



GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

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

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Fondatore Enrico Michetti

IN QUESTO NUMERO

- **L'ORDINE DEL MERCATO ENERGETICO E L'ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE DI TERZA GENERAZIONE IN ITALIA**
- **ISTITUTI DI BENEFICENZA ED ASSISTENZA, EVOLUZIONE LEGISLATIVA E QUESTIONI D'INELEGIBILITÀ: IL CASO REGIONE LAZIO**
- **IL RESTYLING DELLE UNIONI E L'ESERCIZIO ASSOCIATO DELLE FUNZIONI DEI COMUNI ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA SPENDING REVIEW**
- **DALLA NATURA PROGRAMMATICA DEI DIRITTI SOCIALI ALLA RELATIVIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI TOUT COURT?**
- **ATTO AMMINISTRATIVO IMPLICITO E COMPATIBILITÀ CON LA L. 241/90. LA PECULIARE FIGURA DELL'AUTORITÀ**
- **LEGITTIMO AFFIDAMENTO E CONTRATTI PUBBLICI. OSSERVAZIONI SU SERIETÀ E PIGRIZIA AMMINISTRATIVA**
- **È ANCORA CONSENTITA AI "PICCOLI COMUNI" LA COSTITUZIONE DI SOCIETÀ DI TRASFORMAZIONE URBANA?**
- **L'INDIVIDUAZIONE DEL RESPONSABILE DELL'INQUINAMENTO E COMPATIBILITÀ CON IL PRINCIPIO COMUNITARIO DEL "CHI INQUINA PAGA"**
- **LA NECESSARIA CORRISPONDENZA DELLE QUOTE DI QUALIFICAZIONE, DI PARTECIPAZIONE ALL'ATI E DI ESECUZIONE TRA LA NOVELLA LEGISLATIVA E LE RECENTI PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA**
- **COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE SUB INTRECCIO SOCIETARIO E IMPATTO CONCRETO DELL'INDICE SULLA GARA**
- **LA PARTECIPAZIONE DEI COMUNI ALL'ATTIVITÀ DI CONTRASTO ALL'EVASIONE FISCALE E CONTRIBUTIVA: SINTESI DELLA NORMATIVA**
- **IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA RITARDO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO**
- **PRECLUSA L'AZIONE DI INDEBITO ARRICCHIMENTO CONTRO LA PA SE L'IMPEGNO CONTRATTUALE NON È AD ESSA ASCRIVIBILE**
- **I DISPOSITIVI MEDICI E LA MARCATURA CE**
- **TETTI DI SPESA E PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA LE STRUTTURE PUBBLICHE E PRIVATE, NEL MERCATO CONCORRENZIALE DEL SISTEMA SANITARIO NAZIONALE**

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)

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Presidente: Prof. Alberto Romano

Vice Presidenti: Dott. Luca Palamara, Avv. Massimo Mari e Dott. Ing. Massimo Sessa

Componenti del Consiglio Scientifico Nazionale: Prof. Edoardo Ales, Dott. Andrea Baldanza, Prof. Enzo Baldini, Prof. Antonio Bartolini, Prof. Salvatore Bellomia, Pres. Franco Bianchi, Prof. Antonio Briguglio, Prof. Roberto Caranta, Prof. Agostino Cariola, Prof.ssa Lucia Cavallini, Prof. Roberto Cavallo Perin, Prof. Guido Corso, Prof. Enrico Follieri, Prof. Fabio Francario, Prof. Carlo Emanuele Gallo, Prof. Vincenzo Caputi Iambrenghi, Prof. Giovanni Leone, Prof. Fiorenzo Liguori, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Prof. Francesco Merloni, Prof. Fabio Merusi, Pres. Filippo Paone, Prof. Nino Paolantonio, Pres. Calogero Piscitello, Prof.ssa Paola Piras, Prof. Aristide Police, Dott. Giuseppe Rotondo, Prof. Mario Sanino, Prof. Salvatore Raimondi, Dott. Alfredo Storto, Prof. Antonio Romano Tassone, Dott. Andrea Paolo Taviano, Prof. Luciano Vandelli.

Componenti del Consiglio Scientifico Internazionale: Prof. Vicente Alvarez Garcia, Prof. Rodolfo Carlos Barra, Prof. Andrea Biondi, Prof. Alejo Hernandez Lavado, Prof. Emanuele Lobina, Prof. Dimitris Xenos.

COMITATO DI REFEREE

Componenti: Prof.ssa Francesca Angelini, Prof. Raffaele Bifulco, Prof.ssa Paola Chirulli, Prof. Alfredo Contieri, Pres. Dott. Pasquale de Lise, Prof. Francesco De Leonardis, Prof. Roberto Miccù, Prof. Fulvio Pastore, Prof. Marco Prosperetti, Prof. Emilio Paolo Salvia, Prof. Filippo Satta, Prof.ssa Elisa Scotti, Prof. Stefano Vinti.

COMITATO DI DIREZIONE

Direttore: Prof. Enrico Michetti

Vicedirettori: Avv. Valentina Romani, Avv. Paolo Pittori e Avv. Rodolfo Murra
Coordinatore Ufficio di Direzione: Avv. Domenico Tomassetti
Caporedattore: Avv. Emanuele Riccardi

Componenti: Dott.ssa Anna Cinzia Bartoccioni, Dott. Antonio Cordasco, Dott. Michele de Cilla, Dott. Angelo Domini, Dott. Federico Mazzella, Prof. Salvatore Napolitano, Prof. Stefano Olivieri Pennesi, Dott. Francesco Palazzotto, Dott. Paolo Romani.

REDAZIONE

Direttore Responsabile: Dott.ssa Marzia Romani
Coordinatore Osservatorio riforme istituzionali ed amministrative: Pietro Marrazzo
Responsabile Organizzazione: Dott. Filippo Gai

Redattori: Dott. Davide Ambroselli, Prof. Maurizio Asprone, Avv. Luca Baccarini, Avv. Giulio Bacosi, Dott. Filippo Barbagallo, Dott. Marco Benvenuti, Avv. Sergio Caracciolo, Avv. Gaetano Cammarano, Avv. Fabrizio Casella, Dott. Francesco Colacicco, Avv. Maria Cristina Colacino, Dott. Pasquale Colafemmina, Avv. Fulvio Costantino, Dott. Paolo Cortesini, Dott.ssa Flora Cozzolino, Avv. Anna Maria Crescenzi, Avv. Ilaria de Col, Ing. Andrea Di Stazio, Dott. Fabrizio De Castris, Avv. Giovanna De Maio, Avv. Maurizio Dell'Unto, Avv. Stefano Di Giovan Paolo, Avv. Paolo Ermini, Dott.ssa Matilde Esposito, Dott. Daniele Fabbro, Avv. Fabio Falco, Avv. Enrico Gai, Avv. Riccardo Gai, Avv. Antonino Galletti, Avv. Andrea Grappelli, Avv. Andrea Iacobini, Avv. Livio Lavitola, Avv. Francesco Lettera, Avv. Carmine Medici, Dott. Fabrizio Pagnello, Avv. Giuseppe Petretti, Avv. Gianluca Piccinni, Avv. Enrico Pierantozzi, Avv. Andrea Pistilli, Avv. Luigi Marcelli, Dott. Adriano Marini, Avv. Tiziana Molinaro, Avv. Simone Morani, Prof. Gianluca Montanari Vergallo, Dott. Gennaro Napolitano, Avv. Mario Nigro, Avv. Andrea Perrotta, Avv. Giuseppe Petrillo, Avv. Marcello Anastasio Pugliese, Avv. Anna Romano, Prof.ssa Maria Rosaria Salerni, Dott. Fernando Santoriello, Avv. Stefano Sassano, Avv. Francesco Scittarelli, Dott. Michele Scognamiglio, Dott.ssa Claudia Tarascio, Avv. Michela Urbani.

SOMMARIO



SEZIONE RISERVATA AI SAGGI ED AI CONTRIBUTI SCIENTIFICI

L'ORDINE DEL MERCATO ENERGETICO E L'ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE DI TERZA GENERAZIONE IN ITALIA <i>di Roberto Miccú</i>	6
ISTITUTI DI BENEFICENZA ED ASSISTENZA, EVOLUZIONE LEGISLATIVA E QUESTIONI D'INELEGGIBILITÀ: IL CASO REGIONE LAZIO <i>di Enrico Michetti</i>	32
IL <i>RECYCLING</i> DELLE UNIONI E L'ESERCIZIO ASSOCIATO DELLE FUNZIONI DEI COMUNI ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA <i>SPENDING REVIEW</i> <i>di Francesco Palazzotto</i>	39
DALLA NATURA PROGRAMMATICA DEI DIRITTI SOCIALI ALLA RELATIVIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI <i>TOUT COURT?</i> <i>di Tommaso Ajello</i>	54
ATTO AMMINISTRATIVO IMPLICITO E COMPATIBILITÀ CON LA L. 241/90. LA PECULIARE FIGURA DELL' <i>AUTHORITY</i> <i>di Antonio Cordasco</i>	67
LEGITTIMO AFFIDAMENTO E CONTRATTI PUBBLICI. OSSERVAZIONI SU <i>SERIETÀ</i> E <i>PIGRIZIA</i> AMMINISTRATIVA <i>di Stefano Villamena</i>	74

SEZIONE RISERVATA ALLA RICERCA SCIENTIFICA E ALL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA APPLICATA AL DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA APPLICATA ALL'ABBATTIMENTO DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO <i>del Prof. Avv. Enrico Michetti e del Dott. Angelo Domini</i>	86
--	----

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	94
REDAZIONALI	99
COMMENTO AGLI ARTICOLI 19 E 20 DEL D.L. 6.7.2012 N. 95, CONVERTITO CON LA L. 7.8.2012, N. 135 <i>dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni</i>	99
L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 41 DEL 2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>della Dott.ssa Laura Magnifico</i>	108
DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI E TUTELA DELLA RISERVATEZZA <i>della Dott.ssa Isabella Mastrangeli</i>	115
GIURISPRUDENZA	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI	



.....	120
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE	124
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	133

**USO DEL TERRITORIO:
URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	137
REDAZIONALI	142
È ANCORA CONSENTITA AI “PICCOLI COMUNI” LA COSTITUZIONE DI SOCIETÀ DI TRASFORMAZIONE URBANA? <i>dell’Avv. Paolo Pittori</i>	142
LA S.C.I.A. NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN ISTITUTO IN BILICO TRA LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E TUTELA DELLA CONCORRENZA <i>della Dott.ssa Alessandra Dominici</i>	150
L’INDIVIDUAZIONE DEL RESPONSABILE DELL’INQUINAMENTO E COMPATIBILITÀ CON IL PRINCIPIO COMUNITARIO DEL “CHI INQUINA PAGA” <i>dell’Avv. Anna Cinzia Bartoccioni</i>	157
GIURISPRUDENZA	161
URBANISTICA	161
EDILIZIA.....	162
ABUSI EDILIZI.....	164
PAESAGGIO E BENI CULTURALI	165
ESPROPRIAZIONI.....	166
AMBIENTE	167
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	170

**UNIONE EUROPEA E
COOPERAZIONE INTERNAZIONALE**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	176
REDAZIONALI	179
CORRUZIONE POLITICA E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: LE CONNIVENZE PERICOLOSE <i>del Prof. Vincenzo Musacchio</i>	179
GIURISPRUDENZA	184
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	188

**CONTRATTI, SERVIZI
PUBBLICI E CONCORRENZA**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	193
REDAZIONALI	199
LA NECESSARIA CORRISPONDENZA DELLE QUOTE DI QUALIFICAZIONE, DI PARTECIPAZIONE ALL’ATI E DI ESECUZIONE TRA LA NOVELLA LEGISLATIVA E LE RECENTI PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA <i>dell’Avv. Salvatore Napolitano</i>	199
COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE SUB INTRECCIO SOCIETARIO E IMPATTO CONCRETO DELL’INDICE SULLA GARA <i>dell’Avv. Michele De Cilla</i>	202
L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI E DI INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA: CRITICITÀ E SUGGERIMENTI <i>dell’Avv. Maurizio Dell’Unto</i>	204
GIURISPRUDENZA	209
CONTRATTI PUBBLICI.....	209
<i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro</i>	209
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	212

<i>dell'Avv. Federico Mazzella</i>	212
CONCORRENZA	224
<i>dell'Avv. Anna Romano</i>	224
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	227

**PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	229
REDAZIONALI	235
ARRUOLAMENTO NELLE FORZE ARMATE E NELLE FORZE DI POLIZIA - CAUSE DI ESCLUSIONE E REQUISITI DI IDONEITÀ <i>dell'Avv. Fabrizio Casella</i>	235
EFFETTI DELLA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI, <i>SPOILS SYSTEM</i> E TUTELA DEL DIRIGENTE PUBBLICO <i>del Dott. Carlo Bellesini</i>	239
GIURISPRUDENZA	246
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	253

**PATTO DI STABILITÀ,
BILANCIO E FISCALITÀ**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	255
REDAZIONALI	265
UN PATTO RAGIONATO ... PER UN "NUOVO PATTO DI STABILITÀ E DI CRESCITA" <i>del Prof. Stefano Olivieri Pennesi</i>	265
LA PARTECIPAZIONE DEI COMUNI ALL'ATTIVITÀ DI CONTRASTO ALL'EVASIONE FISCALE E CONTRIBUTIVA: SINTESI DELLA NORMATIVA <i>del Dott. Gennaro Napolitano</i>	269
GIURISPRUDENZA	277
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	283

**GIUSTIZIA E
AFFARI INTERNI**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	287
REDAZIONALI	290
IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA RITARDO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO <i>dell'Avv. Enrico Pierantozzi</i>	290
LA CHIAMATA IN CAUSA DEL TERZO IN GARANZIA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO <i>dell'Avv. Ilaria De Col</i>	293
PRECLUSA L'AZIONE DI INDEBITO ARRICCHIMENTO CONTRO LA PA SE L'IMPEGNO CONTRATTUALE NON È AD ESSA ASCRIVIBILE <i>del Dott. Alfonso Cernelli</i>	296
GIURISPRUDENZA	300
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	304

**INCENTIVI E SVILUPPO
ECONOMICO**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	306
REDAZIONALI	308
L. N. 190 DEL 2012.- UNA PRIMA DISCIPLINA ORGANICA SULL'ANTICORRUZIONE: IL SISTEMA NAZIONALE E TERRITORIALE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE <i>del Dott. Carlo Paolini</i>	308
IMPRESA IN UN GIORNO: NOVITÀ PREVISTE DAL NUOVO ART. 19 DELLA LEGGE SUL	



- sommario -

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO <i>della Dott.ssa Valeria Puddighinu</i>	312
GIURISPRUDENZA	315
COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE	
NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	318
REDAZIONALI	321
IL PROCEDIMENTO UNICO DI AUTORIZZAZIONE ALLA PRODUZIONE DI ENERGIE RINNOVABILI <i>del Prof. Avv. Maurizio Asprone</i>	321
GIURISPRUDENZA	330
SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE	
NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	333
REDAZIONALI	337
I DISPOSITIVI MEDICI E LA MARCATURA CE <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i>	337
TETTI DI SPESA E PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA LE STRUTTURE PUBBLICHE E PRIVATE, NEL MERCATO CONCORRENZIALE DEL SISTEMA SANITARIO NAZIONALE <i>dell'Avv. Francesco Palazzotto</i>	344
I PRELIEVI EMATICI AD INIZIATIVA DELLA P.G. PER LA DETERMINAZIONE DEL TASSO ALCOLEMICO: UN PASSO VERSO IL RICONOSCIMENTO DEL “SILENZIOASSENSO” <i>della Dott.ssa Eva Mariucci</i>	352
GIURISPRUDENZA	357
DICHIARAZIONE SULL'ETICA, SULLE PRATICHE SCORRETTE E REGOLAMENTO SULLE MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI SCIENTIFICI PUBBLICATI IN GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA	361

SEZIONE RISERVATA AI SAGGI ED AI CONTRIBUTI SCIENTIFICI

SOMMARIO

L'ORDINE DEL MERCATO ENERGETICO E L'ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE DI TERZA GENERAZIONE IN ITALIA <i>di Roberto Miccú</i>	6
ISTITUTI DI BENEFICENZA ED ASSISTENZA, EVOLUZIONE LEGISLATIVA E QUESTIONI D'INELEGGIBILITÀ: IL CASO REGIONE LAZIO <i>di Enrico Michetti</i>	32
IL <i>RESTYLING</i> DELLE UNIONI E L'ESERCIZIO ASSOCIATO DELLE FUNZIONI DEI COMUNI ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA <i>SPENDING REVIEW</i> <i>di Francesco Palazzotto</i>	39
DALLA NATURA PROGRAMMATICA DEI DIRITTI SOCIALI ALLA RELATIVIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI <i>TOUT COURT?</i> <i>di Tommaso Ajello</i>	54
ATTO AMMINISTRATIVO IMPLICITO E COMPATIBILITÀ CON LA L. 241/90. LA PECULIARE FIGURA DELL' <i>AUTHORITY</i> <i>di Antonio Cordasco</i>	67
LEGITTIMO AFFIDAMENTO E CONTRATTI PUBBLICI. OSSERVAZIONI SU <i>SERIETÀ</i> E <i>PIGRIZIA</i> AMMINISTRATIVA <i>di Stefano Villamena</i>	74

L'ORDINE DEL MERCATO ENERGETICO E L'ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE DI TERZA GENERAZIONE IN ITALIA

di Roberto Miccú

La regolazione dell'energia in Europa tra unità e divergenze.

Energy regulation in Europe between unity and differences.

Sommario: 1. Il modello europeo di regolazione dell'energia tra unità e divergenza. 1.1. Costituzione economica e costruzione del mercato europeo dell'energia nei Trattati comunitari. 2. La costruzione del mercato energetico europeo nelle direttive di terza generazione. 2.1. L'attuazione in Italia del "Terzo Pacchetto". 2.1.1. La regolazione pro-concorrenziale e i limiti del decreto attuativo. 2.1.2. L'unbundling e la governance dei gestori. 2.2. Il consolidamento dell'assetto di regolazione e la governance multilivello: i nuovi poteri dell'AEEG ed il legame funzionale con l'ACER sul piano sanzionatorio. 2.3. La strategia e la programmazione energetica. 3. Alcune osservazioni conclusive.

1. Il modello europeo di regolazione dell'energia tra unità e divergenza¹.

La tematica² dell'energia è notoriamente oggetto di una regolazione multilivello, che parte dai livelli internazionale e sovranazionale, per poi concretarsi nelle norme specifiche dei singoli stati e delle realtà sub-statali. A livello europeo, le basi giuridiche originariamente incerte e incomplete nel diritto dei trattati comunitari non hanno impedito che nel corso degli anni le misure di costruzione del mercato interno, adottate prima dalle Comunità e poi dall'Unione europea, aumentassero gradualmente di numero e di intensità.

In effetti, l'evoluzione del diritto europeo dell'energia sembra disegnare una sorta di "parabola paradossale"³: laddove in origine

¹ Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista

² Il presente scritto costituisce una rielaborazione parziale del testo della Relazione introduttiva presentata al Convegno internazionale "Multilevel Regulation and Government in Energy Markets: Implementation of the 'Third Package and Promotion of Renewable Energy'", organizzato dal Dipartimento di Economia e Diritto dell'Università di Roma "La Sapienza" il 29 e 30.11.2012.

³ L'Autore che per primo ha fatto riferimento al carattere paradossale dell'evoluzione del diritto dell'energia in Europa e ha utilizzato l'espressione "paradosso e-

l'energia rivestiva un ruolo a tal punto fondamentale da meritare una trattazione riservata in ben due dei tre trattati comunitari, invece nei trattati a competenza generale è mancata fino a tempi recentissimi, cioè fino al Trattato di Lisbona, una base giuridica per adottare misure sull'energia.

Per altro verso, è altrettanto risaputo che lo sviluppo del diritto e delle politiche energetiche è stato simile a quello che si è strutturato per altri servizi a rete, dalle telecomunicazioni alle poste, dal trasporto aereo a quello ferroviario. Naturalmente, l'efficacia e la rapidità di attuazione del processo di europeizzazione e, in particolare, di liberalizzazione sono state differenti da settore a settore, anche in ragione delle specifiche caratteristiche tecniche ed economiche di ciascuno di essi.

Il Trattato di Lisbona, in effetti, anche sotto il profilo delle politiche dell'Unione nel settore dell'energia, ha rappresentato un "salto di qualità" con gli artt. 4 e 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)⁴, ove si introduce una vera disciplina

energetico" è: C. BLUMANN, *Energie et Communautés européenne*, in *Rev. Trim. droit europ.*, 1984, 571.

⁴ Art. 194 T.F.U.E. "Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa,

della politica energetica europea.

L'art. 4 T.F.U.E. inserisce l'energia e l'ambiente nell'elenco di competenze concorrenti tra Unione e Stati membri. Peraltro, va evidenziato che il Trattato di Lisbona migliora la capacità di azione dell'UE in diversi settori prioritari: in ambiti come la politica energetica, la salute pubblica, la protezione civile, i cambiamenti climatici, i servizi di interesse generale, la ricerca, lo spazio, la coesione territoriale, la politica commerciale, gli aiuti umanitari, lo sport, il turismo e la cooperazione amministrativa.

Su energia e ambiente l'Unione potrà legiferare in maniera diretta in materie come lo sviluppo sostenibile e il cambiamento climatico. In questo scenario il ruolo del Parlamento Europeo non sarà solo consultivo ma decisionale. Vengono introdotti per la prima volta e risultano quindi una novità assoluta:

- il riferimento alla promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici;

- il riferimento, in ambito energetico, allo spirito di solidarietà tra gli Stati membri e alla promozione dell'interconnessione delle reti energetiche.

Il riconoscimento della competenza energetica ai sensi dell'art. 194 T.F.U.E. e l'esplicitazione della natura concorrente della stessa, ai sensi dell'art. 4 lett. D) T.F.U.E., ha contribuito, da un lato, a rafforzare l'azione dell'Unione nella disciplina dell'energia e,

in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche". Il co. 2, sostiene poi che "Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al par. 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico ...".

dall'altro, ha chiarito la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri⁵.

Tuttavia, se per un verso riconosce una serie di obiettivi che, per essere raggiunti, necessitano di una effettiva integrazione del mercato, per un altro, lo stesso articolo sembra rafforzare i diritti degli Stati membri a definire autonomamente aspetti cruciali come quello della sicurezza degli approvvigionamenti. Un elemento, quest'ultimo che può minare in modo rilevante i fondamenti di una politica energetica comune nello spazio europeo⁶. Di contro, il riconoscimento della natura concorrente della competenza energetica non preclude la possibilità di estendere la competenza dell'Unione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli accordi internazionali conclusi dall'Unione.

Questa dialettica tra la costruzione di un mercato unico, integrato a livello europeo, improntato a principi concorrenziali e di liberalizzazione, da un lato, e una disciplina con carattere finalistico e interventistico, alimentata dagli Stati membri, intesa, viceversa, prevalentemente a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti, caratterizza il modello europeo di regolazione dei mercati dell'energia e ne evidenzia contraddizioni e paradossi⁷.

Del resto una simile caratteristica dei mercati energetici appare abbastanza scontata se si guarda al diritto originario dei trattati e nasce dal carattere strategico della produzione di energia, della sua trasmissione e in generale di tutta la filiera. Non è difficile costatare come gli Stati abbiano sempre esercitato in materia un ruolo diretto, da "Stato imprenditore" o, comunque, particolarmente forte (basta pensare al ruolo assegnato allo Stato

⁵ M. A. SCINO, *La politica energetica europea: dalle origini alle più recenti evoluzioni*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 3, 2012, 80 ss.

⁶ In tal senso, da ultimo, L. AMMANNATI, *L'"Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia" e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *RIDPC*, 21 (2011), 3-4, 678.

⁷ In questo senso, G. MAESTRO BUELGA, M. A. GARCIA HERRERA, E. VIRGALA FORURIA, *El mercado europeo de la energía: contradicciones y paradojas*, in G. MAESTRO BUELGA, M. A. GARCIA HERRERA, E. VIRGALA FORURIA, *La Contrucción del mercado europeo de la energía*, Editorial Comares, Granada, 2011, 32 ss.

dall'art. 43 della Costituzione italiana). Per l'Italia è fin troppo facile ricordare che la nazionalizzazione dell'energia elettrica, cioè un'iniziativa del tutto antitetica rispetto ad una forma di mercato concorrenziale, è stata realizzata *dopo* il Trattato di Roma del 1957, e pur in presenza di due Comunità dedicate espressamente alle fonti di energia (CECA ed EURATOM).

Nella Comunità/Unione europea, solo a partire dall'Atto Unico e dalla spinta verso un mercato unitario, vi sono state prima una serie di iniziative verso la realizzazione di un vero mercato dell'energia (cfr. il documento della Commissione del maggio 1998 "*Energia in Europa*") e una crescente attenzione della Comunità europea intesa a favorire la competitività in tali settori.

La situazione attuale è quella rappresentata nei numerosi "*considerando*" delle direttive del 2009 e prima nelle "posizioni comuni" del Consiglio nonché, prima ancora, nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 2007. In sostanza, in quei "*considerando*" si prende atto che le direttive del 2003, pur se innovative e foriere di competitività avevano dimostrato lacune o comunque vi erano stati notevoli ritardi e incertezze nella loro attuazione.

A questo ed altro si è ritenuto di porre rimedio in tutto o in parte attraverso un robusto pacchetto di atti normativi: la dir. 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la dir. 2003/54/CE; la dir. 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la dir. 2003/55/CE; il reg. (CE) n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia; il reg. (CE) n. 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il reg. (CE) n. 1775/2005.

In questo nuovo modello di regolazione adottato dal legislatore europeo e da quello nazionale la disciplina delle reti di trasporto e delle altre infrastrutture occupa un posto centrale, ma in realtà ciò era evidente fin dall'avvio del processo di liberalizzazione dei mercati dell'energia, nella seconda metà degli

anni novanta del secolo scorso⁸.

Gli obiettivi di fondo, più o meno consapevolmente sottesi alle norme sulle infrastrutture energetiche, sono sempre stati due: promuovere lo sviluppo e la modernizzazione delle stesse, così da realizzare un mercato dell'energia integrato a livello europeo e da garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; aprire le reti e le altre infrastrutture all'accesso di tutti gli operatori, per consentire un'effettiva competizione nella produzione e nella vendita di energia elettrica e di gas naturale.

Questi due obiettivi fondamentali sono stati perseguiti sottoponendo l'attività inerente alla gestione delle infrastrutture a vincoli regolatori via via più intensi e stringenti, con una forma quasi di "*ὄβρις*" regolatoria che ha limitato in misura crescente la libertà di impresa degli operatori interessati.

Il rafforzamento della regolazione è stato particolarmente consistente per quanto attiene alle reti di trasporto, che il legislatore europeo considera evidentemente la spina dorsale del sistema energetico e il veicolo fondamentale per l'integrazione dei diversi mercati nazionali (prima in mercati "*regionali*" e poi in un unico mercato europeo). È per le reti di trasporto che si ritrovano, nelle due direttive e nei tre regolamenti che nel loro insieme costituiscono il Terzo Pacchetto, le disposizioni più innovative, che esprimono chiaramente la scelta di sottoporre ad una regolazione e ad un controllo pubblici estremamente penetranti le decisioni fondamentali dei gestori di tali infrastrutture - e anche, com'è opportuno aggiungere, la scelta di attrarre a livello europeo una parte non lieve di tale regolazione e controllo.

Appare evidente, alla luce di tali disposizioni e di quelle nazionali che le hanno recepite, che il modello di regolazione oggi adottato dall'ordinamento europeo relativamente alle infrastrutture energetiche di trasporto, piuttosto che di tipo "*condizionale*", risulta

⁸ Sul modello europeo di regolazione, sia consentito rinviare a P. CHIRULLI, R. MICCÙ, *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2011 e, ivi, agli scritti di: D. SORACE, T. PROSSER, R. CARANTA, M. CLARICH, AUTIN, R. MICCÙ, V. SBRESCIA.

essere palesemente “finalistico”: ben lungi dal limitarsi a fissare le condizioni per lo svolgimento delle relative attività d’impresa, l’ordinamento individua i fini pubblici a cui le medesime attività devono conformarsi e ne persegue il rispetto da parte delle imprese sia attraverso meccanismi di incentivazione sia mediante prescrizioni riconducibili al canone del “*command and control*”⁹.

Al fine di meglio comprendere le caratteristiche della disciplina italiana di attuazione delle direttive di terza generazione e prima di porla in correlazione con i principali elementi di novità presenti in queste ultime, è opportuno, tuttavia, fare alcune considerazioni di carattere generale sull’ordine economico di mercato assunto nella costituzione economica europea e la specifica “*costruzione*” del mercato europeo dell’energia nel diritto dei Trattati.

1.1. Costituzione economica e costruzione del mercato europeo dell’energia nei Trattati comunitari: cenni.

In primo luogo, la strategia di liberalizzazione nella costruzione del mercato energetico europeo va collocata nel contesto del costituzionalismo economico disegnato nei Trattati comunitari. Nonostante una certa dottrina pretenda di stabilire una rottura tra la costituzione economica pre-Maastricht e quella posteriore¹⁰, si deve ravvisare una continuità che non fa altro che confermare il modello indicato fin dagli inizi del processo di integrazione. La costruzione del mercato nei Trattati, con la sua centralità, risulta confermata nelle successive modificazioni del diritto primario europeo.

L’aspetto che più caratterizza Maastricht è la sanzione della fine dell’autonomia economica degli Stati, come conseguenza dell’instaurazione dell’Unione economica e monetaria e della costituzionalizzazione dei

principi del monetarismo economico.

L’introduzione più evidente di forme di intervento nella “*governance* economica” dell’UEM non costituisce una contraddizione tra la forma di regolazione propria della liberalizzazione del mercato e questa nuova *governance*, dal momento che i mezzi di intervento contemplati sono funzionali ad un intervento di regolazione a protezione del mercato¹¹.

Alcuni autori hanno preteso di individuare una contraddizione tra la regolazione del mercato - forma tradizionale dell’azione comunitaria - e l’interventismo con effetti distributivi. Questa contraddizione è presente anche nella gestione dei mercati a rete¹², però è una contraddizione apparente. Al di là dei meccanismi di compatibilità che i Trattati introducono per evitare queste dissonanze, nel caso delle norme in materia di energia i possibili interventi sono funzionali al disegno di una liberalizzazione del mercato e necessari per la costruzione di questo modello e della sua preservazione, sia pure con qualche effetto distributivo.

Allo stesso modo, le modifiche negli obiettivi della Comunità che vengono introdotte a partire da Maastricht non condizionano il modello che si sintetizza nella formula “*economia di mercato aperta e in libera concorrenza*”, formula che non risulta contraddetta dalla riformulazione realizzata nel Trattato che adottava una Costituzione per l’Europa, poi abbandonato, e neppure dal Trattato di Lisbona, il quale ultimo accoglie la formula dell’ “*economia sociale di mercato fortemente competitiva*” (art. 3 T.U.E.). Se i Trattati, incluso quello di Lisbona, sono il contesto della strategia di liberalizzazione nella costruzione del mercato interno dell’energia, questo è perché il modello realizzato per la costruzione del mercato energetico risponde al modello costituzionale europeo di costruzione del

⁹ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell’energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, in *Giust. Amm.*, 2012, 1 ss. (dell’estratto).

¹⁰ Così, ad es., M. E. STREIT, W. MUSSLER, *The economic constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, in *European Law Journal*, 1995, 1, 55 ss.

¹¹ Cfr. G. MAESTRO BUELGA, *Estado de mercado y constitucion economica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2007, 8, 43 ss.

¹² Cfr. E. CANNIZZARO, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: la coerenza fra politiche comunitarie*, in M. PREDIERI, M. MORISI (a cura di), *L’Europa delle reti*, Giappichelli, Torino, 2001, 101 ss.

mercato.

Il mercato, che si costituisce come istituzione creata dal potere pubblico, si configura come spazio libero da interferenze esterne (art. 26 del T.F.U.E.). La sua espressione giuridica si articola intorno alle quattro libertà economiche: la libera circolazione delle merci che impedisce gli interventi esterni che limitano la libera circolazione e configura esteriormente lo spazio del mercato (unione doganale); la libertà dei capitali e dei servizi; infine, la libertà di circolazione dei lavoratori.

Insieme alle libertà economiche, la regolazione della concorrenza delinea la definizione del mercato e il suo ruolo nella costituzione economica europea¹³. La concorrenza si presenta nei Trattati con una doppia dimensione: da un lato, nella forma di norma antitrust, diretta a proteggere la concorrenza tra le imprese, la quale funziona orizzontalmente tra i privati; dall'altro lato, nella forma di divieti indirizzati agli Stati, ai quali vietano interventi nel mercato, compresi quelli attraverso strumenti di impresa.

Le norme sulla concorrenza e le libertà economiche disegnano il quadro nel quale si inserisce la liberalizzazione del mercato dell'energia e determinano il contenuto delle sue norme regolatorie, nonché la strategia della sua costruzione, nonostante taluni effetti distorsivi che questa costruzione ha provocato¹⁴.

2. La costruzione del mercato interno dell'energia nelle direttive di "terza generazione".

Come è noto, nel marzo 2006, la Commissione ha presentato un libro verde volto a delineare "una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura", con l'intento di collocare l'energia al centro dell'azione comunitaria. È in questo contesto che si iscrive il cd. "Terzo pacchetto", predisposto dalla Commissione nel settembre 2007. Precisamente, il 3.9.2009 è entrato in vigore il terzo pacchetto di misure per il mer-

cato interno dell'energia elettrica e del gas naturale, formalmente adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 13.7.2009. Il pacchetto si compone di due direttive e tre regolamenti: la dir. 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE; la dir. 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la dir. 2003/55/CE; il reg. (CE) 713/09 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; il reg. (CE) 714/09 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il reg. (CE) 1228/03; il reg. (CE) 715/09 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il reg. (CE) 1775/05.

Inoltre, già nel settembre del 2009, la Commissione europea, con il contributo dell'ERGEG (*European Regulators Group for Electricity and Gas*), aveva espresso alcuni orientamenti interpretativi delle misure contenute nel Terzo pacchetto, riguardanti, in particolare, la separazione delle reti, l'indipendenza dei poteri e le competenze dei regolatori, il mercato al dettaglio e l'accesso allo stoccaggio. Tali linee di indirizzo erano volte a favorire la corretta interpretazione da parte degli Stati membri delle intenzioni del legislatore comunitario nell'emanazione delle norme di attuazione delle direttive europee in materia di mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale¹⁵.

Le misure normative contenute complessivamente nel cd. "Terzo pacchetto" mirano a realizzare quel mercato unico europeo aperto e integrato che i precedenti provvedimenti non erano riusciti a conseguire, al fine di rafforzare la sicurezza energetica e la competitività dell'Unione europea.

L'adozione del "Terzo pacchetto" e il suo recepimento negli ordinamenti degli Stati

¹³ Così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 37 ss.

¹⁴ Cfr. Y. PETIT, *A la recherche de la politique européenne de l'énergie*, in *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, 2006, 42, 593 ss.

¹⁵ Come è noto, a differenza dei regolamenti comunitari che sono immediatamente applicabili nell'ordinamento interno, le direttive europee devono essere implementate nella legislazione nazionale degli Stati membri entro diciotto mesi della loro pubblicazione e, quindi, nella specie, dovevano essere recepite entro il 3.3.2011.

membri, sotto il profilo del modello regolatorio europeo, rappresenta una sorta di cambiamento di paradigma, con il passaggio da una «regolazione statica» ad un «governo dinamico delle reti di energia»¹⁶.

Infatti, con le norme contenute nel “Terzo pacchetto” si prende definitivamente atto del fatto che gli operatori verticalmente integrati adottano strategie di investimenti funzionali alla difesa del potere di mercato. Per questo, inizialmente, la Commissione aveva previsto l'imposizione di un obbligo di separazione proprietaria tra operatori di rete e imprese responsabili delle altre fasi della filiera. Impostazione questa, tuttavia, non condivisa – come noto - da molti Stati membri, a partire da Francia e Germania, ragion per cui alla fine si è prevista una soluzione di compromesso che prevede che ogni Stato membro possa scegliere fra tre diverse opzioni.

I pilastri fondamentali su cui si basa il nuovo pacchetto normativo europeo sono essenzialmente quattro¹⁷.

In primo luogo, si rafforza il principio della separazione delle attività di produzione e vendita da quelle di gestione della rete, cioè il regime di separazione per i gestori dei sistemi di trasmissione verticalmente integrati nel mercato dell'energia elettrica, e per i gestori dei sistemi di trasporto verticalmente integrati nel mercato del gas.

La separazione può realizzarsi di norma in due modi, mediante la separazione proprietaria delle reti, oppure, mediante la separazione gestionale. La prima soluzione consente di risolvere alla radice il rischio di un conflitto di interessi. Essa, infatti, assicura che uno stesso soggetto non eserciti il controllo su un'impresa attiva nella fase di vendita e, contemporaneamente eserciti diritti all'interno dei gestori della rete di trasmissione. Con la seconda opzione, la società, pur rimanendo verticalmente integrata, non potrebbe più de-

tenere quote del capitale che consentano di esercitare diritti sull'attività del gestore della rete. Quest'ultimo diventa pertanto un soggetto pienamente ed esclusivamente responsabile del funzionamento della rete. La soluzione basata su una separazione meramente gestionale, proprio per la sua minore incisività, richiede di essere accompagnata da un più severo sistema di regole e controlli volto a prevenire comportamenti discriminatori¹⁸.

A tal riguardo, va preliminarmente rilevato che nel decimo considerando della dir. 2009/72/CE e nel nono considerando della dir. 2009/73/CE si osserva che le norme in materia di separazione giuridica e funzionale contenute nella dir. 2003/54/CE non hanno consentito di separare effettivamente le attività di approvvigionamento e produzione dalla attività in rete.

L'art. 9 della dir. 2009/72/CE e l'art. 9 della dir. 2009/73/CE contengono, perciò, una nuova disciplina comunitaria in tema di separazione dei sistemi di trasmissione e dei gestori dei sistemi di trasmissione nel mercato dell'energia elettrica, ed in tema di separazione dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di trasporto nel mercato del gas naturale.

Le dir. 2009/72/CE e 2009/73/CE prevedono, per ambedue i settori dell'energia elettrica e del gas naturale, la possibilità per gli Stati membri di optare fra tre regimi di separazione delle reti di trasmissione: separazione proprietaria (*Ownership Unbundling*), separazione gestionale o istituzione di un Gestore di sistema indipendente - Gsi - (*Independent System Operator-ISO*), istituzione di un gestore di trasmissione indipendente - Gti - (*Independent Transmission System Operator - ITO*). Va precisato che, nel caso di operatori di trasporto già separati proprietariamente alla data del 3.9.2009, non è possibile modificare l'opzione iniziale a favore di un ISO o di un ITO. Nei *considerando* delle direttive, rispet-

¹⁶ Così, G. NAPOLITANO, *Dalla regolazione statica al governo dinamico delle reti*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, il Mulino, Bologna, 2012, 265.

¹⁷ Cfr. P. RANCI, *Verso il mercato unico europeo dell'energia*, in AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel 'terzo pacchetto' comunitario*, Milano, Vita e pensiero, 2010, 11 ss.

¹⁸ Da ultimo: O. TORRANI, *L'unbundling delle reti*, in AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel 'terzo pacchetto' comunitario*, cit., 31 ss.; anche F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005; P. CIRIELLI, *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Ipsoa, Milano, 2005.

tivamente il dodicesimo per quella in materia di energia elettrica e il nono per quella in materia di gas naturale, si chiarisce che la scelta del regime di separazione dovrebbe essere comunque volta alla «rimozione di ogni conflitto di interesse fra produttori, venditori ed operatori di rete in modo tale da creare incentivi agli investimenti e garantire l'accesso alle reti a condizioni trasparenti e regolate in modo efficiente, ai nuovi entranti, evitando di creare regimi regolatori eccessivamente onerosi per le Autorità di regolamentazione nazionale». La separazione si configura, cioè, come un istituto necessario a rimuovere gli ostacoli agli investimenti nelle infrastrutture di rete e a risolvere i conflitti di interesse in ordine alle compagnie verticalmente integrate. Inoltre, deve sussistere un *trade off* tra soluzione ottimale di separazione e il potenziale aggravio dell'onere regolatorio. Il regime di separazione prescelto si applica, poi, nei confronti di tutti gli operatori di rete indipendentemente dalla loro dimensione.

Va, comunque, sottolineato che la separazione proprietaria è considerata la soluzione più efficace sia dalla Commissione europea che dai regolatori nazionali. Nel sistema elettrico italiano, la separazione gestionale, peraltro, è una soluzione negativamente sperimentata e già superata.

In secondo luogo, si introduce un meccanismo obbligatorio di coordinamento tra i diversi gestori nazionali delle reti. Viene, infatti, istituita una rete europea dei sistemi di trasmissione di energia elettrica (*European Transmission System Operators-ETSO*) e dei codici di rete europei per le interconnessioni¹⁹.

Questa ha lo scopo di “garantire una gestione ottimale e un’evoluzione tecnica soddisfacente della rete europea di trasmissione”.

In terzo luogo, si opera un deciso rafforzamento della posizione istituzionale delle autorità nazionali di regolamentazione. Il loro ruolo era stato per la prima volta riconosciuto nel “*Secondo pacchetto*”, il quale elencava una lista minima di poteri e compiti che do-

vevano essere loro riservati. Il “*Terzo pacchetto*” opera in proposito un decisivo salto di qualità perché per la prima volta regola anche i profili strutturali che devono assumere le autorità nazionali di regolamentazione, garantendone l’indipendenza non solo dai soggetti regolati, ma anche dagli organi di indirizzo politico. Si afferma così il principio che i regolatori non possono ricevere istruzioni dai governi nazionali. Si stabiliscono regole puntuali sui termini di “*ingaggio*” degli organi direttivi, che non possono essere confermati per più di una volta, e sul divieto di revoca, tranne casi eccezionali. Anche l’autonomia organizzativa e finanziaria delle autorità deve essere preservata.

In particolare, per ciò che riguarda l’indipendenza dei regolatori nazionali nei confronti dei Governi nazionali oltre che degli interessi dei soggetti regolati, l’art. 35, paragrafo 4, lett. b), punto ii), della dir. 2009/72/CE stabilisce che “*gli Stati membri garantiscono l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione e provvedono affinché essa eserciti i suoi poteri con imparzialità e trasparenza. A tal fine gli Stati membri provvedono affinché, nell’esercizio delle competenze ad esse conferite dalla presente direttiva e dalla normativa connessa, le autorità di regolamentazione non sollecitino né accettino istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici e privati nell’esercizio delle funzioni di regolamentazione*”.

A tutela dell’indipendenza si stabilisce, poi, che il regolatore abbia in ogni caso a sua disposizione le risorse umane e finanziarie necessarie per svolgere i suoi compiti e che goda sia di autonomia decisionale che di gestione del bilancio.

Invero l’art. 35 della dir. 2009/72/CE e l’art. 39 della dir. 2009/73/CE stabiliscono che “*gli Stati membri provvedono in particolare affinché l’autorità di regolamentazione disponga di dotazioni annuali separate, di autonomia di esecuzione del bilancio assegnato e di risorse umane e finanziarie idonee allo svolgimento della sua attività*”.

Le competenze del regolatore nazionale si distinguono in competenze tipiche di regolazione ed in competenze di monitoraggio e *reporting*. Le prime riguardano le tariffe di ac-

¹⁹ Per una dettagliata analisi dei contenuti del terzo pacchetto sull’energia si veda la Relazione annuale per il 2010 dell’Autorità garante per l’energia elettrica ed il gas, p. 3 ss, disponibile sul sito www.aee.it.

cesso alle reti di trasmissione e distribuzione, le norme per la separazione delle reti; la sorveglianza generale delle imprese energetiche, le norme a tutela dei consumatori. Le seconde riguardano: l'accesso alle reti e alle infrastrutture, i mercati e lo sviluppo della concorrenza, la sicurezza dei sistemi energetici nazionali. Il regolatore nazionale ha l'obbligo di dare conto annualmente della sua attività alle Autorità nazionali, all'Agenzia dei regolatori e alla Commissione europea. Inoltre le direttive attribuiscono ai regolatori nazionali ampi poteri concernenti l'adozione di decisioni vincolanti, la raccolta di dati ed informazioni dagli operatori, la possibilità di comminare sanzioni in caso di inadempienza e di dirimere controversie.

L'impianto normativo prefigurato dalle direttive comunitarie è costruito in maniera tale che, se si guarda all'assetto istituzionale che si è consolidato fino ad oggi in Italia in materia di energia, una serie di modifiche risultano inevitabili, con la restituzione di un ruolo di preminenza sul piano nazionale dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e con un più solido inserimento della stessa all'interno del sistema istituzionale comunitario. L'ulteriore e specifica conseguenza dovrebbe essere un certo ridimensionamento della portata dei poteri regolatori e di indirizzo attualmente spettanti al Ministero dello sviluppo²⁰.

Se guardiamo, tuttavia, alla situazione italiana, non si può non rilevare che, rispetto al rafforzamento dell'indipendenza delle autorità nazionali, nel corso dello sviluppo della disciplina comunitaria dalla prima alla terza generazione di direttive, l'Autorità italiana si è trovata – insieme a quella inglese – nella invidiabile posizione di precursore del modello: ciò le ha consentito anche di esercitare una notevole influenza all'interno dell'Agenzia europea, dato che le autorità consorelle non potevano vantare lo stesso grado di consolidamento istituzionale e un'esperienza regolatoria altrettanto ricca. Questa, in realtà, doveva costituire una ragione in più per evitare di attentare a questo patrimonio di capacità amministrative con interventi legislativi naziona-

li non adeguatamente ponderati. La qual cosa, come vedremo, è avvenuta solo in parte nella disciplina italiana di attuazione del "Terzo pacchetto"²¹.

In quarto luogo, si prevede l'istituzione di un'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (*Agency for the cooperation of Energy Regulators* - ACER). In questo modo si intende favorire un maggior coordinamento delle misure regolatorie nazionali, facilitando il confronto di esperienze e la comunicazione delle informazioni, agevolando la definizione di regole adeguate in materia di scambi transfrontalieri e di integrazione delle reti di trasmissione.

La scelta in favore del modello dell'agenzia deriva dalla constatazione degli insuperabili limiti di funzionamento della precedente esperienza dell'ERGEG e, allo stesso tempo, dall'esigenza di non valicare i confini posti all'istituzione di vere e proprie autorità europee da un risalente orientamento giurisprudenziale e politico delle istituzioni comunitarie.

L'esigenza di individuare meccanismi e sedi di cooperazione tra autorità nazionali di regolamentazione (ANR) era da tempo avvertita e trova giustificazione sulla base di due diversi ordini di motivazioni. In primo luogo, la cooperazione serve a migliorare la performance delle autorità, con un impatto positivo sul mercato regolato. Fondamentale in questa prospettiva, è lo scambio di esperienze tra i diversi regolatori, da cui possono trarre beneficio la qualità del *management*, la trasparenza e l'efficienza del processo decisionale, l'efficacia del sistema di incentivi e dei meccanismi di regolazione, così come dei sistemi di controllo e di vigilanza sulle regole adottate. Accanto al confronto tra esperienze diverse, molto importante è lo scambio di informazioni. Questo serve a fissare un appropriato *benchmarking* delle prestazioni degli operatori e dei livelli del servizio e, soprattutto, a consentire una più efficace supervisione delle imprese multinazionali, ormai sempre più presenti in una pluralità di paesi europei. In

²⁰ Cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 478.

²¹ Al riguardo, G. Napolitano, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, 4, 2012, 7 ss.

secondo luogo, la cooperazione è necessaria ad assicurare un'effettiva integrazione del mercato interno e lo sviluppo di un sistema efficiente di interconnessione. Basti pensare al problema fondamentale degli scambi oltreconfine dell'energia, i quali richiedono un'elevata capacità di collaborazione tra le autorità competenti alla loro regolazione, se si vuole evitare che gli scambi siano paralizzati dalla presenza di elevati costi istituzionali di transazione.

L'Agenzia è chiamata a garantire un adeguato coordinamento delle funzioni di regolamentazione svolte a livello nazionale dalle singole autorità. A questo fine, però, è necessario assicurare l'indipendenza dell'Agenzia da tutti i soggetti in campo, sia quelli operanti sul mercato, come i produttori e i gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione, sia i consumatori e gli utenti finali. Nell'esercizio dei suoi compiti, l'Agenzia deve quindi assicurare la conformità delle proprie azioni con la legislazione comunitaria, ponendo al servizio della corretta attuazione di quest'ultima le relative competenze. L'attività istituzionale dell'Agenzia deve svolgersi nel rispetto di principi di trasparenza ed efficienza, assicurando al tempo stesso la sua soggezione al controllo democratico. Queste indicazioni sono all'origine di specifici requisiti di indipendenza, di una peculiare *governance* dell'Agenzia e di un articolato sistema di regole procedurali e di controlli volti ad assicurarne la legittimazione e l'*accountability*²².

Con riguardo a questo quarto punto, è necessario ricordare che l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia (ACER) è stata istituita con il Regolamento 713/09. L'art. 1 del citato regolamento stabilisce che lo scopo dell'Agenzia è quello di assistere le autorità nazionali di regolazione nell'esercizio a livello comunitario delle funzioni di regolazione svolte negli Stati membri, e se necessario, di coordinarne l'azione. Obiettivo primario dell'ACER è quindi quello di armonizzare la regolazione a livello transfrontaliero e di rimuovere, conseguentemente, uno dei principali ostacoli all'integrazione

dei mercati nazionali ed alla creazione di un mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale. Ai sensi dell'art. 2, l'Agenzia è un organismo della Comunità dotato di personalità giuridica. L'art. 3 prevede che l'Agenzia è composta dai seguenti organi: il Consiglio di amministrazione, composto da nove membri, due nominati dalla Commissione europea, cinque dal Consiglio europeo, 2 dal Parlamento europeo, che provvede alla gestione amministrativa e alla nomina del direttore; il Direttore, che rappresenta l'ACER e, insieme al Comitato dei regolatori, è responsabile dell'esecuzione delle decisioni adottate; il Comitato dei regolatori, organismo tecnico di regolazione composto dai membri dei regolatori nazionali, cui partecipa la Commissione europea senza diritto di voto; il comitato dei ricorsi, composto da membri selezionati fra quelli appartenenti al *senior staff* dei regolatori nazionali, della Commissione europea o delle autorità di regolazione, che ha il compito di giudicare sui ricorsi proposti avverso le decisioni dell'ACER.

All'Agenzia sono attribuiti ampi poteri consultivi e di monitoraggio. Inoltre ad essa sono conferiti poteri decisionali nei soli casi in cui sia necessario risolvere controversie fra regolatori nazionali e deliberare esenzioni di accesso di terzi alle reti per nuove infrastrutture, qualora i regolatori nazionali non siano pervenuti ad un accordo.

Sono poi attribuiti all'ACER significativi poteri di indirizzo nei confronti dei singoli regolatori nazionali. Invero, è garantito un diretto collegamento tra gli organi decisionali dell'Agenzia e le autorità nazionali di regolazione, mediante la creazione di un organismo di raccordo, ma interno alla stessa Agenzia, quale è appunto il Comitato dei regolatori. Tuttavia, l'Agenzia appare configurarsi come una cinghia di trasmissione tra la Commissione europea e i regolatori nazionali piuttosto che come un organismo propriamente rappresentativo di questi ultimi. La creazione dell'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia non risponde, perciò, all'intenzione di istituire un regolatore europeo dell'energia autonomo dall'esecutivo comunitario, né a quella di separare la funzione regolatrice comunitaria dal governo

²² Cfr., da ultimo, E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in *RIDPC*, 1, 2012, 29 ss.

della Commissione europea. Infatti, sebbene si riconosca l'indipendenza anche funzionale delle Autorità di regolazione nazionali, essa non riveste carattere assoluto, dato che è conferita alla Commissione europea una potestà di orientamento e condizionamento, diretta o indiretta, delle scelte proprie dei regolatori nazionali²³. Con l'istituzione dell'ACER si consolida pertanto nel settore dell'energia elettrica e del gas un'organizzazione composta in cui convivono organi nazionali e comunitari e che funziona secondo il modello cooperativo tipico del "concerto regolamentare europeo"²⁴. In definitiva, mediante la creazione dell'ACER si compie un passo in avanti nella costruzione di un'organizzazione comune del mercato dell'energia elettrica e del gas e nell'implementazione di una *governance* europea nei suindicati settori attraverso la creazione di una "rete" sovranazionale delle Autorità di regolazione nazionali²⁵. Inoltre acquista sempre maggiore rilevanza la cooperazione orizzontale tra le Autorità nazionali, nonché la dimensione verticale che caratterizza il rapporto tra regolatori nazionali e Commissione europea²⁶.

L'ACER (Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia) sostituisce di fatto l'ERGEG (Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità), organismo istituito dalla Commissione europea con decisio-

ne n. 796/2003, composto da rappresentanti delle autorità di regolazione nazionali, nonché da un rappresentate della Commissione europea e avente il compito di fornire assistenza a quest'ultima nell'opera di consolidamento del mercato interno dell'energia e di agevolare il coordinamento, la cooperazione e la consultazione tra le autorità nazionali.

Inoltre, sempre con riguardo a questo punto, occorre evidenziare che gli ENTSO per il gas e l'elettricità (ENTSO-G ed ENTSO E) vengono istituiti dai rispettivi regolamenti n. 714/09 e n. 715/09, allo scopo di migliorare il coordinamento tra i gestori di rete nazionali. I suddetti regolamenti contengono altresì orientamenti riguardanti il livello minimo di armonizzazione necessario per conseguire gli obiettivi in essi previsti. Tra i compiti degli ENTSO si segnalano, oltre alla responsabilità della gestione delle reti europee in sicurezza, la definizione dei codici di rete per ambiti specifici e di un piano decennale europeo degli investimenti, che deve essere approvato dalla Commissione europea su parere vincolante dell'ACER. A quest'ultima poi, dietro richiesta della Commissione europea, spetta definire le linee guida o i criteri di riferimento, cui gli ENTSO devono attenersi in ordine alla definizione dei Codici di rete. Gli ENTSO saranno formalmente istituiti solo dopo che l'ACER si sarà ufficialmente insediata e sarà entrata a pieno regime nell'esercizio delle sue funzioni.

Come rilevato dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nell'indagine conoscitiva del 20 ottobre 2010 sulla strategia energetica nazionale, le misure contenute nel Terzo pacchetto attuano, nel loro complesso, uno spostamento sempre più marcato della regolazione dei mercati energetici da un orizzonte prettamente nazionale ad un ambito maggiormente europeo. Tale passaggio si compie non solo attraverso la trasformazione dell'ERGEG nell'ACER ma anche attraverso i nuovi codici di rete europei che dovranno essere prodotti dalle associazioni dei gestori di rete e che avranno un impatto diretto negli attuali assetti dei mercati nazionali, rendendo necessari opportuni adeguamenti normativi.

