio inadempimento, ma non l'improcedibilità dell'azione risarcitoria (CdS, VI n. 3592 del 2008).

Con l'azione risarcitoria può, inoltre, esse-

re chiesta la reintegrazione in forma specifica nell'ipotesi di interessi di tipo oppositivo.

Ed infatti, nel caso di interessi pretensivi, non è invece ipotizzabile una reintegrazione in forma specifica, perché il silenzio, il ritardo o l'illegittimo diniego incidono sempre su una situazione che era e rimane insoddisfatta, per cui non vi è nulla che possa essere reintegrato.

Inoltre, l'elemento soggettivo della colpa ricorre nell'ipotesi di omissione di atti, o anche nell'ipotesi di violazione da parte della pubblica amministrazione del dovere e possibilità del loro compimento.

Ai fini del giudizio di colpa, l'art. 23 della l. n. 69 del 2009 e s.m.i. prevede che la pubblica amministrazione determini e pubblici, annualmente, nel proprio sito o con forme comunque idonee, i tempi e i modi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi, con riferimento all'esercizio finanziario precedente.

Nel caso di danni conseguenti al silenzio della pubblica amministrazione, si applica il principio di cui all'art. 1227 del c. c., il quale prevede che il risarcimento non sia dovuto per i danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

In proposito, il TAR Puglia Bari, con la sentenza n. 592 del 21.3.2012, ha precisato quanto segue. *"Come noto, a seguito dell'entrata in vigore (16.9.2010) del Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104, risulta tendenzialmente consacrata la regola della reciproca autonomia processuale tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria (artt. 30 coo. 1 e 3, e 34 commi 2 e 3), abbandonando la regola della c.d. pregiudizialità dell'azione demolitoria (CdS, Ad. Plen., 23.3.2011, n. 3). Nel nuovo quadro processuale, l'omessa impugnazione del provvedimento, invero, è atto quanto mai rilevante sul versante sostanziale ex art. 1227 c.c., quanto al profilo eziologico, come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva impugnazione del provvedimento potenzialmente dannoso. Tale disciplina, secondo tesi tuttavia non pacifica, è peraltro ricognitiva di principi rica-*

vabili anche dal quadro normativo vigente prima dell'entrata in vigore del Codice, e pertanto "da ritenersi applicabile anche per azioni risarcitorie promosse prima" (ancora CdS, Ad. Plen. n. 3 cit.).

Peraltro, secondo la Plenaria, l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, "quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (c.d. invito all'autotutela)." Così opinando, anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (V, 29.11.2011, n. 6296), seppur in relazione a controversie non relative all'affidamento di contratti pubblici, ai fini del giudizio di diligenza *ex latere creditoris* di cui art. 1227 c.c., ritiene sufficiente la comunicazione, entro il termine di decadenza, di apposito "avviso di danno" consistente nel formale invito all'autotutela, consentendo all'amministrazione di assolvere all'"onere" di auto-annullamento del provvedimento illegittimo, allo scopo di evitare la responsabilità risarcitoria.

Ne consegue che in ipotesi di inammissibilità od improcedibilità dell'azione di annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, il giudice amministrativo, coerentemente con l'emancipazione della tutela risarcitoria dalla regola della pregiudizialità, deve procedere all'accertamento incidentale della relativa illegittimità, in quanto strumentale al conseguimento della tutela risarcitoria per equivalente chiesta dalla parte, in base all'art. 30 co. 3 c.p.a.. Sul punto, sia l'art. 30 co. 3, sia l'art. 124 co. 2 c.p.a., nel rito appalti, a proposito della tutela risarcitoria, convergono nel richiamo all'art. 1227 c.c. al fine di considerare l'esperimento dell'azione costitutiva di annullamento come criterio, pur se non esclusivo, di norma idoneo a misurare il grado di diligenza del creditore nell'evitare il danno. Infatti, l'art. 124 co. 2 c.p.a. richiama a tal fine la mancata domanda di conseguimento dell'aggiudicazione, la quale è comunque subordinata alla tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione stessa (art. 121), confermando così la regola generale di cui all'art.

30. Conferma, infine, che l'istanza di annullamento in autotutela costituisca comportamento valutabile ai fini del giudizio di diligenza ex art. 1227 c.c. del soggetto danneggiato, è data dall'espresso richiamo contenuto nell'art. 243 *bis* Codice contratti (c.d. preavviso di ricorso), pur non applicabile nella fattispecie *ratione temporis*.

Si può ritenere, quindi, non sussista la responsabilità dell'amministrazione nel caso in cui l'avente diritto al risarcimento avrebbe potuto evitare il danno utilizzando una diligente cura anche nell'ambito del giudizio se e laddove già instaurato (CdS, V 18.4.2012 n. 2252; CdS, IV, 26.3.2012 n. 1750).

Il danno, comunque, non consegue in automatico e quale effetto immediato della scadenza del termine assegnato per la conclusione del procedimento. Infatti, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2043 c.c., lo stesso deve essere provato e comunque limitato solo ai casi di interesse negativo.

In tal senso, il Consiglio di Stato con ordinanza n. 875/2005, ha avuto modo di precisare che il danno risarcibile: "non potrà ...essere quello che discende dalla mancata emanazione del provvedimento, ma solo quello che sia derivato al privato dalla situazione di incertezza protratta oltre il termine, in altri termini ciò che si definisce l'interesse negativo".

Purtuttavia, al riguardo è bene precisare che al privato non è richiesto uno sforzo probatorio eccessivo e particolare. Secondo il Consiglio di Stato (sentenza n. 1732/2009), "[...] pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile,

ad esempio, 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, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata".

In relazione ai termini per proporre la domanda di risarcimento, si evidenzia che per l'ipotesi di danno da ritardo, il danno da ritardo non è altro che un'ipotesi di danno da provvedimento illegittimo. Si rientra quindi nella disciplina del co. 3 dell'art. 30 c.p.a..

La domanda va quindi proposta nel termine di 120 giorni dalla conoscenza del provvedimento di diniego o, in caso di impugnazione di tale provvedimento, nel corso del giudizio di annullamento o entro 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza, con cui viene annullato l'atto fonte del danno.

Nel caso, invece, di risarcimento del danno derivante da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, la Commissione per la redazione dell'attuale codice amministrativo sedente presso il Consiglio di Stato ha disposto che, fino a che duri l'inadempimento, non possa decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, perché l'inosservanza del termine costituisce un illecito permanente.

Il termine di decadenza iniziava così a decorrere solo dal momento in cui tale situazione di inadempimento veniva meno. Fino a quando permaneva l'inadempimento, si era quindi stabilito di non assoggettare l'azione neanche al termine di prescrizione, la cui decorrenza era invece in precedenza prevista, anche in situazioni di persistenza dell'inerzia. Nel testo finale è stato ribadito che, fintanto che perduri l'inadempimento, non può decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Tuttavia, in accoglimento di un'osservazione formulata dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, si è precisato che il termine di decadenza inizi a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, in esito al quale si sarebbe dovuto provvedere.

La regola è, quindi, che il termine per proporre l'azione di risarcimento del danno deri-

vante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, è di un anno e 120 giorni che decorrono dalla scadenza del termine per provvedere.

Inoltre, stante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, l'abrogazione del termine di prescrizione, di cui al co. 2 dell'art. 2 *bis* della l. n. 241/90, non è comprensibile tenuto conto del termine minimo e più ristretto assegnato per esperire l'azione risarcitoria.

In sede civile vale, poi, la distinzione tra atto illecito istantaneo e atto illecito permanente, che porta alle seguenti conseguenze: nell'illecito istantaneo, il comportamento si esaurisce con il verificarsi del danno, anche quando l'esistenza di questo si protrae successivamente in modo autonomo; nell'illecito permanente, la condotta, oltre a produrre l'evento dannoso, lo alimenta continuativamente per tutto il tempo in cui questo perdura, avendosi così coesistenza dell'uno e dell'altro (Cass. civ., III, 13.3.2007, n. 5831). Il danno per la non conclusione del procedimento non deriva, quindi, da un fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti, rientrando piuttosto nell'ipotesi di illecito permanente, che cioè non cessa con la scadenza dell'anno dal termine per provvedere.

Il limite inserito nel testo attualmente vigente farebbe ritenere che, dopo un anno, se non attivata l'azione di risarcimento nei 120 giorni successivi allo spirare dell'anno stesso, la riproponibilità dell'istanza comporti che ogni eventuale danno possa essere riferibile solo al periodo successivo a quello di scadenza del termine per provvedere sulla riformulata istanza.

Inoltre, nel caso di proposizione di azione di annullamento, il co. 5 dell'art. 30 prevede che la domanda risarcitoria possa essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. Il privato potrà, così, scegliere la strategia ed attendere l'esito del giudizio di annullamento, per poi proporre la domanda di risarcimento.

Se inserito un tale termine per il risarcimento del danno da ritardo, la procedura di cui al co. 5 si sarebbe dovuta estendere anche al caso di ricorso avverso il silenzio.

In realtà, però, il privato che presenta il ricorso avverso il silenzio deve proporre la domanda di risarcimento entro un anno e 120 giorni dalla scadenza del termine per provvedere, anche nel caso in cui il ricorso avverso il silenzio non sia stato deciso e, di conseguenza, senza avere cognizione dei presupposti su cui fondare la domanda di risarcimento.

Problema ancora irrisolto è se il privato possa esperire nei confronti della pubblica amministrazione l'azione di adempimento, nel caso in cui questa non provveda pur avendone l'obbligo.

Parte della dottrina ed una certa giurisprudenza hanno ritenuto possibile tale evenienza, ma solo nei casi di attività vincolata, distinguendo, così, l'azione di esatto adempimento da quella di reintegrazione in forma specifica, di cui all'art. 2058 c.c. cui fa riferimento il c.p.a..

L'istituto in esame si colloca, quindi, nell'ambito dell'annullamento dell'atto amministrativo e nel conseguente obbligo conformativo che grava sulla pubblica amministrazione. Al riguardo, si ritiene che l'annullamento dell'atto ed il conseguente rinnovo sia di per sé un risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento, in quanto, insieme a quello per equivalente, costituisce una delle forme alternative di ristoro.

Un'ulteriore interpretazione ritiene che, in tal modo, si sia introdotta un'azione c.d. di adempimento del tutto analoga a quella prevista nell'ordinamento processuale amministrativo tedesco.

L'indirizzo civilistico presenta, poi, alcune diverse ipotesi interpretative. Secondo la prima, la reintegrazione in forma specifica sarebbe un istituto speciale del diritto processuale amministrativo che si richiama all'art. 2058 c.c. ma, con gli specifici presupposti, limiti e poteri conferiti al giudice amministrativo.

Secondo un'altra interpretazione, invece, si tratterebbe del medesimo istituto civilistico.

Possiamo al riguardo concordare nel ritenere inaccettabile la tesi che assegna alla reintegrazione lo stesso ruolo dell'annullamento giurisdizionale. Non può, infatti, confondersi l'illegittimità con l'illiceità e l'effetto ripristi-

natorio con la reintegrazione, stante la diversità di presupposti e limiti che ne caratterizzano i relativi istituti.

Non può, inoltre, confondersi neppure la reintegrazione con l'ottemperanza, perché ottemperanza e reintegrazione hanno funzioni diverse. Del resto, l'autonomia tra ottemperanza e reintegrazione si ricava anche dal dato normativo offerto dall'art. 35 co. 2 d.lgs. del 1998, che attribuisce al giudice amministrativo anche i poteri di giudice dell'ottemperanza, al fine di quantificare i danni da risarcire. Norma che, per la sua stessa formulazione, non permette una lettura difforme rispetto all'interpretazione qui formulata.

La reintegrazione e l'azione di adempimento sono, invero, azioni con presupposti e finalità diverse. La tutela risarcitoria ha, quale presupposto, il danno che può essere riequilibrato solo dall'amministrazione, quando il dovere sia rimasto inadempito e ad esso sia subentrato un obbligo, mentre l'azione di adempimento prescinde da tale presupposto, essendo quest'ultimo volto ad attuare l'obbligazione originaria.

In realtà, a ben guardare, il legislatore, con l'art. 7 l. 205/00, non ha inteso recepire la normativa civilistica in tema di risarcimento del danno, autorizzando un adattamento dell'istituto alle caratteristiche proprie del processo amministrativo.

Si pensi, ad esempio, alla domanda rivolta in tal senso dal danneggiato, unitamente all'impugnazione dell'atto lesivo. D'altronde, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato non consente al giudice di disporre la reintegrazione in forma specifica, se la domanda proposta abbia per oggetto il risarcimento del danno per equivalente, ovvero, più genericamente, il risarcimento del danno. E' ammissibile, invece, il contrario, essendo il risarcimento per equivalente un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica.

Peraltro, la reintegrazione è possibile qualora il giudice valuti la prestazione non eccessivamente onerosa per il debitore. Il giudice amministrativo ha preso coscienza, infatti, della diversa funzione dell'istituto nel processo amministrativo, la quale rende necessaria la trasformazione dei caratteri dello stesso. Di conseguenza, l'eccessiva onerosità considera-

ta dall'art. 2058 c.c. muta veste e deve valutarsi alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività.

Infine, merita attenzione anche la questione del contenuto e dell'estensione dei poteri attribuiti al giudice amministrativo, oltre a quella dell'ammissibilità dell'istituto rispetto alle posizioni giuridiche soggettive, individuate e ritenute suscettibili e meritevoli di tutela dal nostro ordinamento.

Si pensi all'invocabilità del predetto istituto rispetto agli interessi legittimi c.d. preten-sivi. Alcuni ritengono in proposito che la domanda di reintegrazione in forma specifica attribuisca al giudice amministrativo poteri, che gli consentono di sostituire la propria valutazione di merito a quella dell'Amministrazione, anche nel caso in cui, eliminato il vizio da parte del giudice stesso, residuerebbero,

poi, poteri discrezionali in capo alla pubblica amministrazione.

Altri ritengono, invece, che, alla prova della sussistenza del danno da risarcire, possa giungere direttamente il giudice nell'ipotesi in cui l'azione risarcitoria fondi su un vizio di natura sostanziale.

Un'ulteriore tesi delimita, poi, l'area di applicazione dell'istituto ai soli casi in cui si verta in tema di attività vincolata, cioè quando il comportamento della pubblica amministrazione sia già predeterminato nei presupposti e nelle relative modalità. Ciò, anche se la giurisprudenza sembrerebbe orientarsi verso una lettura che ritenga ammissibili le domande che richiedono di ordinare all'Amministrazione l'adozione di provvedimenti a contenuto determinato, anche se in presenza di attività vincolata.

«.....GA.....»

LE REGIONI ALLA PROVA DELLA “SPENDING REVIEW”: IL COORDINAMENTO DELLA FINANZA PUBBLICA TRA AUTONOMIA REGIONALE ED ARMONIA CON LA COSTITUZIONE

del Dott. Gabriele Magrini

Con la sentenza n. 198 del 20.7.2012, la Corte Costituzionale rimarca la distinzione tra regioni ordinarie e regioni a statuto speciale rispetto ai principi di finanza pubblica fissati dal legislatore statale.

With sentence n. 198 of the 20.7.2012, the Constitutional Court remarks the difference between regions ordinary and regions with political autonomy regarding the principles of public finance established by the national lawmaker.

Sommario: 1. Premessa. 2. Le argomentazioni della Corte e la diversa portata della disposizione impugnata per le regioni a statuto speciale e per quelle ordinarie. 3. Considerazioni conclusive.

1.Premessa.

In seguito a ricorso promosso in via principale da diverse regioni, sia ordinarie che a statuto speciale nonché dalle province autonome di Trento e Bolzano, la Corte è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 14, d.l. 13.8.2011, n. 138 (*ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*), convertito, con modificazioni, dalla l. 14.9.2011, n. 148, che ai fini del conseguimento degli obiettivi stabiliti nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica obbliga le regioni ad adottare, entro un periodo di sei mesi, una serie di misure dirette alla riduzione dei costi dei rispettivi organi elettivi. In particolare la disposizione stabilisce precisi limiti al numero dei consiglieri e degli assessori regionali e al relativo trattamento economico e previdenziale, specificando che lo stesso debba venire commisurato all'effettiva partecipazione ai lavori del Consiglio regionale, nonché l'istituzione di un collegio dei revisori dei conti che, operando in collaborazione con le sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, dovrà svolgere la funzione di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione dell'ente.

Tuttavia, al fine di garantire l'effettività della disposizione il legislatore statale all'art.

14, co. 1, subordina l'adeguamento ai nuovi parametri da parte delle regioni quale condizione per la collocazione delle stesse all'interno “della classe di enti territoriali più virtuosa di cui all'art. 20, co. 3, d.l. 6.7.2011, n. 98, conv., con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111” e con riferimento alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano, al secondo co., precisa che per quest'ultime l'adeguamento costituisce “condizione per l'applicazione dell'art. 27, l. 5.5.2009, n. 42, nei confronti di quelle regioni a statuto speciale e province autonome per le quali lo Stato assicura il conseguimento degli obiettivi costituzionali di perequazione e di solidarietà ed elemento di riferimento per l'applicazione di misure premiali o sanzionatorie previste dalla normativa vigente”¹. La disposizione viene, pertanto,

¹ L'art. 27, co. 1, l. 5.5.2009, n. 42, rubricato “coordinamento della finanza delle regioni a statuto speciale e delle province autonome” stabilisce che “le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, nel rispetto degli statuti speciali, concorrono al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà ed all'esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché al patto di stabilità interno e all'assolvimento degli obblighi posti dall'ordinamento comunitario, secondo criteri e modalità stabiliti da norme di attuazione dei rispettivi statuti, da definire, con le procedure previste dagli statuti medesimi e se-

impugnata dalle ricorrenti rispettivamente per violazione degli artt. 116, 122 e 123 cost. in quanto, eccedendo i limiti della potestà legislativa dello Stato *ex art. 117, co. 2, cost.*, incide sulla forma di governo regionale e sui principi fondamentali di organizzazione e funzionamento dell'ente la cui determinazione è rimessa all'autonomia statutaria della regione; per contrasto con l'art. 117, co. 3, cost. in quanto conterrebbe norme di dettaglio nella materia concorrente "*coordinamento della finanza pubblica*" ed infine per contrasto con l'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 cost. poiché limita la discrezionalità delle regioni nella scelta delle modalità per il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica fissati dal patto di stabilità.

Nonostante il tentativo del legislatore statale, successivamente alla proposizione dei ricorsi, di attenuare la portata della disposizione impugnata con la precisazione che l'adeguamento delle regioni ai parametri dell'art. 14 debba avvenire "*nell'ambito della propria autonomia statutaria e legislativa*", la Corte ritiene tale modifica normativa inidonea a determinare la cessazione della materia del contendere e pertanto trasferisce la questione al testo vigente dell'art. 14².

2. Le argomentazioni della Corte e la diversa portata della disposizione impugnata per le regioni a statuto speciale e per quelle ordinarie.

Nel merito la Corte ritiene che le censure sollevate dalle ricorrenti debbano essere suddivise in due gruppi: il primo relativo all'art. 14, co. 2 con riferimento alle regioni a statuto speciale e alla province autonome, il secondo riferito all'art. 14, co. 1, riguardo alle sole regioni ordinarie. Ciò premesso, riguardo alle

censure sollevate dalle regioni a statuto speciale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, d.l. 138 del 2011 per violazione delle disposizioni dei rispettivi statuti relative alla forma di governo.

In particolare, la Corte censura la disposizione impugnata per contrasto con l'art. 116 cost. che stabilisce che la speciale autonomia delle regioni c.d. differenziate e delle province autonome è contenuta nei rispettivi statuti "*adottati con l. costituzionale*" e conseguentemente, in applicazione del criterio gerarchico-formale tra le fonti del diritto, perviene alla declaratoria di incostituzionalità della disposizione impugnata poiché l'adeguamento da parte delle regioni a statuto speciale ai parametri imposti dal legislatore statale - incidendo illegittimamente sull'autonomia delle stesse in materia di forma di governo - avrebbe richiesto la modifica di fonti di rango costituzionale rispetto alle quali "*una l. ordinaria non può imporre limiti e condizioni*". A diverso giudizio perviene, invece, la Corte in relazione ai ricorsi promossi dalle regioni ordinarie riguardo al co. 1 dell'art. 14. In particolare, la Corte dichiara inammissibili le questioni sollevate dalle regioni a statuto ordinario per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., in quanto la norma statale, a parere della Corte, non introduce una disciplina di dettaglio in una materia a legislazione concorrente quale il coordinamento della finanza pubblica ma soltanto "*precetti di portata generale per il contenimento della spesa*" che lasciano quindi alle regioni un autonomo margine di scelta nel "*limite complessivo*" stabilito dal legislatore statale. In secondo luogo la Corte perviene ad affermare la legittimità dell'intervento statale sulla forma di governo regionale e sulla sua struttura organizzativa mediante il riferimento contenuto nell'art. 123 cost. secondo il quale gli statuti regionali devono essere "*in armonia con la Costituzione*".

In particolare, attribuendo effettività alla clausola dell'armonia con la Costituzione quale limite all'autonomia statutaria delle regioni, la Corte precisa che la disposizione censurata, fissando un rapporto tra il numero degli abitanti e quello dei consiglieri e quindi tra elettori ed eletti (e quindi anche tra abitanti, consiglieri e assessori), costituisce diretta

condo il principio del graduale superamento del criterio della spesa storica di cui all'art. 2, co. 2, lett. m)".

² La disposizione impugnata è stata infatti modificata dall'art. 30, co. 5, l. n. 183 del 2011 che al meccanismo premiale di cui all'art. 14, co. 1, rappresentato dal collegamento tra l'adeguamento ai nuovi parametri da parte delle regioni e la collocazione nella classe di enti territoriali più virtuosi, ha sostituito la previsione che "*le regioni adeguano, nell'ambito della propria autonomia statutaria e legislativa, i rispettivi ordinamenti ai seguenti ulteriori parametri*".

applicazione dei precetti costituzionali di cui agli artt. 48 e 51 cost. - a loro volta espressione del più generale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost. - che, pertanto, si impongono anche al legislatore regionale³. Al riguardo, infatti, la Corte precisa che *“in assenza di criteri posti dal legislatore statale, che regolino la composizione degli organi regionali, può verificarsi – come avviene attualmente in alcune regioni, sia nell'ambito dei Consigli che delle Giunte regionali - una marcata disegualianza nel rapporto elettorale (e in quello elettori-assessori): i seggi (nel Consiglio e nella Giunta) sono ragguagliati in misura differente alla popolazione e, quindi, il valore del voto degli elettori (e quello di scelta degli assessori) risulta diversamente ponderato da regione a regione”*. Conseguentemente la disposizione impugnata, mirando a garantire il principio in base al quale tutti i cittadini hanno il diritto di essere egualmente rappresentati così come di accedere alle cariche elettive, viene ad assumere, nella visione della Corte, la caratteristica di norma *“formalmente”* ordinaria ma *“sostanzialmente”* di rilevanza costituzionale tale da limitare e de-limitare l'autonomia statutaria delle regioni che, in base all'art. 123 cost., deve venire esercitata *“in armonia con la Costituzione”*. Pertanto, con riferimento alle regioni a statuto ordinario la norma censurata è dichiarata legittima in quanto, nel quadro del contenimento della spesa pubblica e in coerenza con il principio di eguaglianza, stabilisce criteri di proporzione tra elettori, eletti e nominati.

3. Considerazioni conclusive.

Ciò premesso, la pronuncia in commento suscita alcune riflessioni non soltanto in merito al rapporto tra regioni speciali ed ordinarie ma, più in generale, anche sull'attuale grado di sviluppo della forma di governo regionale così come delineata dalla Costituzione. In via generale, va osservato che le ricadute sulla

³ Come noto l'art. 48, co. 2, cost. stabilisce che *“il voto è [...] eguale”* e l'art. 51 cost. prevede che *“tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”*.

finanza pubblica degli effetti prodotti dalla contingente crisi economico finanziaria, determinando il tentativo di un ritorno a forme di accentramento delle decisioni da parte del legislatore statale con contestuale erosione degli spazi riservati all'autonomia regionale ordinaria e speciale, incidono profondamente anche sul rapporto Stato - regioni e quindi sull'equilibrio tra unità ed autonomia.

Ne costituisce un esempio proprio la disposizione impugnata che, nel segno dell'unità economica dell'ordinamento, tentava di rendere partecipe del processo di risanamento della finanza pubblica, in maniera eguale e paritaria, l'intero sistema regionale ordinario e speciale, con ciò determinando una sostanziale omogeneità tra regioni sotto il profilo della riduzione dei costi degli apparati elettivi regionali e della loro partecipazione al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica⁴. Tuttavia la Corte perviene ad una diversa valutazione della norma impugnata distinguendo gli effetti della stessa sulle regioni a statuto speciale e su quelle ordinarie, ritenendo che le misure di contenimento della spesa introdotte dalla norma statale, mentre si configurano legittime sul piano costituzionale per le regioni ordinarie, non sarebbero altresì idonee a vincolare le regioni a statuto speciale, in considerazione della natura di fonte costituzionale dello statuto di quest'ultime *ex art. 116 cost.* e conseguentemente dell'impossibilità per una legge ordinaria di limitarne l'esercizio⁵. Tuttavia il percorso argomentativo seguito dalla Corte per addivenire a tale conclusione induce a riflettere sul differente livello di autonomia che storicamente caratterizza la nostra forma di governo regionale. Infatti, la Corte mentre dichiara l'illegittimità della norma statale nei confronti delle regioni a statuto speciale in considerazione della natura costituzionale che assume lo statuto di quest'ultime rispetto alla legge ordinaria, al contempo giudica legittima la disposizione statale riguardo alle regioni ordi-

⁴ In questo senso è L. MACCARRONE, *Sui costi della politica la Corte Costituzionale marca la distinzione tra regioni ordinarie e regioni speciali. Riflessioni a margine di Corte Cost. 20.7.2012, n. 198*, in *federalismi.it* n. 19/2012, reperibile su www.federalismi.it.

⁵ Sul punto cfr. L. MACCARRONE, *op.cit.*, p. 5.

narie, ritenendo la stessa diretta espressione del principio di uguaglianza, funzionale a garantire su tutto il territorio nazionale criteri di proporzionalità tra elettori ed eletti, quasi come se la natura giuridica dello statuto speciale possa apparentemente legittimare la di-sapplicazione di un principio costituzionale, come quello di uguaglianza, su quelle parti del territorio nazionale dotate di forme differenziate di autonomia, a detrimento dell'esigenza di unità economica dell'ordinamento.

Principio quest'ultimo che pare tuttavia essere tenuto in considerazione dalla Corte laddove ritiene che la disposizione, sicuramente molto puntuale nella sua formulazione, contenga al contrario semplici *“precetti di portata generale per il contenimento della spesa”* tali da non introdurre una disciplina di dettaglio nella materia del coordinamento della finanza pubblica espressamente qualificata come di competenza concorrente, in tal modo avallando la tendenza del legislatore statale nei periodi di emergenza per la finanza pubblica ad una forzatura della costituzione c.d. *“materiale”* ai fini di un maggiore accentramento delle competenze statali.

Inoltre la pronuncia in commento appare discutibile anche per l'interpretazione offerta dalla Corte al limite dell'armonia con la Costituzione previsto dall'art. 123 cost.. Infatti qualificando la disposizione impugnata come diretta espressione di principi costituzionali la sentenza di fatto riconosce allo Stato - al fine di garantire quell'armonia tra gli statuti e la Costituzione - la possibilità di adottare leggi appositamente orientate ad indirizzare il modo in cui le regioni dovrebbero esercitare la loro potestà statutaria, determinando conseguentemente il superamento del precedente orientamento secondo il quale il limite *“dell'armonia con la Costituzione”* sembra riguardare soltanto ciò che è ricavabile dal testo costituzionale e non anche da fonti sub-costituzionali⁶. Inoltre, come è stato eviden-

ziato, una volta stabilito un collegamento tra il limite della armonia con la Costituzione e il principio di uguaglianza - come fatto dalla sentenza in commento - risultano poste le premesse per giustificare l'adozione di qualsiasi criterio uniforme nelle materie statutarie da parte della legge statale, in tal modo determinando la sostanziale riviviscenza del limite *“dell'armonia con le leggi della Repubblica”* contenuto nel vecchio testo dell'art. 123 cost. prima della riforma introdotta dalla l. cost. 22.11.1999, n. 1⁷.

zione della approvazione dello Statuto da parte del Parlamento, i limiti a questa rilevante autonomia normativa possono derivare solo da norme chiaramente deducibili dalla Costituzione”.

⁷ In questo senso F. GHERA, *Limite della armonia con la Costituzione e leggi ordinarie dello Stato nella sentenza n. 198/2012 della Corte Costituzionale*, in Rivista AIC, n. 4/2012, su www.associazionedeicostituzionalisti.it che critica l'impostazione seguita dalla Corte chiarendo come *“agli effetti pratici le possibilità di intervento nelle materie statutarie dischiuse dalla sentenza in esame alla legge statale, finiscono con l'essere non dissimili da quelle che discendevano dal vecchio limite della armonia con le leggi della Repubblica”*, infatti l'art. 123 cost. nella versione ante l. cost. n. 1 del 1999 disponeva che *“ogni regione ha uno statuto il quale, in armonia con la Costituzione e con le leggi della Repubblica, stabilisce le norme relative all'organizzazione interna della regione”*.

⁶ In tal senso cfr. Corte. cost., sent. 5.6.2003, n. 196 secondo la quale gli statuti nel disciplinare le materie di loro competenza, *“dovranno essere in armonia con i precetti e con i principi tutti ricavabili dalla Costituzione”* e Corte cost., sent. 13.1.2004, n. 2 che precisa come *“dopo la riforma dell'art. 123 Cost. e la elimina-*

ELETTORI RESIDENTI ALL'ESTERO E *QUORUM* DI VALIDITÀ DELLE ELEZIONI AMMINISTRATIVE: OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA SENTENZA N. 242/2012

del Dott. Andrea Ridolfi

Con la sentenza n. 242/2012, la Corte Costituzionale affronta le problematiche connesse al voto nelle elezioni locali dei cittadini residenti all'estero, ritenendo infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71, co.10, del d.lgs. n. 267/2000.

In the judgement n. 242/2012, the Italian Constitutional Court deals with issues related to vote in the local elections of the citizens domiciled in the foreign country. The Court declared groundless the question of constitutional legitimacy of the art. 71, section 10, d.lgs. n. 267/2000.

Sommario: 1. Premessa. 2. Le criticità della sentenza. In particolare: il sindacato di ragionevolezza. 3. In particolare: il precedente della sentenza n. 173/2005. 4. Il voto dei residenti all'estero nelle consultazioni elettorali: considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 242/2012, la C.cost. ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71, co. 10, del d.lgs. n. 267/2000, sollevata in riferimento agli articoli 1, 3, 48 e 51 Cost. dal Consiglio di Stato¹. La questione trae origine dal ricorso presentato dal candidato sindaco del Comune di Sessano in Molise, che aveva impugnato la dichiarazione di nullità delle elezioni perché non si era raggiunto il quorum minimo del 50% degli iscritti nelle liste elettorali, quando vi sia un'unica lista presentata, nel caso di elezioni in comuni sino a 15.000 abitanti. Il Consiglio di Stato aveva, quindi, sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione in questione «nella parte in cui include i cittadini iscritti all'AIRE [Anagrafe italiani residenti all'estero] nel numero degli aventi diritto al voto al fine del calcolo della percentuale, non inferiore al cinquanta per cento dei voti espressi, ai fini della validità del voto ottenuto dall'unica lista ammessa e votata»².

¹ Tra i rari commenti alla sentenza, si veda L. TRUCCO, [Corte cost. n. 242 del 2012] *Voto estero nei piccoli comuni: quorum o non quorum*, in www.dirittiregionali.it.

² C. cost., sent. n. 242/2012, n. 1 del *Ritenuto in fatto*.

In particolare, era stata sottolineata l'irragionevolezza della disposizione impugnata, per l'eccessiva compromissione del voto degli abitanti «condizionato da quello (eccessivamente enfatizzato per un retaggio storico culturale male interpretato) dei residenti all'estero avulso dalla partecipazione responsabile alla vita democratica»³. In base a questa constatazione, la Corte veniva sollecitata, in virtù della precedente sentenza n. 173/2005, ad adottare una pronuncia additiva che provvedesse a scomputare gli iscritti all'AIRE dal *quorum* di validità, in quanto ciò non avrebbe inciso «sulla capacità elettorale dei residenti all'estero e sul loro diritto elettorale» quanto piuttosto verrebbe a «restituire coerenza al meccanismo di cui all'art. 71, co. 10. I parametri di rappresentatività del voto espresso, infatti, non debbono necessariamente ricavarsi da un calcolo proporzionale rapportato alla dimensione dell'intero numero degli elettori, ben potendo, invece tener conto del loro effettivo grado di partecipazione alla vita della comunità locale, distinguendo in sede di verifica della rappresentatività, tra residenti e non residenti iscrit-

³ C. cost., sent. n. 242/2012, n. 4 del *Considerato in diritto*.

ti all'AIRE, senza che ciò incida minimamente sul diritto di voto riconosciuto dal legislatore anche ai residenti all'estero»⁴.

La Corte ha, invece, negato che la normativa in questione potesse, nell'ambito della discrezionalità di scelte riservata al legislatore, violare in qualche modo «i principi di partecipazione democratica, eguaglianza, effettività del diritto di voto, di cui agli articoli 1, secondo co., 3, 48, co. 1 e 51, co. 1, cost., come richiamati, in reciproca combinazione, dal ricorrente»⁵. Quanto al riferimento alla sentenza n. 173/2005, la Corte ha affermato che non si può desumere un tasso di irragionevolezza dalla disposizione impugnata dalla sentenza n. 173/2005, in quanto la stessa Corte ha ravvisato la giustificazione della normativa friulana «nell'alto tasso di emigrazione che caratterizza alcune aree della Regione Friuli-Venezia Giulia»⁶.

2. Le criticità della sentenza. In particolare: il sindacato di ragionevolezza.

La sentenza presenta profili interessanti perché, oltre a riproporre l'annoso problema del calcolo o meno degli elettori residenti all'estero ai fini della validità di una consultazione elettorale, riguarda anche la problematica dell'essenza stessa del diritto di voto. Proprio perché le questioni coinvolte erano così importanti, suscitano perplessità le argomentazioni tutto sommato sbrigative, con le quali la Corte ha voluto liquidare la questione. In primo luogo, stupisce il fatto che la Corte abbia adottato uno scrutinio di ragionevolezza a maglie tanto larghe da risultare praticamente inutile: in questo caso, mutuando una tipica classificazione del sindacato di ragionevolezza della Corte Suprema statunitense, anziché uno *strict scrutiny*, la Corte italiana ha preferito utilizzare un *deferential review*, per motivazioni che francamente appaiono non del tutto chiare⁷.

Una simile scelta è, infatti, in controtendenza con i processi che hanno investito questa peculiare forma di sindacato di costituzionalità: è stato giustamente osservato che, tranne che per il giudizio sulle accuse mosse al Presidente della Repubblica, si assiste ormai ad un crescente e pervasivo uso del canone (o criterio) di ragionevolezza⁸. In dottrina è discusso se il giudizio di ragionevolezza sia o meno riconducibile al principio di uguaglianza⁹, ma è un dato di fatto ormai acquisito che esso è rivolto a rilevare le oggettive irra-

zionale, IV ed., Milano 2004, pag. 108, 445-446; ID., *I modi argomentativi del sindacato di ragionevolezza delle leggi*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14.10.1992*, Milano 1994, pag. 131 ss., spec. pag. 137 ss.; G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, ivi, pag. 43 ss.

⁸ Sulla espansione del sindacato di ragionevolezza, si soffermano A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, pag. 178 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, pag. 7 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari 2005, pag. 40 ss.

⁹ Riconduce la ragionevolezza al principio di uguaglianza L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'uguaglianza (aprile 1979-dicembre 1983)*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I*, Padova 1985, pag. 605 ss. (spec. pag. 614 ss., 655 ss.). Negano con forza che vi sia una identificazione tra uguaglianza e ragionevolezza C. ROSSANO, «Ragionevolezza» e fattispecie di eguaglianza, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., pag. 169 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, ivi, pag. 179 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, pag. 228 ss., mentre una posizione intermedia è quella di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, pag. 44 ss.; A.A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., pag. 55 ss.; A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari 2005, pag. 133 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., pag. 10 ss., 50 ss.; ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, pag. 251 ss.; F. SORRENTINO, *Eguaglianza. Lezioni raccolte da E. Rinaldi*, Torino 2011, pag. 38 ss.

⁴ C. cost., n. 242/2012, n. 4 del *Considerato in diritto*.

⁵ Vedi nota sopra.

⁶ C. cost., n. 173/2005, n. 3 del *Considerato in diritto*.

⁷ Sulla distinzione tra *strict scrutiny* e *deferential review* si vedano L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino 2009, pag. 63 ss.; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXV, Roma 2005 pag. 8 ss.; ID., *Corso di giustizia costitu-*

zionalità delle leggi¹⁰. Di conseguenza, non si capisce perché la Corte Costituzionale, pur ammettendo esplicitamente che si era in presenza di una disciplina legislativa irragionevole - è la stessa Corte ad affermare, infatti, l'opportunità di un ripensamento dei bilanciamenti operati dal legislatore -, scelga, alla fine, di mantenerla in vigore¹¹. La Corte ha cercato di giustificare questo suo *self-restraint*, invocando l'ord. n. 260/2002, in cui aveva affermato che «*la determinazione delle formule e dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicità della scelta legislativa, censurabile in sede di giudizio di costituzionalità solo quando risulti manifestamente irragionevole*», ma questa citazione non mi sembra un granché persuasiva. In linea di massima, se con l'espressione sistema elettorale intendiamo il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, e per formula elettorale la formula matematica di trasformazione dei voti in seggi¹², allora è chiaro che la sentenza n. 242 del 2012 non riguarda né il sistema elettorale, né tanto meno la formula elettorale, quanto piuttosto la materia elettorale, e non è affatto vero che in materia elettorale la Corte abbia esercitato sempre un blando controllo di ragionevolezza. Si potrebbero citare, anzi, alcune sentenze dove la Corte ha fatto un uso penetrante di esso: basti pensare,

¹⁰ Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., pag. 12-13. In senso simile, si veda anche F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, cit., pag. 44.

¹¹ Cfr. C. Cost., n. 242/2012, n. 5 del *Considerato in diritto*: «*Le considerazioni del rimettente sugli inconvenienti derivanti dalla assenza (cui è auspicabile che il legislatore ponga rimedio) di una normativa agevolativa del voto dei residenti all'estero con riguardo alle elezioni amministrative, e i rilievi dello stesso giudice diretti ad una "diversa formulazione" della norma in esame, anche in ragione dei segnalati suoi profili di non piena coerenza, nel testo attuale, con la disciplina di settore, se inducono a ritenere opportuna, da parte del legislatore, una rimeditazione del bilanciamento di interessi attuato in detta norma, tuttavia non ne evidenziano un tasso di irragionevolezza manifesta, tale da comportarne la caducazione da parte di questa Corte*».

¹² Sulla distinzione teorica tra sistema elettorale e formula elettorale si sofferma F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna 1981, pag. 41 ss., 85 ss.; ID., *Gli strumenti della democrazia. Corso di diritto costituzionale comparato*, Milano 2004, pag. 175 ss., 179 ss.

per esempio, alla sentenza n. 394/2006, in materia di falsa formazione e falsa autenticazione di liste elettorali; o alla sentenza n. 143/2010, in materia di incompatibilità tra la carica di deputato regionale dell'A.R.S. e quella di assessore comunale; o alla sentenza n. 277/2011, in materia di ineleggibilità e incompatibilità parlamentari; o alla sentenza n. 294/2011, in materia di incompatibilità la carica di deputato regionale dell'A.R.S. e quella di presidente o assessore provinciale. D'altra parte, la Corte non ha evocato neanche la sentenza n. 356/1996, secondo cui «*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni inconstituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*»¹³, proprio perché, nel caso in questione, il meccanismo dell'interpretazione conforme non avrebbe avuto la possibilità concreta di operare¹⁴. Rimane, quindi, francamente incomprensibile la scelta di una sentenza di rigetto pura e semplice, laddove, invece, sarebbe stata molto più congrua l'adozione di una sentenza additiva, come suggerito dallo stesso Consiglio di Stato.

3. In particolare: il precedente della sentenza n. 173/2005.

Ulteriori perplessità suscita anche l'interpretazione che la Corte ha dato della precedente sentenza n. 173/2005. In primo luogo, non si capisce bene perché l'alto tasso

¹³ C. cost., sent. n. 356/1996, n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Sulla sentenza n. 356/1996 e sulla giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione adeguatrice, la dottrina è divisa: a chi ne ha esaltato l'importanza ai fini di una «diffusione» del controllo di costituzionalità, si contrappone chi, invece, teme che finisca con il mettere in discussione il ruolo di garanzia della stessa Corte Costituzionale. Per questa ultima prospettiva, si vedano M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»* (8-8-2007), in *www.federalismi.it*, spec. pag. 6 ss.; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012, vol. III, pag. 2013 ss. (e in *Rivista AIC* 2012, n. 1 [28-3-2012]). Per quanto riguarda la prima prospettiva, invece, si vedano F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., spec. pag. 77 ss., 190 ss.; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma 2011, spec. pag. 287 ss.

di emigrazione che caratterizza alcune zone del Friuli giustifichi la mancata inclusione dei cittadini residenti all'estero nel *quorum* del 50%, laddove questo non giustificerebbe un'analoga disciplina per i comuni delle province meridionali, caratterizzati ugualmente da un alto tasso di emigrazione. Non va dimenticato, infatti, che sono state proprio le regioni meridionali quelle che storicamente hanno fatto registrare i più alti tassi di emigrazione di tutto il nostro Paese. Ma c'è anche dell'altro. Nei commenti alla sentenza del 2005¹⁵, era stato osservato che la *ratio* della l. friulana andava individuata proprio nel *favor* per la conservazione del risultato elettorale: scomputando dal numero totale degli iscritti nelle liste elettorali gli iscritti all'AIRE sarebbe stato più agevole raggiungere il *quorum* strutturale previsto, non vanificando il risultato elettorale¹⁶. La Corte aveva perfettamente colto questo aspetto, e, anzi, lo aveva difeso con particolare vigore¹⁷.

Inoltre, la Corte aveva difeso anche il fatto che ci potesse essere una diversa lettura, ai fini del raggiungimento del *quorum* del 50%, della mancata partecipazione degli elettori residenti all'estero rispetto agli abitanti¹⁸: di

¹⁵ Sulla sentenza n. 173/2005, si vedano G. PASSANITI, *Il "non voto" dei friulani all'estero: l'annosa questione del voto come dovere civico all'esame della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; E. GROSSO, *Italiani all'estero ed elezioni comunali. La retorica dell'uguaglianza e la ragionevole differenziazione*, in *Le Regioni* 2005, n. 6, pag. 1228 ss. (e in www.forumcostituzionale.it).

¹⁶ Così E. GROSSO, *Italiani all'estero ed elezioni comunali*, cit., pag. 1229. Si veda anche G. PASSANITI, *Il "non voto" dei friulani all'estero*, cit., pag. 3.

¹⁷ Cfr. C. Cost., sent. n. 173/2005, n. 3 del *Considerato in diritto*: «In realtà, l'introduzione di un regime speciale per gli elettori residenti all'estero, ai fini del calcolo del *quorum* di partecipazione alle elezioni in oggetto, lungi dal costituire una lesione del principio di eguaglianza del voto, persegue una logica di favore verso il puntuale rinnovo elettorale degli organi degli enti locali».

¹⁸ Si veda E. GROSSO, *Italiani all'estero ed elezioni comunali*, cit., pag. 1234 ss., il quale sottolinea (pag. 1239) come si possa leggere la sentenza n. 173/2005 nel senso che la Corte abbia accreditato «il principio secondo cui, nonostante l'intervenuta revisione costituzionale dell'art. 48, sussiste comunque una differenza giuridicamente apprezzabile tra l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero e quello di tutti gli altri cittadini». Si veda anche G.

fronte all'Avvocatura dello Stato che aveva sollevato obiezioni circa la compatibilità di questo meccanismo con l'art. 48 Cost., la Corte aveva risposto che la mancata partecipazione di alcuni soggetti rispetto ad altri non può costituire una violazione del principio di uguaglianza, in quanto l'esercizio del voto è un dovere civico: la mancata partecipazione può essere significativa, quindi, solo sul piano socio-politico¹⁹. Nulla di tutto ciò si ritrova, invece, nella sentenza n. 242/2012. Nonostante la normativa impugnata, proprio per la sua palese irragionevolezza, comportasse in alcuni casi un pressoché sistematico mancato raggiungimento del *quorum* del 50% – è bene ricordare, infatti, che, nel caso del Comune di Sessano, su 1186 iscritti nelle liste elettorali, ben 495 elettori (pari ad oltre il 40%) risultavano iscritti all'AIRE -, la Corte ha preferito ritenere infondata la questione, rimettendola al legislatore.

4. Il voto dei residenti all'estero nelle consultazioni elettorali: considerazioni conclusive.

Va sottolineato, però, che il legislatore, nel momento in cui ha consentito ai cittadini residenti all'estero la partecipazione effettiva alla vita politica nazionale attraverso il voto per corrispondenza e la previsione di una circoscrizione elettorale estera²⁰, non ha fatto altrettanto per quanto riguarda la vita politica locale, proprio in virtù del differente tipo di legame che sussiste tra il cittadino residente all'estero e le due comunità (nazionale e locale)²¹. Questa differenziazione ha comportato

PASSANITI, *Il "non voto" dei friulani all'estero*, cit., pag. 1-2.

¹⁹ Cfr. nuovamente E. GROSSO, *Italiani all'estero ed elezioni comunali*, cit., pag. 1240: «Se infatti la solidità del legame tra il cittadino e il suo Paese può ritenersi ancora persistente, nonostante l'emigrazione, tanto da giustificare la partecipazione al voto per le elezioni politiche nazionali, del tutto irragionevole appare tale indiscriminata parificazione se fatta valere in relazione al voto locale».

²⁰ Cfr., in proposito, l. cost. nn. 1/2000 e 1/2001; l. n. 459/2001.

²¹ Cfr. C. cost., sent. n. 173/2005, n. 3 del *Considerato in diritto*: «Né tanto meno risulta violata la medesima norma costituzionale sotto il profilo che, secondo il ricorrente, verrebbe limitata l'effettività del diritto di voto, neutralizzando il significato dell'astensione degli elettori residenti all'estero. In proposito – a prescindere-

una serie di problemi giuridici. Certamente, se è vero che il voto per corrispondenza ha suscitato perplessità circa la sua compatibilità con il principio costituzionale della personalità del voto affermato dall'art. 48 Cost.²², è pur vero che vi è una evidente discrasia tra la disciplina delle consultazioni politiche a livello nazionale (elezioni politiche, e *referendum ex artt. 75 e 138 Cost.*), dove è ammesso il voto per corrispondenza, e le consultazioni politiche a livello locale (elezioni comunali, provinciali e regionali; *referendum* di variazione territoriale *ex artt. 132 e 133 Cost.*; *referendum* previsti da statuti comunali, provinciali e regionali), in cui, invece, l'elettore residente all'estero è costretto a recarsi personalmente al seggio del Comune dove è iscritto per poterlo esercitare²³. In questo caso, quindi, l'inserimento degli elettori residenti all'estero nel *quorum* è del tutto irragionevole, perché parifica arbitrariamente il voto dei residenti all'estero con quello degli abitanti²⁴, e finisce per elevare artatamente il *quorum* stesso, compromettendo la validità di una consultazione elettorale, con tutto quello che

re dal rilievo che l'astensione nel voto è diversa dalla mancata partecipazione al voto – è sufficiente osservare che, in presenza della prescrizione dello stesso art. 48, secondo cui l'esercizio del diritto di voto "è dovere civico", il non partecipare alla votazione costituisce una forma di esercizio del diritto di voto significante solo sul piano socio-politico».

²² Cfr., in questo senso, F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano 2006, pag. 190-191; ID., *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano 2011, pag. 68-69.

²³ Sottolinea questa discrasia F. RATTO TRABUCCO, *Sulla presunta incostituzionalità del quorum della maggioranza assoluta degli iscritti alle liste elettorali per i referendum territoriali ex art. 132 Cost.*, in *Le istituzioni del federalismo* 2007, n. 6, pag. 843 ss., spec. pag. 864 ss.

²⁴ Cfr. E. GROSSO, *Italiani all'estero ed elezioni comunali*, cit., pag. 1240, secondo cui «potrebbe addirittura apparire irrazionale che ai cittadini emigrati all'estero sia consentito di continuare a partecipare alle elezioni comunali, posto che, pacificamente, ai cittadini emigrati in un altro Comune della Repubblica ciò non è più ovviamente consentito (in quanto si presume che essi, cambiando residenza, abbiano aderito a una nuova comunità). Ciò che non è accettabile, in ogni caso, è che si contesti il mancato rispetto di un – inesistente – principio di uguaglianza nel voto tra tali soggetti e coloro che continuano a risiedere e a partecipare alla vita sociale del loro Comune».

ne può derivare in ordine alla regolarità e trasparenza delle operazioni di voto.

Basti ricordare, in proposito, i dubbi ed i sospetti sul mancato *quorum* nel *referendum* elettorale del 2000, determinato *in primis* dall'inserimento nelle liste elettorali di un certo numero di italiani residenti all'estero ormai deceduti da tempo o irreperibili²⁵. È stato giustamente osservato che sulla regolarità delle procedure di voto non possono esserci opacità, in quanto ne va della fiducia stessa dei contendenti sulla correttezza della competizione elettorale. Le accuse o soltanto i sospetti di irregolarità in materia di procedure di voto rischiano, infatti, di trascinare in un cono d'ombra l'intero sistema democratico, e vanno perciò assolutamente evitati²⁶.

Ecco perché, a mio avviso, la sentenza n. 242/2012 non risulta affatto persuasiva nel ritenere infondate questioni di legittimità costituzionale che, invece, per le ragioni che ho cercato di mettere in evidenza, erano quanto mai fondate. Certamente, è vero che la Corte italiana ha sempre rifiutato di sindacare la discrezionalità del legislatore, quando essa non sia stata esercitata con arbitrio o con irrazionalità, così come ha sempre rifiutato di adottare sentenze additive che implicassero scelte ampiamente discrezionali, tali da esulare dai poteri stessi della Corte²⁷, ma è anche vero che, quali che siano gli strumenti utilizzati, gran parte del lavoro odierno delle Corti costituzionali riguarda il giudizio sulle discriminazioni arbitrarie introdotte dal legislatore: rinunciare all'esercizio di esso, mi sembra quasi un abdicare alla propria funzione di garanzia.

²⁵ Si vedano A. PUGIOTTO, *La legalità referendaria tra decretazione d'urgenza e sindacato ispettivo*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova 2001, pag. 131 ss.; E. GROSSO, *Italiani all'estero ed elezioni comunali*, cit., pag. 1230.

²⁶ Così nuovamente A. PUGIOTTO, *La legalità referendaria tra decretazione d'urgenza e sindacato ispettivo*, cit., pag. 137-138.

²⁷ Cfr., in tal senso, L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino 2007, pag. 173-174. Così nuovamente L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pag. 182-183

GIURISPRUDENZA

della Dott.ssa Myriam Carlucci e del Dott. Francesco Palazzotto

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.12.2012, n. 6265
Preavviso di rigetto - obbligo comunicazione - in relazione a provvedimenti di carattere vincolato e a procedimenti speciali - non sussiste.

È legittimo il diniego di condono edilizio straordinario ex art. 32 d.l. n. 269/2003 non precluduto dalla comunicazione all'interessato dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, sia in quanto la violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990 non è invocabile in relazione a provvedimenti di carattere vincolato, sia in quanto tale ultima norma non è applicabile a procedimenti connotati, "ex lege", da tratti di assoluta specialità (CdS, IV, 10.10.2007, n. 5314), al di là della mancanza di ogni asserzione circa l'apporto che avrebbe fornito una effettiva ulteriore partecipazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.12.2012, n. 6428
Dovere di soccorso istruttorio - presuppone ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato - limiti - par condicio.

L'art. 6 della l. n. 241/1990 prevede la generale possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta (c.d. soccorso istruttorio). Anche se non è previsto un obbligo assoluto e incondizionato in tal senso, dovendo comunque essere rispettati alcuni limiti, quali quello della par condicio (che ne esclude l'utilizzazione suppletiva nel caso dell'inosservanza di adempimenti procedurali significativi) ed il c.d. limite degli elementi essenziali (nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda), detta norma va necessariamente applicata dall'amministrazione qualora gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione ad una procedura non espressamente documentato. Il "dovere di soccorso istruttorio", in base al quale le amministrazioni possono invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in

ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, è quindi subordinato, oltre che al rispetto di detti limiti, alla esistenza in atti di dichiarazioni che siano state effettivamente rese, ancorché non in modo pienamente intellegibile o senza il rispetto dei requisiti formali. Il dovere di soccorso istruttorio previsto all'art. 6, lett. b) della l. n. 241/1990, e il generale favore per la partecipazione, trovano un limite insuperabile nell'esigenza di garantire la "par condicio" dei candidati. È, infatti, indubbio che il principio di "par condicio" risulterebbe violato se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducevano in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere le conseguenze associate dalla l. o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.11.2012, n. 5977
Preavviso di rigetto - obbligo di comunicazione - subprocedimento avviato d'ufficio - non sussiste.

L'annullamento dell'autorizzazione paesistica disposto in sede ministeriale ex art. 159 d.lgs. n. 42/2004, non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del "preavviso" di rigetto ex art. 10 bis della l. n. 241/1990, come introdotto dalla l. n. 11/2005, in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che integra una fase ulteriore, di secondo grado, del medesimo procedimento svolto, in prima battuta, davanti all'amministrazione comunale. Come ha già rilevato questo Consiglio di Stato (CdS, VI, 20.12.2011, n. 6275), il procedimento di cogestione del vincolo da parte della Soprintendenza è connotato da particolare celerità e l'adempimento procedimentale di cui all'art. 10 bis citato è in contraddizione con la logica di tale sub procedimento, dai tempi stretti e perentori. Per effetto dell'adempimento stesso, il termine già breve dato alla Soprintendenza per il controllo di legittimità ad essa demandato verrebbe ulteriormente ridotto, vanificandone la celerità in danno dello stesso interessato, dato che la comunicazione interrompe



il termine per la conclusione del procedimento. La l. prevede il preavviso solo "nei procedimenti ad istanza di parte" e non trova applicazione per questa sequenza di secondo grado che è avviata d'ufficio e che, pur configurando un secondo tratto di un'unica vicenda amministrativa di cogestione del vincolo, segue la cesura procedimentale del già avvenuto rilascio del provvedimento di base che conclude la fase ad istanza di parte (mentre la fase soprintendentizia concreta una sequenza officiosa, avviata con la trasmissione degli atti da parte del Comune).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 22.11.2012, n. 5936
Diritto di accesso - per atti rispetto ai quali il richiedente è terzo - interesse al rinnovo procedura - insufficienza.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che, per l'applicazione dell'art. 24, co. 7 della l. n. 241/1990 "Occorre ... la dimostrazione di una rigida "necessità" e non mera "utilità" del documento" cui si chiede di accedere "Tanto più nei casi in cui l'accesso sia esercitato non già in relazione agli atti di un procedimento amministrativo di cui il richiedente è parte, ma in relazione agli atti di procedimenti amministrativi rispetto ai quali il richiedente è terzo", non configurandosi, di conseguenza, la posizione legittimante quando "i documenti richiesti non sono necessari per la difesa in giudizio ma solo utili per articolare la difesa in giudizio secondo una particolare modalità, ossia per articolare una particolare censura" (CdS, VI, 12.1.2011, n. 117), configurandosi altrimenti, si deve aggiungere, la fattispecie del mero controllo generalizzato dell'attività amministrativa precluso dall'art. 24, co. 3 della l. n. 241/90.

L'accesso non può riconoscersi per il solo interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, non sussistendo una regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso – con esercizio perciò dell'accesso a fini di cura o difesa di interessi giuridici collegati – basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara, salvo i casi del contrasto in radice della scelta della stazione appaltante di indire la procedura, dell'affidamento senza gara e della previsione nel bando di una specifica e lesiva clausola escludente, casi nella specie non previsti (cfr. CdS, ad. plen. n. 4 del 2011).

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.11.2012, n. 5835
Motivazione - completezza - per relationem - allegato.

La motivazione di un provvedimento è da ritenere sufficiente quando essa sia completa e logica in virtù degli elementi contenuti in altro atto che, in ragione del rinvio, diviene parte integrante del primo a termini dell'art. 3 della l. n. 241/1990, norma di principio generale al riguardo. Resta fermo che il rinvio deve essere tale da rendere possibile ed agevole il controllo della motivazione attraverso l'atto richiamato per relationem che, pertanto, deve essere accessibile o, meglio, allegato (CdS, IV, 17.12.2008, n. 6274; V, 11.1.2011, n. 68).

TAR Lazio, Sez. II ter, 14.12.2012, n. 10396
Imposta comunale della pubblicità - spazio pubblicitario - prezzo inferiore - diritto di accesso - effettività della tutela giurisdizionale.

Nel giudizio in esame l'AIPE ha esposto di essere un'Associazione rappresentativa delle aziende che svolgono pubblicità esterna sul territorio nazionale e di essere venuta a conoscenza che vi sarebbero altre ditte operanti nel settore della pubblicità esterna che lungo la Maremmana II, nel Comune di Tivoli, noleggiavano lo spazio pubblicitario di cui all'impianto installato a prezzi inferiori all'imposta comunale della pubblicità dovuta su ciascun impianto.

Detta circostanza, se acclarata, porterebbe ad una diseguale ed arbitraria applicazione della politica dei prezzi e ad un aggravamento delle condizioni dell'intero mercato qualora le ditte che praticano i prezzi ribassati omettessero di pagare l'imposta sulla pubblicità. Il TAR ha ritenuto che l'interesse all'accesso ai documenti prevale sulle esigenze di riservatezza e di segretezza ove sia effettivamente rilevante per la cura o difesa di interessi giuridici del richiedente (ex multis: TAR. Lazio, I, 13.3.2008, n. 2312; TAR Lazio, II ter, ord. 16.11.2012, n. 946; TAR Lazio, I, ord. 25.3.2010, n. 527).

Il mantenimento della riservatezza delle informazioni nei confronti della ricorrente precluderebbe alla stessa l'esercizio del diritto di difesa sul punto traducendosi in un vulnus dell'effettività della tutela giurisdizionale, per-

tanto, il giudice ha ordinato al Comune di Tivoli l'esibizione dei documenti richiesti entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o notificazione, se anteriore, della presente sentenza.

TAR Lombardia, Mi, IV, 21.11.2012, n. 2829
Obbligo comunicazione avvio procedimento - ratio - conoscenza acquisita aliunde - violazione - non sussiste.

Poiché l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo di cui all'art.

7 della l. n. 241/1990 è strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva e, conseguentemente, di partecipazione all'azione amministrativa da parte del cittadino nella cui sfera giuridica l'atto conclusivo è destinato ad incidere, in modo che egli sia in grado di influire sul contenuto del provvedimento, l'omissione di tale formalità non vizia il procedimento tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, sì da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende siffatta comunicazione (CdS, VI, 17.9.2012, n. 4925).

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 28.11.2012, n. 262

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 9, co. 1 e 10, co. 1, l. reg. Puglia 4.1.2011, n. 1 (Norme in materia di ottimizzazione e valutazione della produttività del lavoro pubblico e di contenimento dei costi degli apparati amministrativi nella Regione Puglia) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.

Le norme impugnate introducono deroghe ai limiti di spesa fissati dal d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) in favore di una serie di voci di spesa indicate nella stessa l. regionale. La Corte ha accolto il ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, ribadendo che l'introduzione di deroghe ai limiti di spesa fissati dalla l. statale determina la violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost., che impone alle regioni di rispettare i principi di coordinamento della finanza pubblica dettati dal legislatore statale. A tale proposito, la Corte ha chiarito che il legislatore regionale non è obbligato ad adottare i tagli alle singole voci di spesa nella misura indicata nella normativa statale, potendo invece procedere ad una rimodulazione delle percentuali di riduzione, a condizione che vi sia un risparmio pari a quello che deriverebbe dall'applicazione di quelle percentuali; circostanza che, ad avviso della Corte, non si era però verificata nel caso in esame. Precedenti conformi: C. cost., 10.6.2011, n. 182; 4.6.2012, n. 139; 6.7.2012, n. 173 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 22.11.2012, n. 259

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 7 l. reg. Trentino Alto Adige/Südtirol 17.5.2011, n. 4 (Modifiche dell'ordinamento e delle norme in materia di personale della Regione e delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trento e Bolzano) - art. 117, co. 3, cost. - rigetto.

Il Presidente del Consiglio ha impugnato per asserita violazione dell'art. 117, co. 3, cost., le norme indicate in epigrafe ritenendole in contrasto con l'art. 9, co. 28, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122. Ad avviso del ricorrente le norme impuginate, stabilendo che «La Regione e le Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Trento e di Bolzano possono stipulare contratti di lavoro a tempo determinato nei casi e secondo le procedure stabilite dal regolamento previsto dall'art. 5, co. 5, della l. regionale 21.7.2000, n. 3 e nel rispetto delle disposizioni previste dal d.lgs 6.9.2001, n. 368», si sarebbero poste in contrasto con la ricordata normativa statale, espressione di principi fondamentali nella materia del coordinamento della finanza pubblica, che statuisce che, a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni pubbliche possono avvalersi di personale a tempo determinato, o con convenzioni, o con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. La Corte ha rilevato che la normativa regionale impugnata, ove correttamente interpretata, non appare volta ad eludere il limite percentuale dei contratti a tempo determinato fissato dalla normativa statale di riferimento, ma si limita a disciplinare le ipotesi in cui si può fare ricorso all'assunzione del personale a tempo determinato. La Corte ha pertanto ritenuto la disposizione censurata non contrastante con i principi di coordinamento della finanza pubblica ed ha conseguentemente dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale V. precedenti conformi: C. cost., 11.4.2011, n. 122; 10.6.2011, n. 182; 28.3.2012, n. 71; 16.7.2012, n. 189; 11.10.2012, n. 226 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 19.11.2012, n. 256

Impiego Pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 27 l. reg.

Marche 31.10.2011, n. 20 (Assestamento del bilancio 2011) - artt. 117, co. 2., lett. l), cost. - accoglimento.

La disposizione impugnata prevede che “per garantire l’operatività continua della SOUP, del CAPI e del Centro funzionale multi rischi, compreso lo svolgimento delle funzioni di supporto tecnico-amministrativo, il personale della struttura di cui all’art. 9 della presente l. è tenuto ad effettuare prestazioni lavorative anche in regime di turnazioni diurne e, se necessario, notturne, disposte dal relativo dirigente, ai sensi dell’art. 2, co. 2, del d.lgs 8.4.2003, n. 66 (Attuazione della direttiva 93/104/CE concernenti taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro), anche in deroga alle previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro previa intesa con le organizzazioni sindacali”. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l’incostituzionalità della norma, chiarendo che quest’ultima, attribuendo al dirigente di alcuni uffici pubblici il potere di modificare unilateralmente le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative previste nel contratto, disciplina una materia (ordinamento civile, nel caso di specie, orario di lavoro turnazioni del personale contrattualizzato) riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell’art.117, co. 2, lett. l), cost. Precedenti conformi C. cost., 5.1.2011, n. 7; 1.4.2011, n. 108; 21.4.2011, n. 150 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 26.10.2012, n. 236

Sanità pubblica - prestazioni di riabilitazione domiciliare - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 8 l. reg. Puglia, 25.2.2010, n. 4 (Norme urgenti in materia di sanità e servizi sociali) - artt. 3, 32 e 117, co. 1, cost. - accoglimento.

Il TAR per la Puglia ha sollevato questione di legittimità sulla norma indicata in epigrafe nella parte in cui precludeva alle ASL della medesima regione la possibilità di stipulare accordi contrattuali con strutture sanitarie private aventi sede legale fuori dal territorio regionale, relativamente all’erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari a favore di pazienti residenti in Puglia.

La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l’incostituzionalità della norma per contrasto

con gli artt. 3 e 32 cost., chiarendo che, nel limitare la possibilità di stipulare contratti con aziende aventi sede legale fuori della Regione, la norma impugnata aveva irragionevolmente limitato la possibilità di scelta da parte dei cittadini regionali dei soggetti a cui rivolgersi per ricevere determinate cure mediche, così violando non solo il principio di uguaglianza, ma anche il diritto alla salute dei medesimi cittadini. Precedenti conformi C. cost., 25.5.2005, n. 200; 18.4.2007, n. 158; 26.1.2009, n. 19; 01.4.2009, n. 94; 20.7.2011, n. 248; 06.11.2009, n. 282; 26.3.2010, n. 119. (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 19.10.2012, n. 234

Sicurezza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 45, co. 1, 47 e 48, co. 3, d.lgs. 6.9.2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 13.8.2010, n. 136) - artt. 117, co. 2, cost. e l. cost. 26.2.1948, n. 2 - rigetto.

Le disposizioni impugnate hanno ad oggetto la disciplina del procedimento di assegnazione dei beni oggetto di confisca definitiva di prevenzione, prevedendo che tali beni siano acquisiti al patrimonio dello Stato e ivi mantenuti, ovvero trasferiti al patrimonio del Comune, della Provincia o della Regione, con provvedimento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. La Regione siciliana ha promosso questione di legittimità costituzionale affermando che le norme de quibus, prevedendo che tutti i beni oggetti di confisca definitiva siano acquisiti al patrimonio dello Stato, violerebbero le competenze statutarie che riservano determinati beni (le miniere, le cave e le torbiere, i beni di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico ed artistico), ritrovati nel sottosuolo regionale al patrimonio indisponibile della Regione. La ricorrente ha inoltre censurato le norme in questione perché nel prevedere un’opzione di favore per il trasferimento al patrimonio statale determinerebbero il depauperamento del patrimonio regionale. La Corte, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ha dichiarato le questioni non fondate chiarendo che le disposizioni in oggetto, comprendenti anche l’assegnazione dei beni e le funzioni di vigilanza sul-



la corretta utilizzazione degli stessi, attengono alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza. Precedenti conformi: C. Cost. 18.5.1959, n. 31; 10.10.1991, n. 383; 8.10.1996, n. 335; 27.1.2004, n. 43; 2.3.2004, n. 69; 22.6.2004, n. 179; 19.7.2004, n. 236; 29.4.2005, n. 167; 8.6.2005, n. 219; 27.3.2009, n. 88; 24.7.2009, n. 250; 23.2.2012, n. 34. (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 12.10.2012, n. 231

Concorsi Pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1 l. reg. Calabria 10.8.2011, n. 30 (Disposizioni transitorie in materia di assegnazioni di sedi farmaceutiche) - artt. 97, co. 3, e 117, co. 3, cost. - rigetto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato, in riferimento agli artt. 97, co. 3, e 117, co. 3, cost., l'art. 1 l. reg. Calabria 10.8.2011, n. 30, che prevede che «i farmacisti che, alla data di entrata in vigore della presente l., gestiscono da almeno tre anni in via provvisoria una sede farmaceutica, attribuita ai sensi della legislazione vigente in materia, hanno diritto di conseguire per una sola volta la titolarità della farmacia». La Corte ha ritenuto che, pur essendo necessario che le assegnazioni delle sedi farmaceutiche avvengano di norma attraverso il sistema concorsuale, non può aprioristicamente escludersi che le Regioni, in considerazione di specifiche e concrete necessità contingenti, possano prevedere deroghe per casi determinati ed in via meramente transitoria. Ciò considerato, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale proposta, ritenendo che la norma regionale impugnata, lungi dal configurare una deroga permanente al principio concorsuale, si contraddistingue per l'eccezionalità e la precisa delimitazione temporale dell'intervento di sanatoria, in rapporto all'espressa esistenza nel territorio regionale di esigenze di regolarizzazione e/o stabilizzazione di gestioni precarie o provvisorie di sedi farmaceutiche protrattesi nel tempo. Precedenti conformi: C. cost., 6.6.1968, n. 61; 23.7.1992, n. 352; 10.3.2006, n. 87; 28.12.2006, n. 448; 14.12.2007, n. 430; 13.11.2009, n. 295; 21.4.2011, n. 150; 10.11.2011, n. 299; 23.2.2012, n. 30 (Red. Alessia Auriemma).

Corte Costituzionale, 8.10.2012, n. 225

Edilizia - giudizio di legittimità in via incidentale - artt. 3, co. 3 e 4, co.1, l. reg. Liguria, 29.3.2004, n. 5 (Disposizioni regionali in attuazione del d.l. 30.9.2003, n. 269 disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e la correzione dell'andamento dei conti pubblici», come convertito dalla l. 24.11.2003, n. 236 e modificato dalla l. 24.12.2003, 350, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - l. Finanziaria 2004, concernenti il rilascio della sanatoria degli illeciti urbanistico - edilizi). - art. 117, co. 3, cost., - accoglimento.

Il TAR per la Liguria ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme impugnate nella parte in cui estendevano la sanabilità alle opere realizzate su aree sottoposte a vincolo idrogeologico. Ad avviso del giudice a quo, così statuendo la normativa regionale si poneva in contrasto con quanto stabilito dagli artt. 32 e 27 d.l. 269/2003, che prevedono l'insanabilità di opere realizzate su territori sottoposti al vincolo idrogeologico. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, chiarendo che la materia da quest'ultima regolata deve ascrivere alla materia "governo del territorio", attribuita alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni. Il legislatore regionale avrebbe dovuto quindi rispettare i principi fondamentali fissati in materia dalla normativa statale, nel caso di specie il d.l. 269/2003, che stabilisce appunto che non possono essere sanate le opere costruite su aree sottoposte a vincolo idrogeologico. (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 11.10.2012, n. 224

Regioni - energia - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 18, l. reg. Sardegna 29.5.2007, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione. L. finanziaria 2007), come sostituito dall'art. 6, co. 8, l. reg. Sardegna 7.8.2009, n. 3 (Disposizioni urgenti nei settori economico e sociale) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

In seguito ad un ricorso promosso in via incidentale dal TAR Sardegna, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali indicate in epigrafe per violazione dei principi fondamentali riservati alla competenza statale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia ex art. 117, co. 3, cost. In par-

ticolare, la Corte, affermando, sulla base della sua precedente giurisprudenza, che anche le Regioni a statuto speciale sono tenute al rispetto dei principi fondamentali in materia di energia dettati dal legislatore statale, censura la disposizione regionale impugnata che, anziché individuare le aree non idonee all'inserimento di impianti eolici, così come richiesto dal legislatore statale, indica le aree nelle quali è possibile installare i predetti impianti, escludendo la restante parte del territorio e determinando, in tal modo, un superamento dei limiti della tutela del paesaggio, materia di competenza primaria della regione, per approdare ad una rilevante incisione di un principio fondamentale in materia di energia, afferente alla localizzazione degli impianti, di competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, co. 3, cost. Precedenti conformi, C. cost., 6.5.2010, n. 168 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 19.9.2012, n. 221

Lavoro - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 8, co. 1, 2 e 2-bis, d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) - artt. 39, 117, co. 3, e 118 cost. - rigetto.

La Regione Toscana ha promosso una questione di legittimità costituzionale della norma indicata in epigrafe nella parte in cui prevede la possibilità per le organizzazioni sindacali e le imprese di realizzare specifiche intese a livello aziendale e/o territoriale che possono operare in deroga alle leggi statali e regionali nonché ai contratti collettivi nazionali. Secondo la ricorrente, tale norma, consentendo una deroga alle disposizioni di legge, anche regionali, sarebbe in grado di vanificare la legislazione regionale emanata in materia di tutela del lavoro. Inoltre, non risulterebbero previsti strumenti di concertazione con le Regioni, destinate a rimanere estranee alle intese disciplinate dalla disposizione impugnata, benché si tratti d'intese idonee a derogare alle disposizioni di l., incluse quelle regionali. Ad avviso della Corte dal dettato normativo in questione emerge che le «specifiche intese» previste dal co. 1, «finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e

all'avvio di nuove attività», non hanno un ambito illimitato, ma possono riguardare soltanto «la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione». Ciò considerato, la Corte ha rigettato il ricorso ritenendo che le materie in questione siano di competenza legislativa esclusiva dello Stato (ordinamento civile, art. 117, co. 2, lett. l), cost.) e dunque la norma impugnata non sarebbe in grado di provocare alcuna lesione alle prerogative costituzionali attribuite alle Regioni (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 21.9.2012, n. 219

Professioni - concorrenza - ordinamento civile - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3 l. reg. Molise 9.9.2011, n. 29 (Modifiche ed integrazioni alla l. regionale 8.1.1996, n. 1 "Disciplina della professione di maestro di sci nella Regione Molise") - art. 117, co. 1 e 2, lett. e) e l), cost. - accoglimento.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha promosso una questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 3 l. reg. Molise 9.9.2011, n. 29, laddove prevede che i maestri di sci, iscritti negli albi professionali di altre Regioni, delle Province autonome ovvero di altri Stati, sono tenuti a praticare le tariffe determinate dalla Giunta regionale e non inferiori a quelle della locale scuola di sci, nonché a rispettare ulteriori - ma generici e non specificati - adempimenti relativi alla tutela della professione di maestro di sci. La Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che la norma regionale impugnata contrasta con l'art. 117, co. 2, lett. l), cost., in quanto incidente sulla libera determinazione del compenso nel contratto di prestazione d'opera professionale, di cui all'art. 2233 c.c., rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile. Ad avviso della Corte, inoltre, la disposizione censurata, riducendo la scelta degli utenti tra le offerte sussistenti sul mercato ed introducendo barriere all'accesso e alla libera esplicazione dell'attività professionale, ostacola la competitività tra gli operatori del settore; così da risultare in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e), cost. in materia di tutela della concorrenza, riservata anch'essa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Precedenti conformi, C. cost., 14.11.2008, n. 368 e 26.2.2010, n. 67 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 13.9.2012, n. 217

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 10, co. 25, 12, co. 26, 28 e 33, l. reg. 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. regionale n. 21 del 2007) - artt. 97 e 117, co. 1, 2 lett. e) e s), cost. - accoglimento.

L'art. 10, co. 25, della norma impugnata prevede che, ai fini dell'applicazione delle deroghe al regime assunzionale del personale regionale, per il calcolo del rapporto fra dipendenti in servizio e popolazione residente, non vengano conteggiati i dipendenti collocati in aspettativa retribuita.

La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, ritenendo che quest'ultima alterasse il corretto modo di determinare il rapporto tra spesa corrente e spesa per il personale rilevante ai fini dell'osservanza delle norme statali che hanno fissato limiti alle assunzioni e alla spesa complessiva per il personale (norme che sono da considerarsi principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost.). La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12, co. 28, nella parte in cui ha previsto la stabilizzazione del personale regionale in servizio assunto con contratto a termine violando così l'art. 117, co. 2, lett. l), cost., che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di ordinamento civile e, quindi, sulla disciplina dei rapporti di lavoro. La Corte ha anche dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12, co. 33, perché la norma in questione rideterminava un'indennità accessoria riferita a singoli dipendenti in violazione dell'art. 9, co. 1, d.l. n. 78 del 2010 (norma da intendersi principio di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost.) che lo fissa invece nei limiti di quello spettante per l'anno 2010. Infine, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12, co. 26, per violazione dell'art. 97 cost., in quanto, in contrasto con la regola del pubblico concorso per l'assunzione nella pubblica amministrazione poiché la norma regionale prevedeva che il personale dirigenziale con incarico a tempo determinato fosse inquadrato automaticamente nel ruolo dei dirigenti con incarico a tempo indeterminato (Red. Alessandra Domini-ci).

Corte costituzionale, sent. 20.7.2012, n. 201

Edilizia - protezione civile - zone sismiche - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4, co. 3, l. reg. Molise 9.9.2011, n. 25 (Procedure per l'autorizzazione sismica degli interventi edilizi e la relativa vigilanza, nonché per la prevenzione del rischio sismico mediante la pianificazione urbanistica) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

È stato proposto giudizio di legittimità costituzionale in via principale sull'art. 4, co. 3, l. reg. Molise 9.9.2011, n. 25, in riferimento all'art. 117, co. 3, cost., concernente la competenza legislativa concorrente Stato Regioni in materia della protezione civile, nella parte in cui la norma regionale censurata introduce una deroga alla disciplina statale per gli interventi edilizi nelle zone sismiche. La Corte ha accolto il ricorso per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., ritenendo che la norma impugnata, nell'introdurre la deroga in questione, si ponesse in contrasto con il principio fondamentale previsto dall'art. 88 d.P.R. 6.6.2001, n. 380, in base al quale compete solo al Ministero per le infrastrutture e i trasporti la facoltà di concedere deroghe alle norme tecniche di costruzione previste per le zone sismiche. La Corte ha infatti chiarito che la suddetta normativa statale, dettata per garantire "una disciplina unitaria a tutela dell'incolumità pubblica, mirando a garantire, per ragioni di sussidiarietà e di adeguatezza, una normativa unica, valida per tutto il territorio nazionale" costituisce l'espressione di un principio fondamentale, come tale vincolante anche per le Regioni Precedenti conformi, C. cost., 15.7.2010, n. 254 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 20.7.2012, n. 200

Regioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3 d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) - art. 41 e 117, co. 2 e 3 cost. - accoglimento.

In seguito ad un ricorso promosso da alcune Regioni, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), conv. con modificazioni nella l. 14.9.2011, n. 148 che nell'introdurre il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto

ciò che non è espressamente vietato dalla l. e qualificando le relative disposizioni come principio fondamentale per lo sviluppo economico e attuazione della piena tutela della concorrenza tra le imprese, impone allo Stato e all'intero sistema delle autonomie di adeguare i rispettivi ordinamenti al predetto principio entro un termine prestabilito. In particolare, la Corte specifica che l'effetto della soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui all'art. 3 della norma in questione, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, riguarda un novero imprecisato di atti statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso in cui tali atti riguardino ambiti di competenza regionale residuale o concorrente. Conseguentemente, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, in quanto lesiva dell'autonomia legislativa regionale ex art. 117 cost., nonché per violazione dell'art. 41 cost., perché anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla, ingenerando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 20.7.2012, n.199

Regioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4, d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) - art. 75 cost. - accoglimento.

In seguito ad un ricorso promosso in via principale da alcune regioni, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), conv. con modificazioni nella l. 14.9.2011, n. 148, nella parte in cui tale disposizione, rubricata "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea", detta la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in luogo dell'art. 23 bis d.l. 25.6.2008, n. 112, abrogato a seguito del referendum del 12 e 13.6.2011. In particolare la Corte ha chiarito che la disposizione impugnata, reintroducendo sostanzialmente la disciplina abrogata a seguito della consultazione referendaria, viola l'art. 75 Cost., determinando in tal modo anche una lesione delle sfere di competenza delle Regioni e degli enti locali. Infatti, l'esito del referendum ha determinato l'abrogazione dell'art. 23 bis

che introduceva dei limiti ulteriori alla possibilità per gli enti locali di ricorrere all'affidamento diretto e, in particolare, alla gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico) e, consentendo l'applicazione diretta della normativa comunitaria, ha determinato una riespansione delle competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali. Conseguentemente, la Corte, accertata l'analogia della disposizione impugnata con la disciplina sottoposta a referendum, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della stessa per violazione dell'art. 75 cost. (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 17.7.2012, n. 198

Ordinamento e organizzazione regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 14, co. 2, d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) e art. 30, co. 5, l. 12.11.2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2012) - art. 116 cost. - accoglimento

È stato proposto un giudizio di legittimità costituzionale in via principale dell'art. 14, co. 2, d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), conv. nella l. 14.9.2011, n. 148, che, da un lato, detta misure riguardanti il numero dei consiglieri stessi e degli assessori regionali, nonché il trattamento economico e previdenziale dei consiglieri, e dall'altro lato, prevede l'istituzione, da parte delle Regioni., di un Collegio dei revisori dei conti, quale organo di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione dell'ente.

La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme impuginate per violazione dell'art. 116, cost., chiarendo che la disciplina relativa agli organi delle Regioni a statuto speciale e ai loro componenti è contenuta nei rispettivi statuti, adottati con legge costituzionale e che, secondo il disposto dall'art. 116 Cost., si deve escludere che una legge ordinaria possa intervenire circoscrivendone l'ambito di esercizio (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 17.7.2012, n. 193

Stabilizzazione finanziaria - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 20, co. 2, 2 bis, 2 quater, 4 e 5 d.l. 6.7.2011, n.

98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - art. 119 cost. - accoglimento parziale.

Le Regioni autonome Friuli-Venezia Giulia e Sardegna hanno promosso questioni di legittimità costituzionale di alcune disposizioni dell'art. 20 del d.l. 98/2011. In particolare, al fine di ripartire tra gli enti il concorso alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, il co. 2 stabilisce la suddivisione degli enti in quattro classi, sulla base di parametri di virtuosità fissati dal co. 2 bis, con l'esclusione degli enti più virtuosi al concorso alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica. Dette norme violerebbero l'art. 8 dello statuto della regione Sardegna in materia di entrate regionali – il cui regime è stato ritenuto inadeguato dallo Stato – per contrasto con l'art. 117, co. 3. cost. L'Ente sarebbe assoggettato al regime premiale e sanzionatorio, connesso al rispetto del patto di stabilità in ragione di criteri che trascurano la diversità dei costi di una regione insulare, risultando così discriminato per la conclamata insufficienza delle risorse attribuite dalla possibilità di accesso ad una elevata classificazione. La Corte ha dichiarato infondata la questione, in ragione della non applicabilità delle norme in oggetto alle regioni speciali, giusta l'art. 27 l. 5.5.2009, n. 42. Al pari infondata è stata dichiarata la questione di legittimità relativa all'art. 20, co. 2 quater, posto che anche in tal caso la medesima norma non si applica alle Regioni a statuto speciale. Riguardo alla sollevata incostituzionalità dell'art. 20, co. 4 e 5, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme, per aver le medesime esteso a tempo indeterminato le misure restrittive di tagli alle spese delle regioni speciali, facendo così venir meno il requisito della temporaneità delle restrizioni, per contrasto con l'art. 119 cost. Invero, la Corte si è espressa sulla non incompatibilità con la Costituzione delle misure in contestazione, sul presupposto che possono essere ritenuti principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica ex art. 117, co. 3, cost. le norme che “si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo della spesa” (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 17.7.2012, n. 191

Agricoltura - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - l. reg. Lazio

5.8.2011, n. 9 (Istituzione dell'elenco regionale Made in Lazio - Prodotto in Lazio) - artt. 117, co. 1, e 120, co. 1, cost. - accoglimento

Nell'ottica di assicurare ai consumatori un'adeguata e trasparente informazione sui prodotti del territorio regionale, la l. reg. indicata in epigrafe prevede la realizzazione di un apposito elenco articolato in tre sezioni e destinate a distinguere - sotto le voci “Made in Lazio”, “Realizzato nel Lazio” e “Materie prime del Lazio” - rispettivamente i prodotti lavorati nel territorio regionale con materie prime regionali, quelli lavorati nel Lazio con materie prime derivanti da altri territori e le materie prime appartenenti al Lazio commercializzate per la realizzazione di altri prodotti.

Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, la l. regionale in questione, così disponendo, si porrebbe in contrasto con gli artt. 117, co. 1, e 120, co. 1, cost.; in particolare, ad avviso del ricorrente, la previsione analitica delle riferite sezioni “prefigura tre diverse forme di marchiatura basate, sostanzialmente, su una implicita - ma non provata - valutazione di miglior qualità del prodotto, insita nella (sola) circostanza dell'origine territoriale” la cui menzione “potrebbe, dunque, indurre i consumatori ad acquistare i prodotti laziali, piuttosto che prodotti simili provenienti da altri territori”. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. regionale censurata, rilevando che le disposizioni degli artt. da 34 a 36 del TFUE vietano agli Stati membri di porre in essere restrizioni quantitative all'importazione ed alla esportazione “e qualsiasi misura di effetto equivalente”, mentre con la l. reg. in questione – che mira a promuovere i prodotti realizzati in ambito regionale e a garantirne l'origine – produce, quantomeno “indirettamente” o “in potenza”, gli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci, che anche al legislatore reg. è inibito di perseguire per vincolo dell'ordinamento comunitario (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 16.7.2012, n. 189

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 13, co. 6, lett. d), l. prov. Bolzano 23.12.2010, n. 15 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2011 e per il triennio 2011-2013 - l. finanziaria 2011) - Artt. 3 e 117, co. 3, cost. e artt. 8 e 9 d.P.R. 31.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo uni-

co delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) - rigetto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, co. 6, lett. d) della l. Prov. Bolzano 23.12.2010, n. 15. La disposizione censurata statuisce che: "alla ripresa della contrattazione collettiva, dopo la sospensione di cui alla lettera c), saranno definiti congrui meccanismi tesi a conseguire il progressivo riallineamento dei trattamenti economici complessivi fra i comparti del contratto collettivo di intercomparto". La lett. c), richiamata dalla disposizione impugnata, dispone che: "per il quadriennio 2010-2013 non si dà luogo a contrattazione collettiva per l'adeguamento degli stipendi all'inflazione e per l'aumento del trattamento accessorio, fatta salva la contrattazione per l'erogazione di un'indennità di vacanza contrattuale per il 2010 o per eventuali forme previdenziali o assicurative".

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni promosse in relazione alla predetta previsione normativa, in quanto originanti da un'erronea interpretazione, sia dell'art. 9, co. 17, del d.l. n. 78 del 2010, evocato quale parametro interposto, sia della disposizione denunciata.

In proposito, è stato osservato che non può ravvisarsi alcun contrasto tra la norma impugnata – senz'altro emessa nell'esercizio della competenza legislativa provinciale in materia di "disciplina dell'ordinamento degli uffici provinciali e del personale ad essi addetto" prevista dall'art. 8, num. 1), dello statuto - ed il principio di coordinamento della finanza pubblica espresso dal citato co. 17 dell'art. 9 del d.l. n. 78 del 2010. Infatti, poiché il parametro interposto, nello stabilire che "non si dà luogo [...] alle procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012" dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche e che non vi è "possibilità di recupero", esclude unicamente che la contrattazione in qualunque tempo inter venga possa contenere pattuizioni sul trattamento economico relative al triennio dal 2010 al 2012, mentre il "riallineamento progressivo" e successivo alla sospensione della contrattazione, previsto dalla disposizione censurata, deve essere necessariamente interpretato come avente ad oggetto gli anni successivi al 2013. Da ciò consegue che la previsione normativa non determina alcun "recupero" delle dinamiche retributive relative agli anni dal 2010 al

2012, inibite dalla "sospensione" di cui all'art. 9, co. 17, del d.l. n. 78 del 2010. Del pari, è stata esclusa la violazione dell'art. 3 cost., non configurando la normativa alcun regime preferenziale in favore dei dipendenti della Provincia, ai quali, al pari di tutti gli altri dipendenti pubblici considerati dalla norma interposta, è fatto divieto solo di recuperare le somme non percepite per effetto del "blocco" della contrattazione relativa agli anni 2010-2012 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 4.7.2012, n. 187

Sanità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 17, co. 1, lett d) e 6, d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - artt. 117, co. 2, lett. m) e 118, cost. - accoglimento.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, co. 1, lett. d), d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito con modificazioni dalla l. 15.7.2011, n. 111, nella parte in cui prevede che siano introdotte misure di compartecipazione sull'assistenza farmaceutica e sulle altre prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale con regolamento da emanare ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. 23.8.1988, n. 400. La Corte ha ritenuto che le misure di compartecipazione ai costi dell'assistenza farmaceutica attengono sia ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la cui determinazione è riservata alla potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, co. 2, lett. m, cost.), sia al coordinamento della finanza pubblica e alla tutela della salute, oggetto della potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni (art. 117, co. 3, cost.). Nella disciplina del ticket, l'"intreccio" e la "sovrapposizione di materie" non rendono possibile "individuare una prevalente" (sentenza n. 330 del 2011), né tracciare una "precisa linea di demarcazione" tra le competenze (sentenza n. 200 del 2009). Ciò premesso, la Corte ha chiarito che lo Stato può esercitare la potestà regolamentare solo nelle materie nelle quali abbia competenza esclusiva (da ultimo, sentenze n. 149 e n. 144 del 2012), non in un caso, come quello in esame, caratterizzato da una "concorrenza di competenze" (sentenza n. 50 del 2005) ed ha quindi accolto il ricorso (Red. Alessandra Domini).

Corte costituzionale, 11.7.2012, n. 179

Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 49, co. 3, lett. b), d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) - artt. 118, 120 e 117, co. 3, cost. - accoglimento.

Le regioni Toscana, Liguria e Puglia hanno impugnato l'art. 49, co. 3, lett. b), d.l. n. 78 del 2010 come convertito nella l. n. 122 del 2010, il quale introduce il nuovo art. 14 quater, co. 3, l. n. 241 del 1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), che ammette il superamento del dissenso espresso da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità in sede di conferenza dei servizi. A detta delle ricorrenti, la disposizione, nella parte in cui prevede la possibilità per il Consiglio dei ministri di superare, tramite una delibera, il mancato raggiungimento di un'intesa tra le amministrazioni coinvolte, invaderebbe la sfera di competenza legislativa regionale ex art. 117, co. 3 e 4, cost., nonché l'autonomia amministrativa regionale di cui all'art. 118 cost.. La Corte ha giudicato la questione fondata, specificando che la conferenza dei servizi è uno strumento finalizzato non alla determinazione di un determinato standard di prestazioni, bensì alla regolazione dell'attività amministrativa per renderne lo svolgimento più celere e semplice. Per tale ragione, la Corte ha dichiarato quindi l'illegittimità costituzionale dell'art. 49, co. 3, l. b) del d.l. n. 78 del 2010 nella parte in cui prevede che il Consiglio dei ministri possa superare il mancato consenso raggiunto dalle amministrazioni coinvolte nella conferenza dei servizi. Precedenti conformi: C. cost., 16.2.1993, n. 62; 28.7.1993, n. 348; 7.11.1995, n. 482; 30.1.2003, n. 22; 1.10.2003, n. 303; 27.5.2005, n. 339; 14.10.2005, n. 383; 28.12.2006, n. 447; 6.2.2007, n. 24; 11.5.2007, n. 165; 17.5.2007, n. 169; 14.12.2007, n. 430; 14.3.2008, n. 63; 4.12.2009, n. 322; 26.3.2010, n. 121; 10.6.2010, n. 207; 11.11.2010, n. 313; 2.2.2011, n. 33; 12.5.2011, n. 165. (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 11.7.2012, n. 177

Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 16, co. 13, l. reg. Abruzzo 10.5.2002, n. 7 (Di-

sposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2002 e pluriennale 2002-2004 della Regione Abruzzo. l. finanziaria 2002) - artt. 51 e 97 cost. - accoglimento.

Il TAR per l'Abruzzo ha sollevato, nel corso di un giudizio relativo all'annullamento degli atti relativi allo svolgimento di una procedura di concorso per la copertura di vari posti di dirigente bandita dall'Agenzia regionale per i servizi di sviluppo agricolo, una questione di legittimità costituzionale sulla norma indicata in epigrafe, in relazione agli artt. 51 e 97 cost. La disposizione censurata prevede, nello specifico, che il 60 per cento dei posti vacanti della qualifica di dirigente, individuati nell'ambito delle dotazioni generiche per il periodo 2001-2003, sia coperto mediante concorso interno per titoli ed esami riservato al personale di ruolo in possesso di determinati requisiti professionali e di anzianità. A detta del ricorrente, tale disposizione entrerebbe in contrasto con gli artt. 51 e 97 cost. poiché, secondo giurisprudenza costante, il pubblico concorso costituisce la regola per l'accesso all'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, regola che può essere derogata solo da peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico.

La Corte, riprendendo tali argomentazioni, ha dichiarato incostituzionale la l. in oggetto, in quanto, prevedendo un concorso interno nella misura del 60 per cento dei posti disponibili, non tiene in considerazione l'esigenza di consentire a tutti gli interessati la partecipazione al concorso, violando in tal modo gli artt. 51 e 97 cost.. Precedenti conformi: C. cost., 3.3.2006, n. 81; sent. 13.11.2009, n. 293; sent. 18.2.2011, n. 52; sent. 10.11.2011, n. 299; sent. 23.2.2012, n. 30 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 6.7.2012, n. 176

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 5 bis d.l. 13.8.2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) - art. 119, co. 3 e 5, cost. - accoglimento.

Con tre ricorsi le Regioni Toscana, Veneto e Sardegna hanno promosso questioni di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 5-bis l. n. 148 del 2011, il quale è finalizzato a favorire lo sviluppo delle Regioni comprese nell'obiettivo convergenza (Basilicata, Calabria, Campania, Puglia e Sicilia) e la realizzazione del Piano per il Sud. Tale art. prevede

che la spesa effettuata annualmente da ciascuna delle cinque Regioni per attività destinate allo sviluppo e la coesione possa eccedere i limiti di spesa imposti dal patto di stabilità interno. La Corte ha dichiarato la norma illegittima per violazione dell'art. 119 Cost. Al fine di assicurare il rispetto della "clausola di invarianza dei tetti di spesa", la disposizione censurata prevede, infatti, che gli oneri finanziari derivanti dalla sua applicazione gravino non solo sullo Stato, ma anche sulle altre Regioni. Questa "chiamata in solidarietà" non trova fondamento nell'art. 119 Cost., né nella legge delega sul federalismo fiscale (l. n. 42 del 2009) e nei relativi decreti attuativi. La Corte osserva, infatti, che mentre il concorso agli obiettivi di finanza pubblica è un obbligo indefettibile di cui anche le Regioni devono farsi carico, la perequazione degli squilibri economici in ambito regionale deve rispettare le modalità previste dalla Costituzione. Gli interventi volti a rimuovere gli squilibri economici e sociali fra Regioni devono essere, pertanto, realizzati esclusivamente con risorse statali (art. 119, co. 5, cost.), e "senza alterare i vincoli generali di contenimento della spesa pubblica, che non possono che essere uniformi" (cfr. sent. n.284 del 2009). Inoltre, la Corte ha dichiarato anche l'illegittimità anche dell'art. 32, co. 4, lett. n), l. n. 183 del 2011, che è stato introdotto successivamente alla proposizione dei ricorsi, per l'inscindibile connessione con l'art. 5 bis (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 20.6.2012, n. 171

Turismo - ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, co. 1 e 8, l. reg. Lazio 13.8.2011, n. 14 (Organizzazione del sistema turistico laziale. Modifiche alla l. regionale 6.8.1999, n. 14 "Organizzazione delle funzioni a livello regionale e locale per la realizzazione del decentramento amministrativo" e successive modifiche) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1 e 8, l. reg. Lazio 13.8.2011, n. 14, in relazione all'art. 117, co. 2, lett. s), cost.. La norma inserisce nella l. reg. 6.8.2007, n. 13 l'art. 25 bis, co. 1, consentendo nelle strutture ricettive all'aria aperta l'installazione e il rimessaggio dei mezzi mobili di pernottamento (roulotte, caravan, maxicaravan, case mobili, nonché altre strutture non permanente-

mente infisse al suolo e di facile rimozione), con relativi preingressi e cucinotti, anche se collocati permanentemente, senza prevedere alcuna prescrizione o limitazione numerica delle installazioni consentite, né stabilendo iniziative di controllo o verifica dell'impatto ambientale. La Corte ha ribadito che la tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost., costituisce una materia trasversale in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, anche regionali, fermo restando che allo Stato spettano le determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale, con la conseguenza che l'intervento regionale è possibile soltanto in quanto introduca una disciplina idonea a realizzare un ampliamento dei livelli di tutela e non derogatoria in senso peggiorativo. Ciò premesso, la Corte ha conseguentemente dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata perché in contrasto con la l. quadro n. 394/1991 in tema di aree protette, e in particolare con gli artt. 11, co. 3 (che pone il divieto di attività e opere che possano compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati, con particolare riguardo alla flora e alla fauna protetta e ai rispettivi habitat) e 22 (che individua i principi fondamentali per la disciplina delle aree protette e prevede al co. 1, lett. d) l'adozione di regolamenti delle aree protette) (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 27.6.2012, n.164

Regioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 49, co. 4 bis e 4 ter, d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) - Art. 117, co. 2, lett. m), cost. - rigetto.

In seguito a un ricorso promosso in via principale dalle Regioni Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, Toscana, Liguria, Emilia-Romagna e Puglia, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa delle norme impuginate nella parte in cui qualificano la disciplina della SCIA (Segnalazione certificata di inizio attività) come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), cost. In particolare, la Corte precisa che l'esigenza di garantire l'uniformità di applicazione della disciplina in materia di SCIA su tutto il territorio nazionale

determina la riconducibilità della stessa nella materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, co. 2, cost., giustificando in tal modo la restrizione dell'autonomia legislativa delle regioni nelle materie di competenza legislativa esclusiva, concorrente o residuale come il governo del territorio.

La pronuncia conferma l'orientamento espresso dalla Corte in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto. Precedenti conformi: C. cost., 4.12.2009, n. 322 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 27.6.2012, n. 163

Regioni - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 30, co. 1 e 3, d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - artt. 117, co.3, 120 cost. - accoglimento.

In seguito a un ricorso promosso in via principale dalla Regione Liguria, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, co. 1 e 3, d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), conv. con l. 15.7.2011, n. 111 per violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e regioni ex art. 120, co. 2, cost.. In particolare la Corte ha stabilito che la disposizione impugnata, non prevedendo alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni nella predisposizione del progetto strategico per la realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga, né che la realizzazione concreta sul territorio della stessa avvenga sulla base del progetto concordato con la regione, si pone in contrasto con il principio di leale collaborazione incidendo su una materia di competenza regionale concorrente quale l'ordinamento delle comunicazioni che impone, al contrario, la previsione di un'intesa fra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali (Conferenza unificata Stato-Regioni) e con le singole regioni in relazione agli specifici interventi di realizzazione del progetto sul proprio territorio.

La pronuncia conferma l'orientamento espresso dalla Corte sul principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni che, al fine di garantire il coinvolgimento delle Regioni interessate, richiede il raggiungimento di un'intesa, in modo da contemperare le ragioni dell'esercizio

unitario da parte dello Stato con le funzioni costituzionalmente attribuite alle Regioni. Precedenti conformi, C. cost., 12.5.2011, n. 165 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 20.06.2012, n. 160

Ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - l. reg. Lombardia 26.9.2011, n. 16 - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

La l. impugnata introduceva una deroga ai piani di cattura dei richiami vivi per la stagione venatoria 2011/2012. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la norma per l'asserita violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), in quanto, attraverso l'emanazione del predetto piano di cattura tramite lo strumento legislativo, il legislatore regionale avrebbe di fatto impedito al Presidente del Consiglio dei Ministri di annullare il suddetto piano venatorio secondo quanto stabilito dall'art. 19 bis, co. 4, l. 11.2.1992, n. 157. La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che le deroghe adottate dalle Regioni al generale divieto di prelievo venatorio, caratterizzate dalla loro eccezionalità, non possono comportare la riduzione del livello di tutela apprestato all'ambiente ed all'ecosistema dalle norme interposte contenute nella legislazione statale. Poiché l'attribuzione di siffatto potere è finalizzata a garantire un'uniforme ed adeguata protezione della fauna selvatica su tutto il territorio nazionale, appare evidente che la sua inibizione, determinando la violazione di un livello minimo di tutela della fauna apprestato dal legislatore statale nell'esercizio della propria competenza ex art. 117, co. 2, lett. s), cost., si traduce nella violazione del predetto parametro di costituzionalità (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 20.6.2012, n. 159

Rifiuti - artt. 2 e 11 l. reg. Toscana 05.8.2011, n. 41 (Norme per la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati) - art. 117, co. 1 e 2, lett. s) e g), cost. - accoglimento.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui prevede che la Comunità d'ambito (ora Autorità per la gestione integrata dei rifiuti urbani), la quale ricomprende il territorio di competenza dell'Autorità marittima, provveda all'espletamento delle procedure per l'affidamento del servizio di gestione dei

rifiuti prodotti dalle navi e dai residui del carico, previa stipulazione di una convenzione con l'Autorità marittima per il rimborso delle spese sostenute. Ad avviso della Corte, tale previsione, in primo luogo, si pone in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost., che attribuisce allo Stato la potestà legislativa esclusiva in tema di protezione dell'ambiente a cui deve essere ricondotta anche la gestione dei rifiuti. La Corte osserva infatti che la normativa statale di riferimento (l'art. 5 d.lgs. n. 182 del 2003) impone che le funzioni relative all'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui di carico, siano allocate presso le Regioni ove sono ubicati i porti. In secondo luogo, ad avviso della Corte la norma impugnata si pone in contrasto anche con l'art. 117, lett. g) Cost che riserva al legislatore statale la potestà normativa sull'organizzazione amministrativa dello Stato, nella parte in cui ha attribuito nuovi compiti all'Autorità marittima, struttura appartenente, appunto, all'organizzazione amministrativa dello Stato (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 18.6.2012, n. 158

Rifiuti - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 26 co. 2 l. reg. Piemonte 11.7.2011, n. 10 (Disposizioni collegate alla l. finanziaria per l'anno 2011) - art. 117, co. 2, lett. s) cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost., la norma indicata in epigrafe nella parte in cui prevedeva che la Giunta regionale, sentita la commissione consiliare competente, potesse consentire ai comuni montani e a quelli con popolazione inferiore ai 1.500 abitanti una deroga al raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata dei rifiuti.

La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, perché disciplina una materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (tutela dell'ambiente, art. 117, co. 2, lett. s), cost., in maniera difforme da quanto previsto dalla normativa statale di riferimento. A tal riguardo la Corte ha chiarito che l'art. 205, co. 1 bis, d.lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), stabilisce che le deroghe agli obiettivi della raccolta differenziata possano essere

autorizzate solo dal Ministero dell'ambiente su richiesta del Comune interessato (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 7.6.2012, n. 148

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - Art. 14, co. 1, 2, 7, 9, 19, 20, 21, 27 e 32, d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economia) - artt. 3, 5, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 cost. e artt. 2, co. 1, lett. b) e 3, co. 1, lett. f), l. cost. 26.2.1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta) - rigetto.

Nella pronuncia in commento la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle Regioni Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, Liguria, Emilia-Romagna, Puglia, per l'asserita violazione dei parametri costituzionali citati in epigrafe e per la violazione del principio di leale collaborazione. Le disposizioni oggetto di giudizio hanno introdotto: 1) il taglio delle risorse spettanti alle Regioni ordinarie; 2) una serie di principi ai quali si devono conformare gli enti sottoposti al patto di stabilità interno per assicurare la riduzione della spesa relative al personale che, se non rispettati, comportano il divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; 3) il divieto di procedere ad assunzioni di personale a carico degli enti che hanno superato il limite fissato per l'incidenza delle spese per il personale sulla spesa corrente, e il contestuale controllo delle assunzioni per gli enti restanti; 4) l'annullamento degli atti adottati dalla Giunta o dal Consiglio regionale delle Regioni che abbiano certificato il mancato rispetto del patto di stabilità interno, compresi gli atti che hanno conferito incarichi dirigenziali a personale esterno all'amministrazione regionale ed i contratti di lavoro a tempo determinato, di consulenza, di collaborazione coordinata e continuativa ed assimilati, nonché i contratti di cui all'art. 76, co. 4, secondo periodo, del d.l. n. 112 del 2008, deliberati, stipulati o prorogati dalla Regione nonché da enti, agenzie, aziende, società e consorzi, anche interregionali, comunque dipendenti o partecipati in forma maggioritaria dalla stessa; 5) l'individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni di cui all'art. 117, co. 2, lett. p) della cost., in base all'elencazione proposta all'art. 21, co. 3, della l. n. 42 del 2009; 6) il divieto di costituire so-

cietà per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti che non rispettano determinate condizioni previste dalla l. stessa e l'obbligo a mettere in liquidazione o a cederne le partecipazioni per le società già costituite. La Corte, richiamando la propria giurisprudenza, ha chiarito, in primo luogo, che deve essere riconosciuta la natura di principi fondamentali nella materia del coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost., alle norme statali che si limitano a porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, aventi carattere transitorio, anche se non generali, e che non prevedono in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento degli stessi, nonché alle norme che prevedono sanzioni nel caso di inosservanza delle prescrizioni di contenimento della spesa. Di conseguenza, dichiara non fondate le questioni di legittimità promosse in riferimento ai punti 1), 2), 3), 4), poiché le disposizioni in oggetto sono tutte riconducibili all'art. 117, co. 3 cost. Inoltre, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità in relazione al punto 5) poiché la norma impugnata risponde all'esigenza di sopperire transitoriamente alla mancata attuazione della delega contenuta nell'art. 2 della l. n. 131 del 2003 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. costituzionale 18.10.2001, n. 3). Infine la Corte dichiara non fondata, anche la questione di legittimità costituzionale di cui al punto 6), dal momento che la norma censurata presenta, da un lato, i caratteri di una sanzione da comminarsi agli enti considerati "non virtuosi" e quindi persegue un obiettivo di contenimento della spesa, dall'altro lato, tale disposizione, non precludendo agli enti con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di mantenere in esercizio le società già costituite, costituisce una regola ricadente nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, co. 2, cost.. Precedenti conformi: C. cost., 17.5.2007, n. 169; 17.11.2010, n. 326; 3.3.2011, n. 69; 1.4.2011, n. 108; 21.4.2011, n. 153; 28.4.2011, n. 155; 22.7.2011, n. 232; 23.2.2012, n. 30 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 7.6.2012, n. 147

Istruzione - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 19, co. 4 e 5, d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento parziale.

La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 19, co. 4, d.l. 98/2011, per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. La Corte ha chiarito che la disposizione censurata, imponendo l'obbligatoria ed immediata costituzione di istituti comprensivi, mediante l'aggregazione della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e di quella secondaria di primo grado, con conseguente soppressione delle istituzioni scolastiche costituite separatamente, sulla base di specifiche e particolarmente rigide soglie numeriche (1000 alunni o 500 in relazione a specificità geografiche), ha introdotto una disciplina di dettaglio in una materia, qual'è quella della rete scolastica e del dimensionamento degli istituti, riconducibile alla competenza concorrente relativa all'istruzione ed in relazione alla quale, già nel quadro costituzionale antecedente la riforma del titolo V, erano state devolute funzioni amministrative alle Regioni, risultando conseguentemente lesiva della sfera di competenza regionale. L'art. 19, co. 4, infatti, pur richiamandosi ad una finalità di «continuità didattica nell'ambito dello stesso ciclo di istruzione», in realtà non dispone sulla didattica: esso, anche con questa sua prima previsione, realizza un ridimensionamento della rete scolastica al fine di conseguire una riduzione della spesa, come, del resto, enunciato dalla rubrica dell'art. 19, dalla rubrica del Capo III del d.l., nonché dal titolo del medesimo (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria).

La Corte ha invece rigettato il ricorso con riferimento al co. 5 dell'art. 19 del medesimo d.l. n. 98 del 2011. La norma, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dell'art. 4, co. 69, della l. 12.11.2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - L. di stabilità 2012), sancisce il divieto di assegnazione di dirigenti scolastici con incarico a tempo indeterminato alle istituzioni scolastiche autonome che presentino un numero di alunni inferiore a determinate soglie, con conseguente conferimento in reggenza a dirigenti scolastici con incarico su altre istituzioni autonome. Nel dichiarare l'infondatezza della questione, la Corte ha evidenziato che la disposizione censurata non sopprime i posti di dirigente, ma si limita unicamente a stabilire, a fini di contenimento della spesa pubblica, nuovi criteri per la loro assegnazione nella copertura dei posti e ha osservato altresì che, essendo i dirigenti scolastici dipendenti pubblici statali e non regionali, il titolo di competenza esclusiva

statale, di cui all'art. 117, co. 2, lett. g), cost., assume, in materia, un peso decisamente prevalente rispetto al titolo di competenza concorrente previsto in materia di istruzione dal medesimo art. 117, co. 3 cost. Precedenti conformi, C. cost., 13.1.2004, n. 13; 26.1.2005, n. 34; 15.7.2005, n. 279; 2.7.2009, n. 200; 7.7.2010, n. 235; 21.3.2011, n. 92 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 6.6.2012, n. 143

Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 37, co. 10, d.l. 6.7.2011, n. 98 conv. in l. 15.7.2011, n. 111 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - art. 2 d.P.R. 26.7.1965, n. 1074 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana in materia finanziaria) - rigetto.

La norma impugnata riserva a favore del bilancio statale il contributo unificato di iscrizione a ruolo dovuto nei processi tributari. La Regione Sicilia ritiene che la disposizione viola le norme statutarie richiamate, le quali dispongono l'attribuzione alla medesima Regione di tutte le entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio, ad eccezione "delle nuove entrate tributarie il cui gettito sia destinato con apposite leggi alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato, specificate nelle leggi medesime". La Corte richiamando anche la propria precedente giurisprudenza ha rigettato il ricorso chiarendo che, ai sensi dello Statuto della Regione siciliana, lo Stato può acquisire interamente il gettito di un tributo solamente se questo ha carattere di "novità" ed "è destinato dalla l. alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato, specificate nelle leggi medesime". Ad avviso della Corte nel caso di specie tali condizioni sono state effettivamente rispettate in quanto la norma impugnata ha introdotto un nuovo tributo nella misura in cui rappresenta il maggior gettito scaturito dalla sostituzione dell'imposta di bollo con il contributo unificato. Precedenti conformi: C. cost., 13.4.2000, n. 98; 25.7.2000, n. 347; 25.7.2000, n. 348; 25.7.2001, n. 288; 11.2.2005, n. 73; 21.4.2011, n. 152 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 6.6.2012, n. 142

Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 23, co. 21, d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - artt. 73, 75 e 79 d.lgs. 16.3.1972, n. 268 (Norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino - Alto Adige), principio di leale collaborazione - accoglimento parziale.

La Giunta della Provincia autonoma di Trento ha promosso una questione di legittimità costituzionale per violazione delle disposizioni statutarie, di rango costituzionale e del principio di leale collaborazione, dell'art. 23, co. 21, del d.l. n. 98/2011, laddove prevede che il gettito dell'addizionale sulla tassa automobilistica sia acquisito interamente dallo Stato, al fine del conseguimento degli obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica.

E ciò in quanto la norma censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 73, 75, co. 1, alinea e lett. g) e 79 dello statuto.

La norma impugnata, infatti, nel disporre l'acquisizione all'erario del gettito dell'addizionale sulla tassa automobilistica, stabilirebbe in primo luogo l'appropriazione da parte dello Stato del gettito di un tributo proprio della Provincia autonoma e contrasterebbe, in secondo luogo, con le disposizioni che riservano alla Provincia i "nove decimi di tutte le entrate tributarie erariali, dirette e indirette" e che, prevedono, da ultimo, specifiche modalità di collaborazione con il Ministero dell'Economia, per il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica. La Corte, quanto al primo profilo, ha rigettato il ricorso chiarendo che l'addizionale, pur innestandosi in un tributo proprio della Provincia, resta un prelievo erariale, stabilito dallo Stato nell'esercizio della sua potestà legislativa esclusiva in materia di "sistema tributario dello Stato", ex art. 117, co. 2, lett. e), cost..

La Corte ha invece accolto il ricorso e dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma chiarendo che la norma impugnata, nell'introdurre un nuovo tributo a beneficio dello Stato (quale l'addizionale sulla tassa automobilistica) senza prevedere un limite temporale alla vigenza della imposta, non rispetta quanto stabilito dall'art. 9 d.lgs. 268/92 (norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino Alto Adige) secondo cui il gettito derivante

da maggiorazioni di aliquote o dall'istituzione di nuovi tributi, se destinato per l., per finalità diverse da quelle di cui al co. 6 dell'art. 10 e al co. 1, lett. b), dell'art. 10 bis, alla copertura, ai sensi dell'art. 81 cost., di nuove specifiche spese di carattere non continuativo che non rientrano nelle materie di competenza della regione o delle province, ivi comprese quelle relative a calamità naturali, è riservato allo Stato, purché risulti temporalmente delimitato. V. precedenti conformi: C. cost., 17.4.1957, n. 57; 30.5.1963, n. 76; 23.6.1964, n. 56; 4.2.1967, n. 8; 27.7.1972, n. 147; 7.7.1988, n. 768; 2.2.1990, n. 54; 19.11.1992, n. 461; 18.4.2008, n. 104 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 6.6.2012, n. 141

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 10, co. 7 e 26, co. 8, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 29.4.2009, n. 9 (Disposizioni in materia di politiche di sicurezza e ordinamento della polizia locale) - art. 117, co. 1 e 2, lett. l), cost. - accoglimento parziale.

Le questioni sono state sollevate, in via incidentale, dal Tribunale ordinario di Trieste, in funzione di giudice del lavoro, che ha ritenuto che le disposizioni denunciate, vietando al personale appartenente alla polizia municipale la possibilità di accedere al contratto di lavoro a tempo parziale (art. 10, co. 7) e statuendo che i rapporti a tempo parziale in corso siano convertiti in contratti a tempo pieno entro la data del 31.12.2012 (art. 26, co. 8), abbiano violato i parametri costituzionali evocati, poiché l'orario di lavoro e il trattamento economico costituiscono aspetti privatistici del contratto di lavoro, rispetto ai quali la potestà normativa esclusiva spetta allo Stato (ordinamento civile, art. 117, co. 2, lett. l, cost.).

La Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 7 sollevata in riferimento all'art. 117, co. 1, rilevando come la lamentata lesione fosse rimasta del tutto priva di supporti motivazionali nel corpo dell'ordinanza. La questione, esaminata, poi, in riferimento all'unico parametro ritenuto realmente motivato, ossia quello dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost., è stata, invece, dichiarata non fondata. Sul punto, la Corte ha chiarito che la disposizione impugnata non incide direttamente sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale ma si limita a rego-

lare l'uso di tale istituto da parte delle amministrazioni locali. Intervenendo in un ambito di scelte di organizzazione amministrativa che si colloca in un momento antecedente a quello del sorgere del rapporto di lavoro, la norma è, pertanto, destinata a spiegare la sua efficacia nella fase anteriore all'instaurazione del contratto di lavoro e deve, di conseguenza, ritenersi ascrivibile alla competenza residuale della Regione. La declaratoria di incostituzionalità ha invece colpito l'altra disposizione censurata, ossia l'art. 26, co. 8, nel testo modificato dall'art. 10, co. 87, della l. reg. Friuli-Venezia Giulia 11.8.2011, n. 11. La norma regionale, infatti, imponendo l'obbligatoria conversione dei contratti di lavoro a tempo parziale, in precedenza stipulati, in contratti a tempo pieno entro la data del 31.12.2012, incide direttamente sulla disciplina di contratti già esistenti, alterandone il contenuto, e, in tal modo, interviene nella materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato. Precedenti conformi, C. cost., 11.4.2008, n. 95; 20.5.2008, n. 159; 17.3.2010, n. 100; 6.5.2010, n. 167; 7.7.2010, n. 235 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 9.11.2011, n. 135

Tributi - giudizio di legittimità in via principale - artt. 23, co. 21 e 40, co. 2, d.l. 6.7.2011, n. 98 (disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - l. cost. 26.2.1948, n. 2 (approvazione dello statuto regione siciliana) e art. 2, co. 1, d.P.R. 26.7.65, n. 1074 (norme di attuazione dello statuto della regione siciliana in materia finanziaria) - rigetto.

La Regione Siciliana ha impugnato le norme indicate in epigrafe, perché introducono una nuova addizionale erariale per la tassa automobilistica relativa al trasporto promiscuo di persone e cose e ne impongono l'integrale versamento alle entrate del bilancio dello Stato. La Regione sostiene che tale previsione violi le norme dello Statuto, secondo cui al fabbisogno finanziario della Regione si provvede con i redditi provenienti da tributi da essa deliberati, e l'art. 2, co. 1, d.P.R. 26.7.1965, n. 1074 (Norme di attuazione dello statuto della regione siciliana in materia finanziaria), ai sensi del quale spettano alla Regione Siciliana oltre ai tributi dalla stessa deliberati, anche quelli riscossi nell'ambito del suo territorio, salvo che si tratti di nuove entrate il cui gettito sia destinato da apposite leggi alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari necessità con-

tingenti o continuative dello Stato specificate nelle leggi medesime. Secondo la ricorrente, infatti, nel caso di specie non sussistono le condizioni idonee a giustificare la riserva eccezionale allo Stato del gettito di una tassa riscossa nel territorio della regione siciliana.

La Corte ha rigettato il ricorso, chiarendo che la nuova addizionale soddisfa entrambi i suddetti requisiti: si tratta di una nuova entrata perché il concetto di novità va riferito al provento e non al tributo; inoltre il suo gettito è destinato alla copertura delle minori entrate e maggiori spese indicate dettagliatamente dall'art. 40, co. 2. Tali spese, secondo l'analisi che ne fa la Corte, rispondono effettivamente ad esigenze statali eterogenee di carattere ora contingente, ora continuativo (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 25.5.2012, n. 131

Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, 2, 4, co. 1, 5 e 10, co. 2 e 13 l. reg. Calabria 18.7.2011, n. 24 (Istituzione del Centro Regionale Sangue) - artt. 81, 117, co. 3 e 120, co. 2, cost. - accoglimento.

Le norme impugnate prevedono interventi in materia di organizzazione sanitaria non esplicitamente contemplate nel piano di rientro dal disavanzo sanitario della Regione Calabria, frutto dell'accordo del 17.12.2009 tra il Presidente della Regione Calabria, il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e finanze, la cui natura vincolante è stabilita sia all'art. 1, co. 796, lett. b) della l. 27.12. 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - l. finanziaria 2007), sia all'art. 2, co. 80 e 95 della l. 23.12.2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - l. finanziaria 2010). La Corte ha pertanto accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme impugnate perché in contrasto con i principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica e, di conseguenza, con l'art. 117, co. 3 cost.. Precedenti conformi: C. cost., 17.3.2010, n. 100; 23.4.2010, n. 141; 6.5.2010, n. 163; 24.11.2010, n. 333; 11.3.2011, n. 78; 1.4.2011, n. 106; 21.10.2011, n. 272 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale. 17.5.2012, n. 129

Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 12 bis, co. 1 e 2 e 12 ter, co. 1, 4 e 6, l. reg. Umbria, 20.7.2011, n. 6 (Disciplina per l'attribuzione degli incarichi di struttura nelle Aziende sanitarie regionali. Ulteriori modificazioni ed integrazioni alla l. regionale 20 .1. 1998 n. 3 e abrogazione della l. regionale 23.2.2005, n. 15) - artt. 33, co. 6 e 117, co. 3 cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato le norme in epigrafe per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., nella parte in cui stabiliscono le modalità di nomina e di valutazione dell'operato dei direttori generali delle aziende ospedaliere-universitarie con modalità difformi dai principi dettati dalla normativa statale. La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che la norma impugnata, nel disciplinare la procedura di nomina dei direttori generali delle aziende ospedaliere universitarie (materia attribuita alla potestà legislativa concorrente tra Stato e regioni dall'art. 117, co. 3, cost.), contrasta con quanto stabilito dall'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 517 del 1999, il quale prevede che il direttore generale delle aziende ospedaliere-universitarie sia nominato dalla Regione, acquisita l'intesa con il Rettore dell'Università. Ad avviso della Corte, quindi, la norma de qua, non prevedendo alcun coinvolgimento della componente universitaria, contrasta con l'art. 117, co. 3, cost. nonché con il principio di autonomia universitaria sancito dall'art. 33, co. 6, cost.. Per le medesime ragioni la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata anche nella parte in cui prevede che la valutazione dell'operato dei direttori generali avvenga senza alcun coinvolgimento degli organismi universitari interessati. Precedenti conformi: C. cost., 16.6.2006, n. 233; 20.11.2009, n. 307; 3.3.2011, n. 67 e 68; 21.7.2011, n. 217 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 7.5.2012, n. 121

Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 20, co. 14 e 15, d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) - artt. 117, co. 3, 118, 119, co. 2, e 120 cost. - rigetto.
Il co. 14 dell'art. 20 della norma impugnata prevede che, ai fini del coordinamento della finanza pubblica, le Regioni siano tenute a conformarsi alle decisioni della Corte costituzionale e che a tal fine comunichino entro tre mesi

dalla pubblicazione della decisione nella G.U. tutte le attività intraprese, gli atti giuridici posti in essere e le spese affrontate o preventivate. Il co. 15 del medesimo art. stabilisce poi che il Governo, in caso di mancata o inesatta conformazione alle decisioni, sentito il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale ed il Presidente della Regione interessata, provveda esso stesso utilizzando il proprio potere sostitutivo ex art. 120 cost. La Regione Toscana ha impugnato le norme in questione per l'asserita violazione degli artt. 117, 118 e 120, cost.. La Corte ha rigettato il ricorso chiarendo, in primo luogo, che la comunicazione delle azioni intraprese dalle Regioni per l'esecuzione delle sentenze della stessa Corte deve ritenersi elemento necessario ai fini dell'effettivo coordinamento della finanza pubblica. In secondo luogo, ha ritenuto che l'esercizio del potere sostitutivo da parte dello Stato debba considerarsi costituzionalmente legittimo, dal momento che, rispettando la procedura prevista dalla l., esso rappresenta l'unico strumento in grado di garantire l'unità giuridica ed economica della Repubblica, nei casi in cui la Regione si sia dimostrata inerte o abbia erroneamente interpretato le decisioni della Corte. Precedenti conformi: C. cost., 18.12.2003 n. 376; 20.1.2004 n. 43; 7.5.2008, n. 159; 21.5.2008, n. 190; 22.2.2010, n. 57; 4.4.2011, n. 112; 19.7.2011, n. 229 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 10.5.2012, n. 118

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni - Nota del Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del 7.6.2011, n. 5097 - artt. 117, 118, co. 1 e 2, e 119 cost., e artt. 3, 7, 8, e 54 l. cost. 26.2.1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna) - rigetto.

La Regione autonoma Sardegna ha sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato con riferimento alla Nota del Ministero dell'economia indicata in epigrafe, con la quale, al fine di addivenire al perfezionamento dell'accordo per il patto di stabilità interno del 2011, si invitava la Regione "a voler rivedere la propria proposta di accordo, corredata della tabella riepilogativa indicante i limiti di spesa sia in termini di competenza che di cassa". Ad avviso della ricorrente, lo Stato nel sollecitare una revisione della proposta di accordo formu-

lata dalla Regione, avrebbe implicitamente rifiutato di accettare di accordarsi nei termini originariamente proposti dalla Regione stessa sottraendosi ad ogni tipo di confronto dialettico e così ledendo conseguentemente le attribuzioni costituzionali della stessa sotto il profilo dei principi di leale collaborazione, di autonomia finanziaria delle Regioni a statuto speciale e di potestà concorrente regionale in tema di coordinamento della finanza pubblica. La Corte ha rigettato il ricorso, ritenendo che, nel caso di specie non poteva ritenersi sussistere alcun conflitto. Ad avviso della Corte, infatti, dal tenore della nota della Ragioneria generale, che si limitava unicamente a richiedere la riformulazione della proposta regionale in termini di maggiore conformità al quadro legislativo vigente in tema di patto di stabilità interno, al fine di garantire l'equilibrio tra fabbisogno ed indebitamento netto, non poteva evincersi né la volontà dello Stato di affermare una propria competenza in ambito riservato alla Regione né, tantomeno, l'intenzione dello stesso di sottrarsi all'accordo attraverso una controproposta chiusa al successivo confronto con la Regione. La richiesta di un ulteriore confronto tra le parti, ha concluso la Corte, deve ritenersi del tutto fisiologica e, in ultima analisi, compatibile con il criterio del previo confronto e della progressiva negoziazione e specificazione delle singole clausole dell'accordo stesso tra Regione e Stato.

Precedenti conformi: C. cost., 28.7.1995, n. 416; 26.1.2004, n. 36; 15.11.2004, n. 345; 25.11.2004, n. 353; 14.11.2005, n. 417; 16.3.2007, n. 82 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 10.5.2012, n. 115

Copertura finanziaria - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 15 l. reg. Friuli - Venezia Giulia 14.7.2011, n. 10 (Interventi per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore) - artt. 81, co. 4, e 117, cost. - accoglimento.

La norma impugnata prescrive che gli eventuali oneri derivanti dall'applicazione degli artt. 4, 5 e 10 della l. reg. n. 10/2011, relativa alle campagne di informazione per la cura del dolore, l'istituzione di una unità di coordinamento regionale e l'adozione di specifici piani e programmi di intervento, facciano carico sullo stato di previsione della spesa del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 e del bilancio per l'anno 2011. La Corte ha dichiarato

l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 81, co. 4, Cost., perché nella l. de qua non sarebbero indicati i mezzi per far fronte alla nuova o maggiore spesa. A tale riguardo, la Corte ha precisato, in linea con la propria giurisprudenza, che l'equilibrio tendenziale dei bilanci pubblici non si realizza soltanto attraverso il rispetto del meccanismo autorizzatorio della spesa, il quale viene salvaguardato dal limite dello stanziamento di bilancio, ma anche mediante la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti da nuove disposizioni. La Corte ha ricordato in proposito che il principio costituzionale contenuto nell'art. 81, co. 4, cost. impone al legislatore di indicare i mezzi per la copertura delle spese conseguenti all'adozione di una l., ogniqualvolta in essa siano previsti - ancorché sotto forma di riorganizzazione delle strutture esistenti - nuovi servizi e nuove dotazioni di risorse umane e tecniche. Precedenti conformi C. cost., 18.5.1959, n. 30; 23.4.2010, n. 141; 28.3.2012, n. 70 (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 7.5.2012, n. 114

Acqua e energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2, co. 10, 3, co. 1 e 3, 5, co. 1, 4 e 9, co. 4, l. prov. aut. Bolzano 21.6.2011, n. 4 (Misure di contenimento dell'inquinamento luminoso ed altre disposizioni in materia di utilizzo di acque pubbliche, procedimento amministrativo ed urbanistica) - art. 117, co. 1 e co. 2 lett. e) e l), cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 10, l. prov. n. 4 del 2011, nella parte in cui, modificando il co. 1 dell'art. 6 l. prov. 30.9.2005, n. 7 (Norme in materia di utilizzazione di acque pubbliche e di impianti elettrici), prevede il rinnovo automatico trentennale di tutte le concessioni alla loro scadenza, ad eccezione di quelle a scopo idroelettrico. Ad avviso della Corte la norma si pone in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e), cost., perché viola i principi di temporaneità e di apertura alla concorrenza, impedendo l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato. La disposizione in esame viola anche l'art. 117, co. 2, lett. s), cost., perché in contrasto con la disciplina statale in materia di ambiente, dato che non subordina il rinnovo delle concessioni

di derivazioni di acqua alla procedura di valutazione di impatto ambientale, come previsto dagli allegati alla parte II del d.lgs., 3.4.2006, n. 152. La Corte costituzionale ha dichiarato poi l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1 e 3 della l. impugnata, nella parte in cui consente l'accorpamento di più concessioni di derivazioni a scopo idroelettrico e determina come unica scadenza quella relativa alla concessione più lunga, perché in contrasto l'art. 117, co. 2, lett. e), cost. La disciplina censurata è suscettibile, infatti, di determinare in modo automatico la proroga di una o più concessioni accorpate con il risultato di un'aperta violazione, per le concessioni più brevi, dell'art. 12, co. 1, d.lgs. 16.3.1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica), il quale, in conformità ai principi di tutela della concorrenza e di apertura del mercato, di libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione, prevede espressamente la necessità di una gara ad evidenza pubblica. La Corte, poi, ha altresì dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5, co. 1, della l. prov. n. 4 del 2011, per violazione dell'art. 117, co. 2 lett. l), cost., nella parte in cui prevede la cessione, da parte di enti locali, della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei diritti di acquedotto. Ad avviso della Corte, la norma incide sul regime della proprietà di tali beni, che rientra nella materia "ordinamento civile" di competenza esclusiva dello Stato.

Infine, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, co. 4, alinea 6 e 7, della l. impugnata, nella parte in cui prevede, ai fini dell'isolamento termico degli edifici e dell'utilizzo dell'energia solare, la possibilità di derogare alle distanze dai confini previsti nel piano urbanistico comunale o nel piano di attuazione, nel rispetto delle distanze previste dal codice civile. Ad avviso della Corte, tale disposizione, non prevedendo il rispetto delle altezze e le distanze di cui al d.m. 2.4.1968, n. 1444, emesso ai sensi dell'art. 41 quinquies della l. 17.8.1942, n. 1150, viola l'art. 117, co. 2, lett. l) cost, avendo invaso la competenza statale in materia di ordinamento civile (Red. Alessandra Dominici).

«.....GA:.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

La consulenza di legittimità e di merito delle amministrazioni compete, in via esclusiva, all'Avvocatura dello Stato (Appunto a Consiglio di Stato, Sez. seconda, parere del 23.10.2012 n. 04320)

RISPOSTA

L'Avvocatura dello Stato è l'organo istituzionalmente preposto a fornire pareri ed indicazioni nell'interesse dell'amministrazione; ad essa spetta supportare le scelte decisionali delle amministrazioni ogni qual volta le stesse ritengano, a loro discrezione, di doversi avvalere della consulenza pubblicoistituzionale. All'Avvocatura compete il supporto gestionale dell'amministrazione con riguardo anche all'eventuale profilarsi di contenziosi. Di contro, il Consiglio di Stato non è organo consultivo dell'Amministrazione e, quindi, non partecipa, mediante un'attività di consulenza di legittimità o di merito, all'ordinario svolgersi dell'azione amministrativa; per tale funzione di consulenza è previsto l'ausilio dell'Avvocatura dello Stato. M.B. Numero 04320/2012 e data 23.10.2012 REPUBBLICA ITALIANA Consiglio di Stato Sezione Seconda Adunanza di Sezione del 4.7.2012 NUMERO AFFARE 00265/2012 OGGETTO: Ministero dell'economia e delle finanze, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. Lotteria istantanea "Sette e Vinci" – Vertenza Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (AAMS) e Istituto Poligrafico Zecca dello Stato (IPZS) - Parere sulla proposta di

transazione. Vista la relazione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato prot. n. 49948, in data 16.12.2011, trasmessa dal Ministero dell'economia e delle finanze, Ufficio del coordinamento legislativo finanze, con nota prot. n. 3-1309 del 2.2.2012, con la quale è stato richiesto al Consiglio di Stato il parere sull'affare in oggetto; Visto il parere interlocutorio reso nell'Adunanza del 7.3.2012; Vista la nota prot. n. 406363 del 17.12.2011 dell'Avvocatura generale dello Stato, trasmessa, in relazione al predetto parere interlocutorio, dal Ministero dell'economia e delle finanze - Ufficio del coordinamento legislativo - Finanze con lettera prot. n. 38293 del 13.6.2012; Esaminati gli atti e udito il relatore, Consigliere Gerardo Maststrandrea; Premesso: Il quesito ha come oggetto la possibile soluzione, mediante un apposito atto di transazione, della vertenza intercorsa tra Amministrazione dei Monopoli di Stato (AAMS) e l'Istituto Poligrafico Zecca dello Stato (IPZS), in relazione alla vicenda della lotteria istantanea denominata "Sette e Vinci", per la quale si sono verificati errori di stampa da parte del Poligrafico dello Stato, che hanno determinato l'emissione di biglietti apparentemente vincenti venduti nella zona di Curno, risalenti al maggio 1996. In particolare, premetteva l'AAMS che all'epoca dei fatti l'attività di ideazione, stampa e gestione delle lotterie, istantanee e tradizionali, era gestita dall'AAMS medesima, mentre la stampa, in concreto, dei biglietti era affidata ex lege al Poligrafico dello Stato, quale struttura "in house" del Ministero delle fi-

nanze. In relazione a tali errori di stampa, si è registrata l'insorgenza di una consistente mole di contenzioso, ad oggi non del tutto definito (risultano pendenti n. 19 giudizi, per i quali è stata emessa sentenza di primo o secondo grado, perlopiù favorevole all'amministrazione, successivamente impugnata dai detentori dei biglietti in questione, o per i quali si attendono notizie dalle Avvocature distrettuali sulla definitività dei provvedimenti), con rischio dunque di notevole ulteriore esborso di risorse pubbliche. In proposito, puntualizzava l'amministrazione, la situazione connessa al contenzioso è stata contenuta e fronteggiata in virtù dell'accoglimento di tesi difensive impostate sulla ripetibilità, nei casi di specie, della sola somma pari al costo del biglietto, ma non può escludersi che alla fine si addivenga a pronunzie di condanna dell'Amministrazione al pagamento dei premi reclamati dagli attori. Ricadendo l'erronea stampa dei biglietti nell'imputabilità esclusiva dell'IPZS, l'AAMS, con la finalità di evitare l'accollo dell'onere economico corrispondente, ha, nel tempo, disposto la cessazione dei pagamenti al predetto Istituto a fronte di fatture emesse per la stampa di biglietti per altre lotterie. E ciò, fino alla conclusione dei giudizi ancora pendenti. Precisava, altresì, l'Amministrazione riferente che tra la stessa e l'IPZS è intercorsa negli anni - anche per il tramite dell'Avvocatura dello Stato - una copiosa corrispondenza. In particolare, rileva che detto Istituto, pur avendo già in data 4.12.1996 (nota prot. n. 297) assunto l'impegno di fronteggiare eventuali ed accertate responsabilità per i fatti contestati o contestabili dalla stessa, ha successivamente disatteso tali impegni (nota prot. n. 192 dell'8/04/2004), respingendo, di contro, le richieste di rimborso delle somme pagate dall'Amministrazione oggetto del citato contenzioso ed inviando, peraltro, periodici solleciti di pagamento delle fatture sospese. Riferiva, inoltre, l'AAMS che da circa due anni, con la mediazione dell'Avvocatura generale dello Stato, sono in corso trattative per addivenire ad una transazione per la quale la stessa si è resa disponibile a riconoscere la somma di € 11.677.053,32, per fatture non pagate, oltre interessi legali, in cambio del riconoscimento della somma di € 900.183,44,

quale importo versato dall'amministrazione in esecuzione di sentenze passate in giudicato e di provvedimenti giudiziari, nonché di € 130.872,00 per i costi concernenti l'impiego del personale adibito al contenzioso insorto. L'IPZS ha manifestato la propria disponibilità ad accedere a tale proposta, mentre non ha acconsentito alla proposta di pattuizione transattiva rispetto agli ulteriori oneri relativi ai contenziosi tuttora pendenti. Tali oneri economici, precisava l'amministrazione, ammontano ad € 1.724.066,04 e si riferiscono a contenziosi per i quali è solo potenziale l'individuazione dell'effettivo soggetto onerato, essendosi consolidata una giurisprudenza favorevole all'amministrazione. Concludendo, l'AAMS evidenziava che, rispetto all'epoca nella quale i fatti si sono verificati, è mutata la natura giuridica dell'IPZS, ora S.p.A., con il Ministero dell'economia e delle finanze unico azionista, e trasmetteva la bozza dell'atto di transazione sopra descritto, predisposta dall'IPZS, ai fini dell'acquisizione del parere del Consiglio di Stato, ai sensi della direttiva del Ministro delle finanze del 22.9.1997. La Sezione, in sede di esame dell'affare in oggetto, nell'Adunanza del 7.3.2012, premesso che l'invocata direttiva del Ministro delle finanze in data 22.9.1997, nell'individuare i casi nei quali è "conveniente acquisire il parere facoltativo del Consiglio di Stato ai fini del miglior perseguimento dell'interesse pubblico" cita "ogni transazione allorquando l'importo dal quale si origina il relativo contratto sia di misura superiore a lire 500 milioni", precisando, tuttavia, che "detto parere va richiesto in aggiunta a quello che è prescritto si debba acquisire dall'Avvocatura di Stato", osservava che il parere che a lume di tale direttiva è d'uopo sia richiesto al Consiglio di Stato "non si configura come sostitutivo, ma, semmai, al più, come aggiuntivo". Il Collegio riteneva, pertanto, imprescindibile acquisire il parere dell'Avvocatura dello Stato sull'atto transattivo in oggetto, "così come, peraltro, è tenuta di norma in tutti i casi nei quali si predispongano schemi di transazione con la P.A. al fine di addivenire alla soluzione di controversie insorte" e sospendeva l'emissione del parere, evidenziando, altresì, che restava, comunque, impregiudicata ogni definitiva va-

lutazione sulla sussistenza dei presupposti a rendere il parere richiesto. In relazione al predetto parere interlocutorio, con nota prot. n. 38293 del 13.6.2012, il Ministero dell'economia e delle finanze - Ufficio del coordinamento legislativo - Finanze ha trasmesso la nota dell'Avvocatura generale dello Stato, prot. n. 406363 del 17.12.2011.

Considerato: La Sezione ritiene doveroso rilevare, preliminarmente, che l'Avvocatura generale dello Stato, nel parere di cui alla nota prot. n. 406363 del 17.12.2011, pur dando conto di alcune variazioni contenute nella nuova bozza di transazione, rispetto a quella precedentemente esaminata, ha concluso approvando "in linea legale" la bozza di transazione de qua, "non sussistendo elementi di diversità sostanziale rispetto alla precedente bozza sulla quale si era già pronunciata favorevolmente ... con nota in data 6.7.2011, prot. n. 221948P". Ciò premesso, il Collegio, nel prendere atto di tale esito, deve nondimeno osservare che, nel caso di specie, in relazione alla questione prospettata, non appaiono sussistere i presupposti per attivare l'attività consultiva facoltativa del Consiglio di Stato e quindi rendere il parere richiesto.

Giova ricordare, in via generale, che in base all'orientamento consolidatosi dopo la riquadificazione dell'attività consultiva del Consiglio di Stato, intervenuta alla luce delle disposizioni di cui all'art. 17, coo. 25 e segg., l. n. 127/1997, ferma restando la tipicità dei pareri da richiedersi in via obbligatoria, i pareri richiesti in via facoltativa devono investire questioni di diritto di portata generale e non attenere ad aspetti gestionali di natura concreta e singolare: il Consiglio di Stato non è, dunque, destinato a supportare le scelte decisionali delle amministrazioni ogni qual volta le stesse ritengano, a loro discrezione, di doversi avvalere della consulenza pubblico-istituzionale. Per una siffatta opera di supporto gestionale, con riguardo anche all'eventuale profilarsi di contenziosi, soccorre, infatti, l'Avvocatura dello Stato, organo istituzionalmente preposto a fornire pareri ed indicazioni nell'interesse non dell'ordi-

namento generale ma dell'amministrazione assistita. Corre l'obbligo di rammentare, invero, che il Consiglio di Stato, che non è organo consultivo dell'amministrazione, e che quindi non partecipa, mediante un'attività di consulenza di legittimità o di merito, all'ordinario svolgersi dell'azione amministrativa (per tale funzione di consulenza è previsto l'ausilio dell'Avvocatura dello Stato), ma che deve qualificarsi quale organo ausiliario del Governo in una particolare posizione di autonomia, indipendenza e terzietà, attraverso la quale la funzione consultiva concorre insieme a quella giurisdizionale a realizzare la giustizia nell'amministrazione, non può che fornire il proprio avviso in stretta e rigorosa interpretazione della l. e su questioni di larga massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicitarsi (cfr. CdS, II, 25.9.2002, n. 2994/02).

Alla luce delle considerazioni che precedono, ritiene la Sezione che l'invocata direttiva del Ministro delle finanze in data 22.9.1997, che in base ad una valutazione di "convenienza", e, quindi, meramente discrezionale, ancorché ai fini del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, individua le fattispecie nelle quali acquisire il parere facoltativo del Consiglio di Stato (peraltro, si ribadisce, non a caso configurato come aggiuntivo e non sostitutivo del parere dell'Avvocatura generale dello Stato, Organo deputato) non può costituire il fondamento giuridico per incardinare in capo al Consiglio di Stato la competenza, non supportata da alcuna previsione puntuale di legge, a rendere il parere sull'atto transattivo in questione.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, prendendo atto, dunque, che l'Avvocatura generale dello Stato, quale organo istituzionalmente competente, si è già espressa, deve, pertanto, essere pronunciato il non luogo ad esprimere il richiesto parere. P.Q.M. La Sezione dichiara non esservi luogo ad esprimere parere. L'ESTENSORE IL PRESIDENTE Gerardo Mastrandrea Pietro Falcone.

«.....GA.....»

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

È NULLO IL CONTRATTO CON IL QUALE VIENE AFFIDATO AD UN GEOMETRA IL CALCOLO IN CEMENTO ARMATO

E' affetto da nullità il contratto di prestazione d'opera che affidi a un geometra calcoli in cemento armato e ciò anche ove il compito, limitatamente a quelle strutture, venga poi svolto da un professionista abilitato, che ne sia stato officiato dall'originario incaricato; è irrilevante, a tali fini, che l'incarico sia distinto per le parti in conglomerato e non sia stato subdelegato dal geometra, ma conferito direttamente dal committente stesso a un ingegnere o architetto, in quanto non è consentito neppure al committente scindere dalla progettazione generale quella relativa alle opere in cemento armato poiché non è possibile enucleare e distinguere un'autonoma attività, per la parte di tali lavori, riconducibile ad un ingegnere o ad un architetto - il che appare senz'altro esatto, poiché chi non è abilitato a delineare l'ossatura, neppure può essere ritenuto in grado di dare forma al corpo che deve esserne sorretto-;"CdS,V, 28.4.2011, n. 2537) che la Corte di Cassazione (Cass. Civ. , sez. II, 7.9.2009 , n. 19292 : "i limiti posti dall'art. 16, lett. m r.d. 11.2.1929 n. 274 alla competenza professionale dei geometri rispondono ad una scelta inequivoca del legislatore, dettata da evidenti ragioni di pubblico interesse, che lascia all'interprete ristretti margini di discrezionalità, attinenti alla valutazione dei requisiti della modestia della costruzione, della non necessità di complesse operazioni di calcolo e dell'assenza di implicazioni per la pubblica incolumità, indicando invece un preciso requisito, ovverosia la natura di annesso agricolo dei

*manufatti, per le opere eccezionalmente progettabili dai predetti tecnici anche nei casi di impiego di cemento armato. È pertanto esclusa la possibilità di un'interpretazione estensiva o "evolutiva" di tale disposizione, che, in quanto norma eccezionale, non si presta ad applicazione analogica, non potendosi pervenire ad una diversa conclusione neppure in virtù delle norme - art. 2 l. 5.11.1971 n. 1086 e art. 17 l. 2.2.1974 n. 64 - che disciplinano le costruzioni in cemento armato e quelle in zone sismiche, in quanto le stesse richiamano i limiti delle competenze professionali stabiliti per i geometri dalla vigente normativa professionale") hanno a più riprese affermato che le disposizioni in materia di competenza professionale dei geometri rispondono ad esigenze di pubblico interesse a tutela della pubblica incolumità. L'appellante, in quanto titolare di una abitazione ubicata nelle immediate vicinanze del plesso in costruzione aveva quindi immediato e diretto interesse a sollevare la relativa eccezione in considerazione dei profili di salvaguardia della incolumità (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 28.11.2012, n. 6036**).*

«..... GA.....»

L'EPOCA IN CUI È SORTO IL VINCOLO È ININFLUENTE PER LA CONDONABILITÀ DEL MANUFATTO ABUSIVO PURCHÉ QUESTO SIA ANCORA IN ESSERE ALLA DATA IN CUI DEVE ESSERE VALUTATA LA DOMANDA DI SANATORIA

Ai fini della condonabilità di un manufatto abusivo è ininfluente l'epoca in cui è sorto il vincolo, purché questo sia ancora in essere

alla data in cui deve essere valutata la domanda di sanatoria, sicché detta regola vale anche per le opere eseguite anteriormente all'apposizione del vincolo stesso (per tutte, CdS, IV, 18.9.2012, n. 4945). Costituisce, dal pari, *ius receptum* che la già avverta urbanizzazione dell'area sulla quale insiste in manufatto oggetto dell'istanza di condono non ne impedisce la tutela, ma anzi la rende ancora più pressante e necessaria al fine di evitarne l'ulteriore degrado (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 27.11.2012, n. 5984).

«..... GA.....»

L'ANNULLAMENTO DELL'AUTORIZZAZIONE PAESISTICA DISPOSTO DALLA SOPRINTENDENZA NON È SOGGETTO ALL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DEL PREAVVISO DI RIGETTO

L'annullamento dell'autorizzazione paesistica disposto in sede ministeriale ex art. 159 d.lgs. n. 42 del 2004, non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del "preavviso" di rigetto ex art. 10 bis, l. n. 241/90, come introdotto dalla l. 11.2.2005, n. 11, in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che integra una fase ulteriore, di secondo grado, del medesimo procedimento svolto, in prima battuta, davanti all'amministrazione comunale. Come ha già rilevato questo Consiglio di Stato (VI, 20.12.2011, n. 6275), il procedimento di cogestione del vincolo da parte della Soprintendenza è connotato da particolare celerità e l'adempimento procedimentale di cui all'art. 10 bis citato è in contraddizione con la logica di tale sub procedimento, dai tempi stretti e perentori. Per effetto dell'adempimento stesso, il termine già breve dato alla Soprintendenza per il controllo di legittimità ad essa demandato verrebbe ulteriormente ridotto, vanificandone la celerità in danno dello stesso interessato, dato che la comunicazione interrompe il termine per la conclusione del procedimento. La legge prevede il preavviso solo "nei procedimenti ad istanza di parte" e non trova applicazione per questa sequenza

di secondo grado che è avviata d'ufficio e che, pur configurando un secondo tratto di un'unica vicenda amministrativa di cogestione del vincolo, segue la cesura procedimentale del già avvenuto rilascio del provvedimento di base che conclude la fase ad istanza di parte (mentre la fase soprintendentizia concreta una sequenza officiosa, avviata con la trasmissione degli atti da parte del Comune) (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 27.11.2012, n. 5977).

«..... GA.....»

SOTTOTETTO, SOFFITTE, STENDITOI E MANSARDE, ECCO I CASI IN CUI NON VANNO COMPUTATI NELLA VOLUMETRIA MASSIMA CONSENTITA DALLO STRUMENTO URBANISTICO

Il Collegio ha ritenuto che nel caso di specie il sottotetto non sia da considerarsi rilevante in considerazione sia delle sue caratteristiche che delle affermazioni espresse dalla giurisprudenza. Infatti, quei volumi destinati esclusivamente agli impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione e che non possono essere ubicati al suo interno - nel caso di specie impianti di areazione e termoidrici, l'impianto dell'ascensore e del montacarichi - devono essere considerati volumi tecnici, quindi non computabili nella volumetria generale, a differenza di quanto si deve affermare per le soffitte, gli stenditoidi e i locali di sgombero o le mansarde dotate di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda (CdS, V, 4.3.2008 n. 918).

Inoltre la rilevanza urbanistica, ha ancora affermato la giurisprudenza, deve essere rinvenuta nell'altezza interna, nella praticabilità del solaio, nelle modalità di accesso e nell'esistenza o meno di finestre (CdS, IV, 30.5.2005 n. 2767), con la conseguenza, ad esempio, che un locale sottotetto con vani distinti e comunicanti con il piano sottostante con una scala interna deve essere ritenuto abitabile e dunque computabile ai fini della volumetria (CdS, V, 31.1.2006 n. 354). Nel caso di specie il sottotetto è privo di scale ed anche di finestre o di luci, né l'ipotetica abusiva futura realizzazione di scale, come affermato nella



sentenza impugnata, può essere utile per
quanto meno delineare la concretezza di un

peso urbanistico (**Consiglio di Stato, Sez. V,
sentenza 27.11.2012, n. 5965**).

«..... GA.....»

PUNTI FERMI SU STATO DI NECESSITÀ E REATI EDILIZI

del Dott. Alfonso Cernelli

L'Autore offre una sintetica ricognizione dell'orientamento giurisprudenziale sull'applicabilità della scriminante dello stato di necessità in materia edilizia.

The Author offers a brief picture about the application of the state of necessity's justification in building crimes.

Sommario: 1. Premessa. 2. Ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali. 3. Conclusioni.

1. Premessa.

L'operatività della scriminante dello stato di necessità in materia edilizia è subordinata alla severa verifica, da parte del giudice, dell'esistenza dei presupposti individuati dall'art. 54 del codice penale. La giurisprudenza, in particolare, ha sancito la necessità di procedere ad *"un'indagine rigorosa sull'effettiva sussistenza dei requisiti dell'esimente"*¹, ogni volta che questa venga eccepita nel corso di un giudizio.

Il primo elemento che configura la nozione penalistica dello stato di necessità è rappresentato dalla presenza di un pericolo attuale, che si concreta nell'imminenza di un danno grave alla persona. L'attualità del pericolo può essere intesa come una *"minaccia di lesione incombente al momento del fatto"*², ossia come una situazione che, potendo in breve tempo evolversi in lesione, imponga di agire nell'immediatezza o, comunque, anticipatamente. Per tali motivi, laddove l'abuso edilizio venga giustificato dall'esistenza di presunti rischi per la salute, l'invocabilità della scriminante andrà di certo esclusa laddove essi non appaiano di imminente lesività, cioè in grado di pregiudicare in tempi rapidissimi il benessere psico-fisico dell'autore della violazione³.

¹ Cass. Pen., III, 12.11.2007, n. 41577; Cass. Pen., III, 18.7.2007, n. 28526.

² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, 284.

³ Cfr. Cass. Pen., III, 22.6.2011, n. 25010, caso in cui l'imputato affermava di aver dovuto procedere, in assenza di titolo abilitativo, all'innalzamento di due livelli della sua casa (per giunta in zona con vincolo archeologico) a causa di una patologia respiratoria che

Il pericolo, inoltre, deve riguardare la persona umana, tradursi in una seria minaccia che attenti ad un diritto non patrimoniale, ma personale. Proprio per questa ragione appare arduo applicare la scriminante di cui all'art. 54 c.p. ai reati edilizi che, riguardando il patrimonio immobiliare, sembrerebbero essere volti a soddisfare specialmente interessi di natura economica. Occorre dunque ampliare il concetto di *"danno alla persona"*, sino a ricomprendervi ogni forma di lesione dei diritti inviolabili richiamati e garantiti dall'art. 2 della Carta fondamentale⁴.

La giurisprudenza ha così affermato la necessità di *"un'interpretazione estensiva che riconduca ai diritti personali tutelati (la libertà fisica e morale) anche situazioni strumentali strettamente connesse alla persona, quali l'esigenza di un alloggio"*⁵. Secondo questo indirizzo, consolidato e risalente⁶, lo stato di necessità può essere invocato anche nei reati edilizi, poiché la minaccia che ha determinato l'azione illecita deve sì riguardare la sfera personale, ma intesa in senso ampio, comprensiva non solo del diritto alla vita ed alla salute, ma anche di tutte quelle posizioni

gli impediva di vivere in ambiente inquinato dalle polveri provenienti dal manto stradale. La mancata prova dell'imminenza del danno alla salute, che non gli avrebbe consentito di attendere il rilascio del titolo edilizio, ne ha determinato la condanna in tutti e tre i gradi di giudizio.

⁴ F. MAESTRI, *L'esimente dello stato di necessità in relazione ai reati edilizi di costruzione ed occupazione abusiva di immobile*, in *Arch. loc. e cond.*, 1999, 365.

⁵ Cass. Pen., III, 9.6.2006, n. 19811.

⁶ Cfr. Cass. Pen., III, 2.12.1997, n. 11030. In dottrina, cfr. A. ALIBRANDI, *Reati edilizi e stato di necessità*, in *Riv. pen.*, 1991, 168.

giuridiche che si riferiscono ai bisogni indeffettibili del vivere civile, come il diritto ad una dignitosa abitazione.

2. Ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali.

Stanti tali premesse, la giurisprudenza ritiene che la scriminante sia astrattamente applicabile non solo ai reati di costruzione abusiva, ma anche a quelli di occupazione abusiva di immobile. Ciò non significa tuttavia estendere a dismisura l'operatività della causa di giustificazione, riducendo la punibilità di talune condotte, poiché rimane pur sempre doveroso un accurato accertamento dell'esistenza degli altri presupposti dell'art. 54 c.p., in particolare di quello dell'inevitabilità. In questo senso, si è parlato di un "atteggiamento rigorista della giurisprudenza di legittimità", pronta ad ampliare il novero delle ipotesi di danno grave alla persona, ma restrittiva nell'individuazione degli altri requisiti⁷.

L'art. 54 c.p., in particolare, parla di un pericolo non altrimenti evitabile, ad indicare che, in presenza di condotte penalmente lecite che siano idonee a porre in salvo il bene in questione, queste devono sempre e comunque essere preferite rispetto a quelle contrarie alla legge⁸. Anche per quanto concerne i reati edilizi, dunque, per poter utilmente applicare tale scriminante, sarà necessario dimostrare l'insussistenza di altra possibilità innocua di prevenire il danno grave⁹.

In materia di costruzioni abusive, in particolare, la giurisprudenza sembra essersi assestata sul principio della non ipotizzabilità degli estremi della scriminante "quando il pericolo di restare senza abitazione è concretamente evitabile attraverso i meccanismi del

mercato o dello Stato sociale"¹⁰. La disponibilità di sufficienti somme di denaro, ovvero il possesso dei requisiti che la l. prescrive per poter accedere ad un alloggio popolare, impediscono di poter eccepire la causa di giustificazione, in quanto la costruzione abusiva deve rappresentare l'*extrema ratio*, cui ricorrere solo dopo aver proceduto attraverso i canali legali offerti dal mercato edilizio e dall'ordinamento giuridico¹¹. Conseguentemente, qualora l'imputato svolga un'attività lavorativa che gli consenta di reperire una casa sul mercato (anche stipulando un contratto di locazione), egli potrà ovviare alla prospettata necessità abitativa senza bisogno di edificare abusivamente¹². Allo stesso modo, non può parlarsi di stato di necessità laddove si sia proceduto all'illegittimo ampliamento di un immobile, giustificato dalla volontà di offrire uno spazio più confortevole ai propri figli minorenni, ove il nucleo familiare fosse in possesso della disponibilità economica (o delle condizioni richieste dalla normativa assistenziale) per poter procedere altrimenti¹³.

I suddetti principi, come già accennato, risultano applicabili anche ai reati di occupazione abusiva di immobili. La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, pur ritenendo astrattamente configurabile l'esimente, tende a circoscriverne l'applicazione ai soli casi in cui sia provata "una situazione di estrema urgenza, necessitante il ricorso ad una occupazione per improrogabili esigenze abitative", non essendo sufficiente "una situazione di mero disagio abitativo"¹⁴, che, come tale, non integra gli stringenti requisiti di cui all'art. 54 c.p. Di fatto, pur ritenendo che l'illecita occupazione di un immobile possa essere scriminata dal rischio della compromissione di un diritto

⁷ A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica ed abitativa*, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 1026.

⁸ Per una puntuale analisi del requisito, si cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 308.

⁹ P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2007, 10, nt. 10. L'onere della prova della altrimenti-inevitabilità del pericolo grava sull'imputato; sul punto, v. *Cass. Pen.*, III, 30.11.2011, n. 44407; *CdS*, IV, 15.5.2009, n. 3029. Sul requisito dell'inevitabilità, si cfr. anche *TAR Calabria*, Cz, I, 27.3.2012, n. 334.

¹⁰ Così, *Cass. Pen.*, III, 9.6.2006, n. 19811.

¹¹ F. MAESTRI, *L'esimente dello stato di necessità in relazione ai reati edilizi di costruzione ed occupazione abusiva di immobile*, cit., 1999, 365.

¹² Cfr. *Cass. Pen.*, III, 1.11.2012, n. 37913. In tale pronuncia la Corte ha giudicato inoperante la causa di giustificazione, poiché l'imputato, acquistando un terreno e costruendovi abusivamente una villetta, aveva ampiamente dimostrato, per *facta concludentia*, la disponibilità di somme di denaro sufficienti a consentirgli di acquistare un'abitazione.

¹³ *Cass. Pen.*, III, 19.9.2008, n. 35919.

¹⁴ *Cass. Pen.*, II, 14.2.2008, n. 7183.

fondamentale dell'individuo, quale quello all'abitazione, in giurisprudenza si tende a negare l'operatività della causa di giustificazione, allorquando tale rischio possa essere ovviato mediante la richiesta di ausilio ai servizi pubblici di assistenza¹⁵. Parte della dottrina ha però criticato tale impostazione, affermando che essa "dimenticherebbe" le inefficienze del nostro *welfare state*, come ad esempio la cronica carenza di alloggi popolari e le lunghissime liste di attesa¹⁶.

3. Conclusioni.

D'altronde, la questione non è di facile soluzione, data la rilevanza costituzionale e la delicatezza degli interessi in gioco, che il giudice e gli interpreti sono chiamati a ponderare. L'abitazione, infatti, quale luogo in cui si concretizza la dignità umana e sociale dell'individuo, è bene strumentale alla realizzazione di una molteplicità di diritti e principi costituzionali, come quello alla salute (art. 32), alla tutela della famiglia, della maternità e dell'infanzia (art. 31)¹⁷. È tuttavia indiscutibile che anche le norme che reprimono i reati di costruzione ed occupazione abusiva sono dirette a proteggere beni costituzionalmente rilevanti, come la proprietà privata (art. 42), il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico (art. 9, co. 2)¹⁸.

La soluzione di un tale potenziale conflit-

to, di certo non semplice, deve essere ricercata nella logica del bilanciamento tra interessi contrapposti, la quale, mediante l'applicazione di un principio di ragionevolezza, è in grado di realizzare un equo temperamento delle istanze in tensione, senza determinare irragionevoli sacrifici dell'una o dell'altra.¹⁹

¹⁵ Tra le più recenti, Cass. Pen., II, 13.9.2011, n. 33838 e Cass. Pen., II, 4.3.2011, n. 8724, che ha affermato che i presupposti applicativi della scriminante devono ricorrere al momento dell'occupazione e perdurare per tutto il tempo in cui la stessa prosegue. Un interessante precedente è anche Cass. Pen., II, 26.9.2007, n. 35580, la quale ha annullato la sentenza di secondo grado in quanto era stata omessa da parte del giudice d'appello ogni indagine circa la effettiva sussistenza dei presupposti dello stato di necessità, sebbene l'imputato avesse fornito la prova dell'impossibilità di ricorrere ai servizi sociali e al mercato degli immobili.

¹⁶ La critica è di A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica ed abitativa*, cit., 1034-1035, il quale ritiene che la giurisprudenza maggioritaria miri a salvaguardare precipuamente gli interessi tutelati dalla normativa edilizia (proprietà, paesaggio, ecc.), senza tenere sufficientemente in conto quei bisogni (es., quello di un alloggio salubre) che hanno determinato la condotta illecita.

¹⁷ A. MEREU, op. ult. cit., 1030.

¹⁸ Cass. Pen., III, 19.9.2008, n. 35919.

¹⁹ Non va peraltro dimenticato come il diritto alla salute, la cui presunta esposizione a pericolo determina sovente l'invocazione dello stato di necessità, sia espressamente qualificato dalla Costituzione come "*diritto fondamentale*", ovvero come diritto che merita di prevalere, in caso di conflitto, rispetto ad un altro che, pur tutelato dalla Carta, non sia munito di tale qualifica (sul punto, si cfr. l'importante opera di P.F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà ed istituzioni*, Padova, 2005, 1-6).

«.....GA.....»

L'ATTIVITÀ DI INSTALLAZIONE DI CONDIZIONATORI CLIMATICI SULLE FACCIATE DI EDIFICI: MANUTENZIONE ORDINARIA, STRAORDINARIA, RISANAMENTO CONSERVATIVO E/O RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA?

della Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale

L'attività di installazione di condizionatori climatici sulla facciata degli edifici può essere inquadrata in diverse fattispecie a seconda del grado di incidenza dell'intervento stesso, con conseguente ripercussione sull'eventuale titolo abilitativo necessario.

The installation of an A/C [air conditioners] on the facade of a building may be interpreted differently depending on the impact of the intervention and, therefore, may require a specific kind of authorization.

Sommario: 1. Premessa. 2. Attività di installazione di condizionatori climatici sulle facciate di edifici. 3. Conclusioni.

1.Premessa.

Un'attività oggi piuttosto comune, quale è quella di installazione di condizionatori climatici sulla facciata di un edificio, può non essere del tutto agevole stante le molteplici possibilità di inquadramento di tale attività nella normativa edilizia - anche solo in astratto, se di manutenzione ordinaria, straordinaria, risanamento conservativo e/o ristrutturazione edilizia - e di conseguenza della scarsa chiarezza in ordine all'eventuale titolo abilitativo necessario.

La normativa generale cui fare riferimento è, anzitutto, quella di cui al d.P.R. 6.6.2001, n. 380, Testo unico dell'Edilizia, come modificato ed integrato, nonché la normativa secondaria, costituita dai vari regolamenti edilizi comunali, dalle N.T.A. etc.

In particolare, l'art. 3 del citato t.u. fornisce una definizione dei vari interventi rispettivamente di manutenzione ordinaria, straordinaria, di restauro e risanamento conservativo, di ristrutturazione edilizia e di nuova costruzione.

Tale norma, coordinata principalmente con i successivi artt. 6, 10 e 22, consente altresì l'individuazione degli eventuali titoli abilita-

tivi necessari per ogni tipo di intervento edilizio.

2.Attività di installazione di condizionatori climatici sulle facciate di edifici.

Con riferimento alla specifica attività di installazione di condizionatori climatici sulle facciate degli edifici, seguendo una parte della dottrina¹ e della giurisprudenza, si osserva come una prima fondamentale distinzione in materia riguardi l'installazione di condizionatori di grandi ovvero di piccole dimensioni.

In base a tale distinzione, la suddetta attività di installazione viene alternativamente inquadrata nell'attività di manutenzione straordinaria ovvero ordinaria, con riferimento all'entità dell'intervento stesso.

Secondo un primo orientamento, dunque, nel caso di installazione di condizionatori di modeste dimensioni, trattandosi di attività sostanzialmente libera, non sarebbe necessario munirsi di alcun titolo abilitativo.

In questi termini si è espresso, in un recen-

¹ Cfr.: I. MEO – A. PESCE, *Formulario delle procedure edilizie. I titoli abilitativi nell'edilizia*, 2012, ed. Gruppo 24 ore.

te passato, il Consiglio di Stato ritenendo che “*affinché le opere, gli interventi, le attività e le altre tipologie di alterazione o di modificazione dell’esistente assumano rilevanza a fini edilizi, occorre che esse incidano sull’ambiente urbanistico circostante sotto il profilo qualitativo e quantitativo, sì da determinare un apprezzabile mutamento di esso. Pertanto, ove gli interventi in questione non raggiungano la soglia di rilevanza che li renderebbe obiettivamente meritevoli di considerazione nell’ambito dell’attività pubblicistica di regolazione degli interessi urbanistico-edilizi, ordinante l’insediamento umano sul territorio, essi non vanno sottoposti ad alcun regime pubblicistico, neppure semplificato*”².

Sulla scia di sì autorevole orientamento si è così sviluppata quella giurisprudenza secondo cui il posizionamento dei condizionatori climatici all’esterno dell’edificio, pur potendo comportare alterazione della sagoma e dell’aspetto esteriore può dirsi opera del tutto minore e sostanzialmente libera, non idonea a ledere in modo apprezzabile né l’interesse paesaggistico né tantomeno quello urbanistico³.

Al contrario, a dover essere inquadrati nella manutenzione straordinaria, sono gli interventi di installazione di condizionatori di grandi dimensioni, trattandosi in questi casi, secondo la giurisprudenza, di interventi che presentano una certa consistenza - fatta eccezione per l’ipotesi di mera sostituzione del condizionatore già installato, laddove ricollocato nella stessa posizione e caratterizzato dalle stesse potenzialità del precedente, con la conseguenza che non sarà in tal caso necessa-

ria alcuna D.I.A. o altra comunicazione⁴.

Secondo un diverso orientamento, invece, deve escludersi che la posa di condizionatori stabilmente ancorati ai prospetti dell’edificio, alterandone la sagoma, possa integrare un intervento di manutenzione ordinaria, esente dal rilascio del titolo abilitativo⁵ affermandosi, al contempo che “*l’installazione di impianti che si pongono in rapporto di strumentalità necessaria rispetto ad edifici preesistenti - situazione rapportabile a caldaie, condizionatori, pannelli solari e simili - è sottoposta al regime della D.I.A.*”⁶.

La ratio sottesa a tale affermazione attiene, dunque, alla sussistenza di un rapporto di strumentalità necessaria rispetto ad edifici preesistenti trattandosi di “*opere finalizzate ad integrare servizi igienico-sanitari e tecnologici che non alterano i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportano modifiche della destinazione d’uso*”, con la conseguenza che un’eventuale installazione abusiva (poiché in assenza di D.I.A., ora S.C.I.A.) implica l’irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all’art. 37, d.P.R. 6.6.2001, n. 380⁷.

Pertanto, in base a questo secondo orientamento, per l’installazione di un condizionatore sulla facciata dell’edificio, trattandosi di attività di manutenzione straordinaria, sarà necessaria, come titolo abilitativo, la D.I.A. o meglio la S.C.I.A. edilizia⁸. In proposito, è

² CdS, II, parere 16.3.2005, n. 2602/2003, sul quale criticamente: G. VIRGA, *De minimis non curat administratio?*, 2005, 11, www.lexitalia.it.

³ Tar Lazio, II, 13.1.1984, n. 34; Tar Sicilia, Pa, III, 26.10.2005, n. 4101; Tar Campania, Na, VII, 2.7.2009, n. 3633. Anche di recente: Tar Puglia, Ba, III, 13.2.2012, n. 347, per cui “*il posizionamento dei condizionatori climatici all’esterno dell’edificio, pur potendo comportare, in ipotesi, alterazione della sagoma e dell’aspetto esteriore (art 10, co. 1, lett. c, t.u. edilizia ed art. 146, d.lgs. 22.1.2004, n. 42), può dirsi opera del tutto minore e sostanzialmente libera non idonea a ledere in modo apprezzabile l’interesse paesaggistico ed urbanistico*”.

⁴ Cfr.: E. CUZZOLA – M. PETRULLI, *Quale titolo abilitativo per l’installazione di caldaie, condizionatori, pannelli solari e simili?*, approfondimento del 14.1.2008, www.ediliziaurbanistica.it.

⁵ Cfr.: TAR Liguria, I, 25.6.2012, n. 877.

⁶ TAR Lazio, I, 17.4.2007, n. 3323; TAR Campania, Na, VII, 12.12.2007, n. 16203; CdS, VI, 1.10.2008, n. 4744.

⁷ In tal senso: TAR Campania, Na, IV, 15.4.2011, n. 2157; TAR Campania, Na, VII, 5.6.2008, n. 5245.

⁸ La S.C.I.A. edilizia è stata introdotta dall’art. 49, co. 4 bis, del d.l. 31.5.2010, n. 78 conv. in l. 30.7.2010, n. 122 e successivamente modificata con d.l. 13.5.2005, n. 70 conv. in l. 12.7.2011, n. 106. Per un recente approfondimento in materia, cfr.: F. PALAZZOTTO, *La segnalazione certificata di inizio attività (Scia) alla luce delle recenti modifiche legislative e interventi giurisprudenziali*, in questa Rivista, 2012, 2. Alla luce delle modifiche normative di cui alla l. 22.5.2010, n. 73, sembrerebbe invece sufficiente una semplice Comunicazione (C.I.A.), laddove le opere di installazione di

utile specificare ulteriormente che la D.I.A., a seguito delle modifiche normative apportate dalla l. 22.5.2010, n. 73 e dal successivo “Decreto Sviluppo”, è oggi sostituita dalla C.I.A. o dalla S.C.I.A. a seconda che le opere per la loro installazione incidano o meno su parti strutturali dell’edificio - ricorrendo, in tale ultimo caso, l’ipotesi di cui all’art. 6, c. 2, d.P.R. 6.6.2001, n. 380.

A dimostrazione della complessità della materia in questione ed allo scopo di cercare di fornire una panoramica il più possibile completa sulle problematiche scaturenti dalla suddetta attività, si richiama un ulteriore elemento normativo che se da un lato arricchisce la regolamentazione in materia, dall’altro la rende più complessa.

Con riguardo alla situazione del Comune di Roma, si fa nello specifico riferimento alla Circolare esplicativa 9.3.2012, n. 19137, ove viene riassunta la disciplina dell’attività edilizia dopo il Decreto Sviluppo al fine di “fornire indicazioni e criteri con i quali individuare in modo univoco la categoria di intervento edilizio cui l’opera da realizzare debba ascrivarsi e di conseguenza l’individuazione dell’eventuale titolo abilitativo necessario”⁹.

La circolare in questione, elencando i titoli abilitativi richiesti per i vari interventi edilizi, considera subordinata a C.I.A. l’installazione di un impianto tecnologico come quello in discorso. Tuttavia, per le macchine collocate in uso prima dell’emanazione della suddetta circolare, sembra corretto ritenere la loro installazione rientrante nella categoria della manutenzione ordinaria e quindi escludere la necessità di qualsiasi titolo abilitativo.

Rispetto al possibile diverso inquadramento dell’attività di installazione di condizionatori nella ristrutturazione edilizia piuttosto che nel risanamento conservativo si osserva brevemente quanto segue.

Sotto il primo profilo, l’inquadramento nella ristrutturazione edilizia dovrebbe escludersi con riguardo a quella giurisprudenza secondo cui “il riferimento dell’art. 10, lettera

c) del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 a sagoma e prospetti non può estendersi, alla stregua di un criterio di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà dell’intervento pubblico autoritativo, agli interventi minori esterni all’edificio, coerenti con l’uso normale cui l’immobile è destinato e non incidenti sul complessivo assetto edilizio ed urbanistico urbano d’interesse generale”¹⁰, pur potendo però, almeno in astratto, essere ricompresi nella fattispecie di cui all’art. 10, lett. c) laddove le opere finalizzate all’installazione di condizionatori presentino una certa consistenza¹¹.

Sotto il secondo profilo si rileva che, anche in questo caso almeno in astratto, non può escludersi l’inquadramento dell’attività di “installazione di nuovi impianti tecnologici (...) come caldaie esterne, macchine per il condizionamento d’aria.., se posti anche solo parzialmente all’esterno dell’unità immobiliare e/o edilizia” nella fattispecie di risanamento conservativo, come in tal senso richiamati dalla già citata circolare esplicativa del Comune di Roma e dall’art. 9 delle N.T.A. del P.R.G. .

Rispetto alla citata Circolare, in effetti, il quadro regolamentare risulta ancora più complesso: emerge infatti la natura “fluida” delle varie tipologie di intervento edilizio poiché labile è la differenza esistente in concreto tra “interventi finalizzati ad integrare e mantenere in efficienza gli impianti tecnologici preesistenti, senza realizzazione di nuovi volumi tecnici dentro o fuori terra” (manutenzione ordinaria), “nuova installazione di impianti tecnologici..ed integrazione di servizi igienico/sanitari senza alterazione dei volumi, delle superfici e dell’aspetto esteriore dell’immobile oggetto dell’intervento” (manutenzione straordinaria), “installazione di nuovi impianti tecnologici ... come caldaie esterne, macchine per il condizionamento d’aria.., se posti

condizionatori non incidano su parti strutturali dell’edificio.

⁹ Si tratta della Circolare esplicativa 9.3.2012, prot. n. 19137, reperibile sul sito internet del Comune di Roma.

¹⁰ TAR Puglia, Ba, III, 20.10.2011, n. 847; Tar Lazio, II bis, 21.9.2012, n.7971.

¹¹ La giurisprudenza si è difatti espressa con esclusivo riguardo alle ipotesi di interventi minori esterni all’edificio. Dunque nelle ipotesi di opere di installazione di un certo rilievo, non può escludersi la necessità di munirsi di permesso di costruire, in ragione dell’alterazione in modo determinante dei parametri edilizi, quali sagoma e prospetto.

anche solo parzialmente all'esterno dell'unità immobiliare e/o edilizia" (risanamento conservativo) e le varie ipotesi che integrano una ristrutturazione edilizia.

Infine, nell'ulteriore ipotesi di installazione di condizionatori su prospetti o su balconi di edifici di interesse storico-architettonico o ricadenti in zone sottoposte a vincolo paesaggistico è richiesto il nulla o l'autorizzazione paesaggistica: ai sensi dell'art. 21, co. 4, d.lgs. 22.1.2004, n. 42, per gli interventi edilizi su un immobile vincolato, è infatti richiesto il previo assenso della Soprintendenza.

3. Conclusioni.

Per completezza di trattazione, si richiama altresì un ulteriore aspetto, rilevante sotto il profilo civilistico e concernente l'eventuale alterazione del decoro architettonico a seguito dell'installazione di impianti di condizionamento.

La Cassazione¹² ha in proposito affermato il divieto di installare climatizzatori perché lesivi del decoro architettonico – inteso come l'insieme di linee e strutture che caratterizzano l'edificio dotandolo di una determinata fisionomia armonica – in quanto, essendo in genere installati sui muri esterni dell'edificio e cioè su parti comuni, tali interventi rientrerebbero tra le innovazioni che il codice civile consente a condizione che siano approvate da una apposita delibera dell'assemblea condominiale e che non alterino il decoro architettonico dell'immobile stesso (art. 1120 cod. civ.).

In ogni caso la Corte ha esaminato il problema esclusivamente con riferimento a impianti di grandi dimensioni; tuttavia, deve comunque rilevarsi che, sotto questo profilo, anche piccoli interventi sono stati riconosciuti lesivi del decoro architettonico di un immobile¹³.

Infine, riguardo alla cc.dd. estetica dell'immobile vengono altresì in rilievo tutte

quelle opere che, modificandola, hanno un'incidenza anche sotto il profilo urbanistico. Ad esempio, il Regolamento generale edilizio del Comune di Roma, approvato con delibera n. 5261 del 18.8.1934, all'art. 49 dispone che: *"le fronti delle case e degli edifici in genere, prospettanti su vie o su spiazzi pubblici o comunque da queste visibili, debbono con speciale riguardo alla loro ubicazione, corrispondere alle esigenze di decoro edilizio, tanto per ciò che si riferisce alla corretta armonia delle linee, quanto al materiale da impiegarsi nelle opere di decorazione ed alle tinte"*¹⁴.

¹² Cass. civ., II, 22.8.2003, n. 12343, con nota di N. IZZO, *La tutela del decoro architettonico dell'edificio come limite all'uso della cosa comune*, in *Giust. civ.*, 2004, 11, 2725.

¹³ Trib. Milano, n. 179/2004; Trib. Milano, n. 16076251/2007; *contra*: Giudice di Pace di Grosseto, 19.8.2011, n. 1038.

¹⁴ Il Regolamento generale edilizio del Comune di Roma è stato approvato con delibera n. 5261 del 18.8.1934 ed è reperibile online sul sito del medesimo Comune. Sulla problematica relativa alla collocazione dei regolamenti edilizi nel sistema delle fonti, cfr.: F. CINTIOLI- S. BELLOMIA, *Commento all'art. 4 T.U. Ed.*, a cura di M. A. SANDULLI, in *Testo unico dell'Edilizia*, 2008, 86; G. BORDOLLI, *Condizionatori d'aria fra limiti e divieti. Canoni estetici e norme ambientali: le regole per gli impianti*, in *Dir. e giust.* 2005, 113, 30. Si tenga comunque presente il problema dell'esistenza di vincoli ulteriori in alcune zone dei centri storici ove non si ammettono condizionatori esterni aggettanti sugli spazi pubblici, strade etc., ammettendosi, al contrario, solo piccole aperture – griglie di diametro limitato, in genere 16 cm – per la circolazione dell'aria (per tale ragione le imprese produttrici hanno ormai in linea di produzione condizionatori con apparecchiatura unica e motore all'interno e con sole griglie esterne per tubi di uscita e presa aria).

MANUFATTI LEGGERI E NECESSITÀ DEL TITOLO ABILITATIVO: IL CASO DEI C.D. GAZEBO DESTINATI ALLA RISTORAZIONE

del Dott. Alfonso Cernelli

L'Autore, premessi brevi cenni sulla normativa edilizia in materia di manufatti leggeri, si concentra sul caso dei c.d. gazebo destinati alla ristorazione, di uso stagionale, analizzando la questione della necessità del titolo abilitativo.

The Author, after a brief picture about light buildings' legislation, analyzes the matter of the so-called gazebos, seasonally used outside restaurants, that require a building permit.

Sommario: 1. I gazebo quali manufatti leggeri ai sensi del Testo Unico dell'Edilizia. 2. Precarietà del manufatto: il criterio dell'uso temporaneo e contingente.

1. I gazebo quali manufatti leggeri ai sensi del Testo Unico dell'Edilizia.

L'art. 3, lett. e.5 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380 (Testo Unico dell'Edilizia) qualifica come intervento di nuova costruzione, come tale sottoposto a regime concessorio, "l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulottes, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee".

La giurisprudenza amministrativa, anche alla luce di tale disposizione, è univoca nel ritenere che la nozione di costruzione, ai fini del rilascio del titolo abilitativo, si configuri in presenza di tutte quelle opere che attuino una trasformazione urbanistico-edilizia dell'area su cui sono collocate, a prescindere dalla realizzazione di murature¹, "ben potendo trattarsi di opere realizzate in metallo, in laminati di plastica, in legno o altro materiale"².

Premesso che l'elencazione contenuta nella norma citata ha carattere indicativo e non tassativo³, ne consegue che anche quelle strutture che prendono il nome di *gazebo* necessitano di idoneo titolo edilizio, tutte le volte in cui concretizzino una perdurante modifica dello stato dei luoghi, ossia allorquando determinino una trasformazione urbanistico-edilizia stabile, preordinata a garantire il soddisfacimento di esigenze non transitorie⁴. Ad avviso del Consiglio di Stato, la *ratio* dell'art. 3, lett. e.5 del d.P.R. n. 380 del 2001 sarebbe quella di frenare il fenomeno dei c.d. "abusivi progressivi", potenzialmente in grado di trasfigurare un'area mediante il succedersi di interventi anche di modesta rilevanza. Per tale ragione, anche la realizzazione di *gazebo* può essere ricondotta tra le "nuove costruzioni", in tutti i casi in cui questi, per struttura, materiali e grandezza, non costituiscano semplici arredi temporanei di un'area, al pari di un ombrellone, ma ipotesi del tutto differenti per dimensioni, funzioni ed impatto visivo⁵.

¹ CdS, V, 13.6.2006, n. 3490; nello stesso senso, cfr. anche TAR Toscana, III, 16.5.2012, n. 943; Tar Liguria, I, 28.6.2011, n. 1015.

² TAR Campania, Na, VIII, 24.4.2009, n. 2163; CdS, IV, 6.6.2008, n. 2705.

³ V. ITALIA, sub Art. 3, in *Testo Unico sull'edilizia (commento al d.P.R. 6.6.2001, n. 380)*, Milano, 2003, 45.

⁴ CdS, V, 20.6.2011, n. 3683.

⁵ CdS, IV, 30.7.2012, n. 4318. In questo caso i Giudici amministrativi hanno ritenuto che il c.d. *gazebo* avesse

Sulla scorta di tali principi, i Tribunali amministrativi hanno individuato una serie di parametri per il legittimo posizionamento di un gazebo in assenza di titolo abilitativo. *In primis*, deve trattarsi di una struttura di modeste dimensioni rispetto alla superficie totale dell'immobile cui accede, non infissa né ancorata al pavimento dell'area, ma solo poggiante su di esso⁶. In secondo luogo, non necessita di permesso di costruire la struttura che, essendo aperta su tutti i lati, non configurare nuovo volume edilizio⁷. *A contrario*, l'apposizione di vetrate o pannelli laterali fissi, creando nuova volumetria, importa una stabile trasformazione edilizia dell'immobile cui il manufatto accede, oltre ad un significativo impatto visivo⁸. Il rilascio del permesso di costruire per una struttura di ferro e legno non fissata al suolo non è pertanto necessario soltanto se questa, essendo aperta sui lati, non determini di fatto un aumento di superficie utile; viceversa, la copertura mediante telo tipo PVC, unita alla chiusura ai lati mediante pannelli, rendono necessario il rilascio di titolo edilizio.

Infine, il carattere accessorio del manufatto è del tutto ininfluenza ai fini della necessità di titolo edilizio; costituisce nuova costruzione anche l'opera che difetti di una propria individualità, purché essa configuri una struttura volumetrica, derivante dall'aumento della sagoma d'ingombro⁹.

2. Precarietà del manufatto: il criterio dell'uso temporaneo e contingente.

determinato una rilevante alterazione della sagoma esterna dell'edificio, data la presenza di porte e finestre, copertura in plastica, paratie di chiusura sui lati esterni e, soprattutto, un'estensione di superficie considerevole.

⁶ TAR Campania, Na, IV, 19.1.2012, n. 238, che richiama TAR Lazio, II, 13.10.2010, n. 32802, secondo cui "non è necessario il rilascio di un permesso di costruire per la realizzazione (...) di un gazebo avente struttura in ferro e legno ancorato al suolo con barre non fissate, quindi facilmente rimovibile, e non comportante aumento di superficie utile, in quanto aperto sui lati".

⁷ TAR Lombardia, Bs, II, 7.4.2011, n. 526.

⁸ Sul punto, cfr. TAR Basilicata, I, 13.5.2011, n. 308.

⁹ I. CIMATTI, *Costituisce "costruzione", ai sensi dell'art. 873 c.c., anche il manufatto in legno e ferro*, in *Vita not.*, 2011, 1, 93-94.

Un'ipotesi particolare di "manufatti leggeri", per i quali si pone il problema della necessità o meno del titolo abilitante, è quella degli spazi esterni, solitamente muniti della forma e struttura dei gazebo, destinati alla sistemazione della clientela per i ristoranti o altri esercizi di somministrazione di cibo e bevande.

A fronte dei provvedimenti comunali di demolizione, non è raro che vengano instaurati dei giudizi nel corso dei quali gli autori dell'abuso si difendono eccependo la natura temporanea di tali strutture, destinate ad essere utilizzate soltanto per un periodo dell'anno, specialmente durante la stagione estiva. Occorre dunque capire se l'impiego di tali manufatti per un periodo limitato dell'anno possa attribuire loro carattere occasionale o provvisorio.

La giurisprudenza ha chiarito che un'opera può essere qualificata come precaria ove sia destinata ad essere rimossa non appena siano venuti meno i bisogni, meramente occasionali, che ne hanno determinato la costruzione; viceversa, ove il manufatto sia preconstituito al soddisfacimento di interessi stabili e permanenti, questo non presenta caratteri di precarietà¹⁰. La nozione di precarietà non è dunque legata al tipo di materiale impiegato per la costruzione, ma è ancorata ad un criterio di tipo funzionale, che tiene conto della natura contingente delle esigenze che hanno determinato la costruzione.

Il carattere smontabile e il tipo di fissaggio al suolo non sono più considerati quali elementi da cui desumere in via esclusiva la precarietà o meno del manufatto, dovendosi tenere conto della concreta destinazione a sopprimere a bisogni contingenti o durevoli¹¹.

La nozione giuridica di costruzione, per la

¹⁰ TAR Campania, Sa, II, 27.2.2007, n. 179. Ad avviso di V. ITALIA, cit., 45, la ragione della qualificazione giuridica di "nuova costruzione" per tali strutture dipenderebbe proprio dalla loro finalità di utilizzo quali magazzini, depositi, spazi espositivi o ambienti di lavoro.

¹¹ A.F. MORONE, *Reati edilizi e manufatti precari*, in *Giur. it.*, 2009, 3, 448. Anche la Cassazione penale ha chiarito che, in materia di reati urbanistici, la precarietà di un manufatto è esclusa da un impegno effettivo e durevole del territorio: cfr. Cass. Pen., III, 12.7.1999, n. 11839.

quale è richiesto titolo abilitativo, si può così ricavare attraverso la sua differenziazione dal concetto di opera precaria; l'elemento caratterizzante della prima è infatti rappresentato dalla "non occasionalità", da valutare in termini ampi, ossia tenendo conto sia dell'effettiva destinazione d'uso che della sua "durata" nel tempo¹².

Sulla base dei criteri teleologico¹³ e temporale, da valutarsi obiettivamente¹⁴ senza tenere conto dell'intenzione soggettiva del costruttore¹⁵, non necessita di rilascio di titolo edilizio il manufatto che, indipendentemente dalla sua facile rimovibilità, appaia destinato a realizzare fini specifici e limitati nel tempo, per essere poi rimosso con sollecitudine. Si può così sostenere che il carattere della precarietà dipenda unicamente dall'uso, che deve essere specifico e temporalmente limitato, cui l'opera è destinata; la stagionalità, invece, in quanto presuppone un uso permanente nel tempo e non occasionale, esclude la natura precaria del manufatto, con conseguente sottoposizione a regime concessorio¹⁶.

In aderenza a tali principi, i Giudici amministrativi hanno affermato che, allorché il manufatto sia preordinato a soddisfare esigenze non precarie della ditta sotto il profilo funzionale, esso determina una trasformazione urbanistico-edilizia dell'area¹⁷. Pertanto, a nulla vale richiamare il fatto che la struttura venga rimossa durante il periodo invernale, essendo usata ai fini della somministrazione di cibo e bevande soltanto durante il periodo

estivo. Il Consiglio di Stato, infatti, ha altresì sancito che la destinazione a spazio volto a soddisfare una migliore sistemazione della clientela non costituisce un fine contingente, ma una finalità permanente - sia pure per una parte dell'anno - che comunque necessita di concessione edilizia, a nulla rilevando l'eventuale precarietà strutturale del manufatto¹⁸.

L'esigenza di collocare i propri clienti, dunque, non rileva ai fini dell'esclusione dell'applicabilità del regime autorizzatorio, perché non assume caratteri di precarietà o di stretta contingenza¹⁹, ma, ricorrendo annualmente sia pure per un periodo limitato di tempo, finisce per assumere connotati di perpetuità²⁰.

In altri termini, la stagionalità dell'uso non rappresenta un'esigenza contingente, né consente di derogare alla norma che subordina le nuove edificazioni al rilascio del titolo abilitativo. Il Testo Unico dell'Edilizia, infatti, al fine di evitare il moltiplicarsi di eccezioni alla regola della necessità del permesso di costruire, ne ha consentito la possibilità solo nei casi di interventi volti a soddisfare bisogni temporanei e transitori, purché non si determinino immutazioni nei luoghi o incidenze sul territorio prolungate nel tempo²¹.

¹² A. PERRONE (a cura di), *L'illecito edilizio*, Padova, 2006, 179-181.

¹³ Così I. CIMATTI, cit., 91.

¹⁴ Secondo Cass. Pen., III, 20.6.1997, n. 6781, infatti, è "irrelevante (...) la destinazione subiettivamente attribuita all'opera dal costruttore o dall'installatore". Nel caso studiato dalla Corte, i ricorrenti sostenevano la precarietà dell'opera, ma i giudici, valutate la consistenza e la destinazione della stessa (edificio accessorio ad un terreno coltivato), l'hanno "obiettivamente" ritenuta costruzione destinata a soddisfare esigenze durevoli.

¹⁵ P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2010, 259. Per una esaustiva definizione della nozione di precarietà, si cfr. anche p. 195.

¹⁶ G. LEONE - G. MAIONE - A. PARISI, sub Art. 3, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia (commento)*, Milano, 2009, 79.

¹⁷ CdS, V, 13.6.2006, n. 3490; CdS, IV, 6.6.2008, n. 2705.

¹⁸ CdS, IV, 30.7.2012, n. 4318.

¹⁹ CdS, V, 1.12.2003, n. 7822. Cfr. anche CdS, VI, 16.2.2011, n. 986, che ha qualificato come intervento di nuova costruzione un gazebo per la ricezione della clientela, sebbene munito di semplice copertura in PVC.

²⁰ P. TANDA, cit., 197.

²¹ CdS, IV, 22.12.2007, n. 6615.

AMPIEZZA DEI POTERI COMUNALI IN TEMA DI INSEDIAMENTI URBANISTICI DI IMPIANTI TELEFONICI

dell'Avv. Sergio Fifi

La L. urbanistica fondamentale 17.8.1942, n.1150 non impedisce ai comuni, piuttosto che allo Stato, di provvedere, mediante ricorso agli strumenti urbanistici, a tutela dell'ambiente, del paesaggio e della popolazione, in tema di installazioni di reti telefoniche.

The basic planning Law no. 1150 of august th 17th 1942 does not prevent the municipality, rather than the State, to provide, through use of planning instruments, in environment, landscape and people safeguard, in terms of installations of telephone networks.

Sommario: 1. La sentenza. 2. Il fatto e il ricorso. 3. Altre pronunce del TAR. Lombardia e di altre Curie amministrative in tema. 4. Il "vincolo cimiteriale". 5. Conclusioni.

1. La sentenza.

La prima sezione del Tribunale Amministrativo regionale Lombardia Milano, con la sentenza n. 2614 del 25.10.2012 fa chiarezza in tema di competenze e relativi poteri amministrativi dei comuni rispetto alle attribuzioni centralizzate.

In particolare, con riferimento a destinazione d'uso e possibilità di installazione degli impianti di telefonia da parte delle compagnie di gestione, il Giudice amministrativo ritiene che la l. urbanistica fondamentale, la n. 1150 del 17.8.1942, conferisca ai comuni potere decisionale mediante ricorso agli strumenti urbanistici. Sotto detto profilo, l'art. 7, co.2, n. 2) della l. citata, stabilisce che *"Il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale e indicare essenzialmente: [...omissis...] la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona"*. Lo stesso piano regolatore, ugualmente, deve individuare *"le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale"* (art. 7, co. 2 n.4) del medesimo articolato. La Corte Costituzionale, con pronuncia del 12-20.5.1999, n. 179 ha dichiarato l'illegittimità

costituzionale del combinato disposto degli artt. 7, nn. 2, 3 e 4, e 40 della l. n. 1150/1942 e 2, co. 1, della l. 19.11.1968, n. 1187 (Modifiche ed integrazioni alla l. urbanistica 17.8.1942, n. 1150), nella parte in cui consente all'amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo.

Proprio perché illegittima ove consente la reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, profilo estraneo alla materia e vicenda che occupa, detta pronuncia non ha scalfito, però, in maniera alcuna il vigore dell'art. 7 nella disciplina amministrativa dell'elettrosmog. Se ne deve concludere che il comune conserva piena legittimazione all'adozione di previsioni regolamentari a tutela del corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, minimizzando, in uno, l'esposizione dell'abitato e della popolazione ai campi elettromagnetici, in armonia con la pianificazione urbanistica.

Il principio, peraltro, passa non senza attriti, ad esemplificazione dei quali sia sufficiente richiamare la pronuncia della C. cost. n. 307 del 7.10.2003, in cui si potrà leggere, in temi paralleli, che *"la genericità ed eterogeneità delle categorie di aree e di edifici rispetto a cui il vincolo di distanza minima vie-*

ne previsto, configurano non già un quadro di prescrizioni o standard urbanistici, bensì un potere amministrativo in contrasto con il principio di legalità sostanziale e tale da poter pregiudicare l'interesse, protetto dalla legislazione nazionale, alla realizzazione delle reti di telecomunicazione”.

2. Il fatto e il ricorso.

Il fatto da cui trae origine il principio è un'ordinanza - la n. 61 del 6.8.2004 - del responsabile dell'Area urbanistica ed edilizia privata del comune di Besozzo, per mezzo della quale è stata disposta la sospensione dei lavori di realizzazione di una stazione radio base per la telefonia cellulare ad opera di un noto gestore. Attività avviata sulla scia di una D.I.A. (denuncia di inizio attività) edilizia presentata dalla società operatrice in data 23.1.2004.

L'amministrazione aveva effettuato un sopralluogo, da cui relativo verbale del 9.8.2004. L'ordinanza n. 62 dell'11.8.2004 dello stesso plesso recava identico dispositivo. Il responsabile d'area, con provvedimento del 3.9.2004, aveva integrato, confermandolo, il dispositivo predetto. Tutti gli indicati provvedimenti sono stati impugnati dalla Società ricorrente in uno con la deliberazione n. 3 del 3.3. 2004 del Consiglio Comunale, avente ad oggetto la "adozione variante 2004 a P.R.G. (Piano Regolatore Generale, n.d.r.) per l'adeguamento alla L.R. (L. regionale, ut supra) n. 11/2011", con particolare riferimento alle norme tecniche di attuazione.

Tra gli altri motivi di ricorso, sono stati i numeri 8) e 9) a sollevare la questione oggetto della segnalazione odierna. Il n. 8), censura l'asserita operata violazione, per mezzo dei provvedimenti impugnati, della l. urbanistica fondamentale, delle leggi regionali n. 51/75 e n. 23/97, dell'art. 7, co.13 l. regionale 11.5.2001 n. 11. Il motivo n. 9) di impugnazione concerne la propugnata violazione degli artt. 3, 4, 8 e 16 della l. n. 36/01; la violazione degli artt. 3, 4 e 5 del d.m. n. 381/1998 e del d.P.C.M. 8.7.2003, nonché l'incompetenza assoluta. Si era dedotto, sostanzialmente, l'illegittimo esercizio delle competenze comunali, rispettivamente sotto il profilo dello sviamento della funzione pianificatoria, "surrettivamente diretta al perseguimento di una finalità

sanitaria che spetta in via esclusiva allo Stato", come era dato leggere in seno al ricorso. Il Giudice amministrativo meneghino, pur accogliendo sostanzialmente gli altri motivi del ricorso, lo ha disatteso sul punto, ponendo il dettato che si segnala.

3. Altre pronunce del TAR Lombardia e di altre Curie amministrative in tema.

Frequentemente il Tribunale amministrativo della Lombardia, e non solo e sempre la "Sezione" di Milano, ha adottato pronunce sul tema del coinvolgimento dei comuni nell'abbattimento o, quando non possibile, almeno nel contenimento dell'elettromog.

Con la n. 2987 del 10.12.2012, ad esempio, la Prima Sezione ha stabilito che, in assenza di una regolamentazione specifica, le stazioni radio-base non possono ritenersi soggette alla stessa disciplina dettata dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore per gli edifici e i manufatti edilizi in termini di destinazioni funzionali, altezze distanze e cubature.

Nel caso di specie, non avendo approvato il comune uno specifico piano di azionamento delle antenne, il richiesto permesso edilizio non avrebbe, pertanto, potuto essere negato sulla base della sua asserita incompatibilità con la generica disciplina urbanistica dettata dalle Norme Tecniche d'Attuazione del piano regolatore generale per la zona di riferimento.

In precedenza, la decisione del TAR Lombardia, Brescia, II, n. 1461 del 24.8.2012 ha considerato la zonizzazione elettromagnetica legittima se rimane entro i confini della funzione urbanistica, senza interferire con interessi di altra natura e in particolare con la tutela della salute.

Il riferimento va fatto all'art. 4, co.11 della l.r. Lombardia n. 11 del 2001. Il Giudice ha rilevato, ancora, come la C. cost. abbia precisato, sul punto, che l'adozione di criteri localizzativi da parte degli enti locali non deve pregiudicare l'interesse nazionale alla realizzazione delle reti di telecomunicazione: di conseguenza non possono considerarsi legittime previsioni generiche o eccessivamente discrezionali.

4. Il "vincolo cimiteriale".

Di doverosa segnalazione, poi, perché interessante e, comunque, assai utile la sentenza del TAR Lombardia Brescia, I, n. 2381 del 1.12.2009 in materia di inquinamento elettromagnetico da radiofrequenze, prodotte dalle stazioni radio base per la telefonia mobile.

La decisione, infatti, ha confermato l'insuperabilità del vincolo cimiteriale, atteso che la salvaguardia del rispetto dei 200 metri prevista dall'art. 338 del T.U. leggi sanitarie approvato con il R.D. n. 1265 del 27.7.1934, nonché dall'art. 57 del d.P.R. n. 285 del 10.9.1990 si pone alla stregua di un vincolo assoluto di inedificabilità, valevole per qualsiasi manufatto edilizio anche ad uso diverso da quello di abitazione.

E, dunque, anche per una stazione radio base, comunque da ritenersi un manufatto edilizio. Infatti, si l. in motivazione che in *“nessuna disposizione dell'art. 338 il vincolo di inedificabilità viene limitato soltanto alle abitazioni dove è prevista la stabile residenza di persone. Il primo co. dell'art. 338 stabilisce in modo molto più generale, che “è vietato costruire” nel perimetro della fascia di rispetto senza limitare il divieto a tipi specifici di manufatti”*.

E' certo paradossale che in materia di inquinamento elettromagnetico da radiofrequenze, dove domina ancora oggi l'attenzione per la tutela della salute, si debba fare ricorso ad un vincolo cimiteriale per opporsi alla installazione di una stazione radio base.

Invero, Il TAR di Brescia sottolinea attentamente come il vincolo cimiteriale abbia una triplice finalità: esigenze sanitarie, salvaguardia della possibilità di espansioni del perimetro cimiteriale, rispetto della tranquillità e del decoro dei luoghi di sepoltura.

Sotto il profilo della legittimità, la scelta adottata dall'ente locale minore, dunque, non deve risultare in violazione di tali norme.

Sotto il profilo sostanziale, potrebbero sorgere dubbi a riguardo della compromissione di tali tre finalità, posto che è difficile immaginare come vengano esse compromesse dalla realizzazione di un impianto tecnologico, ad eccezione forse della salvaguardia della possibilità di espansioni del perimetro cimiteriale.

Ciò non toglie che il vincolo cimiteriale si

offra a garantire una tutela adeguata al vicino residente.

5. Conclusioni.

Le competenze dei Comuni sulla localizzazione e l'installazione degli impianti e la facoltà di poterla regolamentare non solo sono più volte ribadite dal quadro legislativo statale, sia in materia di emissione di campi elettromagnetici¹, sia di normativa generale sulla pubblica amministrazione², ma anche attraverso una copiosa giurisprudenza di supporto³.

La posizione incidentalmente assunta dal Tribunale amministrativo nella pronuncia che occupa ha, dunque, le carte in regola per apparire condivisibile. La normativa in tema di inquinamento, segnatamente elettromagnetico, deve tutelare, in primo luogo, il cittadino in quanto tale; per questo, deve uniformarsi a *standards* minimi paragonabili su tutto il territorio nazionale e confrontabili con quelli internazionali o, quanto meno, *“comunitari”*. Appare, pertanto, necessario riservare in via pressoché esclusiva allo Stato la disciplina in materia.

Ciò nondimeno, le modalità con cui far valere sul territorio dette garanzie presuppongono una conoscenza particolareggiata della morfologia del territorio e dell'ambiente, anche con riferimento allo *status quo* di urbanizzazione del tessuto geo-demografico all'atto degli interventi; elementi, tra molti altri, che solo un'amministrazione locale radicata può analizzare e valutare giungendo a risultati soddisfacenti.

A molteplici, differenti livelli, diversamente, va accertato che l'attività dell'amministrazione locale sia sempre informata non solo ai principi, di rango costituzionale, che disciplinano ogni iniziativa e ogni attività della pubblica amministrazione; ma al contemperamento degli interessi alla salute, alla libertà,

¹ L. 22.2.2001, n. 36 e d.m. 10.9.1998, n. 381

² D.lgs. 18.8.2000, n. 267.

³ Si citano solo TAR Lombardia, Mi, I, nn. 4015 e 4016 del 25.5.2001; *idem*, n. 3765 del 21.11.2000; TAR Veneto, II, ord. n. 1010 del 14.6.2000; TAR Veneto, III, 24.5.2000, n.1120; TAR Puglia, Ba, II, ord. 9.11.2000, n.1287; TAR, Emilia Romagna, Pa, 20.4.2001, n.226



all'uguaglianza e alla parità nella concorrenza, nel mercato e nell'utenza/consumo, ove

questi elementi vengano ad essere coinvolti da e/o nell'attività dell'ente.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.12.2012, n. 6656
Scelte urbanistiche - motivazione - ragione emergenti dalla relazione illustrativa del piano - sufficienza.

Lotto intercluso - in presenza di urbanizzazione solo parziale - insufficienza.

Le scelte sulla destinazione di singole aree sono congruamente motivate facendo riferimento alle ragioni evincibili dai criteri generali seguiti nell'impostazione del piano regolatore, ossia emergenti dalla relazione illustrativa del piano, non essendo ravvisabili altri e più incisivi profili motivazionali in qualsiasi situazione peggiorativa. La nozione di "lotto intercluso" non è applicabile nei casi di zone solo parzialmente urbanizzate, esposte al rischio di compromissione di valori urbanistici, nelle quali la pianificazione può ancora conseguire l'effetto di correggere e compensare il disordine edificativo in atto.

TAR Lazio, Sez. II bis, 29.11.2012, n. 9903
Scelte urbanistiche - obbligo di motivazione rafforzata - ipotesi - individuazione.

È imposto un maggior rigore motivazionale delle nuove destinazioni urbanistiche conferite dallo strumento urbanistico a tutela dell'affidamento del privato nei casi di: a) superamento degli standard minimi di cui al d.m. 2.4.1968, quanto alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento; b) convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi tra il Comune e i proprietari delle aree, giudicati di annullamento di dinieghi di permesso di costruire o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione; c) modificazione in "zona agricola" della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.12.2012, n. 6253
Distanze tra le costruzioni - impianto di ascensore - applicabilità - esclusione.

L'impianto di ascensore non soggiace alla disciplina delle distanze posta dall'art. 873 c.c. poiché non si tratta di una "nuova costruzione" ma di un mero volume tecnico strumentale alle esigenze tecnico-funzionali dell'immobile.

L'art. 79, d.P.R. 380/01, laddove autorizza la costruzione di opere finalizzate alla eliminazione delle barriere architettoniche in tema di deroga alle distanze stabilite dai regolamenti edilizi, concerne non soltanto le ipotesi in cui sussista una proprietà o una servitù di uso comune, ma anche quella in cui ricorra il semplice dato materiale dell'esistenza di uno spa-

zio comunque denominato, che per le sue caratteristiche si presti a essere impiegato dai residenti di entrambi gli immobili confinanti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.11.2012, n. 6033
Oneri concessori - determinazione - rettifica - è ammissibile.

Oneri concessori - determinazione - impugnazione - soggiace al termine di prescrizione decennale.

Contributi urbanistici - determinazione - spazi seminterrati adibiti a manovra delle auto e accesso box - si computano - spazi a standard - non si computano.

La natura paritetica dell'atto di determinazione degli oneri concessori consente alla ammini-

strazione di apportarvi rettifiche (sia in favore del privato che in senso contrario), purché ciò avvenga nei limiti della prescrizione del relativo diritto di credito. Si tratta infatti di una determinazione adottata in ossequio a criteri tabellari in ordine alla quale è esclusa qualsivoglia discrezionalità applicativa.

Le controversie relative alla determinazione dei contributi urbanistici involgono l'accertamento di diritti soggettivi che traggono origine direttamente da fonti normative, per cui sono proponibili, a prescindere dall'impugnazione di provvedimenti dell'amministrazione, nel termine di prescrizione. Ai sensi dell'art. 2 d.m. 10.5.1977, recante norme per la determinazione del costo di costruzione di nuovi edifici, concorrono a determinare il costo di costruzione, il 60% del totale delle superfici non residenziali destinate a servizi e accessori.

Pertanto legittimamente nel calcolo del contributo vengono inclusi spazi seminterrati adibiti a manovra delle auto ed accesso ai box essendo riconducibili, stante la loro caratteristica di volumi seminterrati nella categoria dei locali indicati nell'art. 2 lett. c) del predetto. I parcheggi pertinenziali in quanto espressamente individuati quali opere di urbanizzazione, non soggiacciono al contributo di costruzione. La gratuità non va peraltro estesa anche ai parcheggi pertinenziali che eccedono la misura minima di legge.

TAR Lazio, Sez. II bis, 28.12.2012, n. 10824
Roma Capitale - nuovo PRG - obbligo di PdC per i mutamenti di destinazione d'uso che non comportino passaggi tra categorie eterogenee - illegittimità.

Alla stregua della vigente normativa statale e regionale concernente in via generale le procedure amministrative autorizzatorie, ai fini della subordinazione a permesso di costruire del "passaggio" dall'una all'altra categoria di de-

stinazione d'uso, con o senza opere, i piani regolatori possono prevedere, nelle zone omogenee, solo le categorie di destinazione d'uso generali ammesse, e quindi possono assoggettare solo a D.I.A., e non a permesso di costruire, ogni diverso mutamento d'uso interno alla stessa categoria generale.

Infatti, il mutamento di destinazione d'uso giuridicamente rilevante è solo quello tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, posto che nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto, ma non diversi regimi urbanistico costruttivi, stanti le sostanziali equivalenze dei carichi urbanistici nell'ambito della medesima categoria (per l'effetto è stato annullato l'art. 6, co. 6, NTA-nuovo PRG Comune di Roma, per la parte in cui consente di assoggettare comunque a permesso di costruire i cambi di destinazione d'uso interni alla medesima categoria generale se comportano "il passaggio a una più elevata categoria di carico urbanistico" al di fuori delle previsioni del d.m. 1444/68, degli artt. 14 e 15, l.reg. n. 35/1977 e dell'art. 7, l.reg. n. 36/1987).

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 21.12.2012, n. 3185

PdC - silenzio assenso - si applica indipendentemente dalle differenti previsioni della legislazione regionale.

L'art. 20, d.P.R. 380/2001, laddove prevede il silenzio assenso in caso di domanda di rilascio del permesso di costruire, è espressione di un principio fondamentale della legislazione statale sul governo del territorio, sicché è direttamente applicabile alla Regione Lombardia sin dal momento dell'entrata in vigore della riforma di cui al d.l. 70/2011, indipendentemente dalle differenti previsioni della legislazione regionale.

«.....GA.....»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.12.2012, n. 6662
Opera abusiva - in zona sottoposta a vincolo di inedificabilità assoluta - istanza di condono - istruttoria - necessità - non sussiste.

Deve ritenersi corretto l'operato della P.A. che non abbia svolto accertamenti sulle caratteristiche dell'immobile oggetto dell'istanza di condono che insiste in area sottoposta a vincolo idrogeologico, al fine di valutare la sua eventua-

ale compatibilità con le ragioni del vincolo stesso, trattandosi di vincolo di assoluta inedificabilità che esclude ogni potere discrezionale dell'amministrazione in merito al rilascio del nulla-osta, risultando ininfluyente che lo stesso sia stato apposto successivamente alla presentazione dell'istanza di condono.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.12.2012, n. 6382
Ordinanza di demolizione - per gazebo non precario - è legittima.