Volendo fare una valutazione conclusiva del cd. Terzo pacchetto, non vi può essere

²³ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, cit., 478.

²⁴ Cfr. L. Ammannati, *La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 311 ss.; F. Di Porto, *Il coordinamento tra le autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni a livello europeo: spunti da una comparazione*, in *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance reticolare multilivello* a cura di P. BILANCIA, L. AMMANNATI, Milano, Giuffrè, 2008, II, 229 ss.

²⁵ Cfr. G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica ed il gas*, in *Riv. It. Dir pubbl comun.*, 2004, 1385 ss.

²⁶ L'Agenzia ha sede a Lubiana ed è finanziata in parte da un contributo della Commissione europea, tratto dal bilancio generale dell'Unione europea, in parte da contributi volontari degli Stati membri e dei regolatori nazionali.

dubbio che esso segni un rilevante salto di qualità nelle modalità di esercizio del potere normativo europeo, capace di conformare gli assetti organizzativi e i moduli funzionali sia degli operatori di mercato, sia delle istituzioni nazionali²⁷.

Naturalmente, molto dipende anche dalle modalità di attuazione della disciplina da parte delle legislazioni nazionali e su questo vedremo che l'intervento del legislatore italiano presenta luci e ombre.

2.1. L'attuazione in Italia del "Terzo Pacchetto".

2.1.1. La regolazione pro-concorrenziale e i limiti del decreto attuativo.

In Italia, il recepimento delle dir. 2009/72/CE e 2009/73/CE, contenenti rispettivamente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale, ha preso avvio con la l. 4.6.2010 n. 96, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (l. comunitaria per il 2009).

In particolare, l'art. 17 della citata legge, al co. 3, stabilisce - per il mercato elettrico - che, nella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della dir. 2009/72/CE, il Governo è tenuto a seguire, oltre a principi e criteri direttivi di cui all'art. 2 della presente legge, in quanto compatibili, anche una serie di principi e criteri direttivi intesi, tra l'altro, a favorire la concorrenza nel mercato²⁸, la si-

²⁷ Per un quadro completo della disciplina europea e di quella dei singoli Stati membri alla vigilia del "Terzo pacchetto": P. D. CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford University Press, 2005; M. M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, I. DEL GUAYO, A. RONNE, *Energy Law in Europe*, xxx.

²⁸ Art. 17 co. 3: a) prevedere misure per aumentare gli scambi transfrontalieri in modo da conseguire una maggiore efficienza e prezzi competitivi, contribuendo anche alla sicurezza degli approvvigionamenti e allo sviluppo sostenibile; d) prevedere la rimozione degli ostacoli, anche di tipo normativo, al processo di aggregazione delle piccole imprese di distribuzione di energia elettrica, per favorirne l'efficienza e la terzietà; e) prevedere misure atte a garantire che imprese di distribuzione di energia elettrica verticalmente integrate non siano in condizione di trarre impropri vantaggi dalla loro attività di gestione delle reti di distribuzione ostacolando così le dinamiche concorrenziali del mercato;

curezza degli approvvigionamenti²⁹, il rafforzamento dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ed il coordinamento con quelli dell'Autorità antitrust³⁰.

Analoghi principi e criteri direttivi vengono previsti per il settore del gas dal comma 4 dell'art. 17 della richiamata l. n. 96 del 2010, ove si prevede che nella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2009/73/CE, il Governo è tenuto a seguire, oltre a principi e criteri direttivi di cui all'art. 2 della presente legge, in quanto compatibili, anche ulteriori principi e criteri direttivi³¹.

²⁹ art. 17. co. 3: b) prevedere misure che tengano conto, ai fini della realizzazione di nuove infrastrutture di produzione e di trasporto di energia elettrica, della rilevanza dell'infrastruttura stessa per il mercato interno dell'energia elettrica e della sua coerenza con gli obiettivi di politica energetica nazionali e comunitari; e) prevedere che i gestori dei sistemi di trasporto presentino un piano decennale di sviluppo della rete basato sulla domanda e sull'offerta esistenti e previste, contenente misure atte a garantire l'adeguatezza del sistema e la sicurezza dell'approvvigionamento; f) che i gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica predispongano un piano decennale di sviluppo della rete basato sulla domanda e sull'offerta esistenti e previste, contenente misure atte a garantire l'adeguatezza del sistema;

³⁰ Art. 17 co. 3: c) prevedere che le sanzioni amministrative pecuniarie applicabili in caso di mancato rispetto delle disposizioni del regolamento CE n. 714/2009, nonché di mancato rispetto degli obblighi imposti alle imprese elettriche dalla direttiva 2009/72/CE, nelle fattispecie assegnate alla competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, siano non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori ad euro 154.937.069,73; g) che l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas disponga di risorse finanziarie idonee allo svolgimento della propria attività, attraverso il sistema di totale autofinanziamento previsto dall'art. 2, co. 38, della l. n. 481 del 1995, mediante il contributo versato dai soggetti operanti nei settori di competenza, da utilizzarsi esclusivamente per gli oneri di funzionamento della stessa; h) che, nell'osservanza delle rispettive competenze, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si prestino reciproca assistenza, agiscano in modo coordinato, stipulando a tal fine appositi protocolli di intesa e collaborino tra di loro anche mediante lo scambio di informazioni, senza che sia opponibile il segreto di ufficio.

a) ³¹ Art. 17, co. 4: prevedere misure per aumentare gli scambi transfrontalieri, in modo da conseguire una maggiore efficienza, prezzi competitivi e più elevati livelli di servizio, contribuendo anche alla sicurezza degli approvvigionamenti e allo sviluppo sostenibile;

- b) prevedere, senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica, misure per la cooperazione bilaterale e regionale, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, in particolare in casi di crisi del sistema energetico;
- c) promuovere la realizzazione di capacità bidirezionale ai punti di interconnessione, anche al fine di realizzare una piattaforma di scambio di gas nell'ambito del sistema italiano;
- d) Assicurare che i gestori del sistema di trasporto dispengano di sistemi integrati a livello di due o più Stati membri per l'assegnazione delle capacità e per il controllo della sicurezza delle reti;
- e) promuovere, senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica, una concorrenza effettiva e garantire l'efficiente funzionamento del mercato, anche predisponendo misure in favore della concorrenza con effetti analoghi ai programmi di cessione del gas;
- f) assoggettare le transazioni sui contratti di fornitura di gas e su strumenti derivati ad obblighi di trasparenza nella disciplina degli scambi;
- g) assicurare un'efficace separazione tra le attività di trasporto, bilanciamento, distribuzione e stoccaggio e le altre attività del settore del gas naturale;
- h) prevedere misure che assicurino maggiore trasparenza ed efficienza nel settore del gas naturale, ottimizzando l'utilizzo del gas naturale ed introducendo sistemi di misurazione intelligenti, anche ai fini della diversificazione dei prezzi di fornitura;
- l) prevedere misure che tengano conto, nel procedimento autorizzativo per la realizzazione di un'infrastruttura del sistema del gas, della rilevanza dell'infrastruttura stessa per il mercato interno del gas naturale e della sua coerenza con gli obiettivi di politica energetica nazionali e comunitari;
- m) garantire, senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica, il controllo della sicurezza degli approvvigionamenti, l'equilibrio tra domanda ed offerta, il livello della domanda attesa in futuro e degli stoccaggi disponibili, la prevista capacità addizionale in corso di programmazione e in costruzione, l'adeguata copertura dei picchi della domanda nonché delle possibili carenze di fornitura;
- n) introdurre misure che garantiscano maggiore disponibilità di capacità di stoccaggio di gas naturale, anche favorendo l'accesso a parità di condizioni di una pluralità di operatori nella gestione delle nuove attività di stoccaggio e valutando la possibilità di ampliare le modalità accesso al servizio previsto dalla normativa vigente;
- o) prevedere che le sanzioni amministrative pecuniarie applicabili in caso di mancato rispetto delle disposizioni del regolamento (CE) n. 715/2009, nonché di mancato rispetto degli obblighi imposti alle imprese di gas naturale dalla direttiva 2009/73/CE, nelle fattispecie assegnate alla competenza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, siano non inferiori nel minimo a euro 2500 e non superiori a euro 154.937.069,73;
- p) prevedere che i clienti non civili con consumi inferiori o pari a 50.000 metri cubi annui e tutti i civili sia-

no definiti clienti vulnerabili e pertanto meritevoli di apposita tutela in termini di condizioni economiche loro applicate e di continuità e sicurezza della fornitura;

q) promuovere l'efficienza e la concorrenza nel settore del gas naturale, anche demandando all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas la definizione, sulla base di appositi indirizzi del Ministero dello sviluppo economico, della disciplina del bilanciamento di merito economico;

r) prevedere, ai sensi degli artt. 13 e 17 della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, misure che, ai fini dell'accesso ai servizi di trasporto e bilanciamento del gas naturale, consentano la definizione di un'unica controparte indipendente a livello nazionale;

s) prevedere la rimozione degli ostacoli, anche di tipo normativo, al processo di aggregazione delle piccole imprese di distribuzione del gas naturale, per favorire l'efficienza e la terzietà;

t) prevedere che imprese di distribuzione verticalmente integrate non siano in condizioni di trarre impropri vantaggi dalla loro attività di gestione delle reti di distribuzione, ostacolando le dinamiche concorrenziali del mercato;

u) prevedere, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato, che, nella situazione a regime, al termine della durata delle nuove concessioni di distribuzione del gas naturale affidate ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000, i meccanismi di valorizzazione siano coerenti con i criteri posti alla base della definizione delle rispettive tariffe;

v) prevedere che l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas disponga di risorse finanziarie idonee allo svolgimento delle proprie attività, attraverso il sistema di totale autofinanziamento previsto dall'art. 2, comma 38, della legge n. 481 del 1995, mediante il contributo versato dai soggetti operanti nei settori di competenza, da utilizzarsi esclusivamente per gli oneri di funzionamento della stessa;

z) prevedere che, nell'osservanza delle rispettive competenze, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si prestino reciproca assistenza, agiscano in modo coordinato, stipulando a tale fine, appositi protocolli di intesa, e collaborino tra loro anche mediante lo scambio di informazioni, senza che sia opponibile il segreto di ufficio,

Va da ultimo segnalato che in data 25.6.2010, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha emanato una segnalazione al Parlamento e al Governo sul disegno di legge di conversione del d.l. n. 78 del 2010, recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica" (AS 2228), nella quale ha osservato che alcune delle misure contenute nel provvedimento in parola avrebbero potuto mettere a rischio la possibilità di adempiere ai compiti assegnati ai regolatori nazionali dalle dir. 2009/72/CE e 2009/73/CE, in materia di mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale. Inoltre, sempre secondo l'AGCM, le medesime misure avrebbero in-

I principi e criteri direttivi appena richiamati rispondono al compito che la disciplina europea contenuta nel “Terzo Pacchetto” lascia alle legislazioni nazionali, innanzitutto quello di scegliere il regime di *unbundling* da applicare nei due settori dell’elettricità e del gas nonché quello di coordinare il regime prescelto con i principi e le regole generali del diritto societario nazionale e di precisare obiettivi, criteri di esercizio e limiti dei rilevanti poteri di controllo assegnati alle autorità di regolamentazione.

Il d.lgs. 1.6.2011 n. 93, “Attuazione delle dir.2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/754/CE e 2003/55/CE”, ha finalmente provveduto al recepimento in Italia al cd. “Terzo pacchetto” in materia di energia (dir. 2009/72/Ce, 2009/73/Ce e 2008/92/Ce).

In via del tutto preliminare, una prima considerazione che si può fare è che, sebbene la normazione europea abbia conferito spazio alla concorrenza nei settori energetici, intesa quale obiettivo complementare rispetto al completamento dell’*unbundling*, il legislatore nazionale frena il dispiegarsi della contendibilità dei mercati.

Per un verso, il legislatore delegato fa della sicurezza degli approvvigionamenti il perno attorno al quale ruotano le norme programmatiche del decreto.

Per l’altro, l’attuazione della politica energetica nazionale e dei necessari investimenti in potenziamento infrastrutturale viene affidata al Ministero dello sviluppo economico che assume un ruolo di preminenza.

Più in generale, il consolidamento del “monismo” regolatorio, ossia della prevalen-

taccato l’autonomia economico-finanziaria, gestionale, organizzativa ed operativa dell’Autorità, tutelata e rafforzata dalle medesime direttive. In particolare, ad avviso dell’Autorità, le disposizioni di cui all’art. 6, coo. 7, 8, 9, 12, 13 e 14, e all’art. 9, coo. 21 e 28, del d.l. n. 78/2010, si porrebbero in contrasto con l’art. 35 della dir. 2009/72/CE e con l’art. 39 della dir. 2009/73/CE.

za dell’attività di indirizzo politico su quella di regolazione tecnica ed indipendente, consente di misurare l’ampiezza e l’incidenza dell’intervento pubblico nei mercati dell’energia. Sul piano strettamente regolatorio, il decreto permette di apprezzare il legame forte, sul piano delle sanzioni erogabili agli operatori di settore, tra Autorità per l’energia elettrica e il gas e Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’energia.

Al riguardo è possibile rilevare una serie di controtendenze nel decreto attuativo del “Terzo pacchetto” rispetto alla normativa europea. Per il legislatore europeo, le direttive del “Terzo pacchetto” sull’energia dovrebbero vincere le resistenze di quegli Stati membri, compresa l’Italia, a garantire ai mercati energetici un assetto compiutamente concorrenziale, aumentandone il grado di integrazione su scala europea³². La Commissione europea ha recentemente richiamato la necessità di adottare «una nuova politica europea per le infrastrutture energetiche» e l’adozione di una nuova legislazione che favorisca la «costruzione di una rete unificata e intelligente»³³. Proprio le direttive del terzo pacchetto contengono alcuni espliciti riferimenti alla concorrenzialità dei mercati dell’energia: gli incentivi per le imprese verticalmente integrate a praticare comportamenti abusivi devono essere eliminati, l’accesso alla rete per i *new comers* deve essere “equo”, ai clienti non ci-

³² La letteratura sul tema è vastissima: sia consentito fare rinvio a: R. MICCÙ, M. GIACHETTI, *El mercado de la energía en Italia*, in G. MAESTRO BUELGA, M. A. GARCIA HERRERA, E. VIRGALA FORURIA, *La construcción del mercado europeo de la energía*, cit., 49 ss.; con riferimento soltanto alle pubblicazioni più recenti, cfr.: E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; N. AICARDI, *Energia*, in M. P. CHITI, G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; D. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, 2009; C. STAGNARO (a cura di), *Il mercato del gas naturale. L’Europa tra sicurezza e liberalizzazioni*, Roma, 2009.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L’atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. “Insieme per una nuova crescita”*, Bruxelles, 24.4.2011.

vili di grandi dimensioni deve essere consentito di stipulare contratti con più di un fornitore, condizioni di concorrenza “uniformi” devono essere predisposte dai legislatori nazionali, ai regolatori nazionali dovrebbero essere conferiti tutti i poteri necessari a promuovere la concorrenza.

Non va tuttavia sottaciuto che lo stesso impianto delle direttive in questione è solo parzialmente pro-concorrenziale. Sulle motivazioni di tale scelta, in parte condivisibili, pesano certamente la dipendenza energetica dell’Unione e la necessità di assicurare la continuità degli approvvigionamenti. In questa sede possiamo limitarci a valutare il rapporto tra scelte comunitarie e scelte nazionali in tema di energia piuttosto che giudicarne il merito politico.

Come è noto, peraltro, l’intervento propulsivo della Commissione è indirizzato principalmente all’interconnessione transfrontaliera delle reti e alla sicurezza energetica: oltre alla tradizionale neutralità del diritto dell’Unione europea rispetto alle fonti di approvvigionamento e ai rapporti tra queste e le strategie energetiche degli Stati membri, va evidenziato che nelle direttive del “*Terzo pacchetto*” la concorrenza è spesso intesa quale strategia complementare dell’*unbundling*. Tuttavia, sebbene le autorità politiche nazionali abbiano, in tale frangente, ampio margine di manovra³⁴, queste non possono sottrarsi all’attuazione di misure volte alla contendibilità dei mercati.

Dati questi presupposti, il legislatore delegato compie alcuni passi avanti verso la realizzazione di mercati energetici integrati e maggiormente interconnessi con quelli degli altri Stati membri dell’Unione europea. Nonostante ciò, il legislatore delegato depotenzia la “*versione europea*” di promozione della concorrenza nei mercati dell’energia: se si ammette, infatti, che lo sforzo compiuto in

sede comunitaria non è stato del tutto sufficiente, ancor meno lo è stato in sede nazionale. Infatti, l’attuazione delle direttive, cui il legislatore nazionale perviene dopo la scadenza della delega contenuta nella legge comunitaria 2009, si concentra in maniera preponderante sulla sicurezza delle reti e degli approvvigionamenti, ponendo in netta subordinazione la concorrenzialità degli assetti di mercato.

Inoltre, il testo del decreto attuativo tiene conto, è vero, delle osservazioni dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas (AEEG) sull’assetto concorrenziale dei settori energetici, ma solo in maniera episodica ed incidentale, conferendo un ruolo principale al Ministero per lo sviluppo economico circa l’attuazione degli investimenti necessari a perseguire gli obiettivi indicati dalla strategia energetica nazionale.

Dalla lettura congiunta del decreto attuativo e delle direttive emergono alcune considerazioni sull’attuale assetto dei mercati energetici italiani, nonché sui rapporti tra potere esecutivo e regolatori nei settori considerati.

Il decreto, in effetti, fa sorgere diversi interrogativi sulla natura delle intenzioni del legislatore delegato: queste sono rivolte più alla garanzia della sicurezza energetica che alla definizione di misure pro-concorrenziali ed asimmetriche. Casomai, l’asimmetria sembra risiedere nel confronto strutturale tra mercato dell’energia elettrica e mercato del gas: il primo, seppur lentamente, avviato al consolidamento di dinamiche concorrenziali e di piena contendibilità; il secondo, gravato dall’organizzazione societaria dell’operatore dominante.

Non si comprende appieno, inoltre, se il decreto attui le direttive oppure, soprattutto sotto certi profili, ne tragga spunto per piegare gli obiettivi comunitari alle esigenze nazionali e ai fini delle discipline sulla sicurezza energetica di differente fonte normativa.

Così come rilevato dalla stessa AGCM, l’attuazione delle direttive di terza generazione è probabilmente anche la storia di un’occasione mancata: il recepimento, infatti, avrebbe permesso la predisposizione di un testo unico in materia di energia. Lo sforzo per

³⁴ Sul punto è interessante la recente sentenza della Corte costituzionale n. 28/2011 che ribadisce, seppure nel settore dell’energia nucleare, che il diritto comunitario impone obblighi solo quando una certa scelta di politica energetica è compiuta. Si veda, tra gli altri, G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus. Rivista giur. Serv. Pubbl.*, 2011, 1; ora anche in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013.

il legislatore nazionale sarebbe stato inferiore rispetto al passato per effetto tanto delle molte abrogazioni che le direttive europee hanno comportato, quanto dell'ordine normativo che ne è derivato. Inoltre, l'esigenza di unificazione in un unico *corpus* delle norme in materia di energia, la cui inflazione è continua, avrebbe determinato effetti benefici, permettendo sia agli operatori economici che ai consumatori di districarsi in un settore in cui la concorrenza, ad oggi, si insinua lentamente anche se con maggior forza rispetto al passato.

2.1.2. L'*unbundling* e la governance dei gestori.

Per quanto attiene al tema fondamentale dell'*unbundling*, la scelta del decreto attuativo è stata innanzitutto quella di mantenere un regime diversificato per l'elettricità e il gas. Per la prima, il legislatore si è sostanzialmente limitato a confermare la separazione proprietaria già da tempo introdotta tra attività di produzione e vendita e attività di gestione della rete di trasmissione³⁵, ribadendo l'attribuzione di quest'ultima in regime di concessione a Terna s.p.a.³⁶ e solo sancendo – in termini più netti rispetto al passato – il divieto per la stessa di esercitare direttamente o indirettamente attività di produzione e di fornitura di energia elettrica e di gestire, anche temporaneamente, infrastrutture o impianti di produzione di energia elettrica³⁷. È bene notare che tale separazione proprietaria non è assoluta, giacché è comunque consentita – anche dalla legislazione europea – la partecipazione minoritaria di imprese di generazione e di vendita al capitale sociale di Terna³⁸.

³⁵ Si veda al riguardo l'art. 1 *ter* del d.l. 29.8.2003 n. 239, convertito con l. 27.10.2003 n. 290, e il successivo d.P.C.M. 11.5.2004, recante "Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione".

³⁶ V. l'art. 36, co. 1, del d.lgs. 93/11.

³⁷ Per tale divieto v. l'art. 36, coo. 2, del suddetto decreto legislativo.

³⁸ Infatti, Enel s.p.a. conserva tuttora in Terna una partecipazione significativa, che supera allo stato il 5% del capitale. Appare incerto, alla luce della non univoca formulazione del secondo comma dell'art. 9 della dir. 2009/72, se Enel (come qualsiasi altra impresa di

Per quanto concerne il gas, il d.lgs. n. 93 ha invece optato in via generale per la soluzione più soft dell'ITO, la più gradita ovviamente al campione nazionale Eni e al governo suo azionista, salvo solo prevedere la facoltà degli altri proprietari di reti di trasporto di scegliere il regime dell'ISO e quella di tutti gli operatori (Eni inclusa) di adottare la misura più radicale dell'*ownership unbundling*. Al fine di separare funzionalmente Eni da Snam Rete Gas, il Governo ha scelto il modello del gestore di trasporto indipendente (ITO - Independent System Operator, di seguito Gti). La dir. 2009/73/Ce indica nel modello del gestore di sistema indipendente (ISO - Independent System Operator, di seguito Gsi), grande novità nel panorama dei sistemi di governance di matrice europea, il metodo più adeguato a "promuovere in modo non discriminatorio gli investimenti nell'infrastruttura"³⁹ e a garantire trasparenza ed equità nei diritti di accesso dei terzi⁴⁰.

Il modello derogatorio del Gsi, attuabile solo se l'impresa verticalmente integrata è proprietaria del sistema di trasporto, impone agli Stati che lo adottano alcuni adempimenti specifici: le stesse persone non possono essere autorizzate ad esercitare, direttamente o indirettamente, forme di controllo su una impresa produttrice o fornitrice, sul gestore o sul sistema di trasporto; a nominare o ad essere membri del consiglio di vigilanza, del consiglio di amministrazione o degli organi che rappresentano il gestore all'interno di imprese produttrici o fornitrici. Inoltre, il Gsi deve dimostrare di avere risorse adeguate per lo

produzione e fornitura di elettricità) possa oggi nominare membri degli organi di amministrazione di Terna.

³⁹ "Considerando" n. 8 della dir. 2009/73/CE

⁴⁰ Per alcune considerazioni sul punto: A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia*, in *Amministrare*, 2009, 2, specie pp. 225-227. Sui regimi dell'accesso in alcuni Paesi stranieri P. L. JOSKOW, *The Difficult Transition to Competitive Electricity Markets in the United States*, in F.A. Grassini et al., *La privatizzazione dell'industria elettrica inglese*, il Mulino, Bologna, 1995; G. A. BERMANN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*; E. EHLERS, *Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and The Netherlands and the Law of the European Union: a Comparison*, Intersetta, Oxford, 2010.

sviluppo delle infrastrutture di stoccaggio ed impegnarsi con il regolatore a rispettare un piano decennale di potenziamento infrastrutturale che sarà finanziato dal proprietario del sistema⁴¹.

La struttura del mercato italiano del gas naturale avrebbe consentito l'adozione del modello del Gsi a patto di sforzi che, per ragioni legate principalmente al controllo esercitato dal proprietario della rete sul gestore, non sono stati compiuti.

Tuttavia, anche il modello del Gti, secondo il legislatore europeo, può raggiungere i medesimi obiettivi del modello del Gsi ma solo se accompagnato da specifiche disposizioni supplementari. Il decreto, al fine di potenziare l'indipendenza dell'amministrazione del Gti rispetto a quella dell'impresa verticalmente integrata, istituisce un Organo di sorveglianza⁴² che adotta e cura tutte le decisioni strategiche del gestore. Tali decisioni, diversamente dallo spirito della direttiva, saranno

poste di fatto sotto il controllo di Eni nel caso in cui l'Organo deliberasse a maggioranza semplice: Eni, infatti, è l'azionista di maggioranza di Snam Rete Gas, la quale detiene anche il 5,4% delle sue stesse quote⁴³.

L'adozione del modello del Gti per Snam Rete Gas dovrebbe garantire un maggior grado di indipendenza delle società che questa controlla interamente e che gestiscono lo stoccaggio (Stogit), la rigassificazione (Gnl Italia) e la distribuzione (Italgas) dall'*incumbent*. Sono noti i principali provvedimenti dell'AGCM la cui adozione ha posto in luce che la maggioranza dei comportamenti anticoncorrenziali si addensano proprio nelle attività della filiera del gas naturale sopra menzionate. L'adozione del modello del Gti, seppur con minori sforzi da parte dell'azionista pubblico, permetterebbe comunque di aumentare il grado di indipendenza di Eni rispetto a Italgas, Stogit e Gnl Italia e, allo stesso tempo, di ridurre i potenziali effetti anticoncorrenziali naturalmente correlati all'integrazione verticale.

La "*separazione effettiva*" delle attività relative alle reti di trasporto e a quelle di produzione e fornitura, su cui il decreto legislativo si concentra in modo particolare, ha l'obiettivo di prevenire discriminazioni nell'accesso e nell'utilizzo della rete da parte di operatori economici terzi rispetto all'*incumbent*, nonché di evitare, nello sviluppo della rete, investimenti inferiori al necessario⁴⁴. In questo contesto, il gestore del trasporto viene isolato funzionalmente dal peso degli interessi che ne possono condizionare l'attività ed il soggetto che ne controlla il capitale non esercita più poteri di indirizzo e controllo.

Il legislatore italiano, almeno nel settore

⁴¹ Il Gsi, secondo le disposizioni dell'art. 14, co. 4 della dir. 2009/73/Ce "è responsabile della concessione e della gestione dell'accesso dei terzi, compresa la riscossione dei corrispettivi per l'accesso e dei corrispettivi della congestione, del funzionamento, del mantenimento e dello sviluppo del sistema di trasporto, nonché della capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli, tramite l'adeguata programmazione degli investimenti. Nello sviluppare il sistema di trasmissione, il gestore di sistema indipendente è responsabile della pianificazione (compresa la procedura di autorizzazione), della costruzione e dell'entrata in servizio della nuova infrastruttura. A tal fine il gestore di sistema indipendente agisce in qualità di gestore di sistema di trasporto [...]. Il proprietario del sistema di trasporto non è responsabile della concessione né della gestione dell'accesso dei terzi né della programmazione degli investimenti".

⁴² La composizione dell'Organo di sorveglianza comprende membri che rappresentano l'impresa verticalmente integrata e azionisti terzi rispetto a questa. L'Organo ha pieni poteri per la nomina, la definizione delle condizioni di lavoro, della retribuzione e della cessazione delle persone responsabili della gestione o dei membri degli organi amministrativi del Gti. A meno che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas non formuli obiezioni entro tre settimane dalla notifica delle decisioni dell'Organo di sorveglianza, queste diventano vincolanti. Inoltre, l'Organo di sorveglianza approva i piani finanziari a lungo termine del Gti, il suo livello di indebitamento, l'ammontare dei dividendi da distribuire agli azionisti, nomina il cd. "Responsabile di conformità", fatta salva l'approvazione della nomina da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

⁴³ Il 42% delle quote azionarie di Snam Rete Gas è posseduto da azionariato diffuso.

⁴⁴ La dottrina straniera ha sottolineato l'importanza fondamentale del principio di non discriminazione, fulcro principale dell'intero impianto regolatorio di matrice comunitaria. Ex multis, E. CARBAU et al., *EU Energy Law, EU Competition Law and Energy Markets*, vol. II, Claeys and Casteels, 2007; P.D. CAMERON, *Competition in Energy Markets. Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2007.

del gas naturale⁴⁵, non ha optato per la scelta che le direttive ritengono ottimale, ossia la completa separazione proprietaria (*ownership unbundling*) sul modello anglosassone e non ha neppure previsto efficaci sistemi per rendere pienamente indipendente il gestore dall'impresa verticalmente integrata⁴⁶. Come detto, valgono, nel caso in cui la scelta del legislatore ricada sul modello del Gsi o del Gti, una serie di norme complementari e al regolatore viene affidato un ruolo preminente nello sviluppo della concorrenza, come se questa in ogni caso non potesse essere pienamente garantita dai due modelli alternativi alla separazione proprietaria.

Data tale scelta, e data la complessità sotto il profilo giuridico dell'istituto dell'ITO, sarebbe stato onere del legislatore italiano di integrare e specificare le disposizioni contenute nella dir.x 2009/73, in particolare per chiarire il regime di *governance* del gestore *unbundlizzato* e le regole di esercizio dei poteri di vigilanza spettanti alle autorità di regolamentazione.

Il d.lgs. 93/11 si è invece limitato ad una pedissequa trasposizione delle norme europee, che poco aggiunge alle indicazioni fornite dalle direttive e che sostanzialmente rimette la soluzione dei dubbi che la relativa disciplina solleva sotto entrambi i profili ora richiamati alla normazione secondaria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e alle scelte interpretative della giurisprudenza amministrativa⁴⁷.

⁴⁵ Nel caso di Terna, concessionario delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, lo schema di decreto attuativo prevede il regime della separazione proprietaria. Nel caso di Snam Rete Gas, tale opzione è meramente volontaria e solo in linea teorica potrebbe in qualsiasi momento modificare il regime del gestore di trasporto indipendente.

⁴⁶ Nell'Audizione al Senato del 19.4.2011, Eni ha elencato le ragioni per cui l'*ownership unbundling* non sarebbe stata una scelta giustificata: Snam Rete Gas non è mai incorsa in procedimenti antitrust per abuso di posizione dominante, sono stati effettuati notevoli investimenti per ridurre la congestione del sistema e nell'interconnessione "reverse flow" con l'estero, la scelta della completa separazione proprietaria avrebbe determinato scompensi regolatori sul mercato europeo, trattandosi di un modello adottato solo da pochi Paesi.

⁴⁷ L'Autorità è ripetutamente intervenuta in materia di *unbundling*: la disciplina di riferimento è oggi posta dalla delibera n. 11/2007 del 24.1.2007, come succes-

Va comunque detto che la scelta del Gti nel settore del gas naturale non rende eccessivamente gravoso il monitoraggio del comportamento del gestore, sia per via dell'assenza di problemi di congestione, tipici della rete di trasporto dell'energia elettrica, che per i bassi costi che il regolatore sopporta relativamente alle informazioni sul potenziamento infrastrutturale effettivamente realizzato. Ben più alti, tuttavia, sono i costi che la scelta del modello del Gti impone al regolatore: questo verrebbe appesantito da una continua attività istruttoria, tanto che gli strumenti tipici della regolazione assumerebbero, almeno nella forma del controllo, i caratteri della regolamentazione di tipo antitrust⁴⁸. Il regolatore affronta, come rilevato dall'AEEG, problemi di congestione di cui la rete, di per sé, non soffre, nonché, sul piano del principio di legalità formale, la mancanza di copertura di buona parte dei poteri che il "Terzo pacchetto" gli affiderebbe⁴⁹.

Il decreto attuativo di occupa direttamente, invece, delle competenze dell'AGCM (art. 10): decorsi cinque anni dall'entrata in vigore

sivamente integrata e modificata; la stessa giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'*unbundling*, e in particolare sul rapporto tra la relativa disciplina speciale e i principi generali sulle società dettati dal codice civile (v. al riguardo, tra le altre, le sentenze del TAR Lombardia, 18.12.2008, nn. 385 ss.; nonché 19.3.2009, nn. 3929 ss.; e quelle del CdS, 16.12.2008, n. 699 ss.).

⁴⁸ Ad esempio, tutte le relazioni commerciali e finanziarie tra il gestore e l'impresa verticalmente integrata dovrebbero essere vagliate dall'Aeeg, ossia se si affronta la questione dal lato del primo, notificate preventivamente. In una nota breve del Senato (I poteri regolatori dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, Roma, 23.5.2011), si legge che "[...] secondo la segnalazione dell'Aeeg, occorre prevenire il costo di una regolazione mancante, insufficiente o non conforme alle direttive europee". Utile è, al tal proposito, il riferimento a M. Diathesopoulos, *From Energy Sector Regulation in EU*, 2010, consultabile su http://works.bepress.com/michael_diathesopoulos/3 e a L. HANCHER, A. DE HAUTECLOCQUE, *Manufacturing the EU Energy Market: the Current Dynamics of Regulatory Practice*, European University Institute Working papers, Robert Shumann Center for Advanced Studies, 2010, 1.

⁴⁹ Tale mancanza di copertura va rilevata sia in relazione allo schema di decreto che alla l. 14.11.1995 n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità".

del decreto, l'autorità antitrust deve avviare un'indagine conoscitiva sul modello del Gti e comunicare i risultati al Parlamento, all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e al Ministero dello sviluppo economico. L'indagine riveste una duplice importanza: è funzionale all'individuazione di potenziali comportamenti discriminatori da parte dell'*incumbent* sotto il profilo dell'accesso alle infrastrutture energetiche; mira a verificare l'adeguatezza degli investimenti effettuati rispetto agli obiettivi strategici stabiliti dal Governo⁵⁰.

Sul punto, la stessa AGCM ha individuato un nodo problematico che attiene al rapporto tra i suoi poteri istruttori e quelli della Commissione europea. Entro il 1.3.2013 la Commissione europea, secondo la dir. 2009/73/Ce, è tenuta ad effettuare una verifica sul pieno funzionamento del modello del Gti negli Stati membri e sul grado di indipendenza del gestore della rete, ed è altresì tenuta, nel caso in cui rilevasse importanti scostamenti dagli obiettivi contenuti nella direttiva, ad inviare proposte al Parlamento europeo ed al Consiglio al fine di renderla effettiva. L'AGCM, stando allo schema di decreto, dovrebbe rendere pubblici i risultati dell'indagine entro il 2016. L'Autorità antitrust italiana subirebbe una sorta di inerzia forzata: se nel 2014 la Commissione dovesse criticare l'operato del Gti italiano e rilevare la persistente mancanza di indipendenza tra il gestore ed Eni, la nuova competenza riservata dal decreto all'AGCM verrebbe svuotata di efficacia. Un allineamento della verifica con quella operata dalla Commissione sarebbe stato necessario.

⁵⁰ La direttiva 2009/73/Ce prevede, all'art. 52, che la Commissione controlli ed esamini l'attuazione della direttiva e presenti al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sullo stato di attuazione. Questa deve comprendere indicazioni sul raggiungimento degli obblighi di separazione e di tariffazione, sulle garanzie di accesso equo e non discriminatorio al sistema comunitario del gas, sull'apertura del suddetto mercato ai consumatori, un'analisi della sicurezza del sistema, della sua capacità di stoccaggio, alle misure adottate dai singoli Stati membri per affrontare i picchi di domanda e le eventuali carenze dei fornitori. Su questa falsa riga, il Governo ha inteso rimettere all'Agcm la specifica competenza conoscitiva di cui si è detto.

2.2. Il consolidamento dell'assetto di regolazione e la *governance* multilivello: i nuovi poteri dell'AEEG ed il legame funzionale con l'ACER sul piano sanzionatorio.

Come si è detto, non è possibile in questa sede affrontare compiutamente il problema dell'assetto di *governance* multilivello che nel corso degli anni e nel passaggio dalle varie generazioni di direttive europee si è andato consolidando⁵¹.

La regolazione nazionale rappresenta l'ultimo livello nel sistema europeo di governo del mercato dell'energia, quello su cui, di fatto, poggia la maggior parte delle speranze di conseguire gli obiettivi di completamento del mercato interno dell'energia e di riduzione delle emissioni.

La collaborazione dei regolatori nazionali all'interno dell'ACER e nell'attuazione del Terzo pacchetto energia è l'ingrediente necessario per rendere credibile ed efficace l'azione di tutti gli altri livelli.

Già da tempo era stato rilevato che le notevoli differenze nella distribuzione dei poteri fra i regolatori nazionali rappresentavano un ostacolo non secondario all'integrazione dei mercati. Se le prime direttive elettricità e gas non obbligavano gli stati membri a costituire un regolatore indipendente, le seconde direttive hanno introdotto tale obbligo, insieme alla descrizione di alcuni dei compiti principali. Il Terzo pacchetto energia prevede ora un modello estremamente dettagliato di regolatore dell'energia, a cui gli stati membri sono tenuti ad adeguarsi con pochi spazi di manovra per eventuali deroghe. Il rafforzamento dei requisiti di indipendenza e dei poteri di regolazione è supportato sia da motivazioni relative alla collaborazione transfrontaliera che alla completa apertura dei mercati nazionali.

Questa evoluzione del diritto europeo della regolazione si intreccia con le dinamiche parallele degli stati membri. Il modello del regolatore indipendente nel settore dell'energia è ormai ampiamente consolidato in Europa e in altre parti del mondo. Tuttavia, questa so-

⁵¹ Cfr., da ultimo e per tutti, G. BELLANTUONO, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell'Agenzia europea*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2012*, cit., 43 ss.

stanziale convergenza nasconde spesso differenze non secondarie dal punto di vista della collocazione del regolatore nel contesto istituzionale di ciascun paese. Ad esempio, la coesistenza nelle politiche europee degli obiettivi di apertura alla concorrenza e di sostenibilità ambientale richiede adattamenti sostanziali dei sistemi nazionali di regolazione. Inizialmente organizzati per attuare forme di regolazione più tradizionali dei mercati, tali sistemi devono ora essere ridisegnati per rendere compatibili le misure relative al cambiamento climatico con un grado accettabile di concorrenza. Data la diversità dei punti di partenza, è plausibile ipotizzare anche diverse traiettorie di adattamento ai nuovi obblighi europei.

Nel caso dell'Italia, il lungo dibattito sulla riorganizzazione delle autorità indipendenti ha prodotto numerosi contributi scientifici e varie iniziative parlamentari. Tuttavia nessuna proposta ha ottenuto il supporto necessario per tradursi in una riforma complessiva del sistema nazionale di regolazione. Nel settore dell'energia come in altri settori, si è proceduto con interventi circoscritti e spesso dettati da circostanze occasionali. Il risultato è una notevole frammentazione sul piano della distribuzione delle competenze. Come è stato rilevato, i compiti di regolazione nel settore dell'energia sono stati suddivisi fra l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG) e il Ministero dello sviluppo economico.

Questo modello "dualistico" appare ora incompatibile con il Terzo pacchetto energia. I regolatori nazionali non possono ricevere istruzioni dai governi o da altri soggetti pubblici e privati. Inoltre, devono essere in grado di prendere decisioni autonome da qualsiasi organo politico (art. 35, co. 4 e 5, dir. 72/2009 e art. 39, co. 4 e 5, dir. 73/2009). Secondo le note interpretative della Commissione, queste previsioni vietano qualsiasi forma di pressione politica, così come escludono approvazioni preventive o successive per le decisioni dei regolatori.

Rimane, invece, possibile per i governi emanare linee guida sulla politica energetica nazionale. L'art. 35, co. 1 dir. n. 72/2009 e l'art. 39, co. 1, dir. n. 73/2009 prevedono anche che ciascuno stato membro designi un so-

lo regolatore. Secondo le note interpretative, tale previsione impedisce di assegnare ad un ministero parte dei principali doveri del regolatore.

Nel dare attuazione al Terzo pacchetto energia, il d.lgs. 1.6.2011 n. 93 non sembra aver colto a pieno questa trasformazione, come del resto rilevato dalla stessa AEEG nel parere sullo schema di decreto. In molti casi, i poteri già attribuiti dalla precedente legislazione al ministero sono stati confermati. Inoltre, al ministero è attribuita la maggior parte dei poteri di sorveglianza sui gestori di reti.

Il legislatore delegato ha attribuito al regolatore nuovi poteri (artt. 42, 43, 44, 45, 46 del d.lgs. 1.6.2011, n. 93). Questi, ad una prima lettura che prescinde dal loro concreto esercizio, se non altro per la naturale stasi in cui si troveranno per alcuni mesi, sembrano indirizzati alla mera esecuzione delle decisioni di politica energetica. In alcuni casi, la loro vaghezza non li distingue da quelli che il regolatore di settore già possiede.

Tra i primi rientrano, ad esempio, quelli previsti all'art. 43, co. 3 lett. a) e c): il regolatore vigila sui programmi di investimento dei gestori e sull'applicazione delle misure di salvaguardia adottate dal Ministero dello sviluppo economico (non è chiaro se da ciò discendano poteri conformativi in caso di eventuale deviazione dagli obiettivi dettati dal Ministero oppure se, più probabilmente, l'AEEG dovrà limitarsi a sanzionare gli operatori inadempienti).

Tra i secondi, più numerosi, vi sono i compiti che attengono all'adozione di "condizioni regolatorie appropriate" (art. 42, co. 1 lett. b), all'applicazione effettiva di "misure di tutela dei consumatori" (art. 43 co. 2 lett. a), alla possibilità di avviare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale (art. 43, co. 5) e di collaborare con l'AGCM (art. 46, co. 1).

Più specificamente, le norme contenute nel decreto sul ruolo del regolatore di settore sollevano alcuni profili di incompatibilità con gli obiettivi che il "Terzo pacchetto" intende perseguire⁵². In merito ai più generali rapporti

⁵² In tal senso potrebbero ricorrere gli estremi per l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia.

tra pubblici poteri, il decreto evidenzia il pieno mantenimento di un certo “*monismo*” regolatorio in relazione ad esigenze ritenute strategiche per l’economia e per gli interessi nazionali. Si pensi, ad esempio, al piano decennale di sviluppo infrastrutturale: le direttive di terza generazione assegnano al regolatore (che queste indicano come soggetto distinto, funzionalmente indipendente da ogni altra amministrazione o soggetto privato e che pertanto, non può essere una struttura ministeriale) un potere estremamente pervasivo in ordine al potenziamento delle reti, alla verifica circa la sua attuazione e all’adozione di provvedimenti finalizzati alla realizzazione di investimenti.

Tuttavia, è al Ministero dello sviluppo economico che sono attribuiti i compiti di valutazione e controllo del piano decennale, coerentemente alla strategia di politica energetica.

Sul piano sanzionatorio, i rapporti tra potere esecutivo, regolatore nazionale ed Agenzia europea per la cooperazione sono cadenzati in maniera differente, ad esempio, rispetto al contenuto degli artt. 42 e 45 del decreto legislativo. I poteri sanzionatori dell’AEEG sono ampliati (art. 45, co. 1). Tali nuovi poteri sanzionatori sono di due specie: alcuni riguardano disposizioni contenute in regolamenti comunitari, altri sono legati a norme interne, la maggior parte delle quali contenute nel decreto. I primi tendono a migliorare il grado di contendibilità dei mercati energetici, seppur incidendo unicamente sul piano sanzionatorio e non su quello delle norme condizionali. Tra questi rientra il potere di irrogare sanzioni in caso di mancato rispetto dei meccanismi di compensazione tra gestori del sistema di trasmissione di energia elettrica, di erogazione dei corrispettivi di accesso alla rete, di comunicazione di informazioni rilevanti per gestire le congestioni da parte dei gestori del sistema elettrico, di gestione delle congestioni stesse (artt. 13, 14, 15, 16, del reg. Ce n. 714/2009), di fornitura di servizi per i terzi da parte dei gestori dei sistemi di trasporto e stoccaggio del gas naturale, di assegnazione e scambio della capacità e di gestione delle congestioni dei sistemi di trasporto e stoccaggio, nonché degli obblighi di trasparenza a carico dei ge-

stori in entrambe le fasi della filiera (artt. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22 del Regolamento Ce n. 715/2009).

Di particolare importanza sono, infine, le disposizioni contenute nell’art. 45, co. 2, del decreto legislativo. A queste occorre guardare con grande interesse perché, delineando un procedimento composto *top-down*, stringono il nodo della cooperazione tra Agenzia europea per la cooperazione e regolatore nazionale. Tale legame giuridico potrebbe sopperire, almeno in parte, alle mancate previsioni di misure pro-concorrenziali da parte del legislatore delegato, nonché ribilanciare l’attività di indirizzo politico rispetto a quella di regolazione nei mercati energetici. È nel rapporto tra regolatori di ordinamenti diversi, nonché nella possibilità che l’inosservanza di atti di regolazione adottati a livello europeo possa essere sanzionata a livello nazionale, che si scorge la *vis* espansiva dei principi che informano la regolazione dei mercati energetici. Così, il regolatore nazionale potrebbe più facilmente sciogliersi dalla “*cattura*” politica e veicolare parte della propria attività attraverso l’agenzia europea.

L’ACER assume decisioni vincolanti che impattano direttamente sulla concorrenza in almeno quattro circostanze, così come previsto dal Regolamento Ce n. 713/2009: l’Agenzia, infatti, adotta tutte le decisioni individuali tecniche previste nelle direttive e nei regolamenti del “*Terzo pacchetto*”, decide in merito alle condizioni di accesso e di sicurezza delle “*infrastrutture transfrontaliere*” e alle questioni di “*regolamentazione*” in caso di mancato accordo tra autorità di Stati membri diversi o su esplicita richiesta di queste, nonché sulle deroghe alla disciplina dell’accesso delle medesime infrastrutture. La mancata osservanza delle decisioni adottate nel consesso europeo comporta l’irrogazione di una sanzione amministrativa da parte del regolatore nazionale. L’utilizzo degli impegni, tipici strumenti di *self-regulation*, assume una particolare rilevanza: questi possono costituire il momento finale del procedimento istruttorio nazionale, ma, nel caso in cui sia violata una decisione dell’ACER, questi devono essere adottati dal regolatore nazionale, sentita l’Agenzia. La portata innovativa di

queste disposizioni andrà attentamente valutata nel corso del tempo e dipenderà, essenzialmente, dalla forza dell'Agenzia rispetto agli operatori dominanti e dalla sua resistenza rispetto alle scelte di *high politics*.

2.3. La strategia e la programmazione energetica.

Il decreto legislativo prevede, all'art. 1, che il Ministro dello sviluppo economico emanerà "atti di indirizzo" e "adotti gli opportuni provvedimenti" in funzione dell'equilibrio tra domanda e offerta di energia sul mercato entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, ossia entro il 29.12.2011, definisce gli scenari nazionali, del livello della domanda attesa in futuro, della capacità addizionale in corso di programmazione o costruzione, nonché della qualità e del livello di manutenzione delle reti, delle misure per far fronte ai picchi della domanda e alle carenze delle forniture.

Inoltre, il Ministro, entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, definisce gli scenari decennali relativi allo sviluppo del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale, possibilmente per singola Regione, nelle principali fasi della filiera (andamento della domanda, necessità di potenziamento delle infrastrutture di produzione, importazione, trasporto, stoccaggio).

La sicurezza del sistema elettrico è un'esigenza che il legislatore ha posto al centro del decreto e che considera assolutamente prioritaria e preordinata all'instaurazione di dinamiche pienamente concorrenziali. In caso di sicurezza insufficiente, entro diciotto mesi dall'entrata in vigore del decreto, il Ministro dello sviluppo economico, tramite il decreto, indice una procedura per la realizzazione di nuova capacità di produzione elettrica oppure per l'introduzione di misure di efficienza energetica o gestione della domanda.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, sulla base degli "scenari decennali", appena ricordati, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e d'intesa con la Conferenza unificata, individua le necessità minime di realizzazione ed ampliamento di impianti di produzione di energia elettrica, di rigassificazione di gas naturale liquefatto, di trasporto di

energia e di interconnessione con l'estero. L'individuazione di tali impianti è funzionale agli obiettivi di politica energetica nazionale e ad assicurare "sicurezza, economicità e concorrenza nelle forniture di energia" (in tal caso il dispiegarsi della concorrenza assume la forma della programmazione).

Sono previste, per gli impianti così individuati, misure asimmetriche (art. 3): alla realizzazione e al potenziamento degli impianti coerenti con la strategia energetica nazionale viene data la priorità; gli impianti stessi sono dichiarati di pubblica utilità, urgenti ed indifferibili e possono beneficiare delle misure di agevolazione esistenti per un periodo di tempo prolungato.

La *ratio* della normazione nazionale, così come di quella europea, intesa a far prevalere l'interesse al conseguimento del risultato strategico rispetto alla tutela degli interessi più rilevanti degli attori istituzionali che hanno competenze in materia, si spinge fino al punto di prevedere anche norme molto significative sui poteri sostitutivi del Governo in materia di decisioni su investimenti infrastrutturali. In caso di inerzia delle amministrazioni regionali in tema di autorizzazioni si sopperisce mediante ricorso al potere sostitutivo, con l'assegnazione di un termine da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, decorso inutilmente il quale viene nominato un Commissario dotato del potere di emanare atti in luogo delle amministrazioni inadempienti⁵³.

Inoltre, i coo. 6 e 7 dell'art. 3 permettono alle infrastrutture coerenti con la strategia energetica nazionale di essere esentate dal regime di accesso dei terzi e, parimenti, di beneficiare di una regolazione tariffaria di favore: sebbene la loro attuazione sia curata dal regolatore, il Presidente del Consiglio, con proprio decreto, potrà stabilire i criteri direttivi delle misure tariffarie, compresi quelli inerenti l'individuazione delle infrastrutture che

⁵³ Con tale norma, viene ribadita la possibilità per il Presidente del Consiglio dei ministri di avvalersi di Commissari straordinari dotati dei poteri di sostituzione e deroga per la realizzazione di interventi relativi alla produzione di energia facenti parte del quadro energetico nazionale. Sul punto: C. VIVIANI, *L'auto-rizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione dell'energia elettrica*, in *Urb. e app.*, 2009, 12, 1420 ss.

sopporteranno i “*maggiori costi dei relativi potenziamenti o estensioni delle reti di trasmissione e trasporto di energia*”⁵⁴.

Il collegamento tra programma e decisioni in materia di investimento viene disciplinato dagli artt. 15 e 16 del d.lgs.⁵⁵.

L’ordinamento europeo individua come prima fase procedimentale del procedimento di programmazione la trasmissione annuale all’Autorità di regolazione, previa consultazione pubblica, di un piano decennale di sviluppo. Vi è, quindi, un soggetto che avvia la fase di programmazione strategica degli interventi in materia di investimenti, soggetto che viene individuato nei gestori dei sistemi di trasmissione. La responsabilità propulsiva dell’avvio del procedimento viene quindi posta a carico del Gestore. Il Gestore diventa, quindi, il motore del processo decisionale assai complesso, disegnato dall’art. 22 della direttiva e ripreso dall’art. 16 del d.lgs.: entro tre mesi dall’entrata in vigore, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro e sentita l’Autorità, sono stabilite le modalità per la redazione da parte dei gestori di un piano decennale.

Nella legislazione nazionale di recepimento risulta immediatamente evidente già in questa fase un aggravio procedimentale, questo nel senso che il piano - questo strumento di pianificazione - deve seguire uno schema procedimentale o forse anche contenutistico.

Il piano decennale, quindi, diventa uno strumento, atto amministrativo generale di programmazione, tipico, i cui elementi e le cui caratteristiche saranno fissate con d.P.C.M., su proposta del ministero dello Sviluppo Economico sentita l’Autorità. Una tale scelta che, se per un verso appare tradizionale per il nostro legislatore, in realtà determina un mutamento di natura dell’atto pianificatorio o dell’avvio di questo processo di pianifi-

cazione o programmazione rispetto a quello che il legislatore europeo intendeva dovesse essere.

Infatti, per il legislatore europeo l’importante è che vi sia l’avvio del programma: ciò che conta è individuare quali infrastrutture sono necessarie per realizzare l’obiettivo del rafforzamento della rete. Viceversa, nel nostro ordinamento ci si preoccupa di quali debbano essere le caratteristiche del provvedimento amministrativo generale che consentirà, in futuro, la redazione del programma.

Un tale esito non può essere valutato positivamente perché non lascia al Gestore quella libertà di forme nello svolgimento dell’attività più importante, quella, appunto, della pianificazione strategica.

La direttiva europea prevedeva, invece, che i gestori trasmettessero annualmente al regolatore, previa consultazione, il piano. Quindi la spinta propulsiva sarebbe dovuta venire dal quel dialogo continuo tra pubblico e privato, tra soggetto Gestore - inteso in senso sostanziale come pubblico, cioè come titolare che cura interessi pubblici - e gli operatori.

Da questo dialogo sarebbe dovuta nascere la proposta rivolta al regolatore.

Ricondurre e rinchiudere in uno schema imposto da un d.P.C.M. il piano significa privilegiare i profili di tipo formale e procedurale rispetto a quelli sostanziali; anteporre cioè l’importanza del procedimento e dell’esercizio della funzione pubblica rispetto all’esigenza derivante dal concorso di operatori del settore e di Gestore nella presentazione di proposte.

Presentazione di proposte, piano decennale di sviluppo che richiede un aggiornamento continuo nel tempo, con cadenza persino annuale. Proprio queste ultime circostanze fanno sì che ricondurre tutto ad uno schema di programmazione troppo rigido rischia di far perdere di vista la centralità della scelta infrastrutturale⁵⁶.

Anche sotto altri profili, l’architettura normativa predisposta dal legislatore italiano non sembra in linea con gli obiettivi del “*Terzo pacchetto*” comunitario. Si prendano

⁵⁴ Sulle questioni generali attinenti il potenziamento delle infrastrutture energetiche, si veda tra i tanti M. GRILLO, A. NOCE, *Infrastrutture energetiche ed integrazione dei mercati in Europa*, in E. BARUCCI, C. DE VINCENTI, M. GRILLO (a cura di), *Idee per l’Italia. Mercato e Stato*, Milano, 2010, passim.

⁵⁵ Cfr., sul punto, A. POLICE, *Il programma di adempimenti ed il piano decennale di sviluppo della rete*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell’energia 2012*, cit., 94 ss.

⁵⁶ In tal senso, ancora A. POLICE, *Ibid.*

ad esempio le norme sul mercato del gas naturale.