È legittima l'ordinanza di demolizione di un gazebo funzionale a soddisfare esigenze permanenti, trattandosi di manufatto idoneo ad alterare lo stato dei luoghi, con sicuro incremento del carico urbanistico.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.12.2012, n. 6381
Terzo condono - applicabilità alle nuove costruzioni non residenziali - esclusione.

Il condono previsto dall'art. 32, co. 25, d.l. 269/03 non si applica alle nuove costruzioni aventi destinazione non residenziali, interpretazione confermata dal tenore letterale della disposizione e dal dato logico secondo cui, trattandosi di normativa eccezionale, non è possibile una sua interpretazione analogica.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.11.2012, n. 5990
Condono - possibilità di assentire opere da realizzare, oltre a quelle già abusivamente realizzate - non sussiste.

La valutazione di compatibilità richiesta nell'ambito del procedimento di condono ha ad oggetto specifico ed esclusivo opere abusive già esistenti, senza possibilità di considerare, se proposte dell'interessato, ovvero di prescrivere modifiche che ne migliorino l'inserimento ambientale.

Si tratterebbe invero non più di una sanatoria, bensì di un diverso titolo di legittimazione, che per di più concretizzerebbe l'elusione dell'oggetto e dei termini perentori stabiliti dalla normativa sul condono.

Solo dopo il positivo esame di compatibilità dell'opera abusiva possono essere, con distinto

procedimento, valutate le opere ulteriori e additive al fabbricato originario in completamente o miglioramento (nella specie, come riferito nella sentenza gravata: estensione della copertura a falde per la creazione di un porticato) e in tale ambito possono prescriversi correzioni al progetto relativo a dette innovazioni.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.11.2012, n. 5965
Volumi tecnici - con riferimento ai locali sottotetto - valutazione - criteri - individuazione - altezza interna - praticabilità del solaio - rilevanza.

Quei volumi destinati esclusivamente agli impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione e che non possono essere ubicati al suo interno - nel caso di specie impianti di areazione e termo-idrici, l'impianto dell'ascensore e del montacarichi - devono essere considerati volumi tecnici, quindi non computabili nella volumetria generale, a differenza di quanto si deve affermare per le soffitte, gli stenditoi e i locali di sgombero o le mansarde dotate di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda.

Inoltre la rilevanza urbanistica deve essere rinvenuta nell'altezza interna, nella praticabilità del solaio, nelle modalità di accesso e nell'esistenza o meno di finestre.

TAR Lombardia, Mi, Sez.II, 6.12.2012, n. 2944
PdC - annullamento d'ufficio - conseguenze - demolizione - costituisce extrema ratio.

L'art. 38, d.P.R. 380/01 ha introdotto, per i casi di annullamento del titolo edilizio, una disciplina sanzionatoria complessivamente più mite rispetto a quella prevista per le ipotesi di opere realizzate in assenza, in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto al titolo originario, in considerazione dell'esigenza di tutela dell'affidamento del privato.

Ne deriva che non può essere ordinata la demolizione non soltanto nelle ipotesi di mera impossibilità (o grave difficoltà), tecnica, potendo anche trovare considerazione ragioni di equità o al limite di opportunità.

- PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.12.2012, n. 6293
Vincolo storico-artistico - imposizione - motivazione - carente indicazione delle caratteristiche architettoniche o artistiche del manufatto - insufficienza.

È illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento impositivo di vincolo storico-artistico ex art. 10, lett. a, d.lgs. 42/04 basato sulla considerazione per cui l'immobile "rappresenta un'interessante testimonianza di villino borghese della prima metà del Novecento, testimonianza, in particolare, di una città giardino borghese che sta progressivamente scomparendo, e, in quanto tale, meritevole di essere salvaguardato", senza chiarire le specifiche caratteristiche architettoniche o artistiche del singolo manufatto.

Infatti, il mero riferimento al valore di testimonianza storica di un certo modo di costruire in un determinato periodo storico, senza alcuna ulteriore delucidazione specifica nel senso detto, si risolve in una motivazione di stile, meramente tautologica, che non consente di individuare l'importanza culturale del singolo fabbricato.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.11.2012, n. 5989
Zona sottoposta a vincolo paesaggistico - delimitazione - discrezionalità tecnica - sussiste. Vincolo paesaggistico - rimozione - è espressione del potere di autotutela - conseguenze - discrezionalità nell'an.

Bellezza di insieme - individuazione - vicende proprietarie delle singole componenti - irrilevanza - vincolo paesaggistico - stato di degrado dell'area - irrilevanza.

Le determinazioni dell'amministrazione in tema di delimitazione dei confini di una zona da sottoporre a vincolo paesaggistico quale bellezza di insieme costituisce tipica espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile in sede di giudizio di legittimità solo sotto il profilo della manifesta arbitrarietà ed illogicità della scelta operata. Il potere di rimozione del vincolo già imposto costituisce, in assenza di una disciplina ad hoc, tipica espressione del potere di revoca, con la conseguenza che l'amministrazione non ha l'obbligo di esaminare le istanze volte ad ottenere la revoca di precedenti provvedimenti divenuti inoppugnabili, ovvero a far dichiarare la inoperatività della normativa di salvaguar-

dia del bene, quando questo sia stato direttamente vincolato dalla legge o dalla legge regionale. L'individuazione di un compendio quale 'bellezza di insieme' deriva da caratteristiche di carattere funzionale e non è in alcun modo influenzata dalle vicende proprietarie che interessano le singole sue componenti.

L'avvenuta edificazione di un'area o le sue condizioni di degrado non costituiscono ragione sufficiente per recedere dall'intento di proteggere i valori estetici o paesaggistici ad essa legati, poiché l'imposizione del vincolo costituisce il presupposto per l'imposizione al proprietario delle cautele e delle opere necessarie alla conservazione del bene e per la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell'integrità dello stesso.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.11.2012, n. 5984
Opera abusiva - successiva all'imposizione del vincolo - valutazione tollerante - esclusione.

Ai fini della condonabilità di un manufatto abusivo è, infatti, ininfluenza l'epoca in cui è sorto il vincolo, purché questo sia ancora in essere alla data in cui deve essere valutata la domanda di sanatoria, sicché detta regola vale anche per le opere eseguite anteriormente all'apposizione del vincolo stesso

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.11.2012, n. 5977
N.o. - annullamento ministeriale - c.a.p. - preavviso di diniego - obbligo - non occorre.

L'annullamento dell'autorizzazione paesistica disposto in sede ministeriale ex art. 159 d.lgs. 42/04 non richiede né la previa comunicazione di avvio del procedimento né del preavviso di diniego, trattandosi di fase integrativa del procedimento svolto, in prima battuta, davanti all'amministrazione comunale.

TAR Lazio, Rm, Sez. II quater, 4.12.2012, n. 10121

Vincolo indiretto - ampliamento - legittimità - condizioni.

È legittimo il provvedimento di ampliamento di vincolo indiretto ai sensi degli artt. 45 e 46 d.lgs. 42/2004 disposto al fine di assicurare adeguate condizioni di integrità, luce e decoro di un insigne monumento e dell'ambiente circostante e di preservare l'unica vista completa e

libera sul sito, onde porre rimedio alla precedente determinazione con cui l'area interessata da vincolo indiretto, eccessivamente ristretta,

finiva per determinare un effetto di soffocamento ictu oculi evincibile.

«.....GA.....»

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.12.2012, n. 6700
Vincoli espropriativi - vincoli conformativi - differenze.

I vincoli espropriativi, soggetti alla scadenza quinquennale, concernono beni determinati, in funzione della localizzazione puntuale di un'opera pubblica, la cui realizzazione non può quindi coesistere con la proprietà privata. Non può invece attribuirsi carattere ablatorio ai vincoli che regolano la proprietà privata al perseguimento di obiettivi di interesse generale, quali il vincolo di inedificabilità, c.d. "di rispetto", a tutela di una strada esistente, a verde attrezzato, a parco, a zona agricola di pregio, verde, ecc. Il vincolo a verde rappresenta dunque espressione del potere pianificatorio di razionale sistemazione del territorio in zone omogenee, in radice diverso dal potere ablatorio preordinato all'adozione di provvedimenti di espropriazione.

TAR Sicilia, Ct, Sez. II, 24.12.2012, n. 3066
Localizzazione di o.p. - è espressione di discrezionalità tecnica - conseguenze.

Secondo la costante giurisprudenza amministrativa la scelta dell'area da espropriare costituisce tipica espressione della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che è sottratta al sindacato del giudice amministrativo la valutazione della censura avente ad oggetto il difetto di istruttoria, l'errore del presupposto ed il travisamento volta a dedurre la pari e maggiore accettabilità di una decisione altra rispetto a quella concretamente assunta dall'autorità amministrativa.

TAR Liguria, Sez. I, 14.12.2012, n. 1653
Concessionario di o.p. - responsabilità esclusiva - presupposti.

Sussiste la responsabilità esclusiva per i danni causati dal concessionario di opera pubblica ove questo compia in proprio nome tutte le ope-

razioni materiali, tecniche e giuridiche occorrenti per la realizzazione del programma edilizio.

TAR Lombardia, Mi, Sez. III, 10.12.2012, n. 2991

Atti della procedura espropriativa - annullamento - successiva adozione del provvedimento di acquisizione sanante - conseguenze - inammissibilità del giudizio di ottemperanza.

L'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura espropriativa impedisce al giudicato nel frattempo formatosi di esplicitare i suoi effetti ripristinatori, facendo venir meno l'obbligo della P.A. di restituire le aree interessate ai soggetti espropriati. Ne consegue che l'azione di ottemperanza della predetta sentenza, volta ad ottenere la restituzione dei terreni, va reietta o, comunque, dichiarata improcedibile.

TAR Sicilia, Ct, Sez. II, 7.12.2012, n. 2874

Irreversibile trasformazione del fondo privato - obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi ai sensi dell'art. 42 bis T.U.espr. - sussiste.

Nei casi contemplati dall'art. 42 bis, d.P.R. 327/2001 l'amministrazione ha l'obbligo giuridico di esercitare la valutazione in ordine alla restituzione dell'immobile ovvero in ordine alla acquisizione dell'opera al suo patrimonio indisponibile. In altre parole, nei casi di cui al citato art. 42 bis, il primo dovere che incombe sull'amministrazione non è quello "civilistico" relativo alla restituzione dell'immobile e al risarcimento del danno per l'occupazione illegittima, ma quello "amministrativo" relativo alla valutazione degli interessi in conflitto (valutazione dalla quale dipende il concreto esercizio della potestà di acquisizione del bene, ovvero la

concreta restituzione dell'immobile ai sensi della disciplina di diritto comune).

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 6.12.2012, n. 2064

Dichiarazione di p.u. - impugnazione - in mancanza della previa impugnazione del provvedimento impositivo del vincolo preordinato all'espropriazione - inammissibilità.

Localizzazione di o.p. - costituisce espressione di discrezionalità amministrativa.

Ordinanza di occupazione di urgenza - motivazione - richiamo alla dichiarazione di p.u. che consenta di rilevare l'urgenza - sufficienza.

La mancata impugnazione dell'atto impositivo del vincolo, come della dichiarazione di pubblica utilità, preclude la possibilità di farne valere l'illegittimità derivata in sede di impugnativa del provvedimento finale o dei successivi atti della sequenza procedimentale, trattandosi di atti direttamente lesivi (nel caso di specie è stato ritenuto inammissibile il ricorso avverso la dichiarazione di p.u. non proceduto dall'impugnativa della delibera di adozione della variante contenente la localizzazione

dell'opera, il piano particellare di esproprio e l'elenco delle ditte da espropriare).

La scelta del tracciato di un'opera viaria stradale costituisce manifestazione di un giudizio di merito dell'amministrazione, anche perché implicante la valutazione di profili attinenti alla maggiore o minore onerosità delle diverse soluzioni tecnicamente prospettabili; di conseguenza detta scelta, involgendo il merito dell'agire amministrativo, è insindacabile da parte del giudice amministrativo, se non sotto i profili della manifesta illogicità e irrazionalità.

Secondo l'orientamento dominante, seppur non pacifico, invalso presso il Consiglio di Stato l'ordinanza di occupazione d'urgenza, in quanto riguardante una fase puramente attuativa di quella della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dei lavori, è sufficientemente motivata con il richiamo espresso a tale dichiarazione, che ne costituisce l'unico presupposto e che consenta di rilevare l'urgenza della realizzazione delle opere previste nella dichiarazione di pubblica utilità.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.12.2012, n. 6667
VIA - variante significativa - rinnovazione.

Secondo la giurisprudenza (CdS, VI, 31.1.2007, n.370), è principio acquisito quello per cui la rinnovazione del giudizio di compatibilità ambientale è necessario quando le varianti progettuali determinino la costruzione di un intervento significativamente diverso da quello già esaminato. Se è prevista un'autorizzazione alla realizzazione di un intervento in più fasi, è necessaria una seconda VIA se nel corso della seconda fase (e quindi per esempio in sede di definitivo o di variante) il progetto può avere mostrato un nuovo impatto ambientale importante, in particolare per la sua natura, le sue dimensioni o la sua ubicazione (in termini, CdS, VI, n.2694 del 2006, principio conforme a Corte giust. Comm. eu. 4.5.2006, C-290/2003; CdS, IV, 7.7.2011, n. 4072).

TAR Piemonte, Sez. I, 23.11.2012, n. 1279

VIA - nuova procedura - rinnovo AIA - senza modifiche progettuali - necessità - non sussiste.

Nessuna norma impone all'amministrazione provinciale di sottoporre il progetto di un incederitore ad una nuova valutazione di impatto ambientale in occasione del rinnovo dell'autorizzazione integrata ambientale, in mancanza di modificazioni progettuali di carattere sostanziale capaci di determinare nuovi e significativi impatti ambientali non considerati nella VIA originaria.

È stato affermato, a questo riguardo, che la rinnovazione del giudizio di compatibilità ambientale si impone solo allorchè siano introdotte delle modificazioni progettuali che determinino la costruzione di un manufatto significativamente diverso da quello già esaminato, mentre la stessa non è necessaria ogni qualvolta al

progetto originario siano apportate modifiche che risultino più conformi agli interessi pubblici (determinando, ad esempio, una più efficace mitigazione degli effetti ambientali) o che, comunque, non diano vita ad un'opera strutturalmente diversa (CdS, sez. VI, 22.11.2006, n. 6831; CdS, sez. VI, 22.3.2012, n. 1640). In tal senso si è pronunciata anche la Corte di Giustizia Europea con la sentenza 17.3. 2011, C-275/09, Brussels HoofdstedeliJk Gewest.

TAR Piemonte, Sez. II, 22.11.2012, n. 1257

Ordinanza di indagine ambientale - nei confronti di chi esercita un potere di fatto - legittimità.

È legittima l'ordinanza sindacale con cui viene ordinato al proprietario delle aree, di presentare un progetto di indagine ambientale, ex art. 242 d.lgs. n. 152 del 2006, nonché di procedere alla rimozione dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi, a seguito del rinvenimento, di "elementi altamente nocivi ed inquinanti". Le esigenze di tutela ambientale sottese alla norma di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152 del 2006 rendono evidente che il riferimento a chi è titolare di diritti reali o personali di godimento va inteso in senso lato, essendo destinato a comprendere qualunque soggetto si trovi con l'area interessata in un rapporto, anche di mero fatto, tale da consentirgli - e per ciò stesso imporgli - di esercitare una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa essere adibita a discarica abusiva di rifiuti nocivi per la salvaguardia dell'ambiente; per altro verso, il requisito della colpa postulato da detta norma ben può consistere proprio nell'omissione degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area, così impedendo che possano essere in essa indebitamente depositati rifiuti nocivi (così Cassaz., sez. un., sent. n. 4472 del 2009).

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 8.10.2012, n. 998

V.I.A. - fattori di rischio - discrezionalità amministrativa.

La P.A. non può limitarsi ad una generica accettabilità del progetto separata da valutazioni inerenti all'inserimento dello stesso in un peculiare contesto ambientale, ma è tenuta a considerare le caratteristiche specifiche dell'area

sulla quale è prevista la realizzazione dell'opera, anche in presenza dei più moderni accorgimenti tecnico-progettuali, per cui, sussistendo determinati fattori di rischio in una determinata zona, il principio di precauzione impone di non aggravare la situazione mediante la realizzazione di un impianto che presenta chiare ed inequivoche problematiche per la sicurezza ambientale.

Conseguentemente, la valutazione di impatto ambientale perde la sua natura di mero giudizio tecnico per assumere profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano degli interessi pubblici in rilievo, con la conseguenza che la scelta di non sottoporre beni di primario rilievo costituzionale - quali la salute e l'ambiente - ad ulteriori fattori di rischio sfugge al sindacato giurisdizionale, che si ferma alla valutazione dei tradizionali vizi sintomatici della legittimità amministrativa.

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 3.10.2012, n. 403

Ambiente - principi di precauzione e di proporzionalità - applicazione.

L'immediata applicabilità alla materia ambientale dei principi di precauzione e di proporzionalità impone che tutte le decisioni assunte dall'Autorità competente in materia debbano essere assistite da un apparato motivazionale particolarmente rigoroso, che tenga conto di un'attività istruttoria parimenti ineccepibile. Inoltre, è stato anche chiarito che il principio di precauzione, pur preminente nel quadro della tutela della salute sugli interessi economici, deve trovare il proprio equilibrio nel contemperamento con quello di proporzionalità, nella ricerca di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco.

Tale principio di proporzionalità, in definitiva, richiamando una valutazione che incide sulla misura dell'esercizio del potere, impone alla P.A. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvolti nella sua azione, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi, ed è, al contempo, manifestazione del principio di ragionevolezza nel quale confluiscono i principi di uguaglianza, di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

«.....GA:.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Attività del corpo nazionale dei Vigili del Fuoco in favore di Prefetto/Commissario Delegato di Protezione civile (Parere del 26.10.2012 prot. 421152, AL 20354/12, Avv. Gianna Maria De Socio).

RISPOSTA

1. Oggetto del parere. La questione oggetto del presente parere concerne la possibilità per il Prefetto Commissario Delegato per lo stato di emergenza determinatosi a seguito dei lavori di ammodernamento del tratto autostradale (...), di stipulare a titolo oneroso convenzioni con la Direzione Regionale dei Vigili del Fuoco per l'istituzione di un presidio dei VVF sul predetto tratto autostradale.

2. Profili di fatto. Dalla documentazione trasmessa risulta che: - nell'ambito del Piano di Coordinamento Generale dell'Emergenza ai sensi dell'OPCM 3628/20007 (stilato nel luglio 2007 ed aggiornato nel luglio 2011) è stata prevista, tra l'altro, l'istituzione di presidi multi operativi, uno dei quali sito in località (...), "presidiato nell'arco delle 24 ore con ... una squadra dei Vigili del Fuoco, con apposito automezzo attrezzato per il soccorso meccanico ..."; - sulla base del predetto Piano, in data 12.7.2011 è stata stipulata tra la Prefettura (...) e la Direzione Regionale dei VF (...) una convenzione ai sensi dell'art. 17 l. 246/2000, in cui si premette che la presenza dei VVF in tali presidi non si può configurare come attività di "soccorso tecnico urgente" e che, di norma, i VVF impiegati in attività di vigilanza operano fuori dai turni ordinari di

servizio e prestano dunque lavoro straordinario. In base a tali premesse si è stabilito nella suddetta Convenzione che il servizio da parte dei VVF venga prestato a titolo oneroso e commisurato appunto alle tariffe previste dal vigente CCNL. In particolare, dalla documentazione trasmessa risulta che il corrispettivo dovuto è stato quantificato nella somma di euro 851.940,00 per straordinario del personale, 85.120 per automezzi e strutture logistiche, per un totale di euro 937.060,00; - il relativo decreto di approvazione (...) è stato restituito non registrato dalla locale Sezione Regionale della Corte dei Conti che, nella propria deliberazione (...), ha ritenuto illegittima la Convenzione in parola in base alla considerazione, tra l'altro, che in base alle norme vigenti "le funzioni di protezione civile rientrano espressamente e de plano nell'ambito delle competenze del Corpo Nazionale dei vigili del Fuoco ... senza dunque che occorra ... l'erogazione di un corrispettivo"; - successivamente il Prefetto Commissario Delegato, con nota del 5.3.2012, ha chiesto a codesta Avvocatura Distrettuale il proprio parere in ordine alla "documentazione amministrativa e contabile da esibire agli organi di controllo per giustificare la spesa relativa all'impiego del personale"; - codesta Avvocatura con la nota in data 25.5.2012, richiamata la normativa di settore, rileva a) che "sembra condivisibile l'affermazione della Corte dei Conti ... secondo la quale le funzioni di protezione civile, allorquando si sia in presenza di interventi disposti dal dipartimento della protezione civile, siano funzioni

che il Corpo dei Vigili del Fuoco deve assicurare senza che occorra a tal fine sottoscrizione di convenzione o erogazione di corrispettivo”, b) che, contrariamente a quanto espressamente previsto nell’allegato al Piano del 2007 ove è precisato che il servizio sarà svolto al di fuori degli orari ordinari, “i servizi dovrebbero essere garantiti in via prioritaria con prestazioni lavorative rese in orario di servizio ordinario”, sicché sulla base di tale assunto codesta Avvocatura rileva che “ove la dotazione organica dovesse risultare insufficiente ... l’onere di spesa per le prestazioni di lavoro straordinario dovrebbe essere ricompreso nell’ambito degli stanziamenti del pertinente capitolo di spesa del bilancio di previsione del Ministero dell’Interno. In caso di documentata insufficienza “solo l’eccedenza potrà eventualmente trovare copertura finanziaria con oneri a carico dell’ordinanza di protezione civile”; c) ove invece dovesse ritenersi che il servizio chiesto dal Prefetto Commissario Delegato sia un servizio soggetto a convenzione ai sensi dell’art. 27 d.lgs. 139/2006, gli introiti dovrebbero essere destinati ad incrementare il fondo unico di amministrazione, sicché non dovrebbe esistere alcuna correlazione tra gli introiti suddetti e gli eventuali oneri per la retribuzione del lavoro straordinario. - codesta Avvocatura “vista la natura di alcune delle questioni trattate”, ha ritenuto di sottoporre alla Scrivente il parere (non ancora trasmesso all’amministrazione), per le valutazioni di questo Ufficio “in ordine all’opportunità di esprimere parere di massima”. Tanto premesso si osserva quanto segue.

3. Normativa di riferimento. La l. 24.2.1992 n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile) all’art. 11 prevede che:

11. Strutture operative nazionali del Servizio.

1. Costituiscono strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile:

a) il Corpo nazionale dei vigili del fuoco quale componente fondamentale della protezione civile; 2. In base ai criteri determinati dal Consiglio nazionale della protezione civile, le strutture operative nazionali svolgono, a richiesta del Dipartimento della protezione civile, le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per

tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile. Il d.lgs. 8.3.2006 n. 139 (Riassetto delle disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, a norma dell’art. 11 della l. 29.3.2003, n. 229), all’art. 1 prevede che:

1. Struttura e funzioni. 1. Il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, di seguito denominato: «Corpo nazionale», è una struttura dello Stato ad ordinamento civile, incardinata nel Ministero dell’interno - Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile, di seguito denominato: «Dipartimento», per mezzo della quale il Ministero dell’interno assicura, anche per la difesa civile, il servizio di soccorso pubblico e di prevenzione ed estinzione degli incendi su tutto il territorio nazionale, nonché lo svolgimento delle altre attività assegnate al Corpo nazionale dalle leggi e dai regolamenti, secondo quanto previsto nel presente decreto legislativo. 2. Il Corpo nazionale è componente fondamentale del servizio di protezione civile ai sensi dell’art. 11 della l. 24.2.1992, n. 225. Il medesimo d.lgs. 139/2006, nel capo IV (Soccorso pubblico), agli artt. 24 e 25, prevede quanto segue:

24. Interventi di soccorso pubblico. 1. Il Corpo nazionale, al fine di salvaguardare l’incolumità delle persone e l’integrità dei beni, assicura gli interventi tecnici caratterizzati dal requisito dell’immediatezza della prestazione, per i quali siano richieste professionalità tecniche anche ad alto contenuto specialistico ed idonee risorse strumentali, ed al medesimo fine effettua studi ed esami sperimentali e tecnici nello specifico settore.

2. Sono compresi tra gli interventi tecnici di soccorso pubblico del Corpo nazionale: a) l’opera tecnica di soccorso in occasione di incendi, di incontrollati rilasci di energia, di improvviso o minacciante crollo strutturale, di frane, di piene, di alluvioni o di altra pubblica calamità; b) l’opera tecnica di contrasto dei rischi derivanti dall’impiego dell’energia nucleare e dall’uso di sostanze batteriologiche, chimiche e radiologiche. 3. Gli interventi tecnici di soccorso pubblico del Corpo nazionale, di cui al co. 2, si limitano ai compiti di carattere strettamente urgente e cessano al venir meno della effettiva necessità. 4. In ca-

so di eventi di protezione civile, il Corpo nazionale opera quale componente fondamentale del Servizio nazionale della protezione civile ai sensi dell'art. 11 della l. 24.2.1992, n. 225, e assicura, nell'ambito delle proprie competenze tecniche di cui all'articolo 1, la direzione degli interventi tecnici di primo soccorso nel rispetto dei livelli di coordinamento previsti dalla vigente legislazione.

5. Il Corpo nazionale, nell'ambito delle proprie competenze istituzionali, in materia di difesa civile: a) fronteggia, anche in relazione alla situazione internazionale, mediante presidi sul territorio, i rischi non convenzionali derivanti da eventuali atti criminosi compiuti in danno di persone o beni, con l'uso di armi nucleari, batteriologiche, chimiche e radiologiche; b) concorre alla preparazione di unità antincendi per le Forze armate; c) concorre alla predisposizione dei piani nazionali e territoriali di difesa civile; d) provvede all'approntamento dei servizi relativi all'addestramento e all'impiego delle unità preposte alla protezione della popolazione civile, ivi compresa l'attività esercitativa, in caso di eventi bellici; e) partecipa, con propri rappresentanti, agli organi collegiali competenti in materia di difesa civile. [...] 25. Oneri per i servizi di soccorso pubblico. 1. I servizi di soccorso pubblico resi dal Corpo nazionale non comportano oneri finanziari per il soggetto o l'ente che ne beneficia. Qualora non sussista un imminente pericolo di danno alle persone o alle cose e ferme restando la priorità delle esigenze di soccorso pubblico, il soggetto o l'ente che richiede l'intervento è tenuto a corrispondere un corrispettivo al Ministero dell'Interno. Alla determinazione e all'aggiornamento delle tariffe si provvede con il decreto di cui all'art. 23, co. 2.

Giova poi richiamare il recente d.P.R. 28.2.2012 n. 64 (Regolamento di servizio del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. 13.10.2005, n. 217), il cui art. 53 (collocato nel CAPO II - I servizi di soccorso pubblico) prevede quanto segue: Art. 53 Esecuzione dei servizi di soccorso pubblico 1. I servizi di soccorso pubblico, di cui all'art. 24 del d.lgs. 8.3.2006, n. 139, resi dal Corpo nazionale, come definiti dalle disposizioni vigenti, sono espletati dalle strut-

ture del Corpo nazionale in favore della popolazione, secondo quanto indicato nel presente regolamento e nelle direttive del Dipartimento. 2. Il servizio di soccorso pubblico assume valenza prioritaria rispetto ad ogni altro servizio programmato o in corso di espletamento da parte del personale. 3. I servizi di soccorso pubblico, di cui al presente articolo, sono effettuati in modo gratuito e nessun compenso aggiuntivo è dovuto da parte dei beneficiari del servizio.

Sotto il profilo contabile gli introiti derivanti dalle convenzioni e dai servizi a pagamento sono disciplinati come segue. L'art. 17 della l. 10.8.2000 n. 246 (Potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco), prevede quanto segue: 17. Convenzioni. 1. Gli introiti derivanti da convenzioni che il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, tramite la competente direzione generale, e il Dipartimento della pubblica sicurezza stipulano con regioni, enti locali e altri enti pubblici o privati rispettivamente nell'ambito dei compiti istituzionali del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della Polizia di Stato vengono versati su appositi capitoli dell'entrata del bilancio dello Stato per la immediata riassegnazione alle pertinenti unità previsionali di base, rispettivamente, del centro di responsabilità Protezione civile e servizi antincendi» e del centro di responsabilità «Pubblica sicurezza» dello stato di previsione del Ministero dell'interno.

L'art. 27 d.lgs. 8.3.2006 n. 139 (Riassetto delle disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco) prevede quanto segue: 27. Introiti derivanti da servizi a pagamento. 1. Gli introiti derivanti dai servizi a pagamento resi dal Corpo nazionale sono versati alla competente sezione di tesoreria provinciale dello Stato ed affluiscono ad apposita unità previsionale di base dello stato di previsione dell'entrata, per essere riassegnati alla pertinente unità previsionale di base della spesa del Ministero dell'interno. Gli introiti derivanti dai servizi a pagamento e dall'attività di addestramento e formazione svolta dal Corpo nazionale, ai sensi del co. 4 dell'art. 17, sono destinati ad incrementare il fondo unico di amministrazione relativo al personale del Corpo. Resta fermo quanto disposto dall'art. 8 della l.

15.11.1973, n. 734, e dall'art. 43 della l. 27.12.1997, n. 449.

4. Interpretazione sistematica delle norme in esame. 4.1. Alla luce della normativa sopra riportata la questione che si pone, al fine di dare il parere in esame, è quella di chiarire se gli artt. 24 e 25 del d.lgs. 139/2006 (che circoscrivono la non onerosità della prestazione ai soli "interventi tecnici caratterizzati dal requisito dell'immediatezza della prestazione" volti "al fine di salvaguardare l'incolumità delle persone e l'integrità dei beni") possano essere applicati o meno agli interventi espliciti dal Corpo VVF quale "struttura operativa" e "componente fondamentale" del Servizio Nazionale della Protezione civile. 4.2. Al proposito giova soffermarsi sulla particolare struttura organizzativa della protezione civile. Com'è noto con la l. 24.2.1992, n. 225 l'Italia ha organizzato la protezione civile come "Servizio nazionale", coordinato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e composto, come prescritto dall'art. 1 della predetta l. 225, dalle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, dalle regioni, dalle province, dai comuni, dagli enti pubblici nazionali e territoriali e da ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale. Al coordinamento del Servizio nazionale e alla promozione delle attività di protezione civile, provvede il Presidente del Consiglio dei Ministri attraverso il Dipartimento della Protezione civile. In definitiva, mentre nella maggioranza dei Paesi europei la protezione civile è un compito assegnato ad una sola istituzione o a poche strutture pubbliche, l'Italia ha fatto la scelta di coinvolgere nella funzione varie amministrazioni, al centro e in periferia, in tal modo realizzando un modello di organizzazione ritenuto funzionale ad un contesto territoriale come quello italiano, che presenta una elevata gamma di possibili rischi di calamità. In tale ottica, l'art. 11 della l. 1992 n. 225, richiamato dall'art. 1 del d.lgs. 139/2006, prevede (definendole "Strutture operative nazionali del Servizio") il Corpo nazionale dei vigili del fuoco definito (dall'art. 1 co. 2 del d.lgs. 139/2006) quale "componente fondamentale della protezione civile". Il secondo comma del menzionato

art. 11 l. 225/1992 precisa poi che "In base ai criteri determinati dal Consiglio nazionale della protezione civile, le strutture operative nazionali svolgono, a richiesta del Dipartimento della protezione civile, le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile".

In definitiva alla luce di tali disposizioni sembra che il Corpo Nazionale dei VVF, non solo e non tanto contribuisce sotto il profilo funzionale allo svolgimento del servizio di protezione civile, ma "costituisce" componente organizzativa della Protezione Civile.

In tale logica va letto il secondo comma del menzionato art. 11 d.lgs. 225/1992, secondo cui le "strutture operative nazionali" (tra cui i VVF) "devono svolgere le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile".

Tale disposizione prevede l'obbligo ("devono") per ciascuna struttura operativa nazionale (tra cui i VVF) di svolgere funzioni di "supporto" (oltre che di consulenza) per "tutte" le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile.

Il descritto sistema normativo avvalorato a parere della Scrivente la conclusione secondo cui il rapporto che lega il Corpo dei VVF alle altre "strutture operative nazionali" e al vertice della protezione civile, si configura in termini di vero e proprio nesso organico e non solo funzionale.

5. Applicazione dei principi alla questione in esame. 5.1. Passando all'esame della fattispecie in esame, risulta che: a) il rapporto tra Corpo Nazionale dei VVF, da un lato, e Protezione civile (governo o commissario delegato), dall'altro, viene impostato in termini interorganici (e non intersoggettivi) e b) l'ambito delle attribuzioni istituzionali del Corpo del VVF viene allargato in via generale anche a ricomprendere ogni "compito di supporto per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile". In tale contesto normativo appare ben difficile ipotizzare la necessità di una regolamentazione economica in termini onerosi

del suddetto rapporto. In definitiva la normativa sulla protezione civile, configurabile come *lex specialis*, porta ad escludere che la questione in esame possa essere risolta applicando la norma, di carattere generale, degli artt. 24 e 25 del d.lgs. 139/2006 (che prevedono la onerosità degli interventi dei VVF laddove non ricorra il “requisito dell'immediatezza della prestazione”).

5.2. In effetti che dette norme non possano essere applicate al caso in esame discende dalla considerazione di principi più generali legati alla natura stessa delle amministrazioni coinvolte (Ministero dell'Interno/VVF e Presidenza del Consiglio dei Ministri/ Dipartimento della Protezione Civile) entrambe amministrazioni statali. In effetti, a parere della Scrivente, l'inesistenza di una autonoma soggettività giuridica delle suddette amministrazioni, entrambe organi dello Stato, osta anche in via di principio alla monetizzazione dei relativi rapporti. Tale conclusione è anche confermata da alcuni significativi dati normativi testuali, infatti: - le convenzioni previste dall'art. 17 della l. 246/2000 sono quelle che il Corpo VVF stipula (solo) con “regioni, enti locali e altri enti pubblici o privati”; non sembra pertanto che la norma possa essere applicata anche per prestazioni che il Corpo eroga alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla quale va ricondotta l'attività svolta dai Commissari delegati ai sensi dell'art. 5 L. 225/1992; - lo stesso art. 25 d.lgs. 139/2006 nel prevedere interventi “a pagamento” indica che obbligato a versare il corrispettivo è “il soggetto o l'ente” che richiede l'intervento, con ciò riferendosi evidentemente a rapporti “intersoggettivi” e non al caso, come nella specie, in cui il rapporto si profila in termini di relazione interorganica tra branche delle amministrazioni dello Stato.

5.3. Appare pertanto corretta l'affermazione, prospettata dalla Sezione di Controllo della Corte dei Conti ed avallata da codesta Avvocatura Distrettuale, secondo cui “l'organo straordinario governativo di protezione civile, una volta ritenuta, la necessità di prestare il servizio in questione, ben poteva direttamente rivolgersi al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, quale struttura operativa primaria del servizio di protezione civile, senza dover

regolare rapporti economici mediante convenzione”, cioè tanto più in una fattispecie in cui il Governo ha ritenuto, come nel caso in esame, di deliberare lo stato di emergenza e di avvalersi di un commissario delegato, in quanto “sia il Governo che il commissario eventualmente delegato, dispongono direttamente (e senza necessità di convenzioni onerose) delle strutture operative nazionali del Servizio di Protezione civile previste dall'art. 11 L. 225/1992”. Analogamente, per le medesime ragioni di specialità, si ritiene che la questione della onerosità non possa essere risolta in base alla normativa sulla prevenzione incendi boschivi ovvero sulla prevenzione incendi in luoghi in intrattenimento (d.m. 261/1996), trattandosi, come giustamente rileva codesta Avvocatura Distrettuale, di norme proprie di altri settore e comunque incompatibili con la l. 225/1992.

6. Conclusioni. Alla luce delle esposte argomentazioni, si assumono le seguenti conclusioni: - vista l'esistenza di una relazione meramente interorganica tra l'Amministrazione dell'Interno/VVF e la Presidenza del Consiglio/Dipartimento della Protezione Civile, gli interventi esplicati dal Corpo VVF quale “struttura operativa nazionale” del Servizio Nazionale della Protezione civile, e “componente fondamentale” dello stesso, non sono suscettibili di una regolamentazione economica in termini onerosi; - detti interventi non possono essere dunque disciplinati dagli artt. 24 e 25 del d.lgs. 139/2006 (che prevedono la onerosità degli interventi dei VVF laddove non ricorra il “requisito dell'immediatezza della prestazione”), trattandosi di norme incompatibili con l'art. 11 l. 225/1992 (richiamato dall'art. 1 d.lgs. 139/2006), configurabile quale *lex specialis* che da un lato configura un rapporto interorganico tra le varie strutture operative e tra le stesse e il vertice della protezione civile, d'altro lato prevede lo svolgimento di “compiti di supporto” in capo a tutte le strutture operative, senza limitazione di competenze; - per la medesima ragione la questione in esame non può essere risolta facendo applicazione delle norme relative alla prevenzione degli incendi boschivi ovvero alla prevenzione incendi in luoghi in intrattenimento, trattandosi di norme proprie di altri

settori e comunque incompatibili con la l. 225/1992, configurabile quale *lex specialis*; - in relazione a quanto sopra appare ininfluente affrontare la questione della modalità di svolgimento del servizio da parte degli addetti alla Direzione Regionale dei VVF della (...), in termini di lavoro straordinario o meno, in quanto in ogni caso, lo svolgimento del presidio sulla tratta autostradale in esame appare rientrante nel vasto ambito dei “compiti di supporto” di cui all’art. 11 co. 2 l. 225/1992; - alla luce delle esposte considerazioni non assume dunque rilievo il principio, evidenziato da codesta Avvocatura Distrettuale in via subordinata, secondo cui se il servizio in esame fosse soggetto a convenzione, gli introiti dovrebbero essere comunque destinati ad incrementare il fondo unico di am-

ministrazione (sicché non dovrebbe esistere alcuna correlazione tra gli introiti suddetti e gli eventuali oneri per la retribuzione del lavoro straordinario). Si deve pertanto concludere che nel caso in esame le pur oggettive esigenze rappresentate dalla Direzione Regionale dei Vigili del fuoco per la (...) debbano trovare adeguata soluzione attraverso altri strumenti, compatibili con il suesposto quadro normativo.

Il parere richiesto (da estender e opportunamente per conoscenza al Dipartimento della Protezione Civile e al Ministero dell’Interno) potrà essere pertanto reso nei termini sopra esposti. Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo di cui all’art. 26 della l. 3.4.1979 n. 103, che si è espresso in conformità nella seduta del 22.10.2012.

«.....GA.....»

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

L'UE VERSO L'UNIONE BANCARIA

Il 13 dicembre i capi di Stato e di governo, a Bruxelles per la consueta riunione di fine anno, hanno spianato la strada verso l'unione bancaria per i paesi della zona euro.

A seguito dell'accordo raggiunto dai ministri delle Finanze nelle prime ore del 13 dicembre, i leader hanno successivamente dato il via libera all'unione bancaria.

La Banca centrale europea (BCE) eserciterà dunque direttamente la vigilanza sulle banche della zona euro, possibilmente a partire dal gennaio 2014.

I paesi non appartenenti alla zona euro potranno anch'essi decidere di partecipare al meccanismo di vigilanza unico.

Il presidente della Commissione José Manuel Barroso ha accolto con soddisfazione l'accordo, che dimostra che l'UE e la zona euro fanno sul serio.

"Non tolleremo una vigilanza inefficace per nessuna delle 6 000 banche dell'area dell'euro", ha dichiarato. Bisognerà ora giungere ad un accordo anche sui requisiti patrimoniali delle banche e sulla standardizzazione dei meccanismi di risoluzione delle banche e dei sistemi di garanzia dei depositi dei singoli paesi.

La Commissione presenterà delle proposte in tal senso nel corso del 2013.

La Commissione europea aveva messo all'ordine del giorno anche il piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita, presentato a novembre, nel quale disegna il percorso verso una piena integrazione economica, monetaria e di bilancio e verso l'unione politica.

Un coordinamento più stretto contribuirebbe a rendere più efficace la risposta ai problemi economici comuni a tutti i paesi europei.

Le priorità indicate per i prossimi 18 mesi sono:

- attuare le riforme già concordate (o in via di approvazione) per una migliore governance economica e di bilancio;*
- mettere a punto regole comuni per gli interventi a favore delle banche in difficoltà;*
- approvare il bilancio UE per il periodo 2014-2020.*

Rivolgendosi ai capi di Stato e di governo dei paesi membri, il presidente della Commissione José Manuel Barroso ha insistito sulla necessità di prendere delle decisioni rapidamente ed esortato i governi a perseverare nell'azione di riforma.

Il presidente Barroso ha inoltre invitato i leader a concordare il percorso da seguire verso l'unione economica e monetaria, che secondo la Commissione dovrebbe essere sancito anche dai trattati.

Le nuove disposizioni da inserire in questi ultimi dovranno conciliare l'esigenza della disciplina e della responsabilità di bilancio con il principio di solidarietà.

Il piano della Commissione sottolinea che i paesi che aderiranno all'unione economica e monetaria dovranno agire in modo più rapido e deciso che l'UE nel suo complesso, ma senza compromettere il quadro delle politiche definite per l'insieme dei 27 paesi membri.

In risposta, i capi di Stato e di governo hanno chiesto progetti più concreti e una proposta di calendario entro il mese di giugno 2013.

Al vertice del 13 e 14 dicembre si è parlato



anche di domande di adesione all'UE, di politica estera e di difesa, settore nel quale la

Commissione intende promuovere l'efficienza e la competitività dell'industria europea.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE - GRANDE SEZIONE - 19.12.2012. ELEMENTI IDENTIFICATIVI DEGLI ACCORDI DI COOPERAZIONE, EX ART. 15 L. 241 DEL 1990 E S.M.I. E OBBLIGO DI RISPETTARE LE REGOLE DELL'UNIONE EUROPEA SUGLI APPALTI PUBBLICI

dell'Avv. Luisa Capicotto

La Corte Europea di Giustizia è perentoria: l'obbligo della previa indizione della gara, in applicazione della normativa europea sugli appalti pubblici, non può essere derogato dalla normativa nazionale nel caso in cui l'accordo stipulato tra enti pubblici, configuri un contratto tramite il quale le amministrazioni istituiscono tra di loro una cooperazione ma non garantisca l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure attribuisca ad un prestatore privato una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

The European Court of Justice is peremptory: 's requirement of prior call for competition, in application of European rules on public procurement can not be waived by the national legislation if the agreement stipulato between public entities, constitutes a contract through which the government set up a co-operation between them but does not guarantee the fulfillment of a public service common to the institutions themselves, not be governed solely by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest, or conferring on a private lender a privileged position compared to its competitors.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La fattispecie. 3. La normativa dell'Unione Europea. 4. La normativa italiana. 5. La decisione. 6. Gli accordi tra amministrazioni ex art. 15 della l. 241 del 1990 s.m.i tra normativa nazionale e orientamento dell'Unione europea. 6.1. Le linee guida europee. 6.2. La disciplina degli accordi e i limiti al potere per l'amministrazione consensuale. 6.3. Accordi di cooperazione ed appalti pubblici. Presupposti e differenze. 6.4. La rilevanza degli accordi di cooperazione nell'ordinamento interno.

1. Introduzione.

Con la sentenza pronunciata il 19.12.2012¹ nella causa C-159/11, la Grande Sezione della C.giust.CE ha sancito che anche i contratti di cooperazione stipulati tra enti pubblici devono rispettare le regole sulle

gare di appalto. Infatti, la normativa nazionale deve conformarsi al diritto dell'Unione Europea - dir. 2004/18/CE - art. 1 par. 2, lett.a) e d) - che impone, in materia di appalti pubblici, la previa indizione di una procedura ad evidenza pubblica per individuare il contraente migliore nel mercato, e quindi procedere con l'aggiudicazione e con la stipulazione del

¹ C.giust.CE - Grande Sezione - 19.12.2012 - Pres. Skouris, Rel. J. Kasel, M. Safjan e D. Svaby

contratto.

Chiarisce la Corte che la normativa nazionale non può derogare all'obbligo della previa gara nel caso in cui l'accordo di cooperazione, sostanzialmente, configura un contratto tramite il quale enti pubblici istituiscono tra di loro una cooperazione e il contratto non garantisca l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da attribuire ad un prestatore privato una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava la domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Consiglio di Stato italiano in data 9.11.2010, nel procedimento avviato da due enti pubblici, l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL) e l'Università del Salento (Università) contro l'Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce e altri, con riferimento ad un contratto di consulenza, stipulato nel 2009 tra ASL e Università, avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, senza previo esperimento di una gara ad evidenza pubblica.

La questione pregiudiziale verteva, in particolare, sull'interpretazione degli articoli 1, par. 2, lett. a) e d), 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della dir. 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio del 31.3.2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4.12.2007.

2. La fattispecie.

Nello specifico, oggetto di controversia è il contratto di consulenza tra ASL e Università, per lo studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce.

L'attività di studio prevista nel disciplinare approvato dalla ASL, prevedeva l'esecuzione da parte dell'Università di tre fasi, senza sancire l'obbligo di esperire preliminarmente la procedura ad evidenza pubblica.

- individuazione della tipologia strutturale,

dei materiali impiegati per la costruzione e dei metodi di calcolo adottati; verifica sommaria dello stato di fatto rispetto alla documentazione progettuale resa disponibile;

- verifiche della regolarità strutturale, analisi sommaria della risposta sismica globale dell'edificio, eventuali analisi locali su elementi o sottosistemi strutturali significativi per l'individuazione della risposta sismica globale;

- elaborazione dei risultati delle attività e stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale; in particolare relazioni sulla tipologia strutturale osservata, sui materiali e sullo stato di conservazione della struttura, con particolare riferimento agli aspetti che incidono sulla pericolosità sismica del sito di ubicazione dell'opera; schede tecniche di classificazione della vulnerabilità sismica degli ospedali; relazioni tecniche sugli elementi o sottosistemi strutturali rilevati come critici in relazione alla verifica di vulnerabilità sismica; suggerimenti preliminari e sommaria descrizione delle opere di adeguamento o miglioramento sismico adottabili, con particolare riferimento ai vantaggi e limiti delle diverse tecnologie possibili, in termini tecnico-economici.

Veniva pattuito per l'esecuzione della prestazione un corrispettivo 2 di 00 mila euro, al netto dell'IVA, da corrispondere all'Università a carico dell'ASL.

La deliberazione di approvazione del disciplinare è stata impugnata da diversi ordini e associazioni lamentando la violazione della normativa dell'Unione in materia di appalti.

Il Giudice Amministrativo accogliendo il ricorso ha riconosciuto che l'attività di studio configura un appalto di servizi di ingegneria nella normativa italiana, mentre ASL ed Università sostengono che il contratto di consulenza costituisca un accordo di cooperazione tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale e la legittimità di tali accordi discende dalla giurisprudenza della Corte.

Il Consiglio di Stato, in fase di gravame, ha deciso di sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale così formulata: se la dir. 2004/18/CE, ed in particolare art. 1 par. 2, lett. a e d, l'art. 2 e 38 e all. II categorie 8 e

12 ed il principio della libera concorrenza ostino ad una disciplina nazionale che autorizzi la stipulazione di accordi in forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per lo studio della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere, senza previa gara, verso un corrispettivo non superiore ai costi per l'esecuzione della prestazione, qualora la P.A. esecutrice possa qualificarsi come "operatore economico".

Per "operatore economico" si intende ogni ente pubblico che offra servizi sul mercato, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro, dalla dotazione di una organizzazione di impresa o dalla presenza continua sul mercato.

Il giudice del rinvio richiama, al riguardo, alla sentenza della Corte del 23.12.2009, CO-NISMa (C 305/08, Racc. pag. I 12129). Secondo l'orientamento della Corte Europea considerato che l'Università può partecipare a una gara d'appalto, deve ritenersi che i contratti con essa stipulati da amministrazioni aggiudicatrici rientrerebbero nell'ambito di applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici quando abbiano ad oggetto, come nel procedimento principale, prestazioni di ricerca che non appaiono incompatibili con i servizi menzionati nelle categorie 8 e 12 dell'all. II A della dir. 2004/18/CE.

Inoltre il giudice del rinvio espone che gli accordi tra pubbliche amministrazioni, previsti all'art. 15 della l. n. 241 del 7.8.1990 s.m.i., sono preordinati al coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico, e costituiscono una forma di cooperazione volta a consentire la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici.

Un siffatto accordo può essere concluso quando una pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra pubblica amministrazione la prestazione di un servizio e tale servizio ricada tra i compiti dell'amministrazione, conformemente agli obiettivi istituzionali degli enti parti dell'accordo.

3. La normativa dell'Unione Europea.

La dir. 2004/18/CE, all'art. 1, par. 2, lett.

a) definisce gli appalti pubblici «*contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*» mentre gli appalti pubblici di servizi sono qualificati dalla lettera d) «*appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II*».

Ai sensi dell'art. 2, «*Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza*».

L'art. 20 prevede che gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato II A della direttiva siano aggiudicati secondo gli artt. 23-55 di quest'ultima, nell'ambito dei quali l'art. 28 stabilisce che, «*per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini di detta direttiva*».

L'allegato II A indica, in particolare, le seguenti categorie di servizi:

- categoria 8, relativa ai servizi di ricerca e sviluppo, ad esclusione dei servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli di cui beneficiano esclusivamente le amministrazioni aggiudicatrici e/o gli enti aggiudicatori per loro uso nell'esercizio della propria attività, nella misura in cui la prestazione di servizi sia interamente retribuita da dette amministrazioni e/o detti enti;

- categoria 12, relativa ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata, ai servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica, ai servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, nonché ai servizi di sperimentazione tecnica e analisi.

4. La normativa italiana.

Si impone, ad integrazione di quanto osservato dalla Corte di Giustizia un, sia pur breve, accenno alla normativa italiana sugli accordi di cooperazione, disciplinati dalla l. n. 241 del 1990 e s.m.i., all'art. 15, co. 1.

Testualmente l'art. 15 della l. sul procedimento amministrativo, dispone «*Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre*

concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'art. 11, coo. 2, 3 e 5".

La norma detta una disciplina generica ed essenziale, e per la disciplina degli accordi si limita a rinviare alle disposizioni previste dall'art. 11, coo. 2, 3 e 5 della l.n. 241 del 1990 s.m.i., dettate in tema di accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero di accordi sostitutivi di provvedimento, nei limiti in cui siano applicabili alla fattispecie concreta. Manca una prescrizione specifica in merito alla procedura da osservare per concludere l'accordo e tanto meno viene delimitato, in maniera stringente, l'oggetto dell'accordo e i soggetti che possono stipularlo.

Pare alquanto corretto rinvenire nell'art. 15 il *genus* degli accordi tra le amministrazioni anche denominati "accordi atipici" e la *species* è rappresentata dagli "accordi tipici" disciplinati molto più dettagliatamente e rigorosamente dall'art. 34 del d.lgs. 267 del 2000 e s.m.i.

Non può trascurarsi infine, come "Entrambe queste norme sono espressione di una generalizzazione del principio dell'esercizio consensuale della potestà amministrativa"², inoltre individuano "momenti antecedenti alla successiva attività amministrativa di esecuzione dell'accordo: una fonte di regole che pur essendo frutto di una sequenza procedimentale possiede come elemento caratterizzante quello del consenso"(cfr. CdS, IV 10.8.2001 n. 4206).

L'art. 15 della l. 241 del 1990 s.m.i. si pone dunque come norma generale che favorisce la c.d. amministrazione consensuale e la collaborazione tra le amministrazioni. Tale assunto trova conferma nel tenore letterale della norma che, appunto, consente alle amministrazioni pubbliche di concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento, in collaborazione, di attività di interesse comune.

Peraltro, ad integrazione del quadro nor-

mativo nazionale, deve aggiungersi, come ha ricordato la Corte di Giustizia Europea nella sentenza in commento, che il d.P.R. 11.7.1980 n. 382, all'art. 66, autorizza le Università pubbliche a fornire prestazioni di ricerca e di consulenza mediante contratti e convenzioni con gli enti pubblici o privati, nella misura in cui tale attività non pregiudichi la loro funzione didattica.

5. La decisione.

La Corte ha, preliminarmente, chiarito i presupposti di applicazione della dir. 2004/18/CE agli appalti pubblici. In primo luogo, il valore stimato dell'appalto pubblico deve raggiungere la soglia stabilita all'art. 7, lett. b), della direttiva medesima, tenendo conto del valore normale sul mercato dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto di tale appalto pubblico. In assenza di quanto richiesto, si applicheranno le norme fondamentali e i principi generali del Trattato UE, in particolare i principi della parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza se sussiste interesse transfrontaliero e tenuto conto dell'importanza e luogo di esecuzione (sentenza 15.5.2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06)

Aggiunge la Corte, che nel caso di specie i criteri enunciati dalla giurisprudenza della Corte per accertare se sussiste o meno l'obbligo del previo esperimento della gara rilevano ugualmente sia che si applichi la direttiva sia le norme e principi del Tr.UE (sentenza 10.9.2009, SEA C-573/07).

In conformità all'art. 1, par. 2, della dir. 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico.

E' ininfluenza che l'operatore sia un'amministrazione aggiudicatrice (sentenza del 18.11.1999, Teckal, C 107/98, Racc. pag. I 8121, punto 51) o che persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia struttura imprenditoriale o non sia presente con continuità sul mercato (sentenza CoNISMa punti 30,45).

La Corte - chiarito che i soggetti come le

² F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, DIKE 2009, p. 1323.

Università pubbliche possono partecipare all'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi ed operare sul mercato nei limiti in cui siano autorizzati (sentenza CoNISMa punti 45,48,49 e 51) - precisa che le attività come quelle costituenti l'oggetto del contratto in esame, pur potendo rientrare nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'all. II A, categoria 8, della dir. 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato.

Inoltre, come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione «*a titolo oneroso*», un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

Sempre la giurisprudenza della Corte insegna che solo due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici. Ovvero in primo luogo, i contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (sentenza Teckal punto 50).

Tuttavia, nel caso in esame, tale eccezione non è applicabile poiché non risulta che l'ASL eserciti un controllo sull'Università³.

³ La Corte di Giustizia europea è molto chiara ed intransigente nel sancire che il diritto dell'Unione Europea deve essere interpretato in maniera rigorosa, con riguardo ai presupposti di applicabilità dell'affidamento diretto, cd "*in house*", di un servizio pubblico che consente di derogare alla previa procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizio pubblico, riconoscendovi un carattere di eccezionalità. Con una recente pronuncia la Corte di Giustizia europea, Sez. III ha osservato "*Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità sifatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza*

In secondo luogo, i contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (sentenza del 9.6.2009, Commissione/Germania, C 480/06, Racc. pag. I 4747, punto 37).

Nelle fattispecie descritte, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (sentenza Commissione/Germania punti 44 e 47).

A parere della Corte di Giustizia il contratto controverso per esulare dalla applicazione del diritto dell'Unione Europea sugli appalti pubblici deve integrare tutti i criteri sopra specificati.

Dalle risultanze di causa emerge che il contratto possiede un insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica.

Prosegue la Corte, evidenziando che la funzione di servizio pubblico, costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita dal contratto, non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università. Peraltro, il contratto potrebbe favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati fossero inclusi dei prestatori privati.

della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta. evidenza pubblica" (cfr. C.giust.CE 29.11.2012 in C-183/11).

Conclude la Corte, evidenziando che «*Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui - ciò che spetta al giudice del rinvio verificare - tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*».

6. Gli accordi tra amministrazioni ex art. 15 della l. 241 del 1990 s.m.i tra normativa nazionale e orientamento dell'Unione Europea.

6.1. Le linee guida europee.

Due i punti fondamentali evidenziati dalla Corte di Giustizia.

I- La normativa nazionale che autorizza la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione è contraria alle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (dir. 2004/18/CE) qualora tale contratto (disciplinare nella fattispecie) non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

II- Il Disciplinare tra una Azienda Sanitaria e l'Università per l'esecuzione di attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere di una Provincia stipulato senza il preventivo esperimento di una procedura di evidenza pubblica viola le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

La sentenza offre diversi spunti interessanti per meglio interpretare e applicare la normativa nazionale in materia di accordi tra le

amministrazioni e appalti pubblici.

Non può l'interprete discostarsi dall'orientamento della Unione Europea e tantomeno derogare dai principi del Trattato UE, in tema di aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato e degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico.

Come sancito dalla dir. 2004/18/CE, secondo considerando, gli appalti pubblici devono conformarsi ai principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, libera concorrenza, e conseguentemente deve essere garantita la parità di trattamento e non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

Sopra una certa soglia è opportuno che vi siano delle disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti fondate sui principi appena menzionati in modo da garantire l'effettiva apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

La Corte di Giustizia nella sentenza in commento, detta le direttive europee essenziali da applicare per l'interpretazione di un istituto del diritto amministrativo interno quale gli accordi tra le pubbliche amministrazioni c.d. "accordi o contratti di collaborazione". Inoltre, l'Unione Europea fornisce gli elementi essenziali per meglio individuare le procedure da applicare per la conclusione degli accordi tra amministrazioni che rientrano nella fattispecie dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990 s.m.i. e le procedure da rispettare quando gli accordi tra amministrazioni non integrano tutti i presupposti specificati dalla UE, ovvero i) siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata; ii) nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti; iii) la cooperazione da essi istituita è retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico.

Qualora gli accordi tra enti pubblici comportino affidamento di un servizio pubblico non si può sfuggire all'obbligo della previa procedura ad evidenza pubblica e al rispetto dei principi di libera concorrenza, trasparenza

e non discriminazione che regolano la materia degli appalti pubblici.

6.2. La disciplina degli accordi e i limiti al potere dell'amministrazione consensuale.

La disciplina sostanziale degli accordi tra amministrazione è contenuta nell'art. 15 della l. 241 del 1990 s.m.i. il cui co. 2 rinvia alle disposizioni dei co. 2,3,5 dell'art. 11 della l.n. 241 del 1990 s.m.i. dettate in tema di accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero di accordi sostitutivi di provvedimento, limitando, peraltro, la cogenza e la piena vigenza delle stesse alla condizione che esse siano applicabili alla fattispecie *de qua*.

Invero, gli accordi *ex art.* 15 della l. 241 del 1990 s.m.i. sono uno strumento di cooperazione o collaborazione che integrano, a ben vedere, una modalità di esercizio consensuale della potestà amministrativa tra più soggetti ed una misura di coordinamento e di semplificazione procedimentale nello svolgimento delle attività in comune tra più amministrazioni. Conferma se ne trae dalla collocazione nel capo della l. n. 241 del 1990 s.m.i. sulla semplificazione procedimentale.

La misura di collaborazione tra amministrazioni, si rende sempre più spesso opportuna, in presenza di una pluralità di poteri ed enti o soggetti pubblici portatori di interessi pubblici diversificati, al fine di favorire una gestione di servizi pubblici più efficiente ed economica⁴.

Gli accordi tra amministrazioni cui fa riferimento il legislatore nell'art. 15 citato possono essere di varia tipologia, manca una predeterminazione tassativa *ex lege*, piuttosto il legislatore li concepisce come "*accordi atipici*" - aventi ad oggetto la disciplina relativa allo svolgimento in collaborazione di atti-

di interesse comune⁵.

Gli unici e soli vincoli sono rappresentati dall'irrinunciabilità della titolarità delle funzioni attribuite dalla legge, dal rispetto di eventuali norme imperative che possano costituire ostacolo agli accordi in questione naturalmente, dal rispetto dei principi di buona amministrazione⁶.

Tra le norme imperative vanno menzionate le regole imposte dal diritto europeo in materia di appalti pubblici, tra queste l'uguaglianza, la parità di trattamento e non discriminazione, la libera concorrenza così come la proporzionalità e trasparenza, che sono tutti corollari derivanti dai principi di libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento.

Non vi è dubbio alcuno, che l'esercizio del potere pubblicistico di stipulare accordi o contratti di collaborazione o cooperazione, nel perseguimento di attività di interesse comune, incontra i limiti imposti dalla normativa europea sugli appalti pubblici a tutela del libero mercato. La Corte vuole scongiurare

⁵ Una forma di collaborazione tra i privati e la pubblica amministrazione si rinviene nella definizione dei piani e dei progetti della l. 285/97 come partecipazione alla definizione degli strumenti di programmazione e/o progettazione che si può concretizzare nella gestione dei servizi e degli interventi, eventualmente con il sostegno delle amministrazioni.

L'atto con cui una Comunità montana ed un Comune affidano ad un Consorzio per lo sviluppo industriale l'attuazione di un piano degli insediamenti produttivi è un accordo tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. 241/90 (CdS, IV, 12.11.2009, n. 7057). L'accordo dal quale trae origine un consorzio tra comuni (art. 31 del T.U.E.L.), nel caso di specie, consorzio per la gestione associata, da parte degli Enti locali che vi aderiscono, del servizio di polizia municipale, rientra nell'ampia categoria generale degli accordi fra amministrazioni pubbliche, previsti dall'art. 15 l. 241/90. (CdS, V, 8.10.2008, n. 4952). Tra gli accordi *ex art.* 11 l. 241/90, non rientrano solo quelli che precedono il provvedimento di cui prefigurano il contenuto, ma anche quelli che lo seguono cronologicamente, purché il provvedimento rinvii espressamente al successivo accordo per la determinazione del suo contenuto. (Fattispecie di affidamento della concessione di costruzione e gestione di discarica "*in conformità con il progetto approvato*" e "*sulla base della convenzione*" che sarebbe stata stipulata successivamente) (Cass. sez. un. 16.7.2008, n.19494)

⁶ F. MONNI, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali* in *Lex Italia* 11/2003.

⁴ E' lasciata alla giurisprudenza la nozione piuttosto ampia ed articolata dell'interesse comune e/o funzione di servizio pubblico che le amministrazione che stipulano l'accordo devono perseguire in coerenza con i propri scopi statutari e istituzionali. Anche sulla nozione di servizio pubblico esiste amplissima giurisprudenza, non potendosi cristallizzare le tipologie di servizio pubblico.

che il ricorso agli accordi o contratti tra istituzioni pubbliche possa essere utilizzato in modo distorto dalla *ratio legis* e divenire un tentativo di elusione della normativa europea a tutela del mercato degli appalti pubblici.

Questa è una delle conclusioni che si trae dalla pronuncia della Corte di Giustizia - sezione generale - del 19.12.2012.

Ulteriore considerazione concerne la scelta da parte delle amministrazioni del modulo giuridico da adottare in concreto per garantire lo svolgimento in comune delle loro funzioni di servizio pubblico. La forma giuridica prescelta da un lato deve essere tale da assicurare l'effettivo rispetto delle disposizioni normative comunitarie in tema di appalti pubblici e quindi la libera circolazione dei servizi e la concreta ed effettiva apertura alla concorrenza in tutti gli Stati membri; dall'altro escludere favoritismi verso i privati ovvero che una impresa privata venga posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Altro passaggio fondamentale della sentenza in commento concerne la nozione di "*pubblica amministrazione*" ai fini della corretta interpretazione e applicazione dell'art. 15 della l. sul procedimento amministrativo. Il riferimento imprescindibile per la definizione di "*amministrazione aggiudicatrice*" è contenuto nella disposizione dell'art. 3 del d.lgs n. 163 del 2006 e s.m.i. (codice dei contratti pubblici)⁷.

Solo i soggetti rientranti nella nozione di amministrazione aggiudicatrice come sopra individuata, possono stipulare accordi di collaborazione per lo svolgimento del servizio e/o l'attività di interesse generale. Non deve esserci coinvolgimento di soggetti privati⁸.

⁷ Ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 12.4.2006 n.163 e s.m.i. "*amministrazione aggiudicatrice sono le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico le associazioni, unioni, consorzi comunque denominati comunque denominati, costituiti da detti soggetti*"

⁸ E' opportuno segnalare, a parere di chi scrive, come l'orientamento della Corte di Giustizia appena citato sta consolidandosi maggiormente nell'ordinamento nazionale giungendo ad orientare con sempre maggiore convinzione il Giudice Amministrativo nazionale; infatti, considerazioni analoghe a quelle espresse dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento del 19.12.2012 e nella sentenza CoNISMa, vengono e-

Ne consegue, che la partecipazione di soggetti privati o di imprese private esterne nello svolgimento del servizio e/o attività di interesse generale, comporta l'obbligo di rispettare le regole e i principi delle procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione e stipula del contratto.

6.3. Accordi di cooperazione ed appalti pubblici. Presupposti e differenze.

La natura degli accordi di collaborazione è indubbiamente pubblicistica anche se di tipo pattizio poiché contraddistinti dallo scambio del consenso tra le parti.

L'ampia tipologia di accordi tra amministrazioni si distingue in accordi che si inseriscono all'interno di un procedimento amministrativo con la conseguente adozione di un atto finale e accordi con rilevanza autonoma, tra questi ultimi il modello generale è delineato dalla disposizione contenuta nell'art. 15 della l. 241 del 1990 s.m.i..

In tale ultimo caso, l'accordo sintetizza l'atto tra soggetti pariorinati che produce effetti e che fissa direttamente il regolamento di interessi senza che occorra ulteriore atto di adesione, poiché già l'art. 15 della l. citata, costituisce la fonte generale del potere di concludere accordi⁹.

La Corte di Giustizia coglie nel segno, nella sentenza in commento, laddove lascia e-

sprese, da CdS, III 30.10.2012 n. 5522, laddove viene sancito che l'Università Cattolica del Sacro Cuore rientra nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" e che vige l'obbligo per l'Università citata di ricorrere alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di ambulanza e trasporto infermi. Il presupposto è che l'Università è persona giuridica di diritto pubblico secondo lo statuto dell'ente, e rientra nella categoria degli "*enti pubblici non economici*", che l'art.2, c.1, lett. a), e l'art.2 del d.lgs. n.157/1995 (ora d.lgs 12.4.2006 n 163 s.m.i., codice dei contratti pubblici in attuazione dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE) qualifica come "*amministrazioni aggiudicatrici*", obbligate quindi all'osservanza delle regole di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti di servizi. Non sussiste quindi alcun motivo plausibile per escludere l'Università in epigrafe dall'obbligo di ricorrere alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di ambulanza, trasporto infermi, trasporto bioliquidi, organi e sangue, né i presupposti dell'urgenza e della necessità per ricorrere alla trattativa privata.

⁹ V. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2012, p.606,

mergere che le collaborazioni fra istituzioni pubbliche e soggetti privati sono istituti distinti dagli appalti di servizi ed altrettanto diversi sono i rapporti che ne conseguono. Pertanto, se gli accordi, configurano, sostanzialmente, modalità di affidamento dei servizi che rientrano negli appalti pubblici, occorrerà conformarsi ai principi imposti dalla dir. 2004/18/CE, con obbligo di esperire la gara per l'affidamento del servizio.

Invero, appalto pubblico è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra una pubblica amministrazione e uno o più operatori economici avente per oggetto l'esecuzione di lavori, fornitura di prodotti o di servizi, in cambio di un corrispettivo nei confronti di quest'ultimo (art. 3 d.lgs. 163 del 2006 e s.m.i. attuativo della dir. 2004/18/CE).

6.4. La rilevanza degli accordi di cooperazione nell'ordinamento interno.

Gli accordi di collaborazione sono indubbiamente distinti dagli appalti pubblici, essi sono, infatti, fondati su una finalità di cooperazione e condivisione che si inquadra nella logica della sussidiarietà orizzontale, per il raggiungimento di obiettivi aventi rilevanza pubblica e, dunque, implicanti un esercizio di funzioni pubbliche.

I rapporti conseguenti alla logica della collaborazione che derivano dagli accordi di cooperazione, sono totalmente diversi dai rapporti legati all'appalto; tendenzialmente vanno individuati nei contratti di diritto pubblico che sono stati introdotti nel nostro ordinamento dalle norme contenute nell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 s.m.i. in tema di accordi integrativi e sostitutivi tra amministrazione e privati (accordi endoprocedimentali, accordi sostitutivi). Gli accordi in esame, vengono a collocarsi in una fase procedimentale già avviata al fine di determinare il contenuto discrezionale di provvedimenti ovvero per sostituirli e, pertanto, occorre che gli stessi siano conclusi esclusivamente nell'esercizio di potestà amministrative.

In base ad un orientamento della dottrina consolidato: *“Una prima condizione alla possibilità di concludere accordi ex art. 15 l. 241 del 1990 s.m.i. è quella che possono essere parti di siffatti accordi esclusivamente ammi-*

nistrazioni pubbliche che abbiano un interesse allo svolgimento dell'attività per la cui disciplina si inducono ad addivenire alla conclusione di tali accordi e, quindi, che abbiano titolo a svolgere tale attività. Ulteriore considerazione deve avere riguardo al termine “attività” contenuto nella disposizione in commento senza ulteriori specificazioni. Per “attività” si intende generalmente qualsiasi tipo di attività giuridica, sia essa amministrativa di diritto pubblico sia essa amministrativa di diritto privato, cioè attività funzionalizzata, in quanto immediatamente intesa al perseguimento di interessi pubblici, sia essa, infine, attività di diritto comune, relativamente ai rapporti patrimoniali e alle acquisizioni di beni e di servizi strumentali allo svolgimento delle attività finali della amministrazione, nonché attività materiale (prestazioni). Pertanto, parrebbe possibile concludere accordi sia per lo svolgimento di funzioni amministrative strictu sensu, cioè di attività amministrative costituenti esercizio di potestà amministrative, che di attività che esercizio di potestà amministrative non sono (attività connessa alla prestazione di servizi pubblici ovvero attività attinenti alla gestione patrimoniale o alla acquisizione di beni e servizi)”¹⁰.

Discende, da quanto osservato, una limitazione in merito al contenuto dell'accordo, ex art. 15 citato che, infatti, non può intervenire e predeterminare il contenuto discrezionale ovvero sostituire gli atti e i provvedimenti che intervengono nella fase che precede la stipulazione dei contratti di diritto comune (ad evidenza pubblica), non sono espressione di potestà pubblicistica e neanche rientrano nell'ambito della nozione di attività amministrativa, che propriamente è attività funzionalizzata, cioè immediatamente diretta al perseguimento dell'interesse pubblico.

In ordine al regime giuridico, il richiamo al co. 2 dell'art. 11 comporta la forma scritta *ad substantiam* di stipulazione degli accordi come regola generale, derogabile dalla l. in casi specifici, nonché l'applicabilità dei principi dettati dal codice civile in materia di obbligazioni e contratti sempre che ricorrano due condizioni, ovvero che non vi sia una di-

¹⁰ Monni Federico cit..

versa disciplina e che tali principi siano compatibili con la natura degli accordi in esame.

Il co. 3 dell'art. 11, richiamato dall'art. 15, comporta la sottoposizione ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi che gli accordi vanno a sostituire; infine, sotto il profilo processuale, il richiamato co. 5, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in ma-

teria di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi.

La mancata applicazione del co. 4, dell'art.11 esclude che la P.A. possa recedere, unilateralmente, dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse e prevede un contestuale obbligo di liquidazione di un indennizzo alla controparte per i pregiudizi dannosi che questa abbia subito.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia Europea - Grande Sezione -
causa C-566/10 del 27.11.2012

Repubblica Italiana - annullamento sentenza del Tribunale dell'Unione Europea - soc- combenza della Commissione.

... Occorre esaminare congiuntamente, da un lato, i primi tre motivi di impugnazione relativi alla pubblicazione dei bandi di concorso controversi e, dall'altro, gli ultimi quattro motivi, riguardanti la designazione delle lingue tedesca, inglese e francese come seconda lingua, come lingua di comunicazione con l'EPSO e come lingua delle prove del concorso. Sui primi tre motivi di impugnazione, relativi alla pubblicazione dei bandi di concorso. 62. Ai sensi dell'art. 1 dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, il bando di concorso viene emanato dall'autorità avente il potere di nomina dell'istituzione che organizza il concorso stesso, previa consultazione della commissione paritetica, e deve specificare un certo numero di informazioni riguardanti la procedura di selezione. A seguito della decisione 2002/620, i poteri di selezione conferiti segnatamente da tale allegato alle autorità che hanno il potere di nomina delle istituzioni firmatarie della decisione stessa sono esercitati dall'EPSO. 63 Nell'ambito della presente impugnazione, due sono le norme fatte valere come fonte di un obbligo di pubblicare i bandi di concorso controversi in tutte le lingue ufficiali, e precisamente l'art. 4 del regolamento n. 1 e l'art. 1, par. 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'art. 5 del regolamento n. 1. Occorre dunque esaminare gli obblighi previsti da ciascuna di tali norme. 64 L'art. 4 del regolamento n. 1 stabilisce che i regolamenti e gli altri testi di portata generale sono redatti nelle lingue ufficiali. A questo proposito la Commissione fa valere: anzitutto, che il regolamento n. 1 non è applicabile ai bandi di concorso, in quanto questi ultimi concernono persone equiparate ai funzionari; poi, e in ogni caso, che l'istituzione ha la facoltà di determinare la lingua di pubblicazione del bando a norma dell'art. 6 del suddetto regolamento; in-

fine, che i bandi di concorso non sono testi di portata generale. 65. Al punto 52 della sentenza impugnata, il Tribunale ha statuito che, secondo una sua consolidata giurisprudenza, il regolamento n. 1 non è applicabile ai rapporti tra le istituzioni e i loro funzionari e agenti, in quanto esso fissa unicamente il regime linguistico applicabile tra le istituzioni e uno Stato membro o una persona ricadente nella giurisdizione di uno degli Stati membri. 66. A giudizio del Tribunale, tale inapplicabilità troverebbe giustificazione, da un lato, nel fatto che i funzionari e gli altri agenti, nonché i candidati di un concorso, sono assoggettati, per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni dello Statuto dei funzionari, unicamente alla giurisdizione delle Comunità e, dall'altro lato, nell'art. 6 del regolamento n. 1. 67. A questo proposito occorre rilevare, anzitutto, che l'art. 1 del regolamento n. 1 enuncia espressamente quali sono le lingue di lavoro delle istituzioni, mentre l'art. 6 del medesimo regolamento stabilisce che le istituzioni possono determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei loro regolamenti interni. Tuttavia, si deve constatare che le istituzioni interessate dai bandi di concorso controversi non hanno stabilito, sulla base dell'art. 6 del regolamento n. 1, le modalità del regime linguistico nei loro regolamenti interni. In particolare, come rilevato dall'avvocato generale al par. 29 delle sue conclusioni, i bandi di concorso non possono essere considerati come costituenti dei regolamenti interni in ordine a tale aspetto. 68. In assenza di norme regolamentari speciali applicabili ai funzionari e agli agenti, e in mancanza di norme al riguardo nei regolamenti interni delle istituzioni interessate dai bandi di concorso controversi, nessun testo normativo consente di concludere che i rapporti tra tali istituzioni e i loro funzionari e agenti siano totalmente esclusi dalla sfera di applicazione del regolamento n. 1. 69. Lo stesso vale, a fortiori, per quanto riguarda i rapporti tra le istituzioni e i candidati a un concorso esterno che non sono, di norma, né funzionari né agenti. 70. Quanto poi al-

la questione se dei bandi di concorsi generali, quali i bandi di concorso controversi, ricadano sotto l'art. 4 del regolamento n. 1 o sotto l'art. 1, par. 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, è sufficiente constatare come quest'ultima disposizione stabilisca specificamente che, per i concorsi generali, deve essere pubblicato un bando di concorso nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. 71. Pertanto, senza che occorra stabilire se un bando di concorso sia un testo di portata generale ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 1, è sufficiente constatare che, a norma dell'art. 1, par. 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'art. 5 del regolamento n. 1, il quale dispone che la Gazzetta ufficiale dell'Unione europea è pubblicata in tutte le lingue ufficiali, i bandi di concorso controversi avrebbero dovuto essere pubblicati integralmente in tutte le lingue ufficiali. 72. Poiché tali disposizioni non prevedono alcuna eccezione, il Tribunale ha commesso un errore di diritto statuendo, al punto 85 della sentenza impugnata, che la successiva pubblicazione delle modifiche in data 20 giugno e 13.7.2007, le quali contenevano soltanto informazioni succinte, aveva posto rimedio all'omessa pubblicazione integrale nella suddetta Gazzetta dei bandi di concorso in tutte le lingue ufficiali. 73. Ad ogni modo, anche se tali modifiche contenevano un certo numero di informazioni relative al concorso, partendo dal presupposto che i cittadini dell'Unione europea leggano la Gazzetta ufficiale dell'Unione europea nella loro lingua materna e che tale lingua sia una delle lingue ufficiali dell'Unione, un potenziale candidato la cui lingua materna non fosse una delle lingue in cui erano stati pubblicati integralmente i bandi di concorso controversi doveva procurarsi la citata Gazzetta in una di tali lingue e leggere il bando in questa lingua prima di decidere se presentare la propria candidatura a uno dei concorsi. 74. Un candidato siffatto era svantaggiato rispetto ad un candidato la cui lingua materna fosse una delle tre lingue nelle quali i bandi di concorso erano stati pubblicati integralmente, sia sotto il profilo della corretta comprensione di tali bandi sia relativamente al termine per preparare ed inviare una candidatura a tali concorsi. 75. Tale svantaggio è la conseguenza della di-

versità di trattamento a motivo della lingua, - vietata dall'art. 21 della Carta e dall'art. 1 quinquies, par. 1, dello Statuto dei funzionari, - generata dalle pubblicazioni suddette. Tale art. 1 quinquies prescrive, al par. 6, che, nel rispetto del principio di non discriminazione e del principio di proporzionalità, ogni limitazione di tali principi deve essere oggettivamente giustificata e deve rispondere a obiettivi legittimi di interesse generale nel quadro della politica del personale. 76. All'udienza, la Commissione ha chiarito che la nuova prassi di pubblicazione limitata dei bandi di concorso era stata resa necessaria dal carico di lavoro risultante dalle adesioni dei nuovi Stati all'Unione europea nel corso degli anni 2004 e 2007 e, in particolare, dall'aumento improvviso del numero di lingue ufficiali, mentre l'EPSO non disponeva delle capacità di traduzione sufficienti. Tuttavia, all'udienza è stato sostenuto che tale prassi di pubblicazione non sembrava collegata alle adesioni, perché essa perdurava, perché i testi dei bandi di concorso avevano carattere ripetitivo, ciò che dunque non doveva costituire un carico di lavoro insormontabile, e perché i problemi materiali relativi alle capacità di traduzione dovevano essere messi in bilanciamento con il diritto per tutti i cittadini dell'Unione di prendere conoscenza dei bandi di concorso alle medesime condizioni. 77. Ne consegue che la prassi di pubblicazione limitata non rispetta il principio di proporzionalità e configura pertanto una discriminazione fondata sulla lingua, vietata dall'art. 1 quinquies dello Statuto dei funzionari. 78. Dal complesso di tali elementi risulta che il Tribunale è incorso in errori di diritto statuendo che né l'art. 1, par. 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'art. 5 del regolamento n. 1, né l'art. 1 quinquies del medesimo Statuto erano stati violati nell'ambito della pubblicazione dei bandi di concorso controversi. Sugli ultimi quattro motivi di impugnazione, relativi alle lingue imposte come seconda lingua, per le comunicazioni con l'EPSO e per le prove dei concorsi. 79. La Repubblica italiana, pur riconoscendo che un multilinguismo integrale potrebbe nuocere all'efficacia del lavoro nelle istituzioni, critica la mancanza di regole chiare, obiettive e prevedibili riguardo alla scelta della seconda lingua dei concorsi, circo-

stanza questa che non consentirebbe a un candidato di prepararsi alle prove. Essa sostiene, inoltre, che l'obbligo di presentare il concorso in una seconda lingua costituisce in realtà una forma inadeguata di preselezione, in quanto, a suo avviso, un candidato dovrebbe essere selezionato sulla base, anzitutto, delle sue competenze professionali e, poi, delle sue conoscenze linguistiche. 80. All'udienza, la Commissione ha chiarito che le tre lingue scelte sono quelle più utilizzate nelle istituzioni - e questo da molto tempo - e che risultava da uno studio dell'EPSO che, tra l'anno 2003 e l'anno 2005 - vale a dire un'epoca in cui i candidati potevano scegliere la loro seconda lingua - più del 90% dei candidati di concorsi avevano scelto le lingue tedesca, inglese o francese come seconda lingua. Inoltre, la Commissione ha fatto valere che l'indicazione delle lingue di concorso nel bando consente ai candidati di prepararsi alle prove. 81. A questo proposito, come si è ricordato al punto 67 della presente sentenza, l'art. 1 del regolamento n. 1 designa 23 lingue non soltanto come lingue ufficiali, ma anche come lingue di lavoro delle istituzioni dell'Unione. 82. Inoltre, l'art. 1 quinquies, par. 1, dello Statuto dei funzionari stabilisce che, nell'applicazione dello Statuto stesso, è vietata qualsiasi discriminazione fondata, tra l'altro, sulla lingua. A norma del par. 6, prima frase, del medesimo art., qualsiasi limitazione dei principi di non discriminazione e di proporzionalità deve essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata e deve rispondere a obiettivi legittimi di interesse generale nel quadro della politica del personale. 83. Inoltre, l'art. 28, lettera f), dello Statuto dei funzionari dispone che, per la nomina a funzionario, è necessario avere una conoscenza approfondita di una delle lingue dell'Unione e una conoscenza soddisfacente di un'altra lingua dell'Unione. Tale disposizione precisa invero che la conoscenza soddisfacente di un'altra lingua è richiesta «nella misura necessaria alle funzioni» che il candidato è chiamato a svolgere, ma non indica i criteri che possono essere presi in considerazione per limitare la scelta di tale lingua nell'ambito delle 23 lingue ufficiali.

84. Vero è che, ai sensi dell'art. 1, par. 1, lettera f), dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, il bando di concorso può specificare even-

tualmente le conoscenze linguistiche richieste per la particolare natura dei posti da coprire. Tuttavia, da tale disposizione non discende un'autorizzazione generale a derogare alle prescrizioni dell'art. 1 del regolamento n. 1. 85. Le disposizioni suddette non prevedono dunque criteri espliciti che consentano di limitare la scelta della seconda lingua, indipendentemente dal fatto che tale restrizione avvenga a favore delle tre lingue imposte dai bandi di concorso controversi oppure a favore di altre lingue ufficiali. 86. Occorre aggiungere che le istituzioni interessate dai bandi di concorso controversi non sono assoggettate ad un regime linguistico specifico (v., riguardo al regime linguistico dell'UAMI, sentenza del 9.9.2003, Kik/UAMI, C-361/01 P, Racc. pag. I-8283, punti 81-97). 87. Occorre tuttavia verificare se il requisito della conoscenza di una delle tre lingue in questione possa essere giustificato - così come sostiene la Commissione - dall'interesse del servizio. 88. A questo proposito, dall'insieme delle disposizioni sopra citate risulta che l'interesse del servizio può costituire un obiettivo legittimo idoneo ad essere preso in considerazione. In particolare, come si è indicato al punto 82 della presente sentenza, l'art. 1 quinquies dello Statuto dei funzionari autorizza limitazioni ai principi di non discriminazione e di proporzionalità. È necessario però che tale interesse del servizio sia oggettivamente giustificato e che il livello di conoscenze linguistiche richiesto risulti proporzionato alle effettive esigenze del servizio (v., in tal senso, sentenze del 19.6.1975, Küster/Parlamento, 79/74, Racc. pag. 725, punti 16 e 20, nonché del 29.10.1975, Küster/Parlamento, 22/75, Racc. pag. 1267, punti 13 e 17). 89. Al punto 126 della sentenza impugnata, il Tribunale ha statuito che «è pacifico» che la scelta delle tre lingue da utilizzare come seconda lingua per partecipare ai concorsi e alle prove risponde alle esigenze interne dell'amministrazione. Tuttavia, il Tribunale non soltanto non ha motivato la propria affermazione, ma ha per giunta constatato che una motivazione siffatta da parte dell'amministrazione non era richiesta. 90. A questo proposito, occorre sottolineare che eventuali norme che limitino la scelta della seconda lingua devono stabilire criteri chiari, oggettivi e prevedibili affinché i candidati pos-

sano sapere, con sufficiente anticipo, quali requisiti linguistici debbono essere soddisfatti, e ciò al fine di potersi preparare ai concorsi nelle migliori condizioni. 91. Orbene, come si è ricordato al punto 67 della presente sentenza, le istituzioni interessate dai concorsi non hanno mai adottato norme interne ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 1. Inoltre, la Commissione non ha neppure invocato l'esistenza di altri atti, quali ad esempio comunicazioni enuncianti i criteri per una limitazione della scelta di una lingua come seconda lingua per partecipare ai concorsi. Infine, i bandi di concorso controversi non recano alcuna motivazione che giustifichi la scelta delle tre lingue in questione. 92. Contrariamente a quanto asserito dalla Commissione, la citata sentenza Hendrickx/Consiglio non conferma la tesi secondo cui l'interesse del servizio potrebbe giustificare il requisito della conoscenza della lingua tedesca, inglese o francese indicato nei bandi di concorso controversi. Infatti, mentre tali bandi di concorso generali erano rivolti a cittadini dell'Unione che, in grande maggioranza, non erano abitualmente in contatto con le istituzioni, la citata sentenza Hendrickx/Consiglio riguardava un avviso di concorso interno aperto ai funzionari e agli agenti in servizio presso il segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea con almeno cinque anni di anzianità di servizio presso le Comunità. Inoltre, le funzioni da esercitare erano descritte in maniera precisa, ciò che consentiva ai funzionari e agli agenti del segretariato generale di comprendere la giustificazione delle lingue imposte per le prove e al Tribunale di esercitare il suo controllo sulla scelta di tali lingue. 93. Nei limiti in cui sia possibile far valere un obiettivo legittimo di interesse generale e dimostrarne l'effettiva sussistenza, è importante ricordare che una differenza di trattamento a motivo della lingua deve altresì rispettare il principio di proporzionalità, vale a dire essa deve essere idonea a realizzare l'obiettivo perseguito e non deve andare oltre quanto è necessario per raggiungerlo (v., in tal senso, sentenza del 6.12.2005, ABNA e a., C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, Racc. pag. I-10423, punto 68). 94. Conformemente all'art. 27, primo comma, dello Statuto dei funzionari, le assunzioni devono assicurare all'istituzione la collaborazione di funzionari

dotati delle più alte qualità di competenza, rendimento e integrità. Poiché tale obiettivo può essere meglio salvaguardato quando i candidati sono autorizzati a presentare le prove di selezione nella loro lingua materna o nella seconda lingua della quale si reputano maggiormente esperti, è onere delle istituzioni sotto questo aspetto effettuare un bilanciamento tra l'obiettivo legittimo che giustifica la limitazione del numero delle lingue dei concorsi e l'obiettivo dell'individuazione dei candidati dotati delle più alte qualità di competenza. 95. All'udienza, la Commissione ha fatto valere che i candidati avevano la possibilità di prepararsi dopo la pubblicazione del bando di concorso. Occorre nondimeno rilevare che il termine tra la pubblicazione di ciascun bando di concorso controverso e la data delle prove scritte non consente necessariamente a un candidato di acquisire le conoscenze linguistiche sufficienti per dimostrare le proprie competenze professionali. Quanto alla possibilità di apprendere una di queste tre lingue nella prospettiva di futuri concorsi, essa presuppone che le lingue imposte dall'EPSO siano determinabili con grande anticipo di tempo. Orbene, la mancanza di norme quali quelle menzionate al punto 91 della presente sentenza non garantisce in alcun modo il perdurare della scelta delle lingue di concorso e non consente alcuna prevedibilità in materia. 96. Inoltre, le conoscenze linguistiche dei funzionari sono un elemento essenziale della loro carriera e le autorità che hanno il potere di nomina dispongono di vari mezzi per controllare tali conoscenze e l'impegno mostrato dai funzionari per metterle in pratica e acquisirne eventualmente di nuove. Ciò risulta in particolare dall'art. 34, par. 3, dello Statuto dei funzionari, relativo al periodo di prova, e dall'art. 45, par. 1, del medesimo Statuto, riguardante i criteri di promozione.

L'importanza delle conoscenze linguistiche è stata del resto rafforzata dalla riforma del 1.5.2004, introdotta dal reg. n. 723/2004, dal momento che, a norma dell'art. 45, par. 2, dello Statuto, il funzionario è ormai tenuto a dimostrare, anteriormente alla sua prima promozione dopo l'assunzione, la propria capacità di lavorare in una terza lingua tra quelle menzionate all'art. 314 CE. 97. Dunque, in proposito, spetta alle istituzioni effettuare un bilanciamen-

to tra l'obiettivo legittimo che giustifica la limitazione del numero di lingue dei concorsi e le possibilità per i funzionari assunti di apprendere, in seno alle istituzioni, le lingue necessarie all'interesse del servizio. 98. Dalle considerazioni svolte ai punti 81-97 della presente sentenza risulta che gli elementi presentati dalla Commissione al Tribunale non consentivano un controllo giurisdizionale inteso a verificare se l'interesse del servizio costituisse un obiettivo legittimo giustificante una deroga alla regola enunciata all'art. 1 del regolamento n. 1. Il Tribunale è dunque incorso in un errore di diritto. 99. Non vi è luogo a pronunciarsi sugli altri motivi e addebiti invocati in rapporto con le seconde lingue imposte per i concorsi.

100 Dall'insieme di tali elementi e, più in particolare, dai punti 78 e 98 della presente sentenza risulta che la sentenza impugnata deve essere annullata. Sui ricorsi in primo grado 101. Ai sensi dell'art. 61, primo comma, seconda frase, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, quest'ultima può, in caso di annullamento della decisione del Tribunale, statuire definitivamente sulla controversia se lo stato degli atti lo consente. 102. Nella specie, per le motivazioni sopra illustrate, e considerando, più in particolare, - la violazione dell'art. 1, par. 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'art. 5 del regolamento n. 1, e - la violazione del principio di non discriminazione a motivo della lingua, enunciato all'art. 1 quinquies dello Statuto dei funzionari, occorre annullare i bandi di concorso controversi. 103. Come proposto dall'avvocato generale ai paragrafi 115 e 116 delle sue conclusioni, e al fine di preservare il legittimo affidamento dei candidati prescelti, non è opportuno rimettere in discussione i risultati dei suddetti concorsi. Sulle spese 104. Ai sensi dell'art. 184, par. 2, del regolamento di procedura, quando l'impugnazione è accolta e la controversia viene definitivamente decisa dalla Corte, quest'ultima statuisce sulle spese. 105. Ai sensi dell'art. 138, par. 1, del regolamento di procedura della Corte, applicabi-

le al procedimento di impugnazione in virtù dell'art. 184, par. 1, del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. 106. La Repubblica italiana ha chiesto la condanna della Commissione al pagamento delle spese relative al procedimento di primo grado e al procedimento di impugnazione. Essendo rimasta soccombente nelle difese proposte, la Commissione deve essere condannata a sopportare le spese sostenute dalla Repubblica italiana nonché quelle da essa stessa sostenute in entrambi i gradi di giudizio. 107. L'art. 140, par. 1, del regolamento di procedura, anch'esso applicabile al procedimento di impugnazione in virtù dell'art. 184, par. 1, del medesimo regolamento, stabilisce che le spese sostenute dagli Stati membri e dalle istituzioni intervenuti nella causa restano a loro carico. In conformità di tale norma, vi è luogo per decidere che la Repubblica ellenica e la Repubblica di Lituania sopporteranno ciascuna le proprie spese. Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

1) La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 13.9.2010, Italia/Commissione (T-166/07 e T-285/07), è annullata.

2) I bandi dei concorsi generali EPSO/AD/94/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell'assunzione di amministratori (AD 5) nel settore dell'informazione, della comunicazione e dei media, EPSO/AST/37/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell'assunzione di assistenti (AST 3) nel settore della comunicazione e dell'informazione, ed EPSO/AD/95/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell'assunzione di amministratori (AD 5) nel settore dell'informazione (biblioteca/documentazione), sono annullati.

3) La Commissione europea è condannata a sopportare le spese sostenute dalla Repubblica italiana nonché quelle da essa stessa sostenute in entrambi i gradi di giudizio. 4) La Repubblica ellenica e la Repubblica di Lituania sopportano ciascuna le proprie spese.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Sanzione pecuniaria irrogata dall'Antitrust: debenza di interessi in caso di rateizzazione ex art. 26 L. 689/81 (Parere del 28.11.2012 prot. 471058, AL 48436/11, Avv. Agnese Soldani)¹.

RISPOSTA

L'Autorità in indirizzo ha chiesto parere alla Scrivente Avvocatura in ordine alla possibilità o meno di richiedere interessi sulle somme relative alle sanzioni pecuniarie dalla stessa comminate e rateizzate ai sensi dell'art. 26 l. 689/1981 («L'autorità giudiziaria o amministrativa che ha applicato la sanzione pecuniaria può disporre, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate, che la sanzione medesima venga pagata in rate mensili da tre a trenta; ciascuna rata non può essere inferiore a euro 15. In ogni momento il debito può essere estinto mediante un unico pagamento»). Nella richiesta di parere si rappresenta che sino ad oggi, argomentando dall'assimilazione dell'illecito amministrativo all'illecito penale - sulla considerazione del necessario interesse pubblico tutelato da entrambi i rami dell'ordinamento - si è seguita la prassi di non richiedere interessi in caso di rateazione, come espressamente disposto in relazione alle pene pecuniarie dall'art. 236 d.P.R. 115/2002 (Testo Unico in materia di spese di

giustizia)². Secondo quanto riferisce codesta Autorità, diversa è invece la prassi seguita per quanto concerne gli interessi di mora sul ritardato pagamento della sanzione. La fattispecie è disciplinata dall'art. 27 l. 689/81, secondo cui "salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti". Alla luce del tenore della norma, vengono applicati da codesta Autorità gli interessi di mora per il periodo intercorrente tra il momento in cui il credito diviene esigibile e la scadenza del semestre di cui al citato art. 27, nella misura degli interessi legali, in conformità al parere del CdS, III n. 74/97, e con l'avallo della giurisprudenza di merito. Tuttavia, muovendo dal convincimento che l'ipotesi del ritardo nell'adempimento non sia assimilabile, quanto a disciplina, a quella della concessione del beneficio della rateiz-

² (1) Art. 236 (L) d.P.R. 115/2002: *Pene pecuniarie rateizzate* "1. Per le pene pecuniarie rateizzate, rispettivamente ai sensi dell'art. 133 ter del codice penale e dell'art. 238, l'invito al pagamento o il provvedimento del giudice nella fase della conversione contiene l'indicazione dell'importo e la scadenza delle singole rate. 2. Il termine per il pagamento decorre dalla scadenza delle singole rate. 3. Non sono dovuti interessi per la rateizzazione. 4. In caso di mancato pagamento di una rata il debitore decade automaticamente dal beneficio ed è tenuto al pagamento, in un'unica soluzione, della restante parte del suo debito".

¹ Il dott. Tommaso Pistone, praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato, è stato di ausilio all'Avv. Soldani nella stesura del parere.

zazione, nella richiesta di parere sembra invece suggerirsi che la possibilità di richiedere gli interessi sulle somme rateizzate possa rinvenire altrove la propria fonte normativa. In particolare, si chiede se tale possibilità sia ammessa sia in virtù del richiamo in via analogica agli artt. 19 e 21 del d.P.R. 602/1973 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito)³, anche per effetto della disciplina contenuta nel d.P.R. 115/2002 (Testo Unico in materia di spese di giustizia) relativa alla rateizzazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, sia in virtù di un principio generale, rinvenibile nel sistema, relativo all'applicazione degli interessi sul pagamento rateale delle sanzioni amministrative.

Al fine di fornire risposta al quesito l'ordine logico delle questioni da affrontare e risolvere sembra essere il seguente:

1. natura giuridica (penale amministrativa) delle sanzioni irrogate dall'AGCM;
2. applicabilità o meno della disciplina di cui all'art. 27 l. 689/81 (maggiorazione comprensiva di interessi in caso di ritardo nel pagamento) anche all'ipotesi di rateizzazione del pagamento;
3. possibilità o meno di applicare in via diretta o di estendere in via analogica le disposizioni rinvenibili nella legislazione speciale (con particolare riguardo al T.U. delle spese di giustizia) all'ipotesi della rateizzazione delle sanzioni amministrative comminate dall'Antitrust;
4. applicabilità o meno del principio generale

³ Art. 19 d.P.R. 602/73: «Dilazione del pagamento 1. L'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può concedere, nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di settantadue rate mensili» (la disposizione prosegue dettando una disciplina specifica per il caso in cui l'importo iscritto a ruolo sia superiore a cinquantamila euro). Art. 21 d.P.R. 602/73: «Interessi per dilazione di pagamento. Sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato o sospeso ai sensi dell'art. 19, co. 1, si applicano gli interessi al tasso del 4,5 per cento annuo. L'ammontare degli interessi dovuto è determinato nel provvedimento con il quale viene accordata la prolungata rateazione dell'imposta ed è riscosso unitamente all'imposta alle scadenze stabilite. I privilegi generali e speciali che assistono le imposte sui redditi sono estesi a tutto il periodo per il quale la rateazione è prolungata e riguardano anche gli interessi previsti dall'art. 20 e dal presente art. ».

di cui all'art. 1282 c.c. al pagamento rateale della sanzione amministrativa ex art. 26 l. 689/81.

1. La natura giuridica delle sanzioni irrogate dall'AGCM.

Stabilire se le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM abbiano natura penale o amministrativa costituisce una priorità nella definizione del quesito in oggetto. Infatti qualora se ne dovesse ravvisare la natura penale si porrebbe alla esclusione della debenza di interessi in caso di pagamento rateale sulla base di due ordini di considerazioni. Da un lato, l'applicazione di principi di stretta matrice penalistica porterebbe ad interpretare le disposizioni della l. 689/81 in via restrittiva. Il principio di legalità troverebbe dunque la propria fonte direttamente nell'art. 25 co. 2 Cost. e contribuirebbe a creare un sistema governato dal principio di stretta legalità, per il quale vale la massima secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Il silenzio dell'art. 26 circa la debenza di interessi sarebbe quindi un silenzio significativo, sintomo di una volontà negativa del legislatore.

D'altro canto, affermata la natura penale delle sanzioni antitrust, si porrebbe all'esclusione della corresponsione di interessi anche argomentando in ordine all'espressa disposizione di cui all'art. 236 d.P.R. 115/2002 (Testo Unico in materia di spese di giustizia), la quale stabilisce che per le pene pecuniarie "non sono dovuti interessi per la rateizzazione" (il principio era sancito anche nell'art. 181 disp. att. c.p.p., ora abrogato dal d.P.R. 115/2002 e sostituito dal citato art. 236).

Pertanto, pare opportuna una sia pur breve disamina della dibattuta questione circa la natura delle sanzioni amministrative pecuniarie in generale, per poi analizzare in particolare la natura delle sanzioni irrogate dall'AGCM, anche attesa la recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo n. 43509/2011, relativa proprio alle sanzioni in antitrust. Le argomentazioni principali poste a fondamento della tesi della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative pecuniarie (che fa riferimento ad un ramo dell'ordinamento definito "diritto punitivo amministrativo" o addirittura "diritto penale amministrativo") fanno leva, in buona

sostanza, sulla natura afflittiva e punitiva delle sanzioni amministrative pecuniarie, sull'obbligatorietà e non discrezionalità dell'instaurazione del procedimento e dell'applicazione della sanzione, sulla non trasmissibilità agli eredi dell'obbligo di pagare la somma di denaro e sulla previsione legislativa secondo cui l'importo delle sanzioni deve essere determinato tenendo conto delle circostanze del fatto, della personalità dell'autore dell'illecito e delle sue condizioni economiche; criteri, questi ultimi, dettati proprio dalla l. 689/81. Il profilo sanzionatorio-afflittivo pertanto sarebbe prevalente rispetto alla considerazione della sanzione quale mero debito pecuniario. Tuttavia, l'orientamento maggioritario sostiene la tesi avversa, secondo cui sebbene le sanzioni pecuniarie siano indubbiamente partecipanti di una funzione essenzialmente afflittiva, e non potrebbe essere altrimenti, tale funzione non può condurre automaticamente all'affermazione della natura penale delle stesse: secondo l'insegnamento di illustre dottrina (Zanobini), la sanzione amministrativa è intesa come una "pena in senso tecnico", applicata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa, inquadrata nella struttura della responsabilità da illecito amministrativo.

Pur essendo parte della medesima categoria funzionale e poste a tutela di un determinato interesse pubblico, nonché omogenee sotto il profilo teleologico, le sanzioni penali ed amministrative si distinguono in base alla diversa valutazione dell'illecito e delle sue conseguenze. Pertanto, il legislatore di volta in volta opera una scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa, ricorrendo alla prima quando si rende necessaria la protezione dell'interesse generale della società civile e alla seconda quando invece occorre tutelare un interesse più ristretto, devoluto alle cure dell'amministrazione alla quale è contestualmente conferito il potere sanzionatorio. Quando l'irrogazione della "pena" rileva nel campo dei rapporti tra amministrazione e amministrato, e dunque anche tra organo di vigilanza e vigilato, la misura sanzionatoria ha natura amministrativa.

Si ritiene che le considerazioni appena esposte valgano anche in riferimento alle sanzioni

irrogate dall'AGCM. Né sembrerebbe di ostacolo ad una simile conclusione il tenore della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pronunciata nella causa *Menarini c. Italia*, del 27.9.2011, la quale ha affermato la natura "penale" della sanzione antitrust oggetto di quel giudizio, peraltro sulla base della considerazione della particolare entità (e dunque gravità) della stessa⁴.

Ciò a conferma del fatto che la valutazione, secondo la Corte, va comunque effettuata caso per caso, con conseguente insussistenza di un principio "generalizzato" relativo alla natura penale delle sanzioni antitrust. Peraltro, la sentenza si riferisce esclusivamente alla materia della concorrenza (e non anche a quella delle pratiche commerciali scorrette) e, in ogni caso, ha affermato la natura penale della sanzione sub iudice «rispetto alla Convenzione», vale a dire ai soli fini dell'applicabilità del principio del giusto processo, pur riconoscendo esplicitamente che nel diritto italiano le condotte anticoncorrenziali non sono sanzionate dal diritto penale⁵.

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, si ritiene che la questione interpretativa circa l'eventuale debenza di interessi in caso di pagamento rateale della sanzione debba essere risolta tenendo presente la natura amministrativa delle sanzioni antitrust.

2. L'inapplicabilità della disciplina di cui

⁴ Nel caso di specie si trattava infatti di una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro, circostanza questa che ha avuto un ruolo determinante nell'affermazione della natura penale della sanzione, come si evince da un significativo passaggio della motivazione: «tenuto conto dell'elevato importo della sanzione inflitta, la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale».

⁵ Nella causa *Menarini c. Italia* la ricorrente lamentava la violazione del suo diritto ad adire un giudice avente piena giurisdizione, terzo ed imparziale. La Corte dunque ha affermato la natura penale della sanzione antitrust ai soli fini dell'applicabilità del principio del giusto processo, che peraltro ha ritenuto comunque garantito dalla giustizia amministrativa, affermando che «nel caso di specie, la società ricorrente ha avuto la possibilità di impugnare la sanzione amministrativa in questione dinanzi al TAR di Roma e presentare appello dinanzi al Consiglio di Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte, tali organi soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'art. 6 della Convenzione (*PredilAnstalt SA. c. Italia* (dec.), n. 31993/96, 8.6.1999)».

all'art. 27 l. 689/81 (maggiorazione comprensiva di interessi in caso di ritardo nel pagamento) anche all'ipotesi di rateizzazione del pagamento.

Si condivide l'avviso di codesta Autorità circa la non applicabilità dei principi affermati dalla giurisprudenza in tema di interessi previsti dall'art. 27 l. 689/81 (che prevede la maggiorazione comprensiva degli eventuali interessi in caso di ritardo nel pagamento di una sanzione pecuniaria) all'ipotesi contemplata nell'art. 26 (pagamento rateale della sanzione), in quanto trattasi di fattispecie non assimilabili.

Si rammenta che l'art. 27 dispone: "Salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti". Condivisibilmente codesta amministrazione, con l'avallo del Consiglio di Stato (parere reso dalla Sez. III, n. 74/97) e della giurisprudenza di merito, esige il pagamento degli interessi anche per il primo semestre del ritardo, nel corso del quale non è ancora applicabile la maggiorazione prevista dalla predetta norma. Ciò in quanto, pur in assenza del necessario presupposto temporale per l'applicazione della maggiorazione (comprensiva degli eventuali interessi), il provvedimento sanzionatorio è comunque già dotato di esecutività ed esecutorietà e quindi il credito, liquido ed esigibile, produce comunque interessi di mora. Come si accennava, tali considerazioni non possono tuttavia essere estese all'ipotesi del pagamento rateale, essendo gli interessi c.d. dilatori o di rateazione strutturalmente diversi dagli interessi moratori: i primi sono giustificati esclusivamente dall'esigenza di compensare il creditore per aver rinunciato al pagamento per la durata della dilazione e, correlativamente, dalla disponibilità per il debitore di somme di denaro per la durata della dilazione stessa; gli interessi moratori, invece, hanno una funzione essenzialmente risarcitoria in quanto trovano la propria ratio nelle inadempienze della parte debitrice, aspetto questo del tutto assente nell'ipotesi della rateizzazione.

Peraltro, il beneficio del pagamento rateale trova la propria fonte in un provvedimento autorizzatorio dell'Amministrazione, che ha l'effetto di rimodulare la disciplina del rapporto di riscossione. Ciò impedisce di qualificare come ritardo la situazione in cui viene a trovarsi l'interessato nelle more della scadenza del termine stabilito per il pagamento delle rate, posto che tale contegno è determinato proprio da un'autorizzazione espressa dell'amministrazione titolare dal lato attivo del relativo rapporto giuridico.

Viceversa, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 27 l. 689/81 si è al cospetto di un vero e proprio ritardo nel pagamento della sanzione, dovuto ad una mera inadempienza dell'interessato, che non ha rispettato il termine (rimasto immutato) e, trattandosi di "ritardo non autorizzato", rende il credito produttivo di interessi di mora.

La conclusione potrebbe essere diversa nell'ipotesi in cui la rateizzazione venisse concessa dopo la scadenza del termine per il pagamento tempestivo, ipotesi che non può escludersi a priori, atteso che l'art. 26, nel disciplinare la rateazione della sanzione, non dice che tale beneficio può essere concesso solo prima della scadenza del predetto termine. E in effetti la possibilità di concedere la rateazione una volta scaduto il termine per il pagamento tempestivo non è da escludersi anche in considerazione del fatto che la rateazione viene concessa, per espressa previsione normativa, in considerazione delle condizioni economiche disagiate del destinatario della sanzione e quindi di una condizione obiettiva in cui il trasgressore versa, che prescinde da ogni profilo di responsabilità.

Certamente, però, il mero fatto giuridico della scadenza di quel termine, comporta che la somma da rateizzare non sarà più la (sola) sanzione originaria, bensì la sanzione così come rideterminata ai sensi del successivo art. 27, vale a dire maggiorata, maggiorazione nella quale restano assorbiti gli interessi dovuti per il ritardo stesso.

3. L'inapplicabilità in via diretta e la non estensibilità in via analogica delle disposizioni rinvenibili nella legislazione speciale (con particolare riguardo al T.U. delle spese di giustizia) all'ipotesi della rateizzazione delle sanzioni amministrative comminate dall'Anti-

trust.

3.1. Sulla inapplicabilità del T.U. spese di giustizia e delle norme sulla riscossione dei tributi ad esso ricollegate. Gli indici normativi ed il consolidato orientamento giurisprudenziale (Corte di Cassazione Sezioni Unite, 5 .1. 1994, n. 52; TAR Lazio, I, 10.6.1998, n. 1902) confermano che la materia delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'AGCM è regolata dalla l. di depenalizzazione n. 689 del 1981. L'art. 31 della l. n. 287 del 1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) stabilisce che "per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente l. si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 24.11.1981, n. 689". Le sezioni I e II del Capo I riguardano rispettivamente i principi generali (artt. 1 - 12) e l'applicazione delle sanzioni pecuniarie (artt. 13 - 31). A sua volta l'art. 26 disciplina il pagamento rateale della sanzione pecuniaria, stabilendo che l'autorità (giudiziaria o) amministrativa che ha applicato la sanzione può disporre, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate, che la sanzione medesima venga pagata in rate mensili da tre a trenta. Sebbene la norma nulla disponga in ordine alla eventuale corresponsione di interessi, parte considerevole della dottrina sembra orientata nel senso di ritenere esigibili gli interessi in caso di pagamento rateale, per effetto dell'entrata in vigore del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, d.P.R. 115/2002. In particolare è stato affermato che l'art. 240 d.P.R. 115/2002, rubricato "dilazione e rateizzazione di pagamento" ed inserito nel Titolo V dedicato alle "disposizioni particolari per le sanzioni amministrative pecuniarie", avrebbe ormai affiancato e sostituito l'art. 26 l. 689/81. L'art. 240 dispone infatti che "per il pagamento rateale e per la dilazione del pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie si applica l'art. 19, del decreto del Presidente della Repubblica 29.9.1973, n. 602 e successive modificazioni". A sua volta l'art. 19 d.P.R. 602 del 1973 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito) prevede che "l'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può

concedere, nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di settantadue rate mensili", e prosegue dettando una disciplina specifica relativa alla garanzia del credito qualora l'importo iscritto a ruolo sia superiore a cinquantamila euro. Tale ultima disposizione deve peraltro essere letta in combinato disposto con l'art. 21 d.P.R. 602/73 secondo cui "sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato o sospeso ai sensi dell'art. 19, co. 1, si applicano gli interessi al tasso del 4,5 per cento annuo. L'ammontare degli interessi dovuto è determinato nel provvedimento con il quale viene accordata la prolungata rateazione dell'imposta ed è riscosso unitamente all'imposta alle scadenze stabilite.

I privilegi generali e speciali che assistono le imposte sui redditi sono estesi a tutto il periodo per il quale la rateazione è prolungata e riguardano anche gli interessi previsti dall'art. 20 e dal presente articolo".

La dottrina maggioritaria ritiene dunque esigibili gli interessi in caso di pagamento rateale della sanzione amministrativa comminata ai sensi della l. 689/1981 per effetto del combinato disposto degli artt. 240 d.P.R. 115/2002 e 19 e 21 d.P.R. 602/73.

Ad una simile conclusione ostano però una serie di considerazioni. Si è detto che l'art. 240 d.P.R. 115/2002 è inserito nel Titolo V dedicato alle "disposizioni particolari per le sanzioni amministrative pecuniarie".

La rubrica del titolo deve essere letta ed interpretata alla luce della definizione che di "sanzione amministrativa pecuniaria" fornisce il medesimo d.P.R. all'art. 3 lett. v) - rubricato proprio "definizioni" - secondo cui "«sanzione amministrativa pecuniaria» è la sanzione pecuniaria, anche derivante da conversione della sanzione interdittiva, dovuta dalle persone giuridiche, dalle società e dalle associazioni anche prive di personalità giuridica, ai sensi del d.lgs 8.6.2001, n. 231". L'art. 240 si riferisce pertanto alle sole sanzioni irrogate agli enti per illecito amministrativo dipendente da reato, vale a dire di quella particolare forma di responsabilità amministrativa degli enti introdotta dal d.lgs. 231/2001 (applicabile a enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche

prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici, nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale) che può essere affermata qualora una persona fisica, a diverso titolo inserita nell'organizzazione dell'ente, abbia commesso un fatto costituente reato - espressamente contemplato nel medesimo testo normativo - nell'interesse dell'ente medesimo o a suo vantaggio. Quindi le sanzioni amministrative pecuniarie cui si riferisce il Titolo V del d.P.R. 115/2002 sono ben diverse dalle sanzioni amministrative irrogate ai sensi della l. 689/1981. Del resto, la limitazione del concetto di sanzioni amministrative pecuniarie ai soli illeciti amministrativi degli enti dipendenti da reato è conforme all'intero impianto normativo del d.P.R. 115/2002, con il quale il legislatore ha inteso istituire per l'appunto un Testo Unico riguardante le entrate dello Stato connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale e dunque al processo, sia esso penale, civile, amministrativo, contabile o tributario. In questo ambito è dunque logico che rientrino anche le sanzioni amministrative dipendenti da reato, che ai sensi dell'art. 36, co. 1 d.lgs. 231/2001 possono essere irrogate solo da un giudice, ed anzi dal giudice penale. Dunque il - peraltro dibattuto - carattere "amministrativo" di tali sanzioni deriva certamente dalla natura giuridica delle stesse e non dalla qualifica dell'autorità alla quale la l. ha attribuito il potere di irrogarle.

Ne deriva che mentre per le sanzioni amministrative pecuniarie comminate ai sensi del d.lgs. 231/2001 si applica il combinato disposto degli artt. 19 e 21 d.P.R. 602/73 - in virtù del rinvio recettizio contenuto nell'art. 240 citato - con conseguente esigibilità degli interessi sulle somme eventualmente rateizzate, altrettanto non può affermarsi con riferimento alle sanzioni antitrust, alle quali l'art. 240 non può essere direttamente applicabile. 3.2. Sulla non estensibilità in via analogica delle norme del T.U. spese di giustizia e della altre disposizioni speciali. Non sembra inoltre potersi affermare, come sembra prospettare codesta Autorità, che la disciplina del T.U. sulle spese di giustizia sia comunque estensibile, sia pure in via analogica, alle sanzioni ex l.

689/1981 per effetto del presunto combinato disposto degli artt. 231, 234 e 240.

Anzitutto, non sembra sia rinvenibile un "combinato disposto" delle tre norme appena menzionate, atteso che gli artt. 231 e 234 d.P.R. 115/2002 sono inseriti nel Titolo III, "Disposizioni particolari per spese processuali, spese di mantenimento e sanzioni pecuniarie processuali" e concernono, rispettivamente, la reiscrizione a ruolo dei crediti iscritti a ruolo e scaricati per inesigibilità e l'attribuzione al concessionario della riscossione del potere di riscuotere le spese delle procedure esecutive relative a tutte le entrate iscritte a ruolo⁶.

L'art. 240 invece, come noto, prevede in virtù del rinvio agli artt. 19 e 21 d.P.R. 602/73, la rateizzabilità delle sanzioni amministrative derivanti da reato e comminate agli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001. Le tre norme si riferiscono dunque a fattispecie tra loro diverse. Per quanto concerne la prospettata applicazione analogica delle norme del T.U. in materia di spese di giustizia, la l. 689/81 esclude la possibilità di far ricorso al procedimento analogico. Invero, il sistema creato con la l. 689/81 è affine a quello penale, almeno per quanto riguarda i principi generali sanciti nella Sezione I, Capo I, e ripropone dunque, anche per le sanzioni amministrative pecuniarie, il principio di stretta legalità, con il necessario corollario del divieto di analogia in malam partem (art. 1 coo. 1 e 2 l. 689/81), come confermato dal costante orientamento della giurisprudenza secondo cui "con l'art. 1 della l. 689 del 1981 il legislatore - prevedendo che nessuno può essere assoggettato a sanzione amministrativa se non in forza di una l. che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione (co.

⁶ Art. 231 d.P.R. 115/2002: «Reiscrizione a ruolo. In applicazione dell'art. 20, co. 6, del d.lgs. 13.4.1999, n. 112, con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia, sono fissati i criteri eccezionali sulla base dei quali l'ufficio provvede alla reiscrizione degli articoli di ruolo scaricati ai sensi degli articoli 19 e 20, del d.lgs. 13.4.1999, n. 112». Art. 234 d.P.R. 115/2002: «Riscossione delle spese. Ai sensi dell'art. 48, del decreto del Presidente della Repubblica 29.9.1973, n. 602, le spese delle procedure esecutive relative a tutte le entrate iscritte a ruolo sono riscosse dal concessionario nel processo in corso per la riscossione coattiva del credito principale».

1) e che le leggi che prevedono sanzioni amministrative punitive si applicano soltanto per i casi e i tempi in esse considerati (co. 2) - ha inteso sancire l'applicabilità alle sanzioni amministrative dei principi di legalità, di irretroattività e di divieto di analogia" (Cass. Civ. I, 28.12.2004, n. 24053; fra le altre: Cass. Civ. VI, 28.12.2011, n. 29411; Cassazione Civ. I, 27.6.2006, n. 14828; Cassazione Civ. I, 1.8.2003, n. 11732). Le argomentazioni sino ad ora espresse in relazione all'inammissibilità dell'applicazione analogica dell'art. 240 del T.U. in materia di spese di giustizia a maggior ragione valgono in riferimento agli artt. 19 e 21 d.P.R. 602/73 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito) e 202 bis del Codice della Strada, i quali dettano discipline specifiche per ipotesi non assimilabili alle sanzioni antitrust⁷.

Poiché dunque la loro applicazione alle sanzioni antitrust potrebbe trovare fondamento solo in un'operazione di estensione analogica, anche in questo caso dovrebbe essere esclusa tale possibilità.

4. L'applicabilità del principio generale di cui all'art. 1282 c.c. al pagamento rateale della sanzione amministrativa ex art. 26 l. 689/81.

Occorre infine stabilire se la debenza degli interessi sulle somme rateizzate possa trovare fondamento nell'art. 1282 c.c. ("i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la l. o il titolo stabiliscano diversamente"), inteso come principio generale applicabile a tutti i debiti pecuniari, ivi compresi quelli di cui si discute. Deve al riguardo evidenziarsi come la questione appaia dubbia, atteso che sussistono argomenti a sostegno tanto della tesi negativa quanto della tesi positiva. Né sembra risolutiva la - peraltro esigua - giurisprudenza pronunciata al riguardo: nella sentenza 18.12.2003 n. 8345 il Consiglio di Stato ha affermato che "in mancanza di una specifica disciplina di settore, l'art. 1282 c.c. è senz'altro applicabile anche alle sanzioni

⁷ Ai sensi dell'art. 202 bis, co. 4, ultimo periodo «Sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato si applicano gli interessi al tasso previsto dall'art. 21, co. 1, del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, e successive modificazioni».

amministrative pecuniarie una volta sorta l'obbligazione ex lege di pagare una certa somma di denaro". La pronuncia appena citata è stata però resa in una controversia avente ad oggetto le sanzioni per ritardato pagamento degli oneri concessori ex art. 3 l. 2.2.1985 n. 47, e dunque il principio è stato in realtà affermato in tema di debenza degli interessi moratori, in relazione al quale la l. 47/1985 - che pure stabiliva delle maggiorazioni della sanzione in caso di ritardato pagamento - non conteneva una disciplina specifica. A ben vedere dunque, la norma applicata dal Consiglio di Stato non è stata l'art. 1282 del cod. civ., ma l'art. 1224 del c.c.. La possibile risposta negativa al quesito se, pur in difetto di espressa previsione da parte dell'art. 26, siano dovuti interessi in caso di pagamento rateale in virtù dell'applicabilità dell'art. 1282 c.c. anche ai crediti pecuniari derivanti da sanzioni amministrative, potrebbe trovare fondamento anzitutto nella considerazione che essendo il sistema della l. 689/1981 (come già argomentato nel par. 1 del presente parere), disegnato sulla falsariga di quello penale in virtù della previsione del principio di stretta legalità, andrebbe mutuata dall'ordinamento penale la massima secondo la quale ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit, con la conseguenza che il silenzio dell'art. 26 circa la debenza di interessi in caso di rateizzazione sarebbe da intendersi come un silenzio significativo, sintomo di una volontà negativa del legislatore. Ciò in quanto l'istituto della rateizzazione della sanzione di cui all'art. 26 ha carattere eccezionale, perché derogatorio del principio secondo il quale gli atti amministrativi (ivi compresi quelli a contenuto sanzionatorio) dal momento della loro emissione sono dotati di immediata esecutività ed esecutorietà, mentre la previsione della rateizzabilità costituisce una deroga a tale principio perché finisce col differire la possibilità di immediata ed integrale esecuzione coattiva del provvedimento, sicché, trattandosi di norma di stretta interpretazione, l'aver omissso di prevedere la corresponsione di interessi dovrebbe essere considerato indice di una volontà normativa in tal senso piuttosto che di una lacuna. Potrebbe inoltre essere ritenuto che tale opzione interpretativa trovi conferma nel tenore del suc-

cessivo art. 27 l. 689/81, il quale, giova ribadirlo, stabilisce che “Salvo quanto previsto nell’art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all’esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti”. Potrebbe in altri termini ritenersi alquanto anomalo che il legislatore si sia preoccupato di disciplinare la debenza degli interessi in caso di maggiorazione della sanzione (prevedendone l’assorbimento in detta maggiorazione) e non lo abbia fatto per l’ipotesi di semplice rateizzazione disciplinata dall’art. 26, pur esplicitamente richiamato nella clausola di salvezza contenuta nel predetto art. 27. Tali argomenti potrebbero tuttavia essere superati ove si muova dalla considerazione che poiché l’art. 1282 c.c. codifica un principio immanente nel sistema ed applicabile indistintamente a tutti i debiti pecuniari (che se certi, liquidi ed esigibili producono interessi di pieno diritto), ivi compresi quelli derivanti da sanzioni amministrative pecuniarie, non vi era necessità di una espressa previsione dell’art. 26 in punto di debenza di interessi, previsione che ove vi fosse stata avrebbe costituito una “duplicazione” della norma già scritta nel citato art. 1282 c.c., sicché a ben vedere il “silenzio” della norma sul punto non sarebbe affatto un “silenzio significativo”. In quest’ottica, la clausola di salvezza contenuta nel successivo art. 27, che disciplina gli interessi moratori, potrebbe essere interpretata nel senso che salva l’ipotesi in cui il “ritardo” nell’adempimento dipenda da un provvedimento che concede la dilazione dello stesso, alle altre ipotesi di ritardo “non autorizzato” si applica la disciplina della maggiorazione della sanzione.

A ben vedere, dunque, la vera essenza del problema consiste non tanto nello stabilire se il silenzio dell’art. 26 sulla debenza degli interessi possa o meno essere colmato dal disposto dell’art. 1282 c.c., ma nello stabilire se sussistano i requisiti di applicabilità dell’art. 1282, val a dire se il credito derivante dalla sanzione rateizzata sia certo, liquido ed esigibile. Il problema si pone in particolare con riferimento al requisito della esigibili-

tà. Secondo l’insegnamento della Cassazione, la prestazione è esigibile quando il creditore può chiedere il pagamento o perché è scaduto il termine a favore del debitore, o perché il pagamento può essere richiesto in qualsiasi momento. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 74/97 citato da codesta Autorità, conferma l’assunto precisando che “il credito si qualifica esigibile quando sia scaduto e quindi il creditore possa immediatamente agire in executivis per ottenerne l’adempimento”.

Si tratta dunque di stabilire se il provvedimento che ammetta l’interessato alla rateizzazione - e dunque alla dilazione del pagamento - faccia o meno perdere al credito da sanzione amministrativa il suo carattere di credito originariamente esigibile.

La soluzione al problema sembra dipendere, a ben vedere, dalla individuazione della ratio giustificatrice sottesa alla norma sulla rateizzazione, sicché la risposta potrebbe essere diversa ove si muova da una lettura che potremmo definire di impronta “pubblicistica” o, viceversa, da una lettura che potremmo definire più prettamente “civilistica”.

a) La lettura di impronta “pubblicistica” potrebbe far leva sulla considerazione che, poiché ai sensi dell’art. 26 l’amministrazione concede il beneficio del pagamento rateale qualora l’istante si trovi in condizioni economiche disagiate, la concessione del beneficio costituisce modalità di esercizio del potere sanzionatorio che - pur fortemente vincolato quanto a presupposti dell’irrogazione della sanzione e quantificazione della stessa - può attraverso tale istituto discrezionalmente commisurare la “pena” alle “condizioni personali” del trasgressore, sulla falsariga di quanto già avviene, in sede di prima determinazione della sanzione, in applicazione dell’art. 11 l. 689/1981, a tenore del quale «Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell’applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche». In altri termini, la l. consente di tener conto, in sede di irrogazione della sanzione,

delle condizione economiche del trasgressore, sia commisurando ad esse l'entità della sanzione (art. 11), sia commisurando ad esse il termine entro il quale la sanzione deve essere pagata, e scaduto il quale può essere riscossa (art. 26). In tal modo non solo vengono salvaguardate le esigenze dell'interessato, ma viene anche realizzato il principio di uguaglianza sostanziale, in considerazione della evidente maggiore afflittività del provvedimento sanzionatorio pecuniario nei confronti di chi versa in condizioni disagiate rispetto al soggetto abbiente. In caso di rateizzazione, la fonte legittimante il pagamento dilazionato potrebbe dunque essere qualificata come un provvedimento amministrativo autorizzatorio, con il quale l'Autorità stabilisce delle nuove e diverse modalità di pagamento, che vanno a modificare la disciplina del rapporto di riscossione: per effetto di tali modifiche, il diritto di riscuotere la somma risulta frazionato e si adegua alle scansioni cronologiche stabilite nel provvedimento.

Tale impostazione potrebbe condurre, di conseguenza, all'affermazione che per effetto del provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione, il credito derivante dalla sanzione, da credito all'origine immediatamente esigibile si trasforma in credito sottoposto ad una serie di termini (coincidenti con le scadenze delle singole rate), sicché poiché gli importi delle rate diverrebbero esigibili solo alle (e non prima delle) relative scadenze, gli interessi su tale rateizzazione non potrebbero essere richiesti ai sensi dell'art. 1282 c.c., perché difetterebbe il requisito della esigibilità della prestazione prima della scadenza delle singole rate.

b) Pur nella consapevolezza della sostenibilità della tesi appena enunciata, sembrerebbe tuttavia preferibile, ad avviso della Scrivente, la soluzione opposta, che muovendo da un'impostazione di stampo più prettamente "civilistico", consente di pervenire all'affermazione che il credito da sanzione amministrativa ex l. 689/1981, pur in presenza di un provvedimento che ammetta l'interessato alla rateizzazione, non perda, per ciò solo, il requisito della esigibilità del quale è ab origine dotato.

Tale soluzione sembra infatti meglio rispondere all'esigenza di un equo contemperamen-

to tra l'interesse del soggetto sanzionato che si trovi in condizioni economiche disagiate (soddisfatto dall'accoglimento della richiesta di rateizzazione) e l'interesse della P.A. alla integrale riscossione della sanzione comminata.

Invero, poiché gli interessi c.d. dilatori o di rateazione sono giustificati dall'esigenza di compensare il creditore per aver rinunciato al pagamento per la durata della dilazione e, correlativamente, dalla disponibilità per il debitore di somme di denaro per la durata della dilazione stessa, ove il credito rateizzato non producesse interessi, la concessione della rateizzazione si tradurrebbe in una implicita rinuncia a parte di esso: a quella parte, cioè, di somme di denaro della quale l'amministrazione non ha immediatamente goduto a causa della dilazione e per la durata della stessa. In altri termini, potrebbe affermarsi che la norma che attribuisce all'amministrazione il potere di rateizzare la sanzione persegue l'esclusivo intento di concedere "più tempo" al sanzionato, senza però che ciò si traduca anche in uno "sconto" della sanzione comminata.

Del resto, deve considerarsi che altrove nell'ordinamento - nelle specifiche normative di settore che contengono una regolamentazione delle sanzioni amministrative - si rinvencono norme analoghe sulla rateizzabilità della sanzione, che disciplinano espressamente il regime degli interessi, non tanto al fine di stabilire la regola dell'an della loro debenza, bensì al fine di stabilire la regola del quantum⁸. Quelle norme, in altre parole, contengono una previsione espressa in punto di interessi non perché in assenza di tale previsione gli interessi non sarebbero dovuti, ma perché in assenza di tale previsione - che fissa un tasso di interesse superiore a quello legale - gli interessi dovrebbero essere corrisposti nella misura del tasso legale. Da tale considerazione sembra potersi inferire che tali norme costituiscano la conferma della e-

⁸ Ci si riferisce ai già menzionati artt. 19 e 21 d.P.R. 602/73 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), nonché all'art. 202 bis co. 4, ultimo periodo del Codice della Strada, a tenore del quale «Sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato si applicano gli interessi al tasso previsto dall'art. 21, co. 1, del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, e successive modificazioni»

sistenza nel nostro ordinamento di un principio generale, immanente nel sistema, secondo il quale l'autorizzazione del creditore al pagamento rateale di un credito già ab origine esigibile - qualunque sia la natura del credito e dunque anche se si tratti di credito da sanzione amministrativa pecuniaria - implica

l'insorgere di un'obbligazione accessoria a quella principale, consistente nell'obbligo di corrispondere i c.d. interessi di rateazione, nella misura del tasso legale, salvo che non sia diversamente stabilito. Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CODICE ANTIMAFIA: IN GAZZETTA UFFICIALE LE ULTIME MODIFICHE IN MATERIA DI DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il d.lgs 15.11.2012, n. 218 recante "Disposizioni integrative e correttive al d.lgs 6.9.2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonche' nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2, della l. 13.8.2010, n. 136". (D.lgs n. 218/2012, Gazzetta Ufficiale n. 290 del 13.12.2012).

«..... GA.....»

INVIO DEL DURC TRAMITE PEC

A partire dal 12.12.2012 le Stazioni appaltanti e le amministrazioni precedenti potranno chiedere di ricevere tramite PEC i DURC emessi dall'INAIL. (INAIL, comunicato del 12.12.2012).

«..... GA.....»

"STELLETTE" ALLE IMPRESE: L'ANTITRUST APPROVA IL REGOLAMENTO SUL RATING DI LEGALITÀ

Approvato dall'Antitrust il Regolamento, in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, che stabilisce criteri e modalità di attribuzione dei punteggi alle imprese che sarà operativo entro fine anno. Potranno richiedere l'attribuzione del rating le imprese operative in Italia che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso l'anno precedente alla richiesta e che siano iscritte al registro delle

imprese da almeno due anni.

Da un minimo di una stelletta ad un massimo di tre stellette verranno attribuite dall'Autorità sulla base delle dichiarazioni delle aziende che verranno verificate tramite controlli incrociati con i dati in possesso delle pubbliche amministrazioni interessate. L'Autorità pubblicherà sul proprio sito, mantenendolo aggiornato, l'elenco delle imprese cui il rating di legalità è stato attribuito, sospeso, revocato, con la relativa decorrenza. Niente sentenze di condanna per reati tributari o contro la P.A., utilizzo di sistemi di tracciabilità dei pagamenti, nessun accertamento di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato, questi ed altri i criteri posti a base dell'attribuzione delle stellette visionabili cliccando su www.gazzettaamministrativa.it (Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, comunicato del 15.11.2012).

«..... GA.....»

LE CLAUSOLE DI GARA AMBIGUE VANNO INTERPRETATE IN CONFORMITÀ AI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO E DI CONCORRENZA

Secondo la consolidata giurisprudenza (v. ex multis CdS, V, n. 4981/2011), in caso di clausole di ammissione alle gare di tenore ambiguo l'affidamento dei partecipanti in buona fede va tutelato mediante un'interpretazione delle disposizioni che sia conforme ai principi di buon andamento e di concorrenza, consentendo, altresì, alla P.A. di ottenere le migliori prestazioni nel rispetto della par condicio (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 11.12.2012, n. 6324).

«..... GA.....»

RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO: NEI CONTRATTI A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE IN CASO DI RECIPROCHE INADEMPIENZE IL GIUDICE DEVE INDIVIDUARE IL RESPONSABILE DELLE VIOLAZIONI MAGGIORMENTE RILEVANTI

Nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di (asserite) inadempienze reciproche, il giudice deve comparare il comportamento complessivo delle parti per stabilire se e quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti (tenuto conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto), sia responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale (cfr. Cass., II, 5.6.2012, n. 9046; 9.2.2011, n. 3173; III, 9.6.2010, n. 13840) (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 10.12.2012, n. 6297).

«..... GA.....»

SE LA NORMATIVA DI GARA IMPONE AI CONCORRENTI DI DICHIARARE TUTTI I PRECEDENTI PENALI LA DICHIARAZIONE DIFFORME NON PUÒ CONSIDERARSI FALSO INNOCUO

Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato rileva come la questione giuridica che qui viene in rilievo non investe il tema del cosiddetto falso innocuo, e cioè della dichiarazione non veritiera resa però su un requisito irrilevante ai fini partecipativi, dato che tale questione suppone il riconoscimento di una limitata discrezionalità del dichiarante nel rilasciare la dichiarazione afferente i propri precedenti penali. Nel caso di specie, al contrario, in cui la normativa di gara imponeva ai concorrenti di dichiarare tutti i

precedenti penali (a prescindere financo da eventuali declaratorie di estinzione o di riabilitazione), la dichiarazione difforme (in quanto omissiva di un precedente penale peraltro "specifico") è da ritenere di per sé inaffidabile (CdS, V, 8.11.2012, n. 5693), per la sufficiente circostanza che non è conforme a quanto prescritto dal disciplinare di gara, questo indipendentemente dal contenuto dispositivo dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici e dalle interpretazioni giurisprudenziali a proposito della completezza o meno delle dichiarazioni funzionali a comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale. Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni e la loro stretta conformità alle prescrizioni della lex specialis di gara è già di per sé un valore normativo e perciò vincolante, anche perché consente - secondo i principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità - una celere decisione sull'ammissione dei soggetti giuridici alla gara (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 10.12.2012, n. 6291).

«..... GA.....»

PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DI APPALTI: PRESUPPOSTI CHE LEGITTIMANO IL RICORSO ALLA TRATTATIVA PRIVATA

Sulla scorta di consolidati principi giurisprudenziali, cfr. Corte giust. CE, sez. II, 2.10.2008, n. C-157/06; grande sezione, 8.4.2008, n. C-337/05; Cons. St., sez. V, 2.11.2011, n. 5837; sez. VI, 3.2.2011, n. 780; sez. V, 24.4.2009, n. 2600; sez. IV, 10.6.2004, n. 3721): a) il ricorso alla trattativa privata (procedura negoziata), nel microordinamento di settore (nazionale comunitario), è vicenda assolutamente eccezionale perché lesiva dei valori fondamentali (costituzionali e internazionali) della libertà di impresa, del libero mercato, della trasparenza, della imparzialità dell'azione amministrativa e della buona amministrazione; b) le disposizioni che consentono il ricorso a tale procedura di affidamento di appalti (e quelle assimilabili: ad es. varianti, atti aggiuntivi ecc.), devono essere interpretate restrittivamente, intro-

ducendo ipotesi tassative che costituiscono momento patologico del rapporto contrattuale risolvendosi in affidamenti diretti senza le garanzie delle procedura competitiva; c) i presupposti applicativi di tale straordinaria procedura devono essere dimostrati in modo rigoroso dalla stazione appaltante e dall'impresa beneficiaria; d) la portata dell'obbligo di motivazione si declina, coerentemente, nel senso che è la scelta della p.a. di procedere a trattativa che va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano, mentre, qualora la P.A. si orienti per la procedura competitiva, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle normali opzioni che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata; e) la stazione appaltante, anche in extremis, se rileva che la stipula comporta la violazione di norme imperative deve immediatamente interrompere la trattativa privata avviata e annullare gli atti della procedura fin lì posta in essere; l'ordinamento, invero, esige il ritorno alla legalità, anche attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione, mentre non prende in considerazione favorevole - sotto il profilo di possibili pretese risarcitorie - la posizione di coloro che, coinvolti nella trattativa privata o nella gara finalizzate alla stipula del contratto che si rilevi *contra legem*, abbiano consapevolmente e colposamente aderito all'iniziativa illegittima della P.A.: in tali casi non è configurabile una ipotesi di responsabilità precontrattuale derivante da mancata stipula del contratto con la conseguente impossibilità di accogliere la domanda di risarcimento del danno (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 6.12.2012, n. 6256).

«..... GA.....»

NEL SUBPROCEDIMENTO DI GIUSTIFICAZIONE DELL'OFFERTA ANOMALA NON È CONSENTITA L'IMMOTIVATA RIMODULAZIONE DI VOCI DI COSTO AL SOLO SCOPO DI FAR

"QUADRARE I CONTI"

Il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta in itinere, ma mira piuttosto a verificare la serietà di un'offerta consapevole già formulata ed immutabile, con conseguente inammissibilità di quelle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta che invece non è stata adeguatamente meditata, risultano tardivamente finalizzate ad un'allocazione dei costi diversi rispetto a quella originariamente indicata. Né, per le stesse ragioni, deve ritenersi consentita l'immotivata rimodulazione di voci di costo al solo scopo di far "quadrare i conti", al fine cioè di assicurare che il prezzo complessivo offerto resti immutato, superando le contestazioni della stazione appaltante su alcune voci di costo. Del resto, nel giudizio di congruità dell'offerta, esplicazione paradigmatica di valutazioni tecniche e perciò sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta in relazione alla quale si registri una trasmigrazione dei costi da una voce all'altra (cfr. CdS, Sez. V, 12.9.2011 n. 5098) (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 30.11.2012, n. 6117).

«..... GA.....»

LA PUBBLICAZIONE SULL'ALBO PRETORIO DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA GARA È IRRILEVANTE AI FINI DEL DECORSO DEI TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE IMPRESE CHE HANNO PARTECIPATO ALLA GARA

Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva per le imprese che hanno partecipato alla gara decorre dalla data di notifica o comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva così come dispone l'art. 79, co. 5, del codice dei contratti pubblici. In mancanza di comunicazione individuale il termine decorre dalla conoscenza dell'atto. E', invece, del tutto irrilevante la

pubblicazione all'albo pretorio del provvedimento con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, sussistendo, come detto, un onere per le stazioni appaltanti di portare gli esiti della procedura di gara a

conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni (cfr. CdS, VI, 25.1.2008, n. 213; 2.5.2006, n. 2445) (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 31.10.2012, n. 5565).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

IL RICORSO AL M.E.P.A. QUALE STRUMENTO ATTUATIVO DELLA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA PUBBLICA: CRITERI APPLICATIVI

dell'Avv. Salvatore Napolitano

La disciplina normativa prevista dalle ultime novità in materia di ricorso al Mercato Elettronico della pubblica amministrazione: ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione e limiti.

The legal framework provided by the latest innovations in the field of use of the Electronic Market of Public Administration: subjective and objective scope of application and limitations.

Sommario: 1. Premessa. 2. Razionalizzazione della spesa pubblica: Mercato elettronico. 3. Considerazione conclusive.

1.Premessa.

Per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione, il cui usato acronimo è MEPA.

2.Razionalizzazione della spesa pubblica: Mercato elettronico.

L'art. 328 del d.P.R. n. 207/10 (*"Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs 12.4.2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"*), Parte IV, Titolo V, Capo I, relativo alle Acquisizioni sottosoglia, indica partitamente la procedura da adottare qualora si intenda approvvigionarsi attraverso tale sistema.

In questa sede, nel rinviare a quanto disposta dalla norma, si effettuano alcune considerazioni di massima sui limiti applicativi e sulle potenzialità del detto istituto, non trascurando

Per quanto concerne i soggetti che possono avvalersi del MEPA, l'art. 328 fa riferimento alla *"stazione appaltante"* che, secondo l'art. 3, co. 33, del d.lgs. n. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici) *"comprende le Amministrazioni Aggiudicatrici e gli altri soggetti di*

cui all'art. 32, ossia:

- le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3, co. 25, d.lgs. n. 163/06);

- le società con capitale pubblico, anche non maggioritario e gli Enti aggiudicatori (e, cioè, oltre alle amministrazioni, le imprese pubbliche ed i soggetti che operano in virtù di diritti speciali od esclusivi concessi loro dall'Autorità competente).

Quanto all'obbligatorietà ed alle categorie di cui la P.A. può approvvigionarsi tramite MEPA, va chiarito che il legislatore, in materia, è intervenuto più volte a disciplinare sia la facoltà di usufruire del mercato elettronico, sia gli importi e i limiti entro i quali le stazioni appaltanti possono rivolgersi al medesimo.

Infatti, la l. n. 296 del 2006 (Finanziaria per 2007) all'art. 450 stabiliva che *"Dal 1.7.2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pub-*

blica amministrazione di cui all'art. 11, co. 5, del regolamento di cui al d.P.R. 4.4.2002, n. 101”.

In seguito, con l'entrata in vigore dell'art. 328 del d.P.R. n. 207 del 2010 secondo cui “...la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni o servizi attraverso il mercato elettronico...” il legislatore sembrava far intendere che il ricorso al mercato elettronico fosse facoltativo.

Successivamente, il d.l. n. 52 del 2012, così come convertito dalla l. n. 94 del 2012, ha modificato l'art. 1, co. 450, della l. n. 296/06, inserendo proprio il riferimento all'art. 328 del d.P.R. n. 207/10, per cui la norma attualmente recita: “Dal 1.7.2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328, co. 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5.10.2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi previsti al co. 449 del presente art., le altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs 30.3.2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo art. 328”.

In altri termini, il legislatore sembra aver ripristinato l'obbligo per le stazioni appaltanti, in tutti i settori, di ricorrere al MEPA per gli affidamenti di servizi e forniture sotto soglia, indicando l'art. 328 del d.P.R. n. 207/10 quale mero strumento procedurale.

In quest'ottica, l'art. 1, co. 7, del d.l. 95 del 2012, come convertito dalla l. 135 del 7.8.2012, che disciplina il ricorso al MEPA per gli affidamenti sotto soglia sembra avere un valore meramente rafforzativo, posto che stabilisce: “... le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'art. 1 della l.

31.12.2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, co. 455, della l. 27.12.2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione sul mercato elettronico e sul sistema dinamico di acquisizione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati...”.

Con riferimento, più in generale, al tipo di appalto per il quale è data la possibilità e/o vige l'obbligo di approvvigionarsi tramite il MEPA, per completezza si ribadisce che la l. parla di acquisto di beni e servizi, ciò induce a ritenere che la disciplina citata limita la propria efficacia alle sole fattispecie legali di affidamento di appalti di fornitura (approvvigionamento di beni) e di servizi, non trovando, viceversa, applicazione nel caso di appalti di lavori e di contratti misti che, in base alla normativa di settore, debbano essere considerati appalti pubblici di lavori.

Pertanto, nel caso di appalti “complessi” (*rectius* misti) che abbiano ad oggetto, ad esempio, sia l'approvvigionamento di energia che la gestione e la manutenzione ordinaria e/o straordinaria degli impianti, al fine di stabilire se debbano considerarsi appalti di lavori - per i quali non si applica la disciplina del MEPA - deve aversi riguardo al rilievo economico che i lavori medesimi assumono nell'ambito del contratto e/o al rapporto di accessorietà che i lavori abbiano rispetto alla fornitura o ai servizi.

A tal proposito, il codice dei contratti, all'art. 14, prevede che per i contratti misti di lavori, forniture e servizi, si applichino le disposizioni relative ai contratti di lavori pubblici qualora nell'ambito del contratto questi ultimi assumano rilievo economico superiore al 50 per cento dell'appalto, e sempre che i lavori non abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi ed alle forniture.

Infatti, all'individuazione dell'oggetto principale in un appalto misto concorrono, tra gli altri, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'accessorietà o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni, e viceversa, come stigmatizzato dalla circolare 18.12.2003, n. 2316 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che afferma: "... Nonostante le considerazioni svolte, e anche nelle competenti sedi, per avvalorare il menzionato indirizzo italiano, la Commissione europea ha contestato l'utilizzo esclusivo del predetto criterio, ricordando che il diritto comunitario ha sempre considerato "l'oggetto principale del contratto" quale parametro di riferimento per la determinazione delle regole applicabili agli appalti misti. Pertanto, secondo la Commissione, la prevalenza economica della componente dei lavori rispetto alle altre prestazioni (servizi e/o forniture) non implica necessariamente che un appalto possa essere qualificato come appalto pubblico di lavori, qualora questi ultimi siano accessori e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto..."

Per quanto concerne la procedura di selezione, in questa sede ci si limita ad osservare che essa è molto elastica e snella.

La norma, infatti, si limita a:

- indicare i principi che debbono regolare tutta la procedura, dalla fase dell'abilitazione a monte a quella di individuazione del prestatore a valle, e cioè, i principi di: trasparenza, semplificazione delle procedure, parità di trattamento e non discriminazione;

- stabilire che le stazioni appaltanti abilitano al mercato elettronico tramite uno o più bandi aperti qualsivoglia operatore che soddisfi i requisiti di abilitazione (cioè: selezionano gli operatori fra cui lungo tutta la durata del contratto individueranno di volta in volta il prestatore) ed indica gli elementi che i bandi, tra l'altro, debbono contenere (art. 328, co. 3, lett. a-e).

Anche i criteri di selezione delle offerte sono molto elastici.

Il co. 4 dell'art. 328 del d.P.R. n. 207/10, infatti, fa riferimento esclusivamente:

- a un "confronto concorrenziale" fra le offerte pubblicate all'interno del MEPA o rice-

vute a seguito di richiesta della stazione appaltante

- o, in alternativa, alle "procedure di acquisto in economia" di beni e servizi sotto soglia (parimenti elastici).

Nel caso di confronto concorrenziale a seguito di richiesta di offerta da parte della stazione appaltante deve essere fissato un termine sufficiente per la presentazione delle offerte, tenuto conto dei principi generali stabiliti all'art. 70, co. 1, del d.lgs. n. 163/06 e, cioè, in questo caso, è lecito desumere, dei principi che il co. 5 dell'art. 70 stabilisce per le procedure negoziate, con o senza bando, e per il dialogo competitivo, secondo cui il termine per la ricezione delle offerte, salvi i casi di urgenza, non può essere inferiore a 20 giorni (art. 328, co. 5, art. 328 del d.P.R. n. 207/10).

Quanto sopra, non vuol dire che le stazioni appaltanti non possano utilizzare i criteri, per così dire, tradizionali di selezione dell'offerta (prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa), ma in una logica di snellezza e velocità vengono indicati dei criteri che sono comunque sufficienti (e, probabilmente, preferibili) per gli acquisti di beni e servizi sotto soglia.

3. Considerazioni conclusive.

Secondo l'art. 28 del d.lgs. n. 163/06 gli importi delle soglie comunitarie al di sotto dei quali si applica il MEPA sono i seguenti:

a) 130.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi, diversi da quelli che verranno in seguito elencati al punto b.2), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali e che sono elencate nell'Allegato IV del d.lgs. n. 163/06;

b) 200.000 euro, per:

b.1.) gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle sopra elencate;

b.2.) appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto Servizi di ricerca e sviluppo (categoria 8 dell'allegato II A del d.lgs. n. 163/06), servizi di telecomunicazioni (categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526); servizi elencati nell'alle-

gato II B del d.lgs. n. 163/06 e, cioè: servizi alberghieri e di ristorazione; servizi di trasporto per ferrovia, servizi di trasporto per via d'acqua, servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti, servizi legali, servizi di collocamento e reperimento di personale, servizi di investigazione e di sicurezza (eccettuati i servizi con furgoni blindati), servizi relativi all'istruzione (anche professionale), servizi sanitari e sociali, servizi ricreativi, culturali e sportivi e altri servizi. L'accuratezza del legislatore, ho condotto a regolare in maniera puntuale anche le ipotesi di appalti da aggiudicare in più lotti, eventualità disciplinata dall'art. 29 del d.lgs. n. 163/06.

Per i servizi (art. 29, co. 7, d.lgs. n. 163/06):

- quando (un'opera prevista o) un progetto di acquisto di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;

- quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie viste sopra di cui all'art. 28 si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria (e, quindi, non si applica il MEPA);

- in caso di servizi, le stazioni appaltanti possono tuttavia derogare a tale applicazione per i lotti il cui valore stimato al netto dell'I-VA sia inferiore a 80.000 euro (o a un milione di euro per i lavori) purché il valore cumu-

lato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti.

Per le forniture (art. 29, co. 8, d.lgs. n. 163/06):

- quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dar luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti separati, per l'applicazione delle soglie previste per i contratti di rilevanza comunitaria si tiene conto del valore stimato della totalità di tali lotti;

- quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie viste sopra di cui all'art. 28, le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto (e, quindi, non si applica il MEPA);

- le stazioni appaltanti possono tuttavia derogare a tale applicazione per i lotti il cui valore stimato al netto dell'IVA sia inferiore a 80.000 euro e purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo della totalità dei lotti.

In conclusione, con l'introduzione dell'obbligatorietà di ricorso al MEPA, il legislatore ha voluto porre l'accento sul risparmio e la razionalizzazione delle spese, quali criteri fondamentali nell'agenda della pubblica amministrazione che, nell'obiettivo di raggiungere il sempre più agognato traguardo dell'efficienza e della semplificazione, cerca nelle nuove tecnologie lo strumento per rendere trasparente la propria azione

DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE PER L'ART. 9 DELLA SPENDING REVIEW

del Dott. Adriano Marini

L'art. 9 del d.l. n. 95/2012 è una delle norme di più difficile interpretazione dell'intera disciplina della Spending Review; sarebbe, pertanto, quanto mai auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Article. 9 of Decree n. 95/2012 is one of the rules that are difficult to interpret the whole discipline of the Spending Review, and it would, therefore, highly desirable a clarifying intervention by the legislature.

Sommario: 1. Premessa. 2. Normativa introdotta dalla Spending Review. 3. Funzioni e servizi. 4. Deroga nel campo dei servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. 5. Interpretazioni art. 9, co. 6. 6. Redazione testi normativi.

1. Premessa.

La tendenza manifestata dal legislatore nelle ultimi anni non è certamente favorevole alle partecipazioni societarie esterne degli enti locali: modifiche imposte per il rispetto del principio della concorrenza negli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; limitazione numerica delle partecipazioni in relazione all'entità demografica dell'ente (art. 14, co. 32, del d.l. n. 78/2010 e successive modificazioni); affidamento di servizi ad evidenza pubblica che costituisce, dal 2013, elemento di valutazione della virtuosità degli enti (art. 3 *bis*, co. 3, del d.l. n. 138/2011 e successive modificazioni); la riscrittura di una parte della disciplina operata con il d.l. n. 95/2012 (a seguito dell'intervento della Consulta con la pronuncia n. 199 del 20.07.2012 e conseguente abrogazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011); ulteriori limitazioni imposte dal più recente d.l. n. 174/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 213/2012.

La materia dei servizi pubblici locali è sicuramente tra quelle che hanno subito i maggiori interventi da parte del legislatore, negli ultimi anni (una decina nel solo 2012), senza che ciò abbia, però, condotto ancora ad una scelta chiara ed organica. Si è assistito, infatti, alla produzione di un complesso di norme, molto articolato ed anche di segno contrastante, oggetto di continui adeguamenti ed inter-

venti interpretativi da parte della giurisprudenza e delle autorità di regolazione, in continua evoluzione.

Tale quadro è stato peraltro reso arduo e frastagliato soprattutto a seguito del referendum abrogativo dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 e della sentenza della C. cost. n. 199 del 20.7.2012, con conseguente abrogazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, che aveva di fatto riprodotte le norme già eliminate a seguito dell'esito del referendum.

2. Normativa introdotta dalla Spending Review.

Dopo la citata sentenza della Consulta n. 199/2012, l'art. 4 del d.l. 6.7.2012 n. 95 (convertito con modificazioni nella l. n. 135/2012), recante "Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche", ha introdotto nuove misure restrittive in materia di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche.

In particolare, il primo comma del succitato articolo prevede che le società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni che nell'anno 2011 hanno conseguito un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% , debbano alternativamente:

- essere sciolte entro il 31.12.2013,
- ovvero privatizzate con procedura di evidenza pubblica, entro il 30.6.2013.

Il co. 2 dispone che nel caso di inerzia dell'amministrazione nella liquidazione o cessione delle società, a decorrere dal 1.1.2014, queste ultime non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari.

Altro articolo di particolare interesse per il mondo delle partecipate è poi l'art. 9, del medesimo d.l. n. 95/2012, concernente "*Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi*", del quale si analizzano i primi sette commi:

Il primo comma introduce un generale obbligo, per regioni, province e comuni, di soppressione, accorpamento o riduzione degli oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento nei confronti di una serie molto ampia, ma non ben definita, di soggetti partecipati (enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica), che esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali *ex art. 117, co.2, lett. p)*, della Costituzione o funzioni amministrative *ex art. 118, della Costituzione*.

Il co. 1 *bis* introduce una deroga, all'applicazione del co. 1, per aziende speciali, enti ed istituzioni che gestiscano servizi socio-assistenziali, educativi e culturali.

I coo. 2 e 3 affidano ad un accordo in sede di Conferenza Unificata la completa ricognizione dei citati soggetti; mentre il co. 4 dispone una soppressione automatica dei soggetti medesimi, con relativa nullità di eventuali atti successivamente adottati, nel caso in cui, trascorsi nove mesi, non sia stato dato attuazione a quanto previsto dal co. 1.

Il co. 5 dispone che le regioni provvedano ad un adeguamento ai principi di cui al co. 1, in relazione alle proprie partecipate.

Il co. 6, ampliando la portata della disposizione del co. 1 introduce anche il divieto di istituzione di nuovi soggetti che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative *ex art. 118, della Costituzione*.

Il co. 7, infine, ribadisce la piena vigenza delle disposizioni del d.l. n. 78/2010 che hanno imposto limitazioni quantitative alle partecipazioni dei comuni, in relazione alla loro entità demografica.

In estrema sintesi, l'articolo pone una serie di drastiche limitazioni ad una congerie di soggetti esistenti qualificati in modo estremamente generico, rinviando l'individuazione degli stessi alla Conferenza Unificata, e, nel contempo, introduce un generale divieto di nuova istituzione dei medesimi soggetti.

L'impostazione, sicuramente logica sul piano teorico, trova un limite pressoché insormontabile nella non facile individuazione di tali soggetti.

D'altro canto lo stesso legislatore, forse conscio della complessa opera di delimitazione delle fattispecie soggette al dettato normativo, aveva rinviato ad un successivo provvedimento da definire di concerto con vari soggetti istituzionali, affidando ad un "*accordo sancito in sede di Conferenza unificata*" (coo. 2,3 e 4 del medesimo art. 9) la "*complessiva ricognizione degli enti, delle agenzie e degli organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica*" soggetti all'applicazione dell'intero art. 9. Accordo che a tutt'oggi risulta, però, ancora ben lontano dal concretizzarsi.

Il meccanismo congegnato dall'art. è però tale che la misura sanzionatoria della soppressione si applica anche nel caso di mancato intervento della Conferenza Unificata.

Tale meccanismo rende pertanto indispensabile procedere ad una individuazione di quelli che fino ad ora sono stati genericamente indicati come soggetti; ma le poche interpretazioni fino ad ora intervenute sull'argomento non aiutano affatto.

Come rilevato da molti commentatori, infatti, questa norma è una delle più oscure e di non facile interpretazione dell'intera disciplina introdotta dalla *Spending Review*.

3. Funzioni e servizi.

Dall'esame della norma, ciò che risulta evidente è che tutti gli "*enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica*" sono caratterizzati dall'esercitare "*funzioni fondamentali ex art. 117, co. 2, lett. p), cost. o funzioni amministrative ex art. 118, cost.*"

Il termine utilizzato nell'art. 9, tanto nel co. 1 quanto nel co. 6, è quello di "*funzioni*" e non quello più generico di "*servizi*", normal-

mente riferito alle società.

Al di là dell'uso che se ne possa fare nel linguaggio corrente, ove i termini sono considerati quali sinonimi, è indispensabile far riferimento alla distinzione dottrinale posta fra i concetti di "funzione amministrativa" e di "servizio pubblico" ed in tal senso è possibile far riferimento a pronunciamenti della Corte dei Conti che, non molto tempo fa, ha affrontato problematiche che si fondavano proprio sulla distinzione dei due termini (C.conti, Lazio n. 15/2011/PAR e Sez. Piemonte n. 101/2010/PAR).

Qualora l'attività dell'ente pubblico si esplichi mediante atti amministrativi o comportamenti configuranti espressione del potere autoritativo della pubblica amministrazione, la natura dell'attività posta in essere costituisce una funzione, ovvero la cura concreta di interessi pubblici finalizzata al raggiungimento di uno scopo tipizzato dalla l.. I destinatari di tale potere, orientato per l. alla cura degli interessi pubblici, si pongono in una posizione di mera soggezione, o al più, d'interesse legittimo. I caratteri che contraddistinguono la funzione sono pertanto quelli della obbligatorietà dell'attività e della esplicazione di poteri autoritativi.

Si è in presenza di servizi qualora, invece, l'azione della pubblica amministrazione si traduca nella pura erogazione di un servizio alla collettività, con prestazioni rese all'utenza. L'amministrazione, in tal caso, agisce tendenzialmente non secondo atti autoritativi di diritto pubblico, ma in attuazione di diritti soggettivi individuali e collettivi (es. diritto all'assistenza, che connota i servizi socio assistenziali).

Da notare che la distinzione fra funzione amministrativa e servizio pubblico resta valida, quale che sia la teoria che consente l'individuazione della categoria di servizio pubblico (tesi del servizio pubblico in senso soggettivo, tesi del servizio pubblico in senso oggettivo; tesi mista).

L'aver utilizzato soltanto il termine di funzione in tutto l'art. 9 dovrebbe condurre alla conclusione che tra gli "enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica" non dovrebbero rientrare tutti quegli organismi che erogano soltanto

servizi, come ad esempio società, aziende speciali, istituzioni.

Ma, rispetto a tale impostazione, resta di difficile comprensione l'inserimento delle disposizioni di cui al co. 1 *bis* (introdotto in sede di conversione) ed al co. 7, che fanno invece espresso riferimento ad organismi che erogano servizi.

Il co. 1 *bis* esclude infatti le aziende speciali, gli enti e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali dall'applicazione delle disposizioni restrittive del co. 1. Per quale motivo inserire tale deroga espressa se gli organismi che esercitano funzioni dovrebbero essere già esclusi dall'applicazione del co. 1?

Ed analoga considerazione può anche farsi con riferimento al co. 7, secondo il quale "Resta fermo quanto disposto dall'art. 14, co. 32, del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, e successive modificazioni."(art. che disciplina le limitazioni delle partecipazioni societarie per gli enti di minore entità demografica).

Che senso può avere tale affermazione se le società, in quanto soggetti gestori di soli servizi, dovrebbero essere comunque al di fuori dell'applicazione dell'art. di cui trattasi?

Tali incongruenze logico-sistematiche non appaiono però sufficienti a condurre ad una interpretazione che possa far rientrare tra le fattispecie di cui all'art. 9 tanto i soggetti che esercitano funzioni, quanto quelli che erogano servizi.

Non si comprenderebbe, infatti, per quali motivi l'articolo parli solo di funzioni, e non di servizi. Da notare, per di più, che l'utilizzo del termine "funzione" nel d.l. n. 95/2012 non è casuale, anzi lo stesso decreto definisce dettagliatamente le funzioni fondamentali dei comuni *ex art.* 117, co. 2, lett. p) della costituzione (l'art. 19 di tale decreto riscrive completamente l'art. 14, co. 27, del d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni nella l. n. 122/2010, ridefinendo integralmente le funzioni fondamentali dei comuni).

Non può trattarsi, quindi, di un uso poco corretto del termine, ma di una scelta precisa del legislatore.

4. Deroga nel campo dei servizi socio-

assistenziali, educativi e culturali.

Altro enigma di non facile soluzione è rappresentato dal cercare di comprendere per quale motivo le aziende speciali, gli enti e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali siano esclusi espressamente dall'applicazione delle disposizioni restrittive del primo comma (secondo le disposizioni introdotte in sede di conversione), ma una analoga disposizione non sia stata riprodotta a corredo del co. 6.

Dalla lettura del testo si dovrebbe ricavare la contemporanea presenza di una differente disciplina operante per gli organismi esistenti rispetto a quelli da costituire.

Da un lato, le aziende, enti ed istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali, non sono soggetti a restrizioni particolari, dall'altro, non ne potrebbero essere costituiti di nuovi. Come si concilia, però, il regime di particolare favore per questi organismi, che evidentemente si considerano particolarmente idonei a gestire alcuni tipi di servizi (di valenza sociale e culturale e non economica) con il contemporaneo divieto di crearne di nuovi?

Altra possibile lettura, ma meno aderente alla formulazione sistematica dell'art., potrebbe essere quella di considerare il co. inserito in sede di conversione (co. 1 *bis*) quale deroga operante per l'intero art. 9 e non solo per il co. 1 (per tutte le fattispecie di tal genere, tanto esistenti quanto in fieri).

5. Interpretazioni art. 9, co. 6.

In merito all'art. 9, co.6, del d.l. n. 95/2012, sono intervenute interpretazioni che sembravano escludere del tutto la possibilità di costituire qualunque nuovo ente o organismo partecipato.

Detto co. ha infatti previsto: *“E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118, della Costituzione”*.

Rispetto ad una disposizione così incerta è intervenuta dapprima un laconico pronunciamento della Sezione Lombardia della C.conti (n. 403/2012/PAR) che, pur non approfondendo

il dettato normativo, si è limitato a ritenere non costituibile una nuova fondazione per la gestione di una casa di riposo, stante *“l'amplissima latitudine operativa della disposizione”* che *“nel quadro dell'opzione legislativa favorevole alla reinternalizzazione dei servizi, non può che comprendere anche le fondazioni ed in genere tutti gli organismi strumentali creati dall'ente locale”*.

Mentre un più recente parere della Sezione Lazio della C.conti (n. 2/2013/PAR del 15.01.2013) si esprime in senso favorevole all'ipotesi di trasformazione di una società in azienda speciale, per la gestione di servizi sociali, educativi e culturali, evidenziando inoltre che *“l'azienda speciale, quale ente strumentale dell'ente locale, di cui all'art. 114 del TUEL, non rientra, per espressa previsione normativa, al pari delle istituzioni, tra gli enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che esercitano una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite, ai sensi dell'art. 118 della costituzione”*, di cui al richiamato art. 9, co. 6, del d.l. n. 95 del 2012”.

L'interpretazione resa dalla Sezione Lazio, pur partendo dall'esame di una fattispecie nella quale si attua una trasformazione di una società (esistente) in una azienda speciale (di nuova costituzione), offre un ampio spazio di manovra rispetto alla laconica chiusura espressa dalla Sezione Lombardia. Ritiene escluse, cioè, le aziende e le istituzioni dal novero dei soggetti ai quali deve essere applicato il co. 6 dell'art. 9 (divieto di nuova costituzione).

Al di là delle ulteriori possibili interpretazioni o (si auspica) modifiche normative che potranno intervenire, ad oggi, secondo quanto si ricava dal parere della Corte dei Conti del Lazio, sarebbero comunque consentite trasformazioni di società in aziende ed istituzioni, nonché costituzioni di nuove aziende ed istituzioni. Trasformazioni e costituzioni che sarebbero in linea con i principi enucleabili dalle norme in quanto consentirebbero di ricondurre i servizi socio-assistenziali, educativi e culturali in un organismo operativo adeguato alla natura dei servizi da rendere.

Oltre alle ipotesi di nuova costituzione, il

possibile ricorso alla trasformazione, anche solo parziale, di società partecipate può rappresentare una scelta ulteriore a disposizione di vari enti locali, chiamati a dismettere o a ridurre sensibilmente i costi per le partecipate, almeno per il campo dei servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. La trasformazione in azienda o istituzione può innanzi tutto consentire una gestione di detti servizi, non a valenza economica, con uno strumento più adatto alle loro esigenze; inoltre il nuovo organismo può essere costruito in modo snello, al fine di assicurare una riduzione di costi e, limitatamente ai servizi socio-assistenziali resi da aziende speciali, un sicuro risparmio stante l'esenzione dall'Iva (risoluzione n. 89 del 12.03.2008 dell'Agenzia delle Entrate).

6. Redazione testi normativi.

La chiara compilazione delle norme costituisce oggi una esigenza insopprimibile: più le norme presentano difficoltà interpretative, più si consentono sviamenti rispetto allo scopo che la norma stessa si prefigge, oltre a rendere estremamente difficoltosa l'attività degli operatori.

Pur comprendendo le difficoltà di ordine politico e procedurale, che spesso rendono ardua la scrittura di un testo intellegibile ed organico, sarebbe necessario un maggiore sforzo compilativo, al fine di evitare risultati come la norma in esame (ma non è certamente l'unica) per la quale sarebbe quanto mai auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

«.....GA.....»

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LA RILEVANZA ECONOMICA DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA

dell'Avv. dello Stato Giulio Bacosi e della Dott.ssa Valentina Giammaria

Il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza n. 5409 del 23.10.2012 - pronunciandosi sulla qualificazione giuridica del servizio di illuminazione votiva in termini di servizio a rilevanza economica - ha chiarito che per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole considerare non solo la tipologia o la caratteristica merceologica del servizio ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale sceglie per rispondere alle esigenze dei cittadini. Di alcun pregio discrezionale è stata invece ritenuta l'esigua redditività dell'attività svolta.

The Council of State, Section V, with judgement n. 5409, of October 23rd 2012, in answer to the legal classification of the lighting service votive in terms of service economically significant, made clear that in order to qualify a public service as having economic importance or less is reasonable to consider not only the type or characteristic commodity of the service but also the organizational solution that the local authority chooses to meet the needs of citizens. Any discretionary value was instead held a small profitability of the activity.

Sommario: 1. La nozione di servizio pubblico. 2. I servizi pubblici locali. 3. Il servizio di illuminazione votiva: la qualificazione giuridica. 4. Servizi a rilevanza economica o privi di rilevanza economica: i criteri discretivi.

1. La nozione di servizio pubblico.

Dalle vischiose e a tratti ambigue pieghe del sistema normativo sembra emergere una nozione di servizio pubblico piuttosto opaca, il cui arduo esame consentirà di comprendere la nascita e lo sviluppo delle attività di prestazione di servizi da parte degli enti locali.

Con il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale e dipoi allo Stato sociale - il cd Welfare State - i pubblici poteri nel corso del XX secolo dimisero le vesti autoritarie assumendo quelle di erogatori di servizi a vantaggio dei cittadini. Si registrò infatti il progressivo passaggio da un agire della pubblica amministrazione ispirato ai tradizionali moduli autoritativi - al quale si contrapponevano quegli interessi legittimi generalmente definiti "oppositivi"- ad un *modus operandi* caratterizzato da spiccati profili di pariteticità, che lasciava affiorare figure di interessi legittimi definiti "pretensivi".

Purtuttavia, volgendo lo sguardo d'oltralpe è possibile rilevare che già dalla fine del XIX secolo in Francia la nozione di service public fu associata a quella di Stato in senso costitu-

zionale, fondando la legittimazione del potere pubblico più sulla funzione di prestazione che di regolazione.

In Italia¹ invece si enucleò un concetto autonomo di servizio pubblico solo quando fu possibile delineare in modo chiaro il distinguo tra l'agire autoritativo e quello paritetico della pubblica amministrazione.

Alla fine del XX secolo sotto l'influenza dell'esperienza americana delle *public utilities* - a seguito della quale fu considerato naturale che alcuni servizi di pubblico interesse fossero gestiti da soggetti privati - le problematiche gravitanti nell'orbita dei servizi pubblici si accrebbero, specie con riferimento alla natura del soggetto erogatore del servizio.

¹ L'Italia rispetto agli altri Paesi Europei affrontò con ritardo il problema politico, economico e giuridico dei servizi locali. L'Inghilterra invece fu tra le prime nazioni a sperimentare il fenomeno della municipalizzazione seguita dalla Francia che inserì a partire dal 1880 nell'agenda politica il tema dei servizi pubblici. La Spagna estese la "municipalizzazione" a tutti i comuni con la riforma dell'ordinamento comunale del 1924 mentre in Germania e in Austria l'ampia autonomia riconosciuta ai Comuni agevolò l'espansione dei servizi pubblici.

Orbene, il tema che si affronta appare complesso non solo per la pluralità di questioni che impinge ma anche per l'alone terminologico che lo ammantava.

A compasso allargato infatti, nell'orbe giuridico si rinvenivano una pluralità di norme nelle quali si fa riferimento ai servizi pubblici; dal microcosmo penalistico - in particolare nella disciplina sui reati contro la pubblica amministrazione - affiorano gli art. 357 co. 2 e 358 c.p.; da quello civilistico emerge l'art. 826, co. 3, c.c. - che fa discendere dalla destinazione a servizio pubblico l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile-; infine dal microcosmo amministrativo emerge l'art. 33 del d.lgs. 80 del 1998 - come modificato dall'art. 7 l. 205/2000 - che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi. Per vero, la norma ai fini del riparto di giurisdizione accoglie una nozione ampia di pubblico servizio, includendovi le attività di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, tradizionalmente estranee a tale nozione. Finanche nella Carta Costituzionale all'art. 43 assume rilievo la nozione di servizio pubblico - considerato ivi come oggetto di un'impresa, conformemente all'art. 2082 c.c.- talchè il riferimento è ad una attività che ha la caratteristica di poter essere svolta in modo organizzato e per finalità economiche.

Purtuttavia, nonostante la pluralità di riferimenti normativi deve concludersi che non esiste una nozione normativa di servizio pubblico e tale lacuna appare colmata da un vivace dibattito dottrinale nel quale si contrap-

² L'art. 357 c.p., co. 1, considera pubblici ufficiali, agli effetti della legge penale, coloro che esercitano una "pubblica funzione" legislativa, giudiziaria o amministrativa. Il co. 2 chiarisce che è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi. L'art. 358 c.p. stabilisce che, agli effetti della legge penale, per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, caratterizzata però dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

pongono una concezione oggettiva e una soggettiva di servizio pubblico. Alla stregua della teoria c.d. soggettiva la pubblicità viene identificata nella imputabilità del servizio all'organizzazione pubblica e nella titolarità dello stesso in capo al soggetto pubblico, indipendentemente dalla natura dell'effettivo gestore. Orbene, in dottrina e in giurisprudenza sembra ormai prevalere la teoria oggettiva in virtù della quale in sede di individuazione delle attività sussumibili sotto la nozione di servizio pubblico assume rilievo decisivo il loro assoggettamento ad una disciplina settoriale che assicuri il perseguimento di fini sociali e che sia idonea a soddisfare le esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti.

2. Servizi pubblici locali.

La questione concernente i servizi pubblici locali costituisce una delle tematiche più complesse e al contempo avvincenti del diritto amministrativo, oggetto di un articolato dibattito giurisprudenziale e dottrinale, specie con riferimento alle modalità di affidamento dei servizi.

Sin dagli inizi del Novecento le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali hanno rappresentato un importante crocevia giuridico e politico-istituzionale.

La prima normativa per il Regno d'Italia sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni fu la l. 103 del 29.3.1903, nata per far fronte all'esigenza di "perseguire mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali"³.

Con la l. 103 del 1903 si consentì ai comuni di assumere per via ordinaria la gestione diretta dei servizi pubblici - tramite l'istituzione di aziende speciali - e si prevede un controllo da parte delle autorità comunali e governative sul funzionamento e sull'andamento della gestione delle municipalizzate al fine di promuovere l'assunzione di responsabilità da parte dei comuni stessi nella valuta-

³ Dagli atti della Relazione al Parlamento.

zione della convenienza economica della gestione diretta dei servizi pubblici.

Alla l. 103 del 1903 fece seguito il R.D. 30.12.1923, n. 3047, con cui si consentì alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi e si autorizzò il Governo a riunire e coordinare in un testo unico l'intera disciplina, anche con riguardo a norme dettate successivamente alla stessa l. del 1923.

Dipoi fu emanato il R.D. n. 2578 del 15.10.1925, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province.

L'assunzione da parte dell'amministrazione comunale di servizi pubblici era libera qualora il servizio venisse svolto in regime concorrenziale e limitata qualora si svolgeva in regime di monopolio. In tale ultima ipotesi, la possibilità di assumere il servizio con diritto di privativa doveva avvenire per l. comportando una compressione dei diritti privati.

Orbene, a seguito della l. 8.6.1990 n. 142 con il riconoscimento della potestà statutaria a comuni e province anche la disciplina dei servizi pubblici locali confermò il potenziamento delle autonomie. Fu ampliata la nozione di servizio pubblico proposta dall'art. 22, co. 1, l. n. 142/1990 rispetto a quella che si ricavava dal testo unico sulla municipalizzazione perché comprendente oltre alle attività imprenditoriali - rivolte alla produzione di utilità a favore dell'utenza pubblica - anche le attività non imprenditoriali dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale, per le quali è peraltro suggerita alla lett. d) del co. 3, la forma di gestione mediante "istituzione" (co. 3, lett. d).

Secondo l'art. 22, co. 1, l. n. 142/1990 il servizio pubblico era condotto secondo schemi prevalentemente imprenditoriali intesi a fornire al cittadino un'utilità pubblica, di regola, in regime di diritto comune.

La gestione del pubblico servizio doveva essere improntata ai criteri di efficienza ed economicità tanto che anche per gli enti di gestione dei servizi pubblici sussisteva l'obbligo del pareggio del bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. Orbene, l'art. 22 della l. 142 del 1990 disponeva che i pubblici servizi potessero es-

sere gestiti in economia⁴, mediante concessione a terzi⁵; a mezzo di azienda speciale⁶, a mezzo d'istituzioni per l'esercizio di servizi sociali che non avessero rilevanza imprenditoriale; con società per azioni a prevalente capitale pubblico⁷ o con l'unione fra più comuni.

La l. 142/1990 fu poi assorbita nel d.lgs. 267 del 10.8.2000, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL) che all'art. 112, co. 1, chiarisce che gli enti locali - nell'ambito delle rispettive competenze - provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali e all'art. 113 disciplina le forme di gestione dei servizi pubblici introducendo la possibilità di costituire società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria.

Nel processo evolutivo della legislazione italiana in tema di gestione e affidamento di servizi pubblici un punto di svolta fu rappresentato dall'art. 35 della l. 448 del 2001 (la l. finanziaria per il 2002) che nel ridisciplinare la materia introdusse la distinzione tra servizi aventi rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale.

Dipoi con la l. 326 del 2003 si determinò il superamento del criterio distintivo basato esclusivamente sulle modalità di produzione introducendo il distinguo tra servizi a rilevan-

⁴ La gestione in economia era ammessa quando le modeste dimensioni o le caratteristiche del servizio rendevano non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione.

⁵ La gestione mediante concessione a terzi veniva consentita qualora sussistevano ragioni di carattere tecnico (per il fatto che le attrezzature tecnologiche di gestione richiedevano professionalità, esperienze o ingenti capitali di cui l'amministrazione non dispone) ovvero di natura economica (allorché il costo del servizio affidato a terzi comportasse un costo di gran lunga inferiore);

⁶ La gestione mediante azienda speciale veniva consentita quando lo svolgimento del servizio implicava un'attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed autonomia;

⁷ La gestione mediante società per azioni a prevalente capitale pubblico veniva consentita qualora si fosse ravvisata l'opportunità in relazione alla natura del servizio da erogare di fare partecipare alla gestione altri soggetti pubblici o privati.

za economica e privi di rilevanza economica⁸.

La questione afferente alla qualificazione del servizio pubblico non è meramente dogmatica apparendo, per vero, gravida di rilevanti implicazioni applicative determinando la rilevanza economica del servizio la necessità di procedere all'affidamento della gestione mediante procedura a evidenza pubblica.

Con l'art. 23 *bis* del d.l. 112/2008 -che ha abrogato le parti dell'art. 113 incompatibili- sono state riformulate le regole sull'affidamento e la gestione del servizio e con il d.P.R. 7.9.168 del 2010 è stato adottato il regolamento di attuazione.

La suddetta disciplina - vietando di regola la gestione diretta dei servizi pubblici da parte degli enti locali - ha introdotto regole più restrittive di quelle poste dalla legislazione Comunitaria⁹. Purtuttavia, con il referendum del 6.6.2012 è stata abrogata l'intera disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23 *bis*; a seguito di tale abrogazione l'affidamento secondo il modello in house deve pertanto ritenersi consentito solo nel rispetto dei vincoli

⁸Preme rilevare che l'ordinamento comunitario non conosce la nozione di servizio pubblico bensì quella di servizio di interesse economico generale, rinvenibile in particolare negli articoli 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Orbene, la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale, ove limitata all'ambito locale e quella di servizi pubblici di rilevanza economica hanno contenuto omologo.

⁹ Il legislatore nazionale, con l'art. 23 *bis* del d.l. 112/2008 richiedeva espressamente per l'affidamento in house la sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario: la detenzione da parte dell'ente pubblico della maggioranza del capitale sociale; l'esercizio di una forma di controllo sull'attività analoga a quella svolta sui propri servizi e l'esercizio, da parte della società affidataria, della quota prevalente della sua attività con, o per conto dell'ente pubblico. Esigeva poi anche una previa pubblicità adeguata e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'analisi di mercato, con successiva trasmissione di una relazione dall'ente affidante all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante se il valore economico del servizio superava la somma complessiva di 200.000 euro annui e la sussistenza di situazioni eccezionali che "a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

posti dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Orbene, a pochi mesi di distanza dal referendum abrogativo, il Governo ha approvato il d.l. 138/2011 16 con il quale all'art. 4 si è disciplinata la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica riproducendo, sostanzialmente, i contenuti dell'art. 23 *bis* e del relativo regolamento di attuazione.

3. Il servizio di illuminazione votiva: la qualificazione giuridica.

Entrando *in medias res*, occorre spostare il fuoco dell'analisi sulla vicenda fattuale che ha dato la stura alla pronuncia de qua.

Orbene, il caso prende le mosse dalla delibera n. 624 del 23.12.2009 del Comune di Siena avente a oggetto la riassunzione in forma diretta del servizio di gestione degli impianti di illuminazione votiva dei cimiteri comunali. Tale scelta veniva motivata sulla base della considerazione che la gestione in forma diretta rappresentava l'opzione economicamente più conveniente e consentanea ad assicurare all'utenza un servizio di adeguata qualità.

Alcune società operanti nel campo dell'illuminazione votiva all'interno dei cimiteri comunali interposero ricorso innanzi al TAR Toscana impugnando la delibera comunale e lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 113 e 113 *bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, nonché dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, norma che all'epoca (successivamente abrogata dal referendum del giugno 2011) regolava la materia dei spl.

Con sentenza n. 593 del 2011 il TAR Toscana dichiarava infondato il ricorso e lo respingeva. Dipoi le ricorrenti società presentarono appello al Consiglio di Stato per l'annullamento o la riforma della sentenza emessa dal giudice di prime cure, lamentando che l'assunzione diretta del servizio pubblico di illuminazione votiva da parte del Comune avrebbe sottraendo al mercato un servizio pubblico a rilevanza economica fosse in contrasto con i principi comunitari in tema di libera concorrenza, recepiti nell'ordinamento italiano con l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, vigente al momento dell'adozione da parte del Comune di Siena del provvedimento

impugnato.

Il Comune di Siena costituendosi in giudizio propose appello incidentale condizionato per la riforma della sentenza nella parte in cui avrebbe erroneamente qualificato il servizio di illuminazione votiva come servizio pubblico economico.

Il Consiglio di Stato con sentenza del 23.10.2012, n. 5409 ritenute fondate le ragioni delle ricorrenti ha accolto l'appello principale respingendo quello incidentale.

Orbene, alla luce del combinato disposto dell'art. 23 bis, co. 1,2,3¹⁰ e 11 del d.l. n. 112 del 2008 è stato riconosciuto in capo all'ente locale l'obbligo di immettere sul mercato e offrire alla concorrenza - mediante le procedure a evidenza pubblica - i servizi pubblici a rilevanza economica, rappresentando l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico una modalità eccezionale e derogatoria esperibile solo qualora le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettano un efficace e utile ricorso al mercato.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha avuto agio di chiarire che, in base alla disciplina dettata dall'art. 23 bis del d. l. n. 112 del 2008 e ss.mm.ii., in caso di servizi pubblici a rilevanza economica non ne è consentita la gestione in economia, salve le deroghe previste dalla normativa richiamata e con le modalità da essa indicate.

4. Servizi a rilevanza economica o privi di rilevanza economica: i criteri discretivi.

Volendo intercettare i fili del groviglio di questioni che gravitano attorno al caso che si esamina, viene infine in considerazione la

¹⁰ Tali co. stabilivano quale modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali il conferimento della stessa "...a favore di imprenditori o di società di qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità..".

qualificazione giuridica del servizio di illuminazione votiva quale servizio avente rilevanza economica.

All'uopo infatti, il Consiglio di Stato sottolinea che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo tale che appare difficile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica. Alla luce della costante giurisprudenza comunitaria spetta al giudice nazionale valutare le circostanze e le 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 questione¹¹.

Per poter qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica occorre avere riguardo a due fondamentali profili, uno relativo alla tipologia e alle caratteristiche merceologiche del servizio - vi sono infatti attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti alle quali non è ascrivibile una rilevanza economica - e l'altro concernente le modalità organizzative pratiche individuate dall'amministrazione di riferimento.

Quatenus opus est, si dovrebbe concentrare il fuoco dell'analisi sull'elemento organizzativo del servizio erogato, atteso che la distinzione tra servizi aventi ovvero privi di rilevanza economica non si pone soltanto in astratto bensì anche analizzando il modo in cui il servizio risulta organizzato. All'uopo basterà por mente alla considerazione del Consiglio di Stato secondo la quale sono considerabili servizi privi di rilevanza economica solo i servizi resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo.

Orbene, il Consiglio di Stato ha qualificato il servizio di illuminazione votiva quale servizio a rilevanza economica giacché astrattamente idoneo a produrre un utile di gestione e, quindi in grado di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore, a nulla rilevando l'esiguità degli utili maturati a fron-

¹¹ Corte di giustizia CE, sentenza 22.5.2003, causa 18/2001

te della gestione del servizio.

Lo svolgimento da parte del Comune di Siena di una propria attività imprenditoriale seppur senza autonoma organizzazione - poichè il servizio sarebbe stato gestito integrando le relative attività con quelle svolte dalle direzioni edilizie e dalla direzione risorse finanziarie - ha costituito circostanza dirimente per sussumere tale servizio tra quelli a rilevanza economica con conseguente necessità di affidamento mediante procedura a evidenza pubblica.

Il Consiglio di Stato ha specificato che *“il principio cui è finalizzata la disciplina di cui all’art. 23 bis è la tutela della concorrenza e l’apertura al mercato per tutte le attività imprenditoriali e non la forma più economica di gestione dei servizi pubblici locali”*.

Dagli interstizi della disciplina positiva emerge che la questione affrontata non è più attuale, atteso che l’art. 23 bis del d.lgs. 112 del 2008, nel testo risultante dalle modificazioni apportate dalla l. 6.8.2008, n. 133 e dall’art. 15, co. 1 ter del d. l. n. 135 convertito con modificazioni dalla l. n. 166 del 2009, è stato abrogato a seguito di referendum popolare del 6.6.2011, sostanzialmente riproposto con l’art. 4 del d. l. 13.8.2011, n. 138, convertito in l. n. 148 del 2011, è stato espunto definitivamente dall’ordinamento con sentenza della Corte Costituzionale 20.7.2012, n. 199¹².

¹² La Consulta ha accolto i ricorsi contro la manovra estiva 2011 presentati da alcune regioni, osservando che l’art. 4 della manovra Tremonti era stato adottato in violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare mediante referendum, desumibile dall’art. 75 della Costituzione, secondo quanto già riconosciuto da una costante giurisprudenza costituzionale.

In particolare, la Consulta esplicita che *“a seguito della predetta abrogazione, la disciplina applicabile era quella comunitaria, più “favorevole” per le Regioni e per gli enti locali. Pertanto, la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell’abrogazione referendaria (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva, frutto di un’interpretazione ancor più estesa dell’ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva), ledendo la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli enti locali”*.

Orbene, volendo serrare sistematicamente le fila del compendio di spunti che hanno preso le mosse dalla pronuncia che si annota, preme in ultimo rilevare che alla luce del mutato contesto normativo agli enti locali non è precluso - a fronte di delibere motivate e sostenute da elementi di conoscenza economico-territoriale- il ricorrere a proprie scelte organizzative in luogo di affidarsi al mercato concorrenziale per la gestione dei servizi pubblici locali.

LIMITI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI DEI PARERI CONSULTIVI DI CUI ALL'ART. 7 CO. 8 DELLA L. 5.6.2003 N.131

della Dott.ssa Valentina Napolitano

Con l'art.7, co. 8, della l. "La Loggia" è stata introdotta nell'ordinamento la funzione consultiva della Corte dei conti nei confronti degli Enti Locali, sottoposta a limiti di natura soggettiva ed oggettiva.

With Article 7, paragraph 8, of Law "La Loggia" was introduced into the advisory function of the Court of Auditors in respect of local authorities, subject to the limits of nature and subject and objective.

Sommario: 1. Premessa. 2. Limiti soggettivi e oggettivi dei pareri consultivi. 3. Conclusioni.

1.Premessa.

L'art. 7, co. 8, della l. 131/2003 ha innovato il sistema delle tradizionali funzioni della Corte dei conti, disponendo che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possano chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica, a condizione, però, che sussistano i requisiti di ammissibilità, di natura soggettiva e oggettiva.

2.Limiti soggettivi ed oggettivi dei pareri consultivi.

La norma dispone che *“le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane”*.

La citata previsione normativa, data la sua essenzialità, ha indotto la Sezione delle Autonomie, nell'adunanza del 27.4.2004, a fornire alcuni indirizzi interpretativi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, cui le

Sezioni regionali avrebbero dovuto uniformarsi, evidenziando, al contempo, i soggetti legittimati alla richiesta e l'ambito applicativo della funzione medesima.

Soggetti legittimati ad attivare l'esercizio della funzione consultiva, secondo un orientamento prevalente della Corte, sono unicamente gli enti indicati espressamente nel co. 8 dell'art.7 della L.131/2003, ovverosia, Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane, in quanto l'elencazione legislativa ha carattere tassativo (in tal senso, v. Corte dei conti, sezione delle Autonomie, deliberazione 17.12.2007, n.13/AUT/2007). Ne rimangono, dunque, escluse le Comunità montane, le unioni di comuni e i consorzi di comuni.

L'organo legittimato a sottoscrivere la richiesta di parere è il legale rappresentante dell'Ente e, dunque, il Presidente della giunta regionale, il Presidente della provincia, il Sindaco nel caso di comuni e città metropolitane.

In questo modo si evita che dallo stesso ente possano provenire manifestazioni di volontà tra loro contrastanti. È inoltre necessario che sussista un interesse attuale, personale e concreto affinché non vi sia un inutile svolgimento di tale attività consultiva.

Da un punto di vista applicativo, il legi-

slatore nazionale ha previsto che possano essere richiesti pareri esclusivamente nella materia della *“contabilità pubblica”*.

L'ambito oggettivo di tale locuzione, in conformità a quanto stabilito dalla Sezione delle Autonomie con atto di indirizzo del 27.4.2004, e con deliberazione del 17.2.2006 n.5, deve ritenersi riferito alla *“attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli”*.

Non è, pertanto, accoglibile, nel presente contesto, l'interpretazione espansiva del concetto di *“contabilità pubblica”* quale emerge dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione ad analoghe espressioni impiegate dal legislatore nell'art. 103 della Costituzione e nell'art. 1, co. 1, della l. n. 20/1994, per stabilire gli ambiti della competenza giurisdizionale della Corte dei conti. Con deliberazione n.5 del 17.2.2006, infatti, la Sezione delle Autonomie ha già avuto modo di sottolineare come *“nelle norme citate, secondo un costante orientamento anche del Giudice delle leggi, l'espressione contabilità pubblica intende riferirsi, sul piano processuale, ai giudizi di conto e di responsabilità e non anche, sul piano sostanziale, alle materie che possono dar luogo, in presenza di comportamenti illeciti, a responsabilità per danno erariale”*, aggiungendo come sia, dunque, evidente che, *“rispetto all'attività consultiva, la nozione accolta dalla giurisdizione contabile, siccome volta a valutare i comportamenti colposi o dolosi dei pubblici funzionari a garanzia della regolarità e correttezza della gestione del pubblico denaro ed a tutela del patrimonio pubblico, sarebbe troppo lata, togliendo ogni significato al criterio restrittivo fissato nel co. 8, art.7, della l. n. 131/2003”*.

Né sono parimenti condivisibili linee interpretative che ricomprendano nel concetto di contabilità pubblica qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa, con susseguente

fase contabile attinente all'amministrazione della stessa ed alle connesse scritture di bilancio. Inoltre, *“se è vero che ad ogni provvedimento amministrativo può seguire una fase contabile, attinente all'amministrazione di entrate e spese ed alle connesse scritture di bilancio, è anche vero che la disciplina contabile si riferisce solo a tale fase “discendente” distinta da quella sostanziale, antecedente, del procedimento amministrativo, non disciplinato da normative di carattere contablistico”*.

Possono rientrare nella funzione consultiva della Corte dei conti le sole richieste di parere volte ad ottenere un esame da un punto di vista astratto e su temi di carattere generale, con esclusione di quelle che comportano valutazioni su specifici casi concreti di gestione.

Tuttavia, la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, in sede di controllo, nell'esercizio della funzione di orientamento generale ai sensi dell'art. 17, co. 31 del d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 3.8.2009 n. 102, hanno evidenziato che, in una visione dinamica della contabilità pubblica - che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri - talune materie, estranee nel loro nucleo originario alla contabilità pubblica, possono ritenersi ad essa riconducibili per effetto della particolare considerazione loro riservata dal legislatore nell'ambito della funzione di coordinamento della finanza pubblica (delibera n. 54/2010).

Si è precisato, infatti, che la funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo nei confronti degli Enti territoriali deve svolgersi anche riguardo a quesiti che siano connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti

equilibri di bilancio.

Tale funzione, poi, non può rivolgersi a quesiti che implicino valutazioni di comportamenti amministrativi oggetto di iniziative giudiziarie, anche eventuali, proprie della Procura della stessa Corte dei conti, né può avere ad oggetto condotte suscettibili di essere sottoposte all'esame di organi della giurisdizione ordinaria, contabile o tributaria, al fine di evitare che i pareri prefigurino soluzioni non conciliabili con successive pronunce giurisdizionali.

3. Conclusioni.

Dunque, il limite della funzione consultiva, così delineato, fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge o che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali. La richiesta di parere, infatti, non può implicare soluzioni incompatibili con pronunce rese o da rendere in sede di controllo o con gli indirizzi di coordinamento in materia.

Tale parere, dunque, essendo facoltativo, non è giuridicamente vincolante e viene adottato collegialmente nel termine ordinatorio di sessanta giorni.

La Sezione delle Autonomie, sin da subito, si è preoccupata di garantire un orientamento interpretativo comune, pertanto, con la deliberazione 4 giugno-3luglio 2009, n.9, indirizzata ai Presidenti delle Sezioni regionali di controllo, ha riesaminato gli indirizzi ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, di cui alla precedente adunanza del 27.4.2004, anche alla luce dell'intervenuta normativa di cui alla l. 15/2009.

La Sezione regionale di controllo, nell'e-

saminare una richiesta di parere, decide se si tratti di questione suscettibile di risposta che garantisca uniformità di indirizzo e coinvolgimento di tutti gli interessi; in caso negativo, sospende la pronuncia o decide interlocutoriamente e/o parzialmente, trasmettendo gli atti alla Sezione delle Autonomie, la quale si pronuncia a seguito di relazione del Presidente della Sezione regionale proponente o dei Presidenti delle Sezioni regionali proponenti, previa apposita istruttoria.

La ricerca di informazioni relative a pareri già resi dalle Sezioni regionali, oltre che alle questioni pendenti presso le Sezioni medesime, compete a ciascuna Sezione regionale cui sia stato richiesto parere, la quale deve interessarsene direttamente.

A seguito, dunque, dell'art. 17, co. 31, del d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 3.8.2009 n. 102, è previsto, in caso di difformità di orientamenti delle Sezioni regionali di controllo sulla medesima questione, sia nell'esercizio della funzione di controllo che della funzione consultiva ovvero su questioni di massima di particolare rilevanza, un ruolo di orientamento generale alle Sezioni Riunite della Corte dei conti, intendendo a queste ultime, su iniziativa del Presidente della Corte, una funzione assimilabile alla cosiddetta nomofilachia di cui all'art 65 del R.D. 30.1.1941, n.12, che attribuisce alla Corte di Cassazione il compito di garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della l., l'unità del diritto oggettivo nazionale.

In questo modo l'ordinamento ha ritenuto di individuare una sede ove comporre eventuali antinomie di carattere interpretativo al fine di garantire la corretta applicazione della legge rispetto ai singoli casi e la risoluzione delle questioni di massima

«.....GA.....»

ISTITUZIONE DELL'AUTORITÀ VIRTUAL COMPANY PASSPORT (AVCPASS): QUALI NOVITÀ?

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

Con delibera n. 111 del 27.12.2012, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori servizi e forniture ha modificato le modalità operative di verifica dei requisiti degli operatori economici per la partecipazione alle gare di appalto.

With Resolution no. 111 of 27 December 2012, the Supervisory Authority on Contracts Public works services and supplies has changed the operating procedures for verification of the requirements-economic operators and for participation in tenders.

Sommario: 1. Premessa. 2. Le modalità operative di verifica dei requisiti degli operatori economici per la partecipazione alle gare di appalto.

1.Premessa.

Con delibera n. 111 del 27.12.2012, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori servizi e forniture (di seguito Avcp) ha dato attuazione all'art. 6 bis del d.lgs. n. 163/2006, disponendo dal 1.1.2013 l'acquisizione presso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici(BDNCP) della documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari degli operatori economici per l'affidamento dei contratti pubblici.

Con la suddetta delibera, l'Autorità ha istituito all'interno della BDNCP un sistema di verifica online dei requisiti richiesti per la partecipazione a una gara pubblica: l'Avcpass (*Authority Virtual Company Pass*).

Tale sistema è dotato di apposite aree dedicate ad operatori economici e alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori.

Il fine è quello di semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici agevolando la fruibilità dei dati e garantendo la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa.

L'Avcpass, infatti, permette alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori di acquisire la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario mediante un'interfaccia web e l'uso di cooperazioni applicative con gli Enti certificanti.

D'altro canto, gli operatori economici che

intendono partecipare a una procedura di affidamento utilizzeranno l'apposita area del sistema, agli stessi dedicata, per inserire documenti la cui produzione risulta essere a proprio carico ai sensi dell'art. 6 bis, co. 4, del d.lgs 163/2006, creando in tal modo un proprio fascicolo virtuale.

Tali documenti, che devono essere firmati digitalmente dai soggetti, possono essere utilizzati, entro il periodo di validità degli stessi, per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali decidono di partecipare.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la delibera prevede che il sistema Avcpass si applichi a tutte le tipologie di contratti disciplinate dal codice per le quali è previsto il rilascio del codice identificativo gara (Cig) mediante il Sistema Monitoraggio Gare (Simog). Infatti, come previsto, la stazione appaltante/ente aggiudicatore in primo luogo procederà alla registrazione presso il Simog e poi acquisirà il CIG presso il Responsabile del procedimento, il quale indicherà il soggetto abilitato alla verifica dei requisiti, mentre, l'operatore economico, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, co. 2, punto 4.2. della delibera Avcp, deve obbligatoriamente registrarsi al sistema accedendo all'apposito link sul Portale AVCP (Servizi ad accesso riservato - AVCPASS) per poi indicare il CIG della procedura di affidamento cui intende partecipare. Il sistema, quindi, rilascerà un documento che attesta che l'operatore eco-

nomico può essere verificato tramite Avcpass (Passoe).

Il Passoe andrà inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa, ma rimarrà comunque in capo all'operatore economico l'obbligo di presentare le certificazioni richieste in ordine al possesso dei requisiti per partecipare alla procedura di affidamento.

2. Le modalità operative di verifica dei requisiti degli operatori economici per la partecipazione alle gare di appalto.

Come sopra affermato, il sistema operativo Avcpass è strutturato all'interno della BDNCP, istituita presso l'Avcp e formata da due fonti: ovvero sia dalle informazioni messe a disposizione dalla stazione appaltante attraverso l'Autorità medesima (tra cui l'attestato SOA) e altri enti; (come il Prefetto) sia dalle informazioni che sono nell'esclusiva disponibilità dell'operatore economico e da questi inserite nella c.d. "Libreria Virtuale".

Da quanto detto ne consegue che l'operatore economico non dovrà effettuare alcun caricamento sul sistema per l'attestazione SOA, risultando, tale documento, già presente all'interno della BDNCP, attraverso il casellario dell'Autorità.

Per quanto riguarda gli effetti che una simile novità è destinata a produrre va detto che il sistema Avcpass, indipendentemente dalla tipologia dell'impresa e dal settore di appartenenza, prevede che tutti gli operatori economici, concorrenti a gare per l'affidamento di contratti pubblici, creino online un proprio "Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico", cui potranno accedere le stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti.

Ben maggiore sarà, invece, l'impatto della piattaforma ideata dall'Avcp per le imprese che operano nel settore dei contratti pubblici di servizi, anche di ingegneria, e di forniture che devono qualificarsi integralmente gara per gara.

Invece, relativamente ai lavori, i maggiori effetti si avranno per le imprese che si dovranno qualificare per gli appalti di importo pari o inferiori a 150 mila euro, ossia mediante a) l'importo dei lavori analoghi eseguiti; b)

il costo complessivo sostenuto per il personale e l'adeguata attrezzatura tecnica: in questi casi il concorrente ha il dovere di mettere online i documenti che dimostrino i requisiti tecnico-organizzativo ed economico-finanziari richiesti.

Nel caso di partecipazione a gare di appalto di importo a base d'asta superiore a euro 20.658.000, si richiederà necessariamente il caricamento on line dei bilanci ai fini della dimostrazione del requisito aggiuntivo relativo alla cifra di affari.

Per quanto riguarda l'obbligatorietà del sistema Avcpass, l'Autorità, nella delibera, ha parzialmente recepito le osservazioni presentate dall'Ance, dalle principali associazioni di categoria, dalle stazioni appaltanti e dai principali operatori del mercato, consentendo agli operatori economici di adeguarsi gradualmente alle nuove modalità di verifica dei requisiti.

In particolare, all'art. 9 è previsto che il sistema Avcpass è facoltativo dal 1.1.2013 per gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a 20 milioni di euro; facoltativo dal 1.3.2013 per gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a 40 mila euro; obbligatorio per tutti gli appalti a base d'asta pari o superiore a 40 mila euro, dal 1.7.2013, con l'eccezione di quelli svolti attraverso procedure interamente gestite con sistemi telematici, sistemi dinamici di acquisizione ed il ricorso al mercato elettronico nonché per i settori speciali per i quali il sistema diverrà facoltativo dal 1.10.2013 e obbligatorio dal 1.1.2014.

In questo modo, il sistema dell'Avcpass rimane escluso per gli appalti di importo inferiore a 40 mila euro, per i quali si continuerà ad applicare la normativa vigente.

Tuttavia, la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

La Sezione delle Autonomie, sin da subito, si è preoccupata di garantire un orientamento interpretativo comune, pertanto, con la deliberazione 4 giugno-3 luglio 2009, n.9, indirizzata ai Presidenti delle Sezioni regionali di

controllo, ha riesaminato gli indirizzi ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, di cui alla precedente adunanza del 27.4.2004, anche alla luce dell'intervenuta normativa di cui alla l. 15/2009.

La Sezione regionale di controllo, nell'esaminare una richiesta di parere, decide se si tratti di questione suscettibile di risposta che garantisca uniformità di indirizzo e coinvolgimento di tutti gli interessi; in caso negativo, sospende la pronuncia o decide interlocutoriamente e/o parzialmente, trasmettendo gli atti alla Sezione delle Autonomie, la quale si pronuncia a seguito di relazione del Presidente della Sezione regionale proponente o dei Presidenti delle Sezioni regionali proponenti, previa apposita istruttoria.

La ricerca di informazioni relative a pareri già resi dalle Sezioni regionali, oltre che alle questioni pendenti presso le Sezioni medesime, compete a ciascuna Sezione regionale cui sia stato richiesto parere, la quale deve interessarsene direttamente.

A seguito, dunque, dell'art. 17, co. 31, del d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 3.8.2009 n. 102, è previsto, in caso di difformità di orientamenti delle Sezioni regionali di controllo sulla medesima questione, sia nell'esercizio della funzione di controllo che della funzione consultiva ovvero su questioni di massima di particolare rilevanza, un ruolo di orientamento generale alle Sezioni Riunite della Corte dei conti, intendendo a queste ultime, su iniziativa del Presidente della Corte, una funzione assimilabile alla cosiddetta nomofilachia di cui all'art 65 del R.D. 30.1.1941, n.12, che attribuisce alla Corte di Cassazione il compito di garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale. In questo modo l'ordinamento ha ritenuto di individuare una sede ove comporre eventuali antinomie di carattere interpretativo al fine di garantire la corretta applicazione della legge rispetto ai singoli casi e la risoluzione delle questioni di massima.

«.....GA.....»

APPALTI PUBBLICI: ESTESA LA PLATEA DEI POTENZIALI AGGIUDICATARI

della Dott.ssa Ilaria Di Toro

L'assenza della finalità di lucro, caratteristica delle associazioni di volontariato, non è di per sé ostativa alla partecipazione ad appalti pubblici; pertanto, queste ultime possono prendere parte a tali procedure di gara ove si consideri altresì che la l. quadro sul volontariato, nell'elencarne gli introiti, menziona anche gli utili derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, riconoscendone così la capacità di esercitare attività d'impresa.

The lack of the profit purpose, a distinctive feature of voluntary service associations, does not prevent them from tendering for public contracts; therefore, these associations can participate to the adjudication procedures also considering that the framework law concerning the voluntary service includes profits deriving from secondary commercial or productive activities in the allowed income types for these associations, and so it recognizes their possibility to undertake an enterprise activity.

Sommario: 1. Premessa. 2. La posizione del Giudice di primo grado. 3. L'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato.

1. Premessa.

Con la decisione del 23.1.2013 n. 387, di cui è massima, i Giudici di Palazzo Spada si sono espressi sulla *vexata quaestio* relativa all'ammissibilità della partecipazione delle associazioni di volontariato alle procedure di gara ad evidenza pubblica e sulla conseguente legittimazione ad esserne aggiudicatarie.¹

¹ È opportuno precisare che il presente contributo riguarda esclusivamente l'affidamento, mediante gara d'appalto, di servizi pubblici aventi rilevanza economica, che includono anche molti dei c.d. servizi socio-assistenziali (quali la gestione di mense sociali, di comunità alloggio per disabili, di attività di assistenza domiciliare, ecc.). Al contrario, per i servizi privi di detta rilevanza, gli enti pubblici hanno la facoltà di ricorrere al più agile istituto della convenzione, che permette alle associazioni di volontariato di operare senza entrare in concorrenza con soggetti giuridici aventi scopo di lucro. La descritta disciplina tuttavia è stata oggetto di forti contestazioni ad opera delle imprese commerciali poiché lo strumento della convenzione talvolta è stato utilizzato in modo improprio, ossia per affidare direttamente alcuni servizi, anche essenziali, eludendo l'obbligo di attivare apposite procedure di gara ad evidenza pubblica. Le predette circostanze hanno quindi contribuito ad ostacolare, assieme alle problematiche prettamente giuridiche che saranno esposte in seguito, la partecipazione delle organizza-

Le organizzazioni non lucrative, infatti, non compaiono nell'elenco contenuto nell'art. 34 del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 (c.d. *codice degli appalti*) concernente i soggetti ai quali possono essere affidati contratti pubblici, mentre le altre fonti normative e di settore, quali la l. quadro sul volontariato, non offrono una soluzione univoca al quesito in parola, potendo essere alternativamente adoperate a sostegno della tesi restrittiva o estensiva.²

zioni *no profit* ad appalti pubblici ed hanno prodotto un significativo contenzioso sul tema.

² In dettaglio l'art. 34, d. lgs. n. 163/2006, si limita a stabilire che "Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della l. 25.6.1909, n. 422 e del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 14.12.1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla l. 8.8.1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter del c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'art. 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lett. a), b)

La descritta situazione ha dunque generato un vivace dibattito dottrinario circa la possibilità di attuare, anche in termini pratici, una simile partecipazione, ripetutamente negata dalla giustizia amministrativa.³ Ciò in particolare è avvenuto nel caso esaminato dal TAR Campania, Napoli, Sez. I, deciso con la sentenza del 31.3.2008 n. 1666, che verrà illustrata nel prossimo paragrafo.

Tale pronuncia è stata successivamente riformata, in appello, dal Consiglio di Stato, che pur non arrivando ad assegnare un appalto pubblico ad un'organizzazione non lucrativa, stante la carenza degli ulteriori requisiti previsti nel disciplinare di gara, sembra aver

e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'art. 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 del c.c., costituiti tra i soggetti di cui alle lett. a), b) e c) del presente co., anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615-ter del c.c.; si applicano al riguardo le disposizioni dell'art. 37; e-bis) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'art. 3, co. 4-ter, del d.l. 10.2.2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla l. 9.4.2009, n. 33; si applicano le disposizioni dell'art. 37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del d.l. 23.7.1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'art. 37; f-bis) operatori economici, ai sensi dell'art. 3, co. 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi." Nonostante ciò la citata disposizione è stata intesa nel senso di includere ulteriori tipologie soggettive rispetto a quelle specificamente individuate dal legislatore, a prescindere dalla loro natura giuridica, purché qualificate dal carattere imprenditoriale dell'attività svolta, finendo così per estenderne la portata a favore di soggetti privi di scopo di lucro come le fondazioni o le ONLUS, senza curarsi della mancanza di ogni riferimento ad esse. La l. 11.8.1991 n. 266 (c.d. Legge quadro sul volontariato), a sua volta, ha contribuito ad avvalorare una simile lettura del dato normativo ed a determinare una situazione d'incertezza perché l'art. 5 prescrive che "le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche per il loro funzionamento e per lo svolgimento della propria attività" anche da "entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali".

³ *Ex multis*: TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2.4.2007 n. 3021; TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 31.3.2006 n. 1604; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 14.6.2005, n. 822; TAR Veneto, Sez. I, 13.11.2003 n. 481; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 12 .1. 1999 n. 108.

definitivamente risolto il problema preliminare dell'ammissibilità della relativa partecipazione, problema strettamente connesso a quello della eventuale e futura aggiudicazione di un contratto pubblico, sostenendo che l'assenza dello scopo di lucro non impedirebbe affatto detta evenienza.⁴

2. La posizione del Giudice di primo grado.

La vicenda che ci occupa trae origine dal ricorso proposto dal concorrente risultato secondo classificato in una procedura di gara volta alla "realizzazione di servizi per l'istituzione di laboratori di azione per la valorizzazione ambientale, delle tradizioni, dei mestieri e delle identità locali dell'Ente Parco Regionale", che quindi era finalizzato all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a favore di un'Associazione Temporanea d'Imprese.