In primo luogo, le norme europee in materia di sicurezza dell'approvvigionamento del gas naturale impongono agli Stati membri dell'Unione il rispetto della concorrenzialità del mercato, in modo che questa non sia subordinata agli obiettivi di sicurezza delle forniture e alla necessità di potenziamento infrastrutturale, e che si basi necessariamente su misure "di mercato". In secondo luogo, il moltiplicarsi di progetti di nuove infrastrutture energetiche in concorrenza fra loro, dai gasdotti per l'importazione ai terminali di rigassificazione, passando per il potenziamento della capacità di stoccaggio, è essenziale allo sviluppo del sistema energetico nazionale: qualunque forma di pianificazione statale, che potrebbe concretizzarsi in una vera e propria "corsia preferenziale" autorizzativa e di incentivazione tariffaria a beneficio dei progetti presentati dell'*incumbent* di cui lo stato è azionista di controllo, raggiungerebbe risultati sub-ottimali a cui il legislatore comunitario si oppone.

Così come riconosciuto dall'AGCM nella segnalazione AS821, la previsione delle misure asimmetriche di cui si è detto, se non opportunamente mediate dal rispetto del principio di concorrenza e da quello di non discriminazione, finirebbe per privilegiare obiettivi di ritorno e remunerazione finanziaria dei progetti di potenziamento infrastrutturale.

Le soluzioni prospettate dall'Autorità anti-trust avrebbero permesso agli operatori di ricevere corretti segnali dal mercato. In tal modo il Governo avrebbe potuto segnalare, per ogni tipologia di infrastruttura o impianto, le esigenze minime di potenziamento e, al contempo, avrebbe potuto estendere il *favor* autorizzatorio e tariffario ai progetti ritenuti più idonei a contemperare il soddisfacimento della sicurezza energetica con la rapidità di esecuzione industriale. Da questi - suggeriva l'AGCM - dovevano essere esclusi i progetti in nuova capacità di stoccaggio presentati da ENI ai sensi del d.lgs. 13.8.2010, n. 130, al fine di mantenere fermi gli obblighi di *gas release*.

Ciò, va detto, a deciso vantaggio degli ultimi entranti rispetto agli operatori dominanti

di cui il Governo è azionista di controllo.

Il favore per i primi non va oltre quanto suggerito dall'AGCM e non recepito dal Governo: l'individuazione degli specifici impianti o infrastrutture energetiche coerenti con il soddisfacimento della strategia energetica nazionale avrebbe comportato vantaggi concorrenziali se effettuata tramite procedure aperte e non tramite determinazioni politiche.

Una disposizione analoga, ossia svincolata dall'esecutivo, avrebbe dovuto trovare spazio in relazione al regime di agevolazione economico-tariffaria, da intestare al regolatore.

In tale quadro, viene da chiedersi se le esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti, nonché di sistema, consentiranno al Ministero dello sviluppo economico di innescare gli investimenti infrastrutturali, specialmente nel mercato del gas naturale.

Gli strumenti di cui è dotata la mano pubblica sono estremamente incisivi: le esenzioni ai diritti di accesso e la regolazione tariffaria incentivante sono cardini dell'intervento pubblico. In ciò il legislatore nazionale ha fatto sue le tendenze dell'autorità di regolazione nazionale che ha reso estremamente pervasivi gli obblighi di *third party access*, diversamente dal legislatore comunitario che li ha costantemente bilanciati con una disciplina delle deroghe garantista nei confronti dell'*incumbent*⁵⁷.

Con il d.lgs. 13.8.2010, n. 130, il legislatore aveva già cercato di predisporre norme incentivanti la costruzione di nuove infrastrutture, specialmente quelle potenzialmente duplicabili come i terminali di rigassificazione o gli impianti di stoccaggio.

Le deroghe al principio del *third access* per un periodo sufficientemente lungo (*access holiday*) avrebbero consentito all'impresa che avesse investito in una nuova infrastruttura di evitare il "rischio regolatorio" e di godere, al contempo, di un'adequata remunerazione.

Il legislatore italiano, ponendo la concorrenzialità del mercato in secondo piano, è andato oltre, offrendo tariffe idonee a recuperare i costi di investimento e garantendo elevati tassi di rendimento sul capitale investito.

⁵⁷ Così F. DI CRISTINA, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 9, 2011, 929.

Sul versante del mercato dell'energia elettrica, il d.lgs. 1.6.2011 n. 93, consente al gestore della rete di effettuare solo una parte degli investimenti previsti, specialmente sui dispositivi di accumulo funzionali alla sicurezza del sistema.

Al Gestore è infatti impedito di esercitare o gestire attività di produzione o fornitura di energia elettrica: il principio di *“separazione effettiva”* di ispirazione europea è fatto salvo, ma il sistema di remunerazione degli investimenti è depotenziato. Nonostante ciò, il Gestore sarà tenuto ad investire nella rete di trasmissione secondo quanto stabilito nel piano decennale. Al Ministero dello sviluppo economico vengono attribuite ulteriori prerogative (artt. 4 e 5). In primo luogo, penetranti poteri di esecuzione diretta di *“misure di salvaguardia”* in caso di *“crisi improvvisa sul mercato dell'energia”* e, in secondo luogo, consultazione dei contratti riguardanti le transazioni con grossisti e gestori da parte dei fornitori di gas naturale o energia elettrica.

Le misure di salvaguardia, seppur necessariamente proporzionali e certamente utili per rimediare agli effetti potenzialmente dannosi delle crisi energetiche nei Paesi esportatori, sono rimesse alla piena discrezionalità politica; la possibilità di consultare i contratti dei fornitori è amplissima e dai contorni nebulosi (essa riguarda, infatti, *“dati pertinenti”*, *“informazioni sulle caratteristiche delle transazioni pertinenti”*, *“norme relative alla durata, alla consegna e al pagamento, alla quantità, alla data e all'ora di esecuzione, ai prezzi della transazione e alle modalità per identificare il cliente grossista”*, *“specifici dettagli di tutti i contratti di fornitura”*, *“strumenti derivati non ancora estinti”*).

Va detto che le *“misure di salvaguardia”* per il mercato del gas naturale devono essere contenute nel *“piano di azione preventivo”* (art. 8), sono imperative per tutte le imprese operanti nella filiera e coperte dal diritto europeo. Il reg. 994/2010/Ce, infatti, dispone la valutazione del rischio che incide sulla sicurezza degli approvvigionamenti, da effettuarsi entro il 31.12.2011, nonché il contenuto dei piani.

Il Ministero dello sviluppo economico, entro il 3.12.2014, adotta le misure idonee a ga-

rantire il soddisfacimento della domanda interna *“di punta massima”* in caso di interruzione del flusso di gas naturale dalla maggiore delle infrastrutture di approvvigionamento dall'estero.

3. Alcune osservazioni conclusive.

Per effetto delle disposizioni che si sono sopra richiamate, e delle altre - pur significative - che non è stato qui possibile menzionare, le attività economiche attinenti alla proprietà e alla gestione di infrastrutture energetiche di trasporto risultano oggi sottoposte ad una regolazione molto penetrante, che lascia uno spazio piuttosto limitato alle autonome determinazioni delle imprese che operano in tale ambito del mercato dell'energia.

Il modello di riferimento, gradualmente definito dal legislatore europeo e da quello nazionale, è quello di un gestore largamente funzionalizzato, la cui efficienza è promossa non attraverso meccanismi di mercato (o anche *“per il mercato”*), bensì mediante una combinazione di misure imperative, sia strutturali (come l'*“unbundling”*) che comportamentali (come il TPA e i vincoli sugli investimenti), così come di incentivi di carattere essenzialmente tariffario.

Coerentemente con i ben noti principi generali accolti in sede europea, nessuna indicazione è data a livello legislativo sul carattere pubblico o privato dei gestori. Ma è coerente con il modello, e di fatto si verifica in non pochi Stati membri (e certamente in Italia), che i gestori siano, dal punto di vista proprietario, controllati dallo Stato o da altri enti territoriali.

Ad essi, del resto, e *in primis* ai gestori della rete elettrica di trasmissione, sono attribuiti anche compiti di regolazione tecnica (come quelli inerenti al dispacciamento dell'energia), che per più ragioni appaiono da ricostruire giuridicamente come (implicanti l'esercizio di) poteri amministrativi.

Non si vuole qui esprimere un giudizio di merito su tale modello fortemente centralizzato, e in particolare valutare se esso sia in effetti il più idoneo al perseguimento degli obiettivi - di sviluppo e modernizzazione infrastrutturale e di garanzia della neutralità della gestione e della sicurezza del sistema - indi-

viduati come prioritari dalle normative sopra citate.

È solo opportuno sottolineare che esso, accanto ad alcuni vantaggi indiscutibili, comporta anche, rispetto a sistemi meno pervasivamente regolati, alcuni rischi evidenti, che sono poi quelli tipici dei settori assoggettati ad iper-regolazione amministrativa: innanzitutto, la possibilità che il regolatore s'ingerisca in scelte propriamente gestionali e che lo faccia per finalità e secondo logiche di carattere politico (possibilità tanto meno remota quanto più le relative competenze siano attribuite anche ad organi ministeriali e non solo ad autorità indipendenti); il pericolo di una "cattura" del regolatore da parte dei gestori, rischio particolarmente elevato laddove questi ultimi siano pubblici e svolgano anche compiti di regolazione tecnica in stretta collaborazione con le autorità di regolamentazione.

Di tali rischi, sin troppo noti a chi studi l'esperienza italiana di governo dell'economia, è bene essere consapevoli, sia in sede di disegno del sistema e di definizione della sua disciplina puntuale, sia nell'interpretare in sede applicativa la medesima.

E ciò anche allo scopo di evitare di dilatare ulteriormente il modello e di estenderlo anche ove questo non è in realtà necessario né, verosimilmente, utile⁵⁸.

Emblematica è, da questo punto di vista, la vicenda relativa alla disciplina dell'esenzione dal *Third Party Access* (e oggi anche dall'*Ownership Unbundling*) per le nuove infrastrutture.

Ormai da tempo anche il legislatore europeo ha previsto che gli operatori che realizzano *ex novo* importanti infrastrutture o che potenziano quelle esistenti possono, in presenza di determinati presupposti, essere esonerati dall'obbligo di consentire l'accesso dei terzi.

L'effetto di tale disciplina derogatoria è stato quello di creare o mantenere uno spazio per la libertà di iniziativa economica anche nel segmento della gestione delle infrastrutture energetiche, affiancando al modello preva-

lente del gestore funzionalizzato quello (più marginale) del gestore che persegue il suo esclusivo interesse - e, nel far ciò, realizza smithianamente l'interesse generale al potenziamento delle infrastrutture.

Senonché, la Commissione europea, che sin da principio ha guardato con diffidenza all'operare di tale meccanismo di deroga, ha poi, di fatto, gradualmente imposto in sede applicativa l'adozione di procedure - c.d. di *open season* - intese a costringere chi avesse assunto l'iniziativa della costruzione o del potenziamento di un'infrastruttura di definirne la taglia in misura tale da consentirne l'utilizzo anche da parte di altri operatori a ciò interessati.

E tale vincolo è stato ora, con riferimento al settore del gas naturale, codificato dal Terzo Pacchetto.

Per effetto di tale sviluppo, anche laddove la progettata nuova infrastruttura energetica non sia una *essential facility* nella nota accezione antitrust e il relativo promotore non detenga alcuna posizione dominante nel mercato, esso è tenuto a condividere i vantaggi della sua iniziativa con i terzi suoi concorrenti.

Non ci si può non chiedere, però, se questo regime - indubbiamente coerente con un modello di regolazione infrastrutturale fortemente pervasivo e finalistico - sia però conforme al principio di proporzionalità: se, cioè, la limitazione che per questa via è imposta alla libertà d'impresa sia effettivamente necessaria o se invece le finalità generali di promozione della concorrenza e di garanzia della sicurezza non siano altrettanto, o anche meglio, servite da una disciplina che riconosca e premi il merito di chi, senza essere in una condizione di dominanza, assuma iniziative del tutto autonome rispetto ai suoi *competitors*.

Al di là della risposta da dare a tale quesito, appare evidente che l'esigenza di valutare con attenzione tutte le implicazioni del modello di regolazione finalistica accolto nell'ordinamento europeo per le infrastrutture energetiche di trasporto, evitando di estenderne l'applicazione in modo indiscriminato, è reale.

In Italia, l'attenzione per questo profilo dovrebbe essere particolarmente avvertita, dal momento che la tradizione di un uso politico

⁵⁸ Si veda, in tal senso, E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, in *Giust. Amm.*, 2012, 7 (dell'estratto).

e non rispettoso delle logiche concorrenziali della regolazione è notoriamente molto radicata, ed è riemersa con forza in questi anni di

crisi anche nei settori in cui l'istituzione di regolatori indipendenti aveva fatto pensare ad un effettivo cambiamento di paradigma.

«.....GA.....»

ISTITUTI DI BENEFICENZA ED ASSISTENZA, EVOLUZIONE LEGISLATIVA E QUESTIONI D'INELEGGIBILITÀ: IL CASO REGIONE LAZIO

di Enrico Michetti

Analisi delle molteplici modifiche legislative e degli interventi giurisprudenziali che hanno profondamente mutato l'assetto giuridico, operativo, economico-gestionale delle IPAB al fine di valutarne i riflessi in termini di sussistenza di eventuali cause di ineleggibilità.

Analysis of the many changes in the law and jurisprudence of the interventions that have profoundly changed the legal framework, operational, economic-management of the IPAB to go evaluate the effects in terms of the existence of any reasons for ineligibility.

Sommario: 1. Origini. 2. Il processo di privatizzazione. 3. Il ruolo delle Regioni nel processo di privatizzazione. 4. Problematiche interpretative sui rapporti tra Regione ed IPAB: la questione della ineleggibilità. 5. Conclusioni.

1. Origini.¹

Gli istituti di Beneficenza ed Assistenza (di seguito IPAB) sono stati investiti da molteplici modifiche legislative ed interventi giurisprudenziali che ne hanno profondamente mutato l'assetto giuridico, operativo, economico-gestionale e la cui trattazione in questa sede si palesa necessaria al fine di accertare se nel loro attuale e concreto collegamento con la Regione si possa legittimamente affermare l'ascrivibilità della causa di ineleggibilità codificata all'art. 2, co. 1 n. 11 della l. 23.4.1981, n. 154 in capo al Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'IPAB che venga eletto alla carica di consigliere regionale. In origine gli enti che perseguivano finalità di assistenza e beneficenza sorgevano secondo la forma dell'istituzione pubblica, regolata dalla l. 17.7.1890, n. 6972, art. 1, meglio nota come legge Crispi, modificata dall'art. 1 del r.d. 30.12.1923, n. 2841.

L'art. 1 della legge Crispi prevedeva in particolare che qualsiasi tipo di iniziativa in campo sociale dovesse essere pubblica, a prescindere dalle origini di queste Istituzioni che erano nate spesso da beneficenza privata e/o

di carattere religioso.

Le Ipab, infatti, derivavano da quegli enti, di matrice sia laica che religiosa, che fornivano assistenza ai poveri, ai bisognosi, agli ammalati. In particolare la scelta operata dalla legge Crispi non fu una vera e propria pubblicizzazione del settore della beneficenza e poi per effetto del suddetto r.d. n. 2841/1923 della assistenza, ma la "creazione progressiva di strumenti statali di beneficenza legale e la predisposizione di forme di controllo e di disciplina uniforme, nella beneficenza di origine privata"²

La legge Crispi, quindi, sottopose al controllo statale queste realtà che, tuttavia, mantenevano l'autonomia statutaria, nel rispetto delle volontà dei fondatori.

Il Governo, con legge delega 22.7.1975, n. 382, emanò il d.P.R. 24.7.1977, n. 616, diretto a ridisegnare l'assetto delle funzioni amministrative, di cui agli artt. 117 e 118 della costituzione, trasferite dallo Stato alle Regioni.

La beneficenza viene inoltre con il d.P.R. n. 616/1977 ridefinita come "tutte le attività che attengono, nel quadro della sicurezza sociale, alla predisposizione ed erogazione di servizi gratuiti o a pagamento, o di presta-

¹ Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista.

² In tal senso si veda C. cost., 24.3.1988, n. 396.

zioni economiche, sia in denaro che in natura, a favore dei singoli, o di gruppi, qualunque sia il titolo in base al quale sono individuati i destinatari, anche quando si tratti di forme di assistenza a categorie determinate, escluse soltanto le funzioni relative alle prestazioni economiche di natura previdenziale".

Se, pertanto, alle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, le cd Opere Pie anteriormente alla legge delega veniva attribuita la qualifica di ente pubblico in considerazione della loro personalità giuridica di diritto pubblico, con la legge delega n. 382 del 1975 viene superato, in attuazione del principio di libertà nel settore dell'assistenza privata sancito dall'art. 38 della costituzione, il regime monopolistico introdotto dalla legge Crispi sulla obbligatorietà della pubblicizzazione di tutte le IPAB.

A tal riguardo, anche la Corte Costituzionale, con decisione n. 396 del 7.4.1988 (G.U. 13.4.1988, n. 15), nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 1 della l. 17.7.1890, n. 6972 "nella parte in cui non prevede che le IPAB regionali e infraregionali possano continuare a esistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tutt'ora i requisiti di un'istituzione privata", ha tuttavia consentito la sopravvivenza delle IPAB regionali ed infraregionali non soppresse dal d.P.R. n. 616/77 che assumono, attraverso gli opportuni requisiti improntati a criteri organizzativi su base privatistica, personalità giuridica di diritto privato.

Con detta sentenza la Consulta ha definitivamente posto fine all'obbligatoria veste giuridica pubblicistica degli enti assistenziali regionali, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 1 della l. n. 6972 del 1890 che fino a quel momento aveva impedito la libera espressione dell'iniziativa privata nel settore. In conseguenza di tale statuizione fu, peraltro, emanata una direttiva specifica per chiarire quali fossero le IPAB che potevano assumere la personalità giuridica di diritto privato.

Il legislatore, infatti con il d.P.C.M. 16.2.1990 ha disciplinato i criteri per il ritorno alla sfera privatistica, indicando i tre requisiti ovvero il carattere associativo, il carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati e l'ispirazione religiosa, alternati-

vamente necessari per poter riconoscere personalità giuridica di diritto privato alle ex IPAB a carattere regionale.

2. Il processo di privatizzazione.

Gli indirizzi per la riforma delle IPAB vengono poi emanati con la l. n. 328/2000 che ha previsto la depubblicizzazione delle IPAB oppure la loro trasformazione in aziende pubbliche di servizi alla persona, delegando il governo a disciplinare la materia.

In particolare con la legge quadro n. 328/2000 il legislatore ha previsto un sistema integrato di interventi e servizi sociali delegando il Governo ad adottare un decreto legislativo di attuazione.

Con il d.lgs. n. 207/2001 sono state poi disciplinate le procedure di trasformazione degli Enti e alla Regione è stata affidata la funzione legislativa di attuazione.

L'art. 21, co. 1 del citato d.lgs. prevedeva, peraltro, espressamente che nel periodo transitorio previsto per il riordino delle Istituzioni, ad essa seguitano ad applicarsi le disposizioni previgenti non contrastanti con i principi della libertà di assistenza, con i principi della legge e con le disposizioni dello stesso decreto legislativo.

Sul punto al fine di meglio comprendere la reale natura delle IPAB anche in ragione dell'evoluzione storico-legislativa giova da subito richiamare il parere reso dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, lavori, servizi e forniture n. AG/41/2010 nel quale - dopo aver premesso come con deliberazione AG479 del 20/07/2000, l'Autorità in materia di natura giuridica delle IPAB aveva ritenuto le stesse riconducibili nel novero degli organismi di diritto pubblico, ricorrendo per le medesime i requisiti tipici della categoria: la personalità giuridica, il carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale perseguiti, il prevalente finanziamento pubblico ovvero il controllo da parte dei pubblici poteri, muta orientamento.

In particolare il suddetto indirizzo, diretto ad indagare l'obbligo per le istituzioni in parola di applicare la disciplina contrattuale pubblica ai fini della selezione dei contraenti privati, è stato rivisto dall'AVCP proprio alla luce della riforma di settore recata dalla legge

delega n. 328/2000 - che ha riconosciuto il ruolo istituzionale delle IPAB nell'ambito del c.d. "terzo settore" quali parti costitutive della rete regionale dei servizi sociali - e del successivo d. lgs. attuativo n. 207/2001.

Con quest'ultima norma è appunto stato attuato il processo di privatizzazione delle IPAB mediante la trasformazione obbligatoria in ASP (cui permane la personalità di diritto pubblico) per quelle prive delle caratteristiche indicate nel d.P.C.M. 16.2.1990 - oppure in persone giuridiche di diritto privato (associazioni o fondazioni).

Le IPAB non trasformate sono estinte o fuse con altre. Per il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, le Regioni devono seguire le indicazioni del d.P.C.M. 16.2.1990.

Gli artt. 16-18 d.lgs. n. 207/2001 individuano poi le caratteristiche delle IPAB trasformate in associazioni o fondazioni di diritto privato ovvero la personalità giuridica di diritto privato, assenza dello scopo di lucro, piena autonomia statutaria e gestionale, perseguimento di finalità di utilità sociale.

L'accertamento della natura pubblica o privata di tali istituzioni, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica, è rimesso alle Regioni, secondo i criteri indicati nel d.P.C.M. 16.2.1990 e va effettuato alla stregua dello statuto³ e, secondo l'indirizzo giurisprudenziale deve essere riconosciuta natura privata ad un ente che *"trae origine da un atto privato di liberalità, è strutturato in modo da attribuire rilevanza per gli atti più importanti alla volontà dei soci - benefattori e trae i mezzi per svolgere i propri compiti di istituto da fonti private di finanziamento"*.

È irrilevante, invece, che l'Ente continui (o meno) a perseguire finalità di assistenza e beneficenza⁴.

Le ex IPAB trasformate, come evidenziato in dottrina⁵, possono collocarsi nell'ambito

³ cfr. *Ex multis*, Cass., SS.UU. 6.6.1995 n. 6342, TAR Toscana n. 219/95, TAR Campania, Sa, n. 167/2008.

⁴ cfr. Cass., SS.UU. 15.3.1999, n. 139 e n. 6342/1995.

⁵ Cfr G. GANDINI, *L'evoluzione della governance nel processo di trasformazione delle IPAB*, in Paper 60, Università degli Studi di Brescia, Dip. Di Economia Aziendale, dicembre 2006, p.5 e ss nella quale si precisa che *"Con l'attenzione esplicita del legislatore, si è mantenuto un connotato pubblico. In taluni casi, già*

gius-privatistico, con un'importante collaborazione/integrazione con l'amministrazione pubblica territoriale che richiede pertanto una connotazione chiara e definita della governance che dovrà essere formato soprattutto da soggetti privati, con la possibilità di prevedere la presenza di soggetti pubblici, quali i membri designati da Regioni o Comuni eod altri Enti fino a giungere anche a fondazioni pubblico-private⁶.

Tornando all'analisi del profondo processo di trasformazione, dunque è con il decreto legislativo n. 207 del 2001 che si procede a dare attuazione all'art. 10 della legge n. 328/2000 e vengono individuati i requisiti per definire la natura giuridica dei futuri Enti prevedendone, a seconda delle caratteristiche, la trasformazione in azienda o in ente di natura giuridica privata oppure l'estinzione.

Il decreto, trattandosi di materia concorrente tra Stato e Regione, doveva essere recepito a livello regionale attraverso l'emanazione di una specifica legge di riordino.

A seguito della riforma del titolo V della costituzione e con la nuova formulazione degli artt. 117-118, la materia diventa di competenza esclusiva della potestà legislativa regionale.

La legge costituzionale n. 3/2001, recante la riforma del titolo V della costituzione, infatti, ha attribuito la materia dei servizi sociali alla legislazione regionale secondo quanto previsto in via residuale dall'art. 117, co. 4 della costituzione, ferma restando la riserva a favore della legislazione statale esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui al co. 2 lett. m) del medesimo articolo.

presente nella governance, prevista nell'atto costitutivo, con amministratori a nomina pubblica (art. 17, co. 1, lett. b, d.lgs 207/01); in altri casi, costituito al momento della trasformazione (art. 17, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 207/01), con la possibilità di integrare il Consiglio di Amministrazione con membri designati da enti pubblici o privati che aderissero alla fondazione con il conferimento di rilevanti risorse patrimoniali o finanziarie(...)".

⁶Cfr A. SANTUARI, *Le Ipab tra fondazioni di diritto privato e aziende pubbliche di servizi alla persona: un'analisi delle legislazioni regionali*, in G. FIORENTINI, *I Servizi Sanitari in Italia: 2004, Il Mulino*, Bologna, 2004, p. 104

3. Il ruolo delle Regioni nel processo di privatizzazione.

Le singole Regioni hanno valutato in modo diverso le disposizioni del citato d.lgs. n. 207/2001.

Relativamente alla Regione Lazio, l'art. 10 della l. n. 15/2007 rubricato "Disposizioni transitorie in materia di estinzione delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza - IPAB" e il successivo Regolamento regionale 25.10.2007 n. 12 disciplinano il procedimento di estinzione delle IPAB che "non siano state più in grado di perseguire gli scopi statutari nel triennio precedente al 30 giugno 2007 perché inattive o in situazione di mancanza di mezzi economici o finanziamenti".

In virtù del combinato disposto del d.P.R. 616/1977, l. n. 328/2000, d.lgs. n. 207/2001 la Regione Lazio espressamente definisce "Le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza nascono come enti pubblici, dotati di autonomia amministrativa, per erogare assistenza ai poveri bisognosi, mediante propri mezzi economici e con vari strumenti: asili nido, orfanotrofi, scuole materne, convitti, ospizi per anziani ed invalidi. La legge n. 328/2000, che detta norme per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, ha inserito le IPAB nella rete d'interventi pianificati dalle Regioni. Il Governo, con il d.lgs. 207/2001, ha riformato radicalmente la materia, avviando, tra l'altro, un processo di privatizzazione ed indicando i principi e i criteri cui devono uniformarsi le Regioni nella disciplina delle IPAB attraverso proprie leggi".

Sulla base della soprariportata definizione appare già possibile dedurre che le IPAB non sono qualificabili quali "Enti dipendenti" regionali, rientrando semplicemente tra i soggetti giuridici di "disciplina regionale" ed in particolare per quanto attiene alla Regione Lazio e, in assenza della riforma regionale godono della più ampia autonomia garantita dalla l. n. 6972 del 17.7.1890, dai propri Statuti, dagli atti di Fondazione, nonché dai successivi regolamenti adottati dal Consiglio di Amministrazione essendo, allo stato, inseriti semplicemente nella rete di interventi pianificati dalla regione.

In dottrina⁷ poi si è correttamente affermato come il regime giuridico delle IPAB non riformate dalla legislazione regionale è da "individuarsi nell'intrecciarsi di una disciplina pubblicistica in funzione di controllo con una notevole permanenza di elementi privatistici che conferisce loro una importanza peculiare rispetto agli altri enti pubblici".

La stessa Corte costituzionale⁸ è, peraltro, giunta ad affermare che "devesi convenire con quella dottrina che parla di un'assoluta tipicità di questi particolari enti pubblici, in cui convivono forti poteri di vigilanza e tutela pubblica con un ruolo ineliminabile e spesso decisivo della volontà dei privati, siano essi i fondatori, gli amministratori, o la base associativa".

Od ancora nella successiva sentenza del 27.6.2012 n. 161, la Consulta evidenziava la rilevanza degli statuti e delle tavole di fondazione.

Di guisa che le attuali IPAB del Lazio, non privatizzate e non trasformate in ASP, seppur nell'ambito della mera supervisione regionale, mantengono una "larga autonomia funzionale, fondata sul rispetto della volontà dei fondatori e sul valore giuridico delle tavole di fondazione, e sulla capacità statutaria riconosciuta alle istituzioni di assistenza. Si tratta di una autonomia funzionale che incide diversamente sulla disciplina pubblicistica"⁹.

4. Problematiche interpretative sui rapporti tra Regione ed IPAB: la questione dell'ineleggibilità.

Le considerazioni sopra esposte si rilevano importanti al fine di superare i dubbi sollevati in dottrina in ordine alla possibile sussistenza della causa di ineleggibilità di cui all'art. 2, co. 1, n. 11 della l. 23.4.1981, n. 154 in capo al Presidente del Consiglio di Amministrazione di una IPAB che venga eletto consigliere regionale.

In particolare l'art. 2, co. 1, n. 11 della suddetta l. n. 154/1981 espressamente dispone che "Non sono eleggibili a consigliere re-

⁷ A. SERIO, *Quale natura giuridica per le IPAB?*, in Foro Amm., TAR, 2002, 10,3312

⁸ C. cost. n. 396/1988

⁹ C. CARDIA, *Opere Pie* - 1980 - in Enciclopedia del Diritto

gionale...gli amministratori ed i dipendenti con funzioni di rappresentanza o con poteri di organizzazione o coordinamento del personale di istituto consorzio o azienda dipendente rispettivamente dalla regione, provincia o comune..”

E' evidente come per poter integrare tale causa di ineleggibilità espressamente riferita agli "istituti, consorzio o azienda dipendente dalla regione" la mera denominazione di "Istituito" non possa di per se ritenersi sufficiente in mancanza del requisito della "dipendenza" che non può in alcun modo legarsi alla circostanza che la nomina alcuni dei membri del Consiglio di Amministrazione sia effettuata dalla Regione.

Sul punto basti considerare che le IPAB sono amministrate *ex art.* 4 della l. n. 6972/1890 dagli organi istituiti dalle tavole di fondazione e/o dagli statuti, e gli amministratori sono nominati *ex art.* 9 della l. n. 697/1890 dai soggetti e/o dagli enti ivi individuati, i quali operano in materia rinvio agli statuti delle IPAB che in tal modo acquisiscono valore di legge materiale: ne deriva che le disposizioni statutarie in merito alla nomina e alla rinnovazione degli amministratori delle IPAB, come peraltro esplicitato anche da alcune Regioni¹⁰ devono ritenersi norme speciali, destinate a prevalere sulle successive leggi a contenuto generale o comunque non peculiare in materia.

Più volte la Corte costituzionale ha evidenziato la particolare autonomia di cui le IPAB godono a livello statutario per disciplinare le proprie amministrazione, autonomia che la Corte medesima ha ritenuto così pregnante da sottrarre l'intera materia da quelle trasferite alle Regioni con i d.P.R n. 9/72 e n. 616/77^{11 12}.

¹⁰ Cfr circolare n. 2 del 13.5.1996 della Regione Veneto di cui alla d.G.R. n. 1099 del 26.3.1996, pubblicata sul BURL n. 51 del 31.5.1996 nella quale, tra l'altro si precisa che "Le finalita' delle IPAB derivano dalla volontà espressa dai fondatori, dalla quale pertanto non devono discostarsi in sede di riforma statutaria".

¹¹ C. cost. n. 195/87, n. 363/90 e n. 195/92

¹² Nella sentenza n. 173 del 1981 la C. cost. ha precisato infatti che già con la sentenza n. 173/1981 "la Corte aveva avuto di rilevare che la legge del 1890 n. 6972, avendo disciplinato una serie di istituzioni aventi uno "spessore storico" del tutto peculiare, era ispi-

È soltanto allo statuto dell'IPAB che deve farsi riferimento per determinare l'Ente titolare della potestà di nomina ed il relativo organo competente, non essendo quindi consentito estrapolare dalle disposizioni statutarie soltanto una parte di prescrizioni.

Inoltre l'organo di amministrazione può anche essere monocratico ai sensi dell' art. 19 del r.d. n. 99 del 1891, reg. amm. ed in tal caso ad esso si applica la disciplina dei controlli prevista dalla legge per gli organi collegiali (art. 67 del r.d. n. 99 del 1891, n. 99).

Dalle suddette disposizioni emerge il ruolo fondamentale della volontà privata trasfusa nello statuto con il conseguente fondamento anch'esso privato del potere di nomina degli amministratori delle IPAB, non rilevando in senso contrario l'eventuale prescrizione statutaria della nomina di alcuni o di tutti gli amministratori da parte di enti e/o soggetti pubblici: come rilevato in dottrina "l'organo di amministrazione di un'IPAB deve infatti considerarsi non rappresentativo, dal momento che l'attività cui è chiamato consiste nella cura di interessi pubblici oggettivi, risolvendosi nel corretto perseguimento delle finalità statutariamente previste"¹³.

La presenza di uno o più o tutti amministratori di nomina pubblica infatti non è *ex se*

rata a due principi fondamentali, quali il rispetto della volontà dei fondatori e i controlli giustificati dal fine pubblico dell'attività svolta in situazione di autonomia. Questa posizione ambivalente di dette istituzioni è stata ancora più di recente messa in evidenza nella sentenza n. 195 del 1987, in cui si è rilevato come il loro regime giuridico sia caratterizzato dall'intrecciarsi di una disciplina pubblicistica in funzione di controllo, con una notevole permanenza di elementi privatistici, il che conferisce ad esse una impronta assai peculiare rispetto agli altri enti pubblici.. In presenza di tali peculiarità devesi convenire con quella dottrina che parla di una assoluta tipicità di questi particolari enti pubblici, in cui convivono forti poteri di vigilanza e tutela pubblica con un ruolo ineliminabile e spesso decisivo della volontà dei privati, siano essi i fondatori, gli amministratori o la base associativa. Esse quindi sono istituzioni pubbliche che, non solo in riferimento alla situazione precedente alla legge del 1890, ma anche per le successive iniziative assistenziali, sono per lo più il prodotto del riconoscimento di iniziative private, sia inter vivos che mortis causa."

¹³ D. CORRÀ, *La riconduzione delle IPAB al regime giuridico di Diritto Privato. Il criterio della composizione degli organi di amministrazione*, in *No Profit*, 1996, p. 355 e ss

sufficiente ad integrare il presupposto di "dipendenza" dalla Regione dell'Istituto in quanto consistendo il mandato degli amministratori di un'IPAB esclusivamente nel perseguimento delle finalità statutarie non attribuisce alcun penetrante potere di ingerenza della Regione che, come richiesto dalla giurisprudenza¹⁴ lo ponga in condizioni di dirigere l'attività dell'istituto.

L'attribuzione, quindi, del potere di nomina degli amministratori di una IPAB è un potere privato derivante dalla volontà privata trasfusa nello statuto che acquista precettività nei confronti di terzi e, in particolare, dei soggetti e/o degli enti tenuti alle nomine per il tramite del rinvio di cui agli artt. 4 e 9 della l. n. 6972 del 1890.

L'analisi della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione¹⁵ avvalorata le susposte argomentazione laddove la medesima non ha mancato di precisare che il rapporto di dipendenza cui fa riferimento la norma, si determina quando l'ente, pur dotato di autonomia amministrativa, patrimoniale e contabile e preposto a fini propri dell'ente pubblico territoriale, sia sottoposto al potere di direzione di quest'ultimo, curando in via esecutiva, secondo le direttive impartite, la funzione amministrativa di cui è titolare la struttura sovraordinata.

L'attività di controllo non è da sola sufficiente a stabilire un rapporto di dipendenza e per costante giurisprudenza¹⁶ la "dipendenza" non può fondarsi su generici o astratti poteri di indirizzo politico o amministrativo della regione, ma su una concreta potestà d'ingerenza della Regione che si manifesta in poteri di direzione o controllo degli Enti e delle loro attività o atti.

Dall'applicazione dei suddetti canoni giurisprudenziale consegue evidente come l'attribuzione di poteri sostitutivi alla Regione in caso di inadempimento delle previsioni che dispongono la trasformazione delle istituzioni non è sufficiente ad integrare quella suddetta pregnante ingerenza necessaria a qualificare un ente come dipendente.

Ci si riferisce più precisamente all'art. 20 del d.lgs 4.5.2001 n. 207 di riordino del Sistema delle IPAB che all'art. 20 espressamente statuisce che "1. Qualora la Regione rilevi una accertata inattività che comporti sostanziale inadempimento alle previsioni che dispongono la trasformazione delle istituzioni, assegna al soggetto inadempiente un congruo termine per provvedere in tal senso, decorso infruttuosamente il quale, sentito il soggetto medesimo, nomina un commissario che provvede in via sostitutiva.

2. Le Regioni disciplinano l'intervento sostitutivo nei casi di gravi violazioni di legge, di statuto o di regolamento, di gravi irregolarità nella gestione amministrativa e patrimoniale delle aziende pubbliche di servizi alla persona, nonché di irregolare costituzione dell'organo di governo."

La prescrizione è, pertanto posta proprio ed in quanto venga accertata un'inattività dell'Istituto o casi di gravi violazioni di legge, di statuto o di regolamento, di gravi irregolarità nella gestione amministrativa e patrimoniale delle aziende pubbliche di servizi alla persona, nonché di irregolare costituzione dell'organo di governo di guisa che la Regione è legittimata ad intervenire non per esercitare una funzione amministrativa di cui è essa stessa titolare, ma per esercitare in sostituzione funzioni proprie dell'Ente nei casi tassativamente indicati.

Trattasi all'evidenza di mere funzioni di vigilanza e controllo di tipo sanzionatorio e repressivo poste a garanzia del perseguimento di quelle finalità statutariamente previste che non legittimano *ex se* l'annoveramento delle IPAB tra gli Enti dipendenti.¹⁷

5. Conclusioni.

L'analisi sviluppata consente di evidenziare la non inquadrabilità delle IPAB nel novero degli enti dipendenti regionali con la conseguente inapplicabilità della causa di ineleggibilità sancita dall'art. 2, co. 1, n. 11) della l. 23.4.1981, n. 154 per il Presidente del Consiglio di Amministrazione di un'IPAB che ven-

¹⁴ Cass. Civ., I, n. 25944/2007

¹⁵ Cass. n. 391 del 18.1.1994

¹⁶ Cfr Cass., 18.10.2006, n. 22346, Cass. 11.2.2007, n. 25944, Cass. 18.7.2008, n. 20055

¹⁷Sul punto la Regione Veneto nella circ. n. 51/96, seppur relativamente a fattispecie diversa, sottolinea espressamente come le IPAB "non possono annoverarsi tra gli enti ed istituzioni dipendenti...".

ga eletto consigliere regionale.

In termini generali giova da ultimo sottolineare che con l'art. 51 della costituzione si esplicita in maniera chiara ed inequivoca che l'eleggibilità è la regola, mentre l'ineleggibilità l'eccezione.¹⁸

La Corte costituzionale che si è più volte pronunciata sull'argomento ha sempre condizionato i presupposti sostanziali della disciplina positiva dell'ineleggibilità tenendo in debito conto la tipizzazione della fattispecie e la ragionevolezza del suo contenuto, interpretando la norma nel verso della garanzia circa la più ampia apertura del regime dell'elettorato passivo a tutti i cittadini senza discriminazioni di sorta.

Le sole ragioni, del tutto eccezionali che potrebbero giustificare la previsione legislativa della ineleggibilità ricorrerebbero soltanto nel caso in cui la carica ricoperta sia in grado di produrre apprezzabili distorsioni o turbative rispetto alla parità di *chances* dei candidati che vige in una competizione elettorale autenticamente democratica.

In sostanza il diritto all'elettorato passivo è un diritto inviolabile le cui restrizioni sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di interessi di rango costituzionale.

Quindi al fine di stabilire ipotesi di ineleggibilità occorre valutare se la limitazione imposta risulti indispensabile per assicurare la salvaguardia di valori di rango costituzionale con precipuo rispetto della proporzionalità dinanzi al fine perseguito, evitando così che vengano ignobilmente alterati i meccanismi di partecipazione dei cittadini alla vita politica normati dalla Carta Costituzionale.

Le norme che derogano al principio della generalità del diritto all'elettorato passivo sono per espressa statuizione della Consulta¹⁹ di stretta interpretazione.

Il fondamentale principio di libero accesso, in condizioni di perfetta uguaglianza di tutti i cittadini, alle cariche elettive - che impone la necessaria tipizzazione ad opera della legge delle cause di ineleggibilità - comporta che, in mancanza di reali situazioni in grado di produrre apprezzabili distorsioni o turbative rispetto alla parità di *chances* dei candidati, non possono dette norme, quali appunto anche l'art. 2, co. 1 n. 11 della l. 23.4.1981 n. 154 subire manipolazioni e distorte interpretazioni che finirebbero per incrinare gravemente le pari capacità elettorale passiva di tutti i cittadini.

¹⁸ Tale principio a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 1969, ulteriormente ribadito nelle successive pronunce (cfr C. cost. n. 171/84, n. 162/85; n. 43/87; n. 235/88; n. 510/89; n. 53/90; n. 141 del 1996) ha orientato l'attività della Corte, nella sua attività interpretativa, in materia di ineleggibilità.

¹⁹ C. cost. n. 46 del 1969, confermata dalle successive sentenze n. 166/72, n. 571/1989, n. 141/1996

«.....GA.....»

IL *RESTYLING* DELLE UNIONI E L'ESERCIZIO ASSO- CIATO DELLE FUNZIONI DEI COMUNI ALLA LUCE DEL- LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA *SPENDING REVIEW*

di Francesco Palazzotto

La riforma che ha interessato il sistema delle autonomie locali, seppur realizzata in assenza di un disegno riformatore unitario, è espressione dell'esigenza di far fronte alla gravissima emergenza economica e finanziaria che attualmente investe la quasi totalità dei Paesi Europei, tale da mettere a repentaglio la tenuta del sistema di welfare degli stessi. La disciplina del 2012 si può dividere idealmente in tre macroaree: la prima parte si può identificare nel co. 1: novella dell'art. 14, coo. 27 ss., del d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122), in tema di esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni fino a 5000 abitanti; la seconda parte nel co. 2 (nonché 5 e 6): novella dell'art. 16, coo. 1-16, d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. in l. 14.9.2011, n. 148), in tema di unioni speciali fra i comuni fino a 1000 abitanti; la terza parte nel co. 3: novella dell'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ossia della norma base in tema di unioni fra comuni.

The reform that has concerned the system of local self-government, although produced in the absence of a design reformer unit, is an expression of serious economic and financial emergency that currently affects almost all European countries, such as to endanger the maintenance of the welfare system of the same. The reform performed on 2012 can be divided ideally into three main areas: the first part can be identified in the co. 1: news art. 14, co. 27 et ss., of d.l. 31.5.2010, n. 78 (which became l. 30/07/2010, n. 122), on the exercise of the functions associated by municipalities up to 5.000 inhabitants, the second part in the co. 2 (as well as 5 and 6): news art. 16, co. 1-16, d.l. 13.8.2011, n. 138 (which became l. 09/14/2011, n. 148), in terms of special partnerships between the municipalities up to 1.000 inhabitants, and the third part in the co. 3: news art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, which is the standard basis in terms of partnerships between municipalities.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il riordino delle realtà associative locali dal 2009 al 2011. 3. Il nuovo articolo 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122) riguardo le "funzioni fondamentali". 4. L'esercizio associato delle "funzioni fondamentali" nei comuni con popolazione compresa tra 1.001 e 5.000 abitanti. Le Unioni e le Convenzioni. 5. Unioni speciali fra comuni fino a 1.000 abitanti. 6. Le modifiche che hanno interessato l'art. 32 T.U.E.L.. 7. Il ruolo del legislatore regionale. 8. Conclusioni.

1. Introduzione¹

Prima di inoltrarci nell'analisi della nuova disciplina che ha interessato ultimamente la riorganizzazione strutturale e funzionale dei comuni, dettata dall'esigenza di far fronte alla

gravissima emergenza economica e finanziaria che attualmente investe la quasi totalità dei Paesi Europei, tale da mettere a repentaglio la tenuta del sistema di *welfare* degli stessi, è opportuno richiamare brevemente il quadro generale della disciplina che ha riguardato la riforma del sistema delle autonomie locali a partire dagli anni 90 del secolo

¹ Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista

scorso. La vicenda delle Unioni di comuni è l'emblema delle modifiche disciplinari realizzate in assenza di un disegno riformatore unitario che ha dato luogo ad una disorganica sovrapposizione di modelli discordanti e confliggenti.

Il primo modello, introdotto con la l. 8.6.1990, n. 142², nascendo dall'esigenza di contrastare la frammentazione territoriale per far fronte al fenomeno dei c.d. comuni polverizzati, favoriva l'aggregazione e la riorganizzazione dei comuni, ma configurava l'Unione di comuni quale nuovo e temporaneo ente locale antecedente alla necessaria fusione degli stessi³. La realtà locale, all'epoca veniva considerata come arretrata e immobilizzata nel campanilismo, per cui il legislatore sentiva l'esigenza di promuovere un processo coattivo di accorpamento delle realtà interessate⁴. A causa della resistenza effettuata da parte delle popolazioni locali, timorose di perdere la propria identità, si è avuta una moltiplicazione di altre formule organizzative per l'esercizio di una pluralità di funzioni o di servizi diverse dalle Unioni, che all'epoca erano

² Per una visione diacronica, v. M.S. GIANNINI (a cura di), *I Comuni*, Neri Pozza, Vicenza, 1967; G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Cedam, Padova, 1969; A. ORSI BATTAGLINI, *Le autonomie locali nell'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 1974; U. POTOTSCHNIG (a cura di), *Legge generale sull'amministrazione locale*, Cedam, Padova, 1977; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Giuffrè, Milano, 1979; G.C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano, 1984; G. PASTORI, *Comune* (ad vocem), in *Dig. Disc. pubbl.*, III, 1989; L. VANDELLI-R. SCARCIGLIA, *Comune* (ad vocem), in *Enc. giur.*, Roma, 1995.

³ V. art. 26, l. 8.6.1990, n. 142.

In dottrina v. M. BASSANI, *Art. 26 (Unioni di comuni)*, in V. ITALIA e M. BASSANI (con il coordinamento di), *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, Giuffrè, Milano, 1990, 376 ss.

⁴ Il modello introdotto dalla l. 8.6.1990, n. 142 non ha avuto seguito, tanto che dopo un decennio si è visto un aumento dei comuni che sono passati da 8.088 a 8.103, cfr. S. MANGIAMELI, *La questione locale. Le nuove autonomie nell'ordinamento della Repubblica*, Donzelli editore, Roma, 2009.

Già M. S. GIANNINI proponeva una riduzione dei comuni a 1.000, proponendo di incentrare il sistema autonomistico nelle regioni, cfr. M. S. GIANNINI, *Prefazione* a S. MELONI, V. SANTANTONIO, L. TORCHIA, *Le funzioni del governo locale in Italia*, vol. I: *Il dato normativo*, Milano 1988, 3.

finalizzate alla successiva fusione⁵.

Le Unioni di comuni hanno ricevuto un impulso positivo solo con l'entrata in vigore della l. 3.8.1999, n. 265 (*Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla l. 8.6.1990, n. 142*), successivamente confermato dal d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (T.U.E.L.), grazie alla quale il legislatore ha promosso un modello di associazionismo locale fondato sulla libertà di associazione fra comuni, non predeterminate alla fusione, ma che con una gestione unitaria delle funzioni e dei servizi, sfruttando i benefici dell'economia di scala e gli incentivi statali e regionali all'uopo predisposti, avrebbe garantito al meglio le esigenze e gli interessi delle piccole realtà locali⁶.

L'affermarsi di questo modello di associazionismo non finalizzato alla fusione e la flessibilità dell'istituto consentita dalla disciplina, come stabilita dal T.U.E.L., ha sortito nel tempo un grave effetto negativo. Durante questo decennio, si sono creati nuovi modelli istituzionali con nuove sedi decisionali che hanno portato ad una sovrapposizione e una duplicazione di funzioni, incarichi ed emolumenti, non più conciliabile con gli obiettivi a breve termine del pareggio di bilancio e del rispetto del patto di stabilità imposti dall'Unione Europea. Il Governo, infatti, a partire dal 2009, ha avviato una nuova opera di riordino e semplificazione delle realtà associative portata avanti con svariati interventi, ma tutti connotati esclusivamente dalla finalità di contenimento della spesa pubblica allo scopo di sgravare il Paese dal peso del deficit di bilancio e del debito pubblico accumulatosi negli anni passati.

2. Il riordino delle realtà associative locali dal 2008 al 2011.

Il primo tentativo di riordino delle realtà associative locali, ad opera della normativa

⁵ V. P. BILANCIA, *L'associazionismo obbligatorio dei comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, 2012, www.federalismi.it.

⁶ A. CELOTTO, A. D'ALOIA, C. PIETROBELLI, G. VESPERINI (a cura di), *I piccoli comuni nel sistema dei poteri locali. Profili problematici e proposte*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 44 ss.

statale, ha riguardato le Comunità montane⁷. La normativa statale a partire dal 2008 con la l. 24.12.2007, n. 244 (l. finanziaria per il 2008), ha disposta la riduzione del Fondo di finanziamento ordinario⁸ delle Comunità, arrivando, con il co. 187 dell'art. 2 della l. 23.12.2009, n. 191 (l. finanziaria per il 2010)⁹, alla cessazione *tout court* del concorso dello Stato al finanziamento delle Comunità montane¹⁰.

Tutto ciò ha portato, ultimamente, a diversi interventi da parte della Corte costituzionale¹¹, che, sulla scia di quanto affermato precedentemente¹², una volta riconosciuta l'appartenenza della materia riguardante la potestà legislativa alla competenza residuale regionale, riguardo la disciplina delle forme associative tra Enti locali, più in particolare in materia di ordinamento delle Comunità mon-

tane¹³, stabilendo, tra l'altro, che le stesse non sono enti "costituzionalmente necessari" ai sensi dell'art. 114 cost., ha riconosciuto la possibilità allo Stato, di predisporre dopo la riduzione anche la cessazione da parte dello stesso del concorso al finanziamento delle Comunità montane, sia pur con alcune eccezioni¹⁴, in nome del principio di coordinamento della finanza pubblica

Occorre sottolineare che la Corte nelle citate sentenze ha anche chiarito che la disciplina di riordino dettata dal legislatore statale, in nome delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica¹⁵, non può spingersi sino all'indicazione di aspetti dettagliati, quali le prescrizioni che stabiliscono precisi criteri almetrici per l'individuazione delle Comunità da sopprimere, o il numero minimo dei comuni che devono far parte di una Comunità, o la popolazione massima, nonché la previsione di automatismi che privino le regioni dei propri margini di autonomia nel disciplinare questa materia, tenuto conto che la stessa, sia per quel che riguarda l'ordinamento, sia per quel che concerne l'organizzazione amministrativa afferisce alla loro competenza legislativa residuale¹⁶ (art. 117, co. 4, cost.) e alle fonti lo-

⁷ Per la ricostruzione data dalla Corte costituzionale alla disciplina delle Comunità montane e sui problemi concernenti il finanziamento, v. N. VICECONTE, *Comunità montane e Corte costituzionale: nuovi nodi da sciogliere?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010.

⁸ V. art. 34, d.lgs. 30.12.1992, n. 504.

⁹ Sullo scontro tra le prerogative regionali e le esigenze di finanza pubblica, v. S. MUTTONI, *Punti fermi in tema di Comunità montane? Prime note a Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 237*, in *Il diritto della Regione*, 2009.

¹⁰ Stabilendo, con le modifiche apportate al co. 187 dell'art. 2 della l. 23.12.2009, n. 191 dal d.l. 25.1.2010, n. 2, che, nelle more dell'attuazione della legge-delega sul federalismo fiscale (l. 5.5.2009, n. 42), il 30 per cento delle risorse in precedenza destinate alle comunità montane è assegnato ai comuni appartenenti alle comunità montane e il riparto avverrà previa intesa sancita in Conferenza unificata.

¹¹ V. C. cost., 27.7.2009, n. 237; 25.1.2010, n. 27; 17.11.2010, n.326; 21.3.2011, n. 91.

¹² Si v. C. cost., 6.7.2001, n. 229, che riassume tutte le acquisizioni del passato (in base al Titolo V non ancora modificato) in merito alle forme associative come istituzioni del governo locale; *in questa sentenza le comunità montane vengono ascritte alla categoria degli enti diversi da comuni e province, costituzionalmente non necessari, esse costituiscono «strumenti organizzativi del sistema delle autonomie locali», «“ordinamento” di enti locali tramite enti locali», «proiezioni organizzative e funzionali degli enti locali necessari», la loro istituzione rappresenta «una misura di razionalizzazione della rete delle autonomie comunali, per l'esercizio in comune di funzioni che malamente sarebbero gestite da enti troppo frammentati sul territorio montano».*

¹³ Cfr. T. F. GIUPPONI, *Le Comunità montane tra legislazione statale, legislazione regionale e autonomia locale: il regime delle incompatibilità*, nota a Corte cost. n. 456 del 2005, in *Le Regioni*, 2006; S. MANGIAMELI, *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montane*, nota a Corte cost. n. 244 del 2005, in *Giur. cost.*, 2005; G. U. RESCIGNO, *Sul fondamento (o sulla mancanza di fondamento) costituzionale delle Comunità montane*, nota a Corte cost. n. 244 del 2005, in *Giur. cost.*, 2005.

¹⁴ Cfr. all'influenza del principio di ragionevolezza e alla certezza delle fonti di finanziamento degli enti territoriali v. F. CALZAVARA, *Prime osservazioni sulla sentenza n. 326 del 2010: una sentenza quasi additiva? (ovvero “il legislatore non dimentichi ragionevolezza e proporzionalità”)*, in www.federalismi.it, n. 24/2010.

¹⁵ Sulla prevalenza ed espansività rinvenibile nella clausola del "coordinamento della finanza pubblica", L. GORI, *La «via» problematica del coordinamento della finanza pubblica per il riordino (e la soppressione?) delle comunità montane*, in *Riv. dir. agr.*, 2009; A. STERPA, *Il decreto-legge n. 138 del 2011: riuscirà la Costituzione a garantire l'autonomia di Regioni e Comuni?*, in www.federalismi.it, n. 16/2011.

¹⁶ Cfr. alle diverse esperienze regionali, R. FILIPPINI, A. MAGLIERI, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazio-*

cali (art. 4, co. 5, l. n. 131/2003).

Contestualmente il legislatore statale è intervenuto sui consorzi fra comuni.

Sempre nell'ottica del ridimensionamento e quindi del contenimento della spesa, il legislatore statale con il co. 186 dell'art. 2, l. 23.12.2009, n. 191 (l. finanziaria per il 2010), come modificata dal d.l. 25.1.2010, n. 2, ha previsto la soppressione dei consorzi di funzioni¹⁷ tra gli enti locali, ad eccezione dei ba-

ne di differenti modelli ordinamentali, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008.