La società ricorrente difatti lamentava che l'A.T.I. prima classificata e pertanto affidataria del citato appalto di servizi in realtà avrebbe dovuto essere esclusa dalla suddetta selezione pubblica dato che aveva designato, quale mandataria, un'associazione senza fini di lucro.⁵

⁴ Giova ricordare che il principio espresso nel provvedimento in commento è stato "anticipato" da note decisioni dei Giudici di Palazzo Spada. Si fa riferimento, tra le altre, alla decisione del CdS, VI, 16.6.2009 n. 3897, in ordine alla partecipazione di fondazioni ad appalti pubblici ed alla sentenza del CdS, V, 26.8.2010 n. 5956 che, in presenza di determinate condizioni, ha riconosciuto la legittimazione delle ONLUS a prendere parte a gare d'appalto.

⁵ L'acronimo A.T.I. sta ad indicare un'aggregazione temporanea ed occasionale di imprese istituita per lo svolgimento di una specifica attività, limitatamente al periodo di tempo occorrente per il suo compimento. Tale forma aggregativa sorge dunque dalla necessità giuridica e/o dalla convenienza economica per due o più organizzazioni che decidano di prendere parte ad una gara d'appalto, di collaborare tra loro per raggiungere i requisiti minimi prescritti dal bando di gara ovvero per ripartire gli oneri di esecuzione, senza dover ricorrere alla costituzione di un'impresa comune o di un consorzio che, nell'ipotesi di esito negativo della gara, sarebbero destinati a scomparire con dei costi difficilmente recuperabili. In fase di presentazione dell'offerta, peraltro, l'A.T.I. può essere già "costituita", quando è stata formalizzata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata contenente l'attribuzione del mandato con rappresentanza

In altri termini veniva dedotta l'inammissibilità della partecipazione dell'A.T.I. costituenda stante la natura giuridica dell'organizzazione prescelta come mandataria del raggruppamento d'impresе.

Ebbene la Corte partenopea, richiamandosi all'orientamento costantemente seguito al suo interno, ha accolto l'esposta censura.

La principale argomentazione addotta dal Giudice di prime cure è stata quella secondo cui, ad un organismo formato soltanto da volontari, non sarebbero applicabili i principi concorrenziali che tradizionalmente governano l'affidamento dei pubblici servizi, circostanza che precluderebbe l'accesso a procedure selettive quali quella sopra indicata.⁶

L'appalto pubblico di servizi, invero, rientra tra i contratti a titolo oneroso e detta onerosità presuppone che un soggetto, nella specie la stazione appaltante, per assicurarsi il vantaggio rappresentato dall'esecuzione dell'appalto sia pronto a sostenere un correlativo sacrificio economico.

L'amministrazione perciò corrisponde un certo prezzo all'impresa selezionata per l'espletamento del servizio, che comprende anche la retribuzione da destinare ai lavoratori impiegati nella fase esecutiva.

Tuttavia nella fattispecie in esame la descritta condizione risulta del tutto assente posto che le associazioni non lucrative non devono versare alcuna remunerazione alle persone che volontariamente vi prestano servizio; l'aspetto che le contraddistingue, al con-

trario, è la gratuità, che rende possibile il conseguimento di benefici senza dover sostenere il costo della forza lavoro. Queste ultime inoltre sono svincolate dai criteri di imprenditorialità e professionalità tipici degli altri operatori economici presenti sul mercato, di qui la loro incompatibilità con il regime concorrenziale⁷.

Il metodo principale del quale si avvale la P.A. per effettuare una scelta tra i vari partecipanti ad una procedura di gara, infatti, è proprio quello del prezzo proposto - si predilige l'impresa in grado di offrire il servizio individuato nel bando di gara al prezzo più basso, a parità di *standard* qualitativi - ma è evidente che, se solo alcuni dei concorrenti sono tenuti a retribuire i loro dipendenti, si finisce per violare la *par condicio* tra di essi, creando una situazione di palese disparità di trattamento.⁸

⁷ In proposito l'art. 2, co. 1 e 2, della l. quadro sul volontariato, rubricato *Attività di volontariato*, dispone che "per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà.". È altresì previsto che "l'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario" e che "al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse.". Il co. 3 della norma in esame, infine, sancisce l'incompatibilità della qualità di volontario "con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte."

⁸ A sostegno della tesi restrittiva adottata i Giudici di primo grado citano anche l'art. 5 della l. n. 266/1991, concernente le *Risorse economiche* delle associazioni di volontariato. La disposizione in parola, invero, prescrive che dette organizzazioni "traggono le risorse economiche per il loro funzionamento e per lo svolgimento della propria attività da: a) contributi degli aderenti; b) contributi di privati; c) contributi dello Stato, di enti o di istituzioni pubbliche finalizzati esclusivamente al sostegno di specifiche e documentate attività o progetti; d) contributi di organismi internazionali; e) donazioni e lasciti testamentari; f) rimborsi derivanti da convenzioni; g) entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali.". Ne discende che non sussiste un divieto assoluto di svolgere attività commerciali e produttive purché siano qualificabili come "marginali", dicitura che poco si addice all'espletamento di appalti pubblici. Il d.m. 25.5.1995, emanato su delega della legge in commento, inoltre, precisa che

all'impresa capogruppo oppure, come nel caso di specie, può essere "costituenda", giacché le imprese interessate si impegnano a costituire l'A.T.I. e ad attribuire mandato collettivo con rappresentanza al soggetto giuridico precedentemente indicato come capogruppo.

⁶ A tal riguardo si segnala la sentenza del TAR Campania, Napoli, Sez. I, 02.7.2007 n. 6411 secondo la quale: "La stazione appaltante che si avvale di un sistema di scelta del contraente di tipo concorrenziale che, come tale, è volto ad una selezione da compiersi nel solo ambito delle imprese commerciali, legittimamente esclude dal concorso per la fornitura del servizio di trasporto infermi le associazioni di volontariato la cui natura giuridica di soggetti che agiscono senza fini di lucro impedisce un confronto di tipo comparativo con offerte formulate secondo logiche di mercato, essendo per queste l'unico modello previsto per l'affidamento di servizi pubblici quello della convenzione e non già del contratto appalto."

In sostanza, ad avviso del TAR, l'ammissione delle organizzazioni *no profit* alle gare d'appalto finirebbe per falsare le regole della concorrenza in quanto gli organismi che perseguono fini di lucro, al momento della formulazione delle offerte, non potrebbero praticare un pari ribasso sul prezzo dovendo tener conto sia del costo della manodopera, che della necessaria remuneratività del servizio.⁹

3.L'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato.

Le considerazioni esposte sinora non sono state recepite dai Giudici di Palazzo Spada che, aderendo ad un diverso e più attuale filone giurisprudenziale, hanno messo in discussione l'interpretazione resa dal Primo Giudice.¹⁰

Secondo l'opinione dei Giudici d'appello, invero, la mancanza di finalità lucrative, ove presa in considerazione singolarmente, non sarebbe in grado di limitare l'accesso di un organismo giuridico alle procedure di gara ad evidenza pubblica, per svariate ragioni.

le attività delle associazioni non lucrative devono essere svolte "senza l'impiego di mezzi organizzati professionalmente per fini di concorrenzialità sul mercato, quali l'uso di pubblicità dei prodotti, di insegne elettriche, di locali attrezzati secondo gli usi dei corrispondenti esercizi commerciali, di marchi di distinzione dell'impresa". A fronte di ciò la partecipazione alle procedure di gara ad evidenza pubblica sembrerebbe davvero preclusa ai soggetti *no profit* posto che non è permesso loro di trarre, in via principale, le risorse indispensabili per il relativo funzionamento da attività commerciali e produttive. L'ordinamento comunque riserva alle organizzazioni in questione una peculiare posizione, favorendone la collaborazione con la PA attraverso l'istituto della convenzione, ossia senza dover ricorrere a logiche concorrenziali e di mercato.

⁹ A conferma delle proprie conclusioni il TAR richiama la figura delle imprese sociali, disciplinate dal d.lg. 24.3.2006 n. 155. Per ottenere la citata denominazione difatti i soggetti interessati devono conformarsi a precisi requisiti normativi in grado di garantirne l'affidabilità sul mercato (ad es. l'iscrizione nel registro delle imprese, la tenuta delle scritture contabili, nonché la predisposizione di organi di controllo interni) e per questo viene concesso loro di esercitare, anche in via principale, l'attività d'impresa, contrariamente a quanto accade alle comuni associazioni di volontariato.

¹⁰ Per visionare degli esempi di pronunce favorevoli all'ingresso di soggetti genericamente definiti come *no profit* a procedure di gara ad evidenza pubblica si rinvia alla nota 4.

In primis ciò è stato autorevolmente sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria, che da tempo ammette la partecipazione di soggetti *no profit* a pubblici appalti.¹¹

La stessa normativa interna, inoltre, parrebbe autorizzare una simile lettura. La legge quadro sul volontariato infatti include, tra le entrate delle organizzazioni senza scopo di lucro, quelle ricavate dall'esercizio di attività commerciali e produttive svolte *a latere*, comprovandone così la capacità di espletare attività d'impresa e dunque di prendere parte a gare d'appalto quantomeno nei settori di relativa competenza.¹²

¹¹ Il principio al quale si fa riferimento nel testo è stato riportato per la prima volta dalla Corte di Giustizia Europea, Sez. III, nella sentenza del 29.11.2007, causa C-119/06. La pronuncia è scaturita da una segnalazione pervenuta alla Commissione europea nella quale si denunciava come l'accordo quadro tra la Regione Toscana ed alcune associazioni di volontariato per lo svolgimento di attività di trasporto sanitario precludesse la partecipazione di altre imprese in violazione della dir. 92/50/CEE che invece avrebbe imposto la pubblicazione di un apposito bando di gara. Ebbene, nonostante l'esito del giudizio sia stato quello di rigetto del ricorso, la decisione in commento ha rivestito e continua a rivestire notevole importanza per le statuizioni in ordine alla natura ed ai compiti delle organizzazioni *no profit*. In particolare, secondo l'Eurocorte, l'assenza di uno scopo di lucro e la concomitante presenza di finalità di solidarietà sociale messe in evidenza dallo Stato italiano per negare la natura di appalto pubblico dell'accordo sottoscritto dalla Regione, non costituirebbero una valida motivazione per escludere l'esercizio, da parte di organizzazioni non lucrative, di attività economiche e che simili soggetti siano qualificabili come imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza. Ne consegue che le associazioni di volontariato, stando a tale interpretazione, ben potrebbero esercitare attività economiche in concorrenza con altri operatori. Del resto, in base al diritto comunitario, qualsiasi entità svolga un'attività economica consistente nell'offrire beni e servizi sul mercato contro un determinato corrispettivo, assumendo i rischi dell'imprenditore, rientrerebbe nella nozione di impresa. I Giudici europei, infine, hanno precisato che la circostanza che i collaboratori di dette organizzazioni agiscano a titolo volontario, permettendo alle stesse di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori rispetto a quelli praticati da altri offerenti, non impedirebbe loro l'accesso, né l'aggiudicazione di pubblici appalti.

¹² Come si è accennato in premessa le leggi vigenti rischiano di condurre l'interprete ad opposte conclusioni in ordine al quesito in trattazione. L'art. 5 della l. quadro sul volontariato ne rappresenta un esempio vista l'ambiguità del concetto di "attività marginali" ivi a-

Ancora, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, organo istituito per assicurare il rispetto delle regole della concorrenza, nonché per garantire l'osservanza dei principi che disciplinano la materia *de qua*, si è recentemente espressa a favore del citato intervento nelle pubbliche selezioni¹³.

Né in senso contrario rileverebbe la mancata iscrizione nel registro delle imprese ovvero l'impossibilità di produrre un certificato d'iscrizione alla camera di commercio, requisiti che le associazioni di volontariato, come noto, non possiedono a fronte della loro peculiare forma giuridica. Gli elementi indicati sarebbero invece necessari in presenza di un'espressa previsione del bando di gara, ma anche in questo caso le organizzazioni non lucrative potrebbero comunque prendere parte alla selezione benché in veste di imprese sociali, denominazione che implica il conseguimento dei titoli appena menzionati¹⁴.

La presenza delle organizzazioni *no profit*, infine, non provocherebbe alcuna disparità di trattamento tra i concorrenti: la differenza tra i comuni operatori economici e gli enti in questione, al contrario, sarebbe fisiologica¹⁵.

L'unico limite all'ammissione ed alla eventuale aggiudicazione di un appalto ai soggetti in esame, limite che peraltro interessa

tutti gli altri competitori, risiederebbe quindi nel rispetto degli elementi fissati nel bando di gara, che laddove inadempiti determinano, inevitabilmente, l'esclusione dalla procedura¹⁶.

In conclusione la decisione in commento, che si inserisce in un più ampio contesto di liberalizzazione dei vari settori di mercato, dovrebbe avere l'effetto di allargare il numero dei possibili affidatari di appalti pubblici, favorendo la concorrenza ed il contenimento dei costi sostenuti dall'amministrazione, senza tuttavia diminuire la qualità del servizio e le garanzie per gli utenti¹⁷.

doperato. In dettaglio il Consiglio di Stato, pur essendosi servito della medesima disposizione normativa, è giunto a formulare una ricostruzione in contrasto con quella operata dal TAR Campano, puntualmente riportata nella nota 8.

¹³ In un primo momento, con i pareri del 29.12.2008 n. 266 e del 31.1.2008 n. 29, l'Autorità di vigilanza aveva escluso che le associazioni di volontariato potessero partecipare a gare d'appalto. Successivamente, con determinazione del 20.10.2010 n. 7, preceduta dal parere del 23.4.2008 n. 127, ha invece stabilito che anche le organizzazioni senza scopo di lucro, che operino occasionalmente sul mercato o godano di finanziamenti pubblici, rientrano nella definizione di operatore economico, che ricomprende tutti quei soggetti che, potenzialmente, possono accedere ad una gara pubblica.

¹⁴ Sul punto: CdS., Sez. V, 26.8.2010 n. 5696.

¹⁵ La giurisprudenza comunitaria permette la partecipazione alle gare d'appalto perfino ad organismi che fruiscono di finanziamenti pubblici ancorché ciò consenta loro di proporre offerte a prezzi notevolmente inferiori rispetto a quelli praticati dai soggetti non sovvenzionati (in tal senso: C. giust. CE, sentenza 7.12.2000, causa C-94/99).

¹⁶ Questa situazione si è verificata proprio nel caso di specie a seguito del mancato versamento della cauzione provvisoria, imposta a pena di esclusione dal disciplinare di gara nonché dall'art. 75 del codice degli appalti. La cauzione, invero, era stata prestata esclusivamente a beneficio della mandataria dell'A.T.I. costituenda e non anche a favore della mandante.

¹⁷ Una apertura simile si è registrata nei confronti delle società semplici: con ordinanza del 4.10.2012, emessa in relazione alla causa C-502/11, difatti, l'Eurocorte ha dichiarato la legislazione italiana non conforme al diritto comunitario nella parte in cui limita la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici alle società che esercitano attività commerciali, così escludendo dalle stesse le imprese costituite sotto forma di società semplice. Ebbene a tali società è stata ora estesa l'attestazione SOA, obbligatoria per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

BANDO-TIPO: INDICAZIONI GENERALI PER LA REDAZIONE DEI BANDI DI GARA

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

L'Autorità ha predisposto un "bando-tipo" finalizzato a dare una prima attuazione al combinato disposto degli artt. 46, co. 1 bis e 64, co. 4 bis, secondo cui le cause tassative di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità.

The Authority outlined a type of tender notice in order to implement Articles 46, par. 1 bis, and 64, par. 4 bis, which provide that compulsory exclusion clauses must be indicated in models approved by the Authority.

Sommario: Premessa. Parte I - Adempimenti previsti da disposizioni di leggi vigenti: 1. Requisiti di partecipazione; 1.1 Mancanza dei requisiti di ordine generale; 1.2 Mancanza dei requisiti speciali di partecipazione; 2. Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale; 3. Ricorso all'avvalimento; 4. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali; 5. Termini per la presentazione delle offerte; 6. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale; 6.1 Precisazioni dell'Autorità in materia di partecipazione plurima/contestuale; 6.1.1 Principio di corrispondenza; 6.1.2 Modifiche soggettive; 6.1.3 raggruppamenti sovrabbondanti; 7. Ricorso al subappalto; 8. Mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di chiarimenti; 9. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte; 10. Mancato versamento del contributo all'Autorità; 11. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme di l.; Parte II - Carenza di elementi essenziali ed incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta: 1. Indicazioni generali; 2. La sottoscrizione dell'offerta; 3. Accettazione delle condizioni generali di contratto; 4. Offerte condizionate, plurime ed aumento; 5. Presentazione della cauzione provvisoria; 6. Mancata effettuazione del sopralluogo; Parte III - Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara: 1. Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione; 2. Difetto di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica; 3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive; 4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti; 5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti.

Premessa.

L'art. 64, co. 4 bis, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (in seguito, codice) stabilisce che «i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, co. 1 bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».

Secondo l'art. 46, co. 1 bis, l'esclusione

dei concorrenti dalle procedure di gara è subordinata al verificarsi di uno o più dei seguenti presupposti: *i)* mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal d.P.R. 5.10.2010, n. 207 (in seguito, Regolamento) o da altre disposizioni di l. vigenti; *ii)* incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; *iii)* non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza del-

le offerte.

La norma da ultimo citata trova applicazione generalizzata sia ai settori ordinari (diversi da quelli speciali) che ai settori speciali (settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica), in virtù di quanto disposto dall'art. 206, co. 1, del codice. Non assume rilievo l'importo del contratto che può, pertanto, essere inferiore o superiore alle soglie comunitarie.

L'art. 46, co. 1 *bis*, elenca, quindi, i vincoli ed i criteri che le stazioni appaltanti, nonché la stessa Autorità, devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo.

Con riferimento alla prima ipotesi di esclusione prevista dall'art. 46, co. 1 *bis*, le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi (diverse da quelle derivanti dal codice e dal regolamento o da altre disposizioni di leggi vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dalla norma in esame) sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, sono automaticamente inefficaci e vanno disapplicate dal seggio di gara senza necessità di annullamento giurisdizionale.

A sua volta, l'art. 64, co. 4 *bis*, stabilisce che la "tipizzazione" delle cause di esclusione deve essere effettuata *ex ante* dall'Autorità nei "bandi-tipo" che, quindi, elencano le cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nella documentazione di gara. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto al bando-tipo, intendendosi per tali la previsione di ulteriori ipotesi di esclusione che devono trovare fondamento in disposizioni di leggi vigenti ovvero nelle altre regole tassative previste dall'art. 46, co. 1 *bis*, del codice.

In base a tale previsione, l'Autorità ha predisposto la determinazione in commento, denominata "bando-tipo", finalizzata a dare una prima attuazione alle nuove regole.

Il "bando-tipo" costituisce, pertanto, il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando, nei termini più oltre specificati.

A seguito di tale "bando-tipo", l'Autorità adotterà specifici bandi tipo distinti in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture) che, oltre a riprodurre le clausole relative alle cause tassative di esclusione come indicate in via generale nella determinazione in esame, conterranno le ulteriori puntuali indicazioni sulla gestione della gara.

La determinazione in commento è stata suddivisa in tre parti (Parte I - Adempimenti previsti da disposizioni di leggi vigenti; Parte II - Carezza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta; Parte III - Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara) pur avendo, l'Autorità, chiarito che essa non è da intendersi in maniera rigida, sussistendo ipotesi di esclusione riconducibili contemporaneamente a più di uno dei criteri indicati dalla norma.

Parte I - Adempimenti previsti da disposizioni di leggi vigenti.

La prima ipotesi di esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara, ai sensi dell'art. 46, co. 1 *bis*, - ossia, il mancato adempimento delle prescrizioni previste dalle leggi vigenti - costituisce una disposizione generale, posta a chiusura del sistema, la quale comprende in sé tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione del codice o del regolamento (o di altre leggi aventi contenuto prescrittivo), senza la necessità che la prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dover essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione.

Pertanto, devono ritenersi affette da nullità le prescrizioni che, nella *lex specialis*, impongano un dato adempimento ai partecipanti, a pena di esclusione, senza una specifica copertura nella normativa vigente o senza che il comportamento posto in essere dal concorrente produca le ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, co. 1 *bis*.

L'Autorità ha quindi indicato le cause di esclusione che possono legittimamente essere inserite nei bandi di gara, avvisi di gara, lettere di invito, a seconda della procedura adottata. In alcuni casi, l'esclusione opera anche a prescindere dalla previsione espressa nel bando di gara e dalla procedura adottata poiché vengono in rilievo norme di l. di natura imperativa a cui non è ammessa alcuna deroga. Negli altri casi, invece, è onere della stazione appaltante informare espressamente i partecipanti circa il fatto che un dato adempimento è imposto a pena di esclusione.

1. Requisiti di partecipazione.

La mancanza dei requisiti di partecipazione costituisce causa di esclusione nei seguenti sottocasi.

1.1 Mancanza dei requisiti di ordine generale.

Si tratta dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 38 del codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara. Tale causa di esclusione concerne tutti i contratti pubblici, indipendentemente dal valore degli stessi e dalla procedura di scelta del contraente adottata. Sono parimenti esclusi i concorrenti per i quali sussistano ulteriori impedimenti *ex lege* alla partecipazione alla gara o, in ogni caso, alla sottoscrizione di contratti con soggetti pubblici, ad esempio nel caso in cui sia stata comminata la sanzione dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione.

Il possesso di tali requisiti deve essere attestato dal candidato o dal concorrente mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. 28.12.2000, n. 445. La dichiarazione deve essere completa. In particolare, con riferimento a coloro *“nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”* (ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), la dichiarazione deve contenere tutte le sentenze di condanna

subite, a prescindere dalla entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete alla stazione appaltante.

Peraltro, il concorrente non è tenuto ad indicare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna né le condanne revocate né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione.

Dunque, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara; a nulla rilevando l'eventuale produzione tardiva delle stesse dichiarazioni.

Tuttavia, l'Autorità ha ritenuto opportuno considerare alcune ipotesi particolari. Nel caso in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, secondo la più recente giurisprudenza, eventuali omissioni o errori non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione. In tali ipotesi, all'esito di una attenta analisi del caso concreto, si può valutare l'ammissibilità di una eventuale regolarizzazione.

Inoltre, per quanto riguarda i soggetti cessati dalle cariche nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, ove essi siano irreperibili o non disponibili, il legale rappresentante può presentare una dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, in cui affermi, *“per quanto a propria conoscenza”*, il possesso dei requisiti richiesti, corredata dai dati anagrafici dei soggetti in modo da consentire alle stazioni appaltanti di effettuare le verifiche necessarie.

Infine, in caso di cessione di azienda o di ramo d'azienda, incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società cessionaria, incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui al citato art. 38, co. 1, lett. c), del Codice anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società cedente, incorpo-

rata o le società fusesi nell'ultimo anno ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo; resta, comunque, ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

1.2 Mancanza dei requisiti speciali di partecipazione.

I requisiti speciali, ossia le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione in relazione ad un determinato affidamento, costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 2 del codice.

Le stazioni appaltanti individuano i requisiti speciali di partecipazione che devono possedere i candidati o i concorrenti, tenendo conto della natura del contratto ed in modo proporzionato al valore dello stesso; in ogni caso, detti requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza.

Tali requisiti speciali devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione e della stipula del contratto: il mancato possesso o la perdita dei requisiti costituisce, pertanto, causa di esclusione dalla gara.

Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti speciali mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. n. 445/2000, fatte salve le prescrizioni che impongono la produzione, in fase di partecipazione, di documentazione non autocertificabile.

L'Autorità ha precisato che, in caso di contratti misti, ai sensi dell'art. 15 del codice, l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto.

I requisiti speciali previsti a pena di esclusione dalla gara sono diversi a seconda che si tratti di prestazione di servizi e forniture o di lavori pubblici.

Infatti, per la prestazione di servizi e forniture gli artt. 41 e 42 del codice impongono alle stazioni appaltanti di precisare i requisiti e i valori minimi degli stessi che i concorrenti

devono dimostrare di possedere mediante la presentazione di dichiarazione sostitutiva.

Tuttavia, qualora il concorrente non sia in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, l'art. 41 del codice consente al concorrente di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento considerato idoneo dall'amministrazione.

Ciò non vale per i requisiti tecnici e professionali che possono essere comprovati dai concorrenti solo con i documenti elencati tassativamente dall'art. 42 del codice, allo scopo di assicurare la parità di trattamento e di soddisfare le esigenze di integrazione comunitaria.

Per quanto riguarda i lavori pubblici, la disciplina dei requisiti speciali è distinta in base al valore dei contratti.

a) Per i contratti di importo superiore a 150.000 euro ed inferiore a 20.658.000 euro (art. 40, del Codice ed art. 60 del regolamento), è richiesto il solo possesso della attestazione SOA per categorie e classifiche adeguate ai lavori da affidare.

E' specificato nella determinazione in esame che soltanto l'impresa che ha richiesto la verifica delle attestazioni SOA entro tre anni - verifica a cui è subordinata la durata di cinque anni dell'attestazione SOA - può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente; mentre, chi non ha osservato tale termine può partecipare alla gare solo dopo la data di positiva effettuazione della verifica.

b) Per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, sono previsti requisiti di ordine tecnico e organizzativo ai sensi dell'art. 90 del Regolamento, fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti.

I requisiti sono documentati mediante dichiarazione sostitutiva e verificati dalla stazione appaltante, secondo quanto previsto dagli artt. 38 e 48 del codice, attraverso il casellario informatico ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale.

c) Per gli appalti di lavori di importo a base di gara superiore ad euro 20.658.000, ai sensi dell'art. 61, co. 6, del regolamento, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato in conformità all'art. 79, co. 3 e 4 del regolamento ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti.

Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dall'art. 92, co. 6, del regolamento.

I requisiti vanno stabiliti in relazione all'ammontare delle spese di progettazione.

Nel caso in cui l'impresa abbia l'attestazione per prestazioni di sola esecuzione, i suddetti requisiti devono essere posseduti attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, co. 1, lett. d), e), f), f *bis*), g) e h), del codice (da liberi professionisti singoli od associati; dalle società di professionisti; dalle società di ingegneria; da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti predetti e dai consorzi stabili; da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria).

Le imprese attestata per prestazioni di progettazione e costruzione possono, invece, dimostrare i requisiti sopra specificati con un'ulteriore modalità rispetto a quella indicata, ossia documentando che i suddetti requisiti sono posseduti dai progettisti appartenenti al proprio staff di progettazione.

2. Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale.

Ai sensi degli artt. 43 e 44 del codice, le amministrazioni possono richiedere: (i) la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottem-

peranza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità (per quanto concerne il settore dei lavori pubblici, dette certificazioni sono contenute dalla attestazione SOA per le classifiche dalla III in poi); (ii) unicamente nei casi appropriati, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto e, a tale scopo, la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale.

3. Ricorso all'avvalimento.

Come noto, l'avvalimento consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali necessari per partecipare ad una procedura di gara facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

Nel caso in cui si faccia ricorso a tale istituto, il concorrente è tenuto ad allegare il contratto di avvalimento e la documentazione presentata dall'impresa ausiliata, ai sensi del co. 2 dell'art. 49 del codice, pena l'esclusione dalla procedura di gara.

4. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali.

In sede di verifica dei requisiti speciali, costituisce causa di esclusione la mancata o tardiva comprova, da parte degli offerenti sorteggiati per tale verifica, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara (art. 48, co. 1, del codice). Tale dimostrazione del possesso dei requisiti avviene mediante la presentazione della documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito (art. 48, co. 1, del codice). Ai sensi del secondo co. della stessa disposizione normativa, sono soggetti allo stesso obbligo di documentazione l'aggiudicatario e il concorrente che seguono in graduatoria, che non sono compresi fra quelli sorteggiati per la verifica.

L'art. 48, co. 1, del codice si applica a tutti i partecipanti alle procedure di gara, ivi comprese le micro, piccole e medie imprese.

Al contrario, il secondo classificato non è soggetto all'obbligo di produzione della documentazione probatoria qualora appartenga alla categoria delle micro, piccole e medie imprese posto che ai sensi del co. 4 dell'art. 13 della l. 11.11.2011, n. 180, «*la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al d.lgs 12.4.2006, n. 163.* L'Autorità ha, infatti, chiarito nella determinazione in esame che tale norma facendo riferimento all'impresa aggiudicataria, «*non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del co. 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente co. 1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all'apertura delle offerte presentate e, quindi, all'individuazione dell'aggiudicatario.*»

Nel caso in cui le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, i candidati devono presentare, già in fase di offerta, la documentazione comprovante i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa indicati nel bando o nella lettera di invito, in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.

5. Termini per la presentazione delle offerte.

Costituisce causa di esclusione dalla gara il mancato rispetto del termine di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione prescritto dal bando, ai sensi dell'art. 55, co. 5 e 6, del codice.

Quanto precede vale per tutte le tipologie di procedure, dal momento che il termine è posto a tutela del fondamentale principio, anche di derivazione comunitaria, della parità di trattamento.

6. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale.

A fini di tutela della concorrenza e per preservare la regolarità e l'efficacia del con-

fronto competitivo, diverse disposizioni del codice vietano la partecipazione, alla medesima gara, di soggetti tra loro non indipendenti.

L'Autorità, a mero titolo esemplificativo, elenca le disposizioni che rientrano in questa casistica, soffermandosi, in particolare, sulle ipotesi di violazione dei requisiti di partecipazione previsti per i raggruppamenti temporanei, i consorzi ordinari e i consorzi stabili.

Per quanto riguarda i requisiti generali di partecipazione, l'art. 37, co. 7, vieta di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora l'operatore economico abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti.

Inoltre, con riferimento alle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, l'art. 253 del regolamento vieta di partecipare alla medesima gara in più di un raggruppamento temporaneo ovvero di partecipare singolarmente e quale componente di un raggruppamento temporaneo o di un consorzio stabile.

Per tali servizi, l'art. 261, co. 7, stabilisce che, in caso di raggruppamenti temporanei, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 263, co. 1, lett. a), b) e d), del Regolamento devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono prevedere, con opportuna motivazione, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, la quale, comunque, non può essere fissata in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, senza che sussista la possibilità di richiedere agli stessi percentuali minime di possesso dei requisiti.

L'Autorità ha chiarito che la percentuale citata costituisce un limite massimo e non minimo e che, pertanto, il concorrente che supera il limite indicato nel bando può, comunque, partecipare alla gara, fermo restando che i restanti requisiti devono essere posseduti dalle mandanti, per le quali, come rilevato,

non è possibile stabilire un limite minimo. In ogni caso, ha precisato l'*Authority*, che ove le mandanti dichiarino di partecipare per una certa percentuale o parte del servizio, debbano poi dimostrare, di conseguenza, di possedere i requisiti di qualificazione in misura corrispondente.

La mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti. La mandataria, poi, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito.

La disposizione relativa al possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto; mentre, nel caso di raggruppamento verticale puro ogni concorrente deve avere i requisiti per la parte della prestazione che intende eseguire.

In aggiunta, l'Autorità individua le seguenti ulteriori cause di esclusione per i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari:

1) nel caso di lavori, mancato possesso dei requisiti secondo le percentuali minime indicate dal codice e dal regolamento (art. 92 del regolamento) in relazione alla tipologia di raggruppamento orizzontale, verticale o misto.

Il co. 2 della medesima disposizione prevede che la mandataria in ogni caso assuma, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. In proposito, l'Autorità ha precisato che la mandataria deve spendere i requisiti nella percentuale maggioritaria in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella gara;

2) nel caso di forniture e servizi, mancato possesso dei requisiti secondo la tipologia e la misura indicate nel bando di gara ai sensi dell'art. 275 del regolamento.

Analogamente al caso precedente, il co. 2 dell'art. citato impone alla mandataria di spendere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, con riferimento alla specifica gara.

Sempre per il settore dei servizi e delle forniture, l'art. 277 del regolamento dispone,

per i consorzi stabili, che la sussistenza in capo agli stessi dei requisiti richiesti nel bando di gara sia valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati; per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti dai singoli consorziati - relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo - sono sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori;

3) nel caso di forniture o servizi, mancata indicazione nell'offerta delle parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati;

4) in caso di RTI costituendo:

- mancata sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti gli operatori economici;

- mancato impegno alla costituzione del raggruppamento - in caso di aggiudicazione della gara - mediante conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno degli operatori stessi, già indicato in sede di offerta e qualificato come mandatario;

5) nel caso di raggruppamento costituito, violazione delle prescrizioni relative al conferimento del mandato (art. 37, coo. 14 e 15);

6) violazione del divieto di associazione in partecipazione. L'inosservanza di tale divieto, ai sensi del co. 10 dell'art. 37, comporta «l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto»;

7) nel caso di lavori pubblici, violazione delle norme in tema di indicazione e ripartizione di quote tra le imprese raggruppate secondo quanto meglio specificato nel prosieguo (art. 37, co. 13).

6.1 Precisazioni dell'Autorità in materia di partecipazione plurima/contextuale.

L'Autorità ha ritenuto opportuno fornire alcune precisazioni sui seguenti profili.

6.1.1 Principio di corrispondenza.

Con riferimento agli appalti pubblici, la giurisprudenza consolidata ha affermato che dal combinato disposto dei commi 3 e 13 dell'art. 37 del Codice consegue che, all'atto della partecipazione, deve essere formulata l'indicazione delle quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che saranno eseguiti da ciascun associato, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento: l'indicazione delle quote di partecipazione - e, conseguentemente dei lavori - si rivela, dunque, un requisito di ammissione alla gara e deve provvedersi a tale incumbente sin dalla presentazione della domanda di partecipazione/offerta, non essendo sufficiente che ciò avvenga in una fase successiva. Peraltro, l'obbligo di indicare le suddette quote non si traduce in un onere eccessivamente gravoso, risolvendosi in una mera dichiarazione.

Sulla base delle predette indicazioni preventive e formali, avverrà la verifica della sussistenza della qualificazione.

L'*Authority* ha precisato che l'impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento temporaneo.

L'Autorità ha, altresì, precisato che il principio di corrispondenza si impone ai concorrenti senza alcuna necessità di espressa previsione del bando di gara: quest'ultimo deve intendersi in ogni caso conformemente integrato.

Nel settore dei servizi e delle forniture, invece, a seguito di una modifica normativa apportata dall'art. 1, co. 2 *bis*, del d.l. 6.7.2012, n. 95 al citato co. 13, non si rintraccia tale obbligo di corrispondenza. Infatti, l'art. 37, co. 4, del Codice si limita a prevedere che debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.

Tale specificazione può avvenire sia me-

dante l'indicazione delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione fra le imprese associate sia con l'indicazione della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite fra le singole imprese. La mancanza di tale specificazione non è suscettibile di regolarizzazione postuma stante la natura sostanziale di tale violazione che incide sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza.

Tuttavia, nel caso di procedure interessate da una fase di cd. prequalifica è necessario, a pena di esclusione, indicare le quote già nella domanda di partecipazione, al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica del possesso dei prescritti requisiti e la conseguente definizione dell'elenco degli operatori cui inviare le lettere di invito a presentare offerta. In ogni caso, tale indicazione non impedisce di modificare le quote di partecipazione all'interno del raggruppamento, purché corrispondano alla qualificazione richiesta.

6.1.2 Modifiche soggettive.

L'art. 37, ai co. 18 e 19, indica i casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono il mandante o il mandatario.

In particolare, l'autorità si è soffermata sulla normativa antimafia, la quale ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 6.9.2011, n. 159 prevede che le cause di divieto o di sospensione di cui all'art. 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando l'impresa oggetto di un tentativo di infiltrazione mafiosa sia diversa da quella mandataria che partecipa ad un raggruppamento temporaneo e purché sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. In ogni caso, la sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto.

Anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, deve ritenersi ammissibile il recesso di una o più imprese dal raggruppamento (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto

dell'appalto. Tale limitata facoltà può essere esercitata, secondo la giurisprudenza, a condizione che la modifica della compagine soggettiva, in senso riduttivo, avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede.

6.1.3 raggruppamenti sovrabbondanti.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha evidenziato l'opportunità per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti temporanei costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara posto che tale raggruppamento "sovrabbondante" violerebbe l'art. 101 del TFUE e l'art. 2 della l. 287/90 i quali vietano le intese restrittive della concorrenza.

Tuttavia, in base alla normativa vigente, un raggruppamento sovrabbondante non può considerarsi di per sé vietato. L'art. 37, co. 12, del codice prevede, infatti, che, in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo hanno la facoltà di presentare un'offerta o di trattare per se stessi o quali mandatari di operatori riuniti.

L'Autorità di vigilanza, pertanto, ha ritenuto inammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti "sovrabbondanti", dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale. Diversamente, è ammissibile l'inserimento in un bando di gara di una clausola di esclusione *ad hoc* qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico, quali la complessità del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento, fermo restando che l'esclusione non potrà mai essere automatica.

Deve, infatti, essere assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione, quale, ad esempio, il *busi-*

ness plan che evidenzi l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte.

7. Ricorso al subappalto.

L'art. 118 del codice impone l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta. Tuttavia, l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non provoca l'adozione di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicatario a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti.

Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione.

Per i lavori pubblici, inoltre, l'Autorità ha dedotto un'ulteriore ipotesi di esclusione dalla gara - sulla scorta dei principi sanciti dall'art. 92 del regolamento - nel caso in cui il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto. In questo caso, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle.

La giurisprudenza amministrativa ha, comunque, chiarito che la normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta, ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la catego-

ria scorporabile, fermo restando che la qualificazione “*mancante*” deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell’impresa.

8. Mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di chiarimenti.

Costituisce causa di esclusione il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta, formulata ai sensi dell’art. 46, co. 1, del codice, di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

L’articolo in esame costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento *ex art.* 3 della l. 7.8.1990, n. 241 e del principio del *favor participationis*.

L’obbligo di completare o fornire chiarimenti attiene a documenti che siano stati comunque presentati e non anche quando si tratti di produrre documenti in toto assenti, benché imposti per la partecipazione alla gara. Inoltre, la possibilità che i concorrenti regolarizzino, ovvero integrino, la documentazione allegata alla domanda incontra alcuni limiti, fra i quali, in particolare, l’impossibilità di riferire tale regolarizzazione agli elementi essenziali della domanda o dell’offerta e di ammettere la stessa nell’ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente, si realizzerebbe un’alterazione degli elementi essenziali dell’offerta, che devono essere sempre presenti *ab origine*, ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell’offerta stessa.

9. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte.

In linea generale, occorre osservare che l’offerta tecnica deve essere conforme alle prescrizioni in merito contenute nei documenti di gara.

La possibilità di presentare varianti in sede di offerta è ammessa, ai sensi dell’art. 76 del codice, nel solo caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa; inoltre, la stazione appaltante, in sede di redazione della *lex specialis*, deve esplicitamente indicare l’ammissibilità delle varianti, nonché specificare i requisiti minimi che le stesse devono rispettare e le relative modalità di presentazione.

sibilità delle varianti, nonché specificare i requisiti minimi che le stesse devono rispettare e le relative modalità di presentazione.

Le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti stabiliti *ex ante* nella *lex specialis*. Nel caso di gare relative a servizi e forniture, qualora sia stata autorizzata la presentazione di varianti, queste non possono essere respinte per il solo fatto che, se accolte, configurerebbero o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

La giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcuni criteri guida per l’applicazione della disciplina illustrata, che l’Autorità ha richiamato:

a) le varianti possono riguardare le modalità esecutive dell’opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell’oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante;

b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base;

c) l’offerente deve dare contezza delle ragioni che giustificano l’adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;

d) l’offerente deve fornire la prova che la variante garantisce l’efficienza del progetto e le esigenze della stazione appaltante sottese alla prescrizione variata;

e) la *lex specialis* deve dettagliare i criteri motivazionali in base ai quali vanno espresse le valutazioni dei vari aspetti che caratterizzano le varianti ai fini della determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In caso di utilizzo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, è prevista dal codice la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio (cd. soglia di sbarramento) che i concorrenti devono vedersi attribuire o acquisire in relazione a taluni criteri di valutazione, ritenuti particolarmente importanti (art. 83, co. 2).

In tal caso, la stazione appaltante indica, nei documenti di gara, che gli offerenti, in relazione a tali criteri, devono obbligatoriamente conseguire un punteggio-soglia minimo

prestabilito, prescrivendo, altresì, che, qualora tale soglia non venga raggiunta, non si procederà alla apertura dell'offerta economica, con conseguente non ammissione alle successive fasi del procedimento.

L'Autorità ha precisato che nel caso in cui un dato criterio di valutazione sia suddiviso in sub-criteri, è necessario procedere alla cd. riparametrazione dei punteggi assegnati ad ogni soggetto concorrente in base a tali sub-criteri con riferimento ai pesi previsti per il criterio di partenza, al fine di garantire il rispetto dei rapporti tra i pesi stabiliti nel bando di gara. Per ripristinare il corretto rapporto prezzo/qualità, occorre allora attribuire alla migliore offerta tecnica, cioè a quella a cui è stato attribuito il valore più alto tramite i sotto-criteri, il punteggio massimo indicato dalla *lex specialis* e, conseguentemente, mediante proporzione lineare riparametrare tutte le altre offerte.

E', in ogni caso, opportuno specificare espressamente nella documentazione di gara la previsione di tale operazione, per renderne edotti i concorrenti.

Infine, costituisce causa di esclusione la presentazione di un'offerta economica che, all'esito del procedimento di verifica, appaia anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 86 del codice.

Anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dai coo. 1 e 2 del citato art. 86, le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 86, co. 3).

L'art. 87 obbliga la stazione appaltante a compiere un'ulteriore verifica in contraddittorio con il concorrente prima di procedere all'esclusione; peraltro, è possibile prevedere nel bando l'esclusione automatica alle seguenti condizioni: *i*) il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso; *ii*) le offerte presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata *ex art.* 86; *iii*) siano rispettati i limiti di importo del contratto stabiliti, per i lavori, (importo inferiore o pari a 1 milione di euro) e per i servizi e le forniture (importo inferiore o pari a 100.000 euro). In ogni caso, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile

quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci. Infine, l'Autorità ha richiamato la disciplina prevista in via transitoria secondo la quale, fino al 31.12.2013, l'art. 253, co. 20 *bis*, del codice consente l'esclusione automatica fino alla soglia comunitaria.

10. Mancato versamento del contributo all'Autorità.

Costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, coo. 65 e 67, della l. 23.12.2005, n. 266. Di contro, l'Autorità ha dichiarato espressamente che un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione; specificando che, se è corretto riportare nella *lex specialis* il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità e paventare l'esclusione in caso di mancato pagamento, non lo è altrettanto prevedere la medesima sanzione nel caso di una violazione meramente formale delle predette istruzioni.

11. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme di legge.

Costituisce causa di esclusione la violazione delle seguenti disposizioni del codice e del regolamento:

1) ai sensi dell'art. 90, co. 8 del codice, gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti od alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione.

I divieti si estendono ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché a-

gli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti;

2) ai sensi dell'art. 56 del regolamento, il soggetto incaricato dell'attività di verifica che sia inadempiente agli obblighi posti a suo carico dalle norme applicabili e dal contratto di appalto di servizi è escluso per i successivi tre anni dalle attività di verifica;

3) l'art. 111 del regolamento prevede l'esclusione obbligatoria nel caso in cui il concorrente non indichi nella sua offerta quale opzione intende esercitare per il trasferimento a se stesso in qualità di affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. Tale trasferimento può essere contemplato nel bando di gara in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto.

Tali opzioni, ai sensi del co. 8 dell'art. 53 del codice, consistono nell'indicazione alternativa da parte dell'offerente del proprio interesse a: a) conseguire la proprietà dell'immobile ed il prezzo che, in tal caso, viene offerto per l'immobile, nonché il differenziale di prezzo eventualmente necessario, per l'esecuzione del contratto; b) conseguire la proprietà dell'immobile, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto.

L'Autorità ha precisato, in proposito, che sono escluse le offerte non congiunte e limitate alla sola esecuzione dei lavori nel caso in cui la stazione appaltante, avvalendosi della facoltà prevista al co. 10 dell'art. 53 del codice, non abbia stanziato mezzi finanziari diversi dal prezzo per il trasferimento dell'immobile, quale corrispettivo del contratto, tenuto conto del fatto che la configurazione attuale dell'istituto non consente più la presentazione di offerte finalizzate al solo acquisto dell'immobile;

4) ai sensi dell'art. 119 del regolamento, se la procedura ristretta è aggiudicata con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, alla lettera d'invito deve essere allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dell'opera o dei lavori composta da sette colonne.

Parte II - Carenza di elementi essenziali

ed incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta.

1. Indicazioni generali.

Ai sensi degli artt. 73 e 74 del codice:

i) le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando;

ii) le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onere e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Le stazioni appaltanti devono richiedere gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta. Inoltre, è onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione.

2. La sottoscrizione dell'offerta.

Le offerte e le domande di partecipazione devono essere debitamente sottoscritte da parte del titolare dell'impresa o del legale rappresentante dell'impresa o, comunque, da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnare la volontà del concorrente, ai sensi degli artt. 73 e 74 del codice.

La mancanza della sottoscrizione (o l'impossibilità di attribuirlo ad un soggetto specifico, ad esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore), secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta/domanda di partecipazione, determinando la nullità delle stesse (e la conseguente irricevibilità), a garanzia della par condicio dei partecipanti. Infatti, la sottoscrizione constitui-

sce un elemento essenziale, perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa.

Quanto precede vale sia con riguardo all'offerta economica che all'offerta tecnica, anche in assenza di una esplicita comminatoria di esclusione nella *lex specialis*; in caso di R.T.I. costituendo, è necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo.

L'Autorità ha fornito alcuni chiarimenti in merito alle modalità di apposizione della sottoscrizione, la quale deve essere apposta in originale, al fine di scongiurare il rischio di eventuali manomissioni che pregiudicherebbero l'attendibilità dell'offerta/domanda di partecipazione e la loro insostituibilità. Peraltro è, altresì, ammissibile la sottoscrizione realizzata per il tramite di forme equipollenti - quali, ad esempio, l'apposizione di una sigla, in calce all'offerta, unitamente al timbro dell'impresa ed alle generalità del legale rappresentante. Al contrario, deve escludersi che possa essere considerata equipollente alla sottoscrizione in calce l'apposizione della sottoscrizione sulla sigillatura del plico nel quale l'offerta stessa è contenuta, atteso che tale eventuale incumbente assolve unicamente all'esigenza di garantire la non manomissione del plico.

Tale adempimento risulta essenziale anche in caso di procedura telematica di gara, nella quale è necessaria la firma elettronica e digitale come disciplinata dal d.lgs. n. 82 del 2005.

Infine, l'Autorità ha escluso la necessità di sottoscrizione su ogni pagina, atteso che detto adempimento sarebbe obiettivamente ridondante ed oneroso. E', pertanto, sufficiente l'apposizione della firma in calce ovvero in chiusura del documento, come volontà di adesione a quanto offerto e come consapevole assunzione della relativa responsabilità.

Per altro verso, non può essere richiesta, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità per la parte economica e tecnica dell'offerta, sia perché quest'ultima non ha valore giuridico di "autocertificazio-

ne" ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 sia perché l'allegazione di copia del documento di identità è, di norma, già prescritta dal disciplinare di gara all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa.

3. Accettazione delle condizioni generali di contratto.

E' prescritta, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara, che, si realizza, in genere, mediante una espressa dichiarazione con la quale il concorrente dichiara di aver esatta cognizione del contenuto delle stesse, fatta comunque salva la facoltà dell'esecutore di apporre eventuali riserve in fase di esecuzione nei modi ed entro i limiti consentiti dalla normativa vigente.

L'Autorità, in particolare, ha formulato alcune puntualizzazioni con riferimento all'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità.

Nei protocolli di legalità le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. L'Autorità ha ritenuto che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti.

4. Offerte condizionate, plurime ed aumento.

L'offerta condizionata è vietata per principio generale in materia di appalti, codificato dall'art. 72, R.D. 23.5.1924, n. 827, in quanto la stessa, non essendo univoca ed idonea a manifestare una volontà certa dell'impresa, non può costituire un'offerta suscettibile di

valutazione per la pubblica amministrazione.

Non possono, inoltre, ritenersi ammissibili le cd. offerte plurime, come del resto stabilito dall'art. 11, co. 6 del codice, secondo cui «ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta»: deve, al contrario, ribadirsi il principio della unicità dell'offerta che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica, allo scopo di garantire l'effettiva *par condicio* dei concorrenti nonché di far emergere la migliore offerta nella gara.

In particolare, l'Autorità ha precisato che l'offerta tecnica non può contenere, al suo interno, una pluralità di proposte progettuali tra loro alternative, fermo restando quanto osservato a proposito dell'applicazione della disciplina delle varianti.

Inoltre, secondo la consolidata posizione dell'Autorità, non vi sono dubbi circa la vigenza del divieto di presentazione di offerte in aumento rispetto all'importo a base di gara al precipuo fine di impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione; ciò a prescindere da quale sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso che nel caso di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. Presentazione della cauzione provvisoria.

L'Autorità ha ricavato dal sistema di garanzie, previsto dal Codice per tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto, il seguente elenco di cause di esclusione:

1) mancata presentazione della cauzione provvisoria;

2) cauzione non conforme a quanto stabilito dall'art. 75, co. 4 e, pertanto, priva della rinuncia espressa al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, co. 2, c.c., nonché priva della clausola di operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;

3) cauzione di importo errato in diminu-

zione, fermo restando quanto sopra circa l'errore formale; rientra, in tale ultima ipotesi, il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza il rispetto di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000;

4) cauzione sprovvista dell'indicazione del soggetto garantito; nel caso di ATI costituenda, la cauzione deve essere intestata a tutte le imprese associande;

5) cauzione prestata con modalità non consentite; al riguardo, si evidenzia che l'art. 28 del d.lgs. 19.9.2012, n. 169 ha modificato l'art. 75, co. 3, del codice prevedendo che la fideiussione, a scelta dell'offerente, «può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del d.lgs 1.9.1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161 del d.lgs. 24.2.1998, n. 58»;

6) cauzione prestata con validità inferiore a quella prescritta dal bando o, in mancanza, inferiore a centottanta giorni come prescritto dall'art. 75, co. 5, del codice;

7) cauzione non sottoscritta dal garante; si ritiene, inoltre, legittima l'esclusione da una gara d'appalto dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della *lex specialis*, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata, purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione;

8) mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario».

6. Mancata effettuazione del sopralluogo.

Per quanto riguarda gli appalti di lavori, la mancata effettuazione del sopralluogo integra, al contempo, una violazione di una prescrizione del regolamento (art. 106, co. 2) ed una carenza di un elemento essenziale dell'offerta. In base all'art. 106, co. 2, del

Regolamento, infatti, l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici «è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di [...] di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali [...]».

Analoga disciplina è prevista, dall'allegato XXI del codice all'art. 36, co. 4, per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici relativi alle infrastrutture strategiche.

La mancata effettuazione tempestiva del sopralluogo non può che determinare l'esclusione del concorrente.

Infatti, il sopralluogo, la cui mancanza non è prescritta a pena di esclusione, costituisce tuttavia un adempimento che deve essere necessariamente eseguito in una fase antecedente alla presentazione dell'offerta, in quanto volto ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori.

Le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare chiaramente, nella *lex specialis* di gara, quali soggetti debbano effettuare il sopralluogo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente. Inoltre, è da ritenersi consentita la delega plurima ad un medesimo soggetto da parte di più imprese, purché appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito.

Diversamente, nel caso di mancata produzione della dichiarazione in esame all'interno della documentazione amministrativa, la sanzione dell'esclusione si rivela sproporzionata, potendo l'amministrazione procedente facilmente verificare l'avvenuta effettuazione del sopralluogo, purché la copia del relativo certificato, conservato presso la stazione appaltante, sia stata debitamente sottoscritta dal soggetto che ha effettuato il sopralluogo.

Non sussiste una norma analoga all'art. 106 con per i servizi e forniture.

Tuttavia, l'Autorità ha riconosciuto anche in detti settori, la necessità che il concorrente effettui il sopralluogo nei casi in cui difficilmente un operatore economico può formulare

un'offerta attendibile senza aver preso visione dei luoghi: in tali ipotesi, il sopralluogo costituisce un elemento essenziale dell'offerta, poiché indispensabile per la formulazione della stessa. Peraltro, come ha chiarito la stessa *Authority*, una simile circostanza, deve risultare espressamente ed inequivocabilmente dalla documentazione di gara.

In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri).

Vale quanto già osservato per gli appalti di lavori a proposito della facoltà di delega e del certificato di avvenuto sopralluogo.

Parte III - Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara.

Vanno ricondotti alla categoria in esame i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara, che sono volte ad assicurare l'integrità dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara.

1. Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione.

Con specifico riguardo alla presentazione delle offerte e/o delle domande di partecipazione, per quanto attiene all'individuazione dell'offerente, l'Autorità ha ritenuto che l'esclusione possa conseguire alle seguenti violazioni:

1. mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;

2. apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;

3. mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciarne manomissioni; ove

per “sigillatura” deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come cerallacca o piombo o striscia incollata, tale da rendere chiusi il plico e le buste, attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste; inoltre, il bando può prescrivere a pena di esclusione l'apposizione della controfirma sui lembi di chiusura del plico e delle buste ivi contenute;

4. mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse;

5. mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate debitamente sigillate, all'interno del plico esterno generale.

Al contrario, secondo l'Autorità, non possono costituire cause legittime di esclusione:

1. la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;

2. la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;

3. la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara.

Resta comunque salva la facoltà delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente.

2. Difetto di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica.

Il principio di separazione fisica dell'offerta economica e dell'offerta tecnica - ormai consolidato in giurisprudenza - impone di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche allo scopo di evitare condizionamenti derivanti dall'anticipata conoscenza della componente economica.

Tra le varie ipotesi che realizzano il difetto di separazione si annoverano, secondo l'Autorità, a mero titolo esemplificativo: *i*) la mancata separazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica all'interno del plico, come prescritto dal bando; *ii*) l'inserimento di elementi concernenti il prezzo esclusivamente in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive.

La dichiarazione sostitutiva, in base al combinato disposto degli artt. 46 e 47 ed alla definizione contenuta nell'art. 1 del d.P.R. n. 445/2000, deve essere debitamente sottoscritta, in quanto solamente la sottoscrizione costituisce fonte di responsabilità, anche penale, in conseguenza della eventuale falsità dell'atto.

Dunque, tale adempimento costituisce un elemento essenziale della dichiarazione sostitutiva, in difetto della quale l'atto è insuscettibile di successiva sanatoria, pena la violazione della *par condicio competitorum*.

La dichiarazione può essere resa utilizzando una pluralità di fogli separati tra loro, apponendo un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina, dal momento che non si rinviene, nella normativa vigente, una previsione in senso contrario.

Diversamente, l'indicazione della data di rilascio della dichiarazione, secondo recente giurisprudenza, non è determinante per la validità dell'atto, in quanto il riferimento temporale può essere agevolmente individuato nella data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Parimenti, non costituisce un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, il richiamo alle sanzioni penali previste per il rilascio di dichiarazioni mendaci.

Invece, per giurisprudenza consolidata, l'allegazione della copia del documento di identità costituisce un elemento essenziale per il perfezionamento della dichiarazione medesima, consentendo di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante; né tale carenza può essere supe-

rata con successiva integrazione dei documenti ai sensi dell'art. 46 del codice.

Tuttavia, l'Autorità ha precisato che non può costituire causa di esclusione la circostanza che dette dichiarazioni non siano accompagnate, ciascuna, da una copia del documento di identità giacché, in tal caso, la prova del nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione alla determinata persona fisica da cui proviene emerge oggettivamente dal riscontro del contesto documentale. Pertanto, nel caso in cui venga inserita nel plico almeno una copia fotostatica del documento di identità, ciò è sufficiente a conseguire lo scopo della identificazione del rappresentante che ha reso le dichiarazioni sostitutive ed instaura un nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore.

Quanto al contenuto della dichiarazione sostitutiva, questa deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo *ex post* da parte della stazione appaltante.

4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti.

La prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione, fatto salvo il caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari, ai sensi dell'art. 74, co. 3, del codice.

Il co. 2 *bis* dello stesso art. 74 specifica, inoltre, che le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli

sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.

5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti.

L'art. 77 del Codice stabilisce che tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti ed operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante i mezzi ivi menzionati, che devono essere comunemente disponibili, nonché individuati nel bando di gara o nell'invito alla procedura.

La libertà di scelta accordata alle stazioni appaltanti deve esercitarsi nel rispetto delle regole poste dallo stesso art. 77 e, più in generale, dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione. La norma deve, inoltre, essere coordinata con quanto disposto dal co. 5 *quinquies* dell'art. 79 del codice, secondo cui il bando (o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando) fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, il domicilio eletto per le comunicazioni; i medesimi atti possono, altresì, obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

In proposito, l'Autorità ha chiarito che, mentre il domicilio può considerarsi un elemento essenziale per identificare il concorrente e che, pertanto, la sua indicazione è prevedibile a pena di esclusione, il numero di fax e l'indirizzo di posta elettronica, rilevano, invece, esclusivamente ai fini delle comunicazioni. Ne deriva che la mancata indicazione di questi ultimi non può comportare l'esclusione dalla gara, ma soltanto l'esonero della responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non correttamente pervenute.

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

Consiglio di Stato, V 13.12.2012 n. 6400
Giurisdizione - contratti della P.A. - bando affidamento in locazione immobile comunale - contratto di locazione in corso - ricorso avverso il cattivo uso della P.A. del potere di gestione dei propri beni - giurisdizione G.A. - sussiste.

Una controversia relativa all'impugnazione di una deliberazione con la quale la giunta comunale ha deciso di esperire una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento in locazione a terzi di un immobile comunale interessato da un contratto di locazione già in corso, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo e non del giudice ordinario, qualora con il ricorso giurisdizionale, sia stato contestato il cattivo uso da parte della P.A. del potere di gestione dei propri beni

Il bene della vita, in questo caso, infatti, non è da identificarsi nell'accertamento della sussistenza del vincolo di cui al contratto di locazione già in corso, bensì il cattivo uso del potere di gestione dei propri beni da parte della P.A. dato dal fatto di aver messo a gara un bene già locato. Di conseguenza, la situazione giuridica fatta valere in giudizio è interesse legittimo e non di un diritto soggettivo.

TAR Lazio, Lt, I, 21.11.2012 n. 862

Appalto di servizi - indagine di mercato - riaffidamento al precedente contraente - Motivazione della P.A. che fa riferimento al fatto che nessuna delle offerte presentate è risultata più conveniente circa le condizioni praticate dal contraente scelto in relazione a tutte le voci di costo - mancata considerazione del fatto che una o più offerte rechino prezzi più bassi relativamente ad alcune voci di costo - illegittimità per difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà.
Se una stazione appaltante effettua un'indagine

di mercato, al fine di conseguire risparmi di spesa, al termine della quale decide di riaffidare la fornitura dei servizi tecnici e del noleggio di mezzi di supporto all'attività di intercettazione telefonica, al precedente contraente motivandola con riferimento al fatto che nessuna delle offerte presentate dai concorrenti è risultata maggiormente conveniente rispetto alle condizioni praticate da detto contraente in relazione a tutte le voci di costo, tale provvedimento è da ritenersi illegittimo per difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà se la P.A. ha ommesso di motivare che una o più di queste offerte presentino prezzi più bassi in relazione ad alcune voci di costo. In questo caso, infatti, il riaffidamento è da ritenersi illegittimo.

TAR Emilia-Romagna, Bo, II, 13.11.2012, n. 679
Contratti della P.A. - bando di gara - gestione del servizio pubbliche affissioni, accertamento e riscossione imposta comunale pubblicità - previsione di requisito non previsto dalla legge - possesso del requisito di aver svolto o di avere in corso, per almeno un triennio nell'ultimo quinquennio antecedente la data della gara, servizi identici a quelli oggetto di gara - legittimità.

Se una stazione appaltante pubblica un bando di gara per la concessione in appalto, per cinque anni, del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni, del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e della tassa giornaliera di smaltimento, e nello stesso siano previsti requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla l., come il requisito di aver svolto o di avere in corso per almeno un triennio nell'ultimo quinquennio antecedente la

data della gara, servizi identici a quelli oggetto di gara o superiore, tale bando è da considerarsi legittimo.

TAR Campania, Na, VIII, 25.10.2012 n. 4228
Giurisdizione e competenza - contratti della P.A. - appalti di lavori - sospensione dei lavori disposta durante l'esecuzione del contratto - sospensione preordinata alla risoluzione dello stesso contratto di appalto - giurisdizione del giudice ordinario.

E' di competenza del giudice ordinario e non del giudice amministrativo, una controversia

che ha per oggetto l'impugnazione del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto la sospensione dell'esecuzione dei lavori appaltati, qualora la stessa sospensione, disposta durante la fase di esecuzione del contratto, sia preordinato o funzionale ad un eventuale risoluzione contrattuale ex art. 135, co. 1 del codice degli appalti. Infatti, così come una controversia relativa alla risoluzione del contratto, anche quella relativa alla determinazione della sospensione dei lavori, è da considerarsi attratta alla giurisdizione del giudice ordinario.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI -

dell'Avv. Federico Mazzella

C. giust. CE, Sez. III, 29.11.2012, n. C-183/11
Affidamento diretto "in house" - presupposti.

Controllo analogo - caratteri.

Secondo una giurisprudenza consolidata, un'amministrazione aggiudicatrice, come ad esempio un ente locale, è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nel caso in cui essa eserciti sull'entità affidataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (sentenza Teckal, cit., punto 50). È pacifico che questa giurisprudenza, inizialmente adottata ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), è altresì applicabile alle procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori e di servizi. Occorre altresì rilevare che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la questione se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi - e, in quest'ultimo caso, se il valore dell'appalto raggiunga la soglia prevista dalle norme dell'Unione - è priva di rilevanza ai fini della risposta che la Corte deve dare alla questione

pregiudiziale, dal momento che l'eccezione all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione, ove siano soddisfatte le condizioni attinenti all'esercizio di un «controllo analogo», è applicabile in tutte le situazioni suddette (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, Racc. pag. I-8127, punti 31-40). Secondo una costante giurisprudenza, sussiste un «controllo analogo» quando l'entità di cui trattasi è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità (citate sentenze Parking Brixen, punto 65; Coditel Brabant, punto 28, e Sea, punto 65). In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 26). La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo (sentenza Coditel Brabant, cit., punto 46). Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze

Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59). Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette (sentenza Sea, cit., punto 63). Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21.7.2005, Coname, C-231/03, Racc. pag. I-7287, punto 24).

Consiglio di Stato, Sez. V, 13.12.2012, n. 6399
Servizio pubblico locale - affidamento diretto - divieto - valenza.

In merito all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08, questa Sezione ha già osservato nella sentenza n. 4840 del 12.9.2012, che "Il divieto in esame

non consente alle società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante (anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea), che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare" e che "La finalità della norma è duplice: infatti se, da un lato, con essa si intende assicurare che anche l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali rispetti i fondamentali principi della concorrenza e di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici, che costituiscono i pilastri della stessa Unione Europea, d'altra parte il procedimento ad evidenza pubblica, attraverso cui è dato perseguire i predetti principi, costituisce altresì lo strumento per l'attuazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'attività della pubblica amministrazione (art. 97), i cui corollari sono proprio la trasparenza e la pubblicità, oltre che l'economicità, l'efficacia e l'efficienza". Di conseguenza "l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale, secondo il legislatore, sterilizzando in radice il libero gioco della concorrenza e limitando la platea dei possibili concorrenti, impedisce la stessa astratta realizzabilità delle finalità della norma, così che coerentemente è stato escluso che i soggetti che già gestissero in qualsiasi modo, anche di fatto, oltre che provvedimento amministrativo, contratto o disposizione legislativa, potessero rendersi affidatari di nuovi servizi pubblici, ciò determinando una illegittima posizione di vantaggio o addirittura di privilegio capace ex se di condizionare la libera concorrenza", così che "...il divieto in questione, come si ricava dall'ampiezza della sua portata, ha una valenza oggettiva, che prescinde da ogni connotazione soggettiva e tanto più dalla considerazione delle ragioni, particolari e contingenti, che possono aver in concreto determinato o giustificato l'affidamento diretto".

Consiglio di Stato, Sez. V, 30.11.2012, n. 6110
Indennizzo cessazione gestione - criteri - variabilità a seconda della natura del gestore uscente.

Se il gestore uscente è una società a partecipazione pubblica, costituita con apporto al capitale sociale dell'infrastruttura acquedottistica impiegata per il servizio idrico svolto, la determinazione dell'indennizzo per la cessazione della gestione in base al criterio del valore industriale determinerebbe un'ingiustificata plusvalenza a favore del gestore uscente; il quale non ha costruito gli impianti, ma li ha incamerati nel proprio patrimonio sociale a titolo di conferimento. Il che ha evidentemente condotto all'iscrizione nell'attivo di bilancio di tale posta patrimoniale, sulla quale è stato poi effettuato l'ammortamento. Ne consegue che l'indennizzo dovuto per la cessazione della gestione non può che essere parametrato al netto contabile residuo, e cioè all'intero ciclo economico dell'ammortamento, non potutosi concludere a causa della cessazione anticipata del servizio. Per contro, il valore industriale residuo si pone quale logico criterio indennitario in ipotesi di municipalizzazione del servizio, ossia in caso di assunzione diretta da parte dell'ente pubblico titolare dello stesso e conseguente acquisizione coattiva dell'infrastruttura ad esso servente, realizzata dal privato gestore riscattato. In altri termini, tale criterio funge da

compensazione del costo economico sostenuto dal gestore privato per la costruzione degli impianti e presuppone che tale attività costruttiva sia stata effettivamente svolta, senza tuttavia che se ne siano potuti ricavare i profitti attesi, a causa dell'assunzione del servizio in capo all'autorità amministrativa concedente.

TAR Toscana, Sez. I, 20.12.2012, n. 2090
Società in house - controllo analogo congiunto - caratteri.

Secondo i consolidati indirizzi della giurisprudenza nazionale, modellata su quella europea, nel caso di affidamento in house conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (fra le altre, cfr. CdS, V, 24.9.2010, n. 7092; id., 26.8.2009, n. 5082; id., VI, 3.4.2007, n. 1514).

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Criterio dell'accessorietà/essenzialità della prestazione nella disciplina dei contratti misti (Parere prot. 380591 del 3.10.2012, AL 11154/2012, Avv. Marco Stigliano Messuti).

RISPOSTA

Con la nota che si riscontra si chiede il parere della Scrivente in ordine allo schema di transazione ex art. 239, d.lgs. n. 163/2006, tra (...). Al riguardo si osserva quanto segue. Il quesito in epigrafe impone l'analisi di due distinte questioni:

1) se, da un punto di vista formale, l'impresa appaltatrice possa essere decaduta dalle richieste formulate a codesta amministrazione e se, dunque, nel caso di specie, si versi nell'ipotesi di un appalto di forniture ovvero di un appalto di lavori, con contestuale applicazione del relativo regime giuridico ed in particolare, per l'appalto di lavori, della disciplina delle riserve (e parallele decadenze) sul registro di contabilità (art. 165 e 174 del d.P.R. 21.12.1999, n. 554, applicabile ratione temporis);

2) se, nel merito, le pretese avanzate dall'impresa affidataria dell'appalto siano giustificate e meritevoli di accoglimento in sede di transazione; se parimenti gli importi, riconosciuti da codesta amministrazione con lo schema di transazione, siano comunque giustificati in relazione ai programmi negoziali stipulati.

1. Con riferimento alla questione sub 1), va preliminarmente segnalato che il contratto ad oggetto del presente parere riguardava originariamente la "fornitura ("a forfait" e "chiavi in mano") con posa in opera ed in-

stallazione, con relativa verifica funzionale, di "alcune e determinate" parti meccaniche ed attrezzature necessarie all'allestimento di (...). Per converso, con la stipula dei diversi contratti ed atti aggiuntivi, il contratto in questione ha progressivamente riguardato la fornitura di altra strumentazione meccanica ed, in definitiva, la realizzazione di un (...), comprensiva anche della costruzione di una foresteria e delle strutture di servizio.

La prestazione originaria del contratto - una semplice fornitura - è stata dunque novata del tempo, posto che, all'esito della stipula dei vari contratti ed atti aggiuntivi, la prestazione richiesta all'impresa ha per contenuto la vera e propria costruzione del (...).

Tanto premesso, è pregiudiziale stabilire se l'impresa appaltatrice possa o meno essere decaduta - sotto un profilo formale - dalle proprie richieste nei confronti della stazione appaltante, il tutto in base alla peculiare disciplina delle riserve sul registro di contabilità ex art. 165 e 174 del d.P.R. 21.12.1999, n. 554; ed a tal fine occorre in prima battuta verificare quale sia il criterio discrezionale tra i contratti pubblici di lavori (cui si applica il regime delle riserve) e quelli di forniture (cui non si applica il regime delle riserve), per poi concentrarsi sulla specifica disciplina applicabile ai contratti cd. misti, e cioè quei contratti che dovessero eventualmente presentare - come accade nel caso di specie - componenti di lavori e componenti di forniture. Ciò detto, il criterio distintivo tra gli appalti di lavori e quelli di forniture è dettato dall'art. 3, coo. 7, 8 e 9, del d.lgs. n. 163/2006. Le previsioni legislative in questione, anche se chiare in apparenza, non sono tuttavia idonee a di-

stinguere una fornitura od un lavoro senza l'ausilio di un'attività di interpretazione. D'altra parte, due diversi approcci giurisprudenziali (non incompatibili tra loro) si contendono l'individuazione dell'esatta portata precettiva dell'art. 3, coo. 7, 8 e 9, del codice dei contratti pubblici. Un primo orientamento, ricavato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si fonda sul criterio dell'essenza del bene ad oggetto della prestazione.

Ne deriva che, indipendentemente dalla definizione dell'appalto contenuta nel bando di gara, si definisce contratto di fornitura quel negozio a mezzo del quale l'amministrazione si approvvigiona di prodotti commercializzabili e, pertanto, omologati, introducibili in commercio e finiti, vale a dire non necessitanti di una fase di progettazione (o solo da installare; cfr. CdS, IV, 2.12.2011, n. 6376; V, 10.9.2010, n. 6544).

I contratti che prevedono la realizzazione di prototipi (come quello in esame) sarebbero, per esclusione, appalti di lavori.

Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, trova fondamento nella giurisprudenza comunitaria, in diverse pronunce del Consiglio di Stato e dei TAR, nonché nella Relazione accompagnatoria a cura della Commissione di Redazione del d.lgs. n. 163/2006. Questo indirizzo giurisprudenziale vede nei coo. 7, 8 e 9 dell'art. 3 d.lgs. n. 163/2006, un "recepimento della nozione comunitaria di appalto" (Relazione accompagnatoria cit., sub art. 3 del d.lgs. n. 163/2006), vale a dire la trasposizione pura e semplice dell'art. 1, par. 2, lett. b) e c), della dir. 2004/18/CE. Pertanto, secondo la predetta tesi, la definizione di appalto di lavori, servizi e forniture deve essere rintracciata nell'ambito del diritto comunitario ed in seguito adattata alle esigenze del diritto nazionale (cfr. BIANCA, CARINGELLA, PROTTO, Codice e Regolamento Unico dei Contratti Pubblici commentato art. per art., Dike Giuridica, Trento, 2011, p. 24; GAROFOLI, FERRERI, codice degli appalti pubblici.

Annotato con dottrina giurisprudenza e formule, Nel Diritto Editore, 2012, pagine 71 e ss.). Quest'ultimo approccio è da preferirsi. Infatti, sugli organi amministrativi e giudiziari degli Stati Membri incombe l'obbligo di formulare un'interpretazione comunitaria-

mente orientata della normativa nazionale attuativa delle direttive appalti, anche con riferimento alla definizione di appalto di lavori, servizi, forniture (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. I, 18 .1. 2007, causa C-220/05). Per questo motivo occorre verificare come la giurisprudenza comunitaria abbia interpretato l'art. 1, par. 2, lett. b) e c), della dir. 2004/18/CE, per poi trasporre tale indagine sul piano del diritto interno.

Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, già Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha precisato:

a) che, al di là delle indicazioni nominalistiche contenute nel bando di gara, il contenuto della prestazione ad oggetto del contratto di appalto è idonea a distinguere un appalto di lavori da uno di forniture (CdS, V, 31.1.2006, n. 348): di conseguenza, gli appalti di lavori si configurano essenzialmente come prestazioni di servizi ed obbligazioni di facere verso corrispettivo,

preordinate alla trasformazione della realtà fisica o comunque di materiali preesistenti (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 25.3.2010, causa C-451/08; 26.5.2011, causa C-306/08; CdS, IV, 21.2.2005, n. 537; Sez. V, 31.1.2006, n. 348); viceversa, gli appalti di forniture hanno ad oggetto prestazioni di dare o di consegnare, in quanto essi costituiscono contratti di locazione, compravendita, leasing, cessione di beni, anche prodotti in relazione alle istruzioni del consumatore o dell'amministrazione (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. IV, 11.6.2009, causa C-300/07; 25.2.2010, causa C 381/08), senza che la fornitura debba necessariamente coincidere con un tipo negoziale specificato (CdS, VI, 16.6.2005, n. 3171; Sez. III, 23.11.2011, n. 6181) ed indipendentemente dall'esistenza di un servizio accessorio, quale può essere la manutenzione ordinaria di distributori automatici di bevande (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10.5.2012, causa C-368/10);

b) che l'esistenza di una fase di progettazione può essere indice sintomatico dell'esistenza di un appalto di lavori, anziché di un appalto di forniture (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. VI, 12.7.2001, causa C-399/98);

c) che indice sintomatico dell'esistenza di un appalto di lavori risulta essere la devoluzione

dell'opera da realizzare, secondo il criterio della funzione economica e tecnico-strumentale, al servizio della collettività, anche mediante la realizzazione di strutture e centri polifunzionali ricreativi, non previsti dall'all. I della dir. 2004/18/CE, ma pur sempre idonei ad incidere sull'assetto del territorio e a perseguire interessi di carattere pubblico e generale (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in cause C-220/05 e C-399/98, citt.); d) che indice dell'esistenza di un appalto di lavori è anche l'assimilabilità, per analogia, dell'opera o del manufatto ad oggetto della prestazione dell'appaltatore ad una delle opere tipizzate nell'all. I della direttiva 2004/18/CE: "L'allegato I svolge un'importante funzione. Questo strumento, infatti, costituisce un parametro di fondamentale rilievo, grazie al quale è possibile verificare che una determinata prestazione od una determinata opera rientrano nel concetto di lavoro di cui all'art. 1, co. 2, b) della direttiva 2004/18" (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 23.4.2009, causa C-292/07).

Da quanto esposto emerge che la fornitura della strumentazione meccanica, preordinata alla costruzione di (...), vale a dire la prestazione ad oggetto del rapporto negoziale originario, costituisce un appalto di forniture. Tale prestazione, in effetti, si sostanzia nella consegna di prodotti finiti a favore dell'amministrazione, la quale poi provvederà al montaggio, direttamente od indirettamente, mediante affidamento di un appalto. Per converso, la costruzione e la progettazione del (...) - e cioè le prestazioni ad oggetto del rapporto negoziale in corso, come novato dai contratti e dagli atti aggiuntivi (...) - rientrano nelle specifiche degli appalti di lavori, anche perché le prestazioni di facere sono indici sintomatici di un appalto di lavori, così come indice sintomatico di un appalto di lavori è l'esistenza di una fase di progettazione, contemplata solo per i lavori ai sensi del d.lgs. n. 163/2006.

Eguale, in ossequio a quanto affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella causa C-292/07, cit., i (...) possono benissimo essere assimilati ai sistemi di (...), i quali costituiscono un appalto di lavori tipizzato dal legislatore comunitario e nazionale (cfr. all. I alla dir. 2004/18/CE, punto

45.31; all. I al d.lgs. n. 163/2006, punto 45.31).

D'altra parte, il TAR Valle d'Aosta, con la sentenza del 7.3.2005, n. 36, in continuità con la succitata giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha stabilito che le attività di realizzazione di impianti tecnologici ed elettrici, e finanche quelle di manutenzione ordinaria e straordinaria, rappresentano l'oggetto di un appalto pubblico di lavori.

Inoltre, sebbene vi sia certamente una componente di forniture nel contratto di appalto sottoposto all'attenzione della Scrivente (progressivamente l'impresa ha avuto l'incarico di fornire diverse componenti della strumentazione meccanica preordinata alla costruzione del (...), è proprio in virtù degli atti e dei contratti aggiuntivi che lo stesso appalto ha assunto, come prestazione qualificante, la realizzazione di un (...) chiavi in mano.

Di conseguenza, laddove anche il contratto di appalto stipulato da codesta amministrazione fosse qualificato come appalto misto di forniture e di lavori, all'appalto de quo dovrebbe ritenersi applicabile in tutto e per tutto la disciplina dei contratti pubblici di lavori, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 163/2006 e giusta l'operatività del principio sostanzialistico di essenzialità della prestazione di realizzazione dell'opera, contrapposta all'accessorietà della fornitura di strumentazione meccanica. D'altro canto, ex art. 14, co. 2, lett. a), del codice dei contratti pubblici, "un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un appalto pubblico di forniture". Per converso, ex art. 14, co. 3, del codice dei contratti pubblici, "l'oggetto principale del contratto è costituito da lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscono l'oggetto principale del contratto"; ed a tal fine, secondo la rilevante giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria è il criterio dell'accessorietà essenzialità della prestazione ad ispirare comunque la disciplina dei contratti misti ed a discriminare, in definiti-

va, tra un appalto misto con prevalenza dei lavori (o di servizi) ed un appalto misto con prevalenza della componente forniture.

In breve, appartiene alla specie degli appalti misti con prevalenza dei lavori quell'appalto in cui la realizzazione dei lavori possiede un'autonomia ed una prevalenza causale tale da giustificare il ricorso alla regolamentazione dei contratti di lavori. Viceversa, appartiene al novero degli appalti misti con prevalenza delle forniture quell'appalto in cui la componente dei lavori è strumentale rispetto al programma negoziale, finalizzato alla consegna di prodotti e, dunque, all'esecuzione di prestazioni di dare (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. II, 21.2.2008, causa C-412/04; Sez. VI, causa C-399/98, cit.; Corte Costituzionale, 12.2.2010, n. 45; CdS, V, 30.5.2007, n. 2765; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 11.2.2011, n. 450).

Dunque, trattandosi nel caso di specie di un appalto ibrido di lavori e di forniture, in cui i lavori rappresentano la prestazione essenziale del contratto, ai sensi dell'art. 14 del Codice dei Contratti Pubblici, risulta applicabile la disciplina degli appalti di lavori. (omissis) 2. (omissis). Si coglie l'occasione per sottolineare l'opportunità che, laddove codesta amministrazione dovesse avere la necessità - in futuro - di trasformare una fornitura nella realizzazione di un lavoro, la stipula dei contratti e degli atti aggiuntivi, la quale nova il piano negoziale originario, venga preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, e non dal ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 del codice dei contratti pubblici.

Più precisamente, con riferimento al caso di specie, questo GU ha evidenziato che, a mezzo della stipula dei contratti e degli atti aggiuntivi, il piano negoziale si è progressivamente trasformato da un appalto di forniture, avente ad oggetto la dazione di strumentazione meccanica preordinata alla costruzione

di (...), ad un appalto di lavori, finalizzato alla costruzione di un vero e proprio (...).

Ciò nondimeno, il rispetto delle condizioni che, negli appalti di forniture, giustificano l'affidamento con procedura negoziata (art. 57, coo. 1 e 2, d.lgs. n. 163/2006), non necessariamente coincide con il rispetto delle condizioni che, negli appalti di lavori, consente il ricorso alla stessa procedura (art. 57, coo. 1 e 5, d.lgs. n. 163/2006). Senza dimenticare come, sotto il profilo qualitativo, non è possibile affidare senza gara una prestazione - sub specie di appalto di lavori - del tutto diversa da quella originaria, relativa ad una fornitura, e ciò anche in relazione al possesso degli appropriati requisiti di capacità tecnica richiesti per l'esecuzione di opere del genio civile (...).

Pertanto, nel caso in cui codesta amministrazione, per motivi anche finanziari, dovesse in futuro avere la necessità di appaltare progressivamente la realizzazione di un impianto assimilabile ad un lavoro, si ribadisce l'opportunità di non ricorrere sic et simpliciter alla procedura negoziata, ma di valutare se, in relazione all'intera opera da costruire, non sia preferibile - e forse anche obbligatorio - l'utilizzo delle normali procedure ad evidenza pubblica previa pubblicazione del bando di gara.

In particolare, si rammenta che, per la realizzazione di opere ad alto tasso tecnologico ed, in specie, per le sole fasi di progettazione ed ideazione dell'opera, trovano applicazione gli articoli 91, co. 5, nonché 99 e ss. e 108 del codice dei contratti pubblici. Per il subappalto, cfr. art. 37, co. 11, e 118 del d.lgs. n. 163/2006. Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo nella seduta del 25.9.2012. Nei termini suesposti è il parere di questa Avvocatura. Si resta a disposizione per ogni ulteriore ed eventuale chiarimento.

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CINQUE ANNI È IL TERMINE DI PRESCRIZIONE PER AGIRE CONTRO LA P.A. PER OTTENERE LE DIFFERENZE RETRIBUTIVE DERIVANTI DALLO SVOLGIMENTO DI MANSIONI SUPERIORI

Nella sentenza in esame il Collegio rileva come la possibilità di rinuncia (espressa o tacita) alla prescrizione contemplata dall'art. 2937 c.c. per crediti pecuniari aventi fonte in un rapporto di pubblico impiego è preclusa per la pubblica amministrazione dall'art. 3 del R.D.L. 295/1939, a norma del quale, ove risulti effettuato il pagamento di una somma prescritta, l'amministrazione per conseguire il rimborso può trattenere il pagamento delle rate successive; ne consegue che una volta maturato il termine di prescrizione l'amministrazione ha l'obbligo di eccipirla senza che sussista alcuna discrezionalità di avvalersi o meno della stessa e che, a maggior ragione, non possono derivare dall'intervenuto pagamento effetti abdicativi più ampi, come il diritto agli interessi ed alla svalutazione monetaria (cfr. CdS, A.P., 27.11.1996, n. 11).

Dunque, se eccipire l'intervenuta prescrizione costituiva per l'amministrazione comportamento doveroso (come, del resto, in linea di massima, riconoscono sia il TAR, che la stessa dipendente appellata), di fronte ad un provvedimento che (non riteneva espressamente di non avvalersi della prescrizione - nel qual caso si sarebbe forse potuto discutere della legittimità di una simile scelta e della relativa motivazione - ma semplicemente) trascurava di considerare tale profilo (omettendo, quindi di limitare la

durata del riconoscimento a fini economici), il rilievo dell'organo di controllo che ha sottolineato detta omissione non sconfinava nel merito amministrativo, ma rientra a pieno titolo nell'ambito della legittimità.

*Può aggiungersi che, trattandosi di pretese patrimoniali che maturano a prescindere da un formale riconoscimento mediante provvedimento amministrativo, la prescrizione opera per le differenze retributive anteriori ai cinque anni (infatti, mentre l'azione promossa dal lavoratore subordinato e avente ad oggetto il riconoscimento della qualifica superiore si prescrive nell'ordinario termine decennale di cui all'art. 2946 c.c., le azioni dirette ad ottenere differenze retributive derivanti dal suddetto riconoscimento si prescrivono nel termine quinquennale previsto dall'art. 2948 c.c. - cfr. CdS, IV, 9.7.2012, n. 4045); da calcolare nel caso in esame a ritroso rispetto alla data del 22.2.1991 (data dell'istanza per la corresponsione delle differenze retributive, alla quale va ricondotto l'effetto interruttivo della prescrizione) (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 21.11.2012, n. 5914**).*

«..... GA.....»

LAVORATORI SOCIALMENTE UTILI: SULLE PROCEDURE DI STABILIZZAZIONE DECIDE IL GIUDICE ORDINARIO

*Le procedure di c.d. stabilizzazione (assunzione) degli L.S.U. ricadano nella giurisdizione dell'A.G.O. (cfr. CdS, V, 26.11.2008, n. 5844) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 21.11.2012, n. 5902**).*

«..... GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO: SOLO L'ESISTENZA DI UN POSTO VACANTE IN PIANTA ORGANICA ED UN ATTO FORMALE DI INCARICO RENDONO RILEVANTE AI FINI ECONOMICI E DI PROGRESSIONE DI CARRIERA LO SVOLGIMENTO DI MANSIONI SUPERIORI

Lo svolgimento di mansioni superiori è irrilevante.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che nell'ambito del pubblico impiego lo svolgimento di fatto da parte del dipendente di mansioni superiori a quelle dovute in base all'inquadramento è del tutto irrilevante, sia ai fini economici, sia ai fini della progressione di carriera, salva l'esistenza di un'espressa disposizione che disponga diversamente (CdS, IV, 15.9.2009, n. 5529; 24.12.2008, n. 6571; sez. VI, 3.2.2011, n. 758; 20.10.2010, n. 7584; 8.5.2009, n. 2845); né la domanda del dipendente, tesa ad ottenere la retribuzione superiore a quella riconosciuta dalla normativa applicabile, per effetto dello svolgimento delle mansioni superiori, può fondarsi sull'art. 36 della costituzione, in quanto il principio della corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e alla quantità del lavoro prestato non trova incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo con altri principi di pari rilievo costituzionale, quali quelli di cui agli articoli 97 e 98 (tra le più recenti, CdS, V, 2.8.2010, n. 5064; 25.5.2010, n. 3314; sez. VI, 15.6.2011, n. 3639; 3.2.2011, n. 758; 18.9.2009, n. 5605) ovvero sugli articoli 2126 C.C. (concernente solo l'ipotesi della retribuibilità del lavoro prestato sulla base di atto nullo o annullato) e 2041 C.C., stante, per un verso, la natura sussidiaria dell'azione di arricchimento senza causa (CdS, IV, 24.4.2009, n. 2626) e, per altro verso, la circostanza che l'ingiustificato arricchimento postula un correlativo depauperamento del dipendente, non riscontrabile e dimostrabile nel caso del pubblico dipendente che, come nel caso di

specie, ha comunque percepito la retribuzione prevista per la qualifica rivestita (CdS, V, 9.3.2010, n. 1382).

*E' stato anche rilevato che nel pubblico impiego presupposto indefettibile per la stessa configurabilità dell'esercizio di mansioni superiori è l'esistenza di un posto vacante in pianta organica, al quale corrispondano le mansioni effettivamente svolte, oltre che un atto formale di incarico o investitura di dette funzioni, proveniente dall'organo amministrativo a tanto legittimato, non potendo l'attribuzione delle mansioni e il relativo trattamento economico essere oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi (CdS, V, 4.3.2008, n. 879; 6.12.2007, n. 6254) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19.11.2012, n. 5852**).*

«..... GA.....»

ASSUNZIONE DEL PERSONALE NEGLI ENTI LOCALI: PER IL RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO DEL LAVORATORE, PUR NON ASSUNTO CON CONCORSO, ALLE DIFFERENZE RETRIBUTIVE, ALL'INDENNITÀ DI FINE RAPPORTO E ALLE ALTRE PRESTAZIONI DEVE ESSERE PROVATA LA SUBORDINAZIONE GERARCHICA, L'ESCLUSIVITÀ E LA CONTINUITÀ DELLE PRESTAZIONI, L'OSSERVANZA DI UN ORARIO DI LAVORO, LA RETRIBUZIONE IN MISURA FISSA E CONTINUATIVA E L'INSESSAMENTO DEL LAVORATORE NELLA STRUTTURA ORGANIZZATIVA DELL'ENTE

La domanda proposta dal ricorrente nel giudizio in esame attiene al riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di impiego pubblico con il Comune o se non altro di un rapporto di lavoro di fatto ai sensi dell'art. 2126 del c.c., con le invocate conseguenze di ordine retributivo per l'attività di del custode del locale cimitero dal medesimo svolte.

Il Collegio ha rilevato che la giurisprudenza ha da tempo chiarito (cfr. CdS, A.P., nn. 5 e 6 del 1992) che le norme in materia di assunzione del personale degli enti locali non sono di ostacolo all'applicabilità dell'art.

2126 c.c., e, quindi, al riconoscimento del diritto del lavoratore, pur non assunto a conclusione di una regolare procedura concorsuale, alle differenze retributive, all'indennità di fine rapporto e alle altre prestazioni contributive e previdenziali: ma tutto ciò soltanto quando risulti comprovata la sussistenza in concreto degli indici che, secondo la stessa giurisprudenza amministrativa, rivelano lo svolgimento di fatto di un rapporto di impiego, quali la subordinazione gerarchica, l'esclusività e la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario di lavoro, la retribuzione in misura fissa e continuativa e l'inserimento del lavoratore nella struttura organizzativa dell'ente (CdS, V, 10.11.2008, n. 5582).

In altre parole, al rapporto nullo possono essere connesse le conseguenze di cui all'art. 2126 c.c. unicamente quando lo stesso, benché costituito, come a tutto concedere si sarebbe verificato anche nella presente vicenda, senza il rispetto delle modalità di assunzione prescritte, sia assimilabile per il resto al rapporto di lavoro subordinato costituito nelle forme legali, del quale presenti tutti i caratteristici indici rilevatori (CdS, VI, 6.6.2008, n. 2718; V, 24.10.2006, n. 6352, 30.8.2006, n. 5062 e 6.12.1999, n. 2057).

Ciò posto la decisione oggetto di gravame riposa sul rilievo di fondo che la relazione vantata dall'interessato nei confronti dell'amministrazione non avrebbe integrato gli estremi del rapporto di pubblico impiego a causa della carenza dei relativi indici rivelatori (in particolare, la sottoposizione del lavoratore al potere direttivo, gerarchico e disciplinare del Comune, e quindi la sua subordinazione gerarchica), avendo egli prestato la propria attività in maniera avulsa dall'organizzazione burocratica comunale, del tutto autonoma, e per la maggior parte del tempo, addirittura, sostanzialmente abusiva.

Precisa il Collegio che vero è, infatti, che, secondo una pacifica acquisizione giurisprudenziale, ai fini della qualificazione di un rapporto giuridico non deve aversi riguardo tanto al nomen juris speso dalle parti per designarlo, quanto alle caratteristiche da esso effettivamente rivestite nella sua con-

creta attuazione (cfr. di recente CdS, V, 18.3.2010, n. 1581; più indietro nel tempo v. ad es. V, 10.4.2000, n. 2061; 13.6.1998, n. 824; 21.12.1994, n. 1549; 29.10.1991, n. 1281).

Questo non toglie, però, che l'esistenza della realtà sostanziale di un rapporto di impiego pubblico, se del caso anche sotto le spoglie dei diversi schemi giuridici eventualmente indicati dalle parti, costituisca pur sempre un quid che abbisogna di dimostrazione da parte di chi vi abbia interesse (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 19.11.2012, n. 5848**).

«..... GA.....»

È LEGITTIMA LA PREPOSIZIONE TEMPORANEA DEI DIRIGENTI, "AD INTERIM", ANCHE AD UN ALTRO UFFICIO, DIVERSO DA QUELLO RICOPERTO PER FAR FRONTE AD ESIGENZE TRANSITORIE

Il Consiglio di Stato con la sentenza in esame ha affermato che non è di per sé illegittima l'assegnazione ad un primario della responsabilità di una Unità diversa da quella di cui è (e resta, contemporaneamente) titolare.

La preposizione temporanea dei dirigenti, "ad interim", anche ad un altro ufficio, diverso da quello ricoperto, è fenomeno generale e diffuso nel pubblico impiego, che può risultare utile a far fronte ad esigenze transitorie, o comunque ad assicurare una continuità funzionale in fasi di trasformazione dell'organizzazione.

E' quanto risulta accadesse anche per l'Azienda U.S.L. n. 2 della Lombardia, in relazione al posto di primario di radiologia presso il presidio di Somma Lombardo, trattandosi di un posto esistente in pianta organica, da tempo vacante, e del quale era stata ipotizzata (e verrà poi formalmente richiesta, in data 2.6.1995) la trasformazione. Aggiunge il Collegio che per contro, l'art. 121 del d.P.R. 384/1990, si occupa di disciplinare, limitandolo quanto a presupposti ed a durata, lo svolgimento delle funzioni superiori, ma non impegna esaustivamente le scelte organizzative della pubblica amministrazione sulle modalità di copertura dei posti vacanti.

Può dunque escludersi che, con la concentrazione degli incarichi primariali in capo ad un solo soggetto, l'Azienda abbia operato una surrettizia ridefinizione della pianta organica, mediante la soppressione anticipata del posto a Somma Lombardo (*Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 21.11.2012, n. 5913*).

«..... GA.....»

L'INSERIMENTO DEI CANDIDATI IN GRADUATORIA NON DETERMINA UN DIRITTO ALL'ASSUNZIONE, DOVENDOSI TENER CONTO DI EVENTUALI MUTAMENTI DELLA SITUAZIONE DI FATTO E DIRITTO TRA LA DATA DI ESPLETAMENTO DEL CONCORSO E LA DATA DELLA SUCCESSIVA DETERMINAZIONE DI AVVALERSI O MENO DELL'ATTIVITÀ LAVORATIVA DI CHI SIA STATO UTILMENTE COLLOCATO IN GRADUATORIA

E' principio ricorrente che l'inserimento dei candidati in graduatoria non determina ex se un diritto all'assunzione, dovendosi tener conto di eventuali mutamenti della situazione di fatto e diritto tra la data di espletamento del concorso e la data della successiva determinazione di avvalersi o meno dell'attività lavorativa di chi sia stato utilmente collocato in graduatoria.

Non è tuttavia dubbio che l'inserimento in graduatoria ingenera una legittima aspettativa a conseguire l'assunzione, e che l'amministrazione è tenuta ad adottare tempestivamente, in senso affermativo o negativo, i provvedimenti conseguenti all'inserimento in graduatoria.

In virtù del giudicato l'amministrazione è dunque obbligata a determinarsi tempestivamente in ordine all'assunzione (in senso positivo o negativo), e, in caso di provvedimento ostativo, a indicare le puntuali ragioni che impediscono l'assunzione a fronte di una graduatoria approvata.

In altri termini, l'amministrazione pubblica - se anche ritiene che vi sia un ostacolo di ordine giuridico per l'assunzione (o la nomina) di chi sia stato utilmente collocato in una graduatoria di un concorso - deve

*emanare un formale atto che contenga le proprie determinazioni, sia per esigenze di trasparenza che per consentire la tutela giurisdizionale dell'interessato (nell'eventuale giudizio di cognizione che questi intenda in ipotesi attivare) (*Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 14.11.2012, n. 5750*).*

«..... GA.....»

E' NECESSARIO IL CONCORSO PUBBLICO PER L'ACCESSO DEL PERSONALE GIÀ ASSUNTO AD UNA FASCIA O AREA FUNZIONALE SUPERIORE, E CIOÈ AD UNA PROGRESSIONE VERTICALE CHE CONSISTA NEL PASSAGGIO AD UNA POSIZIONE FUNZIONALE QUALITATIVAMENTE DIVERSA, TALE DA COMPORTARE UNA NOVAZIONE OGGETTIVA DEL RAPPORTO DI LAVORO

Per consolidata giurisprudenza, per procedure concorsuali di assunzione ascritte all'attività autoritativa della pubblica amministrazione (alla stregua dell'art. 63, co. 4, del d.lgs. n. 165/2001), si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione "ex novo" dei rapporti di lavoro, ma anche le prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore, e cioè ad una progressione verticale che consista nel passaggio ad una posizione funzionale qualitativamente diversa, tale da comportare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro; tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso (Cass. Civ. sez. un., 5.5.2011, n. 9844; CdS, V, 8.6.2011, n. 3484).

Solo qualora si controverta di un semplice passaggio di livello senza variazione di area o categoria, ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro, sussiste la giurisdizione dell'autorità giudiziaria.

Nel caso che occupa il superamento della procedura selettiva comportava l'attribuzione ai concorrenti, inquadrati nella categoria "C" della superiore categoria "D", sicché, sulla base dei cennati consolidati principi



*giurisprudenziali, pienamente condivisi dal
Collegio, la eccezione non è positivamente*

*valutabile (Consiglio di Stato, Sez. V,
sentenza 31.10.2012, n. 5562).*

«..... GA.....»

IL CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINISTRATIVA ED IL RUOLO DEL SEGRETARIO COMUNALE

della Dott.ssa Matilde Esposito

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile nel d.l. 10.10.2012, n. 174, conv., con mod., dalla l. 7.12.2012, n. 213 e la valorizzazione del ruolo del segretario comunale.

Control of administrative and accounting regularity in dl 10.10.2012, n. 174, conv., With mod., From l. 7.12.2012, n. 213 and the enhancement of the role of the Town Clerk.

Sommario: 1. Introduzione. 2. I controlli interni ed il controllo di regolarità amministrativa e contabile (in generale). 3. Il controllo di regolarità amministrativa e contabile nel d.l. 10.10.2012, n. 174, conv., con mod., dalla l. 7.12.2012, n. 213. 4. La valorizzazione del ruolo del segretario comunale. 5. L'autonomia organizzativa e l'indipendenza di giudizio degli organi di controllo: osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Con il d.l. 10.10.2012, n. 174, conv., con mod., dalla l. 7.12.2012, n. 213, il Governo è, tra l'altro, intervenuto sul T.U.E.L., approvato con d.lgs. 18.8.2000, n. 267, modificando la disciplina dei controlli interni negli enti locali, estrapolandone il contenuto dal d.d.l. sulla Carta delle Autonomie, ancora in corso di discussione parlamentare.

Il mese successivo all'entrata in vigore del d.l. è stata approvata la l. 6.11.2012, n. 190, sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, in cui, nel corso dei lavori parlamentari, era pure confluita la disciplina dei controlli interni, che poi, per l'incalzare degli eventi, è stata recepita nel d.l. n. 174/2012.

I due interventi legislativi sono ispirati dalla stessa preoccupazione di fondo, quale quella di rivitalizzare il circuito dei controlli interni, che, originariamente concepiti al fine di favorire l'introduzione nelle pubbliche amministrazioni della logica di risultato, sembrano oggi, nelle intenzioni del legislatore, maggiormente orientati verso il contrasto dei fenomeni di illegalità e di recupero di efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

In questa logica, con riferimento alle diverse tipologie di controllo interno nelle amministrazioni territoriali, ne risulta valorizzato il ruolo del segretario comunale in una sua

rinnovata veste di garante della legalità dell'azione amministrativa.

Tuttavia, all'attribuzione di un ruolo così rilevante e delle connesse responsabilità non si è accompagnato un ripensamento della sua collocazione nella struttura organizzativa dell'amministrazione locale e, soprattutto, dell'assoggettamento allo *spoils system*, al quale resta tutt'ora sottoposto, tanto da non essere posto in condizione di autonomia e indipendenza dagli organi di indirizzo politico nello svolgimento, in maniera efficace, delle delicate funzioni connesse al ruolo di garanzia conferitogli dalla legge.

2. I controlli interni ed il controllo di regolarità amministrativa e contabile (in generale).

Come noto, con le riforme degli anni novanta, sono scomparsi i controlli preventivi di legittimità fino ad allora esistenti, eccettuati, per le amministrazioni statali, quelli di cui all'art. 3, co. 1, della l. n. 20/1994.

La soppressione dei predetti controlli è stata determinata dal progressivo affermarsi della logica dell'amministrazione "*di risultato*", rispetto alla quale forme di controllo sui soli profili di legittimità degli atti amministrativi è apparsa del tutto superata, dal momento che atti pur formalmente legittimi potevano costituire espressione di poteri discrezionali non correttamente esercitati rispetto ai canoni di

efficacia, efficienza ed economicità ai quali deve essere improntata l'organizzazione e l'azione amministrativa.

Le funzioni di controllo interno sono state, quindi, orientate, almeno nelle intenzioni del legislatore, verso la verifica del raggiungimento di obiettivi prestabiliti, in un'ottica di ottimale utilizzo delle risorse impiegate ed assicurando l'economicità della gestione e, quindi, la sostenibilità e l'implementazione dei servizi pubblici in relazione alle risorse disponibili; in questo contesto, si colloca anche la valutazione dei dirigenti, finalizzata a verificare il grado di conseguimento degli obiettivi e le competenze professionali dimostrate durante l'espletamento dell'incarico.

Lo spostamento dell'attenzione sulla gestione amministrativa ha lasciato in ombra i profili di legittimità degli atti attraverso i quali l'attività amministrativa si compie, che, tuttavia, costituisce una connotazione ineludibile dell'azione amministrativa che ne può compromettere anche i risultati, come avviene nei non rari casi in cui la realizzazione di importanti opere pubbliche finisce per essere compromessa da procedure di gara illegittime, oggetto di contenziosi giudiziari dall'esito incerto e tali da vanificare il proficuo utilizzo delle risorse impiegate.

Invero, nella disciplina introdotta dal d.lgs. 30.7.1999, n. 286, oltre ai controlli di gestione, strategico ed alla valutazione dei dirigenti è stato previsto anche il controllo di regolarità amministrativa e contabile, finalizzato a «*garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa*» (v. art. 1, co. 1).

Tuttavia, a differenza dei tradizionali controlli di legittimità (preventivi o successivi), il controllo di responsabilità amministrativa e contabile, pur riguardando specifici e determinati atti amministrativi, è sempre finalizzato a garantire la legittimità dei procedimenti di spesa; nelle amministrazioni locali la tipologia di controllo in questione è stata finora svolta essenzialmente attraverso i pareri di regolarità tecnica e contabile (cfr. art. 49 del T.U.E.L.).

Per le amministrazioni statali, la disciplina della tipologia di controllo in questione è stata introdotta, in attuazione della delega di cui all'art. 49 della l. 31.12.2009, n. 196, dal

d.lgs. 30.6.2011, n. 123, secondo cui «*il controllo di regolarità amministrativa e contabile è volto a garantire la legittimità contabile e amministrativa, al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa, e si svolge in via preventiva o successiva rispetto al momento in cui l'atto di spesa spiega i suoi effetti*» (art. 2, co. 5), e si colloca in un contesto di «*disposizioni volte al rafforzamento ed alla graduale estensione a tutte le amministrazioni pubbliche delle attività di analisi e valutazione della spesa*» (art. 1, co.1).

Il controllo è effettuato in via preventiva dagli Uffici centrali di bilancio (U.C.B.) presso le singole amministrazioni centrali e dalle Ragionerie territoriali dello Stato secondo il proprio ambito di competenza per le amministrazioni periferiche (v. art. 3), e vi sono soggetti «*tutti gli atti dai quali derivino effetti finanziari per il bilancio dello Stato...*» (art. 5, co. 1) e, in ogni caso, sono «*soggetti a controllo preventivo i seguenti atti*:

- a) *atti soggetti a controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti;*
- b) *decreti di approvazione di contratti o atti aggiuntivi, atti di cottimo e affidamenti diretti, atti di riconoscimento di debito;*
- c) *provvedimenti o contratti di assunzione di personale a qualsiasi titolo;*
- d) *atti relativi al trattamento giuridico ed economico del personale statale in servizio;*
- e) *accordi in materia di contrattazione integrativa, di qualunque livello, intervenuti ai sensi della vigente normativa legislativa e contrattuale. Gli accordi locali stipulati dalle articolazioni centrali e periferiche dei Ministeri sono sottoposti al controllo da parte del competente Ufficio centrale del bilancio;*
- f) *atti e provvedimenti comportanti trasferimenti di somme dal bilancio dello Stato ad altri enti o organismi;*
- g) *atti e provvedimenti di gestione degli stati di previsione dell'entrata e della spesa, nonché del conto del patrimonio»* (art. 5, co. 2).