¹⁷ Al fine di risolvere il problema che riguarda il confine, assai labile, fra la figura del consorzio di funzioni e quella del consorzio di servizi, v. C. conti, Lazio, 14.2.2011, n. 15, la quale afferma che *“Qualora l'attività dell'ente consortile si espliciti 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 legge. I destinatari di tale potere, orientato per legge alla cura degli interessi pubblici, si pongono in una posizione di mera soggezione, o al più, d'interesse legittimo. Qualora, invece, l'azione della pubblica amministrazione si traduca nella pura erogazione di un servizio alla collettività, in attuazione di precetti costituzionali afferenti a diritti soggettivi assoluti, quali il diritto alla salute o all'assistenza domiciliare per gli anziani o per i diversamente abili, si è al cospetto di un consorzio di servizi.”* [...] *“La natura consortile del servizio non muta se una frazione non preponderante dell'attività sia gestita secondo atti amministrativi funzionali alla resa del servizio, rientrando nella normale organizzazione di un consorzio di servizi la costituzione di un'unità organizzativa di tipo amministrativo con finalità servente l'ottimale resa del servizio pubblico medesimo.”*, il giudice contabile ha incluso a mero titolo esemplificativo, nei consorzi di funzione *“quelle forme organizzative che prevedono la gestione associata dei servizi anagrafici, dei sistemi informativi automatizzati, delle funzioni di polizia locale ed amministrativa, della riscossione di tributi e imposte locali.”* e nei consorzi di servizi *“gli organismi consortili che gestiscono i servizi pubblici locali a rilevanza economica, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e i servizi strumentali a più enti territoriali, quali ad esempio la raccolta dei rifiuti solidi urbani, il servizio idrico integrato (sul punto cfr. Corte Cost. sent. n.325 del 3 novembre 2010), il servizio di depurazione delle acque reflue, il servizio di trasporto, i servizi manutentivi di parchi e giardini o di immobili comunali.”*. In dottrina si v. M.S. GIANNINI, *Il Pubblico Potere*, Bologna, 1986; F. CATTANEO, voce *Servizio Pubblico*, Enc. Dir.; U. POTOTSCHING, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; F. MARUSI, voce *Servizio Pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*; MIELE, voce *Funzione Pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*

cini imbriferi montani (BIM) costituiti ai sensi dell'art. 1 della l. 27.12.1953, n. 959, a decorrere dal 2011, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti e prevedendo *“l'assunzione da parte dei comuni delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione dei comuni ai medesimi consorzi in tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto”*.

Ritornando al controllo di legittimità costituzionale, la Corte con la sentenza n. 326 del 17.11.2010 ha salvato anche la norma sulla soppressione dei consorzi di funzione, dichiarando l'inammissibilità della relativa questione di costituzionalità per sopravvenuto difetto di interesse all'impugnazione, in ragione dello *ius superveniens* dettato dal co. 28, art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122)¹⁸. Secondo la Corte, infatti, la sopravvenuta previsione dell'esercizio obbligatorio da parte dei comuni, in forma associata, di importanti funzioni privano di effettività e attualità la doglianza in questione.

La corte ha finito con l'attribuire al coordinamento della finanza pubblica lo statuto di vera e propria materia trasversale capace di esprimersi anche nelle materie appartenenti alla competenza esclusiva delle regioni, purché non si privino le stesse dei propri margini di autonomia nel disciplinare questa materia.

Come si evince dall'orientamento giurisprudenziale delineato, in definitiva, la competenza legislativa in tema di Unioni di comuni dovrebbe rimanere riservata alle regioni (art. 117, co. 4, cost.) e alle fonti locali (art. 4, co. 5, l. n. 131/2003), salva la potestà statale di intervenire a titolo di *“coordinamento della finanza pubblica”* con norme di principio e tali da non esaurire l'autonoma scelta regio-

¹⁸ Il co. 28, art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122), stabilisce che *«le funzioni fondamentali dei comuni, previste dall'art. 21, co. 3»*, della l. n. 42 del 2009, *«sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, esclusi le isole monocomune ed il comune di Campione d'Italia»*, l'articolo prosegue disponendo che *«tali funzioni sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni, appartenenti o già appartenuti a comunità montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e comunque inferiore a 3.000 abitanti»*.

nale (art. 117, co. 3, cost.). bisognerà aspettare la decisione del giudice costituzionale nel caso in cui giudichi sufficiente il ruolo assegnato al legislatore regionale dalla novella del 2012¹⁹.

Nell'ultimo biennio, l'azione statale di riordino dell'esercizio associato delle funzioni comunali, a causa della crisi economica inedita per dimensioni e per caratteri, si è sviluppata in modo più incisivo. La materia, infatti, a partire dal 2008, in brevissimo lasso di tempo, è stata oggetto di svariate riforme tutte tese al contenimento della spesa pubblica, rendendo obbligatorio l'esercizio associato delle funzioni amministrative dei comuni con popolazione compresa tra i 1001 ed i 5000 abitanti e dei comuni con popolazione sino a 1000 abitanti²⁰.

L'azione statale di riordino prende le mosse dal d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. con modif. in l. 30.7.2010, n. 122) in vista dell'approvazione legislativa della più dettagliata disciplina predisposta dalla *Carta delle autonomie locali*²¹. Secondo quanto previsto dal decreto, il riordino riguardava sia l'esercizio in forma associata delle funzioni fondamentali dei comuni con una popolazione fino a 5000 abitanti, così come definite in via provvisoria dalla legge delega sul federalismo fiscale e precisamente dall'art. 21, co. 3, l. 5.5.2009, n.

42²², che un ruolo delle regioni nell'individuare, previa concertazione dei comuni interessati e secondo criteri di economicità, efficienza e riduzione della spesa, la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata da parte dei comuni con dimensione territoriale inferiore a quella ottimale, delle funzioni fondamentali di cui sopra.

Lungo il percorso di definizione dei modi e dei tempi che il decreto affidava alle leggi regionali e ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e a fronte della crescente crisi economico-finanziaria, il Governo ha emanato ulteriori interventi di riorganizzazione degli enti locali, precisamente in un primo momento il d.l. 6.7.2011, n. 98 (conv. con modif. in l. 15.7.2011, n. 111) e subito dopo il d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. con mod. in l. 14.9.2011, n. 148). Questi interventi hanno soppresso il percorso appena iniziato con il decreto precedente (d.l. 31.5.2010, n. 78), ma sono stati subito affiancati da un'ulteriore manovra, necessaria per un ulteriore contenimento del *deficit* pubblico imposto dagli obblighi europei, che ha apportato modifiche sostanziali sia al d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. con modif. in l. 30.7.2010, n. 122) che al d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. con mod. in l. 14.9.2011, n. 148) e al d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (TUEL) tramite l'emanazione del d.l. 6.7.2012 n. 95 (conv. con modif. in l. 7.8.2012, n. 135).

La riforma del 2012 si può scomporre idealmente in tre macroaree: la prima parte si può identificare nel co. 1, che modifica l'art. 14, coo. 27 ss., del d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122), in tema di esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni fino a 5000 abitanti; la seconda parte nel co. 2 (nonché 5 e 6), che modifica l'art. 16, coo. 1-16, d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. in l. 14.9.2011, n. 148), in tema di unioni speciali fra i comuni fino a 1000 abitanti; infine la terza parte si può identificare nel co. 3, che modifica l'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ossia della norma base in tema di unioni fra

¹⁹ I primi ricorsi delle regioni contro l'art. 19 del d.l. sulla cd. *spending review* sono stati già presentati, si v. G.U. n. 47, il ricorso n. 145 del Lazio; nella G.U. n. 48, il ricorso n. 151 del Veneto e il n. 153 della Campania.

²⁰ Nel nostro paese i piccoli comuni, intendendo le realtà comunali in cui risiedono fino ad un massimo di 5.000 abitanti, sono 5.683e rappresentano il 70,2% delle realtà amministrative presenti nel nostro Paese (8.092), dati aggiornati al 1° gennaio 2011, v. sul punto *Atlante dei Piccoli Comuni 2012, Rapporto Fondazione ANCI*, www.anci.it.

²¹ XVI Legislatura, A.S. n. 2259, Disegno di legge presentato dal Ministro per la semplificazione normativa, attualmente all'esame della Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, *Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati*.

²² V. C. cost. 7.6.2012, n. 148, punto 8.1 considerazioni in diritto, che identifica il carattere provvisorio della norma.

comuni.

3. Il nuovo articolo 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122) riguardo le “funzioni fondamentali”.

Il co. 1 lett. a) dell’art.19, modificando l’art. 14, co. 27, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122)²³, fornisce un nuovo, definitivo e senza finalità specifiche, elenco di funzioni fondamentali²⁴ dei comuni che sostituisce l’elenco provvisorio contenuto nella legge sul federalismo fiscale (art. 21, co. 3, l. 5.5.2009, n. 42)²⁵. In particolare si tratta di 10 funzioni²⁶ che, come osservato dal servizio studi della Camera²⁷, con specifico riferimen-

²³ Il d.l. 31.5.2010, n. 78, aveva definito le funzioni fondamentali dei comuni ai fini dell’esercizio in forma obbligatoriamente associata mediante rinvio alla l. 5.5.2009, n. 42 sul federalismo fiscale.

²⁴ Occorre segnalare che l’individuazione delle “funzioni fondamentali” dei comuni tramite decreto legge sia un’individuazione compiuta al di fuori di un procedimento connotato dall’adeguata partecipazione dei soggetti destinatari, contrariamente a quanto previsto dalla legge delega n. 131 del 2003 e, per molti aspetti, anche delle forze parlamentari, quando l’approvazione viene segnata dalla questione di fiducia, in una logica “emergenziale”.

²⁵ V. C. cost. 7.6.2012, n. 148, punto 8.1 considerazioni in diritto, che identifica il carattere provvisorio della norma.

²⁶ Le funzioni fondamentali sono previste dal co. 1 lett. a) dell’art.19, d.l. 6.7.2012 n. 95 (conv. con modif. in l. 7.8.2012, n. 135), e precisamente: a) organizzazione generale dell’amministrazione, gestione finanziaria, contabile e di controllo; b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale; c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente; d) la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale; e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi; f) organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e riscossione dei relativi tributi; g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall’art. 118, co. 4 della cost.; h) edilizia scolastica, per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici; i) polizia municipale e polizia amministrativa locale; l) tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e compiti in materia di servizi anagrafici.

²⁷ Servizio Studi - Dipartimento istituzioni, note per la I Commissione affari costituzionali, n. 425, 1.8.2012,

to all’individuazione di funzioni fondamentali dei comuni, l’art. 19 non reca alcuna disposizione di coordinamento né rispetto alle disposizioni contenute nel d.lgs. 18.8.2000, n. 267, né rispetto all’individuazione transitoria di funzioni fondamentali effettuata dall’art. 21, l. 5.5.2009, n. 42. Poiché l’art. 3 del d.lgs. 216/2010, nell’ambito della disciplina delegata in esso contenuta per la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di comuni, Città metropolitane e Province, ha previsto che a quell’individuazione transitoria, come stabilita dal già richiamato art. 21, l. 5.5.2009, n. 42, si dovesse far riferimento “fino alla data di entrata in vigore della legge statale di individuazione delle funzioni fondamentali di comuni, Città metropolitane e Province”, deve ritenersi quindi che l’individuazione transitoria sia superata da quella effettuata dall’articolo 19, sulla quale occorre adesso far riferimento per la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard dei comuni, per cui si può affermare che le funzioni fondamentali dei comuni, oggi siano quelle elencate nel co. 1, come sopra riportate.

Rispetto all’elenco contenuto nella legge delega sul c.d. federalismo fiscale, le “funzioni fondamentali”²⁸ vengono frammentate,

<http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/COST425.htm>.

²⁸ Riguardo le problematiche di costituzionalità sollevate dalla dottrina in merito all’individuazione delle “funzioni fondamentali” dei comuni da parte del legislatore statale, si v. V. CERULLI IRELLI-C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in www.astrid-online.it, 2004, p. 45 ss., che affermano: “Sul punto occorre tuttavia chiarire che un conto è stabilire che una funzione è fondamentale e che deve essere attribuita a un determinato livello di governo territoriale (es. il comune), compito questo rimesso alla legislazione statale; altro conto è poi la disciplina sostantiva dell’attività, che ben può essere dettata dalla legge regionale, ove ne abbia competenza.”, gli autori continuano affermando che “La nozione di funzioni fondamentali, invece, ai sensi di questa norma, viene ad incidere sull’assetto delle fonti in materia di amministrazione locale. E svolge un ruolo di tutela dell’autonomia locale rispetto alla normazione regionale che incontra nella detta nozione un limite invalicabile, ma anche di garanzia nei confronti delle collettività locali, dovendosi ritenere che le funzioni fondamentali siano ad esercizio necessario.”; se ci si pone su questa prospettiva, la disposizione dell’art. 14, co. 27 della l. n. 122/2010 e s.m.i. può apparire costituzio-

umentate, passando da sei a dieci, ed individuate sulla base di competenze e di attività che costituiscono aspetti di funzioni più generali. La comunità scientifica ha sollevato numerosi interrogativi senza però raggiungere delle risposte univoche, in particolare, gli studiosi si sono chiesti cosa siano queste funzioni fondamentali, se siano attinenti all'esistenza e all'organizzazione degli enti o riguardino l'aspetto gestionale dei vari interessi curati dagli stessi riguardo la propria comunità di riferimento²⁹, come si distinguano dalle funzioni "proprie" richiamate dagli artt. 114 e 118, quali incidenza abbia il principio di differenziazione in ragione delle caratteristiche dimensionali e demografiche e con quale livello di dettaglio possano rientrare nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a norma del co. 2, lett. p), art. 117 della cost..

Il giudice delle leggi non ha ancora indicato la strada da seguire per definire questi interrogativi, anzi, affrontando questioni relative il servizio idrico integrato, ha prima abbracciato una ampia e trasversale nozione delle stesse, escludendo solo i profili che riguardano le modalità di affidamento della gestione (per ovvie ragioni)³⁰; successivamente ha sostenuto il contrario, cioè che il servizio idrico integrato non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale³¹.

nalmente compatibile con il riparto di competenze delineato dall'art. 117 cost..

²⁹ A proposito delle funzioni fondamentali, si veda C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma*, Torino, Giappichelli, 2011.

³⁰ Si v. C. cost. 20.11.2009, n. 307, considerato in diritto, punto 5.2: "le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117."

³¹ Si v. C. cost. 17.11.2010, n. 325, considerato in diritto, punto 6.2, dove si cita proprio come precedente la sent. 307 di cui sopra: "In secondo luogo, va osservato che le ricorrenti prospettano la censura muovendo dal dichiarato presupposto che il servizio idrico costituisca una delle funzioni fondamentali dell'ente pubblico ed assumono che tali funzioni siano specificamente tutelate dalla Carta. Tuttavia, proprio tale presupposto è privo di fondamento, perché, come questa Corte ha più

Da quanto appena evidenziato si evince che le perplessità ed i punti non ancora chiari sono tanti, considerando che questi fanno parte di un sistema che racchiude altri punti nevralgici quali la natura giuridica delle unioni e l'espansione delle garanzie costituzionali di autonomia riservate ai singoli comuni dalla Costituzione e, dando per assodato l'esistenza, le dimensioni ed i principi e i criteri per l'identificazione del nucleo indefettibile delle funzioni appartenenti ai comuni³².

Sarebbe stato meglio che il legislatore le avesse individuate, come è stato rilevato in dottrina, indicando la finalità, lo scopo di interesse pubblico da raggiungere e quali siano le attività necessarie a tal fine³³.

Secondo quanto previsto dal co. 29 dell'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. con modif. in l. 30.7.2010, n. 122), i comuni non possono svolgere singolarmente le funzioni fondamentali svolte in forma associata e la medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa. La *ratio* della norma, essendo quella di evitare duplicazioni nell'esercizio delle "funzioni fondamentali" e dei servizi connessi, tanto da parte dei singoli comuni quanto da parte delle forme associative cui aderiscono gli stessi, resta perfettamente in linea con la *ratio* dell'intera azione statale di riordino dell'esercizio associato delle funzioni comunali tesa al contenimento della spesa pubblica.

Tutto ciò, comunque, non vieta la possibilità di poter "frazionare" l'esercizio associato delle funzioni fondamentali, potendo esercitare alcune funzioni tramite l'Unione ed altre tramite la convenzione, ma non tramite una duplicazione di Unioni, in quanto la norma va coordinata con la disciplina dettata dall'art.

volte affermato, detto servizio non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004)."

³² Per i profili costituzionali, si v. M. MASSA, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi dei piccoli comuni. Profili costituzionali*, in Forum di quaderni costituzionali, 2012, p. 26; per il concetto di "funzioni proprie" degli enti locali, C. NAPOLI, *cit.*, p. 174 ss.

³³ Cfr. F. MERLONI, *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2010.

32 T.U.E.L., come modificato, la quale prevede la sola possibilità per ogni comune a far parte di una sola Unione.

Il co. 1 lett. b) dell'art. 19, che sostituisce il co. 28 del d.l. 31.5.2010, n. 78 come convertito, prevede che tutti i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane, esercitino obbligatoriamente in forma associata, mediante unioni di comuni (come disciplinate dall'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267) o convenzione (come disciplinate dall'art. 30 d.lgs. 18.8.2000, n. 267), la quasi totalità delle funzioni fondamentali³⁴. Da tale previsione la norma esclude i comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o più isole ed il comune di Campione d'Italia.

La riforma mira a raccordare la disciplina di tale obbligo con la nuova definizione delle funzioni fondamentali e con le innovazioni in tema di unioni e convenzioni.

Sono esclusi da tale obbligo i servizi anagrafici, elettorali e statistici; ma sono comprese le funzioni il cui esercizio comporta l'uso di tecnologie di informazione e comunicazione (la realizzazione e la gestione di infrastrutture tecnologiche, rete dati, fonia, apparati, di banche dati, di applicativi software, l'approvvigionamento di licenze per il software, la formazione informatica e la consulenza nel settore dell'informatica).

A tale ultimo proposito, l'art. 19, co. 7, del d.l. 6.7.2012 n. 95 abroga le disposizioni speciali dettate dall'art. 15, co. 3 *bis* e ss., del codice dell'amministrazione digitale. Dunque, anche la cooperazione tra comuni nel settore ICT (Information & Communication Technologies), se riguarda funzioni fondamentali, deve conformarsi all'art. 14 del d.l. n. 78 del 2010.

Il co. 1 lett. e) dell'art. 19 che ha sostituito il co. 31 *ter* e *quater* dell'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 modifica sensibilmente la

³⁴ Nulla vieta, naturalmente, né che i comuni medesimi optino per l'esercizio congiunto anche di funzioni ulteriori rispetto a quelle fondamentali, nonché di servizi, né che alle forme associative predisposte dagli stessi possano aderire comuni di consistenza demografica maggiore, liberi di determinare quali funzioni conferire.

tempistica prevista precedentemente³⁵, infatti, la norma stabilisce che tre delle funzioni fondamentali elencate dovranno essere esercitate in forma associata entro il 1.1.2013, le restanti funzioni invece entro il 1.1.2014.

L'art. 31 *quater*, invece, stabilisce che qualora i comuni interessati facciano decorrere inutilmente sia i termini di cui sopra che il termine perentorio successivamente assegnato dal Prefetto, si attiverà il potere sostitutivo del Governo come previsto dall'art. 8, l. 5.6.2003, n. 131.

Secondo quanto previsto dal co. 29 dell'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. con modif. in l. 30.7.2010, n. 122), i comuni non possono svolgere singolarmente le funzioni fondamentali svolte in forma associata e la medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa. La *ratio* della norma, essendo quella di evitare duplicazioni nell'esercizio delle "funzioni fondamentali" e dei servizi connessi, tanto da parte dei singoli comuni quanto da parte delle forme associative cui aderiscono gli stessi, resta perfettamente in linea con la *ratio* dell'intera azione statale di riordino dell'esercizio associato delle funzioni comunali tesa al contenimento della spesa pubblica. Tutto ciò, comunque, non vieta la possibilità di poter "frazionare" l'esercizio associato delle funzioni fondamentali, potendo esercitare alcune funzioni tramite l'Unione ed altre tramite la convenzione, ma non tramite una duplicazione di Unioni, in quanto la norma va coordinata con la disciplina dettata dall'art. 32 TUEL, come modificato, la quale prevede la sola possibilità per ogni comune a far parte di una sola Unione.

4. L'esercizio associato delle "funzioni fondamentali" nei comuni con popolazione compresa tra 1.001 e 5.000 abitanti. Le Unioni e le Convenzioni.

I comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, al fine di assolvere all'obbligo di provvedere all'esercizio in forma obbligatoriamente associata delle "funzioni fundamenta-

³⁵ Il crono programma precedente prevedeva che si dovesse dar vita alle gestioni associate entro il 30.9.2012 con riguardo ad almeno due delle funzioni fondamentali ed entro il 30.9.2013 con riguardo alle restanti funzioni fondamentali.

li”, possono, dunque, o dare vita ad un’unione di comuni c.d. ordinaria ex art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, qualificabile come ente locale di governo, distinto e separato rispetto ai comuni che concorrono alla sua formazione, “con propria capacità di indirizzo politico locale”, ovvero avvalersi dello strumento, ben più flessibile, della convenzione, regolata dall’art. 30 d.lgs. cit., in quanto compatibile.

In altre parole, l’unione è una struttura rappresentativa stabile che si identifica in un nuovo ente locale di secondo grado dotato di organi propri, di potestà statutaria e regolamentare, i cui consiglieri sono eletti dai rispettivi consigli comunali. Gli organi dell’unione sono, infatti, chiamati ad esercitare in forma obbligatoriamente associata le “funzioni fondamentali” non solo attraverso funzioni di amministrazione c.d. attiva ma anche attraverso funzioni di governo e di indirizzo più propriamente politico. Contemporaneamente, il conferimento obbligatorio delle “funzioni fondamentali” determinando un mutamento del ruolo dei comuni che vi aderiscono, che si configura nella funzione di controllo e di indirizzo nei confronti degli organi dell’unione, dovrà essere supportato da una espansione delle garanzie costituzionali di autonomia riservate ai singoli comuni, alle Unioni, onde evitare l’incompatibilità di questo modello di associazionismo obbligatorio locale.

La convenzione è un accordo fra più comuni finalizzato al raggiungimento di un determinato scopo senza l’istituzione di un nuovo soggetto. Il rinvio della novella all’art. 30 TUEL consente di considerare, come ha già evidenziato parte della dottrina³⁶, le convenzioni come una *species* della categoria degli “accordi amministrativi”, come disciplinati dalla l. 7.8.1990, n. 241 e dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

³⁶ Cfr. A. TRAVI, *Le forme associative tra gli enti locali verso i modelli di diritto comune*, in *Le Regioni* 1991; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Commento all’art. 30*, in R. CAVALLI-PERIN-A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali (d.lgs. 18.8.2000, n. 267)*, Cedam, Padova.

Benché l’istituto della Convenzione sia caratterizzato da un’elevata adattabilità e flessibilità, il legislatore lo ha subordinato al “conseguimento di significativi livelli di efficacia e di efficienza nella gestione”, da individuarsi secondo modalità stabilite con successivo decreto del Ministero dell’Interno sentita la conferenza Stato-città e autonomie locali³⁷. La novella del 2012 stabilisce che le convenzioni abbiano una durata almeno triennale e che il loro successivo utilizzo sia subordinato al controllo di efficacia e di efficienza di cui sopra. Questa disposizione qualora dovesse indicare misure dettagliate tali da non poter essere considerate come principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, creerebbe perplessità sul piano costituzionale, come già evidenziato dalla Corte costituzionale riguardo la disciplina delle Comunità Montane, in particolar modo nella sentenza 17.11.2010, n. 326.

La convenzione, seppur subordinata al controllo di efficacia e di efficienza, può essere impiegata in modo ampio e flessibile, tanto da poter essere utilizzata come uno strumento di potenziamento delle Unioni, con la conseguenza di un migliore utilizzo delle economie di scala dato dall’ampliamento dell’ambito territoriale nell’esercizio associato di alcune “funzioni fondamentali”.

La gestione operativa delle specifiche attività convenzionate può avvenire tramite la delega di funzioni in favore di uno dei partecipanti alla convenzione o attraverso la costituzione di uffici comuni che operano tramite personale distaccato dai vari enti partecipanti. La costituzione di uffici comuni implica la preventiva definizione in convenzione del modello organizzativo, dei criteri che i comuni partecipanti vogliono adottare per il personale da impiegare e delle risorse finanziarie da destinare, ma implica problemi riguardo l’imputazione giuridica degli atti adottati dallo stesso³⁸. La normativa lascia liberi di pre-

³⁷ Art. 14, co. 31bis l. n. 122/2010 e s.m.i..

³⁸ Per un approfondimento si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Le forme di cooperazione tra enti locali*, in L. DEL FEDERICO-L. ROBOTTI (a cura di), *Le associazioni tra Comuni. Forme organizzative, finanziamento e regime tributario*, Franco Angeli, Milano, 2008.

vedere, riguardo al personale, sia la condivisione di personale, spazi lavorativi e strumenti, con la costituzione di un ufficio unico, sia che il personale rimanga ad operare presso i rispettivi comuni di appartenenza. La delega di funzioni non richiede necessariamente la costituzione di nuovi uffici e risolve a monte il problema dell'imputazione giuridica degli atti adottati nell'esercizio delle funzioni delegate.

L'ufficio comune sarebbe un "ufficio organo" che ha il compito di coordinare l'esercizio delle "funzioni fondamentali" oggetto della convenzione fra comuni, senza determinare uno spostamento delle competenze originarie che restano in capo ai comuni che hanno aderito alla convenzione.

Attenzione a questo aspetto della delega e dell'imputazione degli effetti giuridici

L'art. 30 T.U.E.L., pur lasciando ampio spazio nella definizione dei contenuti, stabilisce che la convenzione deve avere un contenuto minimo obbligatorio che consenta di identificare i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie.

Bisogna infine riflettere circa la possibilità dei comuni di poter provvedere alla gestione dei servizi pubblici locali attraverso la convenzione, come si potrebbe evincere erroneamente dalla lettura della novella, che alla lett. b) indica come "funzione fondamentale" l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale, e alla lett. f) l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani. Occorre ricordare che le modalità di gestione dei servizi pubblici locali sono tipiche e che conseguentemente ogni modalità di gestione richiede determinati requisiti e condizioni per essere attuata. Queste condizioni nel caso del modello dell'*in house providing* sono state enucleate dalla Corte di Giustizia CE in una nota sentenza (cfr. C. Giust. CE sentenza 18.11.1999, causa C- 107/98, Teckal)³⁹ e,

³⁹ In particolare, la giurisprudenza comunitaria ha individuato due condizioni: a) che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) che l'affidatario del servizio svolga la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla.

successivamente, tradotte dal legislatore nazionale nell'art. 113, co. 4, lett. c) del d.lgs. 18.8.2000 n.267. Si deve pertanto ritenere che l'art. 30 del T.U.E.L. (il quale stabilisce che "al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare fra loro apposite convenzioni") non possa giustificare affidamenti diretti in favore di società controllate da enti diversi da quello affidante, almeno fino a quando non vengano approntati gli strumenti giuridici che consentano a quest'ultimo di esercitare il "controllo analogo" sulla società affidataria⁴⁰.

5. Unioni speciali fra comuni fino a 1.000 abitanti.

La novella, ai coo. 2, 5 e 6 dell'art. 19 del d.l. 6.7.2012 n. 95, modifica l'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138⁴¹, disciplinando le unioni dei c.d. piccolissimi comuni, con una popolazione fino a 1.000 abitanti.

La principale novità è rappresentata dal fatto che, per i comuni con una popolazione fino a 1.000 abitanti, viene delineato un nuovo percorso per la gestione associata delle funzioni, infatti gli stessi adesso "possono", nel pieno rispetto della propria autonomia, e non più "devono" come stabilito prima, gestire le proprie funzioni mediante le unioni speciali, regolamentate dall'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138 come convertito e modificato, in alternativa a quanto previsto dall'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 come convertito e modificato⁴².

⁴⁰ V. in tal senso TAR Lombardia, MI, III, 11.4.2011, n. 954.

⁴¹ V. per un primo commento all'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138, come convertito e modificato, C. D'ANDREA, *I Comuni polvere: tra dissoluzione pilotata e salvataggio delle funzioni. Alcune note a commento dell'art. 16 della "Manovra bis"*, in www.federalismi.it.

⁴² Diverse regioni hanno impugnato l'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14.9.2011, n. 148, riferendosi soprattutto all'obbligo, dettato dalla norma, per i piccolissimi comuni, di effettuare le c.d. unioni speciali. La C. cost. con ordinanza n. 227 depositata in data 11/10/2012, "avuto riguardo alle notevoli modifiche normative introdotte e alla circostanza che le questioni non sono state ancora decise, ha rimesso sul ruolo i giudizi di legittimità costituzionale sollevati dalle regioni ricorrenti "allo scopo di consentire ai difensori di dedurre in ordine alle modi-

In definitiva, i comuni fino a 1000 abitanti possono decidere, nell'ambito della propria autonomia, se gestire in maniera associata le sole funzioni fondamentali, di cui al rinnovato art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 come modificato, attraverso le convenzioni o l'unione, oppure tutte le funzioni ed i servizi tramite l'unione speciale, in deroga all'art. 32, coo. 3 e 6, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, *ex art.* 16, coo. 2 e ss, d.l. 13.8.2011, n. 138 come convertito e da ultimo modificato, con la sola esclusione delle attribuzioni che il T.U.E.L. assegna al Sindaco quale ufficiale del Governo ai sensi dell'art. 54 T.U.E.L.⁴³.

Ai comuni che eserciteranno in forma associata tutte le funzioni e i servizi pubblici tramite le unioni speciali, in deroga a quanto previsto dai coo. 3 e 6, art. 32, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, si applicherà la disciplina prevista dalla novella, che prevede che: all'unione siano affidate anche delle competenze in materia di programmazione economico-finanziaria e di gestione contabile nonché della potestà impositiva sui tributi locali; la popolazione residente dell'unione, calcolata ai sensi dell'art. 156, co. 2, d. lgs. 18.8.2000, n. 267, deve essere di norma superiore ai 5.000 abitanti o ai 3.000 se i comuni appartengono o sono appartenuti a comunità montane; i comuni, con deliberazione dei rispettivi consigli comunali, dovranno avanzare alla regione una proposta di aggregazione per l'istituzione della rispettiva unione nel termine perentorio di 6 mesi dalla data di entrata in vigore del d.l. 6.7.2012 n. 95; nel termine perentorio del 31 dicembre 2013 la regione provvederà a sancire l'istituzione delle unioni nel territorio anche in caso di mancata proposta, potendo anche variare la soglia demografica delle unioni speciali, portandola anche al di sotto di quella prevista dall'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138, come modificato dal d.l. 6.7.2012 n. 95, di cui sopra; gli organi dell'unione sono il consiglio, il presidente e la giunta; il consiglio è composto da tutti i sindaci dell'unione e in prima applicazione da

due consiglieri comunali per ciascuno di essi. I consiglieri sono eletti fra i membri dei rispettivi consigli comunali, entro 20 gg dalla data di istituzione dell'unione ed assicurando che uno dei due appartenga all'opposizione. Al consiglio spettano le competenze attribuite dal d.lgs. 18.8.2000, n. 267; entro 30 giorni dalla data di istituzione dell'unione il consiglio è convocato di diritto ed elegge il presidente dell'unione tra i sindaci dei comuni associati; fino a questa data le funzioni di competenza dell'unione vengono esercitate dal sindaco del comune membro avente maggior numero di abitanti; al presidente, che dura in carica due anni e mezzo ed è rinnovabile, spettano le competenze attribuite al sindaco dall'art. 50, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ferme restando in capo ai sindaci di ciascuno dei comuni che sono membri dell'unione le attribuzioni di cui all'art. 54 del medesimo testo unico, e successive modificazioni; la giunta, a cui spettano le competenze previste nel d.lgs. 18.8.2000, n. 267, è composta dal presidente e dagli assessori nominati dal presidente tra i sindaci che compongono il consiglio, in numero non superiore a quello previsto per i comuni aventi corrispondente popolazione⁴⁴; entro 20 giorni dall'istituzione dell'unione il consiglio adotta lo statuto dell'unione, che individua le modalità di funzionamento dei propri organi e ne disciplina i rapporti; i comuni possono esercitare le funzioni anche mediante una o più convenzioni ai sensi dell'art. 30, d.lgs. 18.8.2000, n. 267 di durata almeno triennale, fermo restando la necessità di provare alla scadenza del termine per la gestione associata delle funzioni il raggiungimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza; dal giorno della proclamazione degli eletti le giunte dei comuni che ne fanno parte decadono di diritto; con riferimento al patto di stabilità è confermato che i comuni che operano per l'unione *ex art.* 16, d.l. 13.8.2011, n. 138 saranno assoggettati al pat-

fiche stesse e all'incidenza che esse possono avere sulle questioni oggetto delle impugnazioni proposte con i ricorsi medesimi".

⁴³ V. art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. in l. 14.9.2011, n. 148).

⁴⁴ La giunta "*decade contestualmente alla cessazione del rispettivo presidente*", specifica, nel proprio inciso conclusivo, l'art. 16, co. 9, d.l. 13.8. 2011, n. 138, conv. in l. 14.9.2011, n. 148, come sostituito dall'art. 19, co. 2, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135.

to di stabilità a decorrere dal 2014; all'unione di comuni c.d. speciale sono trasferite tutte le risorse umane e strumentali relative alle funzioni ed ai servizi alla stessa affidati, nonché i relativi rapporti finanziari risultanti dal bilancio.

Le modifiche apportate dalla l. 7.8.2012, n. 135, pur presentando notevoli deroghe rispetto al T.U.E.L., appare compatibile con il dettato costituzionale. La disciplina di riforma, infatti, è più rispettosa del riparto costituzionale dettato dall'art. 117, tanto che le regioni hanno il potere non solo di individuare "limiti demografici diversi" delle unioni speciali rispetto ai limiti stabiliti dalla novella, ma anche di provvedere all'istituzione "*di tutte le unioni speciali*" e di individuare, come si vedrà, la "*dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento in forma obbligatoriamente associata delle funzioni fondamentali*" da parte dei comuni, entro cui dovranno essere raccodate anche le unioni speciali.

Diversi elementi indicano che i comuni con popolazione inferiore a 1.000 abitanti ricorreranno in via principale alle unioni *ex art.* 14, d.l. 31.5.2010, n. 78, come convertito e modificato, e solo in via residuale alle c.d. unioni speciali. Il motivo di questa considerazione è principalmente il fatto che i comuni che vogliano aderire ad unioni più ampie, magari associandosi a comuni con popolazione superiore ai 1.000 o ai 5.000 abitanti, dovranno ricorrere alle unioni *ex art.* 14, d.l. 31.5.2010, n. 78, come convertito e modificato, essendo venuta meno la previsione che consentiva ai comuni con popolazione superiore ai 1.000 abitanti di poter aderire alle unioni speciali⁴⁵.

D'altra parte, l'unione *ex art.* 14, d.l. 31.5.2010, n. 78, come convertito e modificato, consentendo anche ai comuni più piccoli di mantenere i propri organi di governo e le proprie strutture sul territorio, ha il vantaggio

di essere meno invasiva, ma non solo, presenta maggiori garanzie per i comuni che intendono aderirvi se si considera che l'istituzione dell'unione speciale è rimessa alla discrezionalità del legislatore regionale, il quale, come già anticipato, potrebbe anche provvedere autonomamente non accogliendo le proposte di aggregazione avanzate dai piccoli comuni.

Per concludere non bisogna trascurare che i piccolissimi comuni potrebbero optare per la fusione, visto l'art. 20, d.l. 6.7.2012 n. 95 (conv. con modif. in l. 7.8.2012, n. 135), con il quale il legislatore ha previsto diversi contributi in caso di fusione.

6. Le modifiche che hanno interessato l'art. 32 T.U.E.L..

Il co. 3 dell'art. 19 del d.l. 6.7.2012 n. 95 (conv. con modif. in l. 7.8.2012, n. 135) ha modificato l'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (T.U.E.L.), ossia la norma base in tema di unioni fra comuni.

Tra le principali modifiche è previsto che:

l'unione di comuni costituita in prevalenza da comuni montani, è detta unione di comuni montani e può esercitare anche le specifiche competenze di tutela e di promozione della montagna attribuite in attuazione dell'art. 44, co. 2, cost. e delle leggi in favore dei territori montani; ogni comune può partecipare ad una sola unione; è previsto che le unioni di comuni possano stipulare apposite convenzioni tra loro o con singoli comuni; sono individuati nel dettaglio gli organi dell'unione e le modalità della loro costituzione. Il presidente deve essere scelto tra i sindaci dei comuni associati, la giunta deve essere costituita tra i componenti dell'esecutivo dei comuni associati, il consiglio comunale deve essere composto da un numero di consiglieri, eletti dai singoli consigli dei comuni associati tra i propri componenti, non superiore a quello previsto per i comuni con popolazione pari a quella complessiva dell'ente, garantendo la rappresentanza delle minoranze e assicurando, dove possibile, la rappresentanza di ogni comune; come nel previgente art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267 è confermata l'opzione per un ente di secondo grado; lo statuto individua le funzioni svolte dall'unione e le corrispondenti risorse e non più la disciplina degli organi

⁴⁵ Il co. 4, art. 19, d.l. 6.7.2012, n. 95 come convertito stabilisce che i comuni fino a 5.000 abitanti che siano già parte di un'unione devono optare, «*ove ne ricorrano i presupposti*», per la disciplina di cui all'art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78, o per l'unione speciale di cui all'art. 16 del d.l. 13.8.2011, n. 138.

dell'unione; l'unione continua ad avere autonomia statutaria e regolamentare e le si applicano, «*in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei comuni, con particolare riguardo allo status degli amministratori, all'ordinamento finanziario e contabile, al personale e all'organizzazione*»; all'unione sono conferite dai comuni le risorse umane e strumentali necessarie all'esercizio delle funzioni ad essa attribuite. Sono introdotti nuovi vincoli in materia di spesa di personale: infatti, pur con i vincoli previsti dalla normativa vigente, la spesa sostenuta per il personale dell'unione non può comportare, in sede di prima applicazione, il superamento della somma delle spese di personale sostenute precedentemente dai singoli comuni partecipanti; inoltre, si dispone che, attraverso specifiche misure di razionalizzazione organizzativa e una rigorosa programmazione dei fabbisogni, debbano essere assicurati progressivi risparmi di spesa in materia di personale; è confermato che all'unione competano gli introiti derivanti da tasse, tariffe e dai contributi sui servizi ad essa affidati; i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti che facciano già parte di un'unione possono optare, qualora ricorrano i presupposti, per la disciplina prevista dall'art. 14, d.l. 31.5.2010 o per quella di cui all'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138.

Per concludere, occorre sottolineare che potrebbero sorgere problemi sulla compatibilità di alcune norme con i vigenti limiti di potestà legislativa statale in tema di forme associative, come affermato dalla Corte Costituzionale⁴⁶ riguardo le comunità montane.

7. Il ruolo del legislatore regionale.

Come in parte già accennato, la novella del 2012 muta il ruolo del legislatore regionale. Da un lato, questo ruolo viene ridotto, infatti non sembrerebbe che al legislatore regionale si sia voluta consentire l'elaborazione di mo-

duli cooperativi originali, aggiuntivi o alternativi rispetto a quelli contemplati nel d.l. n. 95, infatti, si dispone che le regioni, nel determinare gli ambiti geografici della cooperazione, contemplino lo svolgimento di quest'ultima esclusivamente «*secondo le forme associative previste dal co. 28*» dell'art. 14 come novellato - appunto, unione e convenzione. Tale limitazione segna un dato di discontinuità rispetto alla carta delle autonomie, secondo cui alle regioni sembrava restare qualche margine per la costruzione di istituti di cooperazione alternativi. La novella, contemporaneamente, assegna al legislatore regionale un ruolo determinante, infatti la regione ha il compito di individuare, nelle materie di cui all'articolo 117, co. 3 e 4 cost., previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali (CAL), la «*dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento in forma obbligatoriamente associata delle funzioni fondamentali*» da parte dei comuni, secondo i principi di economicità, di efficienza e di riduzione delle spese.

Come si evince dalla norma, il legislatore regionale deve effettuare una scelta non solo ottimale ma anche «*omogenea per area geografica*», cioè una scelta che valorizzi la «*differenziazione*»⁴⁷ degli «*ambiti territoriali ottimali*» in funzione delle caratteristiche geografiche dei luoghi piuttosto che l'uniformità che si ricaverebbe dall'utilizzo di un mero rapporto fra estensione territoriale e numero di abitanti.

In conclusione, l'esito del processo di riforma avviato, per ciò che riguarda l'aspetto della riorganizzazione strutturale e funzionale

⁴⁶ Vedi C. cost., 27.7.2009, n. 237 e 21.3.2011, n. 91. La Corte ha affermato che la garanzia della presenza delle minoranze negli organi consiliari delle comunità, come stabilito dal novellato co. 3, art. 32 del tuel, non rientra fra i poteri legislativi dello Stato, in quanto questo ambito attiene all'ordinamento degli organismi associativi, materia che rientra nella competenza residuale delle regioni e non nella materia del coordinamento della finanza pubblica.

⁴⁷ Si v. P. G. RINALDI, L'esercizio obbligatorio in forma associata delle funzioni e dei servizi dei piccoli comuni dopo la *spending review*, in www.giustamm.it, p. 29 ss., che segnala l'esperienza della regione Toscana, L.R. Toscana, 27.12.2011, n. 68: «*sono da segnalare ed incentivare esperienze come quelle avviate dalla regione Toscana, la quale ha proceduto all'individuazione di ambiti territoriali ottimali di diversa "capienza" sulla base delle caratteristiche geografiche proprie degli stessi, costruendo gli ambiti sulla base di parametri elastici e "cedevoli" si da favorire processi di "unità di amministrazione" attraverso la costituzione di unioni o la stipula di convenzioni estese anche ai Comuni non obbligati (alla disciplina del d.l. n. 78/2010).*».

dei comuni al fine di dare un servizio migliore ai cittadini che sfrutti le economie di scala, dipenderà da come le regioni si regoleranno riguardo gli incentivi finanziari da predisporre quanto meno nella fase di avvio e di costituzione delle unioni, visto che da parte dello Stato, questa riorganizzazione ha l'esclusiva finalità di contenimento della spesa pubblica allo scopo di sgravare il Paese dal peso del deficit di bilancio e del debito pubblico accumulatosi negli anni passati.

8. Conclusioni.

Per concludere occorre segnalare che recentemente sono stati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale i primi ricorsi da parte di alcune regioni contro il d.l. sulla c.d. *spending review*, di cui si segnalano solamente le censure riguardanti l'art. 19, cioè l'esercizio associato delle funzioni da parte dei piccoli comuni.

Come già anticipato, con i ricorsi in questione vengono toccati tutti i punti controversi messi in evidenza ed in particolare: il mantenimento alle regioni delle sole competenze di programmazione e coordinamento nelle materie di cui all'art. 117, coo. terzo e quarto, della Costituzione, come previsto dall'art. 14, co. 27, d.l. n. 78 del 2010, come novellato, in quanto impedirebbe alle regioni di allocare le funzioni a livelli superiori a quello comunale, eventualmente anche avocandole a se stessa; l'interpretazione estensiva della nozione di "funzioni fondamentali" e conseguentemente di ciò che ne deriva, che rischia di accentrare la disciplina di gran parte delle funzioni pubbliche nelle mani dello Stato⁴⁸; la questione della competenza residuale delle regioni riguardante la legislazione sugli organismi associativi e la conseguente giurisprudenza costituzionale che considera gli organismi associativi come "altri" enti diversi da quelli costituzionalmente necessari, a cui si applicherebbe l'art. 117, co. 2, lett. p), e limitatamente peraltro a forma di governo, legislazione elettorale e funzioni fondamentali degli enti anzidetti; per ultimo il contestato rapporto tra il

⁴⁸ La regione Campania, infatti, sostiene che la competenza della disciplina delle funzioni amministrative sussista ogni qualvolta le funzioni stesse interessino ambiti materiali di diretta pertinenza regionale (esclusiva o concorrente).

riordino dell'associazionismo locale e il coordinamento della finanza pubblica⁴⁹, tuttavia, secondo la regione Veneto, la disciplina statale di principio per il coordinamento finanziario è compatibile con l'autonomia regionale e locale "solo allorquando stabilisca tassativamente ed esclusivamente un limite complessivo di intervento - avente a oggetto o l'entità del disavanzo di parte corrente o i fattori di crescita della spesa corrente - lasciando agli enti stessi piena autonomia e libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti ed obiettivi di spesa"⁵⁰, cioè la norma non dovrebbe contenere in modo esaustivo gli strumenti e i modi per il conseguimento degli obiettivi fissati. Come già segnalato, la disciplina in esame contiene un riordino delle forme associative locali genericamente orientato a scopi di efficienza e non la riduzione della spesa amministrativa locale in una misura determinata. Si veda a tal proposito la relazione tecnica che non quantifica i risparmi che ne dovrebbero derivare dall'applicazione dell'art. 19, anzi afferma che "i risparmi derivanti dalla costituzione delle unioni in parte potrebbero essere compensati dai possibili oneri derivanti dalla costituzione delle unioni, dotate di propri organi e deputate ad esercitare le funzioni fondamentali dei comuni aggregati", nota di lettura A.S. 3396, "Conversione in legge del d.l. 6.7.2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini", <http://www.parlamento.it/application/xmane/projects/senato/attachments/dossier/fileinternets/000/006/315/NL135.pdf>, p. 196.

La Corte dovrà ora valutare se le generiche finalità di razionalizzazione bastino a ritenere la norma idonea al complessivo contenimento della spesa amministrativa locale, e se siano abbastanza ampi gli spazi di discrezionalità attuativa per regioni ed enti locali (la regione Veneto afferma espressamente di agire anche

⁴⁹ da ultimo la Corte costituzionale ha riconosciuto la qualifica di principio fondamentale di coordinamento finanziario al divieto di attribuire emolumenti agli amministratori di forme associative di enti locali, comprese le comunità montane e le unioni di comuni, si v. C. cost., 14.6.2012, n. 151.

⁵⁰ Si v. G.U. n. 48, ricorso n. 151 del Veneto.

a tutela delle attribuzioni dei comuni); inoltre vengono contestati i limitati poteri di intervento del legislatore regionale riguardo l'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. in l. 14.9.2011, n. 148), che al co. 5, in presenza dei requisiti demografici richiesti, obbligherebbe le regioni a disporre l'unione come richiesta. Infine per comprendere la portata della novella fin qui esaminata bisognerà attendere l'esito dei ricorsi presentati dalle regioni. La regione Veneto, infine, ha chiesto anche la sospensione dei termini al fine di impedire che la sentenza arrivi quando i nuovi assetti istituzionali siano già consolidati.

Il legislatore, se pur nell'ottica del risparmio, sottolinea che devono essere garantiti i servizi e le funzioni fondamentali ai cittadini,

per cui tutto ciò dovrebbe comportare per la pubblica amministrazione il perseguimento di unico obiettivo, cioè una gestione sempre più efficiente, efficace ed economica.

In conclusione, l'esito del processo di riforma avviato, per ciò che riguarda l'aspetto della riorganizzazione strutturale e funzionale dei comuni al fine di dare un servizio al cittadino migliore che sfrutti le economie di scala, dipenderà da come le regioni si regoleranno riguardo gli incentivi finanziari da predisporre quanto meno nella fase di avvio e di costituzione delle unioni, visto che da parte dello Stato, questa riorganizzazione ha la principale finalità di contenimento della spesa pubblica allo scopo di sgravare il Paese dal peso del *deficit* di bilancio e del debito pubblico.

«.....GA.....»

DALLA NATURA PROGRAMMATICA DEI DIRITTI SOCIALI ALLA RELATIVIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI *TOUT COURT* ?

di Tommaso Ajello

La coesistenza nella Costituzione dei diritti di libertà e dei diritti sociali non può più esser vista come un compromesso "insincero" o "dilatatorio" fra liberalismo e socialismo. Una volta superati gli attriti iniziali e apportati gli aggiustamenti necessari all'innesto nel tronco dello Stato di diritto liberal-borghese delle esigenze, ora costituzionalmente rilevanti, di quella parte del corpo sociale che con il suffragio limitato era esclusa dalla rappresentanza politica e, in definitiva, dalla direzione dello Stato, è divenuto possibile affrontare la questione dei diritti sociali e, più in generale, quella dei compiti dei soggetti pubblici in una società pluralista, un po' più liberi da pregiudizi di ordine ideologico. Nella situazione attuale, però, dove la crisi fiscale dello Stato viene aggravata dalla fase recessiva del ciclo economico, un minore flusso di risorse si riversa nei diversi canali di spesa pubblica. Con l'esigenza di risanare la finanza statale si impone, dunque, sì un ripensamento degli obiettivi e degli strumenti di un nuovo Welfare State, ma forse una più generale riconsiderazione dell'efficacia giuridica dei diritti fondamentali.

The coexistence in the Italian Constitution of rights of freedom and social rights can no longer be seen as a compromise "insincere" or "dilatatory" between liberalism and socialism. Once the initial friction has been resolved, and the necessary adjustments were made to the grafting on the liberal-bourgeois State trunk of the needs – now constitutionally relevant - of that part of the social body with limited suffrage, excluded from political representation, and ultimately , from political power, it became possible to address with fewer ideological prejudices the issue of social rights and, more generally, the issue of the mission of public bodies in a pluralistic society. In the current situation, however, where the fiscal crisis of the State is exacerbated by the recession, the flow of resources into the different channels of public spending is reduced. The urge to restore public finances, therefore, certainly requires to rethink means and objectives of a new Welfare State, and, perhaps, even to reconsider the whole legal effectiveness of fundamental rights.

Sommario: 1. Teoria della programmaticità dei diritti sociali e suo superamento. 2. Il disegno costituzionale. 3. Diritti sociali e diritti di libertà. Un'integrazione reciproca. 4. La questione delle risorse finanziarie nella tutela dei diritti sociali. 5. Alcune considerazioni conclusive. La relativizzazione dei diritti fondamentali tout court?

1. Teoria della programmaticità dei diritti sociali e suo superamento¹.

Il dibattito² sui diritti sociali è stato viziato dall'interpretazione "mistificatrice" dell'opera di Carl Schmitt, ad opera di parte della dottrina giuspubblicistica, che ha esteso, facen-

done delle considerazioni di natura ontologica, l'opinione del giurista tedesco, essenzialmente limitata all'analisi dello Stato liberal-borghese, secondo cui l'inserimento dei diritti sociali nella Costituzione fosse un *unechte Kompromisse* fra liberalismo e socialismo, dovendo il posto dei diritti sociali essere limitato alla legislazione e all'attività amministra-

¹ Il presente saggio è destinato agli Studi in onore di Claudio Rossano.

² Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista.

tiva³.

La coesistenza nella Costituzione dei diritti di libertà e dei diritti sociali non può più essere vista come un compromesso insincero o, addirittura, dilatorio fra liberalismo e socialismo⁴.

Così, il dibattito che, a partire dall'esperienza di Weimar, ha sempre accompagnato l'introduzione dei diritti sociali accanto ai più tradizionali diritti di libertà nelle costituzioni dei paesi occidentali a democrazia pluralista, contribuisce solo in parte a comprendere le ultime evoluzioni dell'esperienza costituzionale contemporanea.

In tale prospettiva, pertanto, parlare delle disposizioni della nostra Costituzione che generalmente vengono ricondotte alla tematica dei diritti sociali nei termini di norme programmatiche appare oggi un approccio superato.

Ad oltre sessanta anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale gran parte degli istituti previsti dai Costituenti sono stati introdotti nell'ordinamento, entrando via-via nella costituzione materiale oltre che in quella formale della Repubblica⁵.

Una volta superati gli attriti iniziali e apportati gli aggiustamenti necessari all'innesto nel tronco dello Stato di diritto liberal-borghese delle esigenze, ora costituzional-

mente rilevanti, di quella parte del corpo sociale che con il suffragio limitato era esclusa dalla rappresentanza politica e, in definitiva, dalla direzione dello Stato, è divenuto possibile affrontare la questione dei diritti sociali e, più in generale, quella dei compiti dei soggetti pubblici in una società pluralista, un po' più liberi da pregiudizi di ordine ideologico.

Per lungo tempo, infatti, i diritti sociali sono stati considerati come principi meramente politici, come enunciazione di programmi o direttive per il legislatore ed, in ogni caso, come posizioni giuridicamente non strutturate, il cui effettivo riconoscimento e non solo la concreta garanzia, nonostante la loro introduzione nella Costituzione, era lasciato alla libera discrezionalità del legislatore⁶.

⁶ *Ex multis*, per la concezione riduttiva dell'efficacia delle norme costituzionali c.d. programmatiche, v., A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, Modena, Soc. Tip. Modenese, 1946. Sulla questione, v. a distanza di tempo, A. BALDASSARE, *Diritti sociali, (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 3; nonché, C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1977, 53, che afferma come derivi da "una interpretazione conservatrice della Carta" la tendenza a considerare le norme programmatiche o le norme di scopo come "non precettive, non vincolanti, o addirittura ridotte a mere affermazioni ideali, a direttive politiche, prive di qualsiasi sanzione o garanzia". Rimane come monito, però, denso di implicazioni attuali, l'affermazione secondo cui "il vero problema politico, allora, non è quello di riuscire ad inserire nella Costituzione la enunciazione di questi diritti, ma è quello di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli e per evitare che essi rimangano come vuota formula teorica scritta sulla carta, ma non traducibile nella realtà", P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia editrice, 1946, 1975, XXXI. Per una ricostruzione del percorso interpretativo delineato, di interesse il saggio di M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il Valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Così come la posizione critica di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 80, secondo cui: se, nella nostra Costituzione, "le norme che si riferiscono ai diritti sociali sono state chiamate pudicamente programmatiche (...) che genere di norme sono queste che comandano, proibiscono, permettono in un futuro imprecisato e senza una scadenza tassativa? (...) un diritto il cui riconoscimento e la cui effettiva protezione sono rinviati sine die e sono affidati alla volontà di soggetti il cui obbligo di eseguire il programma è soltanto un obbligo morale o al massimo politico, possono ancora chiamarsi diritti?".

³ V., C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 (trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 218-227).

⁴ Sul punto, v., per tutti, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 41-57, secondo cui la coesistenza di diritti sociali e diritti di libertà, in una stessa costituzione, era per il giurista tedesco soltanto "una giustapposizione di principi disparati, un programma di compromesso tra le fazioni", una non decisione circa l'assetto fondamentale da dare allo Stato; nonché O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza Sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, introduzione a cura di A. Bolaffi, Bari, Laterza, 1982, spec. 45-83.

⁵ Essenziale, in questo senso, è l'affermazione di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 126, secondo cui "l'idea di un valore puramente programmatico (...) si risolve in un circolo vizioso, o peggio ancora in una inversione logica, poiché non misura dalla sovraordinata dichiarazione costituzionale la validità delle leggi ordinarie, ma, viceversa, secondo una supposta validità delle leggi ordinarie statuisce il significato della Costituzione."

In effetti, come è stato correttamente affermato, “l’oggettiva difficoltà” nell’inserire i diritti sociali in “un corpo di principi già consolidato”, ha portato la dottrina giuridica a tradurre i “problemi legati alla concreta garanzia” di tali diritti “in problemi afferenti la loro natura giuridica”⁷, relegando le norme sociali della Costituzione nell’incerta area delle norme c.d. programmatiche⁸.

Invero, oramai da tempo, la questione della precettività delle norme costituzionali programmatiche è stata efficacemente affrontata e risolta nel senso che “ogni norma costituzionale deve dirsi senz’altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa”⁹. Semmai, la nozione di norme programmatiche può conservare una valenza per indicare quelle norme che prescrivano al legislatore un obiettivo, comunque giuridicamente vincolante, invece che regolare immediatamente la materia in modo diretto, attribuendo diritti ed imponendo obblighi.¹⁰

Appare, in ogni caso, degno di nota il fatto che, una volta superati a livello nazionale i dubbi circa la reale giuridicità delle norme

⁷ Così, A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, cit., 29-30, che pone in rilievo la “scorrettezza logica” rinvenibile nel trasporre “problemi di fattibilità o di attuazione” in “problemi di natura concettuale od ontologica, se non proprio di valore”.

⁸ Secondo M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. Cri. Dir. Priv.*, 1985, 62, propende per una tendenziale assimilazione-omologazione dei diritti sociali ai tradizionali diritti di libertà, per cui “la distinzione tra le due categorie avrebbe senso oggi solo allo scopo di evidenziarne le diverse origini e vicende storiche”.

⁹ Cfr., V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 19. In quest’ottica, di fondamentale rilievo risulta essere la prima sentenza resa dalla Corte Costituzionale del 14 giugno 1956, in www.cortecostituzionale.it

¹⁰ V., in questo senso, V. CRISAFULLI, *La Costituzione e ...*, cit., 19, che afferma come le norme programmatiche, in realtà, stabiliscano “quel che i soggetti governanti dovranno o potranno fare relativamente a oggetti determinati”. Ricostruisce, di recente, in modo compiuto l’efficacia dei diritti fondamentali sociali, M. BENVENUTI, in *D. disc. pubbl.*, aggiornamento, V, Torino, Utet, 2012, 239-241; nonché G. RAZZANO, *Lo “statuto” costituzionale dei diritti sociali*, in www.gruppodipisa.it/wpcontent/uploads/2012/08/RazanoDEF.pdf, 2012.

sociali di rango costituzionale, la problematica sia riemersa in sede di Unione europea, con la riproposizione delle tradizionali teorie sulla qualificazione dei diritti sociali, proclamati nella Carta di Nizza, prima, e inseriti nella Costituzione europea, poi, quali norme programmatiche e, pertanto, di contestata efficacia giuridica, traducendo in termini di possibilità giuridica quella che è e deve essere una scelta eminentemente di natura politica¹¹.

La considerazione dei diritti sociali come veri e propri diritti fondamentali non ostacola comunque una loro eventuale revisione e, anzi, la richiede, quantomeno sotto il profilo delle modalità di realizzazione, come positivo adattamento nel tempo e nel confronto con i diversi valori costituzionali¹².

2. Il disegno costituzionale.

La Costituzione repubblicana dà esplicita e

¹¹ In questo senso, si condivide quanto afferma, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1993, 258, secondo cui che “il concetto del diritto fondamentale sia legato alla intensità e alla rilevanza del valore socialmente attribuito in un certo momento storico a una aspettativa di tutela da parte della costituzione. Per cui può essere definito come fondamentale anche un diritto che comporti prestazioni pubbliche... la disputa sulla esclusione dei diritti sociali dal novero dei diritti fondamentali è dunque solo nominalistica. Spetta infatti ad ogni ordinamento decidere quali diritti garantire e attraverso quali misure assicurarli e proteggerli”. Ricostruisce l’evoluzione storica del “posto” assegnato ai diritti sociali fondamentali nell’ordinamento europeo, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003. Analizza compiutamente l’impatto delle istituzioni e del diritto internazionale e sovranazionale sui diritti sociali, specie nell’attuale contesto di crisi economico-finanziaria, I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma 26-27 aprile 2012, Napoli, Jovene, 2012, 83 ss.

¹² Affrontava il tema della *reformation in pejus* delle prestazioni sociali garantite dai pubblici poteri, L. CARLASSARRE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni cost.*, 1995, spec. 39 e 45, secondo cui esaminando “la posizione di questi diritti nel sistema costituzionale italiano non è possibile non fare i conti col problema dei costi e delle risorse”, tuttavia, proseguiva affermando che “un’eventuale reformatio in peius dei diritti sociali porterebbe ad uno stravolgimento ancor più radicale della forma di Stato perché intaccherebbe la stessa essenza di una liberal-democrazia”.

forte rilevanza al tema delle libertà civili ed economiche. In essa, la pretesa neutralità del diritto e, soprattutto, dell'intervento pubblico nella società lascia però il passo all'esplicita necessità di "realizzare più equi rapporti sociali... ed un più giusto equilibrio fra le diverse forze economiche operanti nel contesto sociale". Tramonta l'idea che il "libero gioco delle forze economiche" sia lo strumento naturale "per un ordinato sviluppo della società nel rispetto delle libertà individuali"¹³.

Per lungo tempo, infatti, è forse mancata un'analisi compiuta dei tratti comuni, oltre che di quelli differenziali, fra le stagioni dell'espansione dell'intervento pubblico diretto e la previgente disciplina degli atti e dei rapporti privati¹⁴.

In specie, è, forse, mancata la rilevazione a chiare lettere che anche la pretesa neutralità e astensione dello Stato nella società, derivava da una precisa opzione politica, volta al mantenimento dello *status quo*¹⁵.

¹³ Così, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969, 4-5.

¹⁴ Notava tale atteggiamento, già negli anni Sessanta del secolo scorso, P. BARCELLONA, *Intervento statale...*, cit., 8.

¹⁵ In questo stesso senso, v., F. L. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar*, in ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, Il Mulino, 1983, 136, che afferma come "lo stato di diritto di stampo liberale (...) si reggeva sul concetto di non intervento dello stato a favore di una classe sociale - senza peraltro rendersi conto che (...) fra intervento e non-intervento non sussiste una reale differenza, perché (...) sono quasi la stessa cosa: il non intervento dello stato in una società capitalistica equivale ad intervento a favore della classe dominante; equivale al riconoscimento che chi è più forte economicamente può dettare le condizioni di vita di chi è economicamente debole". Nello stesso ottica, interessante è la posizione di S. HOLMES - C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000, 67 e *passim*, che parlano di "pre-condizioni stataliste del *laissez-faire*", rilevando come sia frutto dell'autorità anche la garanzia della libertà. Anche, F. A. V. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, Il Saggiatore, 2000, 176-178, riconosce che la formazione delle norme giuridiche, come "regole universali di mera condotta", fosse attribuibile, negli Stati liberal-borghesi, alla "maggiore influenza che certi gruppi" hanno spiegato nella approvazione di quest'ultime. L'autore paventa, però, che le esigenze sociali, connesse al fine di rimuovere "le discrimina-

Tuttavia, il diverso peso assegnato dalla Costituzione alle libertà economiche, non più assolute ed inviolabili, come avveniva nelle carte ottocentesche¹⁶, ha portato verso la temuta *funzionalizzazione* delle medesime al rispetto, quando non al vero e proprio conseguimento, di spesso concorrenti esigenze sociali¹⁷, in un contesto normativo e ordinamen-

zioni contenute nel diritto" così prodotto, possano giungere ad infrangere l'eguaglianza formale di fronte alla legge e rifiuta l'evenienza che i governi, in tal modo, finiscano per "trattare i cittadini e le loro proprietà come oggetti della pubblica amministrazione, al fine di assicurare certi risultati particolari a certi [altri] gruppi particolari". Del resto, lo stesso HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, 80-81, (trad. It) *La via della schiavitù*, Milano, Rusconi, 1995, ha affermato che "la questione se lo stato debba o non debba agire o interferire pone un'alternativa tutto sommato falsa, e il termine *laissez-faire* è una descrizione estremamente ambigua e ingannevole dei principi sui quali si basa una politica liberale". Ad ogni modo, già R. V. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, (trad. it, M. G. Losano, a cura di, *Der Zweck im Recht*), Torino, Einaudi, 1972, 386, sosteneva che l'ordinamento della società civile corrisponderebbe "sempre ai rapporti di forza dei diversi ceti o delle diverse classi di cui essa si compone". Così, "anche all'interno di un popolo che sia andato crescendo unitariamente il ceto più forte esprimerà egualmente, nelle istituzioni giuridiche, il maggior peso che gli deriva dalla sua potenza". Evidenzia, da ultimo, lo stretto collegamento dei diritti sociali con gli artt. 2 e 3 cost., M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., spec. 234-237.

¹⁶ Così, *ex multis*, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970, 11, che già rilevava come pacifico il fatto che le libertà economiche, nel vigore della costituzione italiana, "tendano progressivamente a perdere i connotati di un vero e proprio diritto soggettivo pubblico per assumere quelli di semplici «garanzie di istituti giuridici»", di schmittiana memoria;

¹⁷ In questo senso, v., M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 129-130, che sottolinea il "collegamento strettissimo" tra art. 41 e art. 3, co. 2, e ritiene l'utilità sociale come valore "assolutamente funzionale" al progetto di trasformazione sociale, delineato in quest'ultima disposizione; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1994 p. 375, evidenzia il riferimento degli artt. 41 e 42 a "valori specificamente sociali (utilità sociale, fini sociali, funzione sociale) quali condizioni e limiti" delle rispettive situazioni costituzionalmente garantite; nonché D. BIFULCO, *Inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 9-10, che mette in luce "i limiti strutturali propri dei diritti economici", (la dignità umana e l'utilità sociale per l'iniziativa economica pri-

tale che vede il pieno sviluppo della persona umana quale fine dell'ordinamento, nel segno di una *rivoluzione copernicana*¹⁸ in cui lo Stato e, più in generale, i poteri pubblici assumono un ruolo strumentale rispetto al fine indicato dagli artt. 2 e 3 della costituzione, da cui traggono anzi la propria legittimazione¹⁹.

In ogni caso, la dimensione personalistica del disegno costituzionale e l'affiancamento dei diritti sociali accanto ai diritti di libertà, hanno portato un duplice effetto: il rafforzamento di alcune garanzie di libertà - o dei diritti fondamentali in genere - in quanto *strutture di base della persona*, con una loro espansione nei confronti di qualsiasi posizione

vata, la funzione sociale per la proprietà privata), derivanti dalla "priorità" dei valori del "personalismo" e dell'"eguaglianza" che condizionano le libertà economiche alla "tutela della persona umana" ed alla realizzazione del progetto di trasformazione sociale di cui all'art. 3, co. 2.

¹⁸ Utilizza tale immagine per indicare il mutamento di prospettiva cui ha dato origine la costituzione repubblicana, N. BOBBIO, *Stato, Governo, Società*, Torino, Einaudi, 1985, 53. L'Autore sostiene come attraverso tale mutamento acquistino rilievo "le libertà dei cittadini [...] e non il potere dei governanti [...]; l'individuo non è per lo Stato, ma lo Stato per l'individuo". Nello stessa direzione, v., A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 12 ss., che illustra la diversa posizione degli ordinamenti giuridici continentali rispetto a quelli anglo-americani, al riguardo. Afferma, poi, come la "Costituzione italiana del 1948, al pari di altre Costituzioni ad essa coeve, ha gettato un ponte verso la tradizione anglo-americana dei diritti dell'uomo come valori anteriori o superiori rispetto ad ogni potere pubblico e, perciò, come autentici fondamenti costituzionali dell'ordinamento giuridico". Nello stesso senso va letto l'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 in Francia che afferma essere "scopo di ogni associazione politica... conservare i diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo". Per quanto riguarda l'America, analoga affermazione si rinviene nella Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776 secondo cui "allo scopo di garantire questi diritti, sono creati fra gli uomini i Governi, i quali derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati", nonché nelle diverse costituzioni degli Stati membri.

¹⁹ In tal senso va l'ordine del giorno presentato il 9 settembre 1946 da DOSSETTI, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1976, VI, 323-324, in cui si afferma esservi una "precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella".

sostanziale di autorità; dall'altro, la relativizzazione e, quasi, *l'offuscamento* di altre posizioni di libertà tali da risultare "espressione di poteri di supremazia"²⁰.

Evidente, in effetti, appare "l'idea del potere privato dell'uomo sull'uomo" nell'art. 2 cost., dove la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo viene estesa all'ambito delle formazioni sociali nelle quali l'individuo si trova "in balia dell'arbitrio non di pubblici poteri, ma di potentati privati", in relazione ai quali si richiede un intervento dello Stato in chiave riequilibratrice secondo un'esigenza di liberazione²¹. Ancor più intriso dalla necessità di eliminare il potere, economico e sociale, imputato al sistema di produzione ed all'organizzazione della società, che "di fatto" limitano l'eguaglianza e la libertà nell'ambito dei rapporti interprivati, risulta essere il principio di eguaglianza sostanziale enunciato nell'art. 3, co. 2 della costituzione²².

²⁰ Così, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 25-26. Nel senso della necessità di garanzie di fronte all'autonomia privata che si manifesti come potere, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, spec. 29 e passim. Sulla relativizzazione dei diritti costituzionali, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 14-15, la ritiene come "la trasformazione più rilevante comportata dal passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico", in materia di configurazione dei diritti fondamentali. Tale fenomeno deriverebbe dall'inserimento di tali diritti in norme precettive, secondo "determinate gerarchie di valore e, quindi, relativizzati rispetto ad altri valori" coniugato con le esigenze delle democrazie pluraliste, espressioni delle moderne società complesse. Illustra la diversa efficacia dei diritti fondamentali nelle democrazie pluraliste, basate sulla necessità di un bilanciamento fra valori spesso contrapposti, M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, 473 ss.

²¹ In questo senso, v., A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 16, che rileva come le formazioni sociali, sotto questo aspetto, "entrano in considerazione come entità, pubbliche o private, potenzialmente oppressive dei diritti del singolo".

²² In quest'ottica, v., F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Roma-Bologna, Zanichelli, 1982, 2-3, che rinviene nel principio di eguaglianza sostanziale, "la premessa del diritto costituzionale privato". Il superamento della costruzione formale dei rapporti tra i consociati, con l'obiettivo di avvicinare "predicati normativi e rapporti concreti della vita" reale, viene avvertita in tutte le democrazie pluraliste nel corso del Novecento, al

Le conseguenze di tale disegno hanno condotto alla necessità di “ridisegnare ruolo e confini del diritto privato”²³, alla luce delle disposizioni costituzionali che svolgono una funzione fondamentale per individuarne l’“essenziale contenuto”. Ma, soprattutto, hanno portato all’espansione dell’intervento pubblico nell’economia e nella società, con una moltiplicazione degli apparati pubblici rientranti nella c.d. amministrazione di prestazione.

3. Diritti sociali e diritti di libertà. Un’integrazione reciproca.

La Costituzione assegna il ruolo di principio fondamentale all’eguaglianza, tanto formale che sostanziale, partendo dalla considerazione che il pieno sviluppo della personalità dell’individuo, eretto a criterio ordinatore dell’intero ordinamento giuridico, passa necessariamente per l’eliminazione di quegli “ostacoli di ordine economico e sociale” che non consentono a tutti il completo godimento della sfera delle libertà garantite dalla Carta fondamentale, secondo la raffinata concezione che coniuga le libertà negative con le libertà positive²⁴.

fine, peraltro, di evitare che le libertà riconosciute e garantite non diventino uno strumento di sopraffazione del soggetto economicamente forte nei confronti del contraente in situazione di debolezza, in questo senso autorevolmente, O. VON. GIERKE, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin, 1889, ora in E. WOLF, Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Francoforte, 1949, 499.

²³ Cfr., F. BILANCIA, *Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica*, Relazione al Convegno della Facoltà di Economia, *Diritti dell’individuo e diritti del consumatore*, Milano Bicocca, 14 dicembre 2007, 8.

²⁴ Così, A. BALDASSARRE, *Libertà (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1992, 3. Cfr., inoltre, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 58, dove si rileva che “l’affermazione di istanze sociali modifica la concezione stessa di libertà, spostando l’accento verso una nozione di effettività, una nozione sostanziale della libertà stessa, dal momento che il problema centrale diviene quello di garantire a tutti i consociati la fruizione in concreto delle libertà promesse, innanzitutto tramite l’affrancazione dal bisogno”. Nella stessa ottica, ma in senso solo parzialmente analogo, A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, Mondadori, 2002, 135-136. *Contra*, per tutti, v., A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, in *Oeuvres, Papiers et Correspondance*,

Negli Stati liberali ottocenteschi, in effetti, coerentemente con i principi del liberalismo economico, “una volta assicurate le libertà individuali non ci si preoccupava degli effetti che nel campo sociale derivavano dall’esercizio di tali libertà da parte dei singoli”, pur nel rispetto dei limiti legali previsti dall’ordinamento per il loro concreto svolgimento²⁵.

Già nello Statuto albertino, l’art. 24 tutelava l’eguale godimento dei diritti civili e politici da parte dell’individuo, sanzionando così la “fine delle istituzioni sociali e dei privilegi dello Stato assoluto in Italia”²⁶, sia pure in una carta costituzionale di natura flessibile che, espressamente, faceva salve le eccezioni stabilite dalla legge.

Nell’ordinamento giuridico americano le clausole del “*due process of law*” e dell’“*equal protection of laws*”, originariamente fondate su finalità di ordine economico, ed intese come “*divieto di trattamento differenziato non razionale*”, vincolanti, pertanto, il legislatore al criterio di imparzialità, furono poi interpretate dalla giurisprudenza della Corte Suprema come strumento di difesa delle libertà civili, estendendone

dance, a cura di J. P. Mayer, Paris, 1961, vol. I, 324 ss., nonché ID., *Discorso sul diritto al lavoro*, Roma, 1996, spec. 33-34, che evidenzia, invece, in modo netto i possibili pericoli per la libertà comportati da uno Stato sociale attivo, fondato sull’aspirazione degli uomini all’eguaglianza, alla sicurezza sociale ed al benessere.; più di recente, v., S. FOIS, *Problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Dir. soc.*, 1999, 183-191, secondo cui “*lo Stato sociale entra in contraddizione con i principi ed il corretto funzionamento dello Stato di diritto... il riferimento allo Stato sociale può consentire anche una notevole limitazione sostanziale, ed addirittura alla soppressione integrale, dei più essenziali ed inviolabili diritti di libertà*”.

²⁵ Evidenzia tale aspetto, C. ROSSANO, *L’Eguaglianza giuridica nell’ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1966, 121-125.

²⁶ Cfr., C. ROSSANO, *L’Eguaglianza giuridica...*, cit., 111-112, che evidenzia “*la limitata operatività giuridica del principio generale dell’eguaglianza dinanzi alla legge*” e la preoccupazione prevalente di “*determinare l’esatta portata delle altre specifiche fattispecie d’eguaglianza*”. L’art. 24 dello Statuto albertino disponeva che “*tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo e grado, sono eguali davanti alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici e sono ammessi alle cariche civili e militari, salvo le eccezioni determinate dalla legge*”.

l'operatività anche nei confronti dei soggetti privati che svolgevano attività considerate sostanzialmente pubbliche nonché, "sia pure indirettamente" nei "rapporti privati discriminatori, nel senso di negare a questi ultimi esecuzione in sede di giudizio"²⁷.

Il principio di eguaglianza, pertanto, nell'accezione tesa a qualificare la libertà dei consociati, impone la necessità di limitare tale libertà quando si concreti in potere sociale²⁸, cosicché "la libertà del più forte deve essere frenata"²⁹, in attuazione del principio ordinatore del nostro ordinamento che tende a garantire una *equal liberty*, intesa - si è detto - come pari opportunità per tutti di sviluppare a pieno la propria personalità, tramite un effettivo godimento delle libertà riconosciute.

Tale obiettivo - è stato affermato - richiede un intervento continuo dei poteri pubblici di correzione dei fenomeni economici e sociali, perché fondato su di una *instabile sintesi* fra i principi di eguaglianza e libertà, secondo "un processo dinamico" che deve tendere alla "realizzazione in concreto" di una libertà eguale³⁰.

²⁷ Sul punto v. C. ROSSANO, *L'eguaglianza...*, cit., 112-116, che ha notato come negli Stati Uniti l'eguaglianza giuridica sia stata intesa come "principio correlato a quello di giustizia della disciplina giuridica". Sul tema, utile il rinvio a M. J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano. 1870-1960*, Bologna, Il Mulino, 2004, 283-286 e 401-465. Più di recente, G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, spec. 186-195, ritiene la *procedural due process of law clause* come il più importante principio generale accolto e riconosciuto nel diritto globale.

²⁸ Così, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 23.

²⁹ V., I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, New York, 1969, 167. Più di recente, v., I. CARTER, *La libertà eguale*, Milano, Feltrinelli, 2005.

³⁰ Rileva tale profilo, C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica...*, cit., p. 139, che tiene a sottolineare come l'eguaglianza sostanziale, come tutti i concetti con forti implicazioni politiche, sociali e filosofiche, risulti essere "un concetto mutevole in relazione alle diverse forme storiche degli ordinamenti giuridici; nonché G. CORSO, *Lo Stato dispensatore di beni criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Soc. dir.*, 1990, 109-131, che criticamente mette in risalto l'esigenza di un'opera di continuo intervento correttivo, destinato a ripiegarsi su sé stesso e ad essere frustrato nei suoi effetti concreti. Parla, invece, in senso solo parzialmente analogo, di "diritto ad un'eguale

In questo contesto, vanno lette del resto le diverse disposizioni costituzionali che garantiscono, accanto alle libertà civili, economiche e politiche, i c.d. diritti sociali che, al di là di una loro mera considerazione in termini di diritti a prestazioni positive da parte dei pubblici poteri, sono ormai da considerare, alla luce dell'impianto complessivo delineato dalla Costituzione, come principi costituzionali che presiedono alla redistribuzione delle risorse economiche e dei benefici sociali e giuridici³¹.

La base concettuale dei diritti sociali è riconducibile, infatti, alla *equal liberty*³², intesa

considerazione e rispetto", R. DWORKIN, I diritti presi sul serio, Bologna, Il Mulino, 2010, 289, 392 e *passim*.

³¹ Oggi, per cogliere l'aspetto caratterizzante del diritto sociale non è più essenziale la forma giuridica di cui è rivestito l'interesse tutelato, quanto la funzione che tale situazione di vantaggio persegue. Ciò, nel più generale moto che porta a considerare in via generale le situazioni giuridiche soggettive derivanti dalle disposizioni costituzionali nella categoria generale degli *interessi costituzionalmente protetti*. Per la relativa nozione, v., G. LOMBARDI, *Potere privato...*, cit., 25-26. In questa direzione, affermava A. BARBERA, Art. 2, in G. BRANCA, (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1982, 79-80, che più del "tentare di erigere a diritti soggettivi evanescenti interessi a prestazioni sociali", pur qualificati come diritti nello stesso testo costituzionale, ma realisticamente non considerati all'epoca come "diritti soggettivi inviolabili", sia utile "la necessaria concretizzazione di tali principi sociali (...) attraverso una riforma del nostro sistema produttivo e del nostro sistema di sicurezza sociale, che non attraverso affannate contorsioni dogmatiche e che in ogni caso, qualora anche si specificassero situazioni soggettive di tal genere", come del resto è avvenuto nell'ordinamento giuridico, "non si deve perdere la forza espansiva e pervasiva che è propria delle dichiarazioni di principio, e che non può essere compresa entro schemi rigidi e definitivi".

³² V., G. GURVITCH, *La declaration des droits sociaux*, trad. it. (La dichiarazione dei diritti sociali), Milano, Ed. di Comunità, 1949. Nello stesso senso, C. ROSSANO, *Profili dell'eguaglianza sostanziale nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, Giappichelli, 2005, 445; nonché ID., *L'eguaglianza giuridica...*, cit., 25, che, con riferimento all'ordinamento romano, rileva come "la libertà del singolo trovava i suoi necessari limiti nella eguale libertà degli altri per cui un superamento di questo limite, nel senso di pretendere per sé una più grande misura di libertà, si risolveva nel disconoscimento e nella diminuzione della libertà altrui". L'ampia sfera di libertà che il cittadino godeva nella sfera sociale, trovava per contro un limite nell'autorità dello Stato cui era subordinata "perché

come uguale diritto a partecipare ai benefici della vita associata, come eliminazione di quelle disparità sociali ed economiche che impediscono a tutti un effettivo esercizio delle libertà riconosciute³³.

A nulla varrebbe, infatti, riconoscere e garantire al singolo una sfera di libertà da indebite ingerenze, entro cui svolgere e sviluppare la propria personalità, se poi l'effettivo godimento di questa fosse precluso ad una cerchia di soggetti dalle condizioni in cui di fatto essi si trovino³⁴.

Appare così risolutiva l'affermazione secondo cui "il grado di libertà di una società sia proporzionato al numero di individui liberi"³⁵.

Diverso profilo è, invece, quello che attiene agli strumenti utilizzabili per il conseguimento di tali istanze sociali. Appaiono funzionali allo scopo e fungibili, infatti, tanto gli

*potesse accordarsi con la libertà di tutti gli altri". Grande espansione e un significativo riconoscimento normativo dell'equal liberty, avviene con la Rivoluzione francese, al di là della considerazione circa gli scarsi effetti pratici che derivarono dalle disposizioni delle costituzioni francesi di grande importanza teorica. L'art. 1 della Dichiarazione del 1789 secondo cui "gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti", insieme alla previsione dell'art. 4 in cui la libertà, intesa in senso negativo, "con il limite costituito dalla libertà altrui", per cui l'esercizio "non ha altri limiti che quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento degli stessi diritti", cfr. C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica...*, cit., 77-78.*

³³ In questo senso, v., M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, (ad vocem), in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964; nonché P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Democrazia*, (ad vocem), in *Novissimo Dig.*, XII, Torino, Utet, 1964, 122-123 che evidenzia la necessità di raggiungere "un certo grado di eguaglianza per pervenire ad un'effettiva libertà per tutti". In tal senso, fondamentale appare l'art. 23 della costituzione giacobina del 24.6.1793, dove si legge: "La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assure à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale".

³⁴ Rinviene nel collegamento e nella coesistenzialità "allo sviluppo della persona umana" ed "alla struttura assiologica che informa la persona umana" cui il Costituente ha accordato riconoscimento, il predicato della natura di diritti inviolabili dei diritti sociali, D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003, 4.

³⁵ Cfr., H. KELSEN, *General theory of law and State*, Harvard, 1945, (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. COTTA E G. TREVES, Cremona, 1952), 292.

strumenti privatistici che quelli di natura prettamente pubblicistica³⁶, in un contesto in cui sia la differenziazione tra diritto pubblico e diritto privato appare sempre più incerta e mobile, sia l'uso congiunto di strumenti consensuali e di strumenti autoritativi pervade ogni ramo del diritto e dell'ordinamento giuridico³⁷. Sarebbe, pertanto, necessario *affran-*

³⁶ Così, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 121-122; nonché, per quanto riguarda specificamente gli strumenti disponibili per realizzare istanze di natura sociale, P. BARCELLONA, *Intervento sociale...*, cit., 33, che afferma come astrattamente "l'attuazione di un più giusto ordine sociale può essere realizzato tanto modificando le condizioni di esercizio dell'autonomia contrattuale, tanto apprestando strumenti sostitutivi dello strumento contrattuale, tanto predisponendo una disciplina del rapporto contrattuale che ne adegui la funzione concreta al fine sociale perseguito". Evidenzia, poi, come la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, ult. co., legittimi una "comprensione di pubblico e privato nella garanzia dei diritti sociali", D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, cit., 16-17.

³⁷ Interessante, in tale ottica, rimane, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, 696-697, che rilevava, però, come nei momenti di crisi questa *summa divisio* scompare, mentre va conservata, perché, "negata questa, si dissolve lo stesso diritto"; in senso in parte contrario, però, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 4, evidenzia, però, come "le relazioni tra potere pubblico e autonomia privata si articolano, oggi, in una tale varietà di situazioni... da aver richiesto [richiedere] la revisione o, almeno, il riesame dei risultati, raggiunti e affinati da una elaborazione dottrinale pluridecennale". Del resto, afferma S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 580 ss, che "diritto pubblico e diritto privato sono molto meno separati di quanto non appaia", rilevando, peraltro, come la distinzione fra pubblico e privato sia incerta ed in continua evoluzione. Più di recente, il medesimo autore ha osservato, ID., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi dello Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Laterza, 2002, 49, che "la linea di distinzione non passa più sul crinale pubblico-privato... non vi è distinzione-opposizione pubblico-privato, così come non c'è una superiorità del momento pubblico su quello privato". A tal proposito, G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, 37, parla di "aggiustamenti nella continua dinamica delle relazioni tra pubblico e privato".

Individuava, invece, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato nella differente tipologia regole che fanno parte dei due rami del diritto, F. A. VON HAYEK,

carsi da quella preoccupazione volta a “tracciare una linea netta di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato” e ripensare molte nostre “categorie concettuali” e “costruzioni teoriche”³⁸.

Soprattutto, non bisogna intendere e confondere le istanze e gli interessi oggetto delle disposizioni sociali della Costituzione italiana con gli strumenti tipici e tradizionalmente previsti o attivati per soddisfare i diritti sociali³⁹. I servizi pubblici, infatti, che hanno costituito per lungo tempo la modalità tipica di soddisfacimento dei diritti sociali, sono stati investiti da un ampio processo di liberalizzazione e di privatizzazione. Il passaggio dalla

Legge..., cit., 177, le prime, “regole di organizzazione guidate da uno scopo”, le seconde, “regole di mera condotta che prescindono da uno scopo”.

³⁸ V., R. NICOLÒ, *Diritto civile (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 914- 915. Evidenzia, poi, come “a livello globale” la distinzione tra pubblico e privato sia ancora più complessa che a livello nazionale, data la mancanza di un potere pubblico centrale a cui rimettere le “qualificazioni privatistiche o pubblicistiche”, B. G. MATTARELLA, *Le regolazioni private internazionali*, in *Formez – Dip. Funz. Pubbl. Innovazione amministrativa e crescita nel paese*, www.uan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CAIMED/UNPAN026882.pdf, 2.

³⁹ In questo senso, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti*, Padova, Cedam, 1995, p. 568, ritiene corretto “«concentrare l’attenzione non tanto sull’intervento diretto dei pubblici poteri quanto sull’effettiva soddisfazione del diritto sociale, comunque conseguita». Il collegamento fra diritti sociali e intervento pubblico non è dunque immanente, ma si lega piuttosto alla forma storica concretamente assunta dalle modalità di soddisfacimento di quei diritti”. Pertanto, secondo tale Autore, “ci si deve chiedere di volta in volta, quanto intervento pubblico diretto sia necessario e addirittura se quell’intervento sia davvero necessario”.

In tale ottica, evidenzia M. BALDASSARRI, *Per un Welfare State fondato sulla selezione degli obiettivi e il controllo dell’efficienza*, in A. Baldassarre, (a cura di), *I limiti della democrazia*, Bari, Laterza, 1989, 179-181, che la gestione ed erogazione pubblica dei servizi pubblici sia auspicabile quando “aggiunge servizi rispetto a quelli privati”. Quando, invece, “l’assunzione di quei servizi da parte di strutture pubbliche comporta l’abbassamento del livello dei servizi stessi e se, quindi, l’utente e le famiglie devono, da un lato, sopportare il costo del prelievo fiscale occorrente per l’erogazione pubblica dei servizi e, dall’altro, utilizzare il reddito restante per procurarsi presso i privati quei servizi che le strutture pubbliche non offrono in modo adeguato, allora si realizza una duplicazione di costi per uno stesso servizio”.

mano pubblica a quella privata di grandi settori economici, prima riservati ai soggetti pubblici, ha fatto emergere la diversa nozione di *servizio universale*⁴⁰, di origine comunitaria, che sembra essere il contenuto residuale della tradizionale nozione di servizio pubblico, e ha portato all’imposizione a quei soggetti privati che gestiscono i servizi pubblici dei c.d. obblighi di servizio universale, assolti e, soprattutto, finanziati attraverso la regola del *play or pay* o - specificamente sul piano economico-finanziario nel caso dei residui monopoli-tramite i c.d. “*sussidi incrociati*” (nei limiti stringenti in cui questi sono ora ammissibili), con l’effetto finale di scaricare i costi delle corrispondenti prestazioni sociali su operatori privati, in regime di concorrenza, ed, in ultima analisi, sulle tariffe degli utenti finali, in linea con quei doveri di solidarietà economica e sociale sanciti dall’art. 2 della Costituzione.

Vero è, in effetti, che l’attuazione di alcuni diritti sociali ha come portato naturale la limitazione di alcuni diritti di libertà, in specie economiche, si pensi ai diritti del lavoratore, come sanciti dall’art. 36 cost., che hanno limitato l’autonomia negoziale e il diritto di iniziativa economica dei datori di lavoro, specialmente, nell’ambito delle imprese di grandi dimensioni⁴¹.

⁴⁰ Con servizio universale si intende un “*complesso minimo di servizi di determinata qualità e a prezzi accessibili a tutti gli utenti*”. V., G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002. Evidenzia S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma - Bari, Laterza, 2004, 92, che il “servizio universale si limita a imporre il raggiungimento di un obiettivo”, consistente nella “*fruizione diffusa di prestazioni essenziali*”, pertanto, a differenza del servizio pubblico, “*non viene associato a uno specifico regime organizzativo (amministrativo, invece che imprenditoriale) o economico (monopolistico, invece che concorrenziale)*”.

⁴¹ Evidenzia tale aspetto, M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali, (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 882 ss Nello stesso senso, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, 9, rilevava, già all’indomani dell’entrata in vigore della Carta costituzionale, che, “*in materia di rapporto di lavoro, l’autonomia negoziale dei privati - che, rispetto al rapporto fondamentale, mantiene pur sempre una funzione di primo piano - subisce limitazioni particolarmente intense e non sempre rappresenta la fonte decisiva della regolamentazione che deve*

Non vi sarebbe, però, un'opposizione imprescindibile tra diritti di libertà e diritti sociali⁴², anzi, come è stato autorevolmente messo in luce, *“tra le due categorie di diritti esiste un'implicazione reciproca: la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche”*⁴³.

Come si è detto, peraltro, alcuni diritti sociali non sono stati realizzati attribuendo diritti a prestazioni pubbliche ai soggetti appartenenti a categorie svantaggiate, ma piuttosto strutturando situazioni giuridiche soggettive di contenuto analogo ai tipici diritti di libertà o prevedendo strumenti e forme di controllo sull'esercizio dei poteri privati⁴⁴.

valere in concreto nei singoli casi”. Correttamente, l'A. affermava essere una questione di limiti all'autonomia privata, tanto da considerare se non fosse opportuno ritenere il diritto del lavoro come un *tertium genus* rispetto al diritto privato e al diritto pubblico. La compresenza di aspetti privatistici insieme ad altri di rilievo prettamente pubblicistico nel diritto del lavoro è, oramai, dato acquisito e generalmente condiviso.

⁴² Proprio il timore di una funzionalizzazione delle libertà economiche, induceva E. FORSTHOFF, *Rechtstaat im Wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, (*Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. di L. Riegert e C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1973), 66, a propendere per *“la via indiretta del potere fiscale”* quale strumento per la realizzazione dei diritti sociali, *“che per la sua efficacia, a lungo andare non è inferiore alle altre forme di determinazione della struttura sociale”*.

⁴³ Così, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, cit., p. 805; nonché, nella stessa direzione, A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, cit., 135-136. V., inoltre, M. FOCALTAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 133 ss., secondo cui *“l'interventismo sociale e permanente e multiforme, ... non viene messo in atto contro l'economia di mercato o in alternativa ad essa, ma al contrario a titolo di condizione di possibilità storica e sociale per un'economia di mercato”*. La Corte cost., sent. n. 286 del 1987, in www.cortecostituzionale.it, ha affermato che vi sia un *“interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici”*.

⁴⁴ Così, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, 783; nonché G. DELLA CANANEA, *Il cittadino e la pubblica ammini-*

4. La questione delle risorse finanziarie nella tutela dei diritti sociali.

La qualificazione dei diritti sociali come diritti costituzionalmente garantiti - si è detto - è oramai un dato della costituzione materiale.

Malgrado ciò, la questione dei diritti sociali è stata sempre accompagnata dal problema dei vincoli di finanza pubblica, tanto che proprio per i diritti sociali si è parlato di *“diritti finanziariamente condizionati”*⁴⁵.

Non è un caso, del resto, che per una piena tutela dei diritti sociali che comportano prestazioni pubbliche, la Corte costituzionale abbia elaborato il principio di gradualità nella realizzazione delle prestazioni, riconosciute la rilevanza dei limiti finanziari posti dal bilancio e l'insindacabilità delle scelte legislative al di là di quelle irrazionali o irragionevoli⁴⁶.

strazione, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994, 157; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 33.

⁴⁵ L'espressione si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, 10-16, che sostiene essere errata la tesi, a lungo accreditata, che *“la pretesa alle prestazioni dei servizi pubblici fosse un diritto generalizzato, assoluto e perfetto e non un diritto delimitabile e azionabile nell'ambito di compatibilità economiche generali e dell'equilibrio dei bilanci”*.

⁴⁶ V., al riguardo, C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 225; nonché A. BALDASSARE, *Diritti Sociali*, cit.; nonché, E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie fra bilanciamento e gradualità*, in *«Le Regioni»*, 1991, 1923 ss. Per le sentenze della Corte che hanno elaborato tali principi, v., *ex multis*, Corte Cost., Sent. 16 ottobre 1990, n. 455, in *Le Regioni*, 1991, 1513-33, nonché in *Giur. Cost.*, 1991, che richiama la precedente e costante giurisprudenza costituzionale, (sentt. nn. 81 del 1966, 112 del 1975, 104, 142 e 175 del 1982, 212 e 226 del 1983, 342 del 1985, 1011 del 1988, in www.cortecostituzionale.it), dove si legge espressamente che *“il “diritto alla salute”, considerato invece sotto il diverso profilo del diritto ai trattamenti sanitari, “è soggetto alla “determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione” della relativa tutela da parte del legislatore ordinario”, cosicché, al pari di ogni altro diritto a prestazioni positive, “il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da*

Al di là delle tecniche di tutela dei diritti sociali consistenti nella prestazione di servizi pubblici, elaborate dalla giurisprudenza specie costituzionale, ormai da qualche decennio ha ripreso vigore la critica neoliberale ad uno Stato sociale che sottrae risorse al mercato in virtù del livello elevato del prelievo fiscale e contributivo, volto a finanziare prestazioni sociali universali e generalizzate, sempre più costose e di livello qualitativo basso. Da più parti, si propone, come correttivo, un ritorno alla Costituzione nel senso di limitare le prestazioni sociali al riequilibrio delle posizioni dei più svantaggiati⁴⁷.

Certamente, la concreta garanzia dei diritti sociali dipende dalle risorse economiche a disposizione in misura maggiore di quanto non avvenga per i diritti di libertà⁴⁸, ma lo stesso condizionamento è immanente anche per

quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (...). Questo principio (...) non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con gli altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa". Specificamente sul principio di gradualità v., C. cost., sentt. 127/1990 e 19/1994, in www.cortecostituzionale.it. Di recente, sul diritto alla salute e sul ruolo della Corte costituzionale, v., A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in www.gruppodipisa.it/wpcontent/uploads/2012/09/RovagnatiDEF.pdf, 2012.

⁴⁷ In questo senso, v., G. CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione*, in A. MARONGIU - G. C. DE MARTIN, (a cura di), *Democrazia e amministrazione. Scritti in memoria di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992, 223 ss.; nonché, ID., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 782.

⁴⁸ V., sul punto, M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 1964, 806, secondo cui, senza dubbio, "i diritti sociali dipendono, nella loro concreta realtà, dall'organizzazione dello Stato; ma è pura illusione pensare che lo stesso non sia vero anche per i diritti di libertà (...) a tacer d'altro, sono tutte condizionate alla possibilità di farle valere in giudizio, cioè all'organizzazione della funzione giurisdizionale."

quest'ultimi che, a tacer d'altro, dipendono dall'organizzazione di un sistema giudiziario e di tutela della pubblica sicurezza efficaci, deputati a prevenirne o a reprimerne le violazioni.

Vero è, però, che in ordine al contenuto essenziale dei diritti sociali, assicurare ai soggetti più svantaggiati le condizioni materiali per condurre un'esistenza dignitosa, non vi è nemmeno dipendenza dalla discrezionalità del legislatore ma solo "giurisdizione in nome della Costituzione"⁴⁹.

In questo senso del resto, anche recentemente, si è espressa la Cassazione⁵⁰ affermando che il legittimo perseguimento dell'economicità della gestione del servizio sanitario non può pregiudicare "conclamate esigenze di cura del paziente".

5. Alcune considerazioni conclusive. La relativizzazione dei diritti fondamentali tout court?

Lo stretto collegamento tra le politiche sociali e la situazione economica generale di un paese è, oramai, un dato di consolidata espe-

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della C. cost. e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del seminario tenutosi a Roma, Palazzo della Consulta, 8 e 9.11.1991, Milano, Giuffrè, 1993, 123 ss. Sul tema, v., inoltre, C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 33 ss.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. 212 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, 132 ss.

⁵⁰ Corte di Cass., Pen., sent. 2.3.2011, n. 8254, in www.dirittoegiustizia.it. Negli ultimi anni il riconoscimento dell'effettività dei diritti fondamentali sociali è più volte tornato ad essere opera del giudice penale, come nel caso qui indicato. Qualche anno addietro, poi, sempre la Corte di Cass., Pen., sent. 27.6. - 26.9.2007, n. 35580, in www.dirittoegiustizia.it, ha affermato che "la mancanza di un alloggio costituisce un'ipotesi di lesione indiretta dell'integrità fisica, poiché il diritto di abitazione rappresenta un diritto primario della persona ex art. 2 della Cost.", riconoscendo, in tale ipotesi, l'esimente dello stato di necessità per colui che ha occupato abusivamente un alloggio popolare vuoto. Sul ruolo iniziale del giudice penale nella tutela dei diritti sociali, v., G. CORSO, *I diritti sociali nella...*, cit., 755 ss.

rienza.

Attualmente, la crisi fiscale dello Stato viene aggravata dalla fase recessiva del ciclo economico, in cui un minore flusso di risorse si riversa nei diversi canali di spesa pubblica. Con l'esigenza di risanare la finanza statale si impone, dunque, sì un ripensamento degli obiettivi e degli strumenti di un nuovo *Welfare State*, ma forse una più generale riconsiderazione dell'efficacia giuridica dei diritti fondamentali.

Se, in effetti, la contrazione delle risorse pubbliche si traduce in "tagli lineari" alle diverse politiche pubbliche così come alle diverse strutture pubbliche, ne consegue una relativizzazione di tutti i diritti fondamentali, siano essi configurabili come diritti di libertà o come diritti sociali, nella misura in cui essi dipendano dall'organizzazione pubblica.

Ne discende che tutti i diritti fondamentali che abbiano come soggetto passivo i poteri pubblici siano fortemente condizionati dalle risorse a disposizione del settore pubblico.

Scontata, infatti, la lunga fase storica in cui le libertà civili venivano considerate come *self-executing*, in virtù della supposta necessaria immanenza degli apparati pubblici deputati a garantirne in concreto il rispetto nel caso di eventuali violazioni, oramai tutte le organizzazioni pubbliche sono interessate a tagli delle risorse finanziarie indipendentemente dagli interessi pubblici, *rectius* diritti fondamentali, alla cui garanzia sono preordinate e, soprattutto, a prescindere dalla quantità di risorse finanziarie necessarie ad assicurarne un adeguato livello di tutela⁵¹.

Saremmo di fronte, pertanto, se non ad uno svuotamento, ad una relativizzazione di tutti i diritti fondamentali, nei termini in cui oltre a dover essere bilanciati con contrapposti diritti pari ordinati si debbano tenere in considerazione le scarse risorse finanziarie disponibili e quelle concretamente ad essi de-

stinate dal legislatore⁵².

Resta, in ogni caso, la possibilità di sindacare comunque la scelta del legislatore sotto il profilo della ragionevolezza ed estendere anche al profilo del condizionamento finanziario la garanzia del contenuto essenziale del diritto⁵³.

Vero è che, come è stato autorevolmente affermato, il giudice delle leggi è portato, comunque, a privilegiare l'aspetto della compatibilità finanziaria nei periodi di contrazione delle risorse a disposizione dei bilanci pubblici.

Il quadro, peraltro, non sembra destinato a

⁵² Per un interessante approfondimento sull'effettività dei diritti fondamentali, opportuno e rilevante risulta il riferimento all'oramai tradizionale lavoro, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010, 286-297, secondo cui l'istituzione di tali diritti si basa sulla convinzione che siano necessari al fine di garantire a ciascuno un'esistenza "degnata di un essere umano" e che, pertanto, "valga la pena pagare dei costi, in termini di politica sociale o di efficienza". In tale ottica, "non è sufficiente, per limitare un diritto già concesso, sostenere che la società pagherebbe un prezzo eccessivo," altrimenti si dimostrerebbe che lo stesso riconoscimento del diritto "è un inganno, una promessa" che si "intende mantenere solo finché non diviene scomoda".

⁵³ Sulla c.d. *Wesensgehaltgarantie* ex art. 19, abs. 2, G.G. si v., P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, (a cura di P. Ridola), Roma, Nis, 1993. Sulla rilevanza del contenuto essenziale dei diritti fondamentali nella Costituzione italiana, utile è, ID., *Recenti sviluppi dei diritti fondamentali in Germania*, in *Giur. It.*, 1993, IV, 171 ss. Per un esempio dell'operatività della garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, per quanto riguarda il diritto ai trattamenti sanitari, v., C. cost., sent. 27.10.1988, n. 992, in www.cortecostituzionale.it, ove si dichiara l'illegittimità costituzionale delle leggi finanziarie del 1983 e del 1984 nella parte in cui non consentivano l'assunzione a carico del servizio sanitario nazionale delle prestazioni di diagnostica strumentale ad alto costo, effettuate presso strutture private non convenzionate, neppure quando le strutture private fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli accertamenti diagnostici fossero indispensabili. Si afferma, al riguardo, infatti che "l'esclusione in assoluto.. di qualsivoglia ristoro, ancorché ricorrano particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopperibili, incide sulla garanzia di quel diritto primario e fondamentale" che è il diritto alla salute. Sulle tecniche di bilanciamento e ponderazione dei diversi diritti costituzionali e dei principi e dei valori enunciati dalla Carta Fondamentale, v., A. VESPAZIANI, *Interpretazione del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002.

⁵¹ Sul tema, appare pregna di significato, nella sua elementare semplicità ed incontestabile evidenza, l'argomentazione centrale, svolta nel saggio, S. HOLMES - C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, cit., *passim*, secondo cui finanche la tutela della proprietà privata e della libertà personale postuli un servizio pubblico, predisposto e organizzato dai pubblici poteri nonché finanziato con risorse pubbliche prelevate dalla generalità dei consociati.

mutare in maniera sostanziale nemmeno in considerazione dell'introduzione nella Costituzione del vincolo all'equilibrio di bilancio⁵⁴.

La formulazione normativa nel nuovo articolo 81 della Costituzione, infatti, del vincolo costituzionale all'equilibrio di bilancio così come, e in misura forse ancora maggiore, il c.d. fiscal compact europeo⁵⁵ comporteranno verosimilmente più che una revisione sostanziale dei metodi e dei parametri di bilanciamento fra valori costituzionali ed equilibrio di bilancio, la possibilità, invece, di rendere percorribile la strada della tutela aquiliana del diritto di credito alle prestazioni pubbliche, rimasto insoddisfatto per insufficienza di risorse a disposizione dei poteri pubblici, nei confronti di chi abbia depauperato il patrimonio pubblico, specie se in seguito ad illecito penale, civile, amministrativo o contabile, accertato in sede giudiziaria, facendo così emergere quel nesso di causalità, altrimenti di difficile configurazione, necessario per poter accedere a tale tipo di tutela⁵⁶.

⁵⁴ La modifica del testo dell'art. 81 con l'introduzione del vincolo all'equilibrio di bilancio, sia pure temperato, dalla possibilità di tener conto degli andamenti del ciclo economico e di circostanze eccezionali è entrata in vigore l'8.5.2012. V., al riguardo, A.C. 4620 e A.S. 3047, approvati in prima lettura dalla Camera il 30.11.2011 ed il 15.12.2011 dal Senato; in seconda lettura rispettivamente il 17.4.2012 ed il 18.4.2012, in www.camera.it

⁵⁵ Si tratta del documento approvato dal Consiglio Europeo del 9.12.2011, tenutosi a Bruxelles, secondo cui i "general government budgets shall be balanced or in surplus; this principle shall be deemed respected if, as a rule, the annual structural deficit does not exceed 0.5% of nominal GDP. The rule will contain an automatic correction mechanism that shall be triggered in the event of deviation". Inoltre si è stabilita "the jurisdiction of the Court of Justice to verify the transposition of this rule at national level", in www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press_data/en/ec/126658.pdf. Probabilmente, i vincoli di finanza pubblica stabiliti in sede europea avranno una cogenza maggiore rispetto alla nuova formulazione dell'art. 81 cost., anche in considerazione del testo della disposizione in questione.

⁵⁶ Non è certo possibile, data la natura del lavoro, affrontare il tema della risarcibilità del danno da illecito che abbia comportato una lesione del credito. Ci si limita qui a ricordare che, come noto, l'estensione della tutela aquiliana alla lesione del credito è avvenuta ad opera della giurisprudenza, v., al riguardo, la storica sentenza della Corte di Cass., Sez. Un. 25.1.1971, n.

174, in *Giust. Civ.*, 1971, I, 99. Successivamente, la giurisprudenza, nel precisare i limiti e le condizioni per il risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto di credito, ha introdotto il concetto di "perdita secca", considerando risarcibile il danno ad un bene di natura economica, difficilmente sostituibile o che comporti comunque un perdita patrimoniale secca v., Cass. 8-11-1980 n. 6008, in *Rass. Giur. Enel* 1981, 190 ss.

ATTO AMMINISTRATIVO IMPLICITO E COMPATIBILITÀ CON LA L. 241/90. LA PECULIARE FIGURA DELL'AUTHORITY

di Antonio Cordasco

L'istituto dell'atto amministrativo implicito, la sua regolamentazione e i poteri delle Authorities in materia di adozione di atto amministrativo implicito.

The institution and regulation of implied administrative act and the powers of Authorities in adoption of implied administrative act.

Sommario: 1. Introduzione: l'atto amministrativo implicito. 2. Requisiti dell'atto amministrativo implicito. 3. Atto amministrativo implicito, compatibilità con l. 241/90 e s.m.i.. 4. Le Authorities, atto amministrativo implicito e poteri.

1. Introduzione: l'atto amministrativo implicito.¹

Da tempo dottrina e giurisprudenza dibattono sulla legittimazione, (tra le possibili forme di esternazione dell'attività amministrativa), dell'atto amministrativo c.d. implicito². Invero, le problematiche che sorgono in relazione alla possibilità per la pubblica amministrazione di esternare la propria volontà attraverso manifestazioni implicite, riguardano il principio di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, secondo cui, l'attività della pubblica amministrazione deve essere regolata dalla legge, che ne determina non solo l'attribuzione del potere in capo all'autorità amministrativa competente ma, altresì, le modalità di svolgimento dello stesso. Il principio di legalità non trova nella Carta costituzionale un riferimento esplicito. Pur tuttavia lo stesso riferimento, si può ricavare da un richiamo ai diversi principi contenuti nella stessa costituzione, tra cui quello contenuto

nell'art. 97. A riguardo in dottrina, si è comunque precisato, che il richiamo all'art. 97 cit. “può risultare (almeno parzialmente soddisfacente a condizione che esso sia riferito alla parte della disposizione in cui è conacrato la regola in forza della quale spetta alla legge, nel momento in cui provvede ad organizzare i “pubblici uffici”, stabilire altresì le rispettive “sfere di competenza” ed “attribuzioni”. Molto meno condivisibile sarebbe invece il rinvio stesso, qualora esso riguardasse il canone dell'imparzialità dell'azione amministrativa che in effetti appare neutrale rispetto alla problematica ora in discussione”; precisando poi lo stesso Autore che “il principi di imparzialità, anzitutto, se può implicare la necessità che esista una previa norma capace di circoscrivere l'ambito di valutazione discrezionale demandato all'amministrazione, non sembra però di per sé esigere che essa sia sempre e necessariamente di rango legislativo formale; la regola dell'imparzialità, peraltro, pare più propriamente concernere non tanto la questione della sussistenza di un determinato potere amministrativo quanto piuttosto solo quello delle modalità del suo esercizio”.³

¹ Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista

² BASSI, Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, Milano, 2001, 35 ss.; MORBIDELLI, Il principio di legalità e c.d. poteri impliciti in Dir. Amm. 2007.

³ BASSI, Il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie

Tuttavia, il principio di legalità dell'azione amministrativa deve essere temperato con la contrapposta esigenza di celerità e di speditezza dell'azione amministrativa (peraltro oggi acclarata dalle recenti normative in materia) che rende estremamente difficile per la pubblica amministrazione, in particolari circostanze, attenersi all'iter procedimentale imposto dalla norma specifica.

In siffatto contesto tra le figure atipiche di esternazione dell'attività amministrativa, un posto di rilievo riveste l'atto amministrativo implicito.

2. Requisiti dell'atto amministrativo implicito.

Tale "tipologia" di atto non trova invero nella legge sul procedimento amministrativo una disciplina, che si ricava da un'attenta interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

In particolare, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che si configura un atto amministrativo implicito, nei casi in cui l'amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento, ovvero determinandosi in una specifica direzione (anche in ragione delle fasi istruttorie coerentemente svolte) a cui non può essere ricondotta altra volontà se non quella equivalente al contenuto del provvedimento corrispondente⁴.

La fattispecie provvedimentale implicita è stata delimitata dalla stessa giurisprudenza, la quale, al fine di assicurare la tutela delle posizioni giuridiche incise da tale tipologia di attività amministrativa, ne afferma l'ammissibilità purchè ed in presenza di particolari condizioni: "a) innanzitutto deve esistere una manifestazione espressa di volontà (comportamento concludente o altro atto amministrativo), proveniente dalla P.A. e a contenuto amministrativo, da cui desumere l'atto implicito; b) tali atti o comportamenti devono poi, provenire da un organo competente nell'esercizio delle sue attribuzioni; l'atto implicito deve, a sua volta, rientrare nella sfera di competenza dell'autorità amministra-

tiva emanante l'atto presupponente; c) l'atto implicito non deve essere un atto per il quale si richiede il rispetto di una forma solenne e devono essere rispettate le regole procedurali prescritte per l'emanazione di un provvedimento del genere; d) infine, dal comportamento deve desumersi in modo non equivoco la volontà provvedimentale, cioè deve esistere un collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso"⁵.