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è esercitato dai predetti «*uffici di controllo*» in due fasi:

- i) il controllo contabile, che consiste nella «*registrazione contabile delle somme relative*

agli atti di spesa» dinanzi indicati e produce l'effetto «di rendere indisponibili ad altri fini le somme ad essa riferite» (art. 6, co. 1);

ii) il controllo amministrativo, che si risolve nell'«esame degli atti di spesa sotto il profilo della regolarità amministrativa, con riferimento alla normativa vigente» (art. 7, co. 1). In caso di esito negativo del controllo, gli atti non producono effetti a carico del bilancio dello Stato, salvo che sia esplicitamente richiesto di dare ulteriore corso al provvedimento, sotto la responsabilità del dirigente titolare della spesa.

I controlli successivi, invece, riguardano solo i rendiconti e gli altri conti giudiziali di cui all'art. 11 e sono svolti secondo un secondo programma elaborato sulla base dei criteri definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ricomprendendo, in ogni caso, i rendiconti assoggettati annualmente al controllo della Corte dei conti (v. art. 12).

Come emerge dalla disciplina appena tratteggiata dei controlli di regolarità amministrativa e contabile, sia preventivi che successivi, nelle amministrazioni statali, si tratta di una tipologia di controllo essenzialmente finalizzato a garantire la legittimità, la regolarità e trasparenza dei procedimenti di spesa, dei rendiconti e dei conti giudiziali, ed affidati ad uffici di controllo, collocati in posizione di indipendenza ed autonomia organizzativa, la cui principale competenza è assicurare il rispetto delle norme in materia di contabilità pubblica.

3. Il controllo di regolarità amministrativa e contabile nel d.l. 10.10.2012, n. 174, conv., con mod., dalla l. 7.12.2012, n. 213.

Il controllo di regolarità contabile ed amministrativa rappresenta l'elemento di maggiore rilievo nella disciplina sui controlli interni negli enti locali introdotta dal d.l. 10.10.2012, n. 174, essendo finalizzato a garantire l'attendibilità dei bilanci e dei certificati di bilancio.

In primo luogo, il legislatore è intervenuto sui controlli preventivi, modificando l'art. 49 del T.U.E.L., precisando che il parere del responsabile di ragioneria sulle proposte di deliberazione di giunta e di consiglio comunale

che non siano mero atto di indirizzo deve essere richiesto qualora l'approvazione della proposta «comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'ente», laddove, in precedenza, il parere in questione doveva essere espresso nella più limitata ipotesi in cui la proposta avesse comportato «impegno di spesa o diminuzione di entrata»; gli organi di governo ed indirizzo politico possono non conformarsi ai pareri (sia di regolarità tecnica che contabile), dandone, tuttavia, «adeguata motivazione nel testo della deliberazione», assumendo così l'integrale responsabilità delle conseguenze dannose dell'atto deliberativo.

In secondo luogo, nel disciplinare nuovamente la materia dei controlli interni, dapprima contenuta nell'art. 147 del T.U.E.L. (oltre che nel già richiamato art. 49), il legislatore non solo ha novellato l'art. 147 ult. cit., isolando il controllo di regolarità amministrativa e contabile dalle altre forme di controllo interno (quali il controllo di gestione, il controllo strategico e la valutazione dei dirigenti), dedicandogli il primo comma, ma ha poi introdotto una disciplina specifica della tipologia di controllo in questione, ora contenuta nell'art. 147 bis.

Al primo comma, la disposizione da ultimo introdotta ribadisce che il controllo di regolarità amministrativa è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ciascun responsabile del servizio ed è esercitato «attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa», mentre «il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria».

Com'è noto, ai sensi dell'art. 153, co. 5, il regolamento di contabilità disciplina le modalità con le quali vengono resi i pareri di regolarità contabile sulle proposte di deliberazione ed è apposto il visto di regolarità contabile sulle determinazioni dei soggetti abilitati (dirigenti o responsabili di servizio).

La disciplina dei controlli preventivi di regolarità amministrativa e contabile di cui all'art. 147 bis, co. 1, riprende la distinzione

delle fasi del “controllo contabile” e del “controllo amministrativo di regolarità amministrativa”, disciplinato per le amministrazioni statali dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 123/2011 (v. *supra* sub 1), con la rilevante differenza, tuttavia, che, nell’ordinamento degli enti locali, non si tratta di due fasi di un unico procedimento di controllo, successivo alla formazione dell’atto ed integrativo della sua efficacia, ma di due autonome forme di controllo nella formazione dell’atto, di competenza non di un unico ufficio di controllo ma di due diversi organi, quello competente per l’adozione dell’atto (il dirigente o il responsabile del servizio), che ne deve assicurare la regolarità tecnica, ed il responsabile di ragioneria, che deve apporre il visto di copertura finanziaria sulle determinazioni e il parere di regolarità contabile sulle proposte di deliberazione.

Peraltro, la rilevante novità introdotta dall’art. 174 *bis* è costituita dal controllo successivo di cui al co. 2, che deve essere svolto secondo «*le modalità definite nell’ambito dell’autonomia organizzativa dell’ente, sotto la direzione del segretario*» e che ha per oggetto «*le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento*».

L’attribuzione al segretario comunale e provinciale delle funzioni di direzione delle attività di controllo successivo potrebbe destare perplessità se riferita complessivamente al controllo di regolarità amministrativa e contabile, considerata la sua caratterizzazione professionale.

Tuttavia, il controllo espletato in via successiva, diversamente dai controlli in via preventiva, non riguarda affatto il “controllo contabile” ma solo il «controllo di regolarità amministrativa», che consiste nell’«esame degli atti... sotto il profilo della regolarità amministrativa, con riferimento alla normativa vigente» (cfr. art. 7, co. 1, del d.lgs. n. 123/2011).

In definitiva, si tratta di un vero e proprio controllo di legittimità, da espletarsi nella fase successiva alla formazione dell’atto ed al momento in cui lo stesso ha prodotto i suoi effetti, che ha per oggetto - a differenza del

controllo successivo di regolarità amministrativa e contabile disciplinato per le amministrazioni statali dagli artt. 11 ss. del d.lgs. n. 123/2011 - non il rendiconto ed i conti consuntivi ma «*le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi*» (art. 147 *bis*, co. 2, del d.l. n. 174/2012), cioè quegli atti che hanno maggiore rilievo per la gestione amministrativa e finanziaria dell’amministrazione locale.

D’altra parte, il controllo di regolarità contabile, già previsto dall’art. 153, co. 4, del T.U.E.L., è attribuito alla competenza del responsabile del servizio finanziario, di ragioneria o qualificazione corrispondente, ed oggi arricchito dell’ulteriore funzione di controllo degli equilibri finanziari, di cui agli artt. 147, co. 2, lett. *c*), e 147 *quinquies*, pur sempre introdotti dal d.lgs. n. 174 ult. cit., che, peraltro, ha novellato anche il già richiamato art. 153, co. 4.

Secondo tale ultima disposizione, il responsabile del servizio finanziario «è preposto alla verifica di veridicità delle previsioni di entrata e di compatibilità delle previsioni di spesa, avanzate dai vari servizi, da iscriversi nel bilancio annuale o pluriennale ed alla verifica periodica dello stato di accertamento delle entrate e di impegno delle spese e più in generale alla salvaguardia degli equilibri finanziari complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica» (art. 153, co. 4, primo periodo).

In particolare, secondo la disciplina di cui all’art. 147 *quinquies*, co. 1, «il controllo degli equilibri finanziari è svolto sotto la direzione e il coordinamento del responsabile del servizio finanziario e mediante la vigilanza dell’organo di revisione, prevedendo il coinvolgimento attivo degli organi di governo, del direttore generale, ove previsto, del segretario e dei responsabili dei servizi, secondo le rispettive responsabilità».

In definitiva, dall’esame della disciplina di cui agli artt. 147 *bis*, co. 2, 147 *quinquies*, co. 1, e 153, co. 4, emerge con assoluta evidenza che mentre il controllo di regolarità amministrativa è svolto “sotto la direzione” del segretario, il controllo contabile e degli equilibri finanziari è svolto “sotto la direzione” del responsabile del servizio finanziario.

4. La valorizzazione del ruolo del segretario comunale.

Le vicende del controllo di regolarità amministrativa nell'ordinamento degli enti locali - originariamente inserito nel d.d.l. sulla Carta delle autonomie locali, di recente confluito nel d.d.l. sul contrasto alla corruzione ed ai fenomeni di illegalità nella pubblica amministrazione per poi essere inserito, unitamente alle altre forme di controlli interno, nel d.l. n. 174/2012, quale più appropriata *sedes materiae* - ed i connotati specifici che la forma di controllo in esame ha assunto nella disciplina di cui al nuovo art. 147 *bis* del T.U.E.L., lasciano emergere, nello specifico contesto considerato, un processo di progressiva emancipazione del controllo di regolarità amministrativa rispetto alla forma tradizionale del controllo di regolarità amministrativa e contabile, quale forma di controllo specificamente riservata ai procedimenti di spesa, assumendo propriamente la valenza di un vero e proprio controllo di legittimità dell'azione amministrativa.

Tuttavia, rispetto ai tradizionali controlli di legittimità, il controllo di regolarità amministrativa di cui all'art. 147 *bis* non è finalizzato solo a verificare la legittimità formale degli atti ma anche la trasparenza del procedimento in base al quale gli stessi sono stati adottati ed alla correttezza, sul piano dell'efficacia, efficienza ed economicità, delle soluzioni adottate (cfr. art 1 della l. 7.8.1990, n. 241, e succ. int. mod).

Conseguentemente, appare del tutto coerente la scelta del legislatore di affidare la direzione di questa forma di controllo al segretario comunale e provinciale, anche in considerazione della sua collocazione in posizione sovraordinata rispetto ai dirigenti e responsabili dei servizi (cfr. art. 97, co. 4, del T.U.E.L.), pur rimanendo gli stessi direttamente responsabili, in via esclusiva, della realizzazione degli obiettivi, della correttezza amministrativa, e della efficienza e dei risultati della gestione (v. art. 107, co. 6).

L'autonomia dei dirigenti e dei responsabili dei servizi nell'espletamento dell'incarico è assicurata dalla periodicità del controllo amministrativo e dalla circostanza per cui gli

atti sottoposti a controllo sono «*scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento*» (art. 147 *bis*, co. 2), ciò al fine di evitare che l'esercizio delle funzioni di controllo di traducano, se esercitate in maniera mirata e sull'intera gestione, in funzioni di amministrazione attiva, che è, invece, affidata all'esclusiva responsabilità dei dirigenti e responsabili di servizio.

D'altra parte, per la stessa ragione, in caso di esito negativo del controllo di regolarità amministrativa, al segretario non sono attribuiti poteri di intervento in via diretta, potendo lo stesso fornire ai dirigenti e responsabili dei servizi interessati «*direttive cui conformarsi in caso di riscontrate irregolarità*», ciò che appare più coerente con le funzioni di sovrintendenza dell'attività dei dirigenti di cui all'art. 97, co. 4.

E proprio in virtù delle predette funzioni e del ruolo che lo stesso ricopre nell'organizzazione dell'ente locale, assume particolare rilievo la partecipazione del segretario alle altre forme di controllo (cfr. art. 147, co. 4) ed il suo coinvolgimento nel controllo sugli equilibri finanziari (cfr. art. 147 *quinquies*).

L'evoluzione del controllo di regolarità amministrativa in direzione di un vero e proprio controllo di legittimità, per di più non limitato ai soli profili della legittimità formale degli atti ma esteso anche alla trasparenza e correttezza dell'attività oggetto di verifica, e il conferimento di una siffatta forma di controllo al segretario comunale e provinciale, comportano una valorizzazione di questa figura quale punto di riferimento per la legalità dell'azione amministrativa.

In quest'ottica, non appare casuale la disposizione di cui all'art. 1, co. 7, della l. 6.11.2012, n. 190, «*negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione*».

5. L'autonomia organizzativa e l'indipendenza di giudizio degli organi di controllo: osservazioni conclusive.

Costituisce un'acquisizione pacifica che il limite della disciplina dei controlli interni di

cui al d.lgs. n. 286/1999 era costituito dalla mancanza di ogni garanzia di autonomia organizzativa ed indipendenza di giudizio rispetto agli organi politici, con il pericolo che gli esiti dell'attività di controllo fossero condizionati in funzione del gradimento dei predecreti organi politici.

D'altra parte, se nel settore privato i controlli interni rispondono direttamente ai consigli di amministrazione ed al *management* e sono di nomina strettamente fiduciaria, questo avviene perché gli stessi assecondano un'esigenza propria della struttura produttiva, quale quella di ridurre le perdite e aumentare i profitti.

Nel settore pubblico, i controlli interni rispondono a logiche non sempre coerenti con l'indirizzo politico espresso dalle diverse maggioranze, soprattutto quando non in linea con i canoni di buona amministrazione, per cui l'esigenza di autonomia e indipendenza degli organi preposti allo svolgimento di funzioni di controllo appare del tutto ineludibile, dovendo essere l'organizzazione e l'azione amministrativa costantemente sottoposta ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost.

Invero, proprio in considerazione del particolare ruolo di responsabilità che aveva assunto il responsabile di ragioneria nell'espletamento dei controlli sull'equilibrio finanziario, il d.l. n. 174/2012 aveva introdotto all'art. 109 un co. 2 *bis*, secondo cui «*l'incarico di responsabile del servizio finanziario di cui all'art. 153, co. 4, può essere revocato esclusivamente in caso di gravi irregolarità riscontrate nell'esercizio delle funzioni assegnate. La revoca è disposta con ordinanza del legale rappresentante dell'Ente, previo parere obbligatorio del Ministero dell'interno e del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato*».

Tuttavia, la disposizione in questione, opportunamente inserita nel decreto-legge, è stata soppressa, in sede di conversione, dalla l. n. 213/2012; non si comprende perché, poi, una norma analoga il decreto non l'avesse sin

dall'inizio prevista anche per il segretario comunale, al quale è demandata la direzione del controllo di regolarità amministrativa.

Eppure l'art. 1, co. 82, della l. n. 190/2012, tutela il segretario comunale e provinciale nella sua veste di responsabile della prevenzione della corruzione, stabilendo che «*il provvedimento di revoca di cui all'art. 100, co. 1, del testo unico di cui al d.lgs 18.8.2000, n. 267, è comunicato dal prefetto all'Autorità nazionale anticorruzione, di cui al co. 1 del presente articolo, che si esprime entro trenta giorni. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace, salvo che l'Autorità rilevi che la stessa sia correlata alle attività svolte dal segretario in materia di prevenzione della corruzione*».

In realtà, il regime di tutela del segretario appare assai debole in relazione al ruolo che esso ha assunto quale punto di riferimento della legalità amministrativa, anche con riferimento alle nuove norme sul controllo di regolarità amministrativa, dove, trattandosi di un vero e proprio controllo di legittimità, assume maggiore evidenza l'esigenza di garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'organo controllore.

Infatti, ai sensi dell'art. 99 del T.U.E.L., la nomina del segretario ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia e cessa automaticamente alla cessazione di quello, salvo conferma, anche tacita, nell'ipotesi in cui il sindaco o il presidente insediatisi a seguito delle consultazioni elettorali non abbiano, entro 120 giorni, nominato altro segretario.

E' inutile aggiungere che la soggezione del segretario comunale e provinciale al regime dello *spoil system* non lo rendono affatto credibile nello svolgimento del suo ruolo di contrasto dei fenomeni di illegalità e di malamministrazione, che il legislatore vorrebbe riservargli.

Si tratta, con ogni evidenza, di una disposizione che costituisce un cimelio di una (si spera) superata concezione della pubblica amministrazione del tutto servente alla politica e non al servizio esclusivo dei cittadini.

L'ESIGUITÀ DELL'ORGANICO ANNUALE DI SOSTEGNO NON PUÒ PREGIUDICARE IL DIRITTO FONDAMENTALE ALL'ISTRUZIONE DEL DISABILE GRAVE

dell'Avv. Salvatore Russo

L'Istituzione Scolastica è tenuta ad avviare e perfezionare con tempestività tutte le iniziative necessarie per assicurare l'adeguata integrazione dell'organico del personale in relazione al concreto fabbisogno.

The educational institution is bound to initiate and implement in a timely manner all the required actions in order to ensure the adequate supply of workforce according to the actual demand

Sommario: 1 Premessa. 2. Adeguata integrazione dell'organico del personale in relazione al concreto fabbisogno.

1.Premessa.

Il diritto all'istruzione degli alunni con disabilità ha risentito dei tagli generali sull'organico del personale docente previsti dalla normativa intervenuta nel corso degli ultimi anni. Anche per gli alunni in situazione di gravità si è registrata una notevole riduzione delle ore di sostegno assegnate annualmente. Il TAR Lazio con la sentenza del 3.10.2012, n. 8266 ha ribadito, per contro, che: "*L'esiguità dell'organico non può pregiudicare il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave, essendo tenuta l'Istituzione Scolastica a provvedere a soddisfarlo - in deroga al rapporto docenti-alunni ordinario - attraverso contratti a tempo determinato con insegnanti di sostegno*". La decisione giunge a seguito del ricorso proposto dai genitori di un'alunna della scuola primaria statale di Roma, affetta da una grave disabilità, per il riconoscimento del diritto ad ottenere l'apporto completo di ventidue ore settimanali di sostegno, anziché delle sole sei ore di cui aveva usufruito per l'anno scolastico precedente. La sentenza prende le mosse dalla l. 5.2.1992, n. 104, che all'art. 12 riconosce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione dalla scuola materna all'Università, "*prevedendo che la fruibilità di tale diritto sia assicurata, tra l'altro, con il ricorso a personale docente specializzato di sostegno*". Esplicito riferimento viene fatto, altresì, alla possibilità di assumere con contratto a tempo determinato

insegnanti di sostegno in deroga a quanto stabilito dalla l. 24.12.2007, n. 244, che fissa, in via generale, il rapporto medio di un docente ogni due alunni con disabilità. A tal proposito, i Magistrati del Tribunale Amministrativo, con un'attenta ricostruzione del *thema decidendum*, hanno tenuto a sottolineare come in precedenza l'art. 2, co. 413 e 414, della l. 24.12.2007, n. 244, aveva fissato un limite al numero degli insegnanti di sostegno e aveva radicalmente soppresso la possibilità di assumere con contratti a tempo determinato altri insegnanti, in deroga al rapporto docenti-alunni pur se in presenza di disabilità particolarmente gravi. A coronamento della ricostruzione effettuata dai Giudici, v'è la circostanza che, a seguito della sentenza C. cost. 22.2.2010, n. 80, la Consulta dichiarava illegittime le norme appena richiamate in quanto contrastanti, da un alto, con il quadro normativo internazionale - facendo esplicito riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità - e, dall'altro, con quello "*costituzionale e ordinario, nonché con la consolidata giurisprudenza (...) a protezione dei disabili*" (C.cost. 22.2.2010, n. 80). Nella Convenzione citata - adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 13.12.2006 ed entrata in vigore il 3.5.2008 che l'Italia ha ratificato e reso esecutiva con la l. 3.3.2009, n. 18 - l'art. 24 è interamente dedicato all'istruzione e prevede espressamente, al co. 1, l'impegno per gli Stati Parti a ricono-

scere “il diritto delle persone con disabilità all’istruzione”.

2. Adeguata integrazione dell’organico del personale in relazione al concreto fabbisogno.

Per realizzare tale diritto, senza attuare discriminazioni e rispettando le pari opportunità, lo stesso co. statuisce che gli Stati devono fare in modo che il sistema educativo preveda l’integrazione scolastica a tutti i livelli e offra, nel corso dell’intera vita, possibilità di istruzione finalizzate “allo sviluppo, da parte delle persone con disabilità, della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, sino alle loro massime potenzialità” (art. 24, co. 1, lett. b), Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità).

La Convenzione ONU non si limita a dettare le linee generali, ma specifica, al co. 2, lett. d) ed e) dello stesso art., che per attuare tale diritto, gli Stati Parti dovranno assicurare che: “d) le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all’interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione; e) efficaci misure di supporto individualizzato siano fornite in ambienti che ottimizzino il programma scolastico e la socializzazione, conformemente all’obiettivo della piena inclusione”.

Agevolare “la loro effettiva istruzione” e assicurare misure tali da ottimizzare “il programma scolastico” sono, dunque, imperativi dettati dalla Convenzione ONU e pienamente assorbito nell’ordinamento italiano.

Perché ciò sia effettivamente realizzato - senza risultare “lettera morta” - la Convenzione prevede, al co. 4 del citato art. 24, che, all’azione educativa e didattica da attuare nei confronti delle persone con disabilità, sia specificamente formato personale “a tutti i livelli dell’istruzione” prevedendo, pertanto, quella figura particolare che in Italia è il docente specializzato nel sostegno.

Il TAR Lazio sottolinea, ancora, come la Corte Costituzionale ha osservato che “la scelta ... di sopprimere la riserva che consen-

tiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato” incide sul nucleo indefettibile di garanzie costituente il limite invalicabile all’intervento normativo discrezionale del legislatore, in quanto “detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto all’istruzione del disabile grave”; il Giudice delle leggi ribadisce che “la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno appresta una specifica forma di tutela ai disabili che si trovano in condizioni di particolare gravità” (C. cost. 22.2.2010, n. 80). Il TAR, nel caso di specie, non dubita in alcun modo della illegittimità del provvedimento con il quale (nonostante l’handicap della minore fosse qualificato grave ai sensi dell’art. 3, co. 3, l. 5.2.1992, n. 104) l’amministrazione dichiara l’impossibilità di garantirle assistenza di sostegno per un numero di ore pari almeno ad un’intera cattedra. Il tribunale amministrativo ribadisce a chiare lettere che l’esiguità dell’organico non può pregiudicare il diritto fondamentale all’istruzione del disabile grave.

L’Istituzione Scolastica, infatti, è tenuta ad assegnare il numero di ore di sostegno necessario - in deroga al rapporti docenti-alunni ordinario - attraverso contratti a tempo determinato con insegnanti di sostegno.

I Magistrati hanno evidenziato come l’art. 9, co. 15, d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito dalla l. 30.07.2010, n. 122, ha confermato, inoltre, che il limite dei docenti di sostegno preventivati annualmente fa “salva l’autorizzazione di posti di sostegno in deroga al predetto contingente da attivarsi esclusivamente nelle situazioni di particolare gravità di cui all’art. 3, co. 3, della l. 5.2.1992, n. 104”. La sentenza in commento conclude, pertanto, disponendo che la scuola convenuta debba avviare e perfezionare con tempestività - in base alla previsione normativa vigente che contempla la possibilità di procedere ad assunzione in deroga su posti di sostegno - tutte “le iniziative necessarie per assicurare l’adeguata integrazione dell’organico del personale in relazione al concreto fabbisogno (...)”.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, 7.11.2012, n. 5647

Mansioni superiori - trattamento economico del dipendente pubblico - trattamento economico della qualifica immediatamente superiore - va riconosciuto solo a decorrere dal 22.11.1998.

In base al principio affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 24.3.2006, n. 3, il diritto del dipendente pubblico, che abbia svolto mansioni superiori, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore, va riconosciuto solo a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'art. 15 d.lgs. 29.10.1998 n. 387 (dal 22.11.1998).

Consiglio di Stato, Sez. III, 30.10.2012, n. 5526

Nessuna indennità di missione al personale delle U.S.L. che svolge compiti ispettivi oltre il raggio di dieci chilometri dalla ordinaria sede di servizio.

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato richiama il principio già affermato secondo il quale il personale delle U.S.L. chiamato ad esplicare compiti ispettivi oltre il raggio di dieci chilometri dalla ordinaria sede di servizio non ha diritto a percepire l'indennità di missione (Sez. V, n. 6740 del 31.12.2008, n. 1156 del 21.10.1997). Aggiunge inoltre il Collegio che stesso TAR per il Molise, mutando l'orientamento espresso nella sentenza appellata, ha ritenuto, nella più recente sentenza n. 191 dell'8.5.2009, in analogia fattispecie, non dovuto il trattamento di missione ai dipendenti U.S.L. addetti ad attività di controllo e vigilanza per il cui espletamento dovevano necessariamente, con carattere di continuità, allontanarsi dall'Ufficio, Presidio o Distretto sanitario dove risultavano organicamente assegnati.

Consiglio di Stato, Sez. III, 30.10.2012, n. 5525

Condizioni per il riconoscimento del trattamento economico per lo svolgimento di funzioni superiori nel settore sanità.

Per giurisprudenza oramai consolidata (fra le

più recenti, CdS, III, n. 4100 del 10.7.2012), nel settore della sanità, il riconoscimento del trattamento economico per lo svolgimento di funzioni superiori è condizionato, oltre che (ovviamente) dall'effettiva prestazione di tali mansioni: - dalla vacanza, in pianta organica, del posto di qualifica superiore cui si riferiscono le funzioni svolte; - dalla presenza del necessario previo formale atto di incarico allo svolgimento delle predette funzioni adottato dai competenti organi dell'ente. Solo per lo svolgimento delle funzioni primariali da parte dell'aiuto la giurisprudenza ha ritenuto che si può prescindere da formali atti di incarico, in relazione alla particolare natura delle funzioni svolte. Si è infatti affermato che lo svolgimento di funzioni primariali da parte dell'aiuto assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'amministrazione (CdS, III, n. 1826 del 28.3.2012) poiché non è concepibile che una struttura sanitaria affidata alla direzione del primario resti priva dell'organo di vertice, che assume la responsabilità dell'attività esercitata nella divisione. Si è anche aggiunto che il principio enunciato dall'art. 29, co. 2, del d.P.R. 20.12.1979 n. 761, che a fini retributivi assegna rilevanza alle funzioni primariali svolte dall'aiuto in assenza del titolare, in ragione dell'ineffettività della responsabilità apicale, non può ritenersi estensibile al caso dell'assistente medico che espleti le mansioni di aiuto perché la vacanza del posto di aiuto medico non implica una automatica investitura dell'assistente nell'esercizio delle mansioni superiori, potendo l'amministrazione adottare una pluralità di soluzioni organizzative, ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 27.3.1969 n. 128 (CdS, III, 21.2.2012 n. 914).

TAR Lazio, Rm, I ter, 25.10.2012, n. 8817

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 Rm, III, 15.6.2006, n. 4665).

TAR Puglia, Bari, II, 26.10.2012, n. 1840

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 l., 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. Sez. Un. 17.11.2008 n. 27307; Cass. Sez. Un. 4.4.2008 n. 8736; Cass. Sez.Un. 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 P.A. che si sviluppano fino all'approvazione delle graduatorie ..." (Sez.Un. 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..." (Sez.Un. n. 307/2007).

Corte dei Conti, Sez. Friuli Venezia Giulia, 6.12.2012, n. 130

Illecito utilizzo del telefono di servizio per motivi personali: per la condanna del dipendente alla restituzione degli importi pagati dal Comune non bastano telefonate effettuate al di fuori dell'orario di servizio.

Non è sufficiente, per affermare che sussista un illecito utilizzo del telefono posto a disposizione dall'ente di appartenenza per finalità di lavoro, la sola prova indiziaria secondo la quale costituiscono un utilizzo privato dell'utenza pubblica le chiamate effettuate al di fuori dell'orario di servizio, nelle giornate d'assenza dal lavoro od a numerazioni per le quali non è direttamente presumibile un'oggettiva riferibilità al servizio (vale a dire numeri dell'ente di appartenenza o comunque di uffici "istituzionali"). Lo stesso discorso vale per le indicazioni indiziarie derivanti da quelle che in citazione si definiscono "anomalie", come la durata eccessiva di talune chiamate, l'elevato numero di SMS indirizzati alla stessa utenza telefonica, l'elevata frequenza di chiamate ad una medesima utenza.

Occorre infatti che tali pur importanti indicazioni siano integrate da ulteriori elementi di prova (di accertamento pieno o quanto meno derivanti da ulteriori indicazioni presuntive "gravi, precise e concordanti", come stabilisce

l'art. 2729 c.p.c.) circa la non riferibilità al lavoro delle chiamate contestate al dipendente assegnatario del telefono di servizio.

Corte dei Conti, Sez. Basilicata, 5.12.2012, n. 196

Rimborso al dipendente delle spese legali sostenute per la difesa in un procedimento penale - accollo del Comune dell'onere della spesa non è un atto dovuto caratterizzato da automatismo.

La controversia in esame si incentra sulla spettanza ad un dipendente di un comune del rimborso delle spese legali sostenute per la difesa in un procedimento penale nel quale era stato imputato in ragione della carica ricoperta conclusosi con sentenza di assoluzione. La materia della assunzione da parte degli enti locali delle spese legali sostenute da propri dipendenti per procedimenti penali promossi nei loro confronti, è attualmente regolata dall'art. 28 del C.C.N.L. per il personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie locali del 14.9.2000, disciplina applicabile anche al personale di qualifica dirigenziale degli enti locali in virtù dell'art. 12 del C.C.N.L. della dirigenza per il biennio 2000 - 2001. In precedenza, e all'epoca dei fatti, in termini pressochè analoghi si poneva la disciplina recata dagli articoli 16 del d.P.R. 1.6.1979, n. 191, 22 del d.P.R. 25.6.1983, n. 347 e 67 del d.P.R. 13.5.1987, n. 268. La giurisprudenza della Corte dei conti, nell'interpretazione della suddetta disciplina, ha enunciato i seguenti principi: - mentre dall'art. 16 del d.P.R. 1.6.1979, n. 191 poteva dedursi la possibilità di rimborso delle spese legali a procedimento concluso, l'art. 67 del menzionato d.P.R. 268/1987 non prevede tale opzione (Sez. Abruzzo, 17.5.2004, n. 428; Sez. Lazio 1.2.2011, n. 141); - il co. 2 dell'art. 67 del d.P.R. 268/1987, pone in risalto la diversità della prospettiva di ausilio ex ante, giacché se il meccanismo fosse quello del rimborso, in caso di condanna l'amministrazione non potrebbe recuperare nulla, non avendo sostenuto oneri. Del resto la "assistenza" da parte di un legale di comune gradimento (art. 67, co. 1), evidenzia nitidamente la necessità di una preventiva valutazione da parte dell'amministrazione (Sez. Lazio n. 141 del

2011 cit.); - nel sistema "a rimborso", caratterizzato, quindi, dal conferimento ex post degli oneri già affrontati dal dipendente (previsto ad esempio per i dipendenti statali dall'art.18 della l. 21.5.1997, n. 135), l'erogazione da parte dell'ente è consentita esclusivamente in caso di assoluzione con formula piena che escluda in modo incontrovertibile la presenza del dolo o della colpa grave. In particolare la liquidazione delle spese legali può essere legittimamente disposta quando gli imputati - dipendenti siano stati assolti con la formula più ampia e liberatoria e, cioè, con una sentenza che abbia riconosciuto la non sussistenza del fatto criminoso o la non attribuibilità ai medesimi.

Diversamente l'esito del giudizio penale "perché il fatto non costituisce reato", non implica l'automatico riconoscimento della insussistenza di fatti dannosi per l'erario. Tale formula assolutoria non equivale, assiomaticamente, a escludere che le condotte dei dipendenti possano rilevare sotto il profilo della responsabilità erariale (Sez. Lazio 12.10.2009, n. 1908); - l'art. 67 consente l'assunzione degli oneri di difesa dell'ente "anche a tutela dei propri diritti e interessi". "...tale indicazione non può che significare che l'amministrazione, nell'accollarsi un onere (qualora, beninteso, non vi sia "conflitto con l'ente"), si deve anche far carico che la vicenda processuale non abbia esiti che possano ripercuotersi negativamente sui suoi interessi o sulla sua immagine pubblica. E' questa la ragione per cui la disciplina vigente stabilisce che il legale deve essere di comune gradimento" (Sez. Lazio n. 141 del 2011 cit.); - la menzionata disciplina impone all'Ente, prima di deliberare di assumere a carico del proprio bilancio ogni onere di difesa in un procedimento di responsabilità civile o penale aperto nei confronti di un proprio funzionario, di accertare la compresenza delle seguenti circostanze essenziali: a. necessità di tutelare i propri diritti e interessi e la propria immagine; b. diretta connessione del giudizio alla posizione rivestita dal dipendente all'interno dell'apparato tecno-burocratico; c. inconfigurabilità di conflitto di interessi tra gli atti compiuti dal dipendente e l'ente (Sez. Lazio n.141 del 2011 cit.); - l'ente è tenuto a

ponderare i propri interessi nel quadro del pendente procedimento giudiziario, per assicurare una buona e ragionevole amministrazione delle risorse economiche e a tutela del proprio decoro e della propria immagine. In tale quadro, l'assunzione delle spese dei procedimenti penali in cui siano implicati i propri dipendenti o amministratori è strettamente legato alla circostanza che tali procedimenti riguardano fatti ed atti in concreto imputabili non ai singoli soggetti che hanno agito per conto della pubblica amministrazione, ma direttamente ad essa in forza del rapporto di immedesimazione organica. La ponderazione degli interessi in gioco ai fini della rimborsabilità delle spese legali ai dipendenti pubblici o amministratori deve assumere particolare rigore (cfr., in tal senso, tra le tante, CdS, V, dec. n. 2242/2000, Cass., Sez. I, sent. n. 15724/2000). Tanto premesso, osserva il Collegio che ai sensi della disciplina richiamata, l'ente locale, anche a tutela dei propri diritti e interessi, ove si verifici l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, assume a carico del proprio bilancio ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, a condizione che non sussista conflitto di interessi, facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento.

Nell'interpretazione della normativa in questione, la giurisprudenza ha statuito che l'ordinamento non annovera un principio generale che consenta di affermare la presenza di un generalizzato diritto al rimborso di tali spese. L'accollo dell'onere della spesa per l'assistenza legale ai propri dipendenti non configura un atto dovuto caratterizzato da automatismo, ma una decisione dell'ente locale

basata sull'accertamento della ricorrenza dei presupposti indicati dalla l. e su rigorose valutazioni che occorre effettuare, anche ai fini di una trasparente, efficace ed efficiente amministrazione delle risorse economiche pubbliche.

Nel delineato contesto incombe all'ente accertare la connessione della vicenda giudiziaria con la funzione rivestita dal pubblico funzionario, tutelare i suoi diritti ed interessi, verificare l'assenza di conflitto di interessi tra gli atti compiuti dal funzionario e i propri fini istituzionali nonché la conclusione del procedimento penale con una sentenza di assoluzione (ex multis: Cass., Sez. Un., 29/05/2009, n. 12719; Cass., Sez. Lav., 07/06/2010, n. 13675; Corte dei Conti, Sezione Lazio 1.2.2011, n. 141).

Con riferimento ai "fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti di ufficio", la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che la ratio sottesa alla norma in parola è quella di tenere indenni i soggetti, che hanno agito in nome e per conto - oltre che nell'interesse - dell'amministrazione, delle spese legali affrontate per i procedimenti giudiziari strettamente connessi all'espletamento dei loro compiti istituzionali, con la conseguenza che il requisito essenziale in questione "può considerarsi sussistente solo quando risulti possibile imputare gli effetti dell'agire del pubblico dipendente direttamente all'amministrazione di appartenenza".

Non è quindi sufficiente che l'imputato sia stato prosciolto con formula liberatoria; occorre che il dipendente sia implicato in fatti che si trovino in diretto rapporto con le mansioni svolte e che siano connesse all'espletamento del servizio e all'adempimento dei propri doveri d'ufficio (Corte dei Conti, Sezione Lazio 12.10.2009, n. 1908).

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Applicabilità ai dirigenti RAI dei limiti alle retribuzioni disposti dal d.P.R. 195/2010 (Parere prot. 312424 del 2.8.2012, AL 27777/12, Avv. Giuseppe Albenzio).

RISPOSTA

Codesto Ministero chiede alla Scrivente parere sull'applicabilità ai dirigenti RAI dei limiti alle retribuzioni disposti dal d.p.r. 195/2010. 1. Ad avviso di questa Avvocatura, la limitazione al trattamento retributivo disposta in via generale dall'art. 3, co. 44, l. 244/2007 non si applica: a) ai componenti del Consiglio di amministrazione della RAI; b) ai dipendenti con contratto di lavoro subordinato. a) il disposto generale appena citato ("3. 44. Il trattamento economico onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle pubbliche finanze emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs 30.3.2001, n. 165, agenzie, enti pubblici anche economici, enti di ricerca, università, società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate, ovvero sia titolare di incarichi o mandati di qualsiasi natura nel territorio metropolitano, non può superare quello del primo presidente della Corte di cassazione. Il limite si applica anche ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, ai presidenti e componenti di collegi e organi di governo e di controllo di società non quotate, ai dirigenti") non si applica ai casi previsti dall'art. 4

d.P.R. 195/2010 ("3. Le attività soggette a tariffa professionale, le attività di natura professionale non continuativa, i contratti d'opera di natura non continuativa ed i compensi determinati ai sensi dell'art. 2389, co. 3, codice civile, degli amministratori delle società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate investiti di particolari cariche, non sono assoggettati al rispetto del limite di cui al presente regolamento").

La retribuzione dei componenti degli organi di amministrazione delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'art. 2359, co. 1, numero 1), del codice civile (quale è la RAI) era stata oggetto di specifica disposizione riduttiva nella stessa l. 244/2007, art. 3, co. 12, lett. a): "I compensi deliberati ai sensi dell'art. 2389, prima co., del codice civile sono ridotti, in sede di prima applicazione delle presenti disposizioni, del 25 per cento rispetto ai compensi precedentemente deliberati per ciascun componente dell'organo di amministrazione".

L'esclusione concerne i compensi dei componenti degli organi di amministrazione, da intendersi il Presidente e i componenti del Consiglio di amministrazione RAI, e non sembra estensibile anche al Direttore Generale, attesa la necessità di stretta interpretazione della disposizione esentiva di natura eccezionale contenuta nel citato art. 4 d.P.R. 195/2010 e la natura e le funzioni del Direttore Generale, organo di gestione dell'azienda e di esecuzione delle deliberazioni consiliari, secondo

quanto delineato dall'art. 29 dello Statuto RAI. b) La disposizione generale in esame non trova applicazione neppure per gli emolumenti indicati nel co. 2 dell'art. 4 del d.p.r. 195/2010 il quale recita: "2. Ai fini della verifica del rispetto del limite non è computato il corrispettivo globale percepito per il rapporto di lavoro o il trattamento pensionistico corrisposti al soggetto destinatario, rispettivamente, dall'amministrazione o dalla società di appartenenza e dall'ente previdenziale. Ai fini della verifica del rispetto del limite non è computata la parte del compenso che il soggetto destinatario è obbligato a versare in fondi. Negli incarichi di durata pluriennale con compenso cumulativamente previsto, al fini della determinazione del limite, il compenso è computato in parti uguali per gli anni di riferimento, tenendo conto delle frazioni di anno".

Nessuna rilevanza in materia assumono le disposizioni dell'art. 23 ter d.l. 201/2011 e del suo decreto attuativo (d.P.C.M. 23.3.2012) aventi ad oggetto solo "emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi incluso il personale in regime di diritto pubblico di cui all'art. 3 del medesimo d.lgs", quindi con esclusione delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato, oggetto della disposizione generale del 2007.

Pertanto, la detta esclusione, tutt'ora operante per i dipendenti delle società controllate (e, quindi, della RAI) e non più per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, potrebbe essere applicata alla retribuzione del Direttore Generale qualora questa figura possa qualificarsi come rapporto di lavoro dipendente. In proposito, si osserva che lo Statuto RAI - art. 29 - contempla la figura con riferimento ai poteri attribuiti, senza indicazioni sulla natura del relativo rapporto di lavoro, così che lo stesso potrebbe in astratto strutturarsi sub specie di lavoro subordinato o di lavoro autonomo. Occorre, pertanto, verificare in concreto il contenuto del contratto che lega il Direttore Generale all'azienda onde attribuirgli la necessaria qualificazione. Qualora il detto contratto possa qualificarsi

di natura dirigenziale subordinata, la relativa retribuzione sfuggirebbe al "tetto" retributivo previsto dall'art. 3, co. 44, l. 244/2007, in virtù dell'art. 4, co. 2, d.P.R. 195 sopra citato; nel caso, invece, il contratto sia da qualificarsi come di natura professionale autonoma, la retribuzione dovrebbe essere assoggettata al "tetto" di cui sopra perché non potrebbe rientrare nelle ipotesi estensive previste dal co. 3 del citato art. 4, né con riferimento alle "attività soggette a tariffe professionali" (non ricorrendone i presupposti) né quanto a "le attività di natura professionale non continuativa, i contratti d'opera di natura non continuativa" (attesa la natura "continuativa" del rapporto).

In conclusione, allo stato attuale della normativa vigente, i limiti alle retribuzioni disposti dall'art. 3, co. 44, l. 244/2007 sembrano non potersi applicare ai componenti degli organi di amministrazione della RAI, secondo l'art. 4, co. 3, d.P.R. 195/2010, mentre non trovano applicazione per il Direttore Generale soltanto qualora sia stato assunto con contratto di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 4, co. 2, stesso decreto. 2. De jure condendo, bisogna dar conto del testo del d.l. 6.7.2012 n. 95, come modificato ed approvato dal Senato in sede di conversione (n. 3396 atto senato) ed attualmente all'esame della Camera dei Deputati per la definitiva approvazione.

Il trattamento economico dei dipendenti delle società a prevalente partecipazione pubblica e, quindi, della RAI è preso in considerazione sia dall'art. 4, co. 11 ("...il trattamento economico complessivo ... non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011") sia dall'art. 2, co. 20-quater e 20-quinquies (aggiunti in sede di conversione); questi ultimi impingono nell'oggetto del parere richiesto, nel senso che, estendendo anche ai compensi dei componenti dei consigli di amministrazione ed al trattamento economico annuo onnicomprensivo dei dipendenti delle dette società il tetto del trattamento economico del primo presidente della Corte di Cassazione, e prevedendo l'applicabilità della disposizione solo per il futuro ("a decorrere dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione ... e ai contratti stipulati e agli atti emanati successivamente alla data di entrata in vigore della l. di conversione del presente decreto")

confermano la correttezza della ricostruzione della normativa attualmente vigente sopra delineata e delle conclusioni formulate nel precedente punto 2.1. Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 2.8.2012.

«.....GA.....»

DOMANDA

“Limite massimo retributivo per emolumenti o retribuzioni nell’ambito di rapporto di lavoro dipendente o autonomo con le pubbliche amministrazioni statali” - d.P.C.M. 23.3.2012 (Parere prot. 368257 del 26.9.2012, AL 21789/12, Avv. Wally Ferrante).

RISPOSTA

Con la nota del 1.6.2012, codesto Istituto ha chiesto l’avviso di questa Avvocatura in merito alla computabilità, per il personale dirigenziale fuori ruolo proveniente dall’Avvocatura dello Stato, degli onorari ex art. 21 R.D. 30.10.1933, n. 1611 ai fini del calcolo della percentuale del 25% dell’ammontare complessivo del trattamento economico percepito di cui all’art. 23 ter del d.l. 6.12.2011, n. 201 convertito dalla l. 22.12.2011, n. 214¹. Ciò alla luce di quanto disposto dagli artt. 3 e 4 del d.P.C.M. del 23.3.2012, adottato in attuazione del co. 1 del predetto art. 23 ter che, come è noto, fissa un tetto retributivo massimo per chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche emolumenti o retribuzioni nell’ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali. Trattandosi di questioni di massima di particolare delicatezza, la Scrivente, (...) ha reputato opportuno acquisire preliminarmente

¹ Art. 23 ter:(...) 2. Il personale di cui al co. 1 che è chiamato, conservando il trattamento economico riconosciuto dall’amministrazione di appartenenza, all’esercizio di funzioni direttive, dirigenziali o equiparate, anche in posizione di fuori ruolo o di aspettativa, presso Ministeri o enti pubblici nazionali, comprese le autorità amministrative indipendenti, non può ricevere, a titolo di retribuzione o di indennità per l’incarico ricoperto, o anche soltanto per il rimborso delle spese, più del 25 per cento dell’ammontare complessivo del trattamento economico percepito (...). [N.d.r.]

te l’avviso della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica e del Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato in ordine al quesito prospettato. Con nota del 26.7.2012, n. 64018, il Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ha rappresentato che gli importi degli onorari spettanti al personale dell’Avvocatura dello Stato collocato fuori ruolo presso l’ISVAP non possono essere computati nel calcolo del trattamento economico su cui applicare la percentuale del 25 %, in quanto trattasi di voci di natura variabile, legate all’effettiva prestazione presso l’amministrazione di origine e strettamente correlate all’attività che gli interessati, collocati fuori ruolo presso l’ISVAP, non svolgono più presso l’Avvocatura. Ciò premesso, va sottolineato che l’art. 4 del citato d.P.C.M. del 23.3.2012, al co. 2, dispone, a proposito del conferimento di incarichi dirigenziali a personale collocato fuori ruolo o in aspettativa, che “se l’assunzione dell’incarico comporta la perdita di elementi accessori della retribuzione propri del servizio nell’amministrazione di appartenenza, alla percentuale di cui al co. 1 si aggiunge un importo pari all’ammontare dei predetti elementi accessori, che vengono contestualmente considerati ai fini del calcolo della percentuale medesima”. Come anche ritenuto dal Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, tale norma non sembra potersi applicare agli onorari percepiti dagli avvocati e procuratori dello Stato ai sensi dell’art. 21 del R.D. 30.10.1933, n. 1611 trattandosi di emolumenti accessori e di natura variabile, il cui importo muta di anno in anno e da dipendente a dipendente in base all’anzianità e alla sede di servizio nonché al numero degli avvocati e procuratori in ruolo.

Nello stesso senso ha concluso la Corte dei Conti (Sezioni riunite di controllo del 4.10.2011, n. 51/CONTR/11) in relazione alle risorse destinate a remunerare le prestazioni professionali dell’avvocatura interna di comuni e province.

Come già rappresentato con nota del Segretario Generale del 24.2.2012, n. 69263 P in-

dirizzata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, dal tenore letterale dell'art. 9, co. 2 del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito dalla l. 30.7.2010, n. 122, si evince, a contrario, che gli onorari degli avvocati e procuratori dello Stato, salvo espressa previsione di l., non rientrano nel loro trattamento economico complessivo e quindi non possono essere computati ai fini dell'applicazione del tetto retributivo di cui all'art. 23 ter del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito dalla l. 22.12.2011, n. 214. Del resto, ai sensi dell'art. 17, co. 3 della l. 2.4.1979, n. 97, recante norme sullo stato giuridico dei magi-

strati e sul trattamento economico dei magistrati ordinari e amministrativi, dei magistrati della giustizia militare e degli avvocati dello Stato, i compensi previsti dal citato art. 21 del R.D. n. 1611 del 1933 sono esclusi dal principio di onnicomprensività del trattamento economico degli avvocati e procuratori dello Stato.

Ne consegue, coerentemente, che detti compensi non possono essere inclusi nella base di calcolo della percentuale del 25% di cui al più volte citato art. 23 ter. Sui profili di massima della presente questione, si è espresso in conformità il Comitato Consultivo nella seduta del 25.9.2012.

«.....GA.....»

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PAREGGIO DI BILANCIO: LA CAMERA APPROVA LA PROPOSTA DI LEGGE PER L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DEL PAREGGIO DI BILANCIO

La Commissione bilancio della Camera ha approvato, in sede referente, la proposta di l. recante disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio, ai sensi del nuovo sesto co. dell'art. 81 della Costituzione, il quale prevede che le norme fondamentali volte ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni siano stabilite da una apposita l. che dovrà essere approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. L'esame in Assemblea è previsto a partire dalla seduta dell'11 dicembre (Camera dei deputati, informativa del 10.12.2012).

«..... GA.....»

PROCESSO TRIBUTARIO: PER IL PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO UNIFICATO NUOVO CONTRASSEGNO E NUOVI CODICI TRIBUTO

Il d.l. n. 98 del 2011 ha introdotto, a decorrere dal 7.7.2011, il contributo unificato nel processo tributario che può essere pagato, oltre che con contrassegno rilasciato dai rivenditori di generi di monopolio, anche con modello F23 o con bollettino di conto corrente postale. Per far affluire i versamenti ad uno specifico capitolo di entrata del bilancio dello Stato, destinato alla giustizia tributaria, è stato predisposto un nuovo contrassegno disponibile, dal 12.12.2012, presso i rivenditori di generi di

monopolio. Gli Uffici di segreteria delle Commissioni tributarie accetteranno anche il pagamento del contributo unificato mediante l'attuale contrassegno rilasciato dai rivenditori per i ricorsi e gli atti depositati fino al 31.12.2012. Per i pagamenti effettuati con il modello F23, l'Agenzia delle Entrate ha predisposto i nuovi codici tributo per il contenzioso tributario da utilizzare a decorrere dal 12.12.2012. Anche in questo caso, sarà possibile utilizzare, fino al 31.12.2012, gli attuali codici tributo. Per i pagamenti effettuati tramite bollettino di conto corrente postale, in attesa dell'istituzione del nuovo numero di conto corrente postale specifico per il processo tributario, restano validi i pagamenti effettuati sul conto corrente postale n. 57152043, intestato alla Tesoreria dello Stato di Viterbo (MEF, comunicato n. 180 del 7.12.2012).

«..... GA.....»

MISURE PER IL CONTENIMENTO DELLA SPESA PUBBLICA: IL MINISTERO FORNISCE CHIARIMENTI SUI LIMITI RETRIBUTIVI AI TRATTAMENTI ECONOMICI DI DIPENDENTI, DI TITOLARI DI CARICHE ELETTIVE ED INCARICHI CON EMOLUMENTI A CARICO DELLA FINANZA PUBBLICA

I recenti provvedimenti in materia di stabilizzazione finanziaria hanno introdotto, fra le altre, importanti misure di contenimento delle spese nel settore pubblico, anche mediante la previsione di limiti ai trattamenti economici ed agli emolumenti corrisposti ai dipendenti, ai titolari di cariche elettive e ai titolari di incarichi con

emolumenti a carico della finanza pubblica. Da ultimo, l'art. 23 ter, co. 1, del d.l. n. 201 del 2011, convertito in l. n. 214 del 2011, come modificato dall'art. 1, co. 2, del d.l. n. 29 del 2012, ha previsto che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previo parere delle Commissioni parlamentari, «... e' definito il trattamento economico annuo onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali, di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi incluso il personale in regime di diritto pubblico di cui all'art. 3 del medesimo d.lgs., e successive modificazioni, stabilendo come parametro massimo di riferimento il trattamento economico del primo presidente della Corte di cassazione». Inoltre, il co. 2 della citata disposizione ha introdotto un ulteriore limite al fine di evitare il cumulo di trattamenti prevedendo che «Il personale di cui al co. 1 che è chiamato, conservando il trattamento economico riconosciuto dall'amministrazione di appartenenza, all'esercizio di funzioni direttive, dirigenziali o equiparate, anche in posizione di fuori ruolo o di aspettativa, presso Ministeri o enti pubblici nazionali, comprese le autorità amministrative indipendenti, non può ricevere, a titolo di retribuzione o di indennità per l'incarico ricoperto, o anche soltanto per il rimborso delle spese, più del 25 per cento dell'ammontare complessivo del trattamento economico percepito.». In applicazione del suddetto articolo è stato adottato il d.P.C.M. 23.3.2012, recante «Limite massimo retributivo per emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con le pubbliche amministrazioni statali.», che è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 16.4.2012, n. 89, e che, in base a quanto previsto nell'art. 8 del decreto stesso è entrato in vigore il successivo 17 aprile. Con la presente circolare vengono fornite indicazioni in merito all'attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.3.2012 attuativo dell'art. 23 ter del d.l. n. 201 del 2011 che impone vincoli precisi e contiene prescrizioni dettagliate per

le pubbliche amministrazioni e per i diretti interessati (**Funzione Pubblica, circolare n. 8 del 3.8.2012, in Gazzetta Ufficiale n. 275 del 24.11.2012**).

«..... GA.....»

IMU: PUBBLICATA SULLA GAZZETTA UFFICIALE LA DISCIPLINA PER GLI ENTI NON COMMERCIALI

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministero dell'Economia 19.11.2012, n. 200 recante il regolamento di attuazione dell'art. 91 bis, co. 3, del d.l. n. 1/2012 (conv. l. n. 27/2012), riguardante la disciplina IMU prevista per gli enti non commerciali. Per visualizzare il testo su www.gazzettaamministrativa.it (**MEF, Decreto n. 200 del 19.11.2012, in Gazzetta Ufficiale n. 274 del 23.11.2012**).

«..... GA.....»

REDDITEST: DA OGGI DISPONIBILE IL SOFTWARE

Disponibile sul sito dell'Agenzia delle Entrate il software che misura la coerenza del reddito delle famiglie con le spese sostenute. Il ReddiTest è un software che consente ai contribuenti di valutare la coerenza tra il reddito familiare e le spese sostenute nell'anno. Per utilizzare il programma è necessario scaricare il software e inserire i dati richiesti. Le informazioni, quindi, restano sul proprio computer, senza lasciare alcuna traccia sul web. Nel ReddiTest devono essere inizialmente indicati la composizione, il reddito e il comune di residenza della famiglia, e, successivamente, le spese sostenute nell'anno, suddivise in 7 categorie: abitazione, mezzi di trasporto, assicurazioni e contributi, istruzione, tempo libero e cura della persona, altre spese significative, investimenti immobiliari e mobiliari. E' possibile in qualsiasi momento modificare o integrare le informazioni riportate. Il risultato e i dati inseriti possono essere salvati e stampati. Per scaricare il Redditest www.gazzettaamministrativa.it (**Agenzia delle Entrate, comunicato del**

21.11.2012).

«..... GA.....»

SPENDING REVIEW: TESORERIA UNICA ANCHE PER LE ISTITUZIONI SCOLASTICHE

Il co. 33 dell'art. 7 del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 135 - c.d. Spending Review - ha disposto l'inserimento delle istituzioni scolastiche ed educative statali nella Tabella A allegata alla l. 29.10.1984, n. 720, disciplinante il sistema della Tesoreria unica. La Ragioneria Generale dello Stato con la presente circolare fornisce ai revisori dei conti presso le scuole di ogni ordine e grado, talune indicazioni metodologiche, utili per le verifiche di cassa da effettuare successivamente alla data del 12.11.2012 (Ragioneria Generale dello Stato, circolare n. 46 del 16.11.2012).

«..... GA.....»

UNIONE DEI COMUNI: PUBBLICATO L'ELENCO DEI CONTRIBUTI SPETTANTI PER L'ANNO 2012

Con decreto del Ministero dell'Interno dell' 8.5.2012, (pubblicato sulla G.U. - serie generale- n. 109 dell'11.5.2012) sono stati approvati i modelli dei certificati che le unioni di comuni hanno presentato nel corrente anno per la richiesta del contributo spettante per i servizi gestiti in forma associata. Al riguardo, lo Sportello delle Unioni ha elaborato le citate certificazioni, e calcolato come previsto dal decreto ministeriale 1° ottobre, n. 289, il contributo spettante alle unioni di comuni per l'anno 2012 visualizzabile su www.gazzettaamministrativa.it (Ministero dell'Interno, Dip. affari Interni e Territoriali, comunicato del 15.11.2012).

«..... GA.....»

REVISORI LEGALI: NESSUN CONTRIBUTO PER IL PASSAGGIO AUTOMATICO NEI NUOVI REGISTRI

I revisori legali ed i tirocinanti già iscritti, rispettivamente, nel Registro dei revisori contabili e nel registro del tirocinio transitano automaticamente nei nuovi registri e nessun contributo di iscrizione è richiesto a loro carico. La Ragioneria Generale dello Stato in considerazione delle eronee informazione fornite dalla stampa invitano, per qualsiasi adempimento, a far riferimento esclusivamente alle informazioni ufficiali fornite su proprio sito internet. (Ragioneria Generale dello Stato, comunicato del 9.11.2012).

«..... GA.....»

PAGAMENTI DELLA P.A.: FISSATO IN 30 GIORNI IL TERMINE PER PAGARE E PREVISTE MAGGIORAZIONI DEL TASSO DI INTERESSE IN CASO DI RITARDO

Il Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri per gli Affari Europei e della Giustizia ha approvato il d.lgs che recepisce la direttiva 2011/7/UE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprese, e tra pubbliche amministrazioni e imprese, attua la delega conferita al Governo con l'art. 10 della l. n. 180 del 2011 (Statuto delle imprese). Il Consiglio dei Ministri precisa che nonostante il termine per il recepimento della direttiva sia fissato al 16.3.2013, il Governo ha voluto provvedere ad una sua attuazione anticipata dal 1.1.2013. L'Italia si dota, così, in anticipo sui tempi europei di una più rigorosa disciplina per contrastare i ritardi di pagamento, in particolare per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni.

Sono così assicurati termini certi di pagamento: di norma trenta giorni, che non possono comunque superare i sessanta, consentiti solo in casi eccezionali. Il decreto prevede, altresì, una maggiorazione del tasso degli interessi legali moratori, che passa dal 7% all'8% in più rispetto al tasso fissato dalla BCE per le operazioni di rifinanziamento. Per quanto riguarda i rapporti tra imprese, il d.lgs dispone un regime rigoroso stabilendo che il termine di

pagamento legale sia di trenta giorni e che termini superiori a sessanta giorni possano essere previsti solo in casi particolari e in presenza di obiettive giustificazioni (Consiglio dei Ministri n. 52 ter del 31.10.2012).

«..... GA.....»

SPENDING REVIEW: RIDOTTI I TRASFERIMENTI ERARIALI AI COMUNI AI SENSI DELL'ART. 16 CO. 6 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'11.10.2012.1.

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.....»

REDAZIONALI

IL TRIBUTO “TARES” COME PREVISTO ED AGGIORNATO CON LA LEGGE DI STABILITÀ 2013

del Prof. Stefano Olivieri Pennesi

Lettura ed approfondimento della vigente normativa relativamente all'istituzione del tributo Tares sorto, quale regime unico in materia di rifiuti, dalle ceneri delle precedenti tassazioni riconducibili alla Tarsu e Tia ovvero inerenti la raccolta e smaltimento rifiuti e la tariffazione sui servizi comunali indivisibili.

Reading and deepening of the existing legislation on the establishment of the tax Tares arose, what rules only waste from the ashes of the previous taxation attributable to Tarsu and Tia or concerning the collection and disposal of municipal services and pricing indivisible.

Sommario: 1. Introduzione; 2. Trattazione; 3. Conclusioni; 4. Appendice.

1. Introduzione.

La tariffa Tares (tassa rifiuti e servizi) dal primo .1. 2013 sostituisce, incorporandole, le due imposte denominate Tarsu (tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani) e Tia (tariffa di igiene ambientale).

La Tares deve garantire, agli enti locali, un gettito finanziario adeguato a sostenere, integralmente, il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti. Altresì, parte della medesima tariffa, deve sostenere e finanziare, con una maggiorazione di 0,3 euro al metro quadrato, da applicarsi a tutti gli immobili, i servizi indivisibili garantiti dai comuni quali: l'illuminazione pubblica, la pulizia e manutenzione stradale, i servizi di polizia municipale, i servizi di anagrafe, ecc. detta maggiorazione della tariffa può, a discrezione dei comuni, elevarsi fino alla soglia di 0,4 euro al metro quadrato.

Problemi particolari, sulla variabilità discrezionale della tariffa, potrebbero sorgere per quelle amministrazioni locali che garantiscono il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti previa esternalizzazione dello stesso ricorrendo a società private ovvero a società collegate e/o partecipate dall'Ente stesso.

E' bene inizialmente fare presente la sostanziale differenza che esiste tra la tassa Tar-

su e la tariffa Tia, ciò è rappresentata principalmente per la misurazione del prelievo.

Ebbene, la tassa sui rifiuti, come vedremo in seguito, viene calcolata in base ai mq. degli spazi occupati dal contribuente, senza quindi che venga ad incidere il numero degli occupanti.

Per quanto riguarda invece l'applicazione della tariffa, la problematica è più articolata, poiché, la composizione del quantum, viene definito dalla presenza di una quota fissa ed una quota variabile.

La prima si giustifica dalla presenza di spese generali gravanti per l'organizzazione e predisposizione del servizio non interconnesse e modulabili in rapporto all'entità quantitativa della produzione di rifiuti.

Al riguardo citiamo come componenti del costo: l'impiantistica; il parco automezzi (compattatori, spazzatrici, cassonetti, ecc.); delle sedi logistiche; lo spazzamento generale indistinto delle strade, delle aree mercati, ecc.; le spese di amministrazione.

La quota variabile, sempre della tariffa, per sua natura deve necessariamente basarsi sull'entità della fruizione del servizio pubblico da parte dell'utente finale. Per tale ragione si è inteso genericamente fare una netta di-

stinzione tra utenze domestiche e quelle non domestiche.

Per il primo tipo i parametri individuati, per assolvere gli oneri da pagare, sono rappresentati dalla metratura degli immobili ad uso abitativo nonché dalla composizione del nucleo familiare.

Per il secondo tipo invece i parametri di riferimento sono, da una parte ancora la superficie dei locali destinati all'attività in parola, dall'altra ai fini di una contemperazione oggettiva, dalla media produttività di rifiuti per mq. distinto in base alla tipologia della macro attività produttive (ad esempio ristoranti-bar, laboratori manifatturieri, tipografie, servizi alla persona, officine meccaniche, ecc.).

2. Trattazione.

E' bene porre in evidenza come questo nuovo sistema di prelievo, istituito per tutti i comuni italiani, si caratterizzi come un "sistema duale".

Da una parte viene sostanzialmente il tributo per la componente impositiva riguardante strettamente i rifiuti, dall'altra parte si prevede una sorta di maggiorazione, con caratteristica di imposta, per garantire la copertura dei costi relativi ai "servizi indivisibili" come sopra accennato e gravati di particolare onerosità per: illuminazione, manutenzioni generali, servizi di polizia municipale, servizi di manutenzione del verde, ecc.

Così come previsto per le *ex* Tarsu e Tia alla base della assoggettabilità dell'imposizione Tares sui locali posseduti, occupati o detenuti per qualsiasi titolo, ovvero aree scoperte adibite per qualsivoglia uso, per il quale vengono effettivamente prodotti rifiuti urbani, la suddetta tassa dovrà necessariamente garantire la copertura al 100% del costo reale del servizio, sostenuto dalle municipalità che ad oggi, di contro, vengono coperti con un range di gettito che va dall'80% al 90% circa dell'effettivo onere.

La legge di stabilità 2013, ovvero l. 24.12.2012, n. 228, con l'art. 1 co. 387 ha stabilito che il termine di pagamento della prima rata viene posticipato al mese di aprile 2013 ferma restando la possibilità, per il comune, di procrastinare ulteriormente tale termine.

L'importo delle quattro rate trimestrali, anch'esso soggetto ad eventuali variazioni adottate da parte dei comuni, nelle scadenze e nel numero, e quindi l'entità degli acconti, verrà commisurata all'importo versato nell'anno precedente a titolo di Tarsu e Tia conguagliato elusivamente con l'ultima rata dovuta.

In una prima fase, la Tares pertanto si baserà sulle superfici dichiarate già per Tarsu e Tia. La Tares avrà quindi quale base imponibile l'80% della superficie catastale dell'immobile.

Risulta di tutta evidenza quanto sarà necessario lo svolgersi delle attività inerenti il concreto sviluppo di interazioni tra catasto ed enti locali quali amministrazioni necessariamente dialoganti.

Come sopra detto, quindi, alla vera e propria tassazione connessa al servizio gestione raccolta e smaltimento rifiuti urbani e assimilati, dovrà aggiungersi un incremento di 30/40 centesimi al metro quadro necessario per sostenere i costi dei sopramenzionati "servizi indivisibili".

Il prelievo conseguente all'applicazione del tributo Tares trova la medesima "ratio" con la quale si sono rette le modalità applicative sui precedenti regimi di prelievo per Tarsu e Tia. Ma il presupposto per il quale il neonato tributo vedrà effettivamente esplicitarsi le sue complete implicazioni sarà strettamente legato alla piena attuazione delle procedure di "revisione del catasto" quale rivoluzione copernicana che vedrà tutte le municipalità del nostro Paese fortemente impegnate, anche alla luce delle necessarie regole di equità da applicarsi sui patrimoni immobiliari dei cittadini che vengono chiamati alla contribuzione per la fiscalità generale, previa piena osservanza delle regole di equità.

Giova quindi fare l'opportuno rinvio anche alle ricadute che l'aggiornamento dei valori catastali produrranno relativamente al prelievo conseguente per la dovuta Imu, Imposta municipale unica.

La Tares comunque si discosta sostanzialmente dalla Tarsu e Tia per alcuni aspetti sostanziali. In primo luogo per quanto riguarda l'opportunità offerta ai comuni derogando il d.lgs. n.446/97 di affidare la concreta "ge-

stione” del tributo ai soggetti che svolgono fattivamente il servizio di accertamento e riscossione della soppressa Tarsu.

Sempre derogando al sopra citato d.lgs. n. 446/97 viene asseverata la questione inerente il concreto versamento del tributo e della pertinente maggiorazione a favore esclusivamente dei comuni mediante modelli F24, ovvero apposito bollettino di conto corrente postale all'uopo predisposto.

Con uno o più decreti emessi dal direttore generale del Dipartimento finanze del Mef di concerto con il direttore dell'Agenzia delle Entrate e sentita l'Anci, sono stabilite modalità di versamento garantendo la massima semplificazione degli adempimenti da parte dei contribuenti.

L'altra variazione dello status quo riguarda la riconducibilità dell'obbligo di assolvimento, in capo al proprietario dell'immobile, per gli utilizzi temporanei inferiori ai sei mesi.

Ciò indubbiamente produrrà per i comuni degli effetti sul mercato delle locazioni per gli utilizzi stagionali di carattere commerciale, artigianale, agricolo, ma anche abitativi poiché il tributo, come detto, verterà non più sui conduttori pro quota, ma integralmente sui proprietari.

Infine, altro aspetto modificativo, rispetto al passato, è rappresentato dal contenuto delle dichiarazioni ai fini Tares delle unità immobiliari che deve obbligatoriamente contenere oltre i consueti elementi informativi anagrafici delle persone fisiche o giuridiche, altresì i dati catastali identificativi dell'immobile: indirizzo completo di via numero civico, interno, ma anche dati catastali dell'immobile, foglio, particella, subalterno; pertanto l'eventuale dichiarazione incompleta può essere considerata nulla e quindi sanzionata.

Come sopra accennato il co. 387 art. 1 della legge di stabilità 2013 ha apportato modifiche ad alcuni aspetti rilevanti della l. n. 214/2011 che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 201/2011, ci riferiamo quindi a come è stato cambiato il co. 9 dell'art. 14.

La tariffa Tares viene commisurata fattivamente alle quantità e qualità media di rifiuti prodotti per unità di superficie conseguentemente agli usi e alle fattispecie di attività svolte, seguendo i criteri sanciti dal d.P.R.

n.158/1999 la superficie da considerarsi, delle unità immobiliari iscritte al catasto edilizio urbano, da assoggettarsi al tributo, è rappresentata dalla parte definita “calpestabile”.

Per quanto attiene l'attività di accertamento, il comune, relativamente alle unità immobiliari con destinazione ordinaria iscritte, ovvero iscrivibili al catasto edilizio urbano, ha facoltà di considerare come superficie assoggettabile al tributo l'80% della superficie catastale totale.

Al riguardo svolgerà un ruolo il direttore dell'Agenzia del Territorio che adotterà un provvedimento a seguito di audizione con la conferenza Stato-Città e autonomie locali e con l'Anci per stabilire le procedure di intercambio dei dati tra l'Agenzia stessa e i comuni.

Per le altre tipologie di unità immobiliari, diverse da quelle abitative ordinarie, la superficie assoggettabile al tributo rimane quella calpestabile.

Sempre il summenzionato co. 387 della l. di stabilità 2013, da ultimo approvata, ha introdotto, con il co. 9 *bis* del citato art. 14 del d.l. n. 201/2011, ulteriori elementi di notevole rilevanza per il funzionamento del nuovo catasto.

Infatti ha previsto nell'ottica di una maggiore e migliore cooperazione tra Agenzia del Territorio e comuni ai fini della “*revisione del catasto*” l'attivazione concreta di procedure atte a produrre l'allineamento tra i dati catastali riguardanti le unità immobiliari a destinazione ordinaria e i dati inerenti la toponomastica e la numerazione civica interna ed esterna di ciascun comune, questo con il fine di pervenire alla più puntuale determinazione della superficie assoggettabile al tributo determinata con i criteri dettati dal regolamento di cui al d.P.R. n.138/1998.

Obbligo quindi dei comuni sarà la comunicazione ai contribuenti delle nuove superfici imponibili individuate dalle amministrazioni, comunicazioni che potranno avvenire previo ricorso alle nuove tecnologie telematiche.

Questo nuovo regime di tassazione denominato Tarsu pone in capo alle amministrazioni comunali una serie di obblighi ed adempimenti che dovranno indubitabilmente

scaturire in una reingegnerizzazione delle strutture e servizi amministrativi.

In primo luogo la necessità di implementare l'attività necessaria per permettere il fasamento della propria banca dati catastale con quella detenuta dall'Agenzia del territorio, al fine primario di scongiurare possibili controversie e contenziosi con i propri contribuenti, prevedendo, al riguardo, un servizio ad hoc strutturato con a capo un dirigente responsabile ovvero funzionario cui attribuire poteri specifici in materia.

Ancora un aspetto funzionale, da non trascurare, è la predisposizione e conseguente adozione di uno specifico regolamento comunale per disciplinare compiutamente ed esaurientemente l'applicazione del tributo.

Per puro esempio citiamo la declaratoria delle riduzioni tariffarie ed esenzioni che si intendono prevedere, le tipologie di attività industriali, artigianali, commerciali, agricole, e la loro diversa attitudine a produrre rifiuti speciali anche nella loro quantità ed ubicazione, la conseguente loro classificazione e rubricazione.

Sempre nell'ottica di una amministrazione locale orientata ai bisogni della propria comunità, per una maggiore trasparenza e finalizzazione della fiscalità collettiva, a fronte di una approvazione e definizione della tassazione per i servizi resi, sarebbe consigliabile la predisposizione da parte degli uffici finanziari dei comuni di un piano economico-finanziario con il quale definire si i costi che i ricavi scaturenti dal ciclo gestione rifiuti del proprio territorio partendo dalle risorse economiche necessarie per garantire gli impianti, attrezzature, parco macchine e risorse umane.

L'aumento della tassa/tariffa Tares tendente all'efficientamento e contenimento dei costi del servizio, da parte delle società molte volte pubbliche o a partecipazione pubblica, e che garantiscono il servizio, diventa aspetto fondamentale relativamente alle conseguenti ricadute sui cittadini.

3. Conclusioni.

La Tares, ovvero il nuovo tributo comunale relativo alla gestione dei rifiuti, contemplato dall'art. 14 co. 1 del d.l. n. 201/2011 convertito dalla l. n. 214/2011 è stato pensato dal

Legislatore fondamentalmente al fine di uniformare e razionalizzare una disforme coesistenza di forme di prelievo relative ai servizi di natura ambientale in materia di rifiuti, attuate dagli enti locali.

Difatti la maggioranza dei comuni negli ultimi anni, ha previsto il regime della Tarsu; altri comuni, viceversa, hanno mantenuto la tariffa d'igiene ambientale Tia1 introdotta dall'art. 49 del d.lgs. del 1997. Altresì alcuni comuni hanno istituito discrezionalmente la tariffa integrale ambientale Tia2 prevista dal codice ambientale ossia dall'art. 238 del d.lgs. n. 152/2006.

La Tares, quindi, vede la sua ragion d'essere nel dover omogeneizzare, in un regime unico in materia di rifiuti, sostituendoli, i suddetti prelievi con lo scopo anche di superare alcune incongruenze quali ad esempio l'applicazione dell'Iva sulla tariffa d'igiene ambientale Tia1 nonché quelle di prevedere che il nuovo tributo venga istituito pedissequamente in "tutti" i comuni del territorio nazionale.

La norma istitutiva della Tares consente agli enti locali di far gestire la stessa, opzionalmente, anche alle aziende all'uopo costitutesi, garantendosi però al contempo i flussi finanziari in entrata da iscriverne tra le poste attive sul bilancio della municipalità.

Ne consegue che i comuni rispettivamente a tali entrate avranno da un lato, l'onere per le uscite di cassa per il pagamento delle fatture emesse dalle società *in house* che *out house* per i servizi resi, dall'altro lato si avranno dei benefici relativamente alle mancate uscite per investimenti tali da incidere sul miglior andamento del saldo finalizzato al rispetto del patto di stabilità interno.

La tariffa viene commisurata alla quantità e qualità media ordinaria di rifiuti prodotti per unità di superficie in relazione agli usi e tipologie di attività svolte, si sostanzierà quindi per le utenze domestiche in base al numero degli occupanti e sulla superficie calpestabile, mentre per le utenze non domestiche in base alla sola superficie calpestabile.

4. Appendice.

Nomenclatore terminologico della macrovoce tributaria "Tributo".

Declinazione in: tassa - tariffa - imposta.

La Tassa può definirsi un tributo versato da ogni cittadino, in relazione al beneficio sottostante, relativo alla prestazione di un servizio pubblico reso.

Ha il carattere di una prestazione pecuniaria coattiva definita centralmente dallo Stato tenendo conto della propria potestà legiferativa che può esplicitarsi in leggi, decreti legislativi e decreti legge.

In sostanza si può rappresentare come una prestazione patrimoniale dovuta, in relazione al beneficio goduto, per l'ottenimento di un servizio svolto dalla P.A. su esplicita richiesta del soggetto contribuente.

A puro titolo esemplificativo possiamo appunto menzionare: la tassa di occupazione del suolo pubblico, la tassa scolastica annuale, la tassa sulle concessioni governative, e appunto, parimenti, la tassa per la raccolta dei rifiuti. La tariffa, di contro, si differenzia in quanto è riconducibile ad un importo dovuto e corrisposto dal cittadino-utente in virtù del godimento di determinati servizi pubblici ad esempio: i servizi telefonici e postali, le forniture di utenze elettriche, idriche, combustibili, il trasporto ferroviario. In tale contesto pertanto ci si trova innanzi ad un sostanziale corrispettivo cui assoggettarsi in forza di un rapporto contrattuale, avente comunque dei pa-

rametri di riferimento individuati periodicamente dalle pertinenti Authority indipendenti.

L'imposta, invero, trova la sua esplicazione nel fatto che viene a sostanziarsi in virtù di un non sinallagma tra lo svolgimento di una prestazione dell'amministrazione/Ente pubblico di una determinata attività ovvero servizio, ed il suo teorico beneficiario.

Più precisamente, per meglio chiarire, portiamo ad esempio l'attività di sostituto d'imposta eseguito dall'azienda x dalla quale dipendono operai, impiegati, dirigenti che svolgono la loro attività lavorativa a beneficio del loro datore di lavoro. Tali soggetti, in qualità di prestatori di lavoro, pongono in essere il presupposto per il sostanziarsi dell'imposta dovuta per la produzione di reddito da parte di persone fisiche (denominata Irpef).

Similarmente, il medesimo imprenditore titolare della sopra citata azienda x, proprio in virtù dello svolgimento dell'attività produttiva, pone in essere il presupposto dell'obbligazione all'imposta per la sua impresa (denominata Irap).

Ambedue queste fattispecie danno vita alla cosiddetta imposta che ribadiamo si caratterizza dall'assenza di relazioni per prestazioni patrimoniali dovute dal cittadino in presenza di un bene o servizio pubblico reso dalla P.A..

«.....GA.....»

IL FENOMENO DEI DEBITI FUORI BILANCIO QUALE COMPONENTE FONDAMENTALE NELLA REGOLAMEN- TAZIONE DEL CONTROLLO DI REGOLARITÀ AMMINI- STRATIVA E CONTABILE PREVISTA DAL D.L. N. 174/2012

della Dott.ssa Eugenia Materia

Nei regolamenti sul controllo di regolarità amministrativa e contabile che hanno fatto seguito al d. l. n. 174/2012, non si fa menzione dei debiti fuori bilancio

In the regulations on the control of administrative and accounting regularity that followed the d. l. n. 174/2012, there is no mention of off-balance sheet liabilities

Sommario: 1. Premessa. 2. Il confine tra legittimità ed illegittimità. 3. L'obbligo di gestire, in ogni caso, il procedimento mediante deliberazione consiliare. 4. La validità del procedimento. 5. L'anticipo di pagamento da parte dell'ente. 6. La disciplina generale delle competenze. 7. La disciplina specifica.

1.Premessa.

In numerosi regolamenti sul controllo di regolarità amministrativa e contabile che hanno fatto seguito al d. l. n. 174/2012, non si fa menzione dei debiti fuori bilancio, sebbene le fasi procedurali che si rendono necessarie dopo la loro eventuale insorgenza siano parti fondamentali della materia, che necessita pertanto di essere integrata.

2. Il confine tra legittimità ed illegittimità.

L'art. 194 del TUEL disciplina le fattispecie di debito fuori bilancio di cui il Consiglio comunale può autorizzare il pagamento riconoscendone la legittimità, la quale è naturalmente legata all'esistenza di circostanze di fatto o di diritto che rendano giustificata l'insorgenza dell'obbligazione.

In materia, ad esempio, di acquisizione di beni o servizi, utilità e arricchimento sono condizioni necessarie ma non sufficienti a che il relativo debito fuori bilancio possa essere qualificato legittimo. Occorre infatti che il mancato ricorso alle ordinarie procedure di spesa sia giustificato da oggettive ragioni contingenti, essendoci in caso contrario de-

viazione dell'andamento gestionale dai principi dell'attività amministrativa¹.

Se ricorrono utilità ed arricchimento, tale deviazione - che costituisce la motivazione della deliberazione che dà atto dell'illegittimità del debito - non può comportare che il bene o servizio sia privatamente acquisito dal soggetto responsabile; se invece non ricorrono, esiste questa possibilità, ovviamente nei limiti in cui è nel concreto applicabile, con l'aggiunta che, a differenza del caso precedente, l'invio della deliberazione alla Procura regionale della Corte dei conti (art. 23, co. 5, della l. n. 289/2002) potrà essere seguito da avvio di azione di responsabilità amministrativa.

In via schematica, i percorsi procedurali di entrambe le ipotesi devono essere regolamentati sul piano dei controlli preventivi e consuntivi di regolarità amministrativa e contabile, vale a dire sul piano delle responsabilità e degli obblighi dell'ente per i vincoli (organizzativi, gestionali, di vigilanza) che sono stati disattesi e per le conseguenti azioni correttive.

¹ Si veda circolare Mef n. 7/2008.

Analogamente, in caso di disavanzi dovuti a errate impostazioni gestionali, il ripiano della perdita non potrà essere posto dall'ente sui soggetti eventualmente riconosciuti responsabili e la deliberazione che dichiara illegittimo il debito contiene, per le sue obbligatorie motivazioni, tutte le informazioni tecniche che sono necessarie per l'eventuale azione di responsabilità amministrativa da parte della magistratura contabile.

Ulteriore ipotesi è quella dei debiti fuori bilancio per spese legali conseguenti a procedimenti giudiziari sorti a causa di atti o comportamenti posti in essere con colpa grave o irrazionalmente.

Per la colpa grave, un esempio può essere quello di contenziosi causati da mancati pagamenti dovuti ai limiti del patto di stabilità, se si considera che il rispetto della programmazione che sta alla base del saldo programmatico non permette ciò, se non ci sono atti o fatti che antepongano l'interesse pubblico specifico a quello generico.

Invero, determinati atti o fatti possono dar luogo a valutazioni, da parte degli organi interni competenti, che, non essendo arbitrarie (per ragionevoli motivazioni in relazione al momento dell'attività amministrativa, al fine perseguito, ai vantaggi conseguiti), rispettano la nozione di discrezionalità, collocando così quegli atti e fatti (quindi le cause di insorgenza del debito) nell'alveo della insindacabilità prevista dall'art. 1 della l. n. 20/1994, con il risultato che, in casi del genere, le motivazioni del debito possono fare emergere la legittimità dello stesso, senza con ciò nulla togliere, come già detto, alle eventuali responsabilità comunque esistenti in ordine ai compiti dell'ente in termini di organizzazione, di gestione, di vigilanza.

Le spese legali, in questo caso, pur non determinando utilità o arricchimento, derivano da cause del debito che, essendo legittime, creano quella naturale inscindibilità che pone automaticamente tali spese a carico dell'ente.

È infatti sempre fuori discussione la legittimità invece dell'obbligazione principale, essendo quest'ultima un preesistente atto dovuto da parte dell'ente.

Se, al contrario, le cause che hanno determinato il contenzioso sono ingiustificate, la

conseguente illegittimità delle obbligazioni correlate (le spese legali) separa queste ultime dall'obbligazione principale, ponendole a carico del soggetto responsabile (basti pensare all'ipotesi di perdurante silenzio di fronte a legittime richieste di pagamento, vale a dire alla mancata motivazione del perché l'ente non stia adempiendo a propri obblighi).

L'ipotesi di cui alla lett. e) dell'art. 194 del T.U.E.L. è quindi (anche in funzione dell'esistenza, solo in essa, dei concetti di utilità e di arricchimento) molto diversa da tutte le altre, ma in generale, la formazione di un debito fuori bilancio, legittimo o illegittimo che sia, è quasi sempre il risultato di percorsi gestionali irregolari, che, ricadendo nelle dinamiche dei controlli interni, devono essere valutati e corretti col supporto di idonea disciplina regolamentare.

Comunque, in qualsiasi caso, il soggetto che ha causato il debito non può essere riconosciuto responsabile senza previa comunicazione di avvio di procedimento, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990.

3.L'obbligo di gestire, in ogni caso, il procedimento mediante deliberazione consiliare.

Decorso il termine assegnato con la comunicazione di avvio del procedimento e conclusa l'istruttoria, l'ente procederà con deliberazione consiliare anche in caso di debito fuori bilancio illegittimo che venga rimesso a carico del responsabile, essendo il Consiglio comunale l'organo di controllo amministrativo e ferma comunque restando l'onerosità per l'ente (a sua volta assai rilevante sul piano dei controlli interni) legata al costo del personale e alla gestione delle risorse.

I debiti fuori bilancio illegittimi, infatti, anche quando debbano essere rimessi a carico dei responsabili, sono pur sempre conseguenti ad atti o fatti sorti nell'ente e in nome dell'ente.

Dovendo quindi essere adottati, per il futuro, i necessari provvedimenti correttivi in ordine alle relative cause strutturali o di differente anomalia, non è possibile sottrarre la conoscenza di quei fatti o atti al Consiglio e all'Organo di revisione.

Come già detto, il procedimento di gestione dei debiti fuori bilancio ritenuti illegittimi

non può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento da inviare a chi ha causato il debito. Con essa viene assegnato un termine regolamentare entro cui opporre eventuali rilievi, i quali saranno poi vagliati ai fini del riscontro o meno di illegittimità che sarà oggetto della proposta di deliberazione, proposta che, ai sensi dell'art. 49, co. 4, del T.U.E.L., il Consiglio comunale potrà, nel deliberare, respingere o modificare solo con motivazione.

La ratio di tale disposizione risiede nelle regole di disciplina del procedimento amministrativo, in base alle quali la deliberazione non consistente in atto di mero indirizzo è un provvedimento di cui la proposta di deliberazione, essendo obbligatoria, è parte integrante. Conseguendone l'inscindibilità delle due fasi del procedimento, l'eventuale mancata motivazione di una deliberazione difforme rispetto alla relativa proposta determinerebbe illegittimità per violazione anzitutto della norma generale (dell'art. 3 della l. n. 241/1990).

4. La validità del procedimento.

In conclusione, le fasi necessarie per la validità del procedimento sono: fase dell'istruttoria, fase decisoria, fase integrativa dell'efficacia.

La prima si conclude con la proposta di deliberazione (l'obbligatorio atto amministrativo non costituente provvedimento). La seconda è costituita dalla deliberazione consiliare e la terza consiste nella notifica dell'atto approvato al soggetto eventualmente riconosciuto responsabile, il quale potrà, da quel momento ed entro i relativi termini, agire per via amministrativa o giurisdizionale, rispettivamente mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o ricorso al TAR.

5. L'anticipo di pagamento da parte dell'ente.

Sempre per via regolamentare, bisogna prevedere che venga anticipato dall'ente il pagamento eventualmente posto, con deliberazione, sul responsabile del debito fuori bilancio.

La problematica ha infatti valenza generale e formale, considerato che il creditore, se dovrà poi recuperare coattivamente il credito,

subirà una penalizzazione alla quale l'ente non è estraneo per il fatto di aver approvato quella deliberazione.

In altre parole, l'interesse e il dovere dell'ente di porre l'obbligazione illegittima formalmente a carico del responsabile nulla toglie al contestuale obbligo di attivare il massimo contemperamento possibile tra l'interesse pubblico e quello dei soggetti che sono titolari di crediti derivanti da obbligazioni che vennero assunte illegittimamente, ma pur sempre in nome dell'ente.

Il creditore è quindi portatore di un interesse legittimo, il quale, in ipotesi di mancata anticipazione del pagamento, verrebbe leso per violazione del principio del massimo contemperamento, all'interno del procedimento, tra interessi pubblici ed interessi privati.

Tradotto nel merito, ciò significa che, essendo la possibilità (per il debitore o per il creditore) di citare in giudizio l'ente (per mancato pagamento) del tutto separata dalla gestione, corretta o scorretta, del concluso procedimento, la deliberazione che, attestando l'illegittimità del debito, pone lo stesso a carico del soggetto responsabile, non rende estraneo l'ente all'eventuale successiva fase del contenzioso, con il risultato che l'ente non può avere alcun teorico interesse a non salvaguardare a priori (vale a dire mediante regolamento che stabilisca l'anticipo del pagamento) i rapporti con il contesto esterno che concorre al suo buon funzionamento.

Per evitare tuttavia l'uso elusivo di tale previsione regolamentare, occorre inserire nella stessa la specificazione degli eventuali obblighi di recupero coattivo.

Certo, sono obblighi del tutto automatici, ma è pur vero che, in via principale, la materia da regolamentare non è quella dei debiti fuori bilancio, ma quella del controllo di regolarità amministrativa e contabile, e necessita, in quanto tale, di questa esplicitazione.

6. La disciplina generale delle competenze.

Essendo evidente che il procedimento che conduce alla deliberazione che riconosce la legittimità del debito fuori bilancio (o che ne attesta l'illegittimità) implica attività di giudizio e di conoscenza, è esclusa, ai sensi dell'art. 107, co. 3, lett. h, del T.U.E.L. (ap-

plicabile ai comuni privi di dirigenza, ai sensi del successivo art. 109), la possibilità che il Consiglio comunale possa deliberare autonomamente, quindi senza previa proposta del competente organo tecnico, accompagnata dal parere di cui all'art. 49.

Più precisamente, non essendo un'attività del genere di indirizzo, l'eventuale deliberazione adottata senza che ci sia proposta determinerebbe un atto nullo in quanto non previsto dall'ordinamento.

Anche una deliberazione adottata dal Consiglio accogliendo, respingendo o modificando la proposta di deliberazione dell'organo non tecnico (di un assessore, ad esempio), sarebbe un atto nullo, derivando tale nullità dall'inesistenza all'interno dell'ordinamento della possibilità che le proposte di deliberazione aventi contenuto valutativo possano provenire da organi diversi da quelli individuati dall'art. 107, vista l'inderogabilità richiamata dal co. 4. È quindi inesistente, nell'ente locale, l'istituto del parere negativo, essendo la funzione del responsabile di servizio, nei confronti dell'organo deliberante, non consultiva, ma propositiva.

Data, infatti, la netta separazione tra funzioni tecniche e funzioni politiche, la valenza della deliberazione che non sia di mero indirizzo è, in via generale, solo formalmente decisionale (se la proposta del responsabile di servizio viene accolta), ovvero, in via eccezionale, formalmente e sostanzialmente decisionale, se la proposta non viene in tutto o in parte accolta, pur, come già detto, con obbligo per l'organo politico di motivare l'automatico discostamento dal parere in essa contenuto. La precisazione in questione è nel concreto necessaria, vista la reale diffusione di prassi non conformi all'inesistenza, nell'ente locale, dell'istituto del parere negativo, che per questo sarebbe eventualmente una componente regolamentare invalida. È implicito che l'inesistenza del parere negativo deve essere intesa solo con riferimento all'organo che propone l'atto (quindi alla valutazione di regolarità tecnica o alla congiunta valutazione di regolarità tecnico/contabile),

potendo ovviamente l'eventuale separato parere di regolarità contabile essere negativo.

7.La disciplina specifica.

Il procedimento che consegue all'insorgenza di un debito fuori bilancio non può, come invece spesso avviene, essere gestito dagli stessi uffici di riferimento.

Un'impostazione del genere non consente di collocare razionalmente la gestione del procedimento nell'ambito del controllo di regolarità amministrativa e contabile, essendo al contrario, già sul piano formale, potenzialmente elusiva dello stesso, a causa di un possibile conflitto di interessi che è in contrasto con i principi di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, derivando dai contenuti discrezionali delle relazioni contenute nelle proposte di deliberazione, le quali possono di fatto divenire strumenti di giustificativa o attenuativa descrizione dei fatti e delle circostanze da valutare.

Nei comuni minori quindi, non essendoci, di regola, uffici o nuclei appositamente addetti alla funzione di controllo, quest'ultima compete certamente al segretario comunale e il regolamento deve individuare le figure tecniche alternative nei casi in cui possa esserci conflitto di interessi tra procedimento da istituire e titolarità dello stesso in capo al segretario. La problematica ovviamente non sussiste per i casi in cui la gestione del procedimento, essendo automaticamente e direttamente vincolata alla normativa, non determini margini di discrezionalità ai fini della valutazione di legittimità o di illegittimità del debito.

Pertanto, nei casi in cui l'assetto organizzativo richieda che tali procedimenti debbano essere gestiti dagli stessi uffici che hanno posto in essere il debito, ciò troverà riscontro negli atti di attribuzione di compiti e funzioni, per cui il regolamento sulla regolarità amministrativa e contabile disciplinerà solo i connessi aspetti che sono rilevanti per l'attività di controllo-supporto.

LA CORTE COSTITUZIONALE E IL PRINCIPIO DELL'EQUILIBRIO DI BILANCIO NELLA LEGISLAZIONE REGIONALE (COMMENTO ALLE SENTENZE N. 70 E 115 DEL 2012)

del dott. Diego De Magistris

La Corte Costituzionale interviene sul tema attuale dell'equilibrio di bilancio e dell'applicazione dell'art. 81 della Costituzione nella legislazione regionale, anticipando gli effetti della riforma prevista dalla l. cost. n. 1 del 20.4.2012.

The Constitutional Court interprets the principle of the budget balance and the application of article 81 of the Constitution in the regional legislation, anticipating the effects of the reform implemented by the constitutional law n. 1 of 20 April 2012.

Sommario: 1. Premessa. 2. Equilibrio di bilancio ed applicazione dell'art. 81 della Costituzione nella legislazione regionale.

1. Premessa.

La Corte Costituzionale, con le due sentenze n. 70/2012 e n. 115/2012, ritorna sul tema molto attuale, anche alla luce della recente riforma costituzionale adottata con la l. cost. n. 1 del 20.4.2012, dell'equilibrio di bilancio e dell'applicazione dell'art. 81 della Costituzione nella legislazione regionale.

Nella sentenza n. 70 la Corte interviene su alcuni articoli della l. della Regione Campania n. 5 del 15.3.2011, con la quale viene approvato il bilancio di previsione regionale per l'esercizio 2011 e per il triennio 2011-2013, che autorizzano l'iscrizione di taluni stanziamenti la cui copertura finanziaria si realizza attraverso l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente. I giudici costituzionali, censurando la predetta norma, affermano con chiarezza il principio secondo cui *“non è conforme ai precetti dell'art. 81, quarto co., della Costituzione realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non accertato e verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio precedente”*.

2. Equilibrio di bilancio ed applicazione dell'art. 81 della Costituzione nella legisla-

zione regionale.

Il principio trova, peraltro, concreta applicazione sia nella legislazione regionale che in quella nazionale. L'art. 44, coo. 2 e 3 della l. regionale n. 7 del 2002, stabilisce, infatti, che il risultato di amministrazione è accertato con l'approvazione del rendiconto, può consistere in un avanzo o in un disavanzo di amministrazione, ed è pari al fondo di cassa aumentato dei residui attivi e diminuito dei residui passivi. Infine, la suddetta normativa prevede espressamente che l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione può avvenire soltanto quando ne sia dimostrata l'effettiva disponibilità con l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente. Analoga norma è presente anche nella legislazione nazionale, in particolare all'art. 187, co.3, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), il quale stabilisce che nel corso dell'esercizio al bilancio di previsione può essere imputato, con apposita delibera di variazione, l'avanzo di amministrazione presunto derivante dall'esercizio immediatamente precedente e che l'attivazione delle spese può avvenire solo dopo l'approvazione del conto consuntivo dell'esercizio precedente, con eccezione dei fondi, contenuti nell'avanzo, aventi specifica destinazione e derivanti da accantonamenti effettuati con l'ultimo consun-

tivo approvato, i quali possono essere immediatamente attivati.

È bene ricordare che l'avanzo di amministrazione costituisce solo una specie della più ampia categoria del risultato di amministrazione, il quale - per effetto della somma algebrica tra residui attivi, passivi e fondo di cassa - può avere quale esito l'avanzo, il disavanzo o il pareggio. Il risultato, non ancora riconosciuto attraverso l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente, viene, infatti, denominato, secondo la prassi contabile, "risultato presunto" e consiste, pertanto, in una stima provvisoria, priva di valore giuridico ai fini delle corrispondenti autorizzazioni di spesa.

Nessuna spesa può, quindi, essere iscritta in poste di bilancio correlate ad un avanzo presunto, se non quella finanziata da fondi vincolati e regolarmente stanziati nell'esercizio precedente.

Il risultato di amministrazione presunto, che a sua volta può concretarsi nella stima di un avanzo, di un pareggio o di un disavanzo, consiste in una previsione ragionevole e prudente, formulata in base alla chiusura dei conti intervenuta al 31 dicembre, del definitivo esito contabile, il quale sarà stabilizzato solo in sede di approvazione del rendiconto.

Il suo ausilio in sede di impianto e gestione del bilancio di previsione - in termini pratici esso viene iscritto solo in corso di gestione, perché il termine per l'approvazione del bilancio di previsione è antecedente a quello di chiusura dell'esercizio precedente; tuttavia, è frequente, a seguito delle proroghe concesse dalla legge, che il bilancio di previsione venga approvato dopo il consuntivo dell'esercizio precedente - è soprattutto quello di ripristinare tempestivamente gli equilibri di bilancio nel caso di disavanzo presunto, attraverso l'applicazione del pertinente valore negativo al bilancio in corso ed il prudentiale correlato accantonamento di risorse indispensabili nel caso in cui il rendiconto palesi successivamente, ad esercizio inoltrato, un risultato negativo certo e più difficile da correggere nel residuo arco temporale annuale a disposizione.

In buona sostanza, mentre la corretta pratica contabile prescrive un atteggiamento tem-

pestivo e prudentiale nei confronti del disavanzo presunto, il legislatore vieta tassativamente l'utilizzazione dell'avanzo presunto per costruire gli equilibri del bilancio, in quanto entità economica di incerta realizzazione e, per ciò stesso, produttiva di rischi per la sana gestione finanziaria dell'ente pubblico.

Nella sentenza in esame la Corte, però, tiene a sottolineare che anche se la regola violata dalla Regione nel caso di specie non fosse codificata nella pertinente legislazione di settore, l'obbligo di copertura avrebbe dovuto essere osservato, attraverso la previa verifica di disponibilità delle risorse impiegate, per assicurare il tendenziale equilibrio tra entrate ed uscite, rilanciando, pertanto, l'attuazione rigorosa del principio dell'equilibrio di bilancio contenuto nell'art. 81, co. 4, cost. (sentenze n. 106 del 2011, n. 68 del 2011, n. 141 e n. 100 del 2010, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966).

Nell'ordinamento finanziario delle amministrazioni pubbliche i principi del pareggio e dell'equilibrio tendenziale fissati nell'art. 81, co. 4, della costituzione si realizzano, attraverso due regole, una statica e l'altra dinamica: la prima consiste nella parificazione delle previsioni di entrata e spesa; la seconda, fondata sul carattere autorizzatorio del bilancio preventivo, non consente di superare in corso di esercizio gli stanziamenti dallo stesso consentiti. La loro combinazione, segnala la Corte, protegge l'equilibrio tendenziale in corso di esercizio a condizione che le pertinenti risorse correlate siano effettive e congruenti.

Viene, infine, ribadito, che il principio dell'equilibrio di bilancio contenuto nell'art. 81, co. 4, ha forza espansiva anche nei confronti delle fonti di spesa di carattere pluriennale.

In definitiva la Corte, sceglie di estendere pacificamente l'obbligo costituzionale di copertura alla l. regionale di bilancio¹, atteso

¹ Ci si sarebbe forse potuti attendere ulteriori motivazioni da parte del Giudice delle leggi per un passaggio particolarmente significativo della pronuncia, specie alla luce delle precedenti dichiarazioni di incostituzionalità di leggi regionali per mancato rispetto dell'obbligo di copertura. Infatti, queste ultime, pur essendo comunque espressione di un'interpretazione estensiva e

che, nelle ricostruzioni prevalenti in dottrina, pur nelle diverse declinazioni, posto il superamento della tesi della l. di bilancio come l. meramente formale², si tratta comunque dell'unica legge non espressamente soggetta all'obbligo di copertura³.

Nella sentenza n. 115/2012, la Corte costituzionale ritorna ancora una volta sul tema dell'equilibrio di bilancio, nell'ambito del giudizio sugli artt. 4, 5, 10 e 15 della l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 10/2011⁴, ribadendo,

rigorosa del vincolo, non hanno mai avuto ad oggetto leggi regionali di bilancio, ma soltanto leggi regionali di spesa, o, comunque, di natura diversa dal bilancio. Al riguardo si veda G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in Rivista dell'Associazione italiana costituzionalisti, n. 3/2012.

² N. LUPPO, Art. 81, in Commentario alla Costituzione, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. II, Torino, Utet, 2006.

³ V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969; A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, Giuffrè, 1985, Id., *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁴ Le norme oggetto del ricorso sono gli artt. 4, 5, 10 e 15 della l. r. Friuli-Venezia Giulia n. 10/2011 recante «Interventi per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore», che disciplina gli interventi di competenza regionale in attuazione della l. n. 38/2010 rubricata «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore». In particolare la Corte si sofferma sull'art. 15 che detta le disposizioni finanziarie, prescrivendo che gli eventuali oneri derivanti dal disposto delle tre norme su citate (relative alle campagne di informazione per la cura del dolore, l'istituzione di una unità di coordinamento regionale e l'adozione di specifici piani e programmi di intervento), facciano carico a unità di bilancio dello stato di previsione della spesa del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 e del bilancio per l'anno 2011. La prima censura che accomuna tali disposizioni è che le attività da esse previste sarebbero suscettibili di determinare «eventuali oneri» a carico del bilancio regionale (art. 15), e ciò contrasterebbe con la previsione dell'art. 5 della disciplina nazionale l. n. 38/2010 che, nel fissare i principi in materia di accesso alle cure palliative ed alla terapia del dolore, stabilisce che all'attuazione della legge si provvede «nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». La normativa regionale censurata contrasterebbe con la legge statale, che costituisce secondo il ricorrente espressione del principio di coordinamento della finanza

in linea con quanto affermato con la precedente sentenza n. 70/2012, che l'equilibrio tendenziale dei bilanci pubblici non si realizza soltanto attraverso il rispetto del meccanismo autorizzatorio della spesa, il quale viene salvaguardato dal limite dello stanziamento di bilancio, ma anche mediante la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti da nuove disposizioni ai sensi dell'art. 81, co. 4, della costituzione.

Si segnala che già in una delle prime sentenze, n. 9/1958⁵, la Corte evidenziò che l'ultimo co. dell'art. 81 Cost. chiaramente stabilisce l'obbligo che la l. istitutiva di una nuova spesa deve indicare positivamente i mezzi per farvi fronte. La mancanza di una esplicita indicazione che alla copertura di una determinata spesa si provveda mediante un determinato mezzo di copertura, impedisce la precisa e concreta conoscenza del mezzo di copertura delle nuove spese, secondo lo spirito dell'art. 81, sia in obbedienza ai generali criteri cui deve ispirarsi la legislazione finanziaria sia anche perché, non sarebbe possibile, in una valutazione integrale di tutte le nuove e maggiori spese, stabilire la effettiva capacità a farvi fronte da parte del mezzo di copertura prescelto.

Il principio costituzionale contenuto nell'art. 81, co. 4, impone, pertanto, l'onere di provare la copertura delle spese conseguenti

pubblica, e dunque parametro interposto tra il testo costituzionale e la legge Regionale. Ma ulteriore motivo di censura sorge in riferimento all'art. 81, co. 4, cost., in quanto il medesimo art. 15 non quantificherebbe, neppure in via indicativa, gli oneri derivanti dall'attuazione degli artt. 4, 5 e 10, né avrebbe previsto espressamente i mezzi di copertura finanziaria, secondo le modalità disposte dalla legge di contabilità e finanza pubblica del 2009: la potestà legislativa regionale verrebbe esercitata in violazione dell'obbligo di copertura finanziaria di una legge di spesa, gravante anche sul legislatore regionale secondo il consolidato orientamento espresso dalla Corte costituzionale.

⁵ In relazione alla competenza della Corte a sindacare leggi di spesa, per profili attinenti alla loro copertura finanziaria, ai sensi dell'art. 81, quarto co., la Corte, nella fondamentale sentenza n. 384/1991, ha ripercorso il proprio itinerario giurisprudenziale in tema di copertura delle leggi di spesa e in quell'occasione ha ricordato di avere costantemente affermato la propria competenza. R. PERNA, *La copertura delle spese pluriennali: veri e falsi problemi. Nota a Corte cost. n. 384 del 1991*, in Foro italiano, 1992.

all'adozione di una legge, ogniquale volta in essa siano previsti - ancorché sotto forma di riorganizzazione delle strutture esistenti - nuovi servizi e nuove dotazioni di risorse umane e tecniche (sentenza n. 141 del 2010). L'assenza dell'indicazione della così detta "copertura" non implica che la l. non comporti oneri, in quanto "la mancanza o la esistenza di un onere si desume dall'oggetto della l. e dal contenuto di essa" (sentenza n. 30/1959) e dunque necessita di una valutazione in concreto della portata.

La Corte afferma che laddove la nuova spesa sia sostenibile senza ricorrere alla individuazione di ulteriori risorse, per effetto di una più efficiente e sinergica utilizzazione delle somme allocate nella stessa partita di bilancio per promiscue finalità, la pretesa va corredata da adeguata dimostrazione economica e contabile e consiste nella chiara quantificazione - con riguardo alle partite di bilancio, ove si assume un'eccedenza di risorse utilizzabili per la nuova o maggiore spesa - degli oneri presumibilmente ad essa conseguenti e della relativa copertura (sentenza n. 30 del 1959).