Del resto, la possibilità di esternare l'attività amministrativa con forme diverse dal provvedimento espresso, trae fondamento dal principio di libertà delle forme ma anche da quello di economicità e di snellezza dell'azione amministrativa e, in particolare, da quello di tutela dell'affidamento dei cittadini⁶.

L'istituto dell'atto implicito, risponde invero all'esigenza di individuazione di un atto impugnabile anche laddove non esiste un provvedimento esplicito.

Peraltro lo stesso Consiglio di Stato, già nel 2002, aveva avuto modo di precisare come potesse accadere soventemente che, il ricorso proposto dai privati, venisse dichiarato inammissibile per mancanza del provvedimento da impugnare, anche se in realtà, questo esisteva ma era implicito in un comportamento o fatto amministrativo inequivocabile.

Tale problematica assunse notevole rilievo con l'aumento dell'attività materiale della P.A. allorché si avvertì: da un lato l'esigenza di tutelare il privato di fronte a manifestazioni atipiche del potere provvedimentale della pubblica amministrazione e, dall'altro, la necessità di prevedere una forma impugnatoria che meglio si adattasse alla fattispecie atipica, senza ricorrere alla tutela prevista per il silenzio dell'amministrazione, stante l'inequivocabile differenza che intercorre tra i due istituti.

Tuttavia la mancanza di un provvedimento da impugnare, ha fatto sorgere non pochi problemi di interpretazione sotto il profilo

in Foro Amm. TAR 2002, 1900 ss

⁴ CdS, IV n. 813/2011

⁵ CdS, IV 18.10.2002 n. 5758

⁶ CdS, IV n. 5758/2002 e TAR Lazio, Sez III ter n. 1834/2003

impugnatorio.

In un primo momento il Consiglio di Stato, aveva dichiarato l'inammissibilità del gravame (in caso di denuncia di inizio attività), atteso che la D.I.A non avrebbe valore di provvedimento amministrativo tacito, ma si configurerebbe come atto di parte, che consente al privato di intraprendere un'attività una volta scaduto il termine di decadenza entro cui l'amministrazione può esercitare il proprio potere inibitorio⁷. Tale tesi però è stata oggetto di numerose critiche, fondate sulle esigenze di tutela dei terzi oltre che di certezza dei rapporti giuridici.

A tale orientamento si è contrapposto un diverso filone giurisprudenziale di natura interpretativa, secondo cui la denuncia di inizio attività, va equiparata al permesso di costruire quanto all'impugnazione. Da ciò ne consegue che la relativa decisione riguarderà quella parte ammissibile dell'impugnazione, con cui si chiede di voler conseguire l'annullamento del titolo edilizio conseguito dalla controinteressata con il deposito della denuncia, trascorso il tempo di legge⁸. Considerando invece che la D.I.A., non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, ma, una semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo, il Supremo Consesso Amministrativo ha avuto modo di affermare che la stessa è impugnabile dal terzo, nell'ordinario termine di decadenza di 60 giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del suo perfezionamento, ovvero dalla conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto della stessa⁹.

Pertanto i terzi, che si assumono lesi dal silenzio serbato dall'Amministrazione a fronte di presentazione di D.I.A., sono legittimati all'impugnativa non avverso il silenzio stesso ma, nelle forme dell'ordinario giudizio di impugnazione, avverso il titolo che, formatosi e consolidatosi per effetto del decorso del termine, si configura in definitiva come fattispecie provvedimentale a formazione implicita¹⁰.

Tale tesi è stata però messa in dubbio da

altra giurisprudenza¹¹ la quale ha ritenuto che escogitare un provvedimento implicito che non esiste (a differenza del silenzio-assenso) non risulta di per sé idoneo ad assicurare un più elevato livello di tutela al terzo che si voglia opporre all'intervento; anzi, ciò lo esporrebbe alle incertezze interpretative sull'esatto momento in cui egli consegue la piena conoscenza dell'atto lesivo e, a partire dal quale, decorre il termine per l'eventuale impugnativa. Secondo tale costruzione, la D.I.A. è atto di parte o atto del privato e ad essa non si applicano le regole tipiche del procedimento amministrativo. In particolare la predetta pronuncia della VI Sezione, pur condividendo la preoccupazione di assicurare al terzo la effettività della tutela giurisdizionale, ha osservato tuttavia che tale "remora" non può portare a stravolgere la natura dell'istituto, trasformando quella che è una dichiarazione del privato in atto dell'amministrazione o in una fattispecie "ibrida" che nascerebbe privata e diventerebbe pubblica per effetto del decorso del tempo trascorso e del silenzio serbato.

La questione è stata oggetto di indagine da parte dell'Adunanza Plenaria, la quale ha precisato (circa l'impugnazione della D.I.A.) per un verso che il privato, che ritenga di essere pregiudicato dai lavori effettuati sulla base di D.I.A., debba necessariamente attivare il procedimento per la formazione del silenzio-rifiuto sulla istanza volta all'adozione di provvedimenti repressivi da parte della P.A.; per altro verso, ha individuato nella fattispecie, quale oggetto specifico dell'impugnazione, il silenzio (che riveste natura di provvedimento negativo implicito) in ordine all'esercizio di poteri inibitori sulla dichiarazione di inizio di attività.

Invero l'Adunanza Plenaria ha precisato che ricorre l'ipotesi "di un provvedimento per silentium con cui la P.A., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata". In questo caso, "venendo in rilievo un provvedimento per silentium, la tutela del terzo sarà affidata primariamente

⁷ CdS, V 22.2.2007 n. 948

⁸ TAR Liguria, Ge, Sez. II 9.1.2009 n. 43; Id. Sez. I, 6.6.2008 n. 1228

⁹ CdS, VI 5.4.2007, n. 1550

¹⁰ CdS, 25.11.2008 n. 5811

¹¹ CdS, VI, 9.2.2009, n.717

all'esperimento di un'azione impugnatoria"¹².

Pertanto in relazione all'esigenza di tutelare i terzi da ipotesi provvedimentali implicite, la giurisprudenza, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo, ha garantito una tutela a fattispecie che, data la loro atipicità dall'ipotesi provvedimentale, sarebbe rimasta esclusa dal sindacato giurisdizionale o che sarebbe stata devoluta al g.o. qualora in esse, si fosse ravvisata un'attività materiale sine titolo, anziché un atto implicito.

3. Atto amministrativo implicito, compatibilità con la l. 241/90 e s.m.i.

Nonostante l'orientamento assunto dalla giurisprudenza sia volto ad ammettere la legittimazione dei provvedimenti impliciti (laddove ricorrano determinate condizioni), molte sono ancora le incertezze e problematiche che coinvolgono la figura della fattispecie provvedimentale implicita, con particolare riferimento alla difficile compatibilità tra tale istituto e le prescrizioni di cui alla l. 241/90 sul procedimento amministrativo.

L'intera normativa sul procedimento amministrativo infatti, si riferisce alla tipica figura del provvedimento amministrativo "espresso", non contemplando alcuna forma di manifestazione implicita della volontà della pubblica amministrazione.

Da tale deduzione conseguono una serie di problemi di compatibilità con altrettanti istituti specifici, contemplati dalla menzionata l. 241/90; primo tra tutti l'istituto della motivazione disciplinata all'art. 3, ciò in quanto l'atto implicito per sua natura non può contenere alcuna motivazione, eludendo in tal modo il generico obbligo disposto dall'art. 3 che impone invece di motivare i provvedimenti adottati.

Il difetto di motivazione dell'atto implicito ha fatto dubitare parte della dottrina della legittimità e ammissibilità dello stesso tra le fattispecie provvedimentali, atteso che, l'atto implicito si tradurrebbe in sostanza in un'elusione della garanzia rappresentata dall'istituto della motivazione.

Tuttavia, in diverso avviso, altra corrente ritiene che dall'atto implicito, si possa ricavare una motivazione, facendo riferimento proprio all'atto presupposto allo stesso.

Altro problema sorge poi in relazione all'art. 2 della l. 241/90 che obbliga, l'amministrazione, a concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

A tal proposito la dottrina, è comunque divisa tra coloro che interpretano letteralmente la norma, ritenendo che l'amministrazione possa concludere il procedimento soltanto attraverso un atto esplicito, e altra parte della dottrina che invece, interpreta l'aggettivo "espresso" in senso ampio, cioè con riferimento ad un obbligo per la P.A. di concludere il procedimento e di non rimanere inerte, non essendo importante se l'amministrazione provveda esplicitamente ovvero con un atto implicito.

I profili di incompatibilità sopra delineati, si pongono poi anche in relazione all'art. 21 *septies*, nella parte in cui la stessa norma include tra le cause di nullità dell'atto amministrativo, il vizio di forma.

Tuttavia il requisito prescritto dal citato art. 21 *septies*, deve relazionarsi necessariamente con il principio di libertà di forma, secondo cui la P.A. non è tenuta ad estrinsecare la propria volontà con un atto scritto, se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Non sempre la mancanza ovvero la erroneità nella forma, conduce all'invalidità dell'atto adottato. L'atto sarà infatti nullo solo nel caso di violazione della forma essenziale, per tale intendendosi quelle caratteristiche necessarie e sufficienti a far identificare un atto come provvedimento della pubblica amministrazione.

Non sembra quindi possa, concludersi, nel senso della nullità dell'atto per difetto di volontà o forma dell'atto implicito, laddove lo stesso possa ricavarsi da un provvedimento o comportamento presupposto.

D'altronde l'art. 21 *octies* stabilisce la salvezza dell'atto amministrativo anche qualora lo stesso sia viziato se si dimostri che il provvedimento avrebbe comunque avuto identico contenuto.

E' interessante in proposito considerare il caso in cui nei procedimenti ad istanza di par-

¹² CdS, Ad. Plen., 29.7.2011 n. 15; IV, 15.12.2011 n. 6614

te, la comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10 bis l. 241/90, avvenga con provvedimento implicito anziché con atto espresso.

A tal proposito il TAR Lazio ha avuto modo di affermare che *“l’omissione del preavviso di rigetto previsto dall’art. 10 bis l. n. 241/90, non determina l’illegittimità del provvedimento finale nel caso in cui l’interessato nel ricorso, non abbia addotto alcun elemento in fatto idoneo ad inficiare le conclusioni raggiunte con il provvedimento finale impugnato, non essendoci pertanto prova che la sua partecipazione al procedimento sarebbe stata in grado di concretizzarsi in osservazioni, suggerimenti e anche opposizioni ragionevolmente idonee a sortire una favorevole incidenza causale sul provvedimento finale”*¹³.

Tra i poteri impliciti previsti nell’ambito dei poteri provvedimentali, occorre distinguere tra i poteri regolamentari e i poteri provvedimentali¹⁴. I poteri regolamentari soprattutto se adottati dalle Autorità indipendenti, si limitano a dettare criteri concernenti obiettivi e finalità: come a dire che determinano in concreto il contenuto della potestà regolamentare.

Con riguardo invece ai poteri provvedimentali, vanno esaminati i limiti della competenza ed esercitare quello specifico potere quale titolarità dell’esercizio del potere stesso. In particolare il potere provvedimentale delle Autorità indipendenti, è stato oggetto di rilettura giurisprudenziale che, ha desunto dalle finalità attribuite alle Autorità medesime, il potere alle stesse riconosciuto. Si pensi ad esempio alla competenza dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas a regolare anche i settori non espressamente affidati sempre che sia coerente con le finalità e con i risultati attribuiti dalla stessa legge all’Autorità.

Quando si tratta di poteri provvedimentali, la loro individuazione deve rispondere a regole rigorose, tali da garantire l’ossequio al principio di tipicità.

Il principio di tipicità vuol dire che l’attribuzione di tale potere deriva dal sistema

normativo in cui questo potere si radica¹⁵.

4. Le Authorities, atto amministrativo implicito e poteri.

Ciò premesso, la questione va ora riferita alle autorità amministrative indipendenti, ed in particolare al potere provvedimentale che alle stesse viene riconosciuto, ed in merito alla capacità di queste di adottare provvedimenti di natura amministrativa implicita¹⁶.

Il TAR Puglia, Sez I, con sentenza n. 180 già nel 9.7.2009, con riferimento ai poteri di tali autorità, affermava che *“i principi di legalità e di tipicità, che costituiscono regole dell’azione amministrativa, non comportano l’esclusione assoluta di ogni potere provvedimentale implicito, inteso quale potere di emanare un provvedimento amministrativo non previsto da alcuna norma di legge o di regolamento, ma richiedono che l’attribuzione di questo sia coordinata con il sistema di garanzie in cui tale potere si radica”*.

L’Autorità indipendente può, quindi, provvedere, in modo implicito anche se non previsto dalla legge stante il potere implicito riconosciuto alla stessa Authority.

D’altronde le autorità amministrative indipendenti godono di poteri ricavabili dalla legge e non dalla stessa previsti direttamente.

Nelle materie con particolare tecnicismo, sono infatti le stesse leggi di settore ad attribuire all’Autorità amministrativa indipendente ampi poteri soprattutto in materia provvedimentale.

Ciò però finisce con contrastare con il principio di legalità, evidenziando così problemi di compatibilità.

In proposito giova ricordare che il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che

¹⁵ MORBIDELLI, Op. cit.. Sul punto cfr TRAVI Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità in Dir. Pubbl. 1995, 91 ss, il quale pur riconoscendo la idoneità dei principi generali (anche a fronte di quanto elaborato in proposito dalla giurisprudenza), manifesta comunque le sue perplessità circa la capacità della stessa giurisprudenza ad utilizzare l’atto implicito anche per delineare poteri *“che dovrebbero invece caratterizzarsi per una tendenziale tassatività auspicando, quindi una maggiore selettività dei principi stessi”*.

¹⁶ A. PREDIERI, Le Autorità Indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici, Firenze, Passigli Editore, 1997.

¹³ TAR Lazio Rm, sez II 15.11.2011 n, 8892

¹⁴ MORBIDELLI, Op. cit.

*“la parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell’esigenza di assicurare il perseguimento ai fini che la stessa legge determina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all’evoluzione del sistema. Una predeterminazione normativa rigida sarebbe da ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti”*¹⁷.

Da ciò si ricava che il potere riconosciuto in materia alle Authority consente alle stesse seppur implicitamente di comparare l’esercizio del potere provvedimento implicito con il principio di legalità sostanziale.

Tali criteri non possono prescindere dalla differenza (anche in ragione della diversità delle funzioni) che ricorre tra le *Authorities* e quindi dalla capacità alle stesse riconosciuta di adozione di provvedimenti impliciti¹⁸. Normalmente per distinguere tra le varie autorità indipendenti, viene usato il criterio che fonda sull’attività istruttoria e decisoria che i diversi organismi interni svolgono. D’altronde per l’adozione di atti generali viene richiesta una maggiore discrezionalità che ovviamente non è necessaria nel caso di provvedimenti destinati ai singoli soggetti.

Una piena indipendenza funzionale andrebbe così conferita solo a quei soggetti che svolgono un’attività paragiurisdizionale e non anche, a quelli che svolgono un’attività assimilabile a quella del legislatore¹⁹.

In tale contesto si ritiene che le fondamenta dell’indipendenza delle autorità quali L’AEEG siano radicalmente diverse da quelle dell’Autorità antitrust che svolge una funzione di garanzia, ciò in quanto nel primo caso si parla di attività amministrativa vera e propria perchè, l’Autorità agisce in modo impar-

ziale, per perseguire le finalità di interesse pubblico che le sono assegnate *ex art.* 97 della costituzione, senza essere parte “terza” rispetto ai soggetti destinatari delle sue azioni – mentre nel secondo caso dell’Autorità antitrust, la stessa deve ritenersi “garante”, e quindi “terza” rispetto alle parti²⁰.

Tale criterio distintivo va comunque contestualizzato sia politicamente che teoricamente. Le autorità regolatori (come AEEG) adottano infatti provvedimenti di contenuto evidentemente tecnico, applicando principi spesso ricavabili dalla prassi delle stesse Autorità. Inoltre, tale Autorità ha come obiettivo quello di garantire efficienza del meccanismo di mercato nel rispetto di principi di derivazione comunitaria²¹.

Recentemente si è poi ritenuto distinguere all’interno delle autorità di regolazione “una differenziazione di fondo tra settori nei quali coesistono politiche pubbliche selettive e regolazione dei mercati (ad esempio: in materia di energia e di altri servizi pubblici, come i trasporti, la sanità e la scuola, oggi sempre più resi anche da soggetti privati) e settori nei quali vi è, negli ordinamenti contemporanei, minor spazio per indirizzi o strategie politiche, tra i quali vi sono i tre mercati finanziari. Quanto ai primi è impensabile che non vi siano indirizzi e programmi di politica energetica di sviluppo dei sistemi di trasporto, di politica e sanitari e scolastica, che determinano allocazioni di risorse e scelte di merito. E dunque, le agencies di supervision di tali settori sono chiamate ad attuare degli specifici indirizzi politici, cristallizzati a monte (ad esempio: in tema di liberalizzazione del mercato elettrico). Viceversa, rispetto ai mercati finanziari (in senso lato) la funzione dei decisori politici è quella di porre – e modernizzare, via via - le regole generali per una ottimale organizzazione giuridica dei mercati, esprimendo, nell’esercizio di tale funzione degli indirizzi legislativi”²².

¹⁷ CdS., VI, 27.12.2006 n. 7972.

¹⁸ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di Garanzia* in Riv. Trim. Dir. Pub. 1967, 647 ss.

¹⁹ G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti in diritto della Banca e del Mercato Finanziario* 1990, 415 e ss.; M. CLARICH per uno studio del potere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in F. BASSI – F. MERUSI, *Mercati e Amministrazioni Indipendenti*, Milano, 1993, 128.

²⁰ A. PERA *Appunti sulla Riforma delle Autorità: Regolazione e Concorrenza* MCR 2/2002.

²¹ C. SAN MAURO *Recenti trasformazioni nel diritto dell’Economia* Maggioli Editore 2010.

²² S. AMOROSINO *Regolazioni pubbliche mercati imprese* Torino, Giappichelli 2009.

I criteri di distinzione hanno sostenuto che i due tipi di autorità svolgono la loro attività con l'adozione di atti simili, perseguendo interessi di rilievo costituzionale, pur se con modi differenti; pertanto dovrebbero vedersi attribuire lo stesso grado di indipendenza²³. Peraltro, al riguardo si potrebbe anche precisare che neppure, una diversa caratteristica dell'indipendenza funzionale è chiaramente evidente nell'appartenenza in alcune scelte del legislatore in materia di Autorità di regolamentazione. Si pensi alla differenza nei criteri e nelle modalità di nomina dei membri delle Autorità e alla maggiore possibilità di intervento governativo nell'attività dei regolatori.

E' questo il caso in cui la legge conferiva all'autorità, il compito di assicurare nell'erogazione del servizio del gas la tutela della sicurezza degli impianti e l'autorità ritenga di dover imporre obbligatoriamente una assicurazione per tutti i clienti fruitori del gas.

Su tale questione è intervenuto il Consiglio di Stato, VI, 17.10.2005, n. 5827, il quale è stato chiamato a giudicare della legittimità di una delibera con cui l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha previsto, per tutti i clienti finali civili, l'obbligo di una assicurazione per i rischi connessi all'utilizzo del gas naturale: delibera che assegna alla Autorità, il compito di assicurare, nell'erogazione dei servizi di pubblica utilità dei settori dell'energia elettrica e del gas, il rispetto dell'ambiente, la sicurezza degli impianti e la salute degli addetti. Ebbene il Supremo Consesso ha riconosciuto la categoria dei poteri impliciti, valorizzando la tecnica del legislatore nel conferire all'Autorità indicata, i poteri amministrativi di regolazione del mercato elettrico e del gas, affermando che la l. n. 481 del 1995 è *“una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si “autoprogramma”*

secondo le finalità stabilite dal legislatore. Se così è allora non può lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo, che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del programma legislativo aperto, rinvia al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola, che dopo l'intervento degli interessati, appaia, tecnicamente la più idonea a regolare la fattispecie”.

Da quanto sopra emerge quindi la possibilità che l'Authority possa esercitare poteri non riconosciuti esplicitamente da una legge sempreché la legge limiti ed indichi gli obiettivi dell'Amministrazione attraverso e con il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati anche a garanzia del procedimento seguito.

In tal senso più recentemente il Consiglio di Stato, sez. VI, 2.5.2012, n. 2521, il quale nel giudicare la legittimità di alcune deliberazioni della Autorità garante per l'energia elettrica ed il gas naturale, ha precisato, in parziale deroga ai principi di legalità sostanziale che, la legge, non è tenuta ad indicare dettagliatamente il contenuto degli atti regolamentari delle autorità. Tale deroga si ricava dalla necessità di assicurare il raggiungimento dei fini che la stessa legge ha inteso perseguire. Se infatti la fonte di legge predeterminasse il contenuto di tali atti, ciò urterebbe il costante adeguamento delle regole tecniche con l'evoluzione di un sistema in quei settori in cui è elevato il tecnicismo. Osserva in proposito il Consiglio di Stato nella precitata sentenza: *“la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti”.*

D'altronde la funzione del principio di legalità sostanziale impone, *“il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia tra l'altro nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari”.*

²³ C. FRANCHINI, Mito e realtà delle Autorità Indipendenti, Impresa e Stato, n. 35.

LEGITTIMO AFFIDAMENTO E CONTRATTI PUBBLICI. OSSERVAZIONI SU *SERIETÀ* E *PIGRIZIA* AMMINISTRATIVA

di Stefano Villamena

La tutela del principio di legittimo affidamento incontra nel nostro ordinamento amministrativo una serie di limitazioni e di condizionamenti che ne rendono talvolta problematica l'applicazione. Nel presente contributo, dopo aver affrontato sinteticamente i profili generali del tema indicato, si è orientata l'analisi sul settore degli appalti pubblici. In questo settore, si è potuto verificare la presenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, cui tuttavia si affiancano alcune sporadiche pronunce che si muovono in senso diverso. Tali ultime pronunce, per quanto criticabili in alcuni passaggi, potrebbero aprire nuovi spazi di tutela per il relativo principio di legittimo affidamento, trovando giustificazione nei recenti interventi legislativi che vanno nel senso di combattere il fenomeno (che nel contributo è definito) dell'amministrazione pigra.

The principle of protection of legitimate expectations in our administrative system meets a number of restrictions and constraints that sometimes make them difficult to apply. In this paper, after dealing with a summary of the general outlines of the subject indicated, the analysis is focused on the area of public procurement. In this sector, it is able to verify the presence of legal guidelines established, which however are flanked by some sporadic pronouncements that move in a different direction. These latest pronouncements, however questionable in some passages, could open up new spaces for its principle of protection of legitimate expectations, finding justification in the recent legislative actions that go in the direction of fighting the phenomenon (which is defined in the contribution) Administration lazy.

Sommario: 1. Premessa. 2. Legittimo affidamento fondato sulla buona fede oggettiva e sugli artt. 1337 e 1338 c.c.. 3. Difficoltà nella configurazione della posizione tutelabile attraverso il legittimo affidamento. 4. Legittimo affidamento nella prospettiva di una procedura di appalto. 5. Spunti conclusivi in ordine alla nuova frontiera aperta in tema dagli strumenti di tutela contro l'amministrazione pigra.

1. Premessa¹

La tutela del legittimo affidamento può essere accordata soltanto a condizione che siano state fornite all'interessato “*rassi-curazioni precise, incondizionate, concorrenti*”, provenienti da “*fonti autorizzate ed affidabili*”, e che siano “*conformi alla disciplina applicabile*”². Già da queste battute iniziali, si com-

prende come il principio di legittimo affidamento costituisca un principio più facile a *comprendersi* che ad *applicarsi*.

Infatti, nella prassi, accade spesso che l'amministrazione fornisca una serie di “*rassicurazioni*”, mediante propri atti o mediante propri comportamenti interlocutori, che in un secondo momento è costretta a ritrattare o comunque che non è in grado di mantenere.

Il nostro contributo cercherà di precisare alcuni profili proprio relativamente ai *presupposti* e ai *limiti* della tutela del legittimo affidamento. A questo riguardo, dopo aver effettuato alcune osservazioni sintetiche sul tema generale, si orienterà l'analisi sul settore degli appalti pubblici. Scelta, questa, giustifi-

¹ Saggio sottoposto con esito positivo alla procedura di referaggio ai sensi del Regolamento interno della Rivista

² Così, TAR Lazio, Sez. I, 16.5.2012, n. 4457 (che richiama sul punto le pronunce della C. giust. CE, Sez. III, 17.9.2009, n. 519; Trib. CE, Sez. III, 30.11.2009, n. 427 e Id., Sez. II, 4.2.2009, n. 145). *Infra*, nota n. 10 per indicazioni ulteriori relativamente alla giurisprudenza comunitaria recente.

cata dal fatto che, proprio nel settore indicato, la giurisprudenza sembra aver dato più sicuri punti di riferimento agli interpreti, e ciò probabilmente anche a causa della particolare *morfologia* del relativo procedimento d'appalto.

2. Legittimo affidamento fondato sulla buona fede oggettiva e sugli artt. 1337 e 1338 c.c..

Nel nostro ordinamento amministrativo³ prevale l'impostazione che riconduce il principio di legittimo affidamento al principio di buona fede oggettiva⁴. Tale prevalenza si ri-

³ Con riferimento al settore del diritto costituzionale, vedi, ad esempio, M. GIGANTE, *Legge di interpretazione autentica, principio di intangibilità del giudicato e tutela del legittimo affidamento nella sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 213 e ss. L'Autrice si occupa del tema nella duplice prospettiva del diritto costituzionale e del diritto amministrativo: in tal senso vedi, altresì, ID., *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 2009, 403 e ss.; nonché, ID., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008.

Da ultimo, in tema, F. G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, pag. 21 e ss. (spec. par. 3.5). Trattando della giurisprudenza costituzionale, l'Autore cit. riconduce il principio di legittimo affidamento alla "sicurezza giuridica ovvero nella certezza dell'ordinamento giuridico, che viene espressamente considerato principio connaturato allo Stato di diritto, e viene elevato a parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità delle leggi". Infine, la stessa dottrina cit. ricorda che, nella giurisprudenza costituzionale, applicazioni del principio si hanno "in ordine alle leggi interpretative e retroattive, alle modifiche legislative che intervengono su rapporti di durata, nonché in ordine alla salvaguardia delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario".

⁴ In tema, da ultimi, F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1195 e M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 e ss.

Riguardo agli studi monografici in tema, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005 e S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005. Mentre, relativamente agli studi monografici più tradizionali, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento del cittadino. Dagli anni trenta*

scontra sia nella dottrina che nella giurisprudenza⁵. Quest'ultima, per altro, sembra ancorare tale impostazione a ragioni eminentemente pratiche, poiché in tal modo è più agevole collegare la tutela del relativo principio a precise disposizioni, fra cui, le più importanti, sono rappresentate dagli artt. 1337 e 1338 c.c.⁶. Va comunque ricordato che, molte speranze, nel senso del riconoscimento positivo del relativo principio, furono riposte nel processo di riforma che (nel 2005) interessò la l. n. 241/1990. Infatti, proprio in questo ambito si ipotizzò l'introduzione in via espressa del legittimo affidamento fra i "principi generali" dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1, della legge citata⁷.

Ma nonostante le intenzioni iniziali, non si giunse mai, come noto, ad una specifica previsione in tal senso, preferendosi modificare l'art. 1 cit. tramite l'aggiunta di un generico richiamo ai "principi comunitari"⁸.

Anche a causa del suo mancato riconoscimento, il principio di legittimo affidamento si lega dunque ad alcune specifiche previsioni del codice civile, gradualmente estese anche alle pubbliche amministrazioni⁹. Ciò senza tuttavia trascurare gli utili punti di riferimento rappresentati dall'ordinamento comunitario¹⁰

all'«alternanza», Milano, 2002; F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; infine, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

⁵ Vedi sul punto, anche per i relativi richiami bibliografici, S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 155-187.

⁶ In tema, V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Corriere giur.*, 2012, 5, 675 e ss.

⁷ Si tratta della riforma approvata nel 2005, con la l. 11.2.2005, n. 15. In tema, G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 305 e ss. e D. SORACE, *La "legificazione" delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 321 e ss.

⁸ Su cui vedi l'ampia analisi di A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 e ss.

⁹ Si tratta dei già richiamati artt. 1337 e 1338 c.c., di cui successivamente torneremo ad occuparci.

¹⁰ In tema, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *Principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 94 e ss. Merita qui ricordare una pronuncia recente del Giu-

e dallo “*statuto del contribuente*” approvato nel 2000¹¹.

È merito della giurisprudenza amministrativa aver progressivamente costruito lo spazio di effettiva tutela del principio in esame, cercando di colmare le molte lacune esistenti, a causa della sostanziale assenza di disciplina positiva¹². Così, a livello sostanziale, il Giudice amministrativo è arrivato a valutare la pubblica amministrazione non solo come *potere pubblico*, ma anche come “*corretto contraente*”¹³. Le due principali disposizioni su cui si basa tale impostazione sono come detto

dice di Lussemburgo, che sembra sintetizzare gli elementi essenziali riguardo all’applicazione del principio di legittimo affidamento nell’ordinamento comunitario (e che, almeno a livello generale, non sembrano discostarsi di molto da ciò che accade nel nostro ordinamento interno). La pronuncia in parola (C. giust. CE, Sez. IV, 14.3.2013, n. 545, ed *ivi* ampia giurisprudenza richiamata) afferma: “*secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell’Unione*”; precisando che il diritto di avvalersi del suddetto principio “*si estende ad ogni soggetto nel quale un’istituzione dell’Unione ha fatto sorgere fondate speranze*”. Esempi in tal senso sono costituiti da “*assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative*”, mediante “*informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili*”. Di contro, conclude la pronuncia menzionata, “*nessuno può invocare una violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall’amministrazione*”. In senso analogo, vedi altresì: Trib. CE, Sez. I, 17.1.2013, n. 346.

¹¹ In tema, A. MARCHESELLI, *Affidamento nel diritto tributario*, in *D. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2008, I e ss.

¹² È utile a riguardo ricordare che, precedentemente alla modifica operata dalla l. n. 15/2005, la giurisprudenza aveva individuato alcune particolari ipotesi di lesione dell’affidamento. Fra queste, merita schematicamente indicare: a) casi in cui l’Amministrazione, concluso un accordo con il privato - si pensi alla materia delle autorizzazioni allo svolgimento di attività bancaria o assicurativa - preliminarmente all’adozione di un provvedimento, avesse poi rifiutato il rilascio del provvedimento stesso; b) ipotesi di revoca di provvedimenti concessori richiedenti, per lo svolgimento di servizi pubblici, la costruzione di impianti di elevato costo ammortizzabili nel corso di più anni; c) casi di lottizzazione convenzionata, allorché la P.A., nonostante l’approvazione del piano di lottizzazione, avesse apportato varianti o adottato nuovi strumenti urbanistici in contrasto con esso; infine, d) ipotesi di ripetizione dell’indebito da parte della Amministrazione.

¹³ R. SACCO, *Trattativa*, in *D. disc. priv., sez. civ., Agg.*, 2012, 1087 e ss.

gli artt. 1337 e 1338 c.c..

In base a questi due articoli: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*” (art. 1337). Inoltre, qualora una parte, “*conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto*”, non ne dia notizia all’altra parte, “*è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*” (art. 1338).

Per cui, l’interesse tutelato nel codice civile è quello corrispondente ad un comportamento *corretto* nella formazione del rapporto giuridico, senza cioè i condizionamenti negativi derivanti da *menzogne, inerzie o sorprese*¹⁴. Non a caso, la dottrina civilista afferma che la disciplina richiamata intenda preservare le parti dai danni causati dall’*illusione*¹⁵. Le disposizioni indicate stabiliscono *obblighi di correttezza e di buona fede* durante le trattative che precedono la stipulazione del contratto. Obblighi che rilevano soprattutto nel momento in cui l’accordo lascia spazio alle scelte dei contraenti, permettendo così possibili situazioni di diseguaglianza.

L’impiego del principio di correttezza e di buona fede si configura come una “*regola di governo della discrezionalità*”. La stessa dottrina civilista pone in evidenza come il divieto di agire in modo sleale è “*diretto a tutti*”, ossia “*ai privati, e alle pubbliche amministrazioni*”¹⁶.

La conseguenza giuridica della violazione

¹⁴ Così, ancora, R. SACCO, *Trattativa*, cit. In tema vedi altresì: G. M. RACCA, *Correttezza*, diretto da S. CASSESE, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1529 e ss.

¹⁵ R. SACCO, *Trattativa*, cit.

¹⁶ R. SACCO, *Trattativa*, cit. Per alcuni brevi cenni agli altri ordinamenti (in particolare Germania, Inghilterra e Francia) si rinvia a S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 248-256. Vedi anche relativamente all’ordinamento inglese: L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., 143-152. Sempre sull’ordinamento inglese, da ultimo, S. VALAGUZZA, *Tutela dell’affidamento nel diritto nazionale e legittimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell’amministrazione e il principio di coerenza dell’azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb.com.*, 2010, fasc. 5, 1257 e ss.

dei divieti indicati è costituita dal sorgere di una *responsabilità precontrattuale*. Da essa scaturisce un obbligo risarcitorio¹⁷.

Si tratta però di un obbligo legato ad una serie di precise condizioni, la più importante delle quali è che il privato dimostri di aver tenuto un comportamento *diligente*; in caso contrario verserà in una situazione di *affidamento colposo*, che gli precluderà il relativo risarcimento. Per cui: se il privato ricevesse un *contributo pubblico* in palese violazione dei principi di concorrenza e imparzialità, non potrà poi richiedere il risarcimento del danno derivante dal fatto che la pubblica amministrazione ha successivamente annullato quell'atto in via di autotutela, poiché il suo *affidamento* in ordine al relativo contributo non è garantito a causa del suo *affidamento colposo*¹⁸. In tema merita infine dare conto di una pronuncia recente che contiene un esempio molto efficace a questo riguardo. In questa pronuncia si afferma che, non merita tutela, l'*affidamento* di "colui che richiede, ed ottiene, un permesso di costruire per edificare un immobile sul Colosseo", dal momento che, secondo un criterio di ordinaria diligenza, egli avrebbe dovuto sapere della "impossibilità, nota anche al "quisque de populo", di conseguire il titolo richiesto"¹⁹. Ragion per

cui, in detta fattispecie, l'annullamento d'ufficio disposto dalla pubblica amministrazione è perfettamente legittimo. Da ciò deriva un'ulteriore conseguenza, ossia che per ottenere la tutela del legittimo affidamento occorre che il privato conosca le norme di legge. Una tale regola può essere ricondotta al principio secondo cui "la legge non ammette ignoranza"²⁰. Tuttavia, l'applicazione della regola stessa, almeno in termini di maggiore o minore severità, dipenderà, anche e soprattutto, dal grado di complessità della normativa, nonché dalla qualifica professionale del privato che richiede la tutela del suo *affidamento*²¹.

3. Difficoltà nella configurazione della posizione tutelabile attraverso il legittimo affidamento.

La determinazione delle varie figure che rappresentano concretamente le condotte *sleali* o *scorrette* attraverso cui si accerta la violazione del principio di legittimo affidamento, costituisce uno dei compiti più problematici in tema. A livello civilistico si fa spesso riferimento a documenti internazionali, al fine di individuare i c.d. indicatori di serietà. Tipico in tal senso il caso dei "Principles", elaborati da *Unidroit* per il commercio internaziona-

¹⁷ In tema, G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000. Della stessa Autrice vedi utilmente: ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, diretto da P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, Tomo I, *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, X, Torino, 2007, 637 e ss.; ID., *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, in *Neldiritto*, n. 2/2009, 281 e ss.; e, infine, ID., *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in sito web csm.it

¹⁸ Da ultimo, CdS, V, 15.11.2012, n. 5772: "l'interesse pubblico alla revoca dell'illegittimo finanziamento al ricorrente prevale sull'eventuale affidamento ingenerato nello stesso. Soprattutto, considerando le modalità palesemente illegittime attraverso le quali il ricorrente si è visto assegnare il finanziamento comunitario (violazione del principio di immodificabilità del bando, della pubblicità degli atti di gara, violazione della par condicio), è da escludere che si possa essere ingenerato un qualsiasi legittimo affidamento".

¹⁹ TAR Calabria, Ct, Sez. II, 14.12.2010, n. 2952. Tale regola trova esplicito riconoscimento nel già richiama-

to art. 1338 c.c., che tutela soltanto il contraente che abbia confidato "senza sua colpa" nella validità ed efficacia del contratto concluso; in tema, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 122.

²⁰ Particolarmente significativa, seppure risalente nel tempo, la pronuncia della Cass. Civ., sez. III, 26.6.1998 n. 6337: "Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e comunque tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omissis di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse". Da ultimo, Cass., Sez. III, 8.7.2010, n. 16149.

²¹ Vedi, in tal senso, CdS, VI, 3.2.2011, n. 780. Nonché, la già citata TAR Calabria, Ct, Sez. II, 14.12.2010, n. 2952, in cui si pone in evidenza come, a causa dell'elevatissimo numero di norme caratterizzate da profili di specificità e tecnicismo, ai fini della conoscibilità da parte dell'uomo medio delle norme che disciplinano l'attività della p.a., si deve distinguere fra quelle caratterizzate da maggiore o da minore tecnicità.

le²², secondo cui costituiscono casi di comportamento scorretto: “l’inizio o la prosecuzione di trattative con l’intenzione di non concludere”²³; oppure, “la diffusione o l’utilizzo di informazioni confidenziali ricevute nel corso delle trattative”²⁴.

Anche a livello amministrativistico, la verifica della *malafede* dell’amministrazione è operata tenendo conto del *livello di serietà* dei rapporti intercorsi con il privato. Ma, fissare i parametri in base ai quali una certa posizione può essere considerata *seria*, e dunque anche *consolidata* a livello giuridico, rappresenta uno dei problemi più complessi in tema.

A questo riguardo può essere utile osservare la dinamica procedimentale. Ciò potrà aiutare a capire *da che momento* una posizione soggettiva di legittimo affidamento possa realizzarsi.

Consideriamo le due seguenti ipotesi. La prima costituita dal caso in cui l’azione amministrativa è iniziata, ma non si è ancora conclusa. La seconda costituita dal caso in cui l’azione amministrativa si è già conclusa, mediante l’adozione di un provvedimento.

Dalla prospettiva indicata è agevole osservare un dato, se il legittimo affidamento consiste anzitutto in una *posizione di vantaggio* caratterizzata da un certo grado di *stabilità*, ciò significa che questa posizione sarà più facilmente verificabile quando l’azione amministrativa si è già conclusa, giacché solo la conclusione dell’azione determinerà un maggior grado di stabilità delle relative posizioni.

Maggiori difficoltà, al contrario, si porranno per coloro che non hanno ancora ricevuto un provvedimento favorevole, poiché sarà più arduo per questi ultimi dimostrare il consolidamento della propria posizione. Questa osservazione è utile a comprendere un aspetto essenziale del principio di legittimo affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo, vale a dire che il suo livello di effettività (*i.e.* forza giuridica) dipende da un particolare presupposto costituito dalla presenza o meno di poteri amministrativi già esercitati.

²² In tema, M. J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 621 ss.

²³ Vedi art. 2.14.

²⁴ Vedi art. 2.15.

Tipico, in tal senso, il caso del legittimo affidamento innanzi ai *poteri di autotutela* amministrativa²⁵, allorché si provveda al *ritiro* dall’ordinamento giuridico di precedenti provvedimenti favorevoli per il privato, soprattutto al fine di migliorare la cura del pubblico interesse. Per cui è *di fronte* al potere già esercitato, ossia al *potere che si è fatto atto*²⁶, che può esistere con relativa sicurezza una posizione di vantaggio che il legittimo affidamento tende a proteggere.

In definitiva, il costituirsi di una posizione di legittimo affidamento impone che il soggetto interessato abbia istaurato un “dialogo” con l’amministrazione²⁷, ossia che possa vantare almeno una posizione di *interesse legittimo pretensivo*²⁸. Tuttavia, ciò rappresenta un presupposto, *necessario ma non sufficiente*, per il verificarsi del legittimo affidamento, poiché la sua tutela dipende da ulteriori fattori, collegati ad un maggior grado di consolidamento della posizione soggettiva.

È qui possibile osservare come, almeno in termini di *ampliamento* della tutela, il legittimo affidamento rappresenti una particolare evoluzione dell’interesse legittimo.

4. Legittimo affidamento nella prospettiva di una procedura di appalto.

Come anticipato, l’analisi concreta del principio di legittimo affidamento nella sua dinamica applicativa sarà dedicata al settore specifico degli appalti (o dei contratti) pub-

²⁵ In tema, per un quadro generale, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 549 e ss. Nonché, con riferimento specifico al legittimo affidamento, D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, a cura di D. CORLETTI, in *Procedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, Padova, 2007, 1 e ss.

²⁶ Parafrasando qui la celebre espressione (l’originale è “*farsi dell’atto*”) di Feliciano Benvenuti, contenuta in una prolusione tenuta agli inizi degli anni Cinquanta del secolo scorso presso l’Università di Padova, sul tema *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 121.

²⁷ Per questa efficace formulazione, almeno per i necessari riferimenti, F. G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, a cura di F. G. SCOCA, in *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 160.

²⁸ Definizione, altrettanto celebre, di Mario Nigro (da ultimo, Id., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 113 e ss.).

blici²⁹. A questa stregua può subito rilevarsi che la titolarità di una posizione di legittimo affidamento (e non di semplice interesse legittimo pretensivo), appartiene, non a colui che ha semplicemente partecipato ad una gara, bensì a colui che vi ha partecipato risultandone anche *aggiudicatario*.

Da questa prospettiva è più agevole osservare come la posizione di legittimo affidamento costituisca un'evoluzione dell'interesse legittimo pretensivo. Infatti, i semplici partecipanti ad una procedura di gara, pur titolari di una posizione di interesse legittimo pretensivo (che consente loro di richiedere informazioni alla Commissione di gara, di presentare memorie, di accedere ai verbali di gara, ecc.), non sono titolari di una posizione di legittimo affidamento tutelabile, in quanto per acquisirla necessitano di *qualcosa di più*, nel caso di specie dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

È dunque l'aggiudicazione definitiva che determina il passaggio (o meglio il mutamento) dal livello più basso dell'interesse legittimo, al livello più alto del legittimo affidamento.

Quanto indicato rappresenta il *terreno* in cui l'applicazione del relativo principio è più chiara³⁰. Infatti, proprio nella materia degli appalti pubblici la giurisprudenza sembra aver precisato con maggior grado di nitidezza le (talvolta variabili) forme di tutela di questo principio. Ciò è stato possibile, a partire soprattutto da una migliore definizione dei suoi *presupposti*, dei suoi *limiti* e delle sue *modalità applicative*. Ed in effetti, la materia degli appalti pubblici si caratterizza più di altre per la compresenza di specifici profili di diritto amministrativo e di specifici profili di diritto privato, a cui per altro si aggiunge la rigida separazione degli stessi. Il *primo* (c.d. momento amministrativo o pubblicistico) è funzionale alla scelta del soggetto cui aggiudica-

re il contratto. Il *secondo* (c.d. momento privatistico) è funzionale alla stipulazione vera e propria del contratto con il soggetto individuato nella prima fase.

La rigida separazione dei due momenti indicati consente di precisare il confine fra posizioni di *legittimo affidamento* e posizioni di *interesse legittimo*, il cui naturale *spartiacque* è dato dall'aggiudicazione³¹.

Nel caso in cui il procedimento si sia concluso con l'individuazione di un contraente (*aggiudicatario*), sarà più semplice dimostrare il grado di consolidamento della relativa posizione, poiché l'amministrazione ha già instaurato un primo e più solido rapporto con il privato. Ne conseguirà che, laddove l'amministrazione *ritardi* o *rifiuti* senza giustificato motivo di stipulare il successivo *contratto di appalto*, il privato potrà lamentare la violazione del legittimo affidamento.

L'eccessivo (e dunque colpevole) *ritardo* dell'amministrazione nell'informare gli aggiudicatari di alcune sue determinazioni, rappresenta il caso più frequente in cui si *riconosce* (e non solo si *invoca*, spesso con scarsi risultati) la violazione del legittimo affidamento, offrendo così un'importante tutela al soggetto privato.

Volendo dare conto, più in dettaglio, di quanto accade nella prassi è possibile individuare le seguenti ipotesi.

In un primo caso, il comportamento contrario al legittimo affidamento si verifica quando l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, ed in assenza di particolari impedimenti, *rimane inerte*, cioè non procede alla stipula del contratto³². Si tratta di un classico esempio di amministrazione inerte (o "*pigra*"), il cui disvalore è ora sancito espressamente dall'art. 2 *bis*, l. n. 241/1990 cit., approvato nel 2009 (*infra*).

Una seconda ipotesi di comportamento contrario al legittimo affidamento, si ha quando l'amministrazione si trova costretta a revocare l'aggiudicazione in quanto non ave-

²⁹ In tema si rinvia al recente contributo di L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 39 e ss.

³⁰ Il sistema indicato nel testo trova conferma nella giurisprudenza amministrativa. A riguardo, fra le altre pronunce recenti, TAR Puglia, Ba, Sez. I, 12.1.2011, n. 20; CdS, V, 27.4.2011, n. 2479; CdS, IV, 26.3.2012, n. 1766; CdS, VI, 19.1.2012, n. 195; CdS, V, 8.11.2012, n. 5681; CdS, V, 5.4.2012, n. 2007; TAR Lazio, Lt, Sez. I, 18.7.2012, n. 570.

³¹ Vedi CdS, V, 28.5.2010, n. 3393 e CdS, V, 8.9.2010, n. 6489. Per maggiori aperture vedi, tuttavia, CdS, VI, 17.12.2008, n. 6264.

³² Vedi, fra le molte, TAR Lazio, Sez. III, 14.2.2011, n. 1392.

va accertato preventivamente la disponibilità della “copertura finanziaria”³³.

Una terza ipotesi, contraria ai doveri di correttezza e di buona fede, dunque al principio di legittimo affidamento, si verifica quando l’amministrazione, pur sapendo che l’esito favorevole dell’appalto dipende da un apposito atto amministrativo (parere, nulla osta, ecc.), non avvisa i soggetti partecipanti di tale condizione, e successivamente ritira (annulla) la procedura proprio in base alla mancanza della condizione stessa³⁴.

Una quarta ipotesi - invero estrema - si ha infine laddove l’amministrazione provveda a bandire una gara d’appalto che, *ab origine*, mai avrebbe dovuto indire. Ciò si risolve in un comportamento lesivo del legittimo affidamento dei partecipanti. Tuttavia, occorre precisare che il Giudice amministrativo riconosce la relativa tutela - anche prima dell’aggiudicazione definitiva - solo qualora la lesione riguardi il ricorrente che aveva presentato la migliore offerta. E ciò nel caso in cui, ad esempio, l’amministrazione non avesse ancora aggiudicato l’appalto, a causa dell’avvio di un procedimento (non ancora definito) per la verifica dell’anomalia dell’offerta³⁵.

Le ipotesi indicate si fondano sul presupposto costituito dalla stabilità della *situazione giuridica favorevole*, corrispondente all’intervenuta aggiudicazione³⁶. Presupposto, per altro, che diventa sempre più consistente e intenso col *trascorrere del tempo*³⁷.

³³ Vedi, TAR Calabria, Ct, II, 23.5.2012, n. 502.

³⁴ Vedi, TAR Campania, Na, VIII, 9.1.2013, n. 206.

³⁵ Vedi TAR Campania, Na, VIII, 3.7.2012, n. 3143. Gara in cui “l’aggiudicazione provvisoria veniva differita a data da destinarsi”, e successivamente annullata poiché, con il “passaggio della gestione dei servizi idrico e fognario” ad altro soggetto, è cessata la competenza del Comune alla realizzazione di nuove opere. Fonte di responsabilità è dunque il “coinvolgimento in trattative inutili” delle ditte interessate. Secondo il Giudice amministrativo il ricorso, almeno nella parte risarcitoria, è meritevole di accoglimento atteso che “fonte di responsabilità del Comune non è il provvedimento di annullamento della gara (...) ma la lesione del legittimo affidamento circa l’aggiudicazione di una gara la cui indizione avrebbe potuto essere evitata”.

³⁶ Vedi TAR Lazio, III, 3.8.2006, n. 6911.

³⁷ Vedi, da ultimo, TAR Campania, Na, VIII, 9.1.2013, n. 206.

Ma, nonostante ciò, anche nel settore degli appalti, in cui per le ragioni precisate è più agevole individuare posizioni tutelabili nella forma del legittimo affidamento, non mancano casi, invero molto rari, che mettono in discussione la ricostruzione appena indicata.

Si tratta di ipotesi molto problematiche, in cui sembra smarrirsi la *bussola* rappresentata dal criterio del grado di consolidamento della posizione soggettiva di vantaggio. Più in particolare, ci riferiamo al caso in cui si riconosce la tutela al legittimo affidamento, *nonostante* l’azione amministrativa non sia ancora conclusa, mediante l’approvazione di un provvedimento favorevole per il privato.

In tali casi si riconosce una posizione di legittimo affidamento *ancor prima dell’aggiudicazione*, per cui indipendentemente dalla stessa. Così, la relativa tutela deriva dalla mancata conclusione del procedimento di gara, e non dalla mancata stipulazione del successivo contratto come conseguenza naturale dell’intervenuta aggiudicazione.

Il caso *limite* emerso dall’analisi giurisprudenziale è quello di una procedura di gara revocata prima dell’apertura della “busta” riguardante il “prezzo offerto”.

In questa fattispecie, pur riconoscendosi la legittimità della revoca sia in primo grado che in appello³⁸, è stata affermata la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione per gli *affidamenti* suscitati nelle imprese, relativamente alla violazione dei doveri di *lealtà* e *buona fede*, di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. più volte citati.

Per arrivare alle conclusioni indicate, l’organo giurisdizionale ha accertato i seguenti *indicatori* di *scarsa serietà* amministrativa, da porre poi a fondamento della condanna risarcitoria.

Un primo indicatore è stato rinvenuto nella “adozione di scelte contraddittorie”, a causa del mancato rispetto degli oneri di programmazione annuale e pluriennale.

Un secondo indicatore è stato individuato negli “ingiustificati ritardi di conduzione del

³⁸ TAR Lazio, Sez. II, *quater*, 16.3.2010, n. 4175; confermata in appello da CdS, VI, 2.9.2011, n. 4921 (si trattava della gara per la realizzazione della «Discoteca di Stato e del Museo dell’audiovisivo»).

procedimento”, a causa della “*stasi*” amministrativa determinata dalla lunghezza del tempo trascorso fra data di indizione della gara e data di adozione della revoca.

Infine, un terzo indicatore è stato identificato nella “*mancata comunicazione agli interessati di sopravvenute decisioni*”, poiché in tal modo non è stato possibile consentire agli stessi di “*riadeguare le proprie strategie aziendali al possibile esito infruttuoso del procedimento*”.

Nel caso preso in esame, il Giudice amministrativo ha riconosciuto al privato il risarcimento del danno, non a causa della violazione di una sua posizione consolidata attraverso un provvedimento di aggiudicazione, bensì a causa della scarsa *serietà* amministrativa. Infatti, laddove l’amministrazione disponeva già da tempo di informazioni idonee a configurare la fondata ipotesi della revoca della gara, avrebbe dovuto prontamente (o comunque nel giro di un breve lasso di tempo) procedere ad informare i soggetti interessati, dando così modo agli stessi di riorganizzare le proprie “*strategie aziendali*”. Tale pronuncia riconduce il legittimo affidamento, non alla tutela di una posizione soggettiva qualificata, ossia alla tutela di un “*rapporto personalizzato*” fra amministrazione e privato³⁹, come argomenta una recente pronuncia, bensì alla più tenue violazione di un generico dovere di correttezza e buona fede da parte dell’amministrazione. Nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, ciò si traduce soprattutto nell’obbligo di rendere al (semplice) partecipante, le informazioni necessarie al fine di impedire che si consolidi un affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento⁴⁰. La durata dell’*iter* procedurale gioca dunque un ruolo fondamentale in materia. L’innalzamento ingiustificato della durata dei termini del relativo procedimento determina proporzionalmente l’incremento del livello di scarsa *serietà* amministrativa e, con essa, il sostanzarsi di una responsabilità precontrattuale, comportante la violazione del

legittimo affidamento. Le pronunce che seguono questo indirizzo sono come detto molto rare. Le stesse, per altro, non sono immuni da qualche incertezza. Infatti, nonostante il condivisibile sforzo a favore dell’ampliamento della tutela del privato nelle procedure ad evidenza pubblica, tali pronunce tendono forzatamente ad equiparare nella medesima posizione i partecipanti ad una procedura di gara, senza distinguere fra chi, almeno in potenza, avrebbe potuto vincere la stessa, e chi, invece, vi ha solamente partecipato. Più coerente, almeno in termini applicativi, sembra invece quella posizione, come detto ampiamente maggioritaria, che riconosce al solo il vincitore (anche potenziale per il tramite di un giudizio prognostico laddove possibile⁴¹) della procedura di gara, la relativa tutela del legittimo affidamento. Solo quest’ultimo, infatti, sembra poter vantare un “*diritto alla trattativa*” con l’amministrazione⁴², che matura proprio a partire dall’aggiudicazione, come momento che segna l’incontro delle volontà dell’amministrazione e del privato in ordine alla conclusione del contratto⁴³.

A ragionare diversamente sarebbe difficile mettere a fuoco, almeno nel settore qui preso in esame, le differenze fra interesse legittimo pretensivo e tutela del legittimo affidamento.

Senza trascurare inoltre il profilo della quantificazione del danno, in tal modo privo del naturale punto di riferimento costituito dalla mancata stipulazione del contratto, difficilmente configurabile in mancanza di preventiva aggiudicazione⁴⁴. Anche per queste ragioni esiste come già rilevato un granitico indirizzo giurisprudenziale contrario a riconoscere la tutela del principio di legittimo affidamento in un momento precedente all’aggiudicazione definitiva.

5. Spunti conclusivi in ordine alla nuova

⁴¹ In tema, a livello generale, vedi F. DE LEONARDIS, *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, p. 150.

⁴² In senso conforme, CdS, V, 28.5.2010, n. 3393.

⁴³ TAR Campania, Na, VII, 12.7.2012, n. 3387.

⁴⁴ Nelle pronunce più volte citate (TAR Lazio, II, *quater*, 16.3.2010, n. 4175 e CdS, VI, 2.9.2011 n. 4921), il danno viene quantificato dal Giudice “*in via equitativa*”.

³⁹ Vedi, in questi termini, TAR Campania, Na, I, 26.11.2012, n. 4810.

⁴⁰ Si riprende qui, quasi testualmente, quanto indicato nella già citata pronuncia del CdS, VI, 2.9.2011, n. 4921 (punto 3, parte in diritto).

frontiera aperta in tema dagli strumenti di tutela contro l'amministrazione pigra.