Non può essere condivisa, ad esempio, la tesi, peraltro utilizzata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia nella sentenza 115 del 2012, secondo cui costituirebbe sufficiente ottemperanza al principio di copertura dell'art. 81, quarto co., della Costituzione, la formale indicazione di poste di bilancio dell'esercizio in corso ove convivono, in modo promiscuo ed indistinto sotto il profilo della pertinente quantificazione, i finanziamenti di precedenti leggi regionali.

I giudici costituzionali hanno, quindi, ribadito, come già peraltro affermato nella sentenza n. 70/2012, che l'equilibrio tendenziale dei bilanci pubblici non si realizza soltanto attraverso il rispetto del meccanismo autorizzatorio della spesa (regola dinamica), il quale viene salvaguardato dal limite dello stanziamento di bilancio, ma anche mediante la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti da nuove disposizioni (regola statica). La stima e la copertura in sede preventiva, effettuate in modo credibile e ragionevolmente argomentato secondo le regole dell'esperienza e della pratica contabile, sal-

vaguardano la gestione finanziaria dalle inevitabili sopravvenienze passive che conseguono all'avvio di nuove attività e servizi.

Quest'ultima pronuncia riveste una portata meno dirompente rispetto alla precedente, in quanto, in questo caso, essa non investe una l. regionale di bilancio, ma soltanto la disposizione di una l. regionale per difetto di copertura, collocandosi, quindi, nel filone giurisprudenziale relativo alle leggi regionali di natura diversa da quella bilancio. Non vi è tuttavia dubbio che essa confermi l'orientamento da un lato - sul piano strettamente contabile - a sanzionare la carenza di analitiche quantificazioni su partite di bilancio promiscue, fornendo un'interpretazione rafforzata dell'obbligo di copertura in presenza di oneri finanziari continuativi per gli esercizi futuri, e, dall'altro - quanto all'interpretazione dell'art. 81 cost. - ad estendere la portata del vincolo di bilancio in termini di equilibrio (o pareggio, a più riprese evocato) con affermazioni talmente nette che mai precedentemente avevano connotato le pronunce del Giudice delle leggi.

Le due sentenze vanno, quindi, a rafforzare il principio dell'equilibrio di bilancio, la cui esistenza nell'ambito dell'art. 81 della Costituzione è stata oggetto di un controverso dibattito. Il concetto di equilibrio di bilancio era, infatti, presente nell'intento del costituente ma così come, poi, ha dimostrato la sua applicazione, non come un vincolo di natura contenutistica, piuttosto come elemento necessario ad assicurare la costituzionalizzazione di un procedimento decisionale finalizzato alla responsabilizzazione di Governo e Parlamento rispetto al mantenimento di determinate compatibilità finanziarie⁶; come un elemento, dunque, finalizzato ad assicurare che le normali leggi non alterino gli equilibri posti dal bilancio stesso⁷ ed alla definizione di

⁶ P. DE IOANNA, *L'obbligo di copertura (art. 81, co. 4, cost.) come vincolo procedurale per una decisione politica responsabile in materia di finanza pubblica*, in Associazione per gli Studi e le Ricerche parlamentari, Quaderno n. 2, Milano, Giuffrè, 1992, 96 ss.; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*.

⁷ Rivosecchi, afferma che "Dai lavori preparatori dell'art. 81 emerge, però, l'intento comune ai Costituenti di distinguere il piano della legge di bilancio e

un indirizzo finanziario coerente con il complesso delle disposizioni costituzionali⁸.

In altre parole, gli orientamenti effettivamente comuni in Assemblea Costituente si attestavano sull'introduzione di regole certe sulla copertura finanziaria e, in particolare, sulla determinazione di limiti all'iniziativa parlamentare di spesa⁹. Ciò al fine di individuare una disciplina costituzionale sui procedimenti di spesa e di elaborazione dell'indirizzo politico-finanziario, che costituisse la principale fonte sulla produzione delle norme a vario titolo generatrici di spesa¹⁰.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza costituzionale intervenuta diverse volte nel corso dei decenni, ha posto in evidenza l'interdipendenza tra il terzo e il quarto co. dell'art. 81 cost., valorizzando la ricerca di un equilibrio responsabile nelle decisioni di finanza pubblica sia per il legislatore statale che per quello regionale, senza però riconoscere alcun vincolo di natura contenutistica alle norme costituzionali sul governo dei conti pubblici¹¹.

Le due sentenze esaminate sembrano, invece, determinare un punto di rottura con il passato, alla ricerca proprio di un vincolo contenutistico nell'art. 81. La Corte, censurando da un lato la copertura inidonea di talune spese iscritte in bilancio (sentenza n. 70 del 2012) e dall'altro lato l'assenza di indica-

zione dei mezzi di copertura, ovvero la sua genericità (sentenza n.115 del 2012), sembra voler rilanciare il carattere vincolante dell'equilibrio di bilancio, anticipando gli effetti della stessa riforma costituzionale prevista dalla l. n. 1 del 1 del 20.4.2012 che, come stabilito dalla stessa legge, entrerà in vigore solo dall'esercizio finanziario 2014.

La legge costituzionale, introduce, infatti, all'art. 119, sesto co. - che nel testo previgente consentiva l'indebitamento delle Autonomie territoriali "*solo per finanziare spese di investimento*" -, due ulteriori condizioni al debito delle Autonomie territoriali: la contestuale definizione di piani di ammortamento e il vincolo che "*per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio*".

Con le predette sentenze la Corte sembra, pertanto, lanciare un monito alle Regioni, probabilmente dettato anche dalla situazione di grave crisi economica che sta attraversando l'Europa, sulla necessità di una maggiore vigilanza e presidio degli equilibri di bilancio, sensibilizzando le stesse ad effettuare valutazioni delle coperture finanziarie che siano credibili, sufficientemente sicure, non arbitrarie o irrazionali ed esortando le stesse ad una maggiore attenzione al rispetto delle due regole, statica e dinamica, la cui combinazione protegge l'equilibrio finanziario regionale.

quello delle leggi di spesa, per come si desume dal rapporto intercorrente tra terzo e quarto co., rispettivamente finalizzati a stabilire gli equilibri finanziari generali (legge di bilancio) e a ridefinire il titolo giuridico delle entrate e delle spese (leggi tributarie e di spesa), G. RIVOSACCHI, Il parlamento e sistema delle autonomie all'ombra del governo nelle trasformazioni della decisione di bilancio, in rivista dell'associazione italiana costituzionalisti, 1/2012.

⁸ In questo senso, ad esempio, G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Il Mulino 1996; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁹ In questo senso, V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1969; A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, Giuffrè, 1985.

¹⁰ P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, in A. Barettoni Arleri, *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, 1989; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Il Mulino, 1996.

¹¹ P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, op. cit.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.12.2012, n. 6411
Non è sufficiente la qualità di cittadino di un Comune per impugnare l'atto di affidamento del servizio di riscossione.

Non è sufficiente la qualità di cittadino di un comune a gravare atti specifici e di portata generale dell'amministrazione comunale quali l'affidamento del servizio di riscossione (ex multis: "la legittimazione ad impugnare un provvedimento amministrativo deve essere direttamente correlata alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal provvedimento e postula l'esistenza di un interesse attuale e concreto all'annullamento dell'atto; altrimenti l'impugnativa verrebbe degradata al rango di azione popolare a tutela dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, con conseguente ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, in insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che la normativa legislativa e quella costituzionale hanno attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa" - nella specie la legittimazione al ricorso è stata negata al proprietario del fondo limitrofo a quello espropriato, che aveva fondato l'impugnativa sulla supposta natura pertinenziale del bene oggetto dell'intervento ablativo rispetto al bene di sua proprietà e sulla sua qualità di cittadino, come tale portatore di un interesse ad agire indipendentemente da un interesse protetto". - CdS, IV, 28.8.2001, n. 4544). Né l'incremento dei costi della procedura di riscossione asseritamente ascrivibile ad Equitalia (e laddove non è neppure dimostrato in cosa consisterebbe detto incremento e perché, ove il servizio fosse stato affidato ad altro soggetto vi sarebbe stato un decremento dei costi) può fondare detto interesse tenuto conto che il vigente sistema giuridico non configura fattispecie generali di azioni popolari.

Consiglio di Stato, Sez. III, 10.12.2012, n. 6283
E' infondata ogni doglianza volta a denun-

ciare l'illegittimità ex se delle determinazioni regionali che fissino i tetti di spesa in corso d'anno.

Il Consiglio di Stato, riformando la sentenza resa dal giudice di prime cure, ha statuito che e' infondata ogni doglianza volta a denunciare l'illegittimità ex se delle determinazioni regionali che fissino i tetti di spesa in corso d'anno (per di più in base ad un mera aspettativa di incremento del volume delle prestazioni erogabili), restando esse condizionate alla necessaria definizione del procedimento collegato e pregiudiziale diretto alla definizione nel quantum delle risorse utilizzabili. Più precisamente rileva il Collegio come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le decisioni n. 3 e 4 del 12.4.2012 - in linea con l'indirizzo già segnato dalla precedente A.P. n. 8 del 2006 - ha ribadito che, nel quadro della disciplina dettata dall'art. 32, co. 8, della l. n. 449 del 1997, "alle Regioni è stato affidato il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in tema di limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria". Alla stregua di detta disciplina spetta ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale, la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni". La finalità di siffatti provvedimenti è stata individuata nella necessità di assicurare l'equilibrio complessivo del sistema sanitario dal punto di vista finanziario - in quanto alimentato dal Fondo nazionale sanitario - nonché organizzativo, con piani di rientro, di riorganizzazione e di razionalizzazione, volti al contenimento ed alla riduzione della spesa - con conseguenti risparmi e maggiore efficienza e qualificazione nell'erogazione delle presta-

zioni. L'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario è quindi, chiamata a svolgersi nella cornice di una pianificazione finanziaria. Tale funzione programmatica, volta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, rappresenta, quindi, un dato inabdicabile nella misura in cui la fissazione dei limiti di spesa si attegga ad adempimento di un obbligo che influisce in modo pregnante sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

La stessa Corte Costituzionale, nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario nel nostro ordinamento, ha da tempo sottolineato l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa e ha evidenziato come l'autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore, deve essere necessariamente correlata alle disponibilità finanziarie e non può prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (cfr. Corte Costituzionale 28.7.1995, n. 416). La Corte ha ribadito in termini che "non è pensabile di poter spendere senza limite avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse" da misure di controllo e contenimento " (cfr. Corte Costituzionale, 23.7.1992, n. 356; etiam CdS, A.P., 2.5.2006, n. 8).

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.11.2012, n. 5962
Derivati: il Consiglio di Stato accertata la convenienza della sottoscrizione dei swap ha dichiarato illegittimi gli atti di annullamento adottati in autotutela dalla Provincia di Pisa.
I primi giudici ritenevano corretto e legittimo l'operato dell'amministrazione che, avendo accertato, in forza dell'apposita relazione elaborata da una società specializzata che gli swap sottoscritti avevano un valore negativo a carico della Provincia (realizzando un ingiustificato squilibrio fra le posizioni contrattuali dei contraenti), aveva annullato in

autotutela le delibere di affidamento dell'operazione di ristrutturazione del proprio debito, nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati, sussistendo anche una effettiva violazione dell'art. 41, co. 2, della l. n. 448 del 2001. Il Consiglio di Stato, per contro, previo svolgimento di apposita consulenza tecnica, ha concluso l'operazione di ristrutturazione del debito operato dall'amministrazione provinciale di Pisa, diversamente da quanto da quest'ultima accertato successivamente, ma erroneamente, era da considerarsi economicamente conveniente ai sensi e per gli effetti dell'art. 41 della l. 28.12.2001, n. 448.

Consiglio di Stato, Sez. III, 24.11.2012, n. 5953
Pagamento del lavoro straordinario: è sempre necessaria l'autorizzazione, preventiva o ex post, allo svolgimento delle prestazioni eccedenti l'orario d'ufficio e costituisce assunzione di responsabilità, gestionale e contabile, per il dirigente che la emette.

Come rilevato da risalente giurisprudenza, nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, la retribuitività delle prestazioni di lavoro straordinario è condizionata all'esistenza di una formale e preventiva autorizzazione allo svolgimento di tali prestazioni di lavoro eccedenti l'orario d'ufficio: detta autorizzazione svolge una pluralità di funzioni, tutte riferibili alla concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento cui, ai sensi dell'art. 97 costituzione, deve essere improntata l'azione della pubblica amministrazione. In generale, infatti, la preventiva autorizzazione implica la verifica in concreto delle ragioni di pubblico interesse che rendono necessario il ricorso a prestazioni lavorative eccedenti l'orario normale di lavoro e rappresenta lo strumento per evitare che, attraverso incontrollate erogazioni di somme di danaro per prestazioni di lavoro straordinario, si possano superare i limiti di spesa fissati dalle previsioni di bilancio con grave nocimento dell'equilibrio finanziario dei conti pubblici. Per altro verso, la normativa intende escludere che i pubblici dipendenti siano assoggettati a prestazioni lavorative che, eccedendo quelle ordinarie, individuate come punto di equilibrio

fra le esigenze dell'amministrazione e i rispetto delle condizioni psico-fisiche del dipendente, possano creare per l'impiegato nocimento alla sua salute ed alla sua dignità di persona. Sotto ulteriore profilo, la formale preventiva autorizzazione al lavoro straordinario deve costituire, per l'amministrazione, anche lo strumento per la valutazione delle concrete esigenze delle proprie strutture quanto al loro concreto funzionamento, alla loro effettiva capacità di perseguire i compiti assegnati ed espletare le funzioni attribuite dalla legge, nonché all'organizzazione delle risorse umane ed alla loro adeguatezza, onde evitare che il sistematico ed indiscriminato ricorso alle prestazioni straordinarie costituisca elemento di programmazione dell'ordinario lavoro.

Deve anche aggiungersi, non da ultimo, che come peraltro già accennato, la preventiva autorizzazione costituisce assunzione di responsabilità, gestionale e contabile, per il dirigente che la emette, al fine di rispettare i ristretti limiti finanziari entro cui è consentito liquidare siffatto genere di prestazioni attesa anche la sopra evidenziata loro eccezionalità. La giurisprudenza ha affermato, a volte, che il principio della indispensabilità della previa autorizzazione allo svolgimento del lavoro straordinario subisce eccezione quando l'attività sia svolta per obbligo d'ufficio (al riguardo si parla di autorizzazione implicita), ma, nel rispetto dei principi costituzionali sopra ricordati, ha ribadito che deve pur sempre trattarsi di esigenze indifferibili ed urgenti e che, in ogni caso, è sempre necessaria una successiva autorizzazione, sia pure ex post. Sulla scorta di tali consolidati principi

l'appello in esame non può trovare favorevole considerazione risultando in punto di fatto che le prestazioni di lavoro straordinario di cui l'interessata chiede il pagamento non sono mai state autorizzate, né in via preventiva, come di norma dovrebbe avvenire, né successivamente, in via di sanatoria, come pure è ammesso in casi eccezionali, dal titolare amministrativo dell'ente che ne abbia assunto anche la relativa responsabilità contabile con imputazione della relativa spesa.

Non può ritenersi a tal fine utile la circostanza che le prestazioni svolte siano state rese in esecuzione di appositi turni di servizio o tabulati, atteso che, atti di tale genere, come rilevato dalla giurisprudenza della Sezione, non possono automaticamente valere, anche sotto il ripetuto profilo della compatibilità finanziaria, come provvedimenti autorizzatori allo svolgimento di lavoro oltre l'orario d'obbligo essendo comunque necessaria una formale autorizzazione postuma a sanatoria del responsabile amministrativo dell'ente (da ultimo, CdS, Sez. III, 15.2.2012, n. 783; VI, 9.11.2010, n.8626).

Né appare ammissibile in appello la singolare richiesta istruttoria al fine di poter "accertare l'effettiva utilità pubblica delle ore di lavoro straordinario effettuate...", ed anche il deposito di ulteriori nuovi documenti non prodotti nel giudizio di primo grado tanto più che i nuovi documenti, consistenti sempre in tabulati, ordini di servizio o altro, quindi irrilevanti per i motivi sopra evidenziati, era conoscibili dall'interessata usando la ordinaria diligenza già in primo grado (CdS, Sez. VI, n.265 del 20.1.2009).

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Spese di custodia dei veicoli sequestrati o sottoposti a fermo amministrativo per violazione del codice della strada (Parere prot. 375988 del 1.10.2012, AL 10575/12, Avv. Daniela Canzoneri e Dott. Giuseppe Zuccaro).

RISPOSTA

*1. Individuazione della fattispecie.
Codesto Ministero ha proposto alla Scrivente il seguente quesito: "Se le disposizioni di cui agli artt. 11 e 12 d.P.R. 29.7.1982, n. 571 devono essere interpretate nel senso che l'art. 11 porrebbe a carico dell'amministrazione le sole spese vive che l'amministrazione o il terzo hanno sostenuto per assicurare la custodia dei veicoli sequestrati o sottoposti a fermo amministrativo per violazione del codice della strada, mentre l'art. 12 porrebbe a carico dei proprietari degli anzidetti veicoli le ulteriori spese di conservazione". I dubbi interpretativi sono sorti a seguito di due distinti pareri resi dalla Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli (CS 4073/2011 del 6.7.2011 prot. 81476P, e CS 2774/2012, prot. 35257P del 13.3.2012). Il primo dei pareri dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli è stato reso in funzione difensiva, avuto riguardo ad una proposta di transazione avanzata da una ditta iscritta nell'elenco di cui all'art. 8 del d.P.R. 571/82 a seguito di emissione di decreti ingiuntivi ottenuti nei confronti dell'amministrazione sull'assunto che su questa gravasse l'obbligo di anticipazione delle spese di custodia di alcuni veicoli sottoposti alla misura cautelare del sequestro amministrativo*

ex art. 11 del d.P.R. 571/82 ed ancora giacenti presso la depositaria, mentre il secondo è stato reso, unitamente ad altri successivi, in funzione esplicativa dell'assunto difensivo con riguardo agli aspetti generali che la problematica dell'affidamento della custodia aveva presentato nel corso degli anni, in particolare dalla entrata in vigore delle modifiche al codice della strada introdotte con d.l. 30.9.2003 n. 269. Il presente parere non costituisce quindi un riesame - per ciò solo inammissibile - dei pareri resi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli in funzione difensiva, ed è volto unicamente all'esame dei quesiti generali sottesi alla richiesta di parere formulata da codesta amministrazione.

2. Soluzioni prospettabili. Considerazioni preliminari.

Tutto ciò premesso e considerato, occorre precisare che i pareri dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli hanno il merito di aver messo in evidenza il cronico ritardo delle amministrazioni interessate a dare attuazione alla disciplina del c.d. custode-acquirente di cui all'art. 214 bis CdS, dettata dal legislatore proprio al fine di "scardinare il sistema del ricorso alle depositarie ex art. 8 del d.P.R. 571/82" che ha "dato luogo, per un ventennio, a gravi disfunzioni che" si sono tradotte "per le casse dell'erario in un gravissimo danno" (cfr. nota dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli del 23.5.2012, prot. 67089 P). Ne deriva che appare assolutamente necessario procedere in tempi brevi a dare attuazione alla disciplina del c.d. custode-

acquirente, provvedendo alla tempestiva individuazione dei custodi-acquirenti di cui all'art. 214 bis CdS in tutti gli ambiti provinciali del territorio nazionale.

Nelle more dello svolgimento delle gare per l'individuazione dei custodi-acquirenti, codesto Ministero dovrà procedere (come suggerito dall'Avvocatura Distrettuale di Napoli), negli ambiti provinciali ancora scoperti e nell'ipotesi in cui sia già stato individuato ed in concreto operi il c.d. custode acquirente in ambiti provinciali limitrofi, all'affidamento della custodia dei veicoli sottoposti a sequestro o a fermo, in favore di tale operatore.

Sempre nelle more dell'attivazione del custode-acquirente, codesto Ministero dovrà fare ricorso alla procedura di cui all'art. 38 d.l. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003, al fine di liberare le depositerie giudiziarie dai veicoli da lungo tempo giacenti presso di esse.

La norma in esame detta infatti le disposizioni per la semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione dei veicoli. Com'è noto, essa, al co. 2, prevede che: "I veicoli giacenti presso le depositerie autorizzate a seguito dell'applicazione di misure di sequestro e sanzioni accessorie previste dal d.lgs 30.4.1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero quelli non alienati per mancanza di acquirenti, purché immatricolati per la prima volta da oltre cinque anni e privi di interesse storico e collezionistico, comunque custoditi da oltre due anni alla data del 30.9.2003, anche se non confiscati, sono alienati, anche ai soli fini della rottamazione, mediante cessione al soggetto titolare del deposito". Vorrà, pertanto, codesto Ministero adottare, di concerto con l'Agenzia del Demanio, un nuovo decreto dirigenziale, al fine di riattivare la procedura straordinaria di alienazione e rottamazione, nel rispetto dei presupposti previsti dal co. 2 dell'art. 38 cit., al fine di liberare le depositerie giudiziarie dai veicoli ivi esistenti.

Codesto Ministero dovrà altresì procedere, per i veicoli che non rientrano nell'ambito di applicazione del citato co. 2 dell'art. 38 d.l. 269/2003, secondo le modalità di cui al successivo co. 11 dell'art. 38 cit, secondo il quale: "In relazione ai veicoli, diversi da quelli oggetto della disciplina stabilita dal presente art., che alla data di entrata in vigore del

presente decreto sono giacenti presso le depositerie autorizzate a seguito dell'applicazione di misure di sequestro o di fermo previste dal d.lgs n. 285 del 1992, l'organo di polizia che ha proceduto al sequestro o al fermo notifica al proprietario l'avviso previsto dal co. 2 quater dell'art. 213 del predetto d.lgs, introdotto dal co. 1, lett. a), n. 2) del presente art., con l'esplicito avvertimento che, in caso di rifiuto della custodia del veicolo a proprie spese, si procederà, altresì, all'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria e della sanzione amministrativa accessoria previste, al riguardo, dal co. 2 ter del predetto art. 213, introdotto dal co. 1, lett. a), n. 2) del presente articolo. Il termine di dieci giorni, dopo il cui inutile decorso si verifica il trasferimento della proprietà del veicolo al custode, decorre dalla data della notificazione dell'avviso". Giova precisare che la procedura di cui all'art. 38 co. 2 del d.l. n. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003, non riveste carattere eccezionale e temporaneo. L'art. 38, co. 3, cit., prevede, infatti, che nel caso di giacenza presso le depositerie di un certo tipo di veicoli e al verificarsi di determinate condizioni, all'alienazione ed alle attività ad essa funzionali e connesse (per quanto concerne i veicoli di cui al co. 2) procedano congiuntamente il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio, secondo modalità stabilite con decreto dirigenziale di concerto tra le due amministrazioni.

Ciò conferma il difetto del carattere di "temporaneità" alla procedura in esame: la circostanza che il decreto dirigenziale del 2004 dettava una determinata tempistica appare coerente con tale atto, avente natura meramente amministrativa, volto a regolamentare un'attività da porre in essere con riferimento ad uno stato di fatto (alienazione di veicoli giacenti presso le depositerie al momento della adozione del decreto); nulla esclude, però, l'adozione di un nuovo decreto dirigenziale che vada a regolamentare le medesime attività, allorché il presupposto che consente la adozione della procedura di alienazione (giacenza da un certo tempo presso le depositerie di determinati veicoli sottoposti a misure di sequestro e sanzioni accessorie ex d.lgs. n. 285/92, ovvero non alienati, ovvero non confiscati e di cui al punto 2 del medesimo

art.) venga constatato in un momento successivo alla adozione del decreto dirigenziale del 2004. Il carattere “temporaneo” o “eccezionale” della procedura, inoltre, non trova conferma neppure nella rubrica dell’art. 38 cit., che detta le “Norme di semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione di veicoli”.

Facendo corretta applicazione delle previsioni di cui ai co. 2 e 11 dell’art. 38 d.l. 269/2003 s.m.i., si ritiene che, nelle more dell’individuazione del custode-acquirente, si possa perseguire l’obiettivo voluto dal legislatore, di liberare le depositerie giudiziarie dai veicoli da lungo tempo ivi custoditi, e ciò con conseguente ingente risparmio di spesa per l’Erario.

3. Ambito di applicazione della disciplina di cui al d.P.R. 571/1982, e del d.lgs. 285/1992 (c.d. codice della strada).

Venendo ora all’esame delle complesse problematiche sollevate dalla questione in esame, occorre, in primo luogo, rilevare che la corretta applicazione degli artt. 213 e 214 del codice della strada dovrebbe ridurre drasticamente il numero dei veicoli da ricoverare presso le depositerie giudiziarie.

L’applicazione delle sanzioni collegate alla mancata assunzione dell’obbligo di custodia da parte dei soggetti contemplati nelle anzidette norme dovrebbe, infatti, costituire un forte deterrente al verificarsi delle anomalie caratterizzanti il previgente sistema, nel quale di fatto il veicolo veniva “abbandonato” dal proprietario.

A norma infatti dell’art. 214, per quel che qui interessa, “salvo quanto previsto dal co. 2-quinquies, nelle ipotesi di cui al co. 1, il proprietario ovvero, in caso di sua assenza, il conducente del veicolo o altro soggetto obbligato in solido, è nominato custode con l’obbligo di depositare il veicolo in un luogo di cui abbia la disponibilità o di custodirlo, a proprie spese, in un luogo non sottoposto a pubblico passaggio, provvedendo al trasporto in condizioni di sicurezza per la circolazione stradale (...) -2 bis. Entro i trenta giorni successivi alla data in cui, esauriti i ricorsi anche giurisdizionali proposti dall’interessato o decorsi inutilmente i termini per la loro proposizione, è divenuto definitivo il provvedimento di confisca, il custode del veicolo tra-

sferisce il mezzo, a proprie spese e in condizioni di sicurezza per la circolazione stradale, presso il luogo individuato dal prefetto ai sensi delle disposizioni dell’art. 214 bis. Decorso inutilmente il suddetto termine, il trasferimento del veicolo è effettuato a cura dell’organo accertatore e a spese del custode, fatta salva l’eventuale denuncia di quest’ultimo all’autorità giudiziaria qualora si configurino a suo carico estremi di reato (...) -ter. All’autore della violazione o ad uno dei soggetti con il medesimo solidalmente obbligati che rifiutino di trasportare o custodire, a proprie spese, il veicolo, secondo le prescrizioni fornite dall’organo di polizia, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1.725 a euro 6.903, nonché la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a tre mesi. In questo caso l’organo di polizia indica nel verbale di sequestro i motivi che non hanno consentito l’affidamento in custodia del veicolo e ne dispone la rimozione ed il trasporto in un apposito luogo di custodia individuato ai sensi delle disposizioni dell’art. 214 bis (...) -quater. Nelle ipotesi di cui al co. 2 ter, l’organo di polizia provvede con il verbale di sequestro a dare avviso scritto che, decorsi dieci giorni, la mancata assunzione della custodia del veicolo da parte del proprietario o, in sua vece, di altro dei soggetti indicati nell’art. 196 o dell’autore della violazione, determinerà l’immediato trasferimento in proprietà al custode, anche ai soli fini della rottamazione nel caso di grave danneggiamento o deterioramento”.

A norma del successivo art. 214 c.d.s.: “Salvo quanto previsto dal co. 1 ter, nelle ipotesi in cui il presente codice prevede che all’accertamento della violazione consegua l’applicazione della sanzione accessoria del fermo amministrativo del veicolo, il proprietario, nominato custode, o, in sua assenza, il conducente o altro soggetto obbligato in solido, fa cessare la circolazione e provvede alla collocazione del veicolo in un luogo di cui abbia la disponibilità ovvero lo custodisce, a proprie spese, in un luogo non sottoposto a pubblico passaggio (...). Nei casi di cui al co. 1, il veicolo è affidato in custodia all’avente diritto o, in caso di trasgressione commessa da minorenne, ai genitori o a chi ne fa le veci o

a persona maggiorenne appositamente delegata, previo pagamento delle spese di trasporto e custodia. All'autore della violazione o ad uno dei soggetti con il medesimo solidalmente obbligato che rifiuti di trasportare o custodire, a proprie spese, il veicolo, secondo le prescrizioni fornite dall'organo di polizia, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 731 a euro 2.928, nonché la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a tre mesi”.

Da ciò deriva che solo nelle residuali ipotesi di rifiuto alla assunzione della custodia, da parte del proprietario o del conducente del veicolo, al momento della contestazione della violazione ed applicazione della misura cautelare, si dovrà ricorrere alla custodia presso il custode-acquirente o in altro luogo di custodia. Nelle suddette ipotesi residuali, nel caso in cui non sia stato individuato il custode-acquirente, occorre avere riguardo a tre aspetti: 1) individuazione del luogo di custodia; 2) regime delle spese; 3) disciplina della alienazione e rottamazione. Occorre premettere che il ricorso all'affidamento della custodia alle depositerie iscritte nell'elenco di cui all'art. 8 del d.P.R. 29.7.1982 n. 571, (disciplina che è da ritenersi in vigore dettando norme di carattere generale applicabili in tutti i casi di sequestro di cose, di veicoli e natanti conseguente alla commissione di un illecito amministrativo), determini il protrarsi di un sistema che nell'intenzione del legislatore avrebbe dovuto cessare in tempi ragionevoli legati alla individuazione del custode acquirente.

Si rammenta inoltre che a mente dell'art. 7 del suddetto d.P.R. di regola “Le cose sequestrate sono custodite nell'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro, a cura del capo dello stesso, ovvero del diverso ufficio competente secondo le direttive impartite dalle singole amministrazioni” e che solo per ravvisate e motivate ragioni di opportunità esse “non possano essere custodite presso gli uffici di cui al primo co., il capo degli stessi ovvero il dipendente preposto al servizio può disporre che la loro custodia avvenga in luogo diverso, determinandone il modo e nominando un custode”. Quanto al secondo punto si ritiene che

l'onere di anticipazione a carico dell'amministrazione cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro ex art. 11 del d.P.R. 571/82 si riferisca unicamente alle ipotesi in cui la custodia è stata curata dalla stessa amministrazione ai sensi del 1 e 2 co. del citato art. 7.

Alla suddetta interpretazione si giunge in forza del tenore letterale della norma anche in ragione delle condivisibili osservazioni formulate da codesto Ministero:

1) la liquidazione delle spese per la conservazione e custodia da anticipare va effettuata non sulla base delle c.d. “tariffe prefettizie” ma sulla base di nota delle spese sostenute corredata della relativa documentazione;

2) la nota delle spese sostenute per la conservazione e custodia, che l'art. 11 co. 1 del citato d.P.R. pone esplicitamente a carico dell'amministrazione (salva ripetizione nei confronti del proprietario/trasgressore) deve essere trasmessa “senza indugio”, quindi immediatamente dopo il sequestro;

3) per come ritenuto da codesto Ministero “in sintesi”, nel co. 1 dell'art. 7 è disciplinata l'ipotesi che il veicolo venga posto e mantenuto in custodia presso l'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro, mentre il 3 co. regola l'ipotesi che il veicolo sia affidato ad un custode terzo che, per i veicoli a motore, ai sensi dell'art. 8, deve essere individuato preventivamente dal Prefetto. Solo ai primi dei detti casi contemplati dal predetto art. 7 può ricondursi quanto stabilito dall'art. 11 co. 3, ossia che l'amministrazione richiede al capo dell'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro la nota spese sostenute per la conservazione e la custodia delle cose, risultando di tutta evidenza che solo chi ne ha direttamente sostenuto i costi ha titolo per trasmettere la nota spese ai fini dell'anticipazione, e, tra l'altro deve farlo senza indugio. Tale disciplina non trova invece applicazione nel caso di affidamento in custodia a soggetto terzo (custode) e ciò per espressa previsione normativa dello stesso art. 11 co. 3 (...). Diversamente, nelle ipotesi in cui la custodia sia affidata ad un terzo, ed in particolare ai soggetti abilitati iscritti nell'elenco prefettizio di cui all'art. 8 del citato d.P.R., l'art. 12 prevede che: 1) la liqui-

dazione delle somme dovute al custode (per cui non vi è onere di anticipazione) ivi comprese quelle sostenute per gli ausiliari, è effettuata dall'autorità di cui al primo co. dell'art. 18 della l., tenuto conto delle tariffe vigenti e degli usi locali; 2) essa è effettuata su richiesta del custode dopo che sia divenuto inoppugnabile il provvedimento che dispone la confisca ovvero sia stata disposta la restituzione delle cose sequestrate; 3) l'amministrazione può disporre, a richiesta del custode, acconti sulle somme dovute; 4) l'amministrazione agisce in via di regresso nei confronti del proprietario/trasgressore salvo il caso di annullamento in sede giurisdizionale della sanzione accessoria, o di archiviazione della sanzione amministrativa, oppure di prescrizione del diritto, nel qual caso le spese di custodia restano definitivamente a carico dell'amministrazione.

Quanto al terzo aspetto soccorre l'esplicita previsione dell'art. 38 co. 12 del d.l. 269/2003 a mente del quale: "nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 213, co. 2 quarter e

214 co. 1, ultimo periodo, del d.lgs n. 285 del 1992, rispettivamente introdotto dal presente articolo, fino alla stipula delle convenzioni previste dall'art. 214 bis del medesimo decreto, l'alienazione o la rottamazione dei veicoli continuano ad essere disciplinate dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto".

In ultimo occorre rilevare che la natura giuridica del custode di cui agli artt. 8 e 12 d.P.R. 571/82 sembra partecipare di alcuni aspetti della figura di titolare di un ufficio pubblico o incaricato di pubblico servizio che custodisce in luogo dell'amministrazione.

Tale valutazione potrebbe indurre a ritenere non applicabile alla fattispecie in esame la normativa comunitaria in materia di appalti, anche se i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia hanno ribadito l'applicabilità, per quanto di ragione, dei principi generali dei trattati anche agli atti di concessione.

Sulla questione di massima è stato sentito il Comitato Consultivo dell'8.6.2012, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

INCOSTITUZIONALE LA MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA

La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4.3.2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione (**Corte Costituzionale, comunicato del 24.10.2012**).

«..... GA»

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^a Commissione Affari Costituzionali del Senato che ne ha avviato l'esame il 24 ottobre. Dall'esame della relazione illustrativa al disegno di l., 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 l. costituzionale attribuisce, invece, alla l. statale un ruolo più ampio nell'area della legislazione concorrente, prevedendo che spetti alla l. 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»

DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA: CONFRONTO TRA LA LEGISLAZIONE VIGENTE E LE MODIFICHE APPORTATE DAI DISEGNI DI LEGGE

Sospesi i lavori dell'Aula dopo il via libera a

un emendamento che reintroduce la pena della reclusione fino a un anno. L'esame del disegno di l. è in calendario per la prossima settimana, a partire dalla seduta pomeridiana di martedì 20 novembre. Sul sito www.gazzettaamministrativa.it è visualizzabile apposito dossier nel quale, tra l'altro, si segnala l'utile raffronto tra la normativa ancora vigente e le disposizioni dei disegni di legge all'esame (**Senato della Repubblica, aggiornamento del 15.11.2012**).

«..... GA.....»

IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE NON PUÒ SOSTITUIRSI ALLE SCELTE DI MERITO PIANIFICATORIE RIMESSE IN VIA ESCLUSIVA ALL'AMMINISTRAZIONE

Il Consiglio di Stato nella vicenda in esame

ha ritenuto inammissibili le censure sollevate dal ricorrente nella parte in cui sollecitano il giudice amministrativo a sostituirsi alle scelte di merito pianificatorie rimesse in via esclusiva all'amministrazione e sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo; invero, come evidenziato dalla più recente giurisprudenza, il giudice amministrativo, anche se adito in sede di esecuzione del giudicato e dunque in uno dei casi di giurisdizione di merito tassativamente indicati dall'art. 134 c.p.a., non deve superare il limite esterno della propria giurisdizione allorché sia chiamato ad esercitare (come nel caso di specie), un'attività cognitoria di legittimità e non realmente esecutiva del giudicato (cfr. Cass., sez. un., 19.1.2012, n. 736; sez. un., 9.11.2011, n. 23302; successivamente, nella giurisprudenza amministrativa, Cons. St., sez. IV, 29.8.2012, n. 4638) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 6.12.2012, n. 6259**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ULTERIORI CRITICITÀ DEL NUOVO GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA IN RELAZIONE ALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELL’A.P. DEL CONSIGLIO DI STATO

dell’Avv. Domenico Tomassetti

Disamina della portata e dei limiti del giudizio di ottemperanza alla luce della recente giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con particolare riferimento a talune ipotesi applicative.

Examination of the scope and limitations of the judgment of enforcement as a result of recent court decisions of the plenary session of the State Council, with particular reference to certain cases of application.

Sommario: 1. Effettività della tutela. 2. Esecuzioni delle decisioni rese dal Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario 3. Esecuzione delle sentenze del Giudice Ordinario non passate in giudicato.

Nei contributi precedenti è stato affrontato, alla luce delle più recente giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l’esame (i) della tipologia delle azioni esperibili in sede di ottemperanza ai sensi del c.p.a., nonché (ii) della soluzione che il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ha tentato di dare all’annosa questione del rimedio da attivare in caso di rinnovazione dell’attività amministrativa, in esecuzione di giudicato, che presenti difformità con il *dictum* giurisdizionale.

Orbene, seppure la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato chiarisca molti aspetti, rimangono aperte alcune problematiche in ordine alla effettività della tutela giurisdizionale che rappresenta la finalità precipua del giudizio di ottemperanza.

1. Effettività della tutela.

La soluzione prospettata dall’Adunanza Plenaria sull’annosa questione inerente l’impugnabilità (attraverso lo strumento del giudizio ordinario ovvero del ricorso in esecuzione) del provvedimento con il quale la P.A. riedita, in attuazione di una statuizione del

Giudice amministrativo, il procedimento ed emana nuovo provvedimento, non soddisfa in pieno le esigenze, manifestate nell’ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria n.2024/2012, di effettività della tutela giurisdizionale, anche alla luce del necessario, progressivo avvicinamento dell’ordinamento italiano a quello comunitario.

L’ordinanza di rimessione della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 2024/2012 era, infatti, così motivata: “*l’esecuzione giudiziale del giudicato è perciò riguardata come una componente del diritto al giusto processo ai sensi dell’art. 6 stesso (CEDU, 19.3.1997, Hornsby v. Grecia; CEDU, 18.11.2004, Zazanis v. Grecia); il diritto al giusto processo sarebbe illusorio se non vi fossero strumenti per dare esecuzione al giudicato: perciò lo Stato deve prevedere un ricorso effettivo che permetta di ottenere l’esecuzione di un giudizio definitivo e obbligante (CEDU, 18.11.2004, Zazanis v. Grecia); e questo concerne tutte le giurisdizioni; l’esecuzione di un giudicato non può essere indebitamente ritardata (CEDU, 28.7.1999, Immobiliare Saffi v. Italia)*”.

Orbene, la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2013, pur consentendo il mutamento del rito (da ottemperanza a ordinario), nel rispetto dei termini decadenziali per la proposizione del ricorso ordinario, non arriva al punto di limitare l'azione amministrativa consequenziale all'annullamento in sede giurisdizionale alla mera esecuzione della statuizione del Giudice Amministrativo, consentendo, comunque, alla pubblica amministrazione un ambito discrezionale nel rinnovo del procedimento seppure assoggettato "a precisi limiti e vincoli" (in particolare in ordine ai fatti accertati, ma anche a quelli incontrovertiti oggetti del procedimento amministrativo).

Tale delicata statuizione, sebbene rappresenti un passo in avanti rispetto alla giurisprudenza precedente del Consiglio di Stato in s.g., non può considerarsi del tutto soddisfacente delle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale consentendo, comunque, alla pubblica amministrazione un (per quanto limitato) potere discrezionale in sede di riedizione del procedimento.

D'altronde la decisione dell'Adunanza Plenaria si muove nello stretto crinale determinato dalla necessaria contemperazione di due principi di pari valenza: da un lato, appunto, l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro, l'insindacabilità nel merito dell'azione amministrativa pena l'eccesso di potere giurisdizionale, sindacabile dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, di cui potrebbe risultare affetta la sentenza del Giudice amministrativo della quale si chiede l'esecuzione (Cfr. Cass, sez. un., n.736/2012).

In vero è proprio la citata giurisprudenza delle Sez. Un. della Corte di Cassazione a porre un freno all'effettività della tutela laddove, forse con eccessivo (seppur comprensibile alla stregua dell'odierno ordinamento) rigore afferma l'insindacabilità del merito dell'azione amministrativa anche in sede di riesame dopo un primo intervento giudiziale.

Insomma la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013 ha fatto un importante passo in avanti; è auspicabile che ora le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ripensino il loro tradizionale orientamento al fine di con-

sentire una maggiore conformazione dell'ordinamento italiano ai dettami dell'ordinamento comunitario in materia di esecuzione del giudicato, nel rispetto del principio dell'effettività della tutela (art. 6, punto 1 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo).

2. Esecuzioni delle decisioni rese dal Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario.

La questione relativa all'esecuzione delle decisioni rese dal Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario sembra essere stata finalmente risolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in questo caso, trova conforto nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 19.12.2012, n.23464; 28.4.2011, n.9447; 10.3.2011, n.5684; 7.2.2011, nn. da 2818 a 2939; CdS, 5.6.2012, n. 18).

Infatti "in tema di ricorsi amministrativi, l'evoluzione del sistema normativo - di cui sono indici significativi, da un lato, l'art. 69 l. 18.6.2009 n. 69, laddove prevede l'incidente di costituzionalità da parte del Consiglio di Stato chiamato ad esprimere il parere sul ricorso straordinario ed abolisce la facoltà del Ministro di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, e, dall'altro lato, l'art. 112 dell'allegato 1 d.lgs. 2.7.2010 n. 104, che, alla lett. b, prevede l'azione di ottemperanza per le sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del g.a. - conduce a configurare la decisione resa su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio di ottemperanza" (Cfr., ex plurimis, Cass, sez. un., 28.1.2011, n. 2065; 7.6.2012, n.9183).

3. Esecuzione delle sentenze del Giudice Ordinario non passate in giudicato.

Permane, invece, il problema dell'assenza di rimedio per ottenere l'esecuzione delle sentenze del Giudice Ordinario non ancora passate in giudicato.

Occorre, invero, distinguere tra (a) sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro e (b) sentenze di condanna ad un *facere* nei confronti della pubblica ammini-

strazione.

Per quanto riguarda le prime (a) la giurisprudenza è da tempo giunta alla conclusione che tali sentenze, qualora munite di formula esecutiva, possano essere oggetto di esecuzione nelle ordinarie forme previste dal c.p.c.

Per quanto concerne le sentenze che obbligano l'amministrazione ad un *facere* (b), le stesse sono attualmente ineseguibili qualora non siano passate in giudicato. Infatti, come è noto, il rimedio dell'ottemperanza dinanzi al Giudice Amministrativo è possibile solo per le sentenze del Giudice Ordinario passate in giudicato.

Ne consegue che, ad un'amministrazione eventualmente riottosa all'esecuzione, è sufficiente proporre appello per "*sospendere*" automaticamente l'esecutività di una sentenza del Giudice Ordinario che condanni la P.A.

ad un *facere*. Infatti, come è noto, il giudizio di appello costituisce il vero "*collo di bottiglia*" del sistema con tempi estremamente più lunghi del giudizio di primo grado.

La questione, invero, non è risolvibile attraverso un'interpretazione giurisprudenziale (per quanto costituzionalmente orientata al rispetto degli artt. 24, 97 e 111 cost.), poiché trova il suo presupposto in specifiche ed "*antiche*" norme di legge.

Orbene, al di là dell'auspicio che tali norme siano rimesse al vaglio della Corte Costituzionale e che la stessa finalmente si pronunzi sul merito della questione, ci si può altresì augurare un intervento legislativo che conformi anche sotto tale profilo il nostro ordinamento ai principi di cui al citato art. 6, punto 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

«.....GA.....»

IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO EMANATO IN ESECUZIONE DEL GIUDICATO: GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA, GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ O DOPPIA TUTELA? LA SOLUZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA

dell'Avv. Luca Beccarini

L'economia dei mezzi processuali ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale consentono la trattazione unitaria di tutte le doglianze sulla riedizione del potere, a seguito di un giudizio, avanti al giudice dell'ottemperanza, con un unico ricorso entro il termine decadenziale stabilito dall'art. 41 c.p.a.. Spetterà al giudice naturale dell'esecuzione della sentenza qualificare la patologia dell'atto e la tipologia dell'azione esercitata, convertendo il rito, ove necessario, nel rispetto dei limiti della giurisdizione di legittimità.

The procedural economy and the principle of effective judicial protection enable a full examination of all the grounds about the new exercise of the administrative action, after a final judgement, at the Court of enforcement, where started with a single court action within the time limit fixed in art. 44 c.p.a.. Natural judge to enforce the judgment must qualify the defects of the act and type of legal action involved, changing the procedure if necessary, respecting the limits of the jurisdiction of legitimacy.

Sommario: 1. Premesse; 2. La soluzione processuale della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; 3. Conclusioni.

1. Premesse.

Nonostante la continua attività interpretativa del Consiglio di Stato e l'evoluzione normativa del processo amministrativo, recentemente giunta ad una codificazione unitaria, a seguito del d.lgs 2.7.2010, n. 104, i mezzi di tutela esperibili avverso le modalità di rinnovazione dell'azione amministrativa, attuata a seguito di una sentenza di annullamento, sono sempre state oggetto di problematiche di non poco momento.

Per quanto qui interessa, deve essere rammentata la complessità del contenuto del giudizio amministrativo, posto che i suoi effetti sono molteplici: per quanto attiene al passato, (i) demolitori, in relazione all'atto annullato e (ii) ripristinatori, in relazione alla situazione giuridica modificata o estinta dall'atto stesso; per quanto attiene al futuro, (iii) conformativi, per i vincoli imposti alla P.A. nella rinnovazione del provvedimento annullato in relazione ai vizi di legittimità ravvisati.

A causa di tale complessità, l'esatta individuazione dei vincoli all'azione amministra-

tiva imposti dall'effetto conformativo del giudizio determinano particolari criticità nella riedizione del provvedimento, soprattutto quando è l'esito di procedure comparative o selettive (gare, concorsi ed esami), connotate dall'ampio esercizio di discrezionalità valutativa da parte della P.A..

Infatti, il *discrimen* tra la violazione/elusione del giudizio ed una autonoma illegittimità del rinnovato provvedimento, spesso non è di agevole comprensione.

Va evidenziato che a seguito della qualificazione della ravvisata patologia dell'atto, gli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento determinano azioni diverse e tra loro incompatibili, delimitando significativamente il sindacato giurisdizionale del G.A..

A causa di tali incertezze, la parte risultata vittoriosa che si veda ancora insoddisfatta dalla riedizione del provvedimento annullato, per evidenti ragioni di cautela processuale, è costretta ad instaurare due distinti giudizi, uno di ottemperanza e uno impugnatorio ordinario.

Le problematiche sopra sintetizzate, cozzano con innegabile forza, in particolare, contro i principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo, il cui corollario, come è stato evidenziato nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2024/2012, è *“il diritto ad ottenere l'esecuzione della sentenza favorevole ottenuta, in tempi rapidi, e senza necessità di attivare ex novo un ulteriore giudizio di cognizione”*, avuto riguardo anche alla consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Al fine di fare chiarezza sul corretto esercizio dei diversi mezzi processuali, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la compiuta disciplina del giudizio di ottemperanza, evidenziando che *“il Codice del processo amministrativo sembra mostrare un favor per la concentrazione nel giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato, in relazione alla sua esecuzione. Tuttavia – ed è questo l'elemento di dubbio centrale su cui va ulteriormente indagato da parte dell'Adunanza Plenaria - tale favor non pare possa essere considerato spinto sino al punto di comunque affermare che qualsivoglia provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, ma in contrasto con la soddisfazione del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al (solo) giudice dell'ottemperanza”*.

2. La soluzione processuale dell'Adunanza Plenaria.

Dopo aver ricostruito sistematicamente il giudizio di ottemperanza, per il cui compiuto esame si rinvia ad altro contributo su questo stesso numero, con la sentenza n. 2/2013, l'Adunanza Plenaria perviene alla conclusione che il giudice dell'ottemperanza, secondo il disposto di cui all'art. 113 c.p.a., è *“il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano presupposto”*. Sulla base di tale conclusione, l'Adunanza Plenaria, con decisione assolutamente innovativa rispetto al passato, giunge ad affermare la

possibile trattazione unitaria, avanti al giudice dell'ottemperanza, di tutte le censure inerenti la riedizione del potere amministrativo, conseguente al giudicato, mediante un unico ricorso giudiziale.

Al giudice dell'ottemperanza spetterà quindi il compito di qualificare le domande formulate dal ricorrente *“distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori”*.

Tale soluzione determinerà la definizione del giudizio d'esecuzione ovvero la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio davanti al giudice competente per la cognizione, in forza dell'art. 32, co. 2, c.p.a..

La conversione del rito è tuttavia possibile esclusivamente nel caso in cui ne sussistano i presupposti, e pertanto l'azione dovrà essere stata proposta nel termine di decadenza previsto dall'art. 41 c.p.a. e non in quello decennale previsto per l'*actio iudicati*.

L'esercizio del potere di conversione del rito, chiarisce l'Adunanza, è affidato esclusivamente al giudice dell'ottemperanza poiché solo a questo, ai sensi degli artt. 21 *septies* l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i. e 114, co. 4, lett. b) c.p.a., è attribuita la competenza *“in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato, per l'accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione di giudicato, e dunque - come si è già evidenziato - della più grave delle patologie delle quali gli atti suddetti possono essere affetti”*.

3. Conclusioni.

La soluzione processuale adottata dall'Adunanza Plenaria, cerca di contemperare l'economia dei mezzi processuali e l'effettività della tutela giurisdizionale, facendo salvi i limiti imposti dalla diversa giurisdizione riservata al G.A. in sede di ottemperanza ovvero in sede di cognizione ordinaria. Come ribadito nella sentenza in esame, l'esigenza di certezza, imposta dal giudicato, anche con riguardo agli effetti conformativi

dello stesso “*non può proiettare l’effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione del potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza*”.

La trattazione unitaria avanti al giudice dell’ottemperanza, con l’eventualità della

conversione del rito, risulta essere, pertanto, l’unico strumento utile per tentare di ovviare ad un sistema di effettività della tutela giurisdizionale che sconta i rigidi limiti, imposti dall’ordinamento, al sindacato dell’attività amministrativa, per salvare il preminente interesse “*della sfera di autonomia e di responsabilità dell’amministrazione*”.

«.....GA.....»

LE AZIONI ESPERIBILI CON IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELL'A.P. DEL CONSIGLIO DI STATO

dell'Avv. Fabio Falco

La recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato afferma il carattere polivalente del giudizio di ottemperanza che, ex art.112 e ss. c.p.a., consente di esperire una pluralità di azioni per realizzare pienamente l'effetto conformativo del giudicato amministrativo.

The recent judgments of the plenary session of Council of State say the character multi-purpose of the judgment of enforcement that, according with the provisions of art.112 et seq. cpa, allows to propose various legal actions to fully realize the effect conformativo of administrative "res judicata".

Sommario: 1.Premessa; 2. Le azioni esperibili con il giudizio di ottemperanza; 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 2/2013 suscita vivo interesse anche perché dà una definizione del giudizio di ottemperanza che, seppure nel solco dei precedenti del medesimo Consesso di cui alle sentenze n. 2, 18 e 24 del 2012 e desunta dalle norme che il c.p.a. dedica alla materia (artt.112-115), presenta senz'altro elementi di novità.

Infatti la decisione citata - partendo dal presupposto che le sentenze del giudice amministrativo devono essere eseguite dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti (art.112, co. 1, da leggersi in endiadi con l'art. 24 Cost. e con i principi enunciati dalla CEDU riguardo alla necessaria effettività della tutela giuridica) - afferma *apertis verbis* che il giudizio di ottemperanza non è rimedio esclusivamente rivolto alla mera attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato ovvero di provvedimenti esecutivi ad essi equiparati, ma anche un rimedio in grado di instaurare un processo di cognizione, tuttavia sottratto al principio del doppio grado di giudizio (che non ha copertura costituzionale, come noto) e sempre regolato dagli artt. 112 e ss. c.p.a. (sentenza in forma semplificata, celerità, possibile nomina di un commissario *ad acta*, libero accesso al

fatto *sub specie* di esercizio di giurisdizione anche di merito, etc.).

2. Le azioni esperibili con il giudizio di ottemperanza.

Prima di capire perché l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto "la attuale polisemicità del "giudizio" e dell' "azione di ottemperanza" per la pluralità di rimedi giurisdizionali che sintetizza", si può sin da ora rilevare che il giudice dell'ottemperanza "deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto" (Cfr. CdS, AP, 15.1.2013, n.2).

Insomma, la disciplina dell'ottemperanza, lungi dal ricondurre la medesima solo ad una mera azione di esecuzione delle sentenze o di altro provvedimento ad esse equiparabile, presenta profili affatto diversi, non solo quanto al "presupposto" (cioè in relazione al provvedimento per il quale si chiedi che il giudice disponga ottemperanza), ma anche in ordine al contenuto stesso della domanda.

Ciò si ricava dal dato normativo del c.p.a., ai sensi del quale il giudizio di ottemperanza può essere esperito per ottenere, innanzitutto, "l'attuazione" delle sentenze o altri provve-

dimenti ad esse equiparati, del giudice amministrativo o di altro giudice diverso da questi, con esclusione delle sentenze della Corte dei Conti (CdS, sez. IV, 26.5.2003 n. 2823; Sez. VI, ord. 24.6.2003 n. 2634) e del giudice tributario, o, più in generale, di quei provvedimenti di giudici diversi dal giudice amministrativo "per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza" (art. 112, co. 2).

Ora, è chiaro che, già in questa ipotesi tradizionale, l'ampiezza della previsione normativa impediva di ricondurre la natura dell'azione a quella di una mera azione di esecuzione.

D'altronde - in vero anche prima della recente novella che si limita a recepire un orientamento giurisprudenziale consolidato - l'azione di ottemperanza può essere validamente intrapresa per conseguire la condanna "al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza" (art. 112, co. 3).

In tale ultima ipotesi, l'azione è evidentemente attratta dal giudizio di ottemperanza, poiché le somme ulteriori, al pagamento delle quali l'amministrazione è tenuta, hanno natura di obbligazioni accessorie di obbligazioni principali, rispetto a quelle per cui si è già pronunciata una precedente sentenza (o un provvedimento equiparato).

Eppure il Legislatore si è spinto oltre, prevedendo che il rito speciale dell'ottemperanza, quale giudice naturale dell'effetto conformativo delle sentenze del G.A., possa essere utilizzato non già solo come attuazione del giudicato, ma anche come autonoma azione di "risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato." (art. 112, co. 3).

In questo caso l'azione, che viene definita risarcitoria dallo stesso Codice, non è rivolta all' "attuazione" di una precedente sentenza o provvedimento equiparato, ma trova in questi ultimi solo il presupposto.

Si tratta, all'evidenza, "di una azione nuova, esperibile proprio perché è l'ottemperanza stessa che non è realizzata, e in ordine alla quale la competenza a giudicare è, per evidenti ragioni di economia processuale e quindi di effettività della tutela giurisdizio-

nale (a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio), attribuita al giudice dell'ottemperanza" (Cfr. CdS, AP, 15.1.2013, n. 2, cit.).

A ciò aggiungasi che l'azione di ottemperanza può essere notificata (a tutte le parti del giudizio da cui promana il provvedimento cui la P.A. deve conformarsi) per ottenere la declaratoria della nullità ovvero l'inefficacia di eventuali atti emanati rispettivamente in violazione o elusione del giudicato ovvero di provvedimenti giurisdizionali esecutivi (art. 114, co. 4).

Pertanto è consentito al ricorrente di poter ottenere - eliminato il diaframma opposto dal provvedimento dichiarato nullo - l'attuazione della sentenza passata in giudicato, ma anche il risarcimento dei danni connessi alla predetta violazione o elusione del giudicato (art. 112, co. 3, ult. parte); danni questi ultimi che possono derivare sia dalla ritardata attuazione del giudicato (per avere invece l'amministrazione emanato un provvedimento nullo), sia direttamente (e distintamente) da tale provvedimento, una volta verificata l'effetto causativo di danno.

Senza dimenticare, inoltre, la possibile ulteriore condanna, su richiesta di parte, al pagamento della somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato, ai sensi del citato art. 114, co. 4, c.p.a. (c.d. *astreinte*, già oggetto di esame in precedenti numeri di questa Rivista).

A tale quadro, va aggiunto il ricorso, ex art. 112, co. 5, c.p.a. proposto al fine di "ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza".

Ebbene, anche tale mezzo di gravame non sembrerebbe presentare caratteristiche che consentano di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza.

Ciò emerge anzitutto dalla stessa terminologia usata dal legislatore, il quale - lungi dall'affermare che è l' "azione di ottemperanza" ad essere utilizzabile in questi casi - afferma che è "il ricorso" introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l'atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile e purtuttavia ne segue il rito ex art. 112 e ss. c.p.a..

Risulta, poi, chiaro che tale peculiare caratteristica dell' "azione per chiarimenti" deriva dalla circostanza che, a differenza dell'azione di ottemperanza, che è naturalmente esperita dalla parte già vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altra procedura a questa equiparabile, in questo caso il ricorso appare proponibile dalla parte soccombente (e segnatamente dalla pubblica amministrazione soccombente nel precedente giudizio).

3. Considerazioni conclusive.

Come è dato osservare, dunque, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, il codice disciplina azioni diverse, al di là della mera - e tradizionale - distinzione inerente la riconducibilità dell' "attuazione" richiesta ad una "esecuzione" della sentenza, ovvero a più ampi ambiti di conformazione della successiva azione amministrativa, in dipendenza del giudicato medesimo.

Conseguentemente si può affermare senz'altro - e ciò deriva non già da una elaborazione ermeneutica di tipo dottrinale ma piuttosto da una esegesi delle norme del codice dettate per tale rito speciale - che il giudizio o azione di ottemperanza non possa essere indicato esclusivamente come un giudizio di esecuzione, ben potendo il G.A. competente

esercitare decisioni di cognizione ed anche di condanna.

In conclusione, è del tutto condivisibile la definizione di tale mezzo di gravame che viene effettuata dal Consiglio di Stato in adunanza Plenaria nella sentenza n. 2/2013, per cui: *"l'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 e ss. c.p.a. (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, co. 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del "giudizio" e dell' "azione di ottemperanza", dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 cost. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 c.p.a., deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto"* (Cfr. CdS, AP, 15.1.2013, n.2, cit.).

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Sez. VI, ord. 8.11.2012, n. 19387

Notificazione a mezzo posta: il foglio stampato dal servizio on line di Poste italiane non può sostituire l'avviso di ricevimento del piego raccomandato.

La Suprema Corte, nel confermare i principi di cui alla sentenza n. 627 del 2008 delle Sezioni Unite circa i termini di produzione, in caso di notifica a mezzo posta, dell'avviso di ricevimento del piego raccomandato contenente la copia del ricorso per cassazione, ha chiarito che, al fine di provare l'avvenuto compimento del procedimento di notificazione con la ricezione dell'atto da parte del destinatario, il foglio stampato dal servizio on line di Poste italiane non può tenere luogo dell'avviso di ricevimento.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.12.2012, n. 6265

Notifica a mezzo del servizio postale: per la tempestività della notificazione occorre aver riguardo al momento della spedizione e non dell'avvenuto recepimento del plico al destinatario.

Nella vicenda in esame il Consiglio di Stato ha rigettato l'eccezione di tardività dell'appello rilevando come occorra avere riguardo al momento della spedizione e non dell'avvenuto recepimento, proprio a tutela dell'onerato. Con l'attuale formulazione dell'art. 149 c.p.c., co. 3 aggiunto dall'art. 2, co. 1 lettera e) della l. 28.12.2005, n.263, secondo cui "la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto", anche se la notifica a mezzo del servizio postale non si perfeziona solo con la spedizione dell'atto, ma richiede anche la consegna del plico al destinatario e l'avviso di ricevimento prescritto, al fine di rispettare il termine decadenziale, come nella specie, è sufficiente comprovare unicamente di avere eseguito l'attività di consegna al servizio postale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 6.12.2012, n. 6261

Il differimento dell'udienza salva l'avvocato che ha depositato tardivamente i documenti innanzi al TAR.

La tardiva produzione documentale per violazione dei termini perentori sanciti dall'art. 73, co. 1, c.p.a. deve essere verificata in relazione all'udienza in cui effettivamente l'affare viene trattenuto in decisione, sicché il differimento dell'udienza impone di computare i termini a ritroso sanciti dal menzionato art. 73 in relazione alla nuova data (cfr. in termini CdS, V, 12.6.2012, n. 3439).

Consiglio di Stato, Sez. V, 6.12.2012, n. 6259

Il giudice dell'esecuzione non può sostituirsi alle scelte di merito pianificatorie rimesse in via esclusiva all'amministrazione.

Il Consiglio di Stato nella vicenda in esame ha ritenuto inammissibili le censure sollevate dal ricorrente nella parte in cui sollecitano il giudice amministrativo a sostituirsi alle scelte di merito pianificatorie rimesse in via esclusiva all'amministrazione e sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo; invero, come evidenziato dalla più recente giurisprudenza, il giudice amministrativo, anche se adito in sede di esecuzione del giudicato e dunque in uno dei casi di giurisdizione di merito tassativamente indicati dall'art. 134 c.p.a., non deve superare il limite esterno della propria giurisdizione allorquando sia chiamato ad esercitare (come nel caso di specie), un'attività cognitoria di legittimità e non realmente esecutiva del giudicato (cfr. Cass., Sez. Un., 19.1.2012, n. 736; Sez. Un., 9.11.2011, n. 23302; successivamente, nella giurisprudenza amministrativa, CdS, IV, 29.8.2012, n. 4638).

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.11.2012, n. 5846

Condanna della P.A. al risarcimento del danno: se l'atto amministrativo è illegittimo grava sulla P.A. l'onore di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile.

L'illegittimità dell'atto amministrativo già costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile (CdS, V, 31.10.2008, n. 5453). La giurisprudenza ha sottolineato, più ampiamente (cfr. ad es. CdS, VI, 9.3.2007 n. 1114 e 9.6.2008 n. 2751), che al privato danneggiato da un provvedimento illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'amministrazione. Questi può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 del c.c.. E spetta a quel punto all'amministrazione dimostrare, se del caso, di essere incorsa in un errore scusabile (cfr., tra le tante, CdS, IV, 12.2.2010, n. 785; V, 20.7.2009, n. 4527). Nel caso di specie, però, la parte pubblica onerata non ha addotto alcuna significativa incertezza interpretativa che potesse giustificare il suo operato. D'altra parte, la Corte di Giustizia dell'U.E. ha recentemente chiarito che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione. E questo anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un ipotetico difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30.9.2010, proc. C-314/09).

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2012, n. 5708
La mancata esecuzione del giudicato consente di agire per il risarcimento del danno in sede di giudizio di ottemperanza.

La domanda risarcitoria ben può essere correttamente proposta in sede di ottemperanza in quanto, in coerenza con il disposto dell'art. 112, co. 3, del c.p.a., ha ad oggetto solo il

pregiudizio cagionato dalla mancata esecuzione del giudicato.

La tutela reintegratoria di cui a detta ultima norma ha quale presupposto il dato oggettivo della mancata attuazione della statuizione giurisdizionale e non richiede l'addebitabilità dell'inesecuzione o dell'impossibilità di attuazione a colpa della pubblica amministrazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.11.2012, n. 5658
Abbandono del giudizio: il rinunziante deve pagare le spese degli atti di procedura compiuti, salvo che il collegio, avuto riguardo ad ogni circostanza, ritenga di compensarle.

Come prevede espressamente l'art. 84 del codice del processo amministrativo (e già prima l'art. 46 del R.D. 17.8.1907, n. 642, di approvazione del regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), "la parte può rinunciare al ricorso in qualunque stato e grado della controversia, mediante dichiarazione sottoscritta da essa stessa o dall'avvocato munito di mandato speciale e depositata nella segreteria, o mediante dichiarazione resa in udienza e documentata nel relativo verbale. Il rinunziante deve pagare le spese degli atti di procedura compiuti, salvo che il collegio, avuto riguardo ad ogni circostanza, ritenga di compensarle. La rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse non si oppongono, il processo si estingue". L'abbandono del ricorso è quindi rimesso integralmente a colui che agisce, ed è sottoposto alle sole condizioni della provenienza dalla parte, o dal suo procuratore all'uopo espressamente autorizzato, e dell'intervenuta conoscenza della controparte dell'atto di rinuncia, conoscenza da conseguirsi in modo formale (e quindi con notifica o dichiarazione agli atti, come indica la norma, ma anche mediante altre forme equipollenti, quali il deposito in udienza dell'atto di rinuncia sottoscritto dalla parte personalmente, ex multis CdS, IV, 17.1.2002, n. 244; o anche con dichiarazione sottoscritta dalla ricorrente e, per adesione, anche dalle difese delle altre parti costituite). Intervenute le dette formalità, spetta infine al giudice pronunciare, espressamente ed a seguito di un

accertamento che coinvolga la presenza dei detti requisiti, l'estinzione del giudizio, permanendo, fino a quel momento, il potere del rinunciante di revocare il proprio atto. Effetto della rinuncia è pertanto, dal lato sostanziale, quello di determinare la cristallizzazione della situazione dedotta al momento anteriore della proposizione del ricorso, dall'altro lato, di carattere schiettamente processuale, quello di comportare l'obbligo di provvedere al rimborso delle spese sostenute dalla controparte (che tuttavia costituisce una posizione disponibile delle parti costituite, potendovi queste rinunciare).

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.10.2012, n.5350
Nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della pubblica amministrazione le controversie relative alla determinazioni dei corrispettivo appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nel giudizio in esame si discute della legittimità della deliberazione del Comune inerente la determinazione dei corrispettivi di esercizio del servizio di trasporto pubblico.

Il Comune sostiene che, non sussistendo alcuna discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, la causa rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario. Il Consiglio di Stato non condivide tale eccezione in quanto nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della pubblica Amministrazione, le controversie relative alla determinazioni dei corrispettivo appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ed invero, 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 anche di questa Sezione, da cui non vi è motivo di discostarsi, nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della pubblica amministrazione, le controversie relative a tali determinazioni appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Inoltre, come correttamente ritenuto dal giudice di prime cure, la delibera regionale impugnata dispone un vero e proprio finanziamento pubblico, talchè costituisce in ogni caso "esercizio di un ampio potere dell'amministrazione a fronte del quale le posizioni soggettive dei soggetti beneficiari (o esclusi dal beneficio) indubbiamente si qualificano come interessi legittimi". Non vi è alcun dubbio, quindi, che nel caso di specie sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

TAR Calabria, R.C., Sez. I, 16.11.2012, n. 671
Per la rappresentanza in giudizio dell'Ente non serve più l'autorizzazione della Giunta comunale.

Ai fini della rappresentanza in giudizio dell'Ente, l'autorizzazione alla lite da parte della Giunta Comunale non costituisce più, in linea generale, un atto necessario ai fini dell'agire o del resistere in giudizio. Infatti nel nuovo ordinamento delle autonomie locali, in un sistema in cui il Sindaco trae direttamente la propria investitura dal corpo elettorale e costituisce egli stesso la fonte di legittimazione degli Assessori che compongono la Giunta (più diffusamente sul punto TAR Salerno, I, 24.9.2012 n. 1674), l'autorizzazione da parte di quest'ultima non ha più ragion d'essere.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Sul patrocinio c.d. autorizzato degli enti lirici (ora, fondazioni di diritto privato) (Parere prot. 297282 del 23.7.2012, AL 16227/12, Avv. Maria Elena Scaramucci).

RISPOSTA

Con nota del 16.4.u.s. codesta Avvocatura esponeva di avere rilevato che il patrocinio della Fondazione (...), che per l. e per Statuto dello stesso Ente è attribuito all'Avvocatura dello Stato, viene da tempo affidato, se pur in relazione a singole controversie, ad avvocati del libero foro, senza alcuna motivazione in ordine alla sussistenza di particolari ragioni giustificative di tale deroga. Anche al fine di stabilire per tutti gli enti lirici, dopo la loro trasformazione in fondazioni di diritto privato, un indirizzo uniforme in materia di patrocinio c.d. autorizzato, chiedeva, quindi, alla Scrivente di chiarire quale atteggiamento si dovesse assumere nei confronti (...) in relazione alla problematica sopra evidenziata.

Prima di passare all'esame del quesito, si ritiene opportuno richiamare i presupposti e il contenuto del patrocinio previsto dal R.D. n. 1611 del 1933, come modificato dalla l. n. 103 del 1979, che distingue le ipotesi della "rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato" da quelle sulla "assunzione da parte dell'Avvocatura dello Stato della rappresentanza e difesa di amministrazioni non statali". Nella prima ipotesi è previsto che nessuna amministrazione statale possa richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso

il parere dell'Avvocato generale dello Stato, secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei Ministri.

Nella seconda ipotesi, di cui all'art. 43, co. 1, è previsto che "L'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa ... di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela o anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di l., di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto".

I coo. 3 e 4 dell'art. 43 disciplinano direttamente i requisiti per la valida dispensa dal patrocinio obbligatorio ed indirettamente i presupposti per la valida nomina di un professionista del libero Foro. Secondo i principi generali espressi nella circolare dell'Avvocatura Generale n. 46/2002 in merito alla natura e agli effetti del patrocinio, oltre che sulla scorta della conforme giurisprudenza della S.C., del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, l'affidamento da parte dell'Ente pubblico di un incarico a un avvocato del libero Foro ha carattere di specialità, e deve essere supportato dall'esistenza di oggettive e inderogabili esigenze, nonché da adeguata motivazione.

La mancata deliberazione da parte dell'Ente, l'inesistenza della motivazione o la mancata sottoposizione della deliberazione dismissiva all'organo di vigilanza, integrando una violazione del sistema normativo di cui al predetto art. 43, determinano l'invalidità del mandato e il conseguente difetto di ius postulandi del difensore, che condurrebbe alla nul-

lità di tutte le attività processuali svolte, con conseguente prevedibile danno erariale.

Ciò premesso, si ricorda che con il d.lgs del 29.6.1996 n. 367 è stato disposto l'avvio alla trasformazione degli Enti Lirici in Fondazioni di diritto privato, mentre l'art. 1 del d.l. 24.11.2000 n. 345 (convertito in L. 26.1.2001 n. 6) ne ha stabilito la trasformazione effettiva a decorrere dal 23.5.1998. Il co. 3 della citata norma prevede che la Fondazione, che è dotata di uno statuto che ne specifica le finalità, può continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Come noto, lo Statuto della Fondazione (...) (adottato dal CdA della stessa Fondazione nella seduta del 6.5.1999 e approvato con d.m. 15.6.1999) ha previsto all'art. 20, testualmente che: "La Fondazione si avvale della consulenza e del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 134/1998, salva diversa deliberazione del Consiglio di Amministrazione". Può, pertanto, affermarsi che, nei confronti (...), non vi sia stata, a seguito della riforma, soluzione di continuità nel rapporto di patrocinio autorizzato con l'Avvocatura dello Stato. Nonostante quanto sopra premesso, osserva la Scrivente che il comportamento della Fondazione nei confronti di codesta Avvocatura induce a ritenere che la stessa interpreti la citata disposizione statutaria, non alla stregua del dato normativo sopra ricordato (art. 43, coo. 3 e 4), ma nel senso della possibilità che il patrocinio erariale possa essere derogato mediante deliberazione del Consiglio di amministrazione ogniqualvolta quest'ultimo, in base a proprie insindacabili valutazioni, lo ritenga opportuno.

Ricordato che anche per la Fondazione (...) - in quanto ente pubblico finanziato dallo Stato e sottoposto alla vigilanza dello Stato - si pone l'esigenza di evitare un aggravio di spese per la difesa in giudizio, essendo il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sostanzialmente gratuito, si ribadisce che la portata della norma statutaria non può eccedere quelli che sono i limiti tracciati dal chiaro dettato normativo sopra richiamato, secondo il quale, anche nel caso di patrocinio c.d. autorizzato, la rappresentanza e la difesa ... sono assunte dall'Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva. Caratteri fondamentali e inde-

rogabili del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, infatti, sono quelli della organicità e della esclusività consistenti, rispettivamente, nello stabilirsi col rapporto di patrocinio - sia obbligatorio che autorizzato - di un rapporto di immedesimazione organica col soggetto patrocinato, sicchè nell'ambito di tale rapporto il soggetto patrocinato è rappresentato, per ogni profilo e senza necessità di specifico mandato, dall'Avvocatura dello Stato ed è nell'impossibilità di affidare il proprio patrocinio a legale diverso dall'Avvocatura dello Stato o di affiancare a quest'ultima altro legale del libero Foro (artt. 5, co. 1, e 43, co. 4, R.D. 1611/33). Ambedue i sottolineati caratteri hanno la loro ragion d'essere nell'esigenza di unicità e coerenza di indirizzi che potrebbe venir compromessa dall'eventualità o di approntare, di volta in volta, per svolgere scelte di gestione processuale, specifiche direttive o di svolgere difese non coerenti con gli indirizzi generali di istituto, conformi alla tutela generale dei pubblici interessi necessariamente informata a criteri di uniformità interpretativa ed applicativa della legalità. Alla luce di quanto sopra esposto, la Scrivente ritiene che la norma statutaria autorizzatoria, sia se inserita in un provvedimento normativo che in un provvedimento amministrativo, non possa contenere altro che la previsione dell'estensione dei compiti dell'Avvocatura dello Stato ontologicamente dovuti per le amministrazioni dello Stato anche ad altri enti diversi dalle amministrazioni statali.

Non è quindi consentito alla Fondazione di autodeterminarsi in ordine all'affidamento del patrocinio ad avvocati del libero Foro al di fuori delle condizioni poste dalla l., ossia in presenza di oggettive e inderogabili esigenze, previa deliberazione sorretta da adeguata motivazione. Viene da parte di codesta Avvocatura [distrettuale] segnalata, tuttavia, la difficoltà in cui l'ufficio potrebbe venire a trovarsi nell'assumere la difesa della Fondazione ove la consistenza del relativo contenzioso tornasse a livelli incompatibili con l'attuale organico presente in sede.

A prescindere dalle ipotesi regolate dall'art. 417 bis cpc (controversie individuali di lavoro), in merito alle quali si è espresso il Comitato consultivo in data 10.2.2010, si osserva

che nulla osta a che una diversa motivata delibera (sempre necessaria) da parte del Consiglio di Amministrazione della Fondazione riguardi non un'unica controversia, bensì un gruppo ben definito e omogeneo di giudizi (casi comunque "speciali"), nell'ipotesi in cui non si possa ricorrere - ad esempio, per impossibilità dell'amministrazione di fornire adeguato supporto, o altre motivate ragioni - agli strumenti "ordinari" individuati negli artt. 2 e 3 del T.U. n. 1611/33.

Il Comitato consultivo si è di recente espresso in argomento in data 20.10.2011, affermando che lo strumento della delibera di "carattere generale" può essere attivato laddove, in considerazione dell'Autorità giudiziaria dinanzi alla quale i giudizi pendono (natura del Giudice; sua ubicazione), dell'oggetto delle cause (non particolare rilevanza economica e/o giuridica; ripetitività), dei tempi del giudizio, il ricorso a patrocinatore privato assicuri in determinati casi e in presenza di peculiari circostanze di fatto (a titolo meramente esemplificativo, la contiguità con l'amministrazione e con il Foro, tali da rendere più celere e agevole l'istruttoria e più facile la presenza in udienza) una più pratica difesa della parte pubblica e si risolva, in ultima analisi, in una soluzione pienamente conforme all'interesse pubblico.

Come in quella sede è stato anche sottolineato, una simile scelta - da intendersi sempre eccezionale, come l'art. 43 prescrive - non potrebbe che essere concordata con l'Avvocatura dello Stato (ed eventualmente sottoposta, ove previsto, all'Organo di vigilanza) a seguito di un attento e scrupoloso esame, ferma restando in singoli casi la possibilità di eccezione per particolari ragioni che rendano invece preferibile il ricorso all'Avvocatura. Nulla osta, inoltre, a che tali accordi vengano trasfusi in una convenzione sul modello di quella già conclusa con altri Enti pubblici ammessi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, vincolante per entrambe le parti, eventualmente con l'intervento dell'autorità di vigilanza. Sulla questione è stato sentito il Comitato consultivo, che si è espresso in conformità nella seduta del 19.7.2012.

«.....GA:.....»

DOMANDA

Ammissione degli stranieri al servizio civile nazionale (Parere prot. 298530 del 24.7.2012, AL 12735/12, Avv. Gianna Maria De Socio).

RISPOSTA

1. Con la nota indicata a margine codesto Ufficio espone che: - a seguito della pubblicazione del bando per la selezione di 10.481 volontari da impiegare in progetti di servizio civile (pubblicato nella G.U. 75 del 20.9.2011), sono stati presentati due ricorsi proposti da due stranieri, rispettivamente dinanzi al Tribunale di Brescia e al Tribunale di Milano, con i quali - ai sensi dell'art. 44 d.lgs 286/1998, come modificato dalla L. 189/2002 - è stata denunciata la natura asseritamente discriminatoria della clausola del predetto bando, nella parte in cui ammette i soli cittadini italiani alla selezione suddetta; - di detti giudizi l'uno (quello instaurato a Milano) si è chiuso in primo grado con una decisione sfavorevole all'Ufficio, con la quale è stato dichiarato discriminatorio l'art. 3 del bando; sono state sospese le procedure di selezione, ed è stato ordinato all'amministrazione di "modificare il bando nella parte in cui richiede il requisito della cittadinanza, consentendo l'accesso agli stranieri soggiornanti regolarmente in Italia e di fissare un nuovo termine per la presentazione delle domande"; la decisione suddetta, impugnata dall'Ufficio, è stata sospesa dalla Corte d'Appello con riferimento "all'ordine di sospensione delle procedure di selezione..." e ad "ogni conseguente pronuncia ordinatoria derivante"; il giudizio pende tuttora; - l'altro giudizio promosso dinanzi al Tribunale di Brescia (rimesso alla III sezione civile da quella Lavoro originariamente adita), è stato definito in primo grado con una sentenza (trasmessa alla Scrivente con la nota del 10.5.2012), che ha respinto il ricorso. Per le vie brevi codesta amministrazione ha fatto sapere che avverso la sentenza è stato proposto appello (con udienza indicata in citazione il 20.11.2012).

2. In relazione alla sopra descritta situazione di fatto, codesto Ufficio espone altresì che, avendo concluso le procedure relative al

bando ordinario sopra specificato, “dovrebbe procedere alla pubblicazione sul sito istituzionale dell’avviso recante le date entro le quali gli enti devono far pervenire il progetto per l’accompagnamento dei grandi invalidi e dei ciechi civili e successivamente emanare il Bando Straordinario per la selezione dei volontari da impiegare nei suddetti progetti, individuando i requisiti per la partecipazione alle selezioni”, precisando che “il descritto problema si pone anche in vista della imminente pubblicazione del bando per la selezione dei volontari da impiegare nei progetti autofinanziati da soggetti privati”. 3. Si chiede pertanto il parere della Scrivente in ordine alla possibilità di indire nuovi bandi senza prevedere l’ammissione degli stranieri al servizio civile, tenuto conto che l’esecuzione dell’ordinanza del Tribunale di Milano comporterebbe il problema di chiarire in cosa consista la “regolare residenza in Italia” del cittadino straniero. 4. Tanto premesso, limitando le successive considerazioni alla posizione degli stranieri extracomunitari, ai quali si riferiscono le controversie che hanno dato luogo alla richiesta di parere, si osserva quanto segue. 5. La sentenza del Tribunale di Milano aveva - dichiarato il carattere discriminatorio dell’art. 3 del Bando; - sospeso le procedure di selezione; - ordinato all’amministrazione di “modificare il bando nella parte in cui richiede il requisito della cittadinanza, consentendo l’accesso agli stranieri soggiornanti regolarmente in Italia e di fissare un nuovo termine per la presentazione delle domande”.

La decisione suddetta è stata sospesa dalla Corte di Appello con specifico riferimento “all’ordine di sospensione delle procedure di selezione ...” e ad “ogni conseguente pronuncia ordinatoria derivante”¹; sicché sembra che la decisione di primo grado sia stata sospesa per quello che riguarda gli effetti or-

dinatori e non per quanto concerne il contenuto dichiarativo, ciò facendo venir meno, fino all’esito del giudizio di merito (la cui prossima udienza è fissata per il 22.11.2012), l’esecutività della stessa e gli obblighi conseguenti con riferimento alla procedura concorsuale per cui è causa. 6. Sotto un profilo più generale, si osserva che la clausola del bando che ammette i soli cittadini italiani alla selezione per il servizio civile - ritenuta dal Tribunale di Milano comportamento discriminatorio ai sensi dell’art. 44 d.lgs. 286/98 (come modificato dalla l. 189/2002) - è stata invece considerata legittima e non discriminatoria da altri giudici di merito (tra altri dal Tribunale di Brescia, con la sentenza rimessa con la nota del 10.5.2012). 7. Oltre a ciò si deve rilevare che la riserva ai soli cittadini dell’accesso al servizio civile è prevista dall’art. 3 co. 1 del d.lgs. 5.4.2002 n. 77 (Disciplina del Servizio civile a norma dell’art. 2 della l. 64/2001) che prevede quanto segue: “Requisiti di ammissione e durata del servizio. 1. Sono ammessi a svolgere il servizio civile, a loro domanda, senza distinzioni di sesso i cittadini italiani, muniti di idoneità fisica, che, alla data di presentazione della domanda, abbiano compiuto il diciottesimo anno di età e non superato il ventesimo”. Con riferimento a tale norma non è stato aperto incidente di costituzionalità, sicché la norma suddetta - la quale crea per l’amministrazione un diretto vincolo non suscettibile di applicazione discrezionale - è tuttora vigente ed efficace. Si aggiunga a ciò che una ipotetica censura di incostituzionalità del richiamato art. 3 co. 1 del d.lgs. 5.4.2002 n. 77 prevedibilmente non troverebbe avallo presso la Consulta, la quale si è ripetutamente pronunciata sulla peculiare natura del servizio civile, chiarendo che le norme sul servizio civile “trovano fondamento, anzitutto, nell’art. 52 della Costituzione ... che configura la difesa della Patria come sacro dovere del cittadino, il quale ha una estensione più ampia dell’obbligo di prestare servizio militare. ... In questo contesto deve l’rsi pure la scelta legislativa che, a seguito della sospensione della obbligatorietà del servizio militare ... configura il servizio civile come l’oggetto di una scelta volontaria, che costituisce adempimento del dovere di solidarietà

¹ (1) Infatti dal verbale di udienza risulta che “gli appellati non si oppongono alla sospensione degli effetti della decisione impugnata per la sola parte in cui ordina alla Presidenza ... di sospendere le procedure di selezione e di modificare il bando 20.9.2011, ferma restando ogni altra statuizione e in particolare gli effetti dell’accertamento circa il carattere discriminatorio della esclusione degli stranieri”.

(art. 2 della costituzione), nonché di quello di concorrere al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 cost., co. 2). ... In questo contesto, il servizio civile tende a proporsi come forma spontanea di adempimento del dovere costituzionale di difesa della Patria” (Corte cost. 16.7.2004, n. 228, richiamata e ribadita da Corte cost., 2.12.2005, n. 431). Alla luce di tali principi si ritiene che ben difficilmente un ipotetico vaglio costituzionale della norma suddetta potrebbe concludersi sfavorevolmente, travolgendo la legittimità di eventuali bandi emessi sulla base della predetta disposizione; il che - a parere della Scrivente - porta anche ad escludere la natura discriminatoria (ai sensi dell’art. 44 d.lgs 286/1998) della clausola del bando che riserva ai soli cittadini l’accesso al servizio civile.

8. Un ipotetico obbligo di disapplicazione diretta della norma da parte di codesta amministrazione potrebbe venire, in astratto, dalla sua eventuale incompatibilità con norme comunitarie direttamente efficaci o trasposte, sicchè è opportuno valutare anche tale aspetto al fine di rendere il richiesto parere. Al proposito vengono in rilievo la dir. 2000/43/CE (Direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica) e la dir. n. 2000/78/CE (concernente la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), recepite con i d.lgs. 215 e 216 del 2003. Per quanto concerne la dir. 2000/43/CE, l’art. 3 (Campo di applicazione) precisa che “La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all’ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati”. Tali principi sono stati ribaditi anche in sede di recepimento, infatti il d.lgs. n. 215/2003 prevede (art. 3) che il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza e di origine etnica si applichi a tutte le persone, sia nel settore pubblico che privato, e sia suscettibile di tutela giurisdizionale, con specifico riferimento alle seguenti aree: a) accesso all’occupazione e al lavoro, sia auto-

nomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni di licenziamento; c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; d) affiliazione e attività nell’ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime; e) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; f) assistenza sanitaria; g) prestazioni sociali; h) istruzione; i) accesso a beni e servizi, incluso l’alloggio. Tuttavia la medesima norma precisa che “il presente d.lgs non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all’ingresso, al soggiorno, all’accesso all’occupazione, all’assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla l., derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti”.

D’altra parte anche la dir. n. 2000/78/CE (che riprende le diverse tipologie di discriminazioni individuate dalla direttiva n. 2000/43, applicandone il divieto, con specifico riferimento all’occupazione ed alle condizioni di lavoro, ad una serie di situazioni eterogenee, quali religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali) non riguarda, neanche essa, le differenze di trattamento basate sulla nazionalità, aspetto questo confermato anche dal d.lgs. 216/2003 che di tale direttiva costituisce trasposizione.

Tale ambito di applicazione, unitamente alla considerazione della peculiare natura del servizio civile, non riconducibile al rapporto di lavoro (cfr. Corte Cost. 2004, n. 228), a parere della Scrivente esclude la rilevanza, in materia, di profili comunitari. In relazione a quanto sopra, pertanto, si può concludere che l’art. 3 co. 1 del d.lgs. 5.4.2002 n. 77 non appare incompatibile con la richiamata normativa comunitaria, il che esclude una sua diretta disapplicabilità (per tale ragione) da parte dell’amministrazione.

9. In conclusione alla luce degli esposti principi e tenuto conto delle norme vigenti (che

peraltro, a quanto consta, potrebbero essere oggetto di modifica da parte del legislatore), a parere della Scrivente nulla osta alla indicazione di nuovi bandi contenenti la clausola di riserva ai soli cittadini dell'accesso al servizio civile in conformità all'art. 3 co. 1 del d.lgs. 5.4.2002 n. 77, essendo quest'ultima norma in vigore ed efficace, non in contrasto con principi comunitari (in quanto tale non disapplicabile dall'Amministrazione), e non manifestamente contrastante con i parametri costituzionali, ciò sembrando anche sufficiente - in via di principio - ad escludere che da essa possano essere indotti comportamenti

potenzialmente discriminatori.

In tale contesto anche in caso di ipotetica soccombenza dell'amministrazione in singoli giudizi intrapresi da soggetti non cittadini per accedere alla selezione, detta soccombenza non sarebbe di per sé sufficiente - in presenza di una siffatta norma di legge efficace e vincolante - a giustificare una eventuale modifica dei bandi né lo stralcio della clausola che a tale norma di legge si conforma. Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo di cui all'art. 26 della l. 3.4.1979 n. 103, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CONVERTITO IN LEGGE IL DECRETO SVILUPPO: LE NOVITÀ

La Camera ha approvato in via definitiva nella seduta del 13.12. il disegno di l. C. 5626 di conversione del d.l. n. 179 del 2012, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese. Il provvedimento contiene numerose disposizioni riguardanti, prevalentemente, l'attuazione dell'Agenda digitale italiana e la promozione della competitività del Paese. In particolare per quanto concerne l'attuazione dell'Agenda digitale italiana viene introdotto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere disponibili i dati pubblici in formato aperto. Inoltre viene autorizzata la spesa di 150 milioni di euro per il 2013, per il completamento del Piano nazionale banda larga nell'intero territorio nazionale nonché la semplificazione delle procedure e delle autorizzazioni delle operazioni di scavo per le infrastrutture a banda larga e ultralarga. Viene poi esteso l'obbligo di consentire pagamenti elettronici alle imprese pubbliche, in particolare agli operatori che erogano o gestiscono servizi pubblici, con esclusione, però, delle Agenzie fiscali. Nel settore giustizia vengono incentivate le comunicazioni e le notificazioni per via telematica. Importanti novità attengono poi al particolare regime giuridico di vantaggio per le imprese start-up innovativa, che si caratterizzano per una prevalenza di spesa destinata alla ricerca e allo sviluppo al fine di sviluppare servizi innovativi ad alto valore tecnologico, e per l' incubatore di start-up innovativa, inteso come società che offre servizi per la nascita delle stesse start up. In particolare sono previste deroghe al diritto societario (stabilendo, ad esempio, l'estensione di dodici mesi del periodo di c.d. "rinvio a nuovo" delle perdite, la disapplica-

zione della disciplina in materia di società di comodo e in perdita sistemica), l'esenzione da imposizione fiscale e da oneri contributivi di parte del reddito di lavoro derivante agli amministratori e dipendenti, l'applicazione del credito di imposta per le nuove assunzioni di profili altamente qualificati, nonché incentivi fiscali a favore di coloro che investono nel capitale sociale di imprese "stat up innovative". Nuove disposizioni intervengono anche in materia di servizi pubblici locali, prevedendo specifici termini entro i quale gli affidamenti in essere devono adeguarsi alla normativa comunitaria nonché la cessazione al 31.12.2020 degli affidamenti diretti assentiti alla data del 1.10.2003, se privi di scadenza. Viene confermata l'esclusione dall'applicazione di tali disposizioni dei settori del gas, dell'energia elettrica e delle farmacie comunali (*Camera dei deputati, informativa del 13.12.2012*).

«..... GA.....»

PUBBLICATO IL RAPPORTO GENERALE SULL'AVVIO DEL CICLO DI GESTIONE DELLA PERFORMANCE 2012

La Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni pubbliche ha pubblicato il Rapporto generale che fornisce un quadro sintetico delle risultanze dell'analisi condotta sui Sistemi di misurazione e valutazione della performance, sui Piani della performance, sui Programmi triennali per la trasparenza e l'integrità e sugli Standard di qualità nell'anno 2012. Il rapporto illustra la situazione complessiva delle amministrazioni centrali, individuando la posizione di ciascun

comparto, le criticità ed eventuali miglioramenti conseguiti da ciascuna amministrazione. Il rapporto contiene riflessioni e osservazioni per il superamento delle criticità riscontrate e la valorizzazione dei buoni esempi esistenti (**Civit, Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della performance 2012, pubblicato il 12.12.2012**).

«..... GA.....»

COLLABORAZIONI A PROGETTO: IL MINISTERO CHIARISCE I REQUISITI DI AMMISSIBILITÀ

Con la circ. n. 29/2012 il Ministero fornisce chiarimenti sulle nuove disposizioni introdotte dalla l. n. 92 del 28.6.2012 in materia di collaborazioni a progetto.

La circolare si sofferma in particolare sui requisiti di ammissibilità di una co.co.pro., quali il risultato finale da raggiungere e la non coincidenza con l'oggetto sociale del committente, fornendo al contempo indicazioni al personale ispettivo su come impostare la vigilanza su tale tipologia contrattuale. Sotto questo profilo, peraltro, la circolare riporta un elenco di attività che, comportando lo svolgimento di "compiti meramente esecutivi o ripetitivi", risultano poco compatibili con un contratto di co.co.pro. e perciò oggetto di possibile contestazione (**Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, circolare n. 29 del 11.12.2012**).

«..... GA.....»

CONVERTITO IN LEGGE IL DECRETO-LEGGE SUGLI ENTI TERRITORIALI

Il 7.12.2012 è stato approvato definitivamente dal Parlamento il ddl di conversione del d.l. sugli Enti territoriali (AC 5520-B) "Conversione in l., con modificazioni, del decreto-l. 10.10.2012, n. 174, recante disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel.5.2012. Proroga di termine per l'esercizio della delega legislativa" (**Funzione Pubblica, comunicato del 7.12.2012**).

«..... GA.....»

ORA LEGALE: IN G.U. ANTICIPATA L'ORA NORMALE DI SESSANTA MINUTI PRIMI DALLE ORE DUE DI DOMENICA 31.3.2013 ALLE ORE TRE DI DOMENICA 27.10.2013

In attuazione della direttiva direttiva 2000/84/CE del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea, concernente le disposizioni relative all'ora legale, adottata il 19.1.2001, con il d.P.C.M. del 18.9.2012 l'ora normale è anticipata, a tutti gli effetti, di sessanta minuti primi dalle ore due di domenica 31.3.2013 alle ore tre (legali) di domenica 27.10.2013 (**DPCM del 18.9.2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 266 del 14.11.2012**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA SPONSORIZZAZIONE PASSIVA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DALLE ORIGINI ALL'ATTUALE CRISI ECONOMICA

del Dott. Alessio Cantone

In uno scenario politico-economico a tinte fosche, dove le casse delle amministrazioni pubbliche sono sempre più vuote, diventa inevitabile ricorrere a forme di collaborazione con imprenditori privati. A questo punto ci si chiede quale potrà essere il ruolo del contratto di sponsorizzazione, quale istituto ed esempio rientrante nella categoria generale del partenariato pubblico privato? La ricerca spasmodica di risorse finanziarie come inciderà sulla difficile ed annosa convivenza del contratto di sponsorizzazione, al netto degli ultimi interventi legislativi, all'interno del codice dei contratti pubblici?

In the current gloomy economic scenario, given that public funds have been considerably decreasing, it is indispensable to carry out cooperation projects with private undertakings. This raises the following questions: what may be the role played by the sponsorship agreement as tool falling within the general category of the public-private partnership? How may the research of funds impact on the "uneasy marriage" between the sponsorship contract (regardless of the recent legislative measures) and the public contracts code?

Sommario: 1. La sponsorizzazione: un avvio problematico. 2. La natura del contratto di sponsorizzazione. Il principio di legalità quale falso ostacolo per la sua attuazione. 3. La sponsorizzazione passiva e la difficile convivenza con il principio di imparzialità nella scelta dello sponsor. 4. La deliberazione Avcp n. 9 dell'8.2.2012 e l'intervento "ambiguo" del legislatore.

1. La sponsorizzazione: un avvio problematico.

Il difficile decollo dell'istituto della sponsorizzazione nel corso degli anni potrebbe essere ascritto, tra l'altro, ad una disciplina legislativa molte volte parziale, lacunosa e perlopiù contenuta in fonti normative non omogenee. Basti pensare, infatti, alla prima norma disciplinante il fenomeno, avente per lo più carattere speciale come l'art. 8, l. 6.8.1990, n. 223, recante "disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato", che recepiva la direttiva CEE 552/1989 (... sempre di carattere speciale la disciplina fiscale del mecenatismo culturale di cui all'art. 38, l. 21.11.2000, n. 342) che anticipava di quasi dieci anni quello che sarebbe stato il primo intervento legislativo volto a regolamentare in

generale e in modo organico il ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni allo strumento della sponsorizzazione, inteso come mezzo idoneo all'acquisizione di nuove risorse finanziarie, avutosi con l'art. 43 l. 27.12.1997, n. 449¹.

Detta norma, al dichiarato scopo di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa, ottenere una migliore qualità dei servizi da prestare e realizzare maggiori economie, ha riconosciuto a tutte le Pubbliche amministrazioni la possibilità di stipulare contratti di sponsorizzazione e accordi di collaborazioni sia con soggetti privati che con associazioni ma, per queste ultime, a condizio-

¹ G. FERRARI, I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione, Giur. merito, 2011,01 (06)

ne che non perseguano scopi di lucro e siano costituite con atto notarile.

Al tempo stesso ha però imposto precise condizioni all'esercizio di tale facoltà, nel senso che essa: *a)* deve essere diretta al perseguimento di interessi pubblici; *b)* non ingenerare situazioni di conflittualità di interessi fra l'attività pubblica e quella privata; *c)* comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti.²

Un'ulteriore causa di resistenza nell'utilizzo della sponsorizzazione è rappresentato dalla difficoltà nel valorizzare l'oggetto della sponsorizzazione, nel senso di "fissare un prezzo di scambio" per l'evento, il progetto di comunicazione o, in senso più ampio, il servizio della pubblica amministrazione al quale si vuole associare l'immagine dello sponsor.

D'altronde, gli obblighi dello *sponsee* sono molto spesso intangibili consistendo nel non meglio definibile "impegno" a diffondere l'immagine dello sponsor, a darne visibilità. Questa difficoltà agisce in un doppia direzione: dalla parte delle imprese rende complicato il calcolo del possibile ritorno sugli investimenti; dalla parte delle amministrazioni, inserisce elementi di imprevedibilità che sono incompatibili con i meccanismi di pianificazio-

² I risparmi così ottenuti dovevano essere ripartiti: *a)* una quota degli stessi, pari al 5%, deve essere destinata ad incrementare gli stanziamenti diretti alla retribuzione di risultato dei dirigenti appartenenti al centro di responsabilità che ha ottenuto il risparmio, in sostanza un premio per il modo in cui è stata gestita la struttura e sono state valorizzate le sue potenzialità; *b)* una quota pari al 65% resta nelle disponibilità di bilancio dell'Amministrazione che ha stipulato il contratto di sponsorizzazione; *c)* la rimanente parte costituisce economia di bilancio. Peraltro, per le quote *suba)* e *subb)* ha disposto che esse siano versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere poi riassegnate, per le predette finalità, con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora dell'economia e delle finanze). Ha anche posto due limiti precisi a detta disciplina (co. 2), nel senso che essa non si applica: *a)* ai casi in cui le sponsorizzazioni e gli accordi di collaborazione sono diretti a finanziare interventi, servizi o attività non inseriti nei programmi di spesa ordinari; *b)* alle sponsorizzazioni e agli accordi con i privati delle amministrazioni dei beni culturali e ambientali e dello spettacolo, la cui regolamentazione deve intendersi ancora affidata alle disposizioni particolari già dettate per i suddetti settori.

ne previsti per la costruzione dei bilanci pubblici. Ancora, le amministrazioni hanno incontrato difficoltà ad assolvere le procedure per il rispetto dei vincoli di destinazione dei risparmi di spesa generati dalla sponsorizzazione, in parte riservati a incrementare gli stanziamenti diretti alla retribuzione di risultato dei dirigenti appartenenti al centro di responsabilità che ha operato il risparmio. Pur essendo le previsioni di legge molto chiare al riguardo, l'intrecciarsi di questi flussi finanziari con quelli individuati dalle politiche di incentivazione del personale, hanno inserito elementi di incertezza che a volte hanno costretto le amministrazioni a rinunciare a possibili iniziative di sponsorizzazione. Infine, un ulteriore fattore che ha agito come freno allo sviluppo e alla diffusione di questa cultura. Da più parti viene segnalato come le amministrazioni, fino a poco tempo fa, hanno manifestato una sorta di "pudore" che rendeva invisibile la possibilità di legare la propria immagine ad un marchio aziendale, quasi quest'ultimo rendesse opachi quei valori di universalità, equità, imparzialità che debbono caratterizzare l'azione pubblica³.

Ebbene, nonostante ciò la disciplina contenuta nel citato art. 43 è stata ripresa con particolare riferimento agli enti locali dall'art. 119, d.lgs. n. 267/2000, il quale ha stabilito che in applicazione del più volte richiamato art. 43, i comuni, le province e gli altri enti locali possono stipulare contratti di sponsorizzazione per migliorare la qualità dei servizi prestati. A prima vista, il richiamo del citato art. 43 da parte dell'art. 119 del T.U.E.L. può sembrare pleonastico, in quanto già il medesimo art. 43 prevedeva *ab origine* gli enti locali tra i destinatari della disciplina in esso contenuta. In realtà, l'art. 119, T.U.E.L. è il frutto della volontà del legislatore del 2000 di rilanciare ancora una volta l'istituto della sponsorizzazione, prevedendo espressamente la legittimazione degli enti locali di ricorrervi anche per realizzare interventi aventi come obiettivo quello di migliorare la qualità dei

³ AA.VV., Guida operativa alle sponsorizzazioni nella pubblica amministrazione, P.TESTA (a cura di), Roma, 2003.

servizi erogati dagli enti medesimi⁴.

2. La natura del contratto di sponsorizzazione. Il principio di legalità quale falso ostacolo per la sua attuazione.

La sponsorizzazione è un contratto atipico, consensuale, a titolo oneroso e sinallagmatico (ossia a prestazioni corrispettive), in cui una parte (*sponsee*) si obbliga a consentire l'uso della propria immagine e/o del proprio nome, al fine di promuovere un marchio, un nome, immagine, attività o prodotti di un altro soggetto (*sponsor*).⁵ Con riguardo a tale definizione deve essere sottolineata la natura onerosa e non gratuita del contratto per il soggetto sponsorizzato, dal momento che egli vincola la propria immagine a fronte del corrispettivo pagato dallo *sponsor*. In passato, la dot-

⁴ G. PIPERITA, Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali, in Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici <http://www.jus.unitn.it/appalti/home.html>, 2002.

⁵ G. FIDONE, Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione, in www.aedon.mulino.it n. 1-2 2012. La giurisprudenza ha definito il contratto di sponsorizzazione come un contratto atipico a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive che "comprende una serie di ipotesi nelle quali si ha che un soggetto - il quale viene detto "sponsorizzato" (ovvero, secondo la terminologia anglosassone *sponsee*) - si obbliga a consentire, ad altri, l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato, dietro corrispettivo" Cass., civ., sez. I, 11.10.1997, n. 9880, in NGCC, 1998, I, p. 625. Tali connotazioni concorrono a differenziare la sponsorizzazione da altre forme di intervento economico in favore di soggetti terzi e, in particolare: a) dal mecenatismo, che ha per oggetto sovvenzioni erogate a titolo di liberalità, senza la previsione a carico del beneficiario dell'obbligo di tenere determinati comportamenti destinati a favorire la diffusione dei segni distintivi del finanziatore, inquadrabile nella categoria dei contratti a titolo gratuito; b) dal contratto pubblicitario, rispetto al quale si distingue per la diversità della causa, poiché ciò che caratterizza il contratto di sponsorizzazione è lo stretto legame che si istituisce fra la divulgazione dell'immagine o dei segni distintivi dello sponsor e l'evento (manifestazione o spettacolo) che egli utilizza, confidando nella capacità di presa e nella forza di suggestione delle opere in detta occasione eseguite per promuovere la propria immagine fra gli utenti o destinatari della manifestazione o dello spettacolo. In sostanza, la sponsorizzazione assicura allo sponsor una forma di pubblicità solo indiretta, nel senso il ritorno pubblicitario costituisce solo un effetto del contratto, ma non ne identifica il contenuto.

trina aveva a lungo discusso se l'atipicità del contratto di sponsorizzazione costituisse o meno un ostacolo alla sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni⁶. In particolare, alcuni autori avevano evidenziato che, mentre i privati sono legittimati *ex art.* 1322 c.c. a stipulare contratti innominati o misti, purché finalizzati al perseguimento di interessi meritevoli di tutela, le amministrazioni sono obbligate, per effetto del principio di legalità, ad utilizzare nello svolgimento della loro attività solo strumenti *ex lege* tipizzati⁷. Tale questione può ritenersi or-

⁶ In dottrina sul contratto di sponsorizzazione: R. CARANTA, Servizio di tesoreria e sponsorizzazioni: primi chiarimenti dall'adunanza plenaria, in Urb. App., n. 11, 2002, p. 1321; R. CHIEPPA, I contratti di sponsorizzazione, in M.A. SANDULLI - R. De NICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), Trattato sui contratti pubblici, Milano, 2008; E. MASTRODOMENICO, I nuovi modelli di contrattualistica pubblica. Il contratto di sponsorizzazione nel sistema degli appalti pubblici concorrenziali, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2007, fasc. 7, pp. 680-690; A.D. MAZZILLI - G. MARI - R. CHIEPPA, I contratti esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, in M.A. SANDULLI - R. De NICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), Trattato sui contratti pubblici, t. I, Milano, pp. 461-462; X. SANTIAPICHI, I contratti esclusi, in M. CLARICH (a cura di) Commentario al Codice dei contratti pubblici, Torino, 2010.