Le rarissime - almeno per quanto ci consta - pronunce che vanno in senso opposto rispetto a quello fino a qui indicato in materia di "tutela del legittimo affidamento e appalti pubblici" potrebbero, invero, fondarsi su presupposti diversi, derivanti da fenomeni più ampi (e particolarmente innovativi) che interessano il nostro ordinamento.

Si tratta, in particolare, di alcuni nuovi istituti, la cui efficacia va nel senso di riconoscere maggiore protezione contro uno stato patologico della nostra amministrazione, che con espressione di sintesi potremmo definire *amministrazione pigra*. Nell'ordinamento recente è infatti possibile scorgere segnali di un certo rilievo e consistenza per combattere questa tradizionale anomalia. A questo proposito, non si comprende se in modo consapevole, ossia secondo una strategia ampia e sistematica, oppure in modo del tutto episodico, il legislatore ha negli ultimi anni - e segnatamente a partire dal 2009 - introdotto una serie di rimedi per combattere il fenomeno qui definito dell'*amministrazione pigra*.

Ciò è avvenuto agendo in due direzioni: la prima direzione riguarda la tutela a favore degli atti che, per comodità espositiva, potremmo definire *atti amministrativi individuali*; la seconda è invece quella relativa agli *atti amministrativi generali*.

A) Relativamente ai rimedi contro le inerzie amministrative concernenti gli atti amministrativi individuali, occorre riferirsi anzitutto alla nuova previsione contenuta nell'art. 2 bis, l. n. 241/1990, che prevede il risarcimento del danno provocato dal ritardo amministrativo nell'adottare un provvedimento richiesto dal privato⁴⁵.

In modo emblematico, l'art. 2 bis cit. sembra configurare tale ritardo come fatto illecito in sé, ammettendo in maniera esplicita la ri-

sarcibilità del danno da ritardo mero⁴⁶, laddove stabilisce che "Le pubbliche amministrazioni (...) sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

Le maggiori responsabilità legate al rispetto dei tempi dell'azione determineranno probabilmente una maggiore attenzione al rispetto dei tempi procedurali. A questo riguardo va poi ricordato che il nuovo co. 9, dell'art. 2, l. n. 241/1990 cit. (introdotto nel 2012⁴⁷) rafforza l'obbligo di rispetto dei termini di risposta amministrativa, prevedendo che "La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente". Sempre in questo ambito (tutela avverso i ritardi amministrativi relativamente a provvedimenti individuali o puntuali) occorre altresì richiamare il nuovo strumento processuale della c.d. azione di adempimento, introdotto nel 2012, con una modifica al codice del processo amministrativo⁴⁸. Attraverso il secondo correttivo è stata infatti inserita nel testo della lettera c), dell'art. 34 c.p.a., la seguente disposizione "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è

⁴⁵ A livello generale, sul rapporto fra "beni della vita e modelli di responsabilità", anche relativamente al c.d. danno da ritardo, vedi utilmente E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, pag. 521 e ss. (spec. par. 8).

⁴⁶ In tema, da ultimo, M. C. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo*, Napoli, 2012, specialmente la parte relativa alla "esaltazione" del "valore tempo" nell'art. 2 bis, cit., 158 e ss.; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, a cura di M. RENNA - F. SAITTA, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 477 e ss.; S. D'ANTONIO, *Risarcimento del danno da "mero ritardo" e situazione giuridiche soggettive*, in *Giur. it.*, 6, 2011, 1426 e ss.; G. MARI, *Art. 2 bis, l. n. 241/1990*, a cura di M. A. SANDULLI, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 263 e ss.; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Commento agli artt. 2 e 2 bis, l. n. 241/1990*, a cura di A. BARTOLINI - S. FANTINI - G. FERRARI, in *Codice dell'azione amministrativa*, Roma, 2010, 105 e ss. Infine, sui profili generali riguardanti le inefficienze amministrative e le relative forme di tutela, con utili spunti di diritto sovranazionale e comparato, vedi A. M. BONOMO, *Inefficienza della pubblica amministrazione e "nuove" tutele del cittadino*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 1373 e ss.

⁴⁷ Con d.l. 9.2.2012, n. 5, conv. in l. 4.4.2012, n. 35.

⁴⁸ Modifica approvata con d.lgs. 14.9.2012, n. 160.

esercitata (...) contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Attraverso tale previsione - pur formalmente non aggiunta al decalogo delle azioni di cui agli artt. 29-31⁴⁹ - si riconosce l'esistenza di un'azione di condanna dell'amministrazione all'adempimento, mettendo fine alle perplessità sull'ammissibilità della stessa⁵⁰, introducendo un nuovo rimedio avverso i silenzi amministrativi, allorché gli stessi assumono la forma di ingiustificate pigrizie amministrative⁵¹.

B) Relativamente ai rimedi contro le inerzie amministrative concernenti atti amministrativi generali è necessario, infine, richiamare il nuovo istituto delle c.d. azioni collettive contro la pubblica amministrazione (o meglio azioni "per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici")⁵². Si tratta di un nuovo rimedio volto essenzialmente a costringere le Amministra-

zioni inerti ad approvare atti del genere sopra indicato - e segnatamente "atti amministrativi generali obbligatori" - quando la relativa azione è imposta per legge⁵³. Uno strumento che, per altro, ha già trovato numerose applicazioni favorevoli ai ricorrenti. E ciò, proprio nel senso di imporre l'azione ad amministrazioni inattive. Così, avverso le Amministrazioni pigre, le c.d. *class action pubbliche* hanno trovato concreta attuazione ad esempio nel caso, invero molto delicato, relativo alla mancata adozione di un piano concernente "il trattamento delle persone affette da autismo"⁵⁴, laddove la Regione non aveva predisposto il piano indicato, nonostante un'apposita normativa lo imponesse. Allo stesso modo, nel caso riguardante la mancata attivazione della c.d. PEC (posta elettronica certificata), l'azione collettiva pubblica è stata utilizzata laddove la Regione, nonostante la normativa nazionale⁵⁵, non aveva adottato tutti gli atti amministrativi necessari a garantire l'effettiva possibilità per gli utenti di comunicare con la Regione col mezzo indicato⁵⁶. Gli strumenti recentemente introdotti contro la *pigrizia amministrativa* potrebbero schiudere il passo a nuove e più ampie forme di tutela del principio di legittimo affidamento⁵⁷. Come è emerso nel corso dell'analisi, infatti, è l'inerzia amministrativa a costituire la principale fonte di responsabilità dell'amministrazione, cui consegue la violazione dei connessi doveri di lealtà e correttezza, nonché del relativo principio applicativo rappresentato dal legittimo affidamento.

⁴⁹ In questi termini, A. CARBONE, *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul d.lgs. 14.9.2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)*, in sito web giustamm.it. Dello stesso Autore vedi, ancora più diffusamente, ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. Per ampie riflessioni in tema, prima della riforma del 2012 cit., vedi M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1121 ss.; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, a cura di R. CARANTA, in *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, pp. 573 ss.; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 23-25.9.2010*, Milano, 2011, 75 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in sito web giustamm.it, 2010.

⁵⁰ Perplessità che come noto ancora residuavano nonostante gli importanti interventi giurisprudenziali adottati all'indomani dell'emanazione del Codice; ci si riferisce, più in particolare, alla presa di posizione dell'Ad. Plenaria in favore dell'ammissibilità dell'azione di adempimento, nonché alle pronunce del Giudice di prime cure, soprattutto del Tar Lombardia (Tar Lombardia, Mi, Sez. III, 8.6.2011, n. 1428 e Id., 10.4.2012, n. 1045) e del Tar Puglia, Ba, Sez. III, 25.11.2011, n. 1807.

⁵¹ Seppur con i noti limiti ipotizzabili soprattutto laddove residuino poteri amministrativi discrezionali.

⁵² Approvato con d. lgs. 198/2009. In tema, fra gli altri, E. ZAMPETTI, *Class action pubblica ed effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 12, 4104 e ss.

⁵³ Art. 1, co. 1, d. lgs. n. 198/2009, cit.

⁵⁴ Vedi TAR Sicilia, Pa, 4.4.2012, n. 707.

⁵⁵ E ciò, già a partire dall'art. 54, co. 2, *ter*, d. lgs. 7.3.2009, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale.

⁵⁶ TAR Basilicata, Sez. I, 23.9.2011, n. 478.

⁵⁷ Pur con i rischi che ciò potrebbe comportare per le (già dissestate) finanze pubbliche. Un profilo, questo, che occorre sempre considerare allorché si affronta il tema del grado di effettiva tutela riconosciuta ad un principio. Infatti, le pur giuste e condivisibili ricostruzioni rivolte alla maggiore tutela possibile dell'amministrato, si scontrano, e devono far i conti, con il non trascurabile *controlimite* costituito dal problema finanziario. Da cui consegue la desolante constatazione che tutti i diritti, anche quelli più alti ed assoluti, sono, oggi, finanziariamente condizionati.



Si tratta naturalmente di una nuova frontiera che, data la sua novità, richiederà tempo per coglierne tutti i relativi risvolti applicati-

vi, nonché più ampie trattazioni scientifiche per coglierne tutti i relativi risvolti problematici.

«.....GA.....»

SEZIONE RISERVATA ALLA
RICERCA SCIENTIFICA ED
ALL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
APPLICATA AL DIRITTO
AMMINISTRATIVO

SOMMARIO

L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA APPLICATA ALL'ABBATTIMENTO DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO
del Prof. Avv. Enrico Michetti e del Dott. Angelo Domini 86

L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA APPLICATA ALL'ABBATTIMENTO DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO ^{1 2} 3

del Prof. Avv. Enrico Michetti e del Dott. Angelo Domini

Ipotesi e prime sperimentazioni dell'applicazione dell'innovazione tecnologica all'analisi automatica del contenzioso amministrativo per permetterne l'abbattimento.

Assumptions and first trials of the application of technological innovation to the automatic analysis of administrative disputes to allow its reduction.

L'obiettivo di questo studio è quello di fornire assistenza in termini metodologici agli Enti Locali attraverso lo sviluppo di sistemi dedicati alla gestione e risoluzione delle problematiche emergenti nella rituale attività amministrativa posta in essere dall'Amministrazione Periferica dello Stato.

L'iniziativa costituisce un momento importante dell'attività di ricerca per il raggiungimento dell'obiettivo di ampliare e qualificare l'analisi degli atti legislativi e dei provvedimenti amministrativi adottati e pubblicati ed impugnati innanzi all'Autorità Giudiziaria per contribuire concretamente all'attuazione dei principi di pubblicità, trasparenza, dematerializzazione, digitalizzazione, efficienza ed efficacia dell'azione Amministrativa.

Più precisamente detto obiettivo s'intende perseguire attraverso l'inedito studio ed analisi combinata dei risultati della specifica azione amministrativa di volta in volta esaminata, emergenti ex ante dal servizio "Albo Pretorio on line" ed ottenuti ex post a seguito del vaglio della Giustizia Amministrativa come risultante dal servizio "Contenzioso on line", in modo da poter formulare un giudizio complessivo sulla loro correttezza e resistenza ovvero sul raggiungimento degli obiettivi prefissati con quella specifica azione amministrativa, misurandone la concreta efficacia e procedendo alla sua correzione con riproposizione migliorata nel futuro tramite apposite linee guida o specifica attività formativa svolta non più a pioggia sul macroargomento, bensì orientata sulla reiterata criticità emergente dal contenzioso.

L'analisi si svolge su due diversi livelli di indagine che abbracciano tre differenti ambiti territoriali ovvero regionale, provinciale e comunale: 1° livello di analisi - Analisi dei provvedimenti amministrativi adottati da regioni, province e comuni; 2° livello di analisi - Analisi delle leggi regionali per quanto riguarda specificatamente tutte le regioni italiane.

La prima fase prevede l'analisi combinata dei provvedimenti pubblicati on line dalla Amministrazione Locale sull'Albo Pretorio e quelli impugnati innanzi alla Giustizia Amministrativa di quella stessa Amministrazione Locale emergenti dal servizio "Contenzioso on line" con verifica dello stato di conformità normativo-giuridico degli atti alla normativa vigente.

Scopo dell'analisi è quello di identificare tutti i possibili aspetti problematici emergenti nella rituale attività posta in essere dall'Amministrazione in esame sia di carattere diretto che indiretto.

Inoltre, sulla base della risultanze giudiziali emergenti dai correlati provvedimenti emanati per quella fattispecie in esame dal Giudice Amministrativo, unitamente alle ricerche ed analisi dei ca-

¹ Progetto scientifico previsto nel Protocollo MISE, MIPA ed UPI del 18.10.2010.

² Ultimo test scientifico 11.1.2013 - collaudo 29.3.2013.

³ Acquisizione per la fruibilità gratuita a tutte le Amministrazioni dell'applicativo da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Governo Italiano avvenuta il 1.4.2013.

si diversi che per contro hanno superato il vaglio di legittimità, un Comitato scientifico procederà ad elaborare ed introdurre precipue linee guida per la redazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi che risultino importanti in termini di superamento di quelle criticità emergenti giudizialmente.

Operativamente questa fase è articolata come segue:

1. dalla raccolta dei dati effettuata dal sistema esperto estrapolati dal servizio “*Contenzioso on line*”, realizzato in ordine a precipuo mandato da parte del MIPA, MISE e dell’UPI a Gazzetta Amministrativa e sacramentato nel Protocollo d’intesa sottoscritto in data 18.10.2010, si procede all’individuazione delle censure formulate avverso gli atti amministrativi di volta in volta esaminati e raggruppati per specifiche materie (urbanistica, edilizia, contratti pubblici, riforme istituzionali, procedimento amministrativo, TUEL, scuola, servizio idrico integrato ecc..) risultanti dalle impugnazioni giudiziali mediante estrapolazione delle medesime dalla “*premessa in fatto*” presente nel provvedimento emanato dal Giudice Amministrativo;

2. il sistema esperto procede poi all’individuazione dei principi statuiti nelle relative declaratorie giudiziali di illegittimità degli atti censurati dell’Amministrazione Locale enunciati nella “*parte in diritto*” (cfr motivi della decisione) della sentenza/ordinanza/decreto;

3. il sistema esperto individua inoltre il numero dei provvedimenti emessi dall’amministrazione interessata emergenti dall’Albo Pretorio on line e tra questi il numero dei provvedimenti impugnati giudizialmente come risultante dal Contenzioso on line, onde acquisire in termini percentuali il grado di aggressione di tutti i provvedimenti emanati dalla Amministrazione oggetto di esame;

4. il sistema esperto compara, quindi, i dati emergenti a livello nazionale per quella stessa materia inerente l’atto amministrativo oggetto di analisi;

Lo scopo di tale verifica è quello di identificare, anche alla luce delle informazioni raccolte in precedenza, quali elementi nella redazione degli atti sono mancanti oppure si palesano non sufficienti a soddisfare singoli aspetti dello standard che parallelamente viene redatto nella seconda fase da una commissione tecnico-giuridico-scientifica appositamente costituita di cui si dirà in seguito.

A conclusione del lavoro, il sistema esperto redigerà un documento di Analisi Giuridico Iniziale (A.G.I.) che è una sintesi delle attività di indagine precedente e che fornirà, in modo organico e unitario, il quadro completo e al tempo stesso dettagliato della situazione degli atti impugnati presso la Giustizia Amministrativa (Contenzioso *on line*) con individuazione delle relative censure e dei principi all’uopo statuiti giudizialmente.

La seconda fase consiste nell’assistenza metodologica di un comitato tecnico-scientifico per l’impostazione della linee guida nella redazione dell’atto amministrativo con individuazione delle attività/processi/procedure sui quali concentrare l’attenzione al fine di definire un modello standard che assicuri il miglioramento dei livelli redazionali.

Tutto ciò viene sviluppato sulla base degli elementi emersi a conclusione della Fase I ovvero dallo studio e valutazione del documento di Analisi Giuridico Iniziale (A.G.I.).

Il supporto metodologico di esperti e/o professionisti altamente qualificati che costituiscono il Comitato scientifico consiste nel mettere il sistema esperto nelle condizioni ottimali per:

1. la formulazione di precipue linee guida particolari (LGP) per la redazione dell’atto in esame coerenti con i requisiti imposti dalle norme di riferimento;

2. la definizione di Linee Guida Generali (LGG) nella forma di un unico documento che include principi generali evidenziando il miglioramento nella redazione degli atti amministrativi, tenendo conto delle priorità identificate/individuate durante l’analisi iniziale (si evidenzia che eventuali necessità di approfondimenti conoscitivi emersi durante la prima fase potrebbero costituire essi stessi delle azioni iniziali di miglioramento da inserire nella fase seconda);

3. la definizione di un programma formativo assolutamente rivoluzionario che, abbandonando l’approccio metodologico tradizionale tipico della formazione a pioggia, giunge ad una formazione modulata dal sistema esperto in base alle criticità emerse nella prima fase e conclamate nel do-

cumento di Analisi Giuridico Iniziale (A.G.I.);

4. la definizione di ruoli e responsabilità nella gestione delle problematiche sul procedimento amministrativo esaminato;

5. l'assistenza all'elaborazioni di indici di criticità e, quindi di attivazione di piani di intervento;

6. la predisposizione e redazione di approfondimenti giuridici che risultino necessarie in base al documento A.G.I. .

Una terza fase prevede la pubblicazione on line delle Linee Guida Generali elaborate ed approvate dal Comitato Scientifico onde renderle fruibili alla collettività amministrativa che potrà giovare nella redazione dei propri atti della risultanze dell'accurata analisi metodologica elaborata dal sistema esperto.

Relativamente alle Linee Guida Particolari, alla luce delle novelle del Titolo V della Costituzione, è oggi più che mai indispensabile procedere secondo il diverso approccio regionalistico.

Viene, pertanto, realizzata una suddivisione regionale, sul sito che raccoglie i dati, attraverso la pubblicazione automatizzata delle linee guida particolari (LGP) inerenti le varie regioni di riferimento.

Attraverso queste sezioni regionali verranno pubblicizzate tutte le iniziative formative elaborate dal sistema esperto diversificate a seconda delle diverse problematiche emergenti a seguito dall'analisi precedentemente effettuata. Si procederà infine a rendere pubblici, in termini percentuali e grafici, i dati inerenti il grado di resistenza dei provvedimenti amministrativi emanati da tutte le Amministrazioni presenti in quella Regione.

Attualmente l'analisi del contenzioso consente di avere una panoramica completa su tutti i Comuni, su tutte le Province e su tutte le Regioni italiane pendente presso la Giustizia Amministrativa. Si tratta di una banca dati inedita che, tuttavia, per quanto concerne le regioni viene completata attraverso l'elaborazione tecnologico-scientifica di seguito evidenziata.

Vengono estrapolare tutte le declaratorie del giudice amministrativo inerenti un data legge regionale e, quindi, anche eventuali remissioni alla Corte Costituzionale delle leggi regionali per le quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Difetta, invece l'elaborazione tecnologica dei contenziosi pendenti presso la Corte Costituzionale e, con essi le conseguenti statuizioni della Consulta che consentirebbero di avere una panoramica assolutamente completa in quanto non limitata all'analisi dei vizi tipici dell'atto amministrativo, ma anche dei vizi costituzionali.

Detto sviluppo è auspicabile dato che le Regioni avvertono l'esigenza di assicurare la qualità redazionale della propria legislazione, esigenza perseguibile solo attraverso un monitoraggio costante della resistenza giudiziale delle leggi regionali di volta in volta emanate e ciò affinché gli errori del passato non si reiterino anche nella legislazione successiva.

Attraverso, quindi, l'analisi combinata dei motivi di impugnazioni delle leggi regionali e delle relative pronunce giudiziali il sistema esperto procede sia all'accertamento della qualità della legislazione regionale nonché all'individuazione delle linee d'azione per l'orientamento ed il supporto, anche in termini di formazione, degli amministratori regionali nell'attività di normazione.

L'attività in esame è indispensabile per attivare un percorso virtuoso, omogeneo e condiviso per ottimizzare il livello qualitativo della produzione normativa, assicurare la semplificazione amministrativa, favorendo al contempo la riduzione degli oneri amministrativi connessi al contenzioso giudiziale.

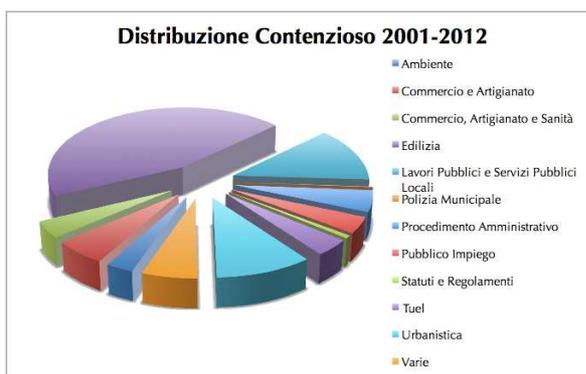
Per l'applicazione di quanto detto si è proceduto ad una sperimentazione effettuata in collaborazione con la Regione Lazio che ha portato alla generazione del documento di analisi del fabbisogno formativo per macroargomenti critici.

Viene di seguito analizzata la distribuzione del contenzioso di tutti gli enti della Regione Lazio per capire quale sia la situazione consolidata nel decennio 2001-2012.

La concentrazione dei contenziosi di tutti gli enti della Regione Lazio, in seguito all'analisi ed alla categorizzazione effettuata dai nostri esperti, si presenta distribuita come segue:

Regione Lazio	Num. Contenziosi (59907)
Ambiente	1737
Commercio e Artigianato	3396
Commercio, Artigianato e Sanita'	2366
Edilizia	26976
Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali	7706
Polizia Municipale	107
Procedimento Amministrativo	3011
Pubblico Impiego	2279
Statuti e Regolamenti	415
Tuel	2295
Urbanistica	6130
Varie	3489

La ripartizione del contenzioso vista graficamente dà l'evidenza delle aree problematiche:

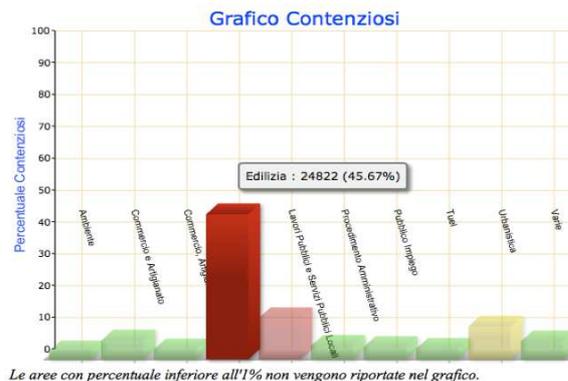


Di seguito viene riportato un confronto grafico della distribuzione in percentuale del periodo 2001-2011 con il periodo 2001-2012 per verificare l'evoluzione della distribuzione del contenzioso:

2001-2012



2001-2011



Dalla visualizzazione del grafico si evince ancora l'altissima concentrazione di contenziosi nel

settore “Edilizia”. I contenziosi in questa materia sono passati dal 45,67% al 45,02% del totale rappresentando una grossa criticità e sicuramente il più urgente settore in cui intervenire attraverso processi di formazione ed informazione, anche se l’area mostra un trend in lieve diminuzione.

Restano le criticità nel settore “Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali”, anche se c’è stata una lieve diminuzione passando dal 13% del contenzioso totale al 12,86%.

Il settore “Urbanistica” è sempre vicinissimo alla soglia di criticità calcolata con il 10,2% rispetto al 10,4% del periodo precedente.

Le restanti aree presentano una distribuzione più o meno equivalente a quella del periodo precedente.

Passiamo all’analisi della distribuzione del contenzioso degli enti della Regione Lazio osservando i soli dati riguardanti l’anno 2011:

Regione Lazio	Num. Contenziosi (3396)
Ambiente	209
Commercio e Artigianato	34
Commercio, Artigianato e Sanità	282
Edilizia	1336
Lavori Pubblici	71
Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali	272
Polizia Municipale	10
Procedimento Amministrativo	374
Pubblico Impiego	78
Statuti e Regolamenti	8
Tuel	180
Urbanistica	305
Varie	237

Visualizzazione grafica dei dati tabellari:



Confrontando i dati con quelli esposti precedentemente riguardanti il decennio 2001- 2011, si nota che la maggior parte del contenzioso resta concentrato nell’area “Edilizia”, anche se si registra un calo del 6,39%.

In fase critica anche l’area “Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali” che con un 8,0% registra comunque un buon miglioramento rispetto al periodo precedente.

Netto peggioramento invece per l’area “Procedimento Amministrativo” che, se nella media decennale non aveva valori tali da destare preoccupazione, nell’anno 2011 sfonda la soglia di criticità con un 11% rendendo necessaria una analisi che verifichi in dettaglio le cause di questo fenomeno e programmi una eventuale adeguata formazione.

Anche l’area “Commercio, Artigianato e Sanità” registra un netto peggioramento tanto da sfondare la soglia di criticità con l’8,3% del contenzioso totale. Anche in questo caso è necessaria una analisi che verifichi in dettaglio le cause di questo fenomeno e programmi una eventuale adeguata formazione.

Il settore “Urbanistica” registra un calo dell’1,5% restando sulla soglia della criticità e dimo-

strandando la continua necessità di monitoraggio ed analisi.

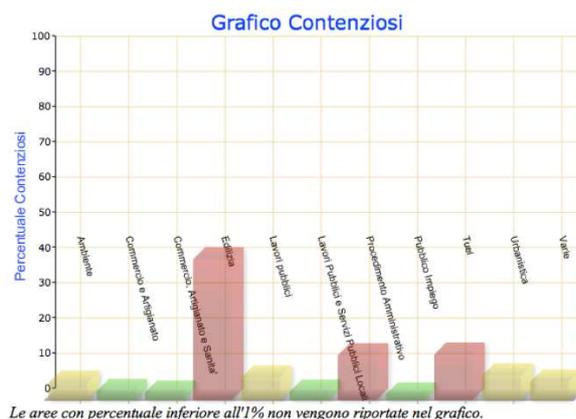
Infine anche le aree “Tuel” ed “Ambiente” sono passate da una situazione di sostanziale bassa concentrazione di ricorsi, ad un numero, 5,3% per “Tuel” e 6,15% per “Ambiente”, tale da avvicinarsi alla soglia di criticità, necessitando pertanto di essere monitorato nel prossimo periodo.

Effettuiamo una valutazione sui dati dell’anno 2012, confrontandoli con i dati del 2011.

La concentrazione dei contenziosi di tutti gli enti della Regione Lazio per il 2012, si presenta distribuita come segue:

Regione Lazio	Num. Contenziosi (1876)
Ambiente	95
Commercio e Artigianato	52
Commercio, Artigianato e Sanita'	41
Edilizia	756
Lavori Pubblici	125
Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali	46
Polizia Municipale	1
Procedimento Amministrativo	239
Pubblico Impiego	30
Statuti e Regolamenti	18
Tuel	243
Urbanistica	131
Varie	99

Di seguito la visualizzazione grafica per i dati tabellari:



Analizzando il grafico sopra riportato, ancora una volta, si evidenzia la problematica preponderante riguardante l’area “Edilizia”, che resta stabile al 40% rispetto al distribuzione sul totale, ma è significativo notare che il numero di contenziosi in valore assoluto è diminuito di poco meno della metà. In considerazione di ciò nonostante sia diminuito in valore assoluto il numero di ricorsi, si ritiene opportuno procedere ad una formazione mirata del personale addetto all’ufficio, vista la complessità della materia sulla quale il legislatore, statale e regionale, ha inciso con interventi spesso disorganici e lacunosi.

L’area “Procedimento Amministrativo” peggiora il dato passando dall’11,01% al 12,6% rispetto alla distribuzione sul totale, anche in questo caso però, c’è stata una evidente riduzione del numero assoluto di contenziosi che è passato da 374 (11,01%) a 239 (12,73%).

Improvviso e repentino aumento del contenzioso, invece, per l’area “Lavori Pubblici” che passano dal 2,1% al 6,66% rientrando nella fascia di attenzione, anche il numero di ricorsi in senso assoluto è aumentato passando da 71 a 125.

La concentrazione di contenzioso per l’area “Tuel”, che raggiunge il 12,9%, identifica la peggiore performance con un incremento di quasi 8 punti percentuale.

E’ necessario analizzare le problematiche che hanno portato ad un aumento così consistente dei ricorsi per avere modo di individuare eventuali errori del legislatore che hanno introdotto elementi di criticità nell’ambito.

Buon miglioramento invece per l'area "Commercio ed Artigianato" che, dopo la crescita del 2011, torna ad i suoi valori standard, come anche "Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali", che registra un miglioramento sensibile -5,5%, ed "Urbanistica" che passa dal 9 al 7%.

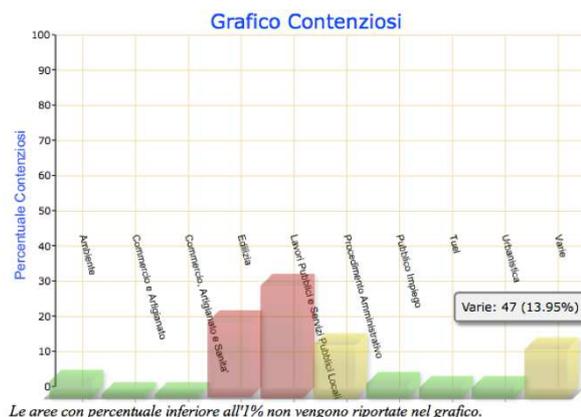
Sulla base dei dati disponibili, il numero di ricorsi totali è passato da 3396 a 1876 con una riduzione consistente del 45%.

Il trend di crescita previsto nel primo trimestre 2012 è stato rispettato, la diminuzione prevista del contenzioso totale era del 41% rispetto al 2011 (1386 ricorsi in meno per gli enti), quella reale è stata del 45%.

Passiamo all'analisi della distribuzione del contenzioso degli enti della Regione Lazio osservando i soli dati riguardanti i primi 45 giorni dell'anno 2013:

Regione Lazio	Num. Contenziosi (337)
Ambiente	16
Commercio e Artigianato	4
Commercio, Artigianato e Sanita'	4
Edilizia	73
Lavori Pubblici e Servizi Pubblici Locali	108
Procedimento Amministrativo	51
Pubblico Impiego	14
Tuel	10
Urbanistica	10
Varie	47

Di seguito la visualizzazione grafica per i dati tabellari:



Analizzando il grafico sopra riportato si nota un repentino cambio di tendenza all'inizio del 2013 riguardante il contenzioso dell'area "Edilizia", che passa dal 40% al 21,66% rispetto al distribuzione sul totale. Il calo di 20 punti percentuale potrebbe anche essere imputabile alla situazione di forte crisi che ha colpito il mercato Edile. Estendendo la previsione sull'arco dell'intero anno si dovrebbe avere un numero di contenziosi pari a 592 unità con un calo numerico di 164 unità.

Improvviso e repentino aumento del contenzioso, invece, per l'area "Lavori Pubblici" che, confermando il trend del 2012, passa dal 6,66% al 32% rientrando nella fascia di attenzione e superando l'area "Edilizia". Anche il numero di ricorsi in senso assoluto è aumentato passando da 756 ai previsti 876.

L'area "Procedimento Amministrativo" peggiora invece leggermente passando dal 12,6% al 15,1%, mantenendosi prossimo alla fascia di attenzione, rispetto alla distribuzione sul totale. In questo caso, se il trend venisse rispettato, ci sarebbe un aumento consistente del numero assoluto di contenziosi che passerebbe da 239 a 413.

Buon miglioramento invece per tutte le altre aree che migliorano la performance sulla distribuzione del contenzioso sul totale. In particolare sono da notare i drastici miglioramenti dell'area "Tuel", dal 12,9% al 3%, che ritorna nella norma dopo la crescita del 2012, e dell'area "Urbanistica", dal 9% al 7%.



stica”, che registra un miglioramento sensibile passando dal 7% al 3%.

Sulla base dei dati disponibili, si può fare una previsione sul numero totale di ricorsi che passerebbe dai 1876 del 2012 a 2733 con un incremento importante del 31,35%.

«.....GA.....»

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DIFFERITO IL TERMINE PER LA PRESENTAZIONE DELL'ATTESTAZIONE SULL'ASSOLVIMENTO DEGLI OBBLIGHI DI TRASPARENZA E INTEGRITÀ

Civit con il comunicato in esame rende noto che in considerazione della recente entrata in vigore del d.lgs. 14.3.2013, n. 33 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", viene differito il termine del 30 aprile previsto dalla delibera n. 4/2012 per la presentazione dell'attestazione sull'assolvimento degli obblighi di trasparenza e integrità che gli OIV devono effettuare ai sensi dell'art. 14, co. 4, lett. g) del d.lgs. n. 150/2009. Il nuovo termine sarà indicato nelle Linee guida sui Programmi triennali per la trasparenza e l'integrità che la CiVIT sta predisponendo anche alla luce del citato d.lgs. n. 33/2013 (CIVIT, comunicato del 29.4.2013).

«..... GA.....»

IN GAZZETTA UFFICIALE IL D. LGS. SULLA INCONFERIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ DI INCARICHI PRESSO LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E PRESSO GLI ENTI PRIVATI IN CONTROLLO PUBBLICO

Entra in vigore il 4.5.2013 il d. lgs. n. 39/2013 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 19.4.2013 che contiene le nuove disposizioni che debbono essere osservate ai fini del conferimento di incarichi dirigenziali e di responsabilita' amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in con-

trollo pubblico (d. lgs. n. 39/2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 19.4.2013).

«..... GA.....»

IL MINISTRO PER LA P.A. FA IL RESOCONTO SULLE ATTIVITÀ SVOLTE ED AUSPICA "UNA POLITICA PUBBLICA RIFORMISTA, CHE DETERMINI UN PROCESSO GRADUALE MA IRREVERSIBILE VERSO IL CAMBIAMENTO"

In vista della cessazione del mandato il Ministro Cons. Dott. Filippo Patroni Griffi ha ritenuto doveroso portare all'attenzione di coloro che si occupano di funzione pubblica e di riforme istituzionali l'esperienza acquisita in questi circa quindici mesi di lavoro nei settori della delega. In particolare la delega affidata al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione nel Governo viene peno resoconto schematizzata nei seguenti settori: - organizzazione delle pubbliche amministrazioni e lavoro pubblico; - contrasto preventivo alla corruzione; - semplificazioni e digitalizzazione P.A.; - riforme istituzionali. L'ampiezza della delega con riferimento sia agli assetti istituzionali sia al funzionamento del settore pubblico ad avviso del Ministro richiede oggi, sia pure in maniera sintetica, una doverosa rendicontazione di quanto è stato fatto e consente alcune riflessioni da segnalare al futuro Governo e, in particolare, a chi sarà investito delle deleghe in questione. A tal fine sono state predisposte alcune schede di sintesi per ciascuno dei settori sopra indicati, che precedute da brevi considerazioni sulle prospettive che si ritengono aperte a futuri interventi. Si riporta di

seguito la conclusione del Ministro effettuata con una citazione ed una riflessione. La citazione: “E’ noto che non vi ha niente di più sciocco e noioso dei discorsi che si fanno, si son sempre fatti e sempre si faranno col censurare l’andamento delle pubbliche amministrazioni e notare negligenze, oziosità falsità, imbrogli, ruberie, viltà, per concludere che le cose vanno male, e anzi che il mondo peggiora e corre alla rovina. Il presupposto di queste censure, chiamate a ragione critiche facili, il presupposto da cui nasce la loro perpetuità, è la perfetta amministrazione, in cui ciascuno adempia con intelligenza perfetta e perfetta volontà il proprio dovere: cioè uno schema astratto che, come tale, non può trovare rispondenza nella realtà”. Così Benedetto Croce scrive nella raccolta di saggi su *Etica epolitica*; il filosofo però continua: “Dal che non si trae, dunque, la conseguenza del lasciar correre, che è quella di tutti gli inetti e i cinici... La conseguenza è invece il dovere di un atteggiamento, non certo impaziente, ma fermo e combattente”. La riflessione: *E’ viva l’esigenza di una politica pubblica riformista, che determini un processo graduale ma irreversibile verso il cambiamento (Ministero per la P.A. e la Semplificazione, comunicato del 2.4.2013).*

«..... GA.....»

LE ULTIME LEGGI REGIONALI A RISCHIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Il Consiglio dei Ministri ha deliberato l’impugnativa dinanzi alla Corte Costituzionale per sei leggi: 1) Legge Regione Abruzzo n. 2 del 10.1.2013 “Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2013 e pluriennale 2013 – 2015 della Regione Abruzzo (Legge Finanziaria Regionale 2013)” in quanto alcune disposizioni prevedono spese i cui oneri sono privi di copertura finanziaria, in violazione dell’art. 81 della costituzione. 2) Legge Regione Abruzzo n. 3 del 10 gennaio 2013 “Bilancio di previsione per l’esercizio finanziario 2013 - Bilancio pluriennale 2013 -2015” in quanto alcune disposizioni finanziarie si pongono in contrasto col

principio di equilibrio del bilancio contenuto nell’art. 81, co. 4, della costituzione. 3) Legge Regione Molise n. 4 del 17.1.2013 “Legge finanziaria regionale 2013” in quanto alcune disposizioni riguardanti l’assunzione di personale regionale violano i principi di coordinamento della finanza pubblica, riservati allo Stato dall’art. 117, co. 3 cost.. Altre disposizioni violano inoltre i principi fondamentali in materia di tutela della salute di cui all’art. 117, co. 3 cost., violano l’art. 117, co. 2, lett. l), cost., che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia dell’”ordinamento civile”, e contrastano altresì con i principi di imparzialità e di buon andamento della amministrazione di cui all’art. 97 cost.. 4) Legge Regione Molise n. 5 del 17.1.2013 “Bilancio regionale di competenza e di cassa per l’esercizio finanziario 2013 - Bilancio pluriennale 2013/2015” in quanto alcune disposizioni finanziarie si pongono in contrasto col principio di equilibrio del bilancio contenuto nell’art. 81, co. 4 cost.. 5) Legge Regione Puglia n. 6 del 5.1.2013 “ Modifiche e integrazioni all’art. 5 della legge regionale 30.7.2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell’attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale), modificata e integrata dalla legge regionale 1.8.2011, n. 21 e all’art. 4 della legge regionale 13.12.2004, n. 23” in quanto alcune disposizioni in materia di costruzioni in zone sismiche contrastano con i principi fondamentali della legislazione statale nelle materie “governo del territorio” e “protezione civile, con conseguente violazione dell’art. 117, co. 3 cost.. 6) Legge Regione Liguria n. 3 del 4.1.2013 “Modifiche alla legge regionale 6.6.2008, n. 16 (Disciplina dell’attività edilizia) e alla legge regionale 5.4.2012, n. 10 (Disciplina per l’esercizio delle attività produttive e riordino dello sportello unico) in quanto alcune disposizioni in materia di edilizia si pongono in contrasto sia con i principi fondamentali della legislazione statale in materia di “governo del territorio”, in violazione dell’art. 117, co. 3 cost., sia con le norme del codice per i beni culturali (d.lgs. n. 42/2004), in violazione dell’art. 117, co. 2, lett. s), della costituzione

(Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dip. Affari Regionali, comunicato marzo 2013).

«..... GA.....»

ANAGRAFE: CAMBIO DI RESIDENZA IN TEMPO REALE

Il Ministero dell'Interno con la circolare n. 8/2013 che segue la precedente n. 9/2012, al fine di sensibilizzare i Sindaci dei Comuni, ribadisce che le comunicazioni tra il Comune d'iscrizione anagrafica e quello di provenienza degli interessati devono aver luogo esclusivamente in via telematica secondo le seguenti modalità: 1) invio tramite posta elettronica certificata del documento; 2) invio tramite posta elettronica semplice del documento sottoscritto con firma digitale; 3) invio tramite posta elettronica semplice del documento non sottoscritto con firma digitale, ma dotato di segnatura di protocollo ex art. 55 d.P.R. n. 445/2000; ovvero in casi eccezionali tramite via fax. I Comuni non possono utilizzare modalità difformi, quale quella postale. (Ministero dell'Interno, circolare n. 8 del 11.3.2013).

«..... GA.....»

UNIONE DI COMUNI: SIA L'UNIONE CHE I COMUNI CHE NE FANNO PARTE, SONO TENUTI A PUBBLICARE SUI SITI ISTITUZIONALI, IN ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI DI TRASPARENZA PREVISTI DALLA LEGGE, GLI ATTI, I DOCUMENTI E I DATI DI RISPETTIVA COMPETENZA

L'obbligo di trasparenza a carico dell'Unione dei Comuni va attuato attraverso l'istituzione del sito web e alla pubblicazione degli atti e dei provvedimenti relativi alle funzioni e ai servizi esercitati in forma associata, mentre i singoli Comuni che fanno parte dell'Unione devono curare i propri siti istituzionali per l'adempimento dei relativi obblighi di trasparenza per quanto riguarda le funzioni residue e la situazione patrimoniale dei vertici politici-amministrativi e ogni altro dato che atten-

ga direttamente alla sua attività (Civit, delibera n. 10/2013).

«..... GA.....»

REGIONE MARCHE: È INCOSTITUZIONALE LA NORMA REGIONALE CHE CONSENTE AI COMUNI DI DEROGARE ALLE DISTANZE MINIME FISSATE NEL D.M. N. 1444 DEL 1968, SENZA CHE LE DEROGHE SIANO INSERITE IN APPOSITI STRUMENTI URBANISTICI

La Corte di cassazione ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 2, della legge della Regione Marche 4.9.1979, n. 31 (Interventi edificatori nelle zone di completamento previste dagli strumenti urbanistici generali comunali), per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), e co. 3, della costituzione. La disposizione censurata - art. 1, co. 2 - consente che gli edifici aventi impianto edilizio preesistente, con evidenti caratteristiche di non completezza, compresi nelle zone di completamento con destinazione residenziale previste dagli strumenti urbanistici generali comunali approvati, siano ampliati anche in deroga alle distanze e/o al volume stabiliti dal d.m. 2.4.1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della l. 6.8.1967, n. 765). Il successivo art. 2, della medesima legge regionale n. 31 del 1979, stabilisce che a tal fine i Comuni, entro un anno dalla data di entrata in vigore della stessa, individuano gli edifici da ampliare, distinguendo gli edifici aventi bisogno di deroga dai distacchi, quelli aventi bisogno di completamento volumetrico, quelli aventi bisogno sia di completamento volumetrico sia di deroga dai distacchi. Ai sensi del medesimo art. 2, co. 4, tale procedura è approvata dal Consiglio comunale e ha efficacia di piano particolareggiato. Secondo

l'ordinanza di rimessione, la previsione regionale censurata, nella parte in cui consente ampliamenti in deroga alle distanze e/o ai volumi stabiliti dal d.m. n. 1444 del 1968, sarebbe costituzionalmente illegittima, in quanto travalicherebbe la competenza regionale concorrente in materia di «governo del territorio», ex art. 117, co. 3, cost., interferendo con la disciplina delle distanze tra le costruzioni, che rientra nella materia «ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, co. 2, lett. l), cost. La Consulta ha ritenuto fondato il ricorso in quanto la regolazione delle distanze tra i fabbricati deve essere inquadrata nella materia «ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva dello Stato (sentenze n. 114 del 2012, n. 173 del 2011, n. 232 del 2005). Infatti, tale disciplina attiene in via primaria e diretta ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi e ha la sua collocazione innanzitutto nel codice civile. La regolazione delle distanze è poi precisata in ulteriori interventi normativi, tra cui rileva, in particolare, il citato d.m. n. 1444 del 1968. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha altresì chiarito che, poiché «i fabbricati insistono su di un territorio che può avere rispetto ad altri - per ragioni naturali e storiche - specifiche caratteristiche, la disciplina che li riguarda - ed in particolare quella dei loro rapporti nel territorio stesso - esorbita dai limiti propri dei rapporti interprivati e tocca anche interessi pubblici» (sentenza n. 232 del 2005), la cui cura è stata affidata alle Regioni, in base alla competenza concorrente in materia di «governo del territorio», ex art. 117, co. 3, cost. Per queste ragioni, in linea di principio la disciplina delle distanze minime tra costruzioni rientra nella materia dell'ordinamento civile e, quindi, attiene alla competenza legislativa statale; alle Regioni è consentito fissare limiti in deroga alle distanze minime stabilite nelle normative statali, solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di soddisfare interessi pubblici legati al governo del territorio. Dunque, se da un lato non può essere del tutto esclusa una competenza legislativa regionale relativa alle distanze tra gli edifici, dall'altro essa, interferendo con l'ordinamento civile, è rigorosamente circoscritta

dal suo scopo - il governo del territorio - che ne detta anche le modalità di esercizio. Pertanto, la legislazione regionale che interviene in tale ambito è legittima solo in quanto persegue chiaramente finalità di carattere urbanistico, rimettendo l'operatività dei suoi precepti a «strumenti urbanistici funzionali ad un assetto complessivo ed unitario di determinate zone del territorio» (sentenza n. 232 del 2005). Le norme regionali che, disciplinando le distanze tra edifici, esulino da tali finalità, ricadono illegittimamente nella materia «ordinamento civile», riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.3.3.— La norma regionale censurata infrange i principi sopra ricordati, in quanto consente espressamente ai Comuni di derogare alle distanze minime fissate nel d.m. n. 1444 del 1968, senza rispettare le condizioni stabilite dall'art. 9, ultimo comma, del medesimo decreto ministeriale, che, come si è detto, esige che le deroghe siano inserite in appositi strumenti urbanistici, a garanzia dell'interesse pubblico relativo al governo del territorio. La disposizione regionale impugnata, al contrario, autorizza i Comuni ad «individuare gli edifici» dispensati dal rispetto delle distanze minime. La deroga non risulta, dunque, ancorata all'esigenza di realizzare la conformazione omogenea dell'assetto urbanistico di una determinata zona, ma può riguardare singole costruzioni, anche individualmente considerate. Pertanto, l'art. 1, secondo comma, della legge regionale Marche n. 31 del 1979 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, in quanto eccede la competenza regionale concorrente del «governo del territorio», violando il limite dell'«ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva dello Stato (Corte Costituzionale, sentenza 23.1.2013, n. 6).

«..... GA.....»

INPS: AGGIORNATO IL REGOLAMENTO SUL DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI AMMINISTRATIVI

Publicato il nuovo testo del Regolamento per la disciplina del diritto di accesso a norma della l. 7.8.1990 n. 241 che si compone di



23 articoli, che descrivono l'iter di gestione e definizione delle istanze, le modalità di coinvolgimento dei controinteressati e la previsione dell'esercizio del diritto di accesso anche per via telematica. In sintesi si segnala la disponibilità sul sito web dell'istituto di uno schema di istanza di accesso ai documenti utilizzabile dall'utenza che consente la trasmissione delle richieste attraverso posta elettronica certificata o utilizzando l'apposito servizio "on line" per i soggetti in possesso di PIN "dispositivo". Regole particolari sono previste all'art. 10 per disciplinare l'accesso agli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce anche di quanto disposto in tema dal d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i. L'art. 11 tratta della definizione del procedimento attraverso l'adozione dei provvedimenti di accoglimento, differimento, limitazione o reiezione delle istanze, indicandone

i requisiti, i contenuti nonché le modalità per la comunicazione agli istanti. Sebbene l'articolo in esame, come da normativa, contempli il diniego tacito qualora l'Istituto non si pronunci nel termine previsto di 30 giorni, al fine di evitare l'insorgenza di un inutile contenzioso, l'Inps sottolinea l'opportunità di adottare di regola un provvedimento espresso, in tal modo motivando adeguatamente la decisione assunta anche nel caso di diniego. L'esame dei documenti è gratuito, salve le ipotesi di rimborso dei costi di ricerca, visura, riproduzione ed invio della documentazione richiesta. A tal fine e' stata predisposta una griglia con una prima quantificazione dei costi per il rilascio di copie in forma semplice o autentica che, successivamente, potranno essere periodicamente aggiornati con determinazione del Direttore generale (**INPS, circolare n. 4 del 8.1.2013**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI**COMMENTO AGLI ARTICOLI 19 E 20 DEL D.L. 6.7.2012 N. 95, CONVERTITO CON LA L. 7.8.2012, N. 135***dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni*

Commento all'art. 19 del d.l. 6.7.2012 n. 95, convertito con la l. 7.8.2012, n. 135, intitolato "Funzioni fondamentali dei comuni e modalità di esercizio associato di funzioni e servizi comunali" e Commento all'art. 20, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135, intitolato "Disposizioni per favorire la fusione di comuni e la razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali", come riorganizzazione strutturale e funzionale dei Comuni, dettata dall'esigenza di far fronte alla gravissima emergenza economica e finanziaria che attualmente investe la quasi totalità dei Paesi Europei, tale da mettere a repentaglio la tenuta del sistema di welfare degli stessi.

Comments on the article. 19 of the Decree Law 6.7.2012 n. 95, converted with the l. 7.8.2012, n. 135, entitled "Basic functions of the municipalities and conditions of exercise of functions and services associated with comments" and Comment article. 20, Decree Law 6.7.2012, n. 95 conv. in l. 7.8.2012, n. 135, entitled "provisions to facilitate the merger of municipalities and the rationalization exercise of the functions com-ments," such as structural and functional reorganization of Commons, dictated by the need to address the serious economic and financial emergency that currently affects almost all European countries, such as to endanger the maintenance of the welfare system of the same.

Sommario: 1. Commento all'art. 19 del d.l. 6.7.2012 n. 95, convertito con la l. 7.8.2012, n. 135, intitolato "Funzioni fondamentali dei comuni e modalità di esercizio associato di funzioni e servizi comunali". 2. Commento all'art. 20, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135, intitolato "Disposizioni per favorire la fusione di comuni e la razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali". 3. Conclusioni.

1. Commento all'art. 19 del d.l. 6.7.2012 n. 95, convertito con la l. 7.8.2012, n. 135, intitolato "Funzioni fondamentali dei comuni e modalità di esercizio associato di funzioni e servizi comunali".

Il d.l. 6.7.2012 n. 95, convertito con la l. 7.8.2012, n. 135, al Titolo IV disciplina la "Razionalizzazione e riduzione della spesa degli enti territoriali", introducendo con l'art. 19 importanti novità sulle funzioni fondamentali dei comuni, sulle modalità di esercizio associato di funzioni e servizi e sulle Unioni dei comuni, anticipando, in parte, quanto previsto nel disegno di legge AS n. 2259 sulla "Carta delle Autonomie locali", attualmente all'esame della Commissione Affari Costituzionali

del Senato della Repubblica, in un'ottica di razionalizzazione dimensionale dei comuni¹. Questi ultimi secondo quanto stabilito dalla nuova formulazione dell'art. 118 cost., sono titolari in linea generale e residuale delle funzioni amministrative.

La disposizione si può scomporre idealmente in tre parti:

1. La prima parte si può identificare nel co. 1: novella dell'art. 14, coo. 27 ss., del d.l.

¹ Già M. S. GIANNINI proponeva una riduzione dei Comuni a 1.000, proponendo di incentrare il sistema autonomistico nelle Regioni, cfr. M. S. GIANNINI, Prefazione a S. MELONI, V. SANTANTONIO, L. TORCHIA, *Le funzioni del governo locale in Italia*, vol. I: *Il dato normativo*, Milano 1988, 3.

31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 30.7.2010, n. 122), in tema di esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni fino a 5000 abitanti;

2. La seconda parte nel co. 2 (nonché 5 e 6): novella dell'art. 16, commi 1-16, d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv. in l. 14.9.2011, n. 148), in tema di unioni speciali fra i comuni fino a 1000 abitanti;

3. La terza parte nel co. 3: novella dell'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ossia della norma base in tema di unioni fra comuni.

Riguardo i co. 4 e 7, il primo si collega alla riforma del cit. art. 14, il secondo riguarda sia tale riforma, sia la nuova disciplina delle unioni speciali fra i comuni più piccoli, come vedremo più avanti.

Prima parte: il comma 1 lett. a) dell'art.19, modificando l'art. 14, co. 27, d.l. cit.², fornisce un nuovo, definitivo e senza finalità specifiche, elenco di funzioni fondamentali³ dei comuni che sostituisce l'elenco provvisorio contenuto nella legge sul federalismo fiscale (art. 21, co. 3, l. 5.5.2009, n. 42)⁴. In particolare si tratta di 10 funzioni così articolate:

a) organizzazione generale della P.A., gestione finanziaria, contabile e di controllo;

b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale;

c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente;

d) la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale;

² Il d.l. 31.5.2010, n. 78, aveva definito le funzioni fondamentali dei comuni ai fini dell'esercizio in forma obbligatoriamente associata mediante rinvio alla l. 5.5.2009, n. 42 sul federalismo fiscale.

³ Occorre segnalare che l'individuazione delle "funzioni fondamentali" dei Comuni tramite decreto legge sia un'individuazione compiuta al di fuori di un procedimento connotato dall'adeguata partecipazione dei soggetti destinatari, contrariamente a quanto previsto dalla legge delega n. 131 del 2003 e, per molti aspetti, anche delle forze parlamentari, quando l'approvazione viene segnata dalla questione di fiducia, in una logica "emergenziale".

⁴ V. C. cost. 7.6.2012, n. 148, punto 8.1 considerazioni in diritto, che identifica il carattere provvisorio della norma.

e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi;

f) organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e riscossione dei relativi tributi;

g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'art. 118, co. 4 della cost.;

h) edilizia scolastica, per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici;

i) polizia municipale e polizia amministrativa locale;

l) tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e compiti in materia di servizi anagrafici.

Come osservato dal servizio studi della Camera⁵, con specifico riferimento all'individuazione di funzioni fondamentali dei comuni, l'art. 19 non reca alcuna disposizione di coordinamento né rispetto alle disposizioni contenute nel d.lgs. 18.8.2000, n. 267, né rispetto all'individuazione transitoria di funzioni fondamentali effettuata dall'art. 21, l. 5.5.2009, n. 42. Poiché l'art. 3 del d.lgs. 216/2010, nell'ambito della disciplina delegata in esso contenuta per la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di comuni, città metropolitane e province, ha previsto che a quell'individuazione transitoria, come stabilita dal già richiamato art. 21, l. 5.5.2009, n. 42, si dovesse far riferimento "fino alla data di entrata in vigore della legge statale di individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Città metropolitane e Province", deve ritenersi che l'individuazione transitoria sia superata da quella effettuata dall'articolo 19, sulla quale occorre adesso far riferimento per la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard dei comuni, per cui si può affermare che le funzioni fondamentali dei comuni, oggi siano quelle elencate nel co. 1, come sopra riportate.