⁷ R. CHIEPPA, Le sponsorizzazioni nell'attività della P.A., in www.neldiritto.it Sul punto è utile anche R. DI PACE, Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni, Foro amm. TAR 2004, 12, 3898 il quale afferma come la sponsorizzazione diviene strumento alternativo al provvedimento per il raggiungimento di finalità pubbliche. Questa è una chiara dimostrazione di come, o ramai, per il nostro ordinamento, sia indifferente la natura giuridica dello strumento con il quale viene perseguito un pubblico interesse. L'unico elemento di rilievo è quello finalistico. Poiché in questi casi l'attività volta alla stipula della sponsorizzazione diviene attività amministrativa in senso proprio, si deve verificare in che modo operano i principi generali propri di questa materia, che si trasformano in nuovi ostacoli per il suo definitivo decollo. Ci si riferisce soprattutto al principio di legalità. Nell'ipotesi in cui la norma individui il fine pubblico da realizzare e lasci libera l'amministrazione di determinarne le modalità di realizzazione dello stesso, non sembra sussistere alcun dubbio sulla possibilità di utilizzare anche il contratto di sponsorizzazione. Le pubbliche amministrazioni, infatti, in quanto persone giuridiche hanno capacità giuridica generale. Ciò consente loro di utilizzare tutti gli strumenti di diritto privato, anche quelli atipici, come le sponsorizzazioni. Però le amministrazioni non sono libere di utilizzare

mai superata per le seguenti ragioni: in primo luogo, l'affermarsi del principio per il quale la pubblica amministrazione dispone di autonomia contrattuale al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento giuridico e può quindi stipulare contratti, anche innominati, con gli stessi limiti finalistici previsti per i contraenti privati; in secondo luogo, la necessità di distinguere il principio di tipicità dei contratti dal principio di tipicità del provvedimento amministrativo che, combinato con quello di legalità, impone all'amministrazione di adottare solo provvedimenti espressione di una specifica titolarità di potere, il che non ha nulla a che vedere con la generale capacità e libertà di contrattare⁸.

3. La sponsorizzazione passiva e la difficile convivenza con il principio di imparzialità nella scelta dello sponsor.

Le sponsorizzazioni nelle quali possono essere coinvolte le pubbliche amministrazioni si distinguono in attive e passive: le prime sono quelle nelle quali le amministrazioni fi-

tale negozio per qualsiasi finalità. Deve, infatti, esservi sempre rispondenza tra lo strumento contrattuale utilizzato ed i fini pubblici prestabiliti che gli enti devono perseguire. Anche nell'utilizzo del contratto di sponsorizzazione, deve sempre tenersi presente il limite del vincolo di scopo. Sul punto si può concludere, quindi, che il contratto di sponsorizzazione può esser utilizzato indipendentemente da una specifica norma autorizzatoria, ma il negozio deve essere strettamente funzionale alla realizzazione del fine pubblico assegnato al soggetto pubblico.

⁸ Copiosa è la dottrina in merito al possesso della capacità giuridica di diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni: si veda recentemente V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir amm.*, 2003, 218.; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2002, pag. 1612.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pag. 164, C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, pag. 56. Con riferimento ai contratti atipici si veda G. MONTEDORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della P.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ripercorre il dibattito in dottrina tra le tesi favorevoli alla capacità generale e quelle che asserivano la c.d. capacità speciale, in virtù della quale la pubblica amministrazione può compiere solo gli atti che le sono espressamente permessi dall'ordinamento giuridico.

nanziano e pubblicizzano l'attività di un soggetto terzo; le seconde sono invece quelle nelle quali le pubbliche amministrazioni assumono il ruolo di soggetti sponsorizzati, utilizzandole come strumento indiretto di finanziamento⁹. Il contratto di sponsorizzazione passiva, pur essendo un contratto a prestazioni corrispettive (dal momento che a fronte del corrispettivo dello sponsor la pubblica amministrazione cede la sua immagine), si tratta comunque di un contratto che avvantaggia la pubblica amministrazione senza gravare in alcun modo sulla spesa pubblica. Per meglio dire, esso si può tradurre in un ricavo, nel caso di corrispettivo pagato in danaro, ovvero in un risparmio di spesa, nel caso di corrispettivo pagato in beni o servizi. Un caso particolare di contratto di sponsorizzazione è quello in cui la pubblica amministrazione è il soggetto sponsorizzato e lo *sponsor* privato paga un corrispettivo consistente in lavori pubblici, servizi o forniture alla pubblica amministrazione. Quindi, la pubblica amministrazione sponsorizzata consegue un risparmio di spesa per prestazioni che, altrimenti, avrebbe dovuto pagare ad un appaltatore o fornitore. Dal punto di vista civilistico, si ha l'ulteriore conferma che si tratta di un contratto complesso, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, che può coinvolgere una molteplicità di parti (amministrazione, sponsor, realizzatore del lavoro o prestatore del servizio o fornitore).

La fattispecie non è nuova e, precedentemente al suo recepimento in disposizioni di l.,

⁹ In dottrina si riscontrano due distinte tesi in ordine alla possibilità per le amministrazioni di fare legittimo ricorso anche alle sponsorizzazioni "attive": la prima tesi esclude la possibilità per le amministrazioni di assumere il ruolo di *sponsor*, in quanto contrastante con la *ratio* che ha giustificato l'ingresso del contratto di sponsorizzazione nel settore pubblico, ovvero quella di assicurare agli enti nuove fonti di finanziamento, e non di esporli a nuovi esborsi; CIAMMOLA, Il contratto di sponsorizzazione applicato alle pubbliche amministrazioni: orientamenti giurisprudenziali e incertezze applicative, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2003, 931 la seconda, opposta, si basa sulla considerazione che anche un esborso può tradursi per l'amministrazione in un risparmio, in particolare quando si tratta di sponsorizzare un soggetto che svolge un servizio al suo posto. R. DI PACE, op.cit.

era stata oggetto della nota pronuncia dell'Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici, det. 5.12.2001, n. 24, che aveva ammesso la sponsorizzazione come strumento per la realizzazione di lavori pubblici; aveva escluso la fattispecie dalla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici poiché si sarebbe trattato di un contratto che non comporta esborsi per la pubblica amministrazione e determina un risparmio di spesa; aveva ritenuto applicabili le norme sulla qualificazione delle imprese esecutrici; aveva previsto l'obbligo delle amministrazioni di sorveglianza e vigilanza sugli interventi¹⁰.

Mutatis mutandis anche il d.lgs. n. 163/2006 con gli artt. 26 e 27 si sottraggono i contratti di sponsorizzazione all'applicazione dell'ordinaria disciplina del Codice dei contratti sottoponendoli al rispetto dei principi per la scelta dello *sponsor* di economicità,

¹⁰ La decisione dell'Autorità trovava fondamento in un quesito posto da un comune e riguardante la possibilità per lo stesso comune di procedere all'affidamento diretto ad una associazione appositamente costituita degli interventi di manutenzione di un teatro comunale, spesa che l'associazione si impegnava a sostenere in cambio della sponsorizzazione del proprio nome da parte dell'amministrazione. A tale quesito l'Autorità aveva dato risposta positiva e affermato che gli interventi ricompresi nell'ambito di applicazione della normativa sui lavori pubblici potevano formare oggetto di un contratto di sponsorizzazione ai sensi degli artt. 119 Tuel, e 43 della legge 449/1997. In particolare, l'Autorità aveva precisato che, tenuto conto della natura atipica del contratto di sponsorizzazione e anche della varietà delle prestazioni che in esso possono essere dedotte, l'individuazione del regime giuridico cui sottoporre tale contratto deve essere determinata alla luce di quelle prestazioni cui lo sponsor si obbliga che nel regolamento contrattuale spiccano per la loro rilevanza rispetto a tutte le altre. Applicando tale principio, nel caso di specie, l'Autorità non aveva tratto la conseguenza dell'applicabilità della normativa in materia di appalti pubblici di lavori e aveva affermato che il contratto di sponsorizzazione "*resta fuori dall'ambito della disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici in quanto non è catalogabile come contratto passivo, bensì comporta un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la pubblica amministrazione mediante un risparmio di spesa*". Dunque, la determinazione escludeva che lo sponsor privato dovesse essere individuato attraverso le procedure di scelta del contraente previste dalla l. 109/1994. Tuttavia, era stato ritenuto che lo sponsor dovesse possedere, ai sensi d.P.R. 34/2000, n. 34 il requisito di impresa qualificata.

efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Il principio di economicità può tuttavia subire un temperamento per esigenze sociali, di tutela salute, dell'ambiente, dello sviluppo sostenibile. Inoltre, l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Si applicano le disposizioni sui requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto. Si applica, in via residuale, la l. 241/1990. In riferimento a tali disposizioni, la Giurisprudenza è stata oscillante. Il Consiglio di Stato, nel parere sul Codice dei contratti pubblici, aveva ritenuto insufficienti per la tutela dell'effettiva concorrenza le norme degli artt. 26 e 27. In senso contrario, lo stesso Consiglio di Stato, aveva affermato che una fornitura e un servizio gratuiti da parte dell'amministrazione possono essere offerti da chiunque e la loro acquisizione non esige che la stessa amministrazione metta in competizione coloro che intendono operare in tal senso¹¹. Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva rilavato che la fattispecie in esame poteva profilare elusioni del principio della concorrenza tra imprese¹².

Per quanto riguarda le disposizioni relative alla fase dell'esecuzione del contratto, dal combinato disposto degli artt. 26 e 27 del codice dei contratti pubblici, si possono ricavare alcune regole: la pubblica amministrazione sponsorizzata deve impartire le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto; la pubblica amministrazione stabilisce se è ammesso il subappalto e, in caso affermativo stabilisce le condizioni di ammissibilità e ad esso si applica la disciplina dell'art. 118 dello stesso codice. Inoltre, alla fase dell'esecuzione del contratto, si applicano in via resi-

¹¹ CdS, V, 10 .1. 2007, n. 44.

¹² Autorità Garante Concorrenza e Mercato, segnalazione 20.12.2007, n. AS439. Il problema della possibile elusione delle norme che regolano l'affidamento di lavori, servizi e forniture pubbliche si pone soprattutto nel caso di non coincidenza soggettiva tra sponsor e realizzatore del lavoro/esecutore del servizio/fornitore. In tale caso, infatti, si pone il problema della legittimità della scelta da parte dello sponsor del soggetto realizzatore del lavoro, servizio o fornitura.

duale le norme del codice civile. In relazione alla disciplina fino ad ora sinteticamente illustrata, sia per quella della scelta dello sponsor che per quella dell'esecuzione del contratto, deve però farsi un'importante precisazione. Infatti, essa si dovrebbe riferire solo all'ipotesi in cui la sponsorizzazione sia l'oggetto prevalente del contratto e non a quella in cui l'oggetto prevalente sia un altro contratto (appalto o altro) di lavori, servizi e forniture. Potrebbe, ad esempio, aversi il caso in cui l'oggetto prevalente del contratto sia l'appalto e la sponsorizzazione costituisca solo il corrispettivo (tutto o parte di esso) dell'appaltatore. In tale ipotesi, dovrebbero applicarsi le norme consuete per l'affidamento e per l'esecuzione degli appalti.¹³ Tale conclusione fa parte di un orientamento consolidato della giurisprudenza del Consiglio di Stato infatti anche una recente sentenza ha ritenuto *“legittimo il bando di gara pubblica indetta per l'affidamento del servizio di tesoreria provinciale che, tra i criteri di valutazione, preveda l'attribuzione di punteggi in relazione alla disponibilità, manifestata dal concorrente, a stipulare un contratto di sponsorizzazione e a farsi carico dei relativi oneri; peraltro la legittimità di tale operazione è subordinata alla contestuale ricorrenza di due condizioni, e cioè che il pagamento di un corrispettivo in denaro per la sponsorizzazione ed i criteri di attribuzione dei punteggi siano previsti espressamente nel bando o nella lettera di invito, sicché non risulti lesa la par condicio dei partecipanti alla gara una volta resi edotti della clausola e della sua parziale e potenziale incidenza ai fini dell'aggiudicazione; il punteggio conferibile in relazione alle sponsorizzazioni non sia tale da costituire l'elemento discriminante principale e, per la sua oggettiva portata, tendenzialmente risolutivo dell'iter concorsuale”*¹⁴.

4. La deliberazione dell'Avcp n. 9 dell'8.2.2012 e l'intervento “ambiguo” del legislatore.

¹³ G. FIDONE, op.cit.

¹⁴ CdS, V, 06.6.2011, n. 3377 (Conferma Tar Friuli Venezia Giulia, n. 358 del 2010). In linea con le storiche pronunce CdS, ad. plen., nn. 6 e 9/2002. CdS, V, sent. 6.12.2007, n. 6261; CdS, V, 7.11.2007, n. 5762.

Senza soffermarci dettagliatamente sulla nota vicenda della sponsorizzazione del Colosseo prenderemo tuttavia in esame la deliberazione n. 9 dell'8.2.2012 (con cui l'Avcp ritiene conforme ai principi di legalità e trasparenza l'agere dell'amministrazione che a seguito della suindicata procedura, ha concluso l'accordo con la società Tod's s.p.a. per la sponsorizzazione degli interventi di restauro dell'Anfiteatro Flavio.), per rileggere e reinterpretare gli art 26 e 27 alla luce anche del successivo (o meglio contemporaneo) intervento del legislatore con il c.d. *“decreto semplificazioni”* n. 5 del 2012 convertito in l. 4.4.2012 n. 35. Nella nota l'authority afferma che oggetto dei contratti disciplinati dal citato art. 26, è l'acquisizione o la realizzazione di lavori, servizi e forniture, a cura e spese dello sponsor. Tale tipologia di contratto, in relazione all'oggetto descritto, è anche definita sponsorizzazione tecnica, la quale va distinta dalla sponsorizzazione pura o di puro finanziamento, nella quale lo sponsor si impegna nei confronti della stazione appaltante esclusivamente al riconoscimento di un contributo (in cambio del diritto di sfruttare spazi per fini pubblicitari) e non anche allo svolgimento di altre attività. Per tali caratteristiche, siffatto schema negoziale è da ritenere sottratto, in quanto contratto attivo, alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 ed anche degli articoli 26 e 27 dello stesso d.lgs..

L'Autorità, infatti (ancorché con riferimento ad altra fattispecie), ha chiarito che la distinzione tra contratti attivi, che importano un'entrata e contratti passivi, che comportano una spesa per lo Stato *“evidentemente non giuridica ma finanziaria, è rilevante ai fini della disciplina applicabile, la quale sarà – nel caso dei contratti attivi – quella del R.D. 23.5. 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, in quanto non abrogata, e – nel caso dei contratti passivi – quella del codice dei contratti pubblici (cfr. art. 1, d.lgs 12.4.2006, n. 163)”*¹⁵.

Si tratta, dunque, di una tipologia contrattuale sottoposta alle norme di contabilità di

¹⁵ cfr. parere sulla normativa n. AG1/10 dell'11.3.2010.

Stato, le quali, come noto, richiedono comunque l'esperimento di procedure trasparenti e, quindi, il rispetto dei principi di legalità, buon andamento, trasparenza dell'azione amministrativa. La distinzione tra sponsorizzazione tecnica e di puro finanziamento, ha trovato conferma nel c.d. "decreto semplificazioni", approvato dal Consiglio dei Ministri in data 27.1.2012, (all'epoca dei fatti non ancora pubblicato) che ha previsto l'inserimento nel d.lgs. n. 163/2006 di una disposizione dedicata all'istituto, l'art. 199 *bis* (*Disciplina delle procedure per la selezione di sponsor*), con specifico riferimento agli interventi sui beni culturali. In tale novella legislativa è, dunque, previsto che al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'art. 27, le amministrazioni aggiudicatrici competenti per la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali integrano il programma triennale dei lavori di cui all'art. 128 con un apposito allegato che indica i lavori, i servizi e le forniture in relazione ai quali intendono ricercare sponsor per il finanziamento o la realizzazione degli interventi.

La ricerca dello sponsor deve avvenire mediante bando pubblicato sul sito istituzionale dell'amministrazione procedente per almeno trenta giorni, dandone avviso su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, nonché, se possibile, per contratti di importo superiore alle soglie di cui all'art. 28, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

La norma precisa che l'avviso (contenente descrizione sommaria dell'intervento, valore, tempi di realizzazione, richiesta di offerte in aumento sull'importo del finanziamento minimo indicato) deve indicare se si intende acquisire una sponsorizzazione di puro finanziamento, ovvero una sponsorizzazione tecnica, consistente in una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor (in tale ultimo caso il bando indica gli elementi e i criteri di valutazione delle offerte).

Con riferimento alla procedura di aggiudicazione, la disposizione prevede che l'amministrazione procede a stilare la graduatoria

delle offerte pervenute entro i termini stabiliti nella *lex specialis* e può indire una successiva fase finalizzata all'acquisizione di ulteriori offerte migliorative, stabilendo il termine ultimo per i rilanci.

L'amministrazione procede, quindi, alla stipula del contratto di sponsorizzazione con il soggetto che ha offerto il finanziamento maggiore, in caso di sponsorizzazione pura, o ha proposto l'offerta realizzativa giudicata migliore, in caso di sponsorizzazione tecnica. La disposizione in esame specifica, altresì, che nel caso in cui non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, ovvero tutte le offerte presentate siano irregolari ovvero inammissibili, o non siano rispondenti ai requisiti formali della procedura, la stazione appaltante può, nei successivi sei mesi, ricercare di propria iniziativa lo sponsor e negoziare a trattativa privata il contratto di sponsorizzazione, ferme restando la natura e le condizioni essenziali delle prestazioni richieste nella sollecitazione pubblica.

Ma il punto cruciale, a mio avviso, è ravvisabile nella parte in cui l'Avcp afferma "Dunque, con la disposizione sopra richiamata riferita *specificamente* agli interventi sui beni culturali, anche il legislatore ha recepito la distinzione tra sponsorizzazione tecnica e di puro finanziamento prevedendo, per entrambe le tipologie contrattuali in esame, la medesima procedura di aggiudicazione.

Resta ferma, tuttavia, nell'assetto normativo attualmente in vigore la differente disciplina dei due istituti in esame, la sponsorizzazione tecnica rientrando nelle previsioni di cui all'art. 26 del codice e la sponsorizzazione di puro finanziamento soggetta alle norme di contabilità pubblica, sulla base della quale occorre analizzare la fattispecie sottoposta all'attenzione di questa.

A questo punto sorgono delle inevitabili perplessità; una su tutte è rappresentata dal fatto che nel testo legislativo si opera una distinzione tra i due tipi di sponsorizzazione che però scompare nel momento della ricerca dello sponsor, in quanto entrambe le tipologie contrattuali godranno della medesima procedura di aggiudicazione, la quale potrebbe essere giusta per la cd sponsorizzazione tecnica, ma sarebbe una procedura sproporzionata, ai

limiti della lesione dei principi di non aggravamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, per una sponsorizzazione pura che superi i 40.000,00 euro.

Inoltre perché il legislatore è intervenuto con l'art 199 *bis* solo e *specificamente* (come afferma l'Avcp) nel settore dei beni culturali? In questo modo si continua a lasciare ampi spazi di discrezionalità alla pubblica amministrazione, senza indicare procedure tipizzate di gara per la scelta dello sponsor e senza regolare le modalità del contratto e la sua esecuzione.

Se da una parte è incontestabile, che il settore degli appalti pubblici è affetto da iperregolamentazione che si traduce in "un'eccessiva burocratizzazione" dall'altra vorrei comunque far notare che, senza l'ancora di salvataggio lanciata dal legislatore con il cd. *decreto semplificazioni* n. 5 del 2012, fondamentale per la deliberazione di cui sopra dell'Avcp, come siano passati ben due anni dalla pubblicazione dell'avviso per la "ricer-

ca di sponsor per il finanziamento e la realizzazione di lavori secondo il Piano degli interventi Colosseo, Roma, durante i quali, in un clima di gran caos, è per di più intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato articolando censure, sotto diversi profili, comunicate all'Avcp che ha avviato conseguentemente il procedimento istruttorio conclusosi con la su indicata deliberazione.

Ciò a dimostrare che la confusione normativa (e di prassi) non ha fatto altro che generare ritardi, inadempienze, inefficienze che potrebbero ripresentarsi per altri settori dal momento che, stando al dato letterale, ci si è preoccupati in maniera miope solo dei beni culturali.

Di fronte al verificarsi concreto di questi rischi sarà molto difficile immaginare di potenziare la partnership con gli imprenditori privati, rappresentante una flebile speranza in un settore, quale quello degli appalti, in forte declino, basti pensare che nel 2012 il numero di bandi è diminuito di oltre il 13%.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

TAR Lazio, Rm, I, 7.12.2012 n. 10265

Concorrenza e mercato - AGCOM - servizi di comunicazione elettronica - tariffe di terminazione - costo efficiente - investimenti nelle frequenze LTE - remunerabilità - non sussiste - ragioni.

La rimodulazione del glide path delle tariffe di terminazione mobile operata da Agcom(1) non confligge con l'obiettivo della promozione dello sviluppo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi quelli a banda larga, quale individuato dalla disciplina nazionale e comunitaria in materia di telecomunicazioni (Codice delle comunicazioni elettroniche e dir. 2002/19/CE, o "direttiva accesso"). Infatti, i costi legati al re-farming ed alla gara per l'acquisizione di ulteriori frequenze non possono considerarsi pertinenti al servizio di terminazione, dal momento che si tratta di costi comuni a tutti i servizi, se non addirittura specifici per i servizi dati in mobilità. Le reti LTE (Long Term Evolution, o frequenze 4G) sono utilizzate per la fornitura di servizi non pertinenti alla telefonia vocale - e quindi addirittura in un mercato diverso, ancorché contiguo - e i relativi costi non concorrono alla produzione dei ricavi cui le tariffe di terminazione si riferiscono: se tali immobilizzazioni rappresentano un bene di investimento profittevole, suscettibile di generare futuri ricavi dalla vendita di servizi dati a banda larga con profitti destinati a remunerare gli investimenti effettuati, cionon-dimeno gli investimenti relativi alle frequenze LTE non devono essere remunerati attraverso

l'applicazione di una tariffa, relativa ad un servizio diverso (quello di terminazione delle chiamate mobili vocali), superiore al livello dei costi efficienti.

Ed infatti, pur nella considerazione dell'unicità dell'attività d'impresa, non risponde ad una logica economica lineare la messa in relazione di voci economiche e patrimoniali di bilancio aventi natura eterogenea ed afferenti a fatti aziendali diversi che risultano legati solo in via di mero fatto. Invero i ricavi generati dal servizio di terminazione delle chiamate sono componenti positivi di reddito che afferiscono alla gestione caratteristica dell'impresa, e come tali servono a coprire i costi pertinenti al servizio di terminazione: se si attestano su una tariffa superiore alla tariffa di terminazione efficiente, generano extra-profitti; le spese per investimenti relativi alle frequenze LTE (per l'assegnazione delle frequenze ed i successivi interventi infrastrutturali) costituiscono immobilizzazioni immateriali le quali, una volta acquisite, vengono iscritte nell'attivo dei bilanci degli operatori telefonici e, una volta entrate nel ciclo tecnico di produzione, parteciperanno, dal lato dei costi per quote annuali di ammortamento, dal lato dei ricavi mediante i corrispettivi per le prestazioni dei nuovi servizi, alla formazione del risultato economico di esercizio. Ne consegue che le spese per investimenti in questione non possono ritenersi "compensabili" con eventuali extra-profitti ad esse non pertinenti e rivenienti dalla prestazione di servizi diversi.

«.....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.....»

CARTELLONI PUBBLICITARI LUNGO LE STRADE: L'AUTORIZZAZIONE ALL'INSTALLAZIONE DI INSEGNE D'ESERCIZI PUÒ ESSERE NEGATA SE ARRECA DISTURBO VISIVO AGLI UTENTI DELL'AUTOSTRADA, DISTRAENDONE L'ATTENZIONE CON PERICOLO PER LA CIRCOLAZIONE

Se è vero che l'iniziativa economica privata è libera, in base a quanto enunciato in linea di principio dall'art. 41 della costituzione, è altrettanto vero che "essa non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza" e che la stessa norma di rango costituzionale demanda alla l. di "definire i programmi e i controlli per coordinarla a fini sociali". A tale finalità risponde l'art. 23 del codice della Strada, che da un lato vieta la collocazione, "lungo le strade o in vista di esse", di insegne e di ogni impianto pubblicitario che possa distrarre l'attenzione di chi le percorre, "con conseguente pericolo per la sicurezza della circolazione" e dall'altro ne sottopone l'installazione ad un provvedimento autorizzatorio, emesso dal competente ente gestore. La formulazione dell'art. 23, in altri termini, indica chiaramente l'intento perseguito dal legislatore, che è quello di prevenire la collocazione sugli spazi destinati alla circolazione veicolare, così come sugli spazi a questi a-

diacenti, di fonti di captazione o disturbo dell'attenzione dei conducenti e di conseguenziale sviamento della stessa dall'unica ed essenziale funzione al momento commessale, che è quella della guida del veicolo (cfr. Cass. Civ. II, sentenza n. 4683 del 2009). In tale quadro normativo e nel conseguente regime autorizzatorio rientra anche l'installazione delle insegne d'esercizio, che sono elencate fra i mezzi pubblicitari dagli artt. 47 e 53 del regolamento di esecuzione del codice della strada. Di conseguenza non vi può essere dubbio alcuno che l'installazione di tali insegne sia soggetta a procedimento autorizzatorio e che l'autorizzazione possa essere negata quando, come nel caso de quo, a giudizio dell'ente gestore della strada (titolare dei relativi poteri pubblicitari) l'insegna rivesta carattere prettamente pubblicitario e, comunque, arrechi disturbo visivo agli utenti dell'autostrada, distraendone l'attenzione con conseguente pericolo per la circolazione. Poco importa che l'insegna sia effettivamente tale sotto i vari profili rilevanti per il diritto commerciale: la l. consente all'ente gestore della strada di vietare la realizzazione a qualsiasi distanza (bastando che siano 'a vista') di manufatti di qualsiasi tipo che incidano sulla sicurezza della circolazione (e, corrispondentemente, consente di denegare il rilascio di autorizzazioni in sanatoria e di ordinare la rimozione degli impianti). Neppure rileva che l'insegna rispetti i limi dimensionali massimi previsti dall'art. 48 del regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada (che ha fissato per le insegne d'esercizio ed ogni altro mezzo pubblicitario limiti dimensionali, 6 metri quadrati se installati fuori dai centri abitati e 20 metri quadrati se posti parallelamente al senso di marcia dei veicoli o in aderenza ai fabbricati). In ogni caso, ovunque si trovi e qualunque siano le sue di-



mentazioni, l'ente gestore della strada può constatare la pericolosità e vietare la realizzazione o il mantenimento del manufatto, con una valutazione basata su un potere di natura

tecnico-discrezionale, sindacabile dunque solo per manifesta illogicità o per difetto di motivazione (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29.11.2012, n. 6044).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ: SPESA *OFF BALANCE* SOLO SE IL RISCHIO RICADE SUL PRIVATO

del Dott. Gennaro Napolitano

La Corte dei Conti, sezione regionale della Lombardia, con la deliberazione 23.10.2012, n. 439, ha precisato che il criterio per il trattamento contabile, nei conti nazionali, di un contratto di disponibilità è la ripartizione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato. Quindi la spesa che la pubblica amministrazione sostiene per effetto della stipula di un contratto di disponibilità non costituisce indebitamento (off balance) a condizione che la parte privata assuma il rischio di costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità e quello di domanda.

The Court of Auditors, regional Section of Lombardia, with decision n. 439 of 23.10.2012, has specified that the criterion for the accounting treatment in national accounts of an availability contract is risk distribution between government and private partner. So the assets involved in a public-private partnership should be classified as non-government assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met: the private partner bears the construction risk and the private partner bears at least one of either availability or demand risk.

Sommario: 1. Premessa. 2. Analisi della funzione economico-sociale: il contratto di disponibilità come possibile ipotesi di collegamento negoziale. 3. Il sistema di ripartizione dei rischi tra art. 160 ter, co. 2, autonomia negoziale delle parti e prescrizioni comunitarie. 4. La stipula di un contratto di disponibilità incide sulla capacità dell'ente locale di ricorrere all'indebitamento ex art. 204 TUEL? 5. A quale tipologia di spesa (corrente o in conto capitale) vanno contabilmente imputati i pagamenti dei canoni di disponibilità? 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Il contratto di disponibilità è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico dall'art. 44, co. 1, lett. a) d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24.3.2012, n. 27¹. Il legislatore riconduce espressamente il nuovo istituto nel novero dei contratti di partenariato pubblico privato².

¹ Per una disamina della disciplina del contratto di disponibilità sia consentito rinviare a G. NAPOLITANO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato*, su questa stessa rivista, n. 2/2012.

² Ai sensi dell'art. 3, co. 15 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 44, co. 1, lett. a) d.l. 24.1.2012, n. 1, "rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la

Le prime concrete applicazioni dello schema negoziale *de quo* hanno evidenziato alcuni profili problematici della relativa disciplina, che, sebbene alquanto dettagliata, pone non pochi dubbi in ordine alla esatta portata operativa del nuovo modello contrattuale.

Uno degli aspetti più rilevanti e dibattuti è certamente rappresentato dal trattamento contabile da riservare alla spesa sostenuta per effetto della stipula di un contratto di disponibilità, anche e soprattutto ai fini del rispetto dei limiti all'indebitamento posti in capo agli enti

concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità(...)".

locali³ e dei vincoli derivanti dal Patto di stabilità interno.

Sulla questione si è di recente pronunciata la Corte dei Conti, sezione regionale della Lombardia, con la delibera del 23.10.2012, n. 439. I giudici contabili sono stati sollecitati da una richiesta di parere avanzata dalla Provincia di Brescia ai sensi dell'art. 7, co. 8, l. 5.06.2003, n. 131⁴. Segnatamente, l'amministrazione bresciana ha posto i due seguenti quesiti: 1) se la stipula di un contratto di disponibilità possa influire sulla capacità dell'ente di far ricorso all'indebitamento alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 204 d.lgs. 267/2000 e 2) se i pagamenti dei canoni di disponibilità, ai fini del calcolo per il rispetto degli obiettivi del Patto di stabilità interno, vadano imputati alla spesa corrente o alla spesa per investimenti.

Attraverso un'articolata delibera, i giudici contabili hanno colto l'occasione per fare chiarezza su alcuni aspetti della disciplina del contratto di disponibilità.

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di illustrare e commentare le conclusioni a cui è giunta la Sezione regionale Lombardia, ponendosi ad integrazione dello scritto precedentemente pubblicato sul numero 2/2012 di questa stessa Rivista⁵.

2. Analisi della funzione economico-sociale: il contratto di disponibilità come ipotesi di collegamento negoziale.

Preliminarmente, i giudici contabili soffermano la propria attenzione sulla disciplina del contratto di disponibilità dettata dagli artt. 3, co. 15 *bis* e 160 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, al fine di enuclearne taluni aspetti problema-

tici sotto il profilo prettamente civilistico. Dall'analisi del quadro normativo, infatti, la Sezione regionale sottolinea l'ampia autonomia che il legislatore ha attribuito alle parti dello schema negoziale *de quo*.

Autonomia che si può manifestare, da un lato, nella *personalizzazione* della causa giuridica del contratto, adattabile alle "esigenze concrete che possono venire in rilievo in sede di realizzazione dell'opera privata destinata ad un servizio pubblico"⁶ e, dall'altra, nella possibilità di modellare e regolamentare i reciproci obblighi contrattuali con lo stesso margine di flessibilità.

Il contratto di disponibilità, pertanto, si propone come un modello negoziale flessibile e dinamico, non ancorato ad uno schema rigidamente prefissato⁷. I giudici contabili evidenziano, in particolare, la potenziale "poliedricità" della causa giuridica del contratto di disponibilità nella misura in cui il legislatore, nell'art. 160 *ter*, ha previsto la possibilità di "implementare il sinallagma funzionale integrando il canone pattuito per l'effettiva disponibilità dell'opera con un eventuale ulteriore contributo in corso d'opera per il riscatto dell'infrastruttura o, persino, con un vero e proprio corrispettivo per il trasferimento, da corrispondere al termine del contratto, dedotte tutte le somme già versate a titoli di canoni e a titolo di contributo in corso d'opera"⁸.

Astrattamente, quindi, lo schema negoziale in commento può essere utilizzato per realizzare molteplici funzioni economico-sociali: a) la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato con la sua successiva messa a disposizione, dietro corrispettivo, a favore di una P.A. per lo svolgimento di un determinato servizio pubblico (causa tipica del contratto di disponibilità)⁹; b) la realizzazione di

³ Art. 204 d.lgs. n. 267/2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali

⁴ Dispone l'art. 7, co. 8, l. 5.6.2003, n. 131 che "le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane".

⁵ G. NAPOLITANO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato*, op. cit.

⁶ C. Conti, sez. reg. Lombardia, Del. 23.10.2012, n. 439, par. 1, punto 7.

⁷ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale per rilanciare il partenariato pubblico-privato*, op. cit.

⁸ C. Conti, sez. reg. Lombardia, Del. 23.10.2012, n. 439, par. 2.

⁹ La Magistratura contabile in sede consultiva ha già avuto modo di osservare che il contratto di disponibilità si presta ad essere utilizzato "per la realizzazione di opere c.d. "fredde", cioè di infrastrutture destinate

un'opera con un contributo pubblico (causa tipica della concessione di costruzione); c) la realizzazione di un'opera seguita dal riscatto della stessa da parte della PA (causa tipica del *leasing* immobiliare traslativo)¹⁰.

Alla luce dell'ampia autonomia negoziale riconosciuta alle parti, i giudici lombardi affermano che *“non si può asserire, in astratto ed in generale, quale sia la funzione economico-sociale che le parti intendono realizzare quando si avvalgono dello schema negoziale in esame”*¹¹. Dovrà, quindi, essere l'interprete del caso concreto ad individuare, all'esito dell'analisi del regolamento contrattuale, la causa che *in concreto* le parti hanno voluto realizzare con l'operazione negoziale complessivamente considerata.

Pertanto, nell'ipotesi in cui, oltre alla corresponsione del canone *ex lett. a)* art. 160 *ter*, le parti abbiano inserito nel regolamento contrattuale una delle pattuizioni previste dalle lettere b) e c) ovvero ulteriori attribuzioni patrimoniali non tipizzate dal legislatore (come, ad esempio, la concessione a favore del privato del diritto di superficie sull'area dove realizzare l'opera), l'interprete del caso concreto sarà chiamato a delineare l'effettiva portata pratica dell'accordo tra P.A. e privato, *“vale a dire la causa giuridica in concreto realizzata dalle parti con l'operazione negoziale”*.

A tal proposito, i giudici contabili assumono che, nei termini sopra descritti, il contratto di disponibilità *“può rappresentare una tipica ipotesi di collegamento negoziale, con cui le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso attraverso il coordinamento di vari negozi, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi”*¹².

Ciò posto, ai fini della individuazione della disciplina applicabile alla fase di concreta attuazione del rapporto giuridico¹³ si potrà anche fare riferimento, secondo i giudici contabili, ai principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di collegamento negoziale¹⁴.

3. Il sistema di ripartizione dei rischi tra art. 160 *ter*, co. 2, autonomia negoziale delle parti e prescrizioni comunitarie.

Per espressa volontà del legislatore il contratto di disponibilità è, come abbiamo già ricordato, incluso nel novero degli schemi di partenariato pubblico-privato.

La Magistratura contabile ha avuto modo di valorizzare tale profilo sistematico¹⁵, opportunamente evidenziando la precipua rilevanza da ascrivere alla disciplina della ripartizione dei rischi tra le parti al fine dell'assoggettamento del contratto di disponibilità alle prescrizioni e agli indirizzi comunitari vigenti in materia di partenariato pubblico-privato¹⁶.

In particolare, il profilo afferente la ripartizione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato assume rilievo decisivo in ordine agli aspetti di contabilità pubblica connessi alla stipula di un contratto di disponibilità. In tale solco si inseriscono i quesiti posti dall'amministrazione provinciale di Brescia e che hanno fornito lo spunto per la pronuncia in commento. In altri termini, secondo i giudici contabili, la soluzione da dare alle questioni sollevate dall'amministrazione bresciana (se la spesa sostenuta in esecuzione di un contratto di disponibilità possa essere o meno considerata *off balance*, e quindi fuori dal debito pubblico, e se, ai fini del calcolo dei parametri relativi al rispetto degli obiettivi del

all'utilizzazione diretta della pubblica Amministrazione per lo svolgimento di un pubblico servizio (ad es. uffici pubblici)”. Sul punto cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31.05.2012.

¹⁰ Sui rapporti tra contratto di disponibilità e *leasing* (nelle sue diverse declinazioni) cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. N. 66/PAR/2012 del 31.05.2012.

¹¹ C. Conti, sez. reg. Lombardia, del. 23.10.2012, n. 439, par. 2.

¹² C. Conti, sez. reg. Lombardia, del. 23.10.2012, n. 439, par. 3.

¹³ L'art. 160 *ter* disciplina, infatti e naturalmente, la sola fase dell'evidenza pubblica, logicamente antecedente alla stipula del contratto.

¹⁴ Sul collegamento negoziale cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli 1983; C. COLOMBO, *Unità e pluralità negoziale: premessa ad una rilettura del collegamento negoziale*, Roma 1996; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano 1999.

¹⁵ Cfr. C. Conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31.05.2012.

¹⁶ In questi termini il co. 15 *ter* dell'art. 3 d.lgs. n. 163/2006.

Patto di stabilità interno, i pagamenti del canone di disponibilità vadano imputati alla spesa corrente o alla spesa per investimenti) va individuata attraverso la disamina della concreta ripartizione dei rischi delineata dall'assetto negoziale sotteso alla stipula di un contratto di disponibilità. Tutto ciò, si ribadisce, alla luce delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti in materia¹⁷.

Lo stesso legislatore ha delineato, sebbene a grandi linee, il sistema di ripartizione dei rischi, in primo luogo prevedendo che "l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera" e in secondo luogo lasciando alla libera disponibilità delle parti la ripartizione degli ulteriori rischi connessi all'operazione negoziale (co. 2, art. 160 *ter*¹⁸).

E' evidente la volontà del legislatore di lasciare ampi margini di manovra alla autonomia negoziale delle parti anche in materia di ripartizione dei rischi collegati alla stipula ed alla esecuzione di un contratto di disponibilità. Pertanto, anche sotto questo profilo, viene in rilievo la già ricordata potenziale poliedricità della causa giuridica della nuova figura di PPP. Di essa, quindi, si dovrà necessariamente tener conto anche ai fini dell'analisi della rilevanza contabile dell'operazione sottesa allo schema negoziale *de quo*, avendo presente il peso che le specifiche e peculiari clausole negoziali possono rivestire nella definizione della funzione economico-sociale che in concreto le parti hanno inteso realizzare. Ne discende che per poter correttamente individuare la rilevanza contabile dell'operazione posta in essere con un contratto di disponibilità è necessario procedere, da parte dell'interprete

¹⁷ Cfr. Decisione Eurostat dell'11.2.2004, della quale si dirà diffusamente *infra* nel testo. Sulla Decisione cfr. anche UTFP, *Partenariato pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, ROMA, 6.2004.

¹⁸ La disposizione ulteriormente stabilisce che, "salva diversa determinazione contrattuale (...), i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri o nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore". Inoltre, il co. 5 dello stesso art. 160 *ter* precisa che "il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario".

del caso concreto, ad un'analisi approfondita del contenuto del regolamento negoziale così come modellato dai contraenti. Analisi che, in particolare, "deve valorizzare il profilo dell'allocazione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti".

4. La stipula di un contratto di disponibilità incide sulla capacità dell'ente locale di ricorrere all'indebitamento ex art. 204 TUEL?

Delineati in termini generali l'inquadramento civilistico del contratto di disponibilità e la sua rilevanza contabile, i giudici lombardi passano a risolvere i quesiti posti dalla Provincia di Brescia.

Partendo dalla questione circa il se e in che termini la stipula di un contratto di disponibilità possa influire sulla capacità di un ente locale di indebitarsi, attesi i limiti posti dall'art. 204 d.lgs. n. 267/2000, i giudici lombardi sottolineano la necessità di assumere come punto di riferimento le disposizioni comunitarie in materia rilevanza contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato.

Sulla questione, infatti, l'Istituto europeo di statistica (EUROSTAT), attraverso una serie di decisioni, ha delineato alcune solide coordinate. In particolare, viene in rilievo la Decisione dell'11.2.2004 (*Treatment of public-private partnerships*) con la quale l'EUROSTAT, in conformità con il SEC95¹⁹, ha affrontato specificamente e dettagliatamente il problema del trattamento contabile, nell'ambito dei bilanci nazionali, dei contratti di partenariato pubblico-privato.

I giudici contabili aderiscono pienamente agli indirizzi comunitari, ricordando che "alla stregua della Decisione Eurostat citata, i beni (assets) oggetto delle operazioni di PPP non

¹⁹ Il SEC95, basato su un insieme di regole e convenzioni contabili, rappresenta l'applicazione a livello europeo dello SNA93 (*System of National Accounts*) ed è un sistema articolato e dettagliato di conti e di tavole che ha lo scopo di fornire una rappresentazione sistematica, comparabile ed esaustiva dell'attività economica posta in essere dagli operatori economici dei paesi dell'unione europea. Esso rappresenta, quindi, il riferimento metodologico sulla base del quale viene elaborata la base informativa utilizzata per le decisioni fondamentali degli organi di governo comunitari.

devono essere registrati nei conti della pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, solo se c'è un sostanziale trasferimento del rischio dalla parte pubblica alla parte privata. Ciò avviene nel caso in cui si verificano contemporaneamente le seguenti due condizioni: 1) il soggetto privato assume il rischio di costruzione; 2) il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda".

Ne consegue che il sistema così delineato si fonda sul meccanismo di ripartizione dei rischi connessi all'operazione tra soggetto pubblico e soggetto privato. Solo se, e nei termini poco sopra indicati, il rischio sostanziale dell'operazione viene trasferito alla controparte privata il relativo onere non *pesa* ai fini della capacità dell'ente locale di indebitarsi (*off balance*). Lo scopo, evidentemente, è quello di pervenire ad una corretta classificazione delle operazioni di partenariato pubblico-privato nel bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici.

La Sezione Lombardia della C.conti richiama pedissequamente le definizioni dei rischi *de quibus* contenute nella Circ. p.c.m. 27.3.2009, recante "*Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, co. 1 bis del d.l. 31.12.2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co.1, della l. 28.2.2008, n. 31*"²⁰.

Tuttavia, avvertono i giudici contabili sulla scia delle raccomandazioni comunitarie, la sola analisi dell'allocazione dei rischi, seb-

ne condotta alla stregua "*delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*" può, in taluni casi, condurre "*a non chiare conclusioni*". A fronte di una situazione di incertezza, Eurostat suggerisce di considerare ulteriori criteri, quali: la concessione di finanziamenti pubblici (compresi quelli in natura), l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla P.A. sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte della P.A.; l'allocazione finale degli *assets* alla luce delle c.d. clausole di fine contratto (*termination clauses*)²¹.

Alla luce delle suesposte considerazioni si può concludere che, così come astrattamente ipotizzato dal legislatore (art. 160 *ter* d.lgs. n. 163/2006), il contratto di disponibilità sembra soddisfare i requisiti previsti da Eurostat affinché un'operazione di PPP possa essere considerata *off balance*. Tuttavia, lo stesso art. 160 *ter*, attesa la sua ampia formulazione, attribuisce all'autonomia negoziale delle parti notevoli margini di manovra. Pertanto, ben può accadere che le amministrazioni pubbliche ed i soggetti privati diano vita *in concreto* ad operazioni non in linea con il meccanismo di ripartizione dei rischi coerente con le decisioni Eurostat. In altre parole, "*non prevedendo la norma uno schema rigido o ben definito, il corretto inquadramento anche ai fini*

²⁰ L'art. 44, co. 1 *bis* d.l. 31.12.2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1 l. 28.02.2008, n. 31 stabilisce che «*al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico-privato avviate dalle pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione Eurostat dell'11.2.2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei Ministri le informazioni relative a tali operazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'Istituto nazionale di statistica*». La Circolare in parola contiene una dettagliata ed esauriente definizione dei rischi di costruzione, di disponibilità e di domanda, la cui allocazione, si è detto, influenza la classificazione contabile delle operazioni di PPP.

²¹ Il rilievo è espressamente contenuto in C. conti, contr. Puglia, del. n. 66/PAR/2012 del 31.05.2012, richiamata dalla Delibera in commento. Eurostat, in sede di elaborazione della terza versione del SEC95 (*third version*, pubblicata nell'ottobre del 2010) ha avuto modo di approfondire l'analisi di questi elementi accessori per la valutazione del riparto dei rischi tra i contraenti, sottolineando la necessità di una loro considerazione unitaria e congiunta. "*Il nuovo SEC 95 prende in considerazione tutte le forme di contribuzione pubblica (partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale) e stabilisce che quando il costo dell'investimento è prevalentemente coperto dall'amministrazione (con una delle suddette forme) questo indica che il settore pubblico assume la maggior parte dei rischi. Viene, inoltre, precisato che anche l'incremento del livello di finanziamento pubblico in corso d'opera può comportare la riclassificazione on balance dell'asset*". Anche il nuovo SEC 95 ha confermato, in ogni caso, il criterio dei rischi come determinante il trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato.

*contabili di ciascuna operazione non può che scaturire da un'attenta valutazione, caso per caso, delle singole fattispecie*²².

I giudici contabili lombardi, quindi, sul solco delle considerazioni già svolte dalla Sezione Puglia con la del. N. 66/PAR/2012 del 31.05.2012, confermano la necessità di addivenire, da parte dell'interprete del caso concreto, ad una analisi specifica e dettagliata dell'operazione economica complessivamente considerata sottesa ad un contratto di disponibilità, facendo applicazione non solo del criterio del riparto dei rischi, ma anche dei criteri ulteriori ed accessori delineati da Eurostat.

Una tale complessa valutazione, però, *“deve tenere conto del fatto che il contratto di disponibilità in concreto può strutturarsi come un'ipotesi di collegamento negoziale, che, in quanto tale, impone all'interprete di effettuare una valutazione complessiva di tutte le attribuzioni patrimoniali tra loro collegate e che entrano a far parte del sinallagma contrattuale a prescindere dal fatto che l'operazione complessiva sia regolamentata in un unico documento o sia frutto di pattuizioni intervenute anche in fasi temporali successive”*.

La stessa analisi dei rischi d'impresa deve essere condotta *“nella logica civilistica del sinallagma contrattuale che caratterizza i contratti commutativi”*. In quest'ottica, a titolo esemplificativo, assume una rilevanza fondamentale la valutazione dell'entità del canone, rispetto alla quale l'art. 160 *ter* non indica alcun parametro di quantificazione, lasciando alle parti ampia autonomia. E' evidente che qualora l'importo pattuito sia tale da coprire a favore del privato anche i costi di finanziamento dell'opera ci si troverà di fronte ad un'operazione in cui non si verifica quel sostanziale trasferimento del rischio in capo al privato che ne giustifica la classificazione *off balance*.

5. A quale tipologia di spesa (corrente o in conto capitale) vanno contabilmente im-

putati i pagamenti dei canoni di disponibilità?

La risposta al secondo quesito posto dalla Provincia di Brescia è lapidaria, in quanto strettamente connessa al profilo dell'incidenza del contratto di disponibilità sulla capacità di indebitamento della P.A. oggetto del primo quesito.

La Corte, nel rimarcare nuovamente l'ampia autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 160 *ter*, precisa che *“solo nell'ipotesi in cui, applicando rigorosamente il criterio del riparto dei rischi tra soggetto pubblico e privato, il contratto di disponibilità non costituisca in concreto una forma di indebitamento è possibile escludere l'iscrizione in bilancio del canone di disponibilità quale spesa di investimento”*.

In caso contrario, nell'ipotesi in cui le parti abbiano previsto a favore della P.A. la facoltà di riscatto *ex art. 160 ter*, co. 1, lett. c, *“troveranno applicazione i principi espressi dalle Sezioni Riunite in sede di controllo nella Deliberazione n. 49 del 16.9.2011 (con la conseguente imputazione dei canoni di disponibilità al Titolo II - Spesa Investimenti - ndr), nella quale la Corte dei Conti, affrontando il tema dell'ammissibilità del ricorso al leasing immobiliare per la realizzazione di un'opera pubblica da parte degli Enti Locali, ha precisato che i relativi canoni “possono essere considerati come spesa di investimento, laddove sia prevista la facoltà di riscatto e questa venga successivamente esercitata; infatti, di norma, è particolarmente conveniente o addirittura necessario per l'amministrazione, al termine del periodo previsto dal contratto, esercitare il diritto di riscatto. Anche se solo in tale momento l'opera costruita entra a far parte del patrimonio dell'ente è possibile considerarne gli effetti finanziari sin dal momento della consegna che costituisce il momento dal quale la pubblica amministrazione ne trae vantaggio”*²³.

5. Riflessioni conclusive

Il trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato in generale, e del contratto di disponibilità in particolare, va

²² In questi termini, C. Conti, contr. Puglia, del. N. 66/PAR/2012 del 31.05.2012, *cit.*

²³ C. Conti, sez. riun. n. 49/CONTR/11 del 16.9.2011.

declinato secondo le stringenti indicazioni europee: è questa la conferma che arriva dalla magistratura contabile nel solco, peraltro, di quanto già stabilito, sebbene in maniera potremmo dire “*incidentale*” dal legislatore (art. 3, co. 15 *ter* d.lgs. 163/2006).

Ed il fulcro del sistema europeo di valutazione contabile dei modelli di *partnership* pubblico-privato è rappresentato dalla modulazione dei rischi tra P.A. e soggetto privato: solo se e nella misura in cui il “*peso*” della complessiva operazione economica graverà sostanzialmente sul partner privato, la PA potrà contabilmente considerare *off balance*, e quindi non incidente sul *deficit* e sul debito

pubblico, la relativa spesa.

Con specifico riguardo al contratto di disponibilità, poi, l’analisi della ripartizione dei rischi dovrà essere condotta necessariamente *case by case*, attesa la mutevolezza e l’elasticità di tale modello, alla luce della ampia autonomia riconosciuta dal legislatore alle parti nella definizione del contenuto concreto del regolamento contrattuale.

Ancora una volta, quindi, sarà solo l’applicazione pratica a dirci attraverso quali percorsi operativi si dipanerà il destino, contabile e non, di uno schema negoziale sotto certi aspetti eversivo rispetto alle tradizionali figure di PPP.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 27.6.2013 n. 163

Illegittimità costituzionale - art. 30, coo. 1 e 3, del d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111, nella parte in cui, rispettivamente, non prevedono che la predisposizione del progetto strategico avvenga d'intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni (co. 1) e che la sua realizzazione concreta sul territorio della singola Regione avvenga sulla base di un progetto concordato con la Regione interessata (co. 3).

2. La questione è fondata nei termini di seguito precisati. 2.1. Oggetto delle disposizioni impugnate è la predisposizione di un progetto strategico per l'individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga in continuità con il "Piano nazionale banda larga" di cui all'art. 1 della l. 18.6.2009 n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), nonché la determinazione delle modalità di adozione dei provvedimenti attuativi del medesimo progetto, in vista dell'obiettivo della maggior diffusione possibile degli impianti di comunicazione elettronica a banda larga sull'intero territorio nazionale. La disciplina oggetto delle disposizioni impugnate è espressamente collegata al «raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale europea» – di cui alla Comunicazione della Commissione europea del 19.5.2010 - concernenti il diritto di accesso a internet per tutti i cittadini «ad una velocità di connessione superiore a 30 Mb/s (e almeno per il 50% "al di sopra di 100 Mb/s")» (così il comma 1 dell'art. 30 del d.l. n. 98 del 2011). L'Agenda digitale europea è stata qualificata dalla Commissione europea una delle sette iniziative "faro" della strategia Europa 2020 («una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), volta, ad un tempo, a stimolare la crescita economica e la competitività e ad offrire ai cittadini una migliore

qualità della vita sotto forma di assistenza sanitaria migliore, trasporti più sicuri ed efficienti, ambiente più pulito, nuove possibilità di comunicazione e accesso più agevole ai servizi pubblici ed ai contenuti culturali. Al fine di ottenere i risultati auspicati in ambito europeo, occorre, quindi, che i singoli Stati membri provvedano a realizzare una serie di azioni finalizzate ad agevolare la creazione delle infrastrutture di tali reti di comunicazioni, in modo da garantirne la diffusione sull'intero territorio nazionale, anche coprendo le aree sottoutilizzate. In tale prospettiva la stessa Commissione aveva stabilito, nella citata Comunicazione, che gli Stati membri avrebbero dovuto, fra l'altro, «elaborare e rendere operativi, entro il 2012, piani nazionali per la banda larga per raggiungere gli obiettivi in materia di copertura, velocità e adozione definiti nella Strategia Europa 2020», nonché «adottare misure, comprese disposizioni giuridiche, per facilitare gli investimenti nella banda larga». Successivamente, con la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 20 settembre 2010 su «La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale», la Commissione europea ha precisato che «gli obiettivi in materia di banda larga potranno essere raggiunti soltanto se tutti gli Stati membri vi si impegnano e attuano un programma operativo che definisca gli obiettivi nazionali». In tali programmi gli Stati membri dovrebbero inserire un «insieme equilibrato di interventi destinati a incentivare e a completare gli interventi del settore privato», incoraggiando gli investimenti privati «attraverso un appropriato coordinamento della pianificazione e delle norme in materia di condivisione delle infrastrutture fisiche e attraverso misure finanziarie mirate a ridurre i rischi e promuovere la creazione di nuove infrastrutture aperte». In armonia con le richiamate indicazioni comunitarie, già le «Linee guida per i piani territoriali per la banda larga»,

elaborate dal Comitato interministeriale banda larga ed approvate dalla Conferenza unificata il 20 settembre 2007, in ragione dell'elevato grado di disomogeneità negli interventi territoriali, avevano auspicato l'adozione di piani organici e completi, adottati nel segno della collaborazione tra Governo, Regioni ed autonomie locali, oltre che con il coinvolgimento degli operatori privati e delle rappresentanze degli utenti. Con la l. 18.6.2009 n. 69 era, poi, stato affidato al Governo, «nel rispetto delle competenze regionali e previa approvazione del CIPE», il compito di definire un programma di predisposizione degli interventi necessari alla realizzazione delle infrastrutture necessarie all'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica, in specie nelle aree sottoutilizzate, e si erano identificati gli strumenti della finanza progetto e degli accordi di programma per il coinvolgimento dei diversi livelli territoriali di governo e degli operatori privati. E' in questo contesto che va collocato l'art. 30, coo. 1 e 3, qui impugnato, del d.l. n. 98 del 2011, il quale ribadisce la necessità dell'adozione di un progetto strategico di individuazione, sull'intero territorio nazionale, degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga anche nelle aree sottoutilizzate. Una simile disciplina, sebbene sia riconducibile, in via prevalente, alla materia dell'ordinamento delle comunicazioni, come riconosciuto da questa Corte in relazione al settore degli impianti di comunicazione elettronica (in particolare, sentenza n. 336 del 2005), risponde, tuttavia, alla necessità di soddisfare l'esigenza unitaria corrispondente all'adozione - in armonia con quanto prescritto dalle fonti comunitarie - di un programma (o progetto) strategico che definisca, con una «visione a lungo termine ed equilibrata dei costi e benefici» (così nella citata Comunicazione della Commissione UE 20 settembre del 2010 su "La banda larga") gli obiettivi nazionali volti ad assicurare la realizzazione delle infrastrutture inerenti agli impianti di comunicazione elettronica a banda larga in maniera diffusa ed omogenea sull'intero territorio nazionale. La sussistenza di un'esigenza di esercizio unitario della funzione amministrativa corrispondente

all'adozione di un programma strategico e, conseguentemente, della sua regolamentazione, induce a ritenere che le disposizioni censurate, innegabilmente dettagliate ed addirittura autoapplicative, non siano lesive della competenza regionale in materia di ordinamento delle comunicazioni, in quanto legittimamente adottate dal legislatore statale in sussidiarietà ai sensi dell'art. 118 cost.. Le misure da esse previste, infatti, in contrasto con quanto affermato dalla ricorrente, soddisfano, ad un tempo, sia il requisito della proporzionalità che quello della pertinenza rispetto allo scopo perseguito. Quanto al primo, esso risulta dimostrato, non solo dalla necessità di dare attuazione alle indicazioni comunitarie (che fanno riferimento a programmi operativi atti a definire gli obiettivi nazionali), ma anche dalla stessa natura "strategica" del progetto, in relazione alla quale la realizzazione degli interventi in esso previsti (i quali devono essere individuati in termini omogenei sul territorio nazionale in modo da garantire che tutte le zone, anche quelle sottoutilizzate, siano raggiunte dalle necessarie infrastrutture di rete, idonee ad assicurare l'accesso a tutti alla banda larga ed ai servizi ad essa connessi) deve procedere "in modo unitario e coordinato" (così sentenza n. 165 del 2011; sentenza n. 303 del 2003). Quanto al requisito della pertinenza, di cui la Regione dubita con riferimento all'intervento del capitale privato, occorre rilevarne la ricorrenza in considerazione del fatto che la realizzazione del progetto strategico di individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga non è demandata totalmente, ma neanche prevalentemente, alla disponibilità di capitale privato. La previsione del «concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile» ed il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale e di partenariato pubblico-privato costituiscono mera attuazione della indicazione comunitaria secondo la quale i programmi operativi degli Stati membri devono definire un «insieme equilibrato di interventi destinati a incentivare e a completare gli interventi del settore privato» ed incoraggiare gli investimenti privati «attraverso un appro-

priato coordinamento della pianificazione e delle norme in materia di condivisione delle infrastrutture fisiche e attraverso misure finanziarie mirate a ridurre i rischi e promuovere la creazione di nuove infrastrutture aperte» (Comunicazione della Commissione UE del 2010 su “La banda larga in Europa”), senza sollevare in alcun modo lo Stato dal compito di provvedere. 2.2. La censura proposta dalla Regione ricorrente inerente alla pretesa violazione del principio di leale collaborazione risulta, invece, fondata. Le disposizioni impugnate, infatti, pur legittimamente adottate, incidendo su una materia di competenza regionale concorrente, non prevedono alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni, né in relazione all’adozione del progetto strategico, né con riguardo alla realizzazione concreta sul territorio regionale degli interventi in esso previsti. In tema di assoluta esigenza di esercizio unitario delle funzioni, questa Corte ha affermato che «affinché (...) nelle materie di cui all’art. 117, terzo e quarto comma, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l’esercizio, è necessario che essa detti una disciplina (...) che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l’esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali» (da ultimo, sentenza n. 278 del 2010). Infatti, solo la presenza di tali presupposti, alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, consente di giustificare la scelta statale dell’esercizio unitario di funzioni, allorquando emerga tale esigenza (si veda di recente, sentenza n. 232 del 2011). Con riferimento, in specie, al rispetto del principio di leale collaborazione, la giurisprudenza di questa Corte ha precisato che «nei casi di attrazione in sussidiarietà di funzioni relative a materie rientranti nella competenza concorrente di Stato e Regioni, è necessario, per garantire il coinvolgimento delle Regioni interessate, il raggiungimento di un’intesa, in modo da contemperare le ragioni dell’esercizio unitario di date competenze e la garanzia delle funzioni costituzionalmen-

te attribuite alle Regioni (ex plurimis, sentenze n. 383 del 2005 e n. 6 del 2004)» (sentenza n. 165 del 2011; v. anche sentenza n. 278 del 2010; sentenze n. 383 e n. 62 del 2005, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003). In particolare, in relazione alla previsione della attribuzione allo Stato della determinazione degli indirizzi per lo sviluppo delle reti nazionali di trasporto dell’energia elettrica e di gas naturale, la Corte ha, inoltre, osservato che, premesso che la chiamata in sussidiarietà «può essere giustificata sulla base della necessità che in questa materia sia assicurata una visione unitaria per l’intero territorio nazionale», la «rilevanza del potere di emanazione di tali indirizzi sulla materia energetica e la sua sicura indiretta incidenza sul territorio e quindi sui relativi poteri regionali rende costituzionalmente obbligata la previsione di un’intesa in senso forte fra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali rappresentato in sede di Conferenza unificata» (sentenza n. 383 del 2005). Anche in relazione alla normativa ora all’esame di questa Corte, la chiamata in sussidiarietà risulta giustificata dalla necessità che sia assicurata, nella materia della realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica sull’intero territorio nazionale, una visione unitaria.

Nello stesso tempo, tuttavia, considerata la rilevanza del progetto strategico di individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione da banda larga ed ultralarga e la sua diretta incidenza su territorio e quindi sulle relative competenze regionali, anche in tal caso risulta costituzionalmente obbligata la previsione di un’intesa fra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali (Conferenza unificata Stato-Regioni), da un lato, con riguardo alla predisposizione del predetto progetto strategico, e, dall’altro, con le singole Regioni che siano, di volta in volta, interessate dagli specifici e concreti interventi di realizzazione del progetto sul proprio territorio. Il co. 1 dell’art. 30 del d.l. n. 98 del 2011 è, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede che il Ministero dello sviluppo economico, con il concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e di impianti di comunicazione elettronica fissa

o mobile, predisponga un progetto strategico, senza una previa intesa con la Conferenza unificata, in quanto viola il principio di leale collaborazione. Del pari illegittima si rivela la disposizione di cui al co. 3 del medesimo art. 30 del citato d.l. n. 98 del 2011, nella parte in cui non prevede che, ogniqualvolta si provveda a dare realizzazione concreta sul territorio di una singola Regione a specifici interventi attuativi del progetto strategico, ciò avvenga sulla base di un'intesa con la Regione interessata. La Regione può essere,

infatti, spogliata della propria capacità di disciplinare la funzione amministrativa attratta in sussidiarietà, «a condizione che ciò si accompagni alla previsione di un'intesa in sede di esercizio della funzione, con cui poter recuperare un'adeguata autonomia, che l'ordinamento riserva non già al sistema regionale complessivamente inteso, quanto piuttosto alla specifica Regione che sia stata privata di un proprio potere (sentenze n. 383 e n. 62 del 2005, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003)».

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Concessioni radio/televisioni: possibilità di affitto del servizio da parte del concessionario (Parere prot. 372568 del 28.9.2012, AL 25265/12, Avv. Alessandro De Stefano).

RISPOSTA

Con la nota in riferimento codesta Amministrazione chiede se, in via di astratto diritto, sia possibile riconoscere la validità di un contratto di affitto di azienda, con il quale il concessionario di un servizio di radiodiffusione sonora e televisiva analogica in ambito locale o per la radiodiffusione sonora in ambito nazionale ceda ad altro soggetto il diritto di esercitare la propria attività.

Nel caso in cui al predetto quesito si dovesse dare risposta affermativa, codesta amministrazione chiede altresì se l'obbligo di pagamento del canone di concessione sia da imputarsi al concessionario o all'affittuario, che di fatto gestisce l'emittente.

Questa Avvocatura ritiene che occorre distinguere i profili di carattere privatistico, che attengono al rapporto negoziale che intercorre tra le parti, dai profili di diritto pubblicistico, che concernono il rapporto con l'Amministrazione concedente.

Sotto il primo aspetto, si rileva che - secondo la giurisprudenza della Cassazione - il contratto rientra nell'autonomia privata delle parti e può considerarsi valido ed efficace tra di esse, perché non contrasta con norme imperative ed non ha per oggetto un bene indisponibile. Si ravvisa infatti una specie di sub-concessione, con cui il concessionario dispo-

ne delle facoltà derivanti dal rapporto pubblicistico istituito con l'amministrazione, che hanno la consistenza di veri e propri diritti soggettivi nei rapporti interprivati (in tal senso, cfr. Cass., 27.3.2009, n. 7532, che richiama i principi enunciati dalle SS.UU. con sentenze nn. 9233/02 e 4021/93).

Tuttavia, come riconoscono le stesse sentenze citate innanzi, ciò non implica che l'Amministrazione concedente sia obbligata a prender atto dell'accordo privato intercorso tra le parti ed a trasferire al terzo affittuario le posizioni soggettive che derivano dall'atto di concessione adottato a favore del locatore. Infatti, il rapporto pubblicistico rimane regolato dalla l., che costituisce espressione di esigenze e di interessi di carattere generale. Da ciò consegue che l'Amministrazione potrà disporre il trasferimento del rapporto concessorio nei soli casi e con i soli limiti in cui ciò sia consentito dalle norme vigenti, e potrà invece ritenere che il contratto di affitto non sia opponibile nei suoi confronti, fino a pervenire alla dichiarazione di decadenza dal rapporto, qualora la situazione non sia conforme alle previsioni normative ed agli obblighi del concessionario.

In questa prospettiva, si deve osservare che l'art. 27, co. 5, del d.lgs. 177 del 2005, che specificamente disciplina il trasferimento delle concessioni di cui trattasi, si limita a consentire la devoluzione del rapporto a seguito di trasferimenti di impianti, di rami di azienda o di intere emittenti a favore di altro concessionario, ovvero l'acquisizione di concessorie costituite in forma di società coope-

relative a r.l. da parte di società di capitali, ovvero le cessioni di intere emittenti radiofoniche analogiche a società di capitali di nuova costituzione da parte di soggetti titolari di più concessioni. La specificità delle previsioni normative, che individuano con rigore i soggetti, l'oggetto e le condizioni delle operazioni di trasferimento, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto ammettere la voltura delle concessioni delle frequenze nelle sole ipotesi espressamente contemplate, escludendo la possibilità di interpretazioni analogiche ed estensive.

In particolare, non sembra che il riferimento alle "cessioni" di emittenti radiofoniche analogiche da parte dei titolari di più concessioni a favore di società di nuova costituzione possa essere ritenuto comprensivo dell'ipotesi dell'affitto di azienda. Il legislatore ha fatto riferimento ad una fattispecie che contempla la definitiva dismissione della concessione da parte del precedente titolare; e non sembra che a questa ipotesi possa essere equiparata la diversa fattispecie in cui si determini una scissione tra la titolarità e l'esercizio dell'emittente. Oltre tutto, una simile fattispecie comporterebbe una serie di problemi applicativi che il legislatore ha verosimilmente voluto evitare, come quello - posto in evidenza da codesta amministrazione con il proprio secondo e condizionato quesito - della individuazione del soggetto obbligato al pagamento del canone concessorio. Non si può inoltre trascurare che la possibilità di trasferire il diritto di emittenza radiotelevisiva mediante contratto di affitto potrebbe originare fenomeni speculativi, che il legislatore non ha inteso avallare. Le considerazioni sopra svolte sembrano confermate dai principi di carattere generale che disciplinano il rilascio della licenza d'uso delle frequenze, che costituisce condizione essenziale per l'esercizio dell'attività di trasmissione radio-televisiva. A tal riguardo, la normativa comunitaria di riferimento prevede che "gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere che le imprese trasferiscano i diritti di uso delle radiofrequenze ad altre imprese" [art. 9 della direttiva 2002/21/CE (cd. "direttiva quadro")] e che "Nel concedere i diritti [per l'uso delle frequenze: n. d. r.] gli Stati membri precisano se sono trasferibili su iniziativa del detentore

degli stessi e a quali condizioni, nel caso delle frequenze radio, conformemente all'art. 9 della dir. 2002/21/CE" [(art. 5, par. 2, co. 2, della dir. 2002/20/CE (cd. "direttiva autorizzazioni"))]. Nel recepire questi principi, l'art. 27, co. 5 bis, del d.lgs. 1.8.2003, n. 259, ha previsto che "al momento del rilascio dei diritti d'uso [delle frequenze radio: n. d. r.] il Ministero specifica se tali diritti possono essere trasferiti dal titolare e a quali condizioni".

Un'ulteriore conferma della soluzione interpretativa qui sostenuta si desume dal co. 6 bis del citato d.lgs. n. 259 del 2003, introdotto dall'art. 23, co. 5, del d.lgs. 28.5.2012, n. 70, secondo cui "il Ministero e l'Autorità [...] assicurano che le frequenze radio siano utilizzate in modo efficiente ed efficace [...]", ed adottano, se del caso, «misure appropriate, quali ad esempio l'obbligo di vendita o di locazione dei diritti d'uso delle frequenze radio".

Da questa norma si desume per un verso che i concessionari sono tenuti ad utilizzare in modo efficiente e efficace le frequenze ad essi assegnate (circostanza che non si verificherebbe, qualora potessero utilizzarle come beni di mero godimento e come oggetto di negozi di affitto), e per un altro verso che il legislatore ha considerato la locazione soltanto come una misura di regolamentazione, diretta ad evitare la distorsione della concorrenza, e non pure come una facoltà del concessionario.

Per queste ragioni, si ritiene che il trasferimento possa essere ammesso nelle sole ipotesi espressamente previste dalla l., nonchè negli ulteriori casi eventualmente previsti dal provvedimento di concessione. Ne consegue che, al di fuori di tali ipotesi, la dismissione ed il trasferimento a terzi del diritto d'uso, sebbene valido sotto il profilo civilistico, non comporta il diritto del terzo di conseguire il riconoscimento della sua emittente, e può configurare anzi una violazione degli obblighi gravanti sul concessionario. In tal senso sembra d'altronde orientata la prassi amministrativa. In relazione ad una controversia proposta da un'emittente televisiva (...) ed attualmente pendente dinanzi al Tar del Lazio (causa n.r.g. ...), codesto Ministero ha infatti rappresentato di non aver censito un impiant-



to gestito dalla ricorrente perché acquisito in base ad un contratto di comodato d'uso a titolo gratuito ed a tempo indeterminato, che non conferisce affatto la titolarità dell'esercizio. In senso analogo si è espresso l'Ispettorato Territoriale del Lazio con nota del 6.7.2012 in relazione al caso dell'emittente (...), qui segnalato per le vie brevi da codesto Ministero.

Si ritiene quindi che al contratto di affitto del ramo di azienda di un'emittente radiofonica non possano riconoscersi effetti nei confronti dell'Amministrazione, se ciò non sia espressamente consentito dall'atto di concessione. Il presente parere viene reso previa audizione del Comitato Consultivo di questa Avvocatura, che si è espresso in conformità nella seduta del 25.9.u.s..

«.....GA.....»

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PERSONALE DEL COMPARTO SANITÀ: LA TRIPLICE CONDIZIONE CHE CONSENTE IL PAGAMENTO DELLE MANSIONI SUPERIORI SVOLTE

*Con riguardo al personale del comparto della sanità, è consolidato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che - in deroga al generale principio dell'irrelevanza ai fini giuridici ed economici dello svolgimento delle mansioni superiori nel settore del pubblico impiego - ammette la retribuità delle stesse, ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979, in presenza della triplice e contestuale condizione inerente: all'esistenza in organico di un posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello; alla previa adozione di un atto deliberativo di assegnazione delle mansioni superiori da parte dell'organo a ciò competente; all'espletamento delle suddette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare (cfr. ex multis CdS, III, n. 768 del 13.3.2012; V, n. 814 del 15.2.2010; VI, n. 9016 del 16.12.2012) (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 11.12.2012, n. 6346**).*

«..... GA.....»

REVISIONE DELLA PIANTA ORGANICA DELLE SEDI FARMACEUTICHE: LA COMPETENZA A RENDERE IL PARERE È DELLA GIUNTA COMUNALE

Come rilevato da ormai risalente giurisprudenza, per effetto dell'art. 35 co. 2 l. 142/1990 la competenza a rendere il parere di cui all'art. 2 co. 2 della l. 475/1968 sulla revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche è passata dal consiglio alla giunta comunale (CdS, IV, 20.12.2000, n. 6850; cfr. anche V, 7.9.2007 n. 4706). Infatti

la giunta ha competenza residuale per gli atti di amministrazione non riservati al consiglio e che non rientrino nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco, del Presidente della Provincia, degli organi di decentramento, del segretario o dei funzionari dirigenti.

*Tale competenza della giunta ha carattere generale e si estende anche alle ipotesi in cui norme anteriori prevedevano, in modo espresso, la competenza consiliare (come appunto il citato art. 2 co. 2 l. 475/1968), essendo esse mera espressione dell'opposto principio, allora vigente, della generalità e residualità della competenza consiliare e della specialità e tipicità di quella giuntale. Né la competenza del consiglio potrebbe trovare fondamento nell'art. 32 co. 2 lett. b) l. 142/1990 (programmi e piani in generale) o nel principio che il consiglio è l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, in quanto tra i programmi sono da ricomprendere solo gli atti fondamentali relativi alla programmazione della vita politico-amministrativa dell'ente locale, e non anche ogni altra attività programmatica, di competenza di amministrazioni diverse, sulla quale il comune sia chiamato ad una funzione consultiva ausiliaria (CdS, IV, 20.12.2000 n.6850, cit.) (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 24.11.2012, n. 5952**).*

«..... GA.....»

L'ACCREDITAMENTO PROVVISORIO CONSENTE ALLA STRUTTURA SANITARIA DI CONTINUARE AD OFFRIRE LE STESSE PRESTAZIONI GIÀ CONVENZIONATE: L'ACCREDITAMENTO ULTERIORE DEVE ESSERE PRECEDUTO DALLA VALUTAZIONE DELLA REGIONE



Secondo il consolidato orientamento di questa Sezione (cfr. sentenze n. 3840 del 2.7.2012 e n. 3610 del 14.6.2011), il provvisorio accreditamento di una struttura sanitaria consente alla stessa di continuare ad offrire le stesse prestazioni già convenzionate, senza che possa ammettersi un ampliamento automatico dell'attività, quand'anche nel caso di modifica del nomenclatore tariffario regionale. Non può procedersi ad estendere l'accREDITAMENTO a tutte le prestazioni previ-

*ste dai nuovi tariffari, con ampliamento automatico delle prestazioni erogabili, sia pur nell'ambito della medesima branca, in quanto l'accREDITAMENTO ulteriore deve essere preceduto dalla valutazione, da parte della Regione, degli elementi relativi al fabbisogno assistenziale, al volume dell'attività erogabile, alla programmazione di settore, al possesso dei requisiti da parte delle strutture private ed agli oneri finanziari sostenibili (**Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 29.10.2012, n. 5518**).*

«..... GA.....»

REDAZIONALI

GLI APPALTI SANITARI A SEGUITO DELLA *SPENDING REVIEW* (L. 135/12): NOVITÀ

dell'Avv. Gianluca Piccinni

Le novità sugli appalti sanitari dopo la spending review.

News of Health Contract (L. 135/12).

Sommario: 1. Riduzione importi e prestazioni nei contratti sanitari ex art. 15, co. 13, lett.a d.l. 95/12, conv. in L. 135/12; 2. Problematiche applicative. 3. Acquisto beni e servizi: piattaforma Consip o Centrali di committenza.

1. Riduzione importi e prestazioni nei contratti sanitari ex art. 15, co. 13, lett. a d.l. 95/12, conv. in l. 135/12.

L'art. 15, co. 13, lett. a) d.l. 6/7/12 n. 95 (*"Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini"*) convertito in l. 7/8/12 n. 135 (noto come decreto sulla *spending review*) prevedeva, nella versione originaria, che *"gli importi e le connesse prestazioni relativi a contratti in essere di appalto di servizi e fornitura di beni e servizi, con esclusione degli acquisti dei farmaci, stipulate da aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale, sono ridotti del 5% a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, per tutta la durata dei contratti medesimi; tale riduzione per la fornitura di dispositivi medici opera fino al 31.12.2012"*.

Attualmente, tale comma ha subito una parziale modifica da parte dell'art. 1, co. 131, lett. a) l. 228/12) che ha aumentato la percentuale di *"sconto"* al 10% con decorrenza dal 1/1/13 sino alla scadenza naturale dei singoli contratti.

Questa norma, che non si applica agli acquisti di farmaci, contenuta nel testo originario del d.l. e rimasta invariata dopo la l. di conversione, prevede una riduzione congiunta, e deve ritenersi proporzionale, degli *"importi"* e delle *"connesse prestazioni"* conte-

nute nei contratti in essere alla data di entrata in vigore del d.l., quindi il 7/7/12.

Come è noto, il tema più controverso relativo a questa disposizione di legge riguarda proprio l'interpretazione che deve darsi con riguardo alle modalità applicative della riduzione del 10% degli *"importi"* e delle *"connesse prestazioni"* dei contratti per tutta la loro durata.

Il testo normativo, sia pure di infelice formulazione perché presenta notevoli criticità applicative - come avremo modo di vedere nel successivo paragrafo -, appare invece sufficientemente chiaro (grazie all'uso della congiunzione *"e"*) nell'affermare che la riduzione debba intervenire sia sugli importi che sulle prestazioni del contratto: quindi, a fronte di minori prestazioni rese dal fornitore, l'importo globale del contratto subirà una contrazione del 10%.

Siffatta interpretazione consente di inserire questa norma coerentemente nel sistema normativo dei contratti pubblici, dove già esiste una disposizione di legge, contenuta nell'art. 11. R.D. 2440/1923, che attribuisce alla parte pubblica la facoltà di variare la quantità delle prestazioni contrattuali nell'ambito del 20% delle stesse (il c.d. *"quinto d'obbligo"*), disposizione poi richiamata anche dal successivo art. 132, co. 4, d.lgs. 163/06.

Non solo, tale riduzione degli importi dei contratti e delle prestazioni trova anche un riscontro normativo nel codice dei Contratti e, precisamente, nell'ambito delle varianti in corso di esecuzione del contratto (art. 132, co. 1, lett. a) d.lgs. 163/06), avendo il legislatore previsto la possibilità per la stazione appaltante di ordinare modifiche nell'esecuzione del contratto anche per *“per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari”*.

Lo stesso art. 132 cit. prevede inoltre *“varianti, in aumento o in diminuzione, (...) a condizione che tali varianti non comportino modifiche sostanziali (...). L'importo in aumento o in diminuzione relativo a tali varianti non può superare il cinque per cento dell'importo originario del contratto”*.

Tali varianti possono essere adottate dall'Azienda Sanitaria senza il necessario consenso del fornitore, che è tenuto ad accettarle.

Tuttavia, sia la variazione quantitativa prevista dalla regola del *“quinto d'obbligo”*, sia le varianti in corso di esecuzione contenute nel limite del 10% dell'importo contrattuale, comportano effettivamente una riduzione delle prestazioni dovute dal fornitore e consentono quindi di ridurre coerentemente gli *“importi”* e le *“connesse prestazioni”*, risultando quindi entrambe conformi al testo dell'art. 15, co. 13, lett. a, d.l. 95/12.

Altrettanto non può dirsi della richiesta, se non dell'imposizione, da parte di diverse Aziende sanitarie, di una riduzione automatica (e senza il compimento di un'accurata fase istruttoria) dei prezzi di aggiudicazione, in base ad un'interpretazione della norma che non tiene conto del tenore letterale della stessa, né dei principi generali in materia di contratti e, in particolare, di contratti sorti a seguito di procedure di gara.

La riduzione del solo prezzo contrattuale, infatti, incide sicuramente sull'importo del contratto ma non anche sulle *“connesse prestazioni”*, mentre certamente l'art. 15, co. 13, lett. a) del d.l. 95/2012 impone una riduzione di entrambe queste voci.

L'imposizione di uno sconto *“ex lege”*, inoltre, incide su un elemento essenziale del contratto, quale il prezzo, alterando

l'equilibrio contrattuale ed intervenendo in un ambito, quello della determinazione delle condizioni contrattuali, nel quale vige il principio dell'autonomia delle parti, per i contratti privati, e della formazione delle condizioni contrattuali all'interno delle stesse procedure di gara, per i contratti pubblici, come imposto dalla normativa comunitaria.

La variazione di uno degli elementi essenziali del contratto già concluso non può certo essere imposto unilateralmente da una delle parti: deve poi ritenersi che una norma che imponesse la variazione *“ex lege”* delle condizioni di affidamento di un contratto pubblico si porrebbe in violazione della normativa comunitaria, che impone la formazione degli elementi essenziali del contratto nell'ambito della procedura di gara.

Per questi motivi, è da ritenersi che, salva sempre la facoltà del fornitore di aderire volontariamente ad una richiesta di sconto, il d.l. 95/2012 non attribuisce alle Aziende Sanitarie alcuna facoltà di riduzione unilaterale dei prezzi relativi ai contratti in essere alla data del 7.7.2012.

Logica vuole, pertanto, che la riduzione imposta dal legislatore non può che intendersi riferita alla *“valutazione aggregata”* dei costi e delle connesse prestazioni dei contratti posti in essere dalle amministrazioni sanitarie con i singoli fornitori; è il valore complessivo dei contratti il parametro di riferimento per l'applicazione della riduzione in parola.

In altri termini, i soggetti destinatari della norma non sono i fornitori privati, ma le stesse pubbliche amministrazioni, alle quali il legislatore impone di adottare forme di risparmio idonee a contenere la spesa pubblica, attraverso la riduzione del valore di un capitolo di bilancio: quello relativo agli acquisti di beni e servizi, anche riducendo i quantitativi di beni e servizi già ordinati.

La *ratio* della norma è dunque quella di contenere la spesa delle amministrazioni sanitarie, tagliando del 10% (in origine, il 5%) i budget relativi al complesso dei contratti d'appalto di fornitura di beni e servizi.

Inoltre va precisato che la norma non può neppure ritenersi automaticamente applicabile, in quanto impone alle amministrazioni appaltanti il compimento di un'accurata attività

istruttoria al fine di individuare, caso per caso, i contratti suscettibili di riduzione.

A seguito di ciò, l'Azienda dovrà attivare un procedimento di rideterminazione delle prestazioni oggetto del contratto che si è scelto di ridurre, nel pieno contraddittorio con le imprese interessate e, dunque, previa comunicazione dell'avvio del procedimento.

In difetto di tale obbligatoria attività istruttoria, la riduzione automatica degli importi da parte delle stazioni appaltanti sarebbe illegittima.

2. Problematiche applicative.

La generica previsione di riduzione prevista dal legislatore presenta notevoli criticità.

a) Innanzitutto, va individuato l'oggetto di detta riduzione che deve intendersi non solo "l'importo" dei contratti, ma anche le "prestazioni connesse", locuzione di non facile interpretazione e che conseguentemente ha dato adito a differenti esegesi.

La prima di queste teorie interpreta le "prestazioni connesse" come quelle prestazioni che lo stesso appaltatore si è impegnato a garantire in sede contrattuale, come ad esempio "i termini di consegna" oppure "i tempi d'intervento" ecc.; ridurre del 10% dette prestazioni, tuttavia, non pare avere molto senso in quanto la loro riduzione non farebbe che ulteriormente aggravare l'onere contrattuale dell'appaltatore, senza tuttavia apportare il benché minimo risparmio economico all'Amministrazione sanitaria.

Una seconda interpretazione, allora, penderebbe per assegnare al termine "prestazioni connesse" il significato di "controprestazione contrattuale", con ciò quindi significando che, a fronte della riduzione del 10% dell'importo contrattuale a favore dell'appaltante, si configurerebbe una riduzione del medesimo 10% della controprestazione posta in capo all'appaltatore (la quantità della fornitura); tale interpretazione, sebbene più consona ai principi civilistici (di rispetto del cd. "sinallagma contrattuale") non è sicuramente conforme al reale intendimento del legislatore.

Ed infatti, se si procedesse, da parte delle Aziende, alla riduzione delle prestazioni e controprestazioni nella misura del 10%, sicu-

ramente il S.S.N. ridurrebbe la spesa di un decimo ma, ovviamente, otterrebbe anche un decimo in meno di beni e servizi e, quindi, dovrebbe ridurre della medesima percentuale anche i servizi che è in grado di erogare.

b) Altra questione è quella relativa al "quantitativo" dell'importo contrattuale a cui applicare tale riduzione; posto infatti come detta disposizione si applichi ai contratti "in essere", occorre domandarsi allora se il Legislatore intende riferirsi alle sole prestazioni ancora da eseguire oppure se tale disposizione ha effetto retroattivo, applicandosi quindi all'importo previsto in contratto, indipendentemente dal quantitativo già fornito (o meno) fino a quel momento dall'appaltatore.

In altri termini, ove sia stato stipulato un contratto di importo pari, ad esempio, a 100 euro ed è relativo alla fornitura di 100 prodotti, se la riduzione si applica all'intero importo contrattuale ciò significa che il prezzo si riduce a 90 €, mentre se si applica al solo prezzo per le forniture ancora da eseguire, qualora si sia già provveduto alla fornitura di quasi tutti i prodotti (mancando, ad esempio, la consegna di solo 10 pezzi), in tal caso allora la riduzione del 10% si applicherà solo al prezzo relativo ai prodotti ancora da consegnare, riducendosi quindi lo sconto ad appena 1,00€.

In altri termini, l'eventuale maggiore o minore riduzione del prezzo dipenderebbe esclusivamente dal quantitativo di prodotti (ancor più difficile è la quantificazione dei servizi e dei lavori) che l'appaltatore potrebbe avere già provveduto a consegnare.

Tuttavia quest'ultima tesi non tiene in debito conto la natura giuridica che solitamente equipara il contratto di fornitura a quello di una "vendita a consegne ripartite", ossia un contratto che si perfeziona immediatamente, mediante il consenso delle parti, salvo poi differire nel tempo, previa intesa tra le parti, la fase di esecuzione attraverso eventuali consegne ripartite.

Ne deriva che l'appalto di forniture, ove inteso nel senso sopra riportato, difficilmente potrebbe rientrare nell'ambito dei c.d. contratti di somministrazione, cioè un contratto di "durata" e quindi, come tale, non può ricadere tra i contratti "in essere" di cui parla la lett. A), co. 13 dell'art. 15 d.l. 95/2012.

Se quindi l'unica possibile interpretazione per l'applicazione dello sconto coattivo del 10% anche ai contratti di vendita è la sua efficacia *ex tunc*, ciò tuttavia sembrava originariamente smentito dallo stesso Legislatore, che aveva limitato l'applicazione di detta riduzione per la fornitura di dispositivi medici solo "fino al 31.12.2012", mentre invece con la modifica di recente intervenuta, il termine "finale" è pari a quello di durata del singolo contratto.

Tale prescrizione non lascia adito a possibili diverse interpretazioni se non a quella che prevede la riduzione dei contratti d'acquisto dei dispositivi medici dal 7.7.2012 sino alla data di scadenza dei singoli contratti, pari al 10% dell'importo della sola fornitura da ancora da eseguirsi sino alla naturale scadenza dei singoli contratti.

3. Acquisto beni e servizi: piattaforma Consip o Centrali di committenza.

L'ultima novità introdotta dalla lett. D) del co. 13 dell'art. 15 d.l. n. 95/2012 stabilisce che gli Enti del S.S.N. utilizzino, "per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP" gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione da CONSIP o dalle altre Centrali di committenza.

Detta prescrizione potrebbe apparire tautologica in quanto già l'art. 7, co. 2 della l. 94/2012 obbligava "le altre pubbliche amministrazioni" (non statali) a fare ricorso al M.E.P.A. ma ciò valeva espressamente solo per gli acquisti sottosoglia e senza indicare espressamente il settore del SSN.

Invero, con la menzionata disposizione, il Legislatore ha ritenuto di dover esplicitamente prevedere che gli enti del SSN sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni quadro stipulate da Consip S.p.A.

Al riguardo è importante rilevare come il legislatore abbia imposto un obbligo, a carico dell'Aziende Sanitarie, di avvalersi delle convenzioni stipulate dalle centrali regionali ovvero dalla Consip, pena la nullità dei rela-

tivi contratti e tale *modus procedendi* configura illecito disciplinare ed è causa di responsabilità amministrativa.

Nei casi, quindi, di non adesione alla convenzione Consip o di non applicazione delle condizioni in essa previste si configura il danno erariale nella misura della differenza tra il prezzo indicato negli strumenti di acquisto Consip e quello maggiore indicato nel contratto stipulato.

Proprio al fine di rimarcare maggiormente gli obblighi di cui sopra, nella legge è previsto espressamente che l'unica ipotesi in cui le pubbliche amministrazioni possono procedere con procedure autonome di acquisto è il caso in cui non c'è la disponibilità delle convenzioni e l'acquisto sia motivato dall'urgenza.

In tali casi, tuttavia, i contratti dovranno prevedere la clausola di risoluzione per sopravvenuta disponibilità della convenzione.

Diversa è invece la disciplina prevista per le convenzioni/contratti quadro stipulati dalle centrali di acquisto regionali alle quali è solo richiesto che i parametri di qualità e di prezzo delle convenzioni Consip facciano da punto di riferimento.

Nelle nuove disposizioni si è tenuto conto anche delle possibili incapacienze delle convenzioni in corso Consip e delle centrali di acquisto regionali scaturenti dal conseguente obbligo al maggior ricorso tant'è che, al fine di garantire l'utilizzabilità delle stesse, è stata prevista la possibilità di incrementare le quantità ovvero gli importi massimi complessivi delle convenzioni *...omississ...* "in misura pari alla quantità ovvero all'importo originario, a decorrere dalla data di esaurimento della convenzione stessa, ove questa intervenga prima del 31.12.2012".

Al fornitore è tuttavia concesso l'esercizio del diritto di recesso a fronte del quale le centrali di committenza, sopra menzionate, potranno stipulare una nuova convenzione con durata limitata al 30.6.2013, "interpellando progressivamente gli operatori economici" della graduatoria della procedura originaria fino al terzo miglior offerente a condizione che siano offerte condizioni economiche migliorative tali da determinare il raggiungimento del punteggio complessivo attribuito all'offerta presentata dall'aggiudicatario del-

la relativa procedura”.

In ogni caso, per i contratti in corso, ove i fornitori non si adeguino alle migliori condizioni Consip, le amministrazioni possono recedere previa formale comunicazione e previo pagamento delle prestazioni già eseguite.

Interessante è anche il coordinamento tra le stazioni appaltanti e le centrali di committenza con la previsione di un elenco delle centrali di committenza e la pubblicazione da parte di Consip di tutti i dati relativi alle convenzioni/contratti quadro stipulati. Ma anche

la possibilità di aggiudicare le convenzioni ad uno o più operatori economici nei casi di particolare interesse per la pubblica amministrazione (cfr. co.16 *bis*).

Così facendo il legislatore ha inteso assoggettare ad un controllo assoluto le gare di appalto da parte di strutture centralizzate, stabilendo che tutte le procedure debbono obbligatoriamente passare per le centrali di committenza o per la Consip, obbligando tutti gli operatori economici (che ancora non l’hanno fatto) a trasferire sul *web* il loro *business*.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. III, 11.12.2012, n. 6345
Impiegati delle unità sanitarie locali: in caso di insufficienza delle risorse finanziarie e' irrilevante la previa autorizzazione delle ore in plus orario da parte della amministrazione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato (tra le tante CdS, V, 12.7.1996 n.862; V, 17.9.1996 n.1139; V, 30.9.2002, n. 5040; tra le più recenti, Cons. St. sez. V n. 1259/2009 e 3807/2010) è consolidata nell'affermare che la retribuzione delle prestazioni in plus orario degli impiegati delle unità sanitarie locali è subordinata alla necessaria copertura finanziaria dell'apposito fondo e che, pertanto, in caso di insufficienza delle risorse finanziarie disponibili, rimane del tutto irrilevante la pur intervenuta previa autorizzazione delle ore in plus orario da parte della amministrazione; le prestazioni eventualmente effettuate in eccedenza vanno, semmai, retribuite non già alla stregua del compenso incentivante, ma come ore di lavoro straordinario od altro titolo ove, beninteso, ne ricorrano le condizioni valutate dalla amministrazione (da ultimo cfr. CdS Sezione III, 4.5.2012 n. 2565). La copertura finanziaria infatti costituisce un limite vincolante ed insuperabile per la remunerazione delle prestazioni lavorative in quanto la relativa attività deve essere retribuita esclusivamente attraverso la ripartizione dei fondi aventi siffatta destinazione, fermo restando che la programmazione delle ore di lavoro effettuabili avviene in via preventiva, in relazione alle finalità incentivanti perseguite, mentre il fondo da distribuire è costituito dall'apposito finanziamento regionale che viene determinato e reso disponibile solo a consultivo, onde solo in un secondo momento è reso conoscibile l'importo spettante a ciascun dipendente trattandosi appunto di una retribuzione incentivante, subordinata al raggiungimento di determinati livelli qualitativi e quantitativi di produttività (CdS, V, 12.7.1996 n.862, cit.). La giurisprudenza ha ulteriormente chiarito che la tesi secondo la quale il fondo per il pagamento dei compensi per il plus orario deve essere gestito in modo da garantire un parallelismo co-

stante tra prestazioni autorizzate e risorse di copertura, esprime una giusta esigenza di buona amministrazione, ma non ha alcun rilievo giuridico in quanto la normativa circoscrive la possibilità di utilizzare questa forma di incentivazione esclusivamente nei limiti delle risorse effettivamente disponibili sul fondo in questione (CdS, V, 30.9.2002 cit.; V, 12.4.2005 n.1620; V, 5.2.2007 n.436).

Consiglio di Stato, Sez. III, 10.12.2012, n. 6287
La retribuzione delle prestazioni in plus orario degli impiegati delle unità sanitarie locali è subordinata alla necessaria copertura finanziaria dell'apposito fondo.

La giurisprudenza di questo Consesso (tra le tante CdS, V, 12.7.1996 n.862; V, 17.9.1996 n.1139; V, 30.9.2002, n. 5040; tra le più recenti, Cons. St. sez. V n. 1259/2009 e 3807/2010) è ormai consolidata nell'affermare che la retribuzione delle prestazioni in plus orario degli impiegati delle unità sanitarie locali è subordinata alla necessaria copertura finanziaria dell'apposito fondo e che, pertanto, in caso di insufficienza delle risorse finanziarie disponibili, rimane del tutto irrilevante la pur intervenuta previa autorizzazione delle ore in plus orario da parte della amministrazione; le prestazioni eventualmente effettuate in eccedenza vanno, semmai, retribuite non già alla stregua del compenso incentivante, ma come ore di lavoro straordinario od altro titolo ove, beninteso, ne ricorrano le condizioni valutate dalla amministrazione (da ultimo questa CdS, Sezione III, 4.5.2012 n. 2565). La copertura finanziaria infatti costituisce un limite vincolante per la remunerazione delle prestazioni lavorative in plus orario in quanto la relativa attività deve essere retribuita esclusivamente attraverso la ripartizione dei fondi aventi siffatta destinazione, fermo restando che la programmazione delle ore di lavoro effettuabili avviene in via preventiva, in relazione alle finalità incentivanti perseguite, mentre il fondo da distribuire è costituito dall'apposito finanziamento regionale che viene determinato e reso disponibile solo a

consultivo, onde solo in un secondo momento è reso conoscibile l'importo spettante a ciascun dipendente trattandosi appunto di una retribuzione incentivante, subordinata al raggiungimento di determinati livelli qualitativi e quantitativi di produttività (CdS, V, 12.7.1996 n.862, cit.). La giurisprudenza ha ulteriormente chiarito che la tesi secondo la quale il fondo per il pagamento dei compensi per il plus orario deve essere gestito in modo da garantire un parallelismo costante tra prestazioni autorizzate e risorse di copertura, esprime una giusta esigenza di buona amministrazione ma non ha alcun rilievo giuridico in quanto la normativa circoscrive la possibilità di utilizzare questa forma di incentivazione esclusivamente nei limiti delle risorse effettivamente disponibili sul fondo in questione (CdS, V, 30.9.2002 cit.; V, 12.4.2005 n.1620; V, 5.2.2007 n.436). È perciò da disattendere l'assunto secondo cui l'amministrazione sanitaria debba verificare costantemente la capienza del fondo a fronte delle prestazioni autorizzate ed intervenire con opportune misure finanziarie nel corso della sua gestione. In sostanza, contrariamente a quanto sostenuto negli atti di appello, non si determina l'automatica liquidazione, in favore del lavoratore, di un compenso in misura fissa e predeterminata, commisurata allo stipendio tabellare, per le ore di lavoro prestate in plus orario, essendo necessario lo svolgimento di una complessa ed articolata procedura che prevede, prima della liquidazione, una fase di preventivo controllo sulla effettiva maggiore produttività e una verifica sulla compatibilità finanziaria delle prestazioni effettuate. Con la conseguenza che, come affermato dal giudice di primo grado, escluso, ai fini della liquidazione del compenso, ogni automatismo, la posizione soggettiva degli interessati deve ritenersi di interesse legittimo e non di diritto soggettivo per l'evidente presenza di poteri valutativi dell'Amministrazione (Cons. di Stato, Sez. V, n. 791 del 3.2.2011) con l'ulteriore conseguenza che se il fondo non ha risorse sufficienti, è anche possibile una proporzionale decurtazione delle eventuali spettanze per ogni soggetto avente titolo.

Consiglio di Stato, Sez. III, 21.11.2012, n. 5912
Gli enti ospedalieri, tranne le Unità Sanitarie Locali, possono corrispondere al proprio

personale trattamenti retributivi superiori a quelli previsti dai contratti previa adeguata istruttoria compiuta caso per caso con riferimento a reali e specifiche esigenze funzionali e a particolari impegni dei singoli dipendenti.

La giurisprudenza ha ormai chiarito che (cfr. CdS, V, 7.4.2010, n. 1943): - a seguito della sentenza n. 161/1982 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'incostituzionalità del divieto di corresponsione ai dipendenti degli enti ospedalieri di compensi eccedenti quelli previsti dagli accordi nazionali, di cui all'art. 7, co. 3, del d.l. 264/1974, come convertito dalla l. 386/1974, si è ritenuto che tali enti potessero legittimamente erogare al proprio personale trattamenti retributivi superiori a quelli previsti dai contratti, a seguito di un'adeguata istruttoria compiuta caso per caso, con riferimento a reali e specifiche esigenze funzionali e a particolari impegni dei singoli dipendenti. Tuttavia, analoga facoltà (non obbligo per l'ente: cfr. CdS, IV, 7.10.1992 n. 856) non può più competere alle unità sanitarie locali, essendo venuta meno con l'entrata in vigore dell'art. 47 della l. 833/1978, che vieta di attribuire al personale delle stesse unità sanitarie locali compensi, indennità o assegni di qualsiasi genere o natura che modifichino direttamente o indirettamente il trattamento economico previsto dai relativi contratti collettivi di comparto; né il potere delle unità sanitarie locali di attribuire benefici particolari non previsti dalle norme potrebbe mai fondarsi sull'ordinamento previgente, il quale invece lo poneva in capo ai soppressi enti ospedalieri in base al citato art. 7, co. 3, in relazione alla menzionata pronuncia di illegittimità costituzionale, perché l'unità sanitaria locale, pur succeduta a titolo universale all'ente ospedaliero in essa confluito, quindi subentrante nei rapporti del personale di tale ente, non può esercitarne i poteri che si giustificavano nel precedente contesto, per la peculiarità della normativa allora vigente (cfr. CdS, V, 10.12.2003 n. 7830, 6.3.2000 n. 1142, 22.6.1996 n.775, 23.3.1995 n. 479 e 6.4.1991 n. 449; IV, 18.10.2002 n. 5705; 10.12.1998 n. 1752). - d'altro canto, da un lato la diversa posizione funzionale di direttori sanitari ed amministrativi, desumibile dalla normativa vigente in materia, nonché la diversità di preparazione

professionale loro richiesta, non fanno apparire irragionevole la non attribuzione ai dirigenti amministrativi delle indennità connesse alla specificità delle prestazioni dei dirigenti sanitari (cfr. IV, n. 1752/1998, cit.); dall'altro lato, è evidente come, essendo il riconoscimento in discussione legato all'apprezzamento discrezionale, "caso per caso" e tra gli altri elementi valutativi, delle "reali e specifiche esigenze funzionali" dell'ente, necessariamente attuali, un siffatto apprezzamento ora per allora sia per l'unità sanitaria locale materialmente impossibilitato dalla diversità dell'assetto organizzativo e funzionale tra i due enti.

Consiglio di Stato, Sez.III, 14.11.2012, n. 5734
Sanità: sono tre le condizioni che legittimano il pagamento al dipendente delle mansioni superiori svolte.

E' consolidato l' orientamento della giurisprudenza amministrativa che, con riguardo al personale del comparto della sanità – in deroga al generale principio dell'irrelevanza ai fini giuridici ed economici dello svolgimento delle mansioni superiori nel settore del pubblico impiego – ammette la retribuità delle stesse, ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979, in presenza della triplice e contestuale condizione inerente: all'esistenza in organico di un posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello; alla previa adozione di un atto deliberativo di assegnazione delle mansioni superiori da parte dell'organo a ciò competente; all'espletamento delle suddette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare (cfr. ex multis CdS, Sez. III, n. 768 del 13.3.2012 ; Sez. V, n. 814 del 15.2.2010; Sez. VI, n. 9016 del 16.12.2011).

«.....GA.....»

HANNO PARTECIPATO

Avv. Giuseppe Albenzio, Dott.ssa Alessia Auriemma, Avv. Giulio Bacosi, Avv. Luca Beccarini, Dott. Alessio Cantone, Dott.ssa Marta Capesciotti, Avv. Luisa Capicotto, Avv. Daniela Canzone-ri, Dott.ssa Myriam Carlucci, Dott. Alfonso Cernelli, Dott. Francesco Corvisieri, Dott. Diego De Magistris, Avv. Gianna Maria De Socio, Avv. Alessandro De Stefano, Dott.ssa Ilaria Di Toro, Dott.ssa Alessandra Dominici, Dott.ssa Matilde Esposito, Avv. Fabio Falco, Avv. Sergio Fifi, Dott.ssa Francesca Fontanarosa, Dott.ssa Valentina Giammaria, Dott. Giustino Lo Conte, Dott. Gabriele Magrini, Dott.ssa Eugenia Materia, Avv. Marco Stigliano Messuti, Dott.ssa Tiziana Molinaro, Dott. Gennaro Napolitano, Dott.ssa Valentina Napolitano, Dott. Tommaso Pistone, Dott. Andrea Ridolfi, Dott. Paolo Romani, Avv. Salvatore Russo, Avv. Maria Elena Scaramucci, Dott. Davide Siclari, Avv. Agnese Soldani, Dott.ssa Angela Turchiano, Dott.ssa Antonella Zella, Dott.ssa Margherita Amitrano Zingale, Dott. Giuseppe Zuccaro.

Chiuso in redazione il 21 dicembre 2012
Finito di stampare nel dicembre 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)