Il co. 1 lett.b) dell'art.19, che sostituisce il co. 28 del d.l. 31.5.2010, n. 78 come converti-

⁵ Servizio Studi - Dipartimento istituzioni, note per la I Commissione affari costituzionali, n. 425, 1.8.2012, <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/COST425.htm>.

to, prevede che tutti i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane, esercitino obbligatoriamente in forma associata, mediante unioni di comuni (come disciplinate dall'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267) o convenzione (come disciplinate dall'art. 30 d.lgs. 18.8.2000, n. 267), la quasi totalità delle funzioni fondamentali⁶. Da tale previsione la norma esclude i comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o più isole ed il comune di Campione d'Italia.

La riforma mira a raccordare la disciplina di tale obbligo con la nuova definizione delle funzioni fondamentali e con le innovazioni in tema di unioni e convenzioni.

Sono esclusi da tale obbligo i servizi anagrafici, elettorali e statistici; ma sono comprese le funzioni il cui esercizio comporta l'uso di tecnologie di informazione e comunicazione (la realizzazione e la gestione di infrastrutture tecnologiche, rete dati, fonia, apparati, di banche dati, di applicativi software, l'approvvigionamento di licenze per il software, la formazione informatica e la consulenza nel settore dell'informatica). A tale ultimo proposito, l'art. 19, co. 7, del d.l. 6.7.2012 n. 95 abroga le disposizioni speciali dettate dall'art. 15, co. 3 *bis* e ss., del codice dell'amministrazione digitale.

Dunque, anche la cooperazione tra comuni nel settore ICT (Information & Communication Technologies), se riguarda funzioni fondamentali, dovrà conformarsi all'art. 14 del d.l. n. 78 del 2010.

Il co. 1 lett. e) dell'art. 19 che ha sostituito il co. 31 *ter* e *quater* dell'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 modifica sensibilmente la tempistica prevista precedentemente⁷, infatti,

⁶ Nulla vieta, naturalmente, né che i comuni medesimi optino per l'esercizio congiunto anche di funzioni ulteriori rispetto a quelle fondamentali, nonché di servizi, né che alle forme associative predisposte dagli stessi possano aderire comuni di consistenza demografica maggiore, liberi di determinare quali funzioni conferire.

⁷ Il crono programma precedente prevedeva che si dovesse dar vita alle gestioni associate entro il 30.9.2012 con riguardo ad almeno due delle funzioni fondamentali ed entro il 30.9.2013 con riguardo alle restanti funzioni fondamentali.

la norma stabilisce che tre delle funzioni fondamentali elencate dovranno essere esercitate in forma associata entro il 1.1.2013, le restanti funzioni invece entro il 1.1.2014.

L'art. 31 *quater*, invece, stabilisce che qualora i comuni interessati facciano decorrere inutilmente sia i termini di cui sopra che il termine perentorio successivamente assegnato dal Prefetto, si attiverà il potere sostitutivo del Governo come previsto dall'art. 8, l. 5.6.2003, n. 131.

Come in passato, l'esercizio in forma associata deve avvenire in ambiti territoriali di "dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata da parte dei comuni delle funzioni fondamentali" (art. 14, co. 30, d.l. 31.5.2010, n. 78 come convertito e novellato) che, nelle materie di cui all'art. 117, co. 3 e 4, saranno definiti dalle regioni, sentiti i comuni interessati nell'ambito del CAL (Consiglio delle autonomie locali). Ci troviamo, infatti, in un momento storico nel quale le gestioni associate, da sempre promosse sulla base di valutazioni volontarie dei comuni interessati, debbono confrontarsi (e adeguarsi, se del caso) con precise prescrizioni normative. Le regioni, infatti, nel definire gli ambiti territoriali, possono derogare il limite demografico di 10.000 abitanti previsto dall'art. 14, co. 31, d.l. 31.5.2010, n. 78 come convertito e novellato, ma solamente se effettuata entro i tre mesi antecedenti al 1.1.2013, cioè entro il 1.10.2012, termine già scaduto. Occorre precisare che i comuni non possono trattenere nemmeno in parte le funzioni, che devono essere trasferite integralmente ai moduli di cooperazione.

Secondo quanto previsto dalla novella, i moduli ammessi sono soltanto l'unione e la convenzione, come previsto dal co. 1, lett. b) dell'art. 19 della novella. Resta inoltre immutato il co. 29 dell'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78, secondo cui "la medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa".

I comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, al fine di assolvere l'obbligo di cui sopra, possono, dunque, o dare vita ad un'unione di comuni c.d. ordinaria ex art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, qualificabile come

ente locale di governo, distinto e separato rispetto ai Comuni che concorrono alla sua formazione, “*con propria capacità di indirizzo politico locale*”, ovvero avvalersi dello strumento, ben più flessibile, della convenzione, regolata dall’art. 30 d.lgs. cit., in quanto compatibile.

Le funzioni e i servizi oggetto della gestione associata tramite convenzione o unione, alla luce della nuova formulazione delle citate funzioni fondamentali, possono riguardare principalmente: il segretario comunale, la polizia locale, i servizi sociali e assistenziali, l’istruzione, i lavori pubblici, lo sportello unico attività produttive, i servizi finanziari, la tutela del territorio e dell’ambiente, il personale, la raccolta e smaltimento dei rifiuti, l’edilizia popolare, la viabilità e trasporti, la programmazione e pianificazione del territorio, i tributi, i servizi culturali, la protezione civile, i servizi statistici e informatici, la contabilità e bilancio, gli appalti e contratti, lo sviluppo economico, il turismo, la formazione professionale e il difensore civico. Occorre sottolineare che la convenzione è in grado di disciplinare anche progetti di cooperazione fra comuni che, per dimensione e disponibilità di risorse umane e strumentali, posseggano caratteristiche anche molto diverse tra loro⁸.

Non pare che ai legislatori regionali si sia voluta consentire l’elaborazione di moduli cooperativi originali, aggiuntivi o alternativi rispetto a quelli contemplati nel d.l. n. 95. Infatti, si dispone che le regioni, nel determinare gli ambiti geografici della cooperazione, contemplino lo svolgimento di quest’ultima esclusivamente “*secondo le forme associative previste dal co. 28*” dell’art. 14 come novellato - appunto, unione e convenzione. Tale limitazione segna un dato di discontinuità rispetto alla carta delle autonomie, secondo cui alle regioni sembrava restare qualche margine per la costruzione di istituti di cooperazione alternativi.

Secondo quanto stabilito dalla novella,

⁸ La versione precedente dell’art. 14, co. 31, d.l. 31.5.2010, n. 78, conv. in l. 30.7.2010, n. 122, fissava il limite demografico minimo di 10.000 abitanti o quello diverso introdotto a livello regionale non solo per le unioni di comuni c.d. ordinarie, ma anche per le convenzioni.

come già accennato, l’unione contempla la costituzione di un nuovo ente dotato di organi propri, distinti da quelli del comune associato, per questo è prevedibile che la gestione associata avvenga tramite l’istituto della convenzione e non dell’unione, almeno per un primo momento.

Occorre precisare che l’istituto della convenzione è caratterizzato da un’elevata adattabilità e flessibilità. I comuni, infatti, possono stipulare più di una convenzione per la gestione associata di una o più funzioni e partecipare, al contempo, ad ulteriori forme associative, contrariamente a quanto previsto per le unioni dall’art. 32 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267, così come modificato dal d.l. 6.7.2012, n. 95, che prevede che i piccoli comuni possano far parte di una sola unione di comuni. La norma in questione, comunque, non vieta la possibilità alle unioni di poter stipulare convenzioni tra loro o con singoli comuni. La convenzione può riguardare sia la gestione associata di un unico servizio sia di più servizi.

La convenzione, secondo il nuovo comma 31 *bis* introdotto nell’art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78, deve avere una durata almeno triennale e si applica in quanto compatibile l’art. 30 del d.lgs 18.8.2000, n. 267⁹, decorso questo periodo “*ove alla scadenza del predetto periodo, non sia comprovato, da parte dei comuni aderenti, il conseguimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza nella gestione, secondo modalità stabilite con de-*

⁹ Art. 30. Convenzioni: 1. Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni. 2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. 3. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un’opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare-tipo. 4. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l’esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all’accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all’accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti.

creto del Ministro dell'interno, da adottare entro sei mesi, sentita la Conferenza Stato-Città e autonomie locali, i Comuni interessati sono obbligati ad esercitare le funzioni fondamentali esclusivamente mediante unione di Comuni".

Con la gestione associata promossa tramite convenzione si è in presenza di un soggetto privo di personalità giuridica, pertanto, le competenze politiche restano in capo agli organi dei singoli comuni e la guida strategica dell'aggregazione è assegnata alla conferenza dei sindaci, organo di indirizzo e di governo per la realizzazione degli obiettivi prefissati. La gestione operativa delle specifiche attività convenzionate è invece affidata ai singoli responsabili dei servizi associati, il cui operato, peraltro, è giuridicamente riconducibile, anche in questo caso, ai singoli comuni rappresentati. I segretari comunali dei comuni convenzionati, infine, assicurano il raccordo ed il coordinamento tra i comuni, con particolare riferimento all'attuazione dei programmi e degli obiettivi stabiliti. Riguardo il personale la normativa lascia liberi di prevedere sia la condivisione di personale, spazi lavorativi e strumenti, con la costituzione di un ufficio unico, sia che il personale rimanga ad operare presso i rispettivi comuni di appartenenza.

Appare utile ricordare che la costituzione di un unico ufficio comune per lo svolgimento di servizi e funzioni, non essendo in presenza di una struttura dotata di personalità giuridica, non costituisce un atto giuridicamente rilevante. In altri termini, l'attività svolta dall'ufficio continua ad essere giuridicamente imputabile ai comuni convenzionati e il personale, pur svolgendo la propria prestazione lavorativa nell'ufficio comune, rimane nella pianta organica dell'ente di appartenenza. Appaiono evidenti, invece, i vantaggi che una tale soluzione comporta dal punto di vista organizzativo, in termini di più efficiente utilizzo di risorse umane e strumentali, di semplificazione e razionalizzazione delle procedure e, in sintesi, di migliore qualità del servizio stesso.

Secondo l'art. 30, d.lgs. 18.8.2000, n. 267 la convenzione deve contenere un contenuto minimo obbligatorio che consenta di identificare i fini, la durata, le forme di consultazione

degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie.

Secondo quanto stabilito dall'art. 42, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, l'approvazione dello schema di convenzione è di competenza dei consigli comunali degli enti che intendono aderire alla convenzione¹⁰.

Con la Spending review, lo sforzo principale del legislatore sembrerebbe essere stato quello di trasformare le unioni di comuni in enti a costo zero, infatti la norma stabilisce che gli organi delle stesse devono essere formati *“senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, da amministratori in carica dei comuni associati e a essi non possono essere attribuite retribuzioni, gettoni e indennità o emolumenti”*.

Seconda parte: come già anticipato, la seconda parte della disposizione oggetto del presente commento, ai coo. 2, 5 e 6 dell'art. 19 del d.l. 6.7.2012 n. 95 modifica l'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14.9.2011, n. 148. La novella disciplina le unioni dei c.d. piccolissimi comuni, con una popolazione fino a 1.000 abitanti.

La principale novità è che per i comuni con una popolazione fino a 1.000 abitanti, viene delineato un nuovo percorso per la gestione associata delle funzioni, infatti gli stessi adesso *“possono”*, nel pieno rispetto della propria autonomia, e non più *“devono”* come stabilito prima, gestire le proprie funzioni mediante le unioni speciali, regolamentate dall'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138 come convertito e modificato, in alternativa a quanto previsto dall'art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 come convertito e modificato.

In definitiva, i comuni fino a 1000 abitanti possono decidere, nell'ambito della propria autonomia, se gestire in maniera associata le sole funzioni fondamentali, di cui al rinnovato art. 14, d.l. 31.5.2010, n. 78 come modificato, attraverso le convenzioni o l'unione, oppure tutte le funzioni ed i servizi tramite l'unione speciale in deroga all'art. 32, coo. 3

¹⁰ Vedi schema di convenzione, <http://www.fpcgilbergamo.it/index.php/autonomie-locali/260-l-esercizio-associato-di-funzioni-e-di-servizi-tramite-convenzione-ed-il-personale-interessato>.

e 6, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ex art. 16, commi 2 e ss, d.l. 13.8.2011, n. 138 come convertito e da ultimo modificato o una o più convenzioni ex art. 30 d.lgs. 18.8.2000, n. 267.

Ai comuni che eserciteranno in forma associata tutte le funzioni e i servizi pubblici tramite le unioni speciali, in deroga a quanto previsto dai commi 3 e 6, art. 32, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, si applicherà la disciplina prevista dalla novella che prevede:

a) affidamento all'unione anche delle competenze in materia di programmazione economico-finanziaria e di gestione contabile nonché della potestà impositiva sui tributi locali;

b) la popolazione residente dell'unione, calcolata ai sensi dell'art. 156, co. 2, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, deve essere di norma superiore ai 5.000 abitanti o ai 3.000 se i comuni appartengono o sono appartenuti a comunità montane;

c) i comuni, con deliberazione dei rispettivi consigli comunali, dovranno avanzare alla regione una proposta di aggregazione per l'istituzione della rispettiva unione nel termine perentorio di 6 mesi dalla data di entrata in vigore del d.l. 6.7.2012 n. 95; nel termine perentorio del 31.12.2013 la regione provvederà a sancire l'istituzione delle unioni nel territorio anche in caso di mancata proposta, potendo anche variare la soglia demografica delle unioni speciali, portandola anche al di sotto di quella prevista dall'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138, come modificato dal d.l. 6.7.2012 n. 95, di cui al punto b);

d) gli organi dell'unione sono il consiglio, il presidente e la giunta;

e) il consiglio è composto da tutti i sindaci dell'unione e in prima applicazione da due consiglieri comunali per ciascuno di essi. I consiglieri sono eletti fra i membri dei rispettivi consigli comunali, entro 20 gg. dalla data di istituzione dell'unione ed assicurando che uno dei due appartenga all'opposizione. Al consiglio spettano le competenze attribuite dal d.lgs. 18.8.2000, n. 267;

f) entro 30 giorni dalla data di istituzione dell'unione il consiglio è convocato di diritto ed elegge il presidente dell'unione tra i sindaci dei comuni associati; fino a questa data le funzioni di competenza dell'unione vengono

esercitate dal sindaco del comune membro avente maggior numero di abitanti;

g) al presidente, che dura in carica due anni e mezzo ed è rinnovabile, spettano le competenze attribuite al sindaco dall'art. 50, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ferme restando in capo ai sindaci di ciascuno dei comuni che sono membri dell'unione le attribuzioni di cui all'art. 54 del medesimo testo unico, e successive modificazioni.

h) la giunta, a cui spettano le competenze previste nel d.lgs. 18.8.2000, n. 267, è composta dal presidente e dagli assessori nominati dal presidente tra i sindaci che compongono il consiglio, in numero non superiore a quello previsto per i comuni aventi corrispondente popolazione¹¹;

i) entro 20 giorni dall'istituzione dell'unione il consiglio adotta lo statuto dell'unione, che individua le modalità di funzionamento dei propri organi e ne disciplina i rapporti;

j) i comuni possono esercitare le funzioni anche mediante una o più convenzioni ai sensi dell'art. 30, d.lgs. 18.8.2000, n. 267 di durata almeno triennale, fermo restando la necessità di provare alla scadenza del termine per la gestione associata delle funzioni il raggiungimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza. In caso contrario si passa all'unione.

k) dal giorno della proclamazione degli eletti le giunte dei comuni che ne fanno parte decadono di diritto.

l) con riferimento al patto di stabilità è confermato che i comuni che operano per l'unione ex art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138 saranno assoggettati al patto di stabilità a decorrere dal 2014.

m) all'unione di comuni c.d. speciale sono trasferite tutte le risorse umane e strumentali relative alle funzioni ed ai servizi alla stessa affidati, nonché i relativi rapporti finanziari risultanti dal bilancio.

¹¹ La giunta "decade contestualmente alla cessazione del rispettivo presidente", specifica, nel proprio inciso conclusivo, l'art. 16, co. 9, d.l. 13.8. 2011, n. 138, conv. in l. 14.9.2011, n. 148, come sostituito dall'art. 19, co. 2, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135.

Questa c.d. unione speciale sembrerebbe non percorribile per i comuni che abbiano una popolazione residente oltre i 1.000 abitanti, anche perché questa disciplina speciale è una deroga esplicita al d.lgs. 18.8.2000, n. 267; tuttavia il co. 4, art. 19, d.l. 6.7.2012, n. 95 come convertito stabilisce che i comuni fino a 5.000 abitanti che siano già parte di un'unione devono optare, “*ove ne ricorrano i presupposti*”, per la disciplina di cui all'art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78, o per l'unione speciale di cui all'art. 16 del d.l. 13.8.2011, n. 138.

Terza parte: la terza ed ultima parte dell'art. 19 con il co. 3 modifica l'art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267, ossia la norma base in tema di unioni fra comuni.

Viene riformato l'art. 32, d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (unione di comuni) e tra le principali modifiche è previsto che:

a) l'unione di comuni costituita in prevalenza da comuni montani, è detta unione di comuni montani e può esercitare anche le specifiche competenze di tutela e di promozione della montagna attribuite in attuazione dell'art. 44, co. 2, cost. e delle leggi in favore dei territori montani;

b) ogni comune può partecipare ad una sola unione; è previsto che le unioni di comuni possono stipulare apposite convenzioni tra loro o con singoli comuni;

c) sono individuati nel dettaglio gli organi dell'unione e le modalità della loro costituzione. Il presidente deve essere scelto tra i sindaci dei comuni associati, la giunta deve essere costituita tra i componenti dell'esecutivo dei comuni associati, e il consiglio deve essere composto da un numero di consiglieri, eletti dai singoli consigli dei comuni associati tra i propri componenti, non superiore a quello previsto per i comuni con popolazione pari a quella complessiva dell'ente, garantendo la rappresentanza delle minoranze e assicurando, dove possibile, la rappresentanza di ogni comune;

d) come nel previgente art. 32 d.lgs. 18.8.2000, n. 267 è confermata l'opzione per un ente di secondo grado, lo statuto individua le funzioni svolte dall'unione e le corrispondenti risorse e non più la disciplina degli organi dell'unione;

e) l'unione continua ad avere autonomia statutaria e regolamentare e le si applicano, “*in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei comuni, con particolare riguardo allo status degli amministratori, all'ordinamento finanziario e contabile, al personale e all'organizzazione*”;

f) all'unione sono conferite dai comuni le risorse umane e strumentali necessarie all'esercizio delle funzioni ad essa attribuite. Sono introdotti nuovi vincoli in materia di spesa di personale: infatti, fermo restando i vincoli previsti dalla normativa vigente, la spesa sostenuta per il personale dell'unione non può comportare, in sede di prima applicazione, il superamento della somma delle spese di personale sostenute precedentemente dai singoli comuni partecipanti; inoltre, si dispone che, attraverso specifiche misure di razionalizzazione organizzativa e una rigorosa programmazione dei fabbisogni, devono essere assicurati progressivi risparmi di spesa in materia di personale;

g) è confermato che all'unione competono gli introiti derivanti da tasse, tariffe e dai contributi sui servizi ad essa affidati;

h) i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti che facciano già parte di un'unione possono optare, qualora ricorrano i presupposti, per la disciplina prevista dall'art. 14, d.l. 31.5.2010 o per quella di cui all'art. 16, d.l. 13.8.2011, n. 138.

Per concludere, occorre sottolineare che potrebbero sorgere problemi sulla compatibilità di alcune norme con i vigenti limiti di potestà legislativa statale in tema di forme associative, come affermato dalla Corte Costituzionale¹² riguardo le comunità montane.

2. Commento all'art. 20, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135, intitolato “Disposizioni per favorire la fusione di comuni e la razionalizzazione dell'esercizio

¹² Vedi C. Cost., 27.7.2009, n. 237 e 21.3.2011, n. 91. La Corte ha affermato che la garanzia della presenza delle minoranze negli organi consiliari delle comunità, come stabilito dal novellato co. 3, art. 32 del tuel, non rientra fra i poteri legislativi dello Stato, in quanto questo ambito attiene all'ordinamento degli organismi associativi, materia che rientra nella competenza residuale delle regioni e non nella materia del coordinamento della finanza pubblica.

delle funzioni comunali”.

L'art. 20, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135, intitolato *“Disposizioni per favorire la fusione di comuni e la razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali”*, già dal titolo, fa trasparire l'intento del legislatore di indurre gli enti locali a farsi parte attiva nella ricerca di una soluzione condivisa al problema dell'eccessiva parcellizzazione territoriale, incentivando le fusioni tra comuni.

Prima di addentrarci nell'analisi del dispositivo di cui sopra, occorre fare una premessa. Il legislatore con il co. 4, art. 20, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135¹³, ha disposto che, a decorrere dall'anno 2013, siano soppresse le disposizioni del regolamento concernente i criteri di riparto dei fondi erariali destinati al finanziamento delle procedure di fusione tra i comuni e l'esercizio associato di funzioni comunali, approvato con decreto del Ministro dell'Interno del 1.9.2000, n. 318, incompatibili con le disposizioni dei precedenti commi dello stesso articolo.

Già l'art. 15, co. 3, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 ha previsto, per favorire tali fusioni, l'erogazione di contributi statali, ulteriori e straordinari rispetto a quelli regionali, di durata decennali e commisurati ad una quota dei trasferimenti spettanti ai singoli comuni che si fondono. L'articolo in questione stabilisce che, a decorrere dall'anno 2013, il contributo straordinario destinato ai comuni - anche con una popolazione ben superiore alla soglia di 5.000 abitanti -, che provvedano, negli anni 2012 e successivi, a fondersi tra loro ex art. 15, co. 3, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, sia commisurato al 20 per cento dei trasferimenti erariali attribuiti per l'anno 2010, nel limite degli stanziamenti finanziari previsti.

Tale disposizione, come si evince dal te-

¹³ Cfr. co. 4, art. 20, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8.2012, n. 135:

A decorrere dall'anno 2013 sono conseguentemente soppresse le disposizioni del regolamento concernente i criteri di riparto dei fondi erariali destinati al finanziamento delle procedure di fusione tra i comuni e l'esercizio associato di funzioni comunali, approvato con decreto del Ministro dell'interno del 1.9.2000, n. 318, incompatibili con le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 del presente articolo.

sto, non è formulata in termini di novella del citato art. 15, co. 3, del d.lgs. n. 267 del 2000. Il co. 2 dell'articolo in questione dispone che tale contributo sarà applicato alle fusioni di comuni realizzate negli anni 2012 e successivi, anche se il co. 1 ne stabilisce l'efficacia a partire dal 2013.

Come previsto dal co. 3, la determinazione delle modalità e dei termini per l'attribuzione dei contributi alla fusione dei comuni viene rinviata ad un emanando decreto del ministro dell'interno di natura non regolamentare.

Per concludere, occorre precisare che in riferimento alla natura non regolamentare dell'emanando decreto, come stabilito dal co. 3, la dottrina ha espresso delle perplessità, anche in considerazione di quanto deciso dalla giurisprudenza sia della Corte Costituzionale che dal Consiglio di Stato. La C. cost. nel 2006¹⁴, con riferimento ad un decreto ministeriale¹⁵ del quale si esplicitava la natura non regolamentare, lo ha qualificato come *“un atto statale dalla indefinibile natura giuridica”*, ancora, più di recente, il Consiglio di Stato in adunanza plenaria¹⁶, riguardo la natura giuridica dell'art. 4, d.m. 6.2.2006, ha affermato che *“deve rilevarsi che, nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di “fuga dal regolamento” (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti “atipici”, di natura non regolamentare”*.

3. Conclusioni.

A partire dal 2008, la riorganizzazione strutturale e funzionale dei comuni, dettata dall'esigenza di far fronte alla gravissima emergenza economica e finanziaria che attualmente investe la quasi totalità dei Paesi Europei, tale da mettere a repentaglio la tenu-

¹⁴ Cfr. C. cost., 17.3.2006, n.116.

¹⁵ Cfr. art. 3, d.l. 22.11.2004, n. 279 (Disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica).

¹⁶ Cfr. CdS, Ad. Plen., 4.5.2012, n. 9.

ta del sistema di *welfare* degli stessi, è stata una delle priorità dei vari governi in carica. La vicenda delle unioni di comuni è l'emblema delle modifiche disciplinari realizzate in assenza di un disegno riformatore unitario che ha dato luogo ad una disorganica sovrapposizione di modelli discordanti e confliggenti. Le unioni di comuni hanno ricevuto un impulso positivo solo con l'entrata in vigore della l. 3.8.1999, n. 265 (*Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla l. 8.6.1990, n. 142*), successivamente confermato dal d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (T.U.E.L.), grazie alla quale il legislatore ha promosso un modello di associazionismo locale fondato sulla libertà di associazione fra comuni, non preordinata alla fusione, ma che con una gestione unitaria delle funzioni e dei servizi, sfruttando i benefici dell'economia di scala e gli incentivi statali e regionali all'uopo predisposti, avrebbe garantito al meglio le esigenze e gli interessi delle piccole realtà locali (A. CELOTTO, A. D'ALOIA, C. PIETROBELLI, G. VESPERINI (a cura di), *I piccoli comuni nel sistema dei poteri locali. Profili problematici e proposte*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 44 ss.).

L'affermarsi di questo modello di associazionismo non finalizzato alla fusione e la flessibilità dell'istituto consentita dalla disci-

plina, come stabilita dal T.U.E.L., ha sortito nel tempo un grave effetto negativo. Durante questo decennio, si sono creati nuovi modelli istituzionali con nuove sedi decisionali che hanno portato ad una sovrapposizione e una duplicazione di funzioni, incarichi ed emolumenti, non più conciliabile con gli obiettivi a breve termine del pareggio di bilancio e del rispetto del patto di stabilità imposti dall'Unione Europea. Il governo, infatti, a partire dal 2008, ha avviato una nuova opera di riordino e semplificazione delle realtà associative portata avanti con svariati interventi, ma tutti connotati esclusivamente dalla finalità di contenimento della spesa pubblica allo scopo di sgravare il paese dal peso del *deficit* di bilancio e del debito pubblico accumulatosi negli anni passati. Tutto questo ha portato all'ultima riforma del 2012 di cui sopra, che rappresenta, cronologicamente, l'ultimo atto da parte del governo effettuato con l'intento del contenimento della spesa pubblica. Per concludere, bisognerà vedere come l'effetto dello sfruttamento delle economie di scala possa contrastare l'effetto derivante dalla riduzione della spesa pubblica sulla qualità e quantità dei servizi pubblici erogati dagli enti locali, augurandoci che tutto ciò non ricada sui fruitori finali dei servizi, cioè i cittadini.

«.....GA.....»

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 41 DEL 2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

della Dott.ssa Laura Magnifico

Breve nota a margine della sentenza della C. cost. 15.3.2013 n. 41 in cui il giudice delle leggi individua il fondamento di legittimità dell'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti nel principio generale di liberalizzazione.

Brief note of the sidelines of the judgment of the Constitutional Court of 15.3.2013 no. 41 where the Constitutional Court legitimates the Transport Regulation Authority foundation through the general principle of liberalization.

Sommario: 1.Premessa. 2. Breve ricostruzione della vicenda relativa all'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti. 3. L'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti ai sensi dall'art. 36 del d.l. 24.1.2012, n. 1. 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza in commento si pone in linea di continuità con l'orientamento espresso nelle recenti pronunce della Corte Costituzionale del 20.7.2012 n. 200 e del 23.1.2013 n. 8 in materia di liberalizzazioni; la Consulta legittima l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti per promuovere la concorrenza in un settore, quale appunto quello inerente tutti i comparti del trasporto, da quello ferroviario a quello aereo, da quello marittimo a quello autostradale, che appare particolarmente refrattario all'ingresso di operatori privati.

In seguito al ricorso promosso in via principale dalla Regione Veneto, la Corte è chiamata a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 36, co. 1, lett. a), del d.l. 24.1.2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito, con modificazioni, dalla l. 24.3.2012, n. 27.

Prima di procedere a commentare la sentenza in epigrafe, appare necessario ripercorrere brevemente l'*iter* legislativo che ha condotto all'istituzione dell'Autorità dei trasporti al fine di inquadrare in modo più completo la questione oggetto del contendere.

2. Breve ricostruzione della vicenda relativa all'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

I primi progetti di istituzione di un'Autorità di regolazione del settore dei trasporti risalgono alla metà degli anni Novanta, quando anche in Italia - su impulso della Comunità europea ed in parallelo con l'avvio di un significativo processo di privatizzazione - si apre il confronto sulla liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità.

Pur tuttavia la liberalizzazione del settore dei trasporti, fatica a realizzarsi a causa di aspetti peculiari che rendono difficoltoso il processo di liberalizzazione del mercato dei servizi, tipicamente affidato ad imprese pubbliche e, l'accesso alle infrastrutture che, stante la non duplicabilità, potrebbe generare situazioni di monopolio naturale e conseguenti fenomeni di abuso di posizione dominante.

L'istituzione di un'Autorità dei trasporti sembra rappresentare la scelta obbligata per avviare quel processo di liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici iniziato in Italia, appunto, negli anni novanta.

L'idea di costituire un'Autorità indipendente per i trasporti è già presente nel disegno di legge originario di quella che poi è divenuto-

ta la l. 14.11.1995 n. 481, ma il progetto fu poi accantonato.

Nelle Legislature XV e XVI, il Parlamento si è in più occasioni occupato del tema: nella XV legislatura è stato presentato un disegno di legge¹ approvato dal Consiglio dei ministri il 2.2.2007 che ha previsto tra le altre, anche l'istituzione di un'Autorità dei trasporti.

Lo scioglimento anticipato delle Camere ne ha, però, interrotto l'iter. Nella XVI Legislatura, la IX Commissione della Camera è tornata sull'argomento esaminando, a partire dal 2009, due proposte di legge².

Da rilevare che i due disegni di legge hanno di fatto escluso dalle competenze della nascente Autorità di regolazione, i servizi del trasporto pubblico locale a seguito di quanto disposto dal d.lgs. 19.11.1997 n. 422³ che, oltre ad aver attuato la separazione delle funzioni di indirizzo, di programmazione e di controllo da quelle di gestione, ha di fatto trasferito le competenze inerenti il trasporto pubblico locale, dal Governo alle Regioni e agli enti locali.

In attuazione di tali principi le Regioni definiscono la politica regionale dei trasporti, in linea con il relativo piano nazionale e con le sue articolazioni settoriali; fissano gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e per i piani di bacino, elaborano il Piano Regionale dei Trasporti e della Mobilità, compiendo scelte istituzionali, gestionali e infrastrutturali a livello regionale, anche in considerazione degli indirizzi a livello nazionale.

Da ultimo, sempre nella XVI legislatura, ma con il Governo Monti, viene approvata il

24.3.2012, la legge n. 27 di conversione, con modificazioni, del d.l. 24.1.2012 n. 1 (cd *decreto liberalizzazioni*) entrata in vigore il 25.3.2012.

Da rilevare, come il Governo in soli tre mesi abbia adottato diversi decreti legge, le cui previsioni sono state oggetto, di correzione da parte di successivi decreti, tutti peraltro ulteriormente modificati, più o meno incisivamente, in sede di conversione in legge; tali passaggi non rendono semplice comprendere la portata delle novelle normative, anche al fine di verificare, nell'attuale quadro normativo, quali siano le previsioni da ritenersi superate dallo *ius superveniens*. Giova richiamare l'attenzione sull'art. 37 del d.l. 6.12.2011 n. 201 (cd *decreto Salva Italia*), che ha istituito l'Autorità di regolazione dei Trasporti, successivamente modificato con la legge di conversione 22.12.2011, n. 214, e poco dopo riformulato dal Governo stesso, con l'art. 36 del d.l. 24.1.2012 n. 1, significativamente modificato in sede di conversione.

In particolare, l'art. 36 del decreto liberalizzazioni, nella versione che oggi è legge, prevede e disciplina l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. 14.11.1995, n. 481.

In estrema sintesi, l'Autorità, che è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, è organo collegiale, composto dal Presidente e da due membri. In sede di prima attuazione del decreto, il Collegio dell'Autorità è, *rectius*, avrebbe dovuto essere costituito entro il 31.5.2012⁴ per poi esercitare le proprie funzioni a decorrere dal 30.6.2012.

3. L'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti ai sensi dall'art. 36 del d.l. 24.1.2012, n. 1.

Il d.l. 24.1.2012, n. 1 all'art. 36, come modificato dalla legge di conversione 24.3.2013 n. 27, prevede l'istituzione di un'Autorità di regolazione dei trasporti cui sono attribuite numerose competenze nel settore dei trasporti

⁴ Merita segnalare che ad oggi non è ancora stata nominata la terna dei componenti del direttivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti perché i membri individuati dal Governo non hanno ricevuto l'approvazione dal Parlamento.

¹ Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi (A.S. 1366).

² Il riferimento è ai disegni di legge: C. 1057 e C. 4337, recanti, rispettivamente, *Istituzione dell'Autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto e Istituzione dell'Autorità per la regolazione della gestione di reti, infrastrutture e servizi di pubblico trasporto ferroviari e stradali e il collegamento con le infrastrutture nodali*. Sul tema F. Deana – *Verso l'istituzione di un'Authority nazionale per i trasporti? Due d.d.l. al vaglio del Parlamento italiano*” Periodico: Diritto e politiche dell'Unione europea - Anno: 2009 - Fascicolo: 1 - Parte: 1 - Pagina inizio: 39 - Pagina fine: 53.

³ Il d.lgs. n. 422 del 18.11.1997 c.d. decreto Burlando e ss.mm.ii. emanato in attuazione della legge delega n. 59 del 15.3.1997 e dal reg.Ce n.1370/2007, è entrato in vigore il 3.12.2009, ed è tuttora vigente.

e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della costituzione.

Nell'ambito del trasporto nazionale e locale l'Autorità provvede a definire i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori.

La norma è stata impugnata dalla Regione Veneto, in quanto attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti, competenze che travalicano quelle necessarie a realizzare l'apertura del mercato; in altre parole, verrebbe meno il rispetto del principio di correlazione tra proporzionalità e adeguatezza dell'intervento statale che costituisce requisito essenziale per valutare la legittimità di determinati interventi legislativi da parte dello Stato⁵.

Più in generale, la Regione lamenta di essere stata spogliata di competenze attinenti alla materia del trasporto pubblico locale che, in ossequio alla consolidata giurisprudenza della Corte⁶, sarebbero da considerare di

⁵ Così sentenza della C. cost. 13.1.2004 n. 14 e 27.7.2004 n. 272.

⁶ Sentenza C. Cost. 8.6.2005 n. 222 con la quale la Consulta ha chiarito che la materia del trasporto pubblico locale rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art.117 della Cost., "come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del titolo V della cost., il d. lgs. del 19.11.1997, n. 422 aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati" In dottrina A. Zito, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, p. 387 ss.; G. Sciallo, *Stato, Regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2004; C. Buzzacchi, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nelle recenti giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni* n.3/2006.

competenza residuale regionale ai sensi dell'art. 117 co. 4 della costituzione.

L'Autorità sarebbe poi, chiamata a definire rilevanti aspetti di natura macroeconomica senza avere nel contempo la responsabilità politica e amministrativo-contabile.

Nel dettaglio, le competenze economiche affidate a tale autorità, inerenti la determinazione dei criteri per la fissazione delle tariffe risultano a parere della ricorrente, lesive dei principi di autonomia finanziaria⁷ delle Regioni, ai sensi dell'art. 119 della costituzione.

Tali risorse potrebbero, infatti, annoverarsi tra quelle proprie destinate alla gestione ordinaria dei compiti regionali, attualmente definite a livello regionale, in linea con quanto previsto dall'art. 119, co. 2.

I giudici costituzionali chiamati a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 36, co. 1, lett. a) del d.l. 24.1.2012, n. 1, dichiarano, innanzitutto, inammissibili le censure proposte dalla ricorrente con riferimento agli artt. 117 e 119 della costituzione in quanto le ragioni di doglianza della Regione risultano generiche ed insufficientemente motivate.

In relazione ai suddetti parametri, il ricorso risulta privo di un sufficiente sviluppo argomentativo a sostegno delle singole censure mosse alla norma impugnata.

Ricorre anche in questo caso, quanto affermato nella sentenza della Corte del 5.11.2010 n. 312, e cioè che il ricorrente si limita, ad affermare la lesività delle disposizioni in esame rispetto ai richiamati principi costituzionali, senza tuttavia fornire un'adeguata motivazione in ordine alle specifiche ragioni che determinerebbero le dedotte violazioni di tali principi.

Andando ad esaminare la sentenza in commento, non si può fare a meno di cogliere un certo "disappunto" da parte dei Giudici riguardo alla superficialità e inadeguatezza

⁷ Sul tema dell'autonomia finanziaria regionale G. RANDO - *Il finanziamento dei Trasporti pubblici locali in Italia* - Quad. reg. fasc.1 - 2010, L. ANTONINI, *La vicenda e la prospettiva dell'autonomia finanziaria regionale: dal vecchio al nuovo art. 119 cost.*, in *Le Regioni*, n. 1, 2003, P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni* n. 6/2001- R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n.42 del 2009 in materia di federalismo fiscale* in www.astrid-online.it

delle motivazioni contenute nel ricorso, soprattutto alla luce di un principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale, e nuovamente ribadito: *“il ricorso in via principale non solo deve identificare esattamente la questione nei suoi termini normativi, indicando «le norme costituzionali e ordinarie, la definizione del cui rapporto di compatibilità o incompatibilità costituisce l’oggetto della questione di costituzionalità»... ma deve, altresì, contenere una argomentazione di merito a sostegno della richiesta declatoria di illegittimità costituzionale della legge ... tenendo conto che l’esigenza di una adeguata motivazione a supporto della impugnativa si pone «in termini perfino più pregnanti nei giudizi diretti che in quelli incidentali»”*.

La Regione Veneto prosegue nell’elenco delle motivazioni di censura della disposizione in esame, postulando il contrasto della norma con i principi di sussidiarietà⁸, differenziazione ed adeguatezza sanciti nell’art. 118 della costituzione. Tale deroga non troverebbe adeguata giustificazione nemmeno nelle esigenze di carattere unitario; in subordine, sarebbe altresì violato, il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni.

Per quanto riguarda la violazione dell’art. 118, la Corte, nella formazione del proprio giudizio, segue sostanzialmente le argomentazioni dell’Avvocatura dello Stato che aveva sostenuto l’intervento potesse farsi rientrare nell’alveo della *“tutela della concorrenza”* art. 117, co. 2, lett. e), cost..

Il giudice delle leggi rafforza tale motivazione affermando che *“... le disposizioni impugnate, pur avendo attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, perseguono una finalità di promozione della concorrenza e quindi afferiscono alla competenza esclusiva dello Stato...l’esercizio della competenza esclusiva e trasversale per la tutela della concorrenza può intersecare qualsivoglia titolo di potestà regionale, seppur nei limiti necessari ad assicurare gli interessi cui essa*

è preposta, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità”.

La Consulta, nella sentenza in commento, non *“misura”*, in realtà, la proporzionalità e l’adeguatezza dell’intervento statale, ma si limita ad argomentare la riconducibilità delle norme censurate alla funzione statale di *“promozione della concorrenza”*, rifacendosi ad un’accezione dinamica del concetto di concorrenza⁹.

Quest’ultimo ha un contenuto complesso in quanto ricomprende non solo l’insieme delle misure antitrust, ma anche azioni di liberalizzazione, che mirano ad assicurare e a promuovere la concorrenza *“nel mercato”* e *“per il mercato”*, secondo gli sviluppi ormai consolidati nell’ordinamento europeo e internazionale e più volte ribaditi dalla giurisprudenza della Corte (*ex multis*, sentenze n. 45 e n. 270 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007)¹⁰.

Pertanto, l’istituzione di un’Autorità di regolazione dei trasporti, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza, funzionale alla liberalizzazione dei pubblici servizi e capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico.

La Consulta prosegue, nella sentenza in parola, nel mettere in rilievo la *ratio* dell’istituzione dell’Autorità dei trasporti, unico soggetto idoneo a favorire il passaggio, nel settore dei trasporti, da un sistema di posizioni dominanti ad un sistema liberalizzato e chiamato a svolgere, *inter alia*, una funzione di regolazione che garantisca pari opportunità a tutti gli operatori¹¹.

⁹ Al riguardo sentenza della C. cost. 13.1.2004 n. 14: R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della C. cost.)*, in le Regioni, n.4-5/2008, 791ss. e R.CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in le Regioni, n. 4/2004. Per una lettura estensiva del concetto di concorrenza e della giurisprudenza della C. cost., A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della C. cost. in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, AGCM, n.5/2011.

¹⁰ cfr. Sentenza della Corte Costituzionale 20.07.2012 n. 200.

¹¹ Si potrebbero creare, senza l’istituzione dell’Autorità di regolazione, *“fenomeni di cattura”* tra soggetti regolati e regolatori. Sul tema, VINCENZO VISCO

⁸ La *“chiamata o attrazione in sussidiarietà”* è stata elaborata per la prima volta dalla C. cost. con la famosa sentenza 1.10.2003 n. 303 commentata in dottrina tra l’altro da A. D’ATENA, R. DICKMANN, A. RUGGERI, S. BARTOLE, A. MORRONE, Q. CAMERLENGO, F. CINTIOLI, A. ANZON, A. MOSCARINI, L. VIOLINI.

L'altro motivo di doglianza della Regione riguarda, infine, il potere attribuito a detta Autorità, di nomina delle Commissioni giudicatrici, che realizzerebbe un'ulteriore ingerenza nell'ambito della competenza regionale in materia di organizzazione amministrativa, garantita dagli artt. 117 e 118 della cost..

Il giudice delle leggi, nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, co. 1, lett. a) del d.l. 24.12.2012 n. 1, con riferimento all'art. 118 della costituzione e al principio di leale collaborazione, ribadisce una posizione già espressa con la sentenza 20.7.2012 n. 200, secondo cui " ...il legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale". Come già recentemente osservato¹², la Corte ripropone la nota distinzione tra principi e regole¹³ affermando che l'Autorità dei trasporti è chiamata a definire i criteri di determinazione delle tariffe e di nomina delle commissioni giudicatrici dei bandi di gara, ferme restando le competenze delle amministrazioni locali sulle concrete regole attuative.

La Corte, più in generale, ricorda come già emerso nella sentenza 7.11.1995 n. 482¹⁴ in materia di lavori pubblici, che l'Autorità indipendente è chiamata a svolgere una funzione di garanzia e di vigilanza unitaria a livello nazionale. Le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, ma consentono il corretto svolgimento dell'attività di concorrenza all'interno della cornice di regolazione economica dettata dalla stessa Autorità.

Del resto, ricorda la Corte, la stessa dispo-

sizione censurata prevede che l'Autorità di regolazione dei trasporti sia tenuta al rispetto delle competenze delle Regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della costituzione.

Rimane però da chiedersi se, nella sentenza n. 482 del 1995, le Regioni denunciano la violazione di competenze ad esse costituzionalmente riservate, che sarebbe derivata dall'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, *a fortiori* oggi, in uno scenario completamente mutato a seguito della riforma del titolo V che ha, di fatto, potenziato le competenze delle autonomie regionali, tale violazione risulterebbe ancora più plausibile. Al riguardo, vale la pena ricordare, che l'Autorità di regolazione dei trasporti è la prima autorità indipendente istituita dopo la riforma del titolo V.

Le soluzioni che attengono alla regolazione di taluni settori di mercato (servizi pubblici locali) dovrebbero, pertanto, essere ripensate alla luce del nuovo riparto delle competenze tra Stato e Regioni in modo da giungere ad un bilanciamento equo tra l'esigenza di uniformità del mercato nazionale, garantita da autorità di regolazione statali, e la valorizzazione delle risorse e delle strategie economiche elaborate dalle regioni nell'ambito delle proprie competenze legislative¹⁵. In merito alla violazione del principio di leale collaborazione¹⁶ denunciata dalla ricorrente, la Corte nel ribadire il parametro costituzionale di competenza legislativa esclusiva statale "tout court", va oltre, affermando che l'Autorità di regolazione dei trasporti rientra tra le Autorità indipendenti¹⁷, che sono chiamate ad operare in "piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione" e che non sono pertanto tenute al rispetto del principio di leale collaborazione come invece previsto per Go-

COMANDINI, *L'Analisi Economica delle Autorità Indipendenti* – www.astrid-online.it.

¹² Il riferimento è a F. SAIITTO, *La Corte Costituzionale, la tutela della concorrenza e il "principio generale della liberalizzazione" tra Stato e Regioni*, in AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti) n. 4/2012

¹³ G.ZAGREBELSKY, *Diritti per: valori, principi o regole? a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin*, in Quad. fiorentini, XXXI, 2002.

¹⁴ Sul tema G.GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè – Milano- 2006, pag.156 e ss.

¹⁵ L.CASSETTI, *La corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, www.federalismi.it.

¹⁶ R. BIFULCO, *Leale collaborazione (principio di)*, Dizionario di diritto pubblico, S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁷ Cfr. M. D'ALBERTI, *Autorità Indipendenti (dir. amm)*, in Enciclopedia giuridica Treccani; M. MANETTI, *Autorità Indipendenti (dir. cost)*, in Enciclopedia giuridica Treccani; M. DE BENEDETTO, *Autorità Indipendenti*, in Dizionario di Diritto pubblico, diretto da S. CASSESE, Milano 2006

verno, o Ministeri, e Regioni.

Come già emerso nella sentenza 27.3.2009 n. 88, la Consulta ribadisce, nella sentenza in parola, la natura amministrativa¹⁸ delle Autorità indipendenti che devono agire nel rispetto della legge generale sul procedimento amministrativo, la l. 7.8.1990, n. 241 e dalle altre leggi dello Stato applicabili alle autorità indipendenti, ma allo stesso tempo conferma la posizione di terzietà delle stesse nei confronti degli organi di indirizzo politico.

E' stato escluso che nel nostro ordinamento giuridico, in ragione dei principi che lo caratterizzano, sia ipotizzabile un *tertium genus*, fra amministrazione e giurisdizione, con i caratteri della paragiurisdizionalità, tanto che gli atti adottati dalle Autorità costituiscono veri e propri provvedimenti amministrativi e, come tali, sono soggetti al sindacato giurisdizionale. La locuzione "*Autorità amministrativa indipendente*" esprime un concetto che può sembrare contraddittorio.

Ne consegue che, per definirne l'effettiva natura, occorre individuare quale dei due aggettivi (amministrative o indipendenti) uniti al sostantivo Autorità deve prevalere, in modo da attribuire a questi organismi la connotazione dominante¹⁹.

La Corte, nel considerato n. 7 della sentenza in commento, rispetto ad un'esigenza chiarificatrice, in merito al dibattito²⁰ tuttora aper-

¹⁸ Sul tema ord. Cass. Civ. 20.5.2002, n.7341.

¹⁹ cfr. P. de LISE, in *Indagine Conoscitiva sulle Autorità Amministrative indipendenti*, Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati - Roma - 6.4.2011.

²⁰ Secondo V.CAIANIELLO, "*Le Autorità amministrative indipendenti non fanno parte quindi dello Stato-apparato, bensì vanno ricondotte allo Stato comunità, ...dovendo in una posizione di terzietà garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi sia generali che settoriali o particolari*", in *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in Foro amm. 1997, p. 365. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., p. 637. M. Manetti sostiene che "*le Autorità fanno parte dello Stato apparato e non si contrappongono ad esso, anche se godono una particolare posizione di indipendenza in vista della tutela dei diritti*", in *Regioni e Autorità indipendenti in conflitto*, in Giur. Cost., 2002, p. 2826. In senso opposto G. Grasso afferma che "*le Autorità amministrative indipendenti, pur conservando un forte collegamento con la realtà amministrativa, sono manifestazione di qualcosa di più e di diverso rispetto all'amministrazione in senso classico, do-*

to sulla natura giuridica delle Autorità indipendenti, offre una risposta piuttosto sbrigativa nel legittimare la mancanza di moduli collaborativi tra Stato e Regioni, e nel confermare, il duplice profilo delle Autorità: di indipendenza rispetto al Governo da un lato, e di appartenenza all'apparato amministrativo dello Stato, dall'altro.

4. Considerazioni conclusive.

Con la sentenza in commento il giudice delle leggi, trae lo spunto per riaffermare una serie di principi giurisprudenziali costituzionali già consolidati.

In primis vengono ribaditi i concetti già recentemente espressi con le sentenze n. 200 del 2012 e n. 8 del 2013, in materia di liberalizzazione; in questo caso l'istituzione della Autorità di regolazione dei trasporti costituisce lo strumento necessario per delineare quella cornice di regolazione economica entro la quale le Regioni possono sviluppare le politiche pubbliche in materia di trasporti, nel proprio ambito, al fine di perseguire una finalità di promozione alla concorrenza²¹.

In secondo luogo viene ribadita una lettura estensiva della competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza senza alcuna garanzia in termini di leale collaborazione con le autonomie regionali, anzi invadendo spazi che il legislatore aveva consegnato alle Regioni stesse.

Ciò premesso, va osservato che la pronuncia in commento si inserisce nel filone delle

vendo essere collocate nella nicchia dei poteri di rango costituzionale, in *Autorità Amministrative Indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in Quaderni regionali, n. 3/2003, p. 816.

²¹ Viene in tal senso favorito un sistema di "*liberalismo delle regole*", F. FORTE E F. FELICE, *Il liberalismo delle regole*, 2010 Rubbettino. Si vuole promuovere un concetto di regolazione e non di più di regolamentazione. "*Il criterio distintivo tra regolamentazione e regolazione deve essere dunque individuato nel profilo teleologico: mentre la regolamentazione si esplica in un'attività di direzione dell'economia, la regolazione non costituisce uno strumento di "orientamento" dell'economia da parte di un soggetto pubblico, ma è finalizzata a garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale*". Cfr. P. CHIRULLI, R. MICCÙ, *Il modello Europeo di regolazione: atti della giornata di studio in memoria di S. Cattaneo*, 2011, Jovene, Napoli.

rare decisioni in cui la Corte ha affrontato problemi di conformità delle Autorità amministrative indipendenti con il quadro costituzionale vigente, confermando ancora una volta il netto *favor* della Corte in merito all'istituzione di tali organismi indipendenti²².

L'interrogativo di fondo perpetua l'intreccio fra regolazione di settore, di ampia spettanza regionale nel trasporto pubblico locale, e tutela della concorrenza, per la quale lo Stato ha competenza esclusiva.

Al riguardo, parte della dottrina ha individuato nella istituzione di organismi o agenzie regionali²³, una possibile risposta a tale interrogativo²⁴.

È pur vero, d'altra parte, che una regolazione economica decentrata²⁵ potrebbe comportare dei rischi per raggiungere l'obiettivo unitario di concorrenza.

E' di tutto rilievo poi rammentare, poi, che l'Autorità indipendente dei trasporti è chiamata a svolgere compiti non solo di competenza regionale ma anche attualmente attribuiti ad altre amministrazioni statali.

Basti pensare, a titolo esemplificativo che a tutt'oggi, le competenze afferenti la regolazione economica nel campo dei trasporti, sono esercitate dai Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti che, normalmente agiscono di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Tali dicasteri si avvalgono poi, a seconda dei casi di Enti sotto-ordinati (Enac e Anas). Sulla regolazione dei trasporti si esprime inoltre, previo parere del Nars²⁶, il CIPE, che mantiene la competenza su tutti i settori non regolamentati da Autorità indipendenti²⁷.

L'istituzione dell'Autorità dei trasporti rappresenta l'occasione per rispondere all'esigenza di unificazione della *governance* di un settore, attualmente frammentato tra svariati organismi attraverso la definizione, dei ruoli e delle competenze istituzionali che dovranno comporsi come tessere in un complesso mosaico al fine di soddisfare sia il principio generale di liberalizzazione sia l'obiettivo di efficienza e di buon andamento dell'amministrazione²⁸.

²² Sul tema delle Autorità indipendenti si segnala di G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* n.3/2012.

²³ Nel d.d.l. CARVALE art.2 co. 3 "L'Autorità esercita le sue funzioni nei confronti dei trasporti regionali salvo che le regioni, nell'ambito delle loro competenze, non provvedano a istituire analoghi organismi indipendenti", sul tema A. BOITANI, *Un'Autorità di regolazione dei trasporti?*, in *L'Industria*, n.4, ottobre-dicembre 2000.

²⁴ P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2003, 149 ss.; G. SIRIANI E A. VALASTRO, *Autorità indipendenti di regolazione e regioni*, www.astrid-online.it; Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, in www.astrid-online.it, 16.2.2012.

²⁵ M. D'ALBERTI, *Federalismo, concorrenza e Titolo V della Costituzione - Risultati e proposte da una ricerca sul campo*- Formez - Presidenza del Consiglio dei Ministri.

²⁶ Il Nucleo di consulenza per l'Attuazione e Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS) è un organismo tecnico di consulenza e supporto per le attività del Comitato Interministeriale per la programmazione Economica (CIPE) in materia tariffaria e di regolazione dei servizi di pubblica utilità non regolamentati da una specifica autorità di settore

²⁷ M. SEBASTIANI - *Le autorità indipendenti e l'autorità di regolazione dei trasporti*- Workshop - Università di Roma "Tor Vergata"- 12-13.2.2007

²⁸ Sul tema A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di diritto amministrativo* n.6/2012.

DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI E TUTELA DELLA RISERVATEZZA

della Dott.ssa Isabella Mastrangeli

Il delicato rapporto tra il diritto di accesso agli atti per chi è interessato da un procedimento ispettivo/sanzionatorio e la tutela della riservatezza dell'autore dell'esposto, che a quel procedimento ha dato origine, è risolto con la preferenza per il primo, considerato che la Costituzione non tollera denunce segrete o anonime.

The delicate relationship between the right of access to documents for those affected by a proceeding ispettivo/sanzionatorio and the protection of confidentiality of the author dell'esposto, which at that proceeding has given rise, is solved with the preference for the first, since the Constitution does not tolerate secret or anonymous complaints.

Sommario: 1. I soggetti del diritto di accesso agli atti. 2. La regolamentazione del rapporto accesso-privacy. 3. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario e la prevalenza del diritto di accesso. 4. Il disfavore verso le denunce segrete o anonime.

1. I soggetti del diritto di accesso agli atti.

Quante e quali situazioni giuridiche soggettive si vengono a creare quando la pubblica amministrazione riceve un esposto - anche anonimo - di un'istituzione o di un cittadino? Innanzitutto è bene chiarire che le notizie acquisite sia privatamente che pubblicamente dalla P.A. a seguito di un esposto costituiscono una mera informazione, priva di carattere probatorio o indiziario, tesa esclusivamente a sollecitare l'esercizio di un potere discrezionale di autotutela - che dovrà pertanto essere congruamente giustificato in base ai normali canoni dell'interesse pubblico¹. Invero, gli atti di denuncia e gli esposti valgono a costituire un rapporto che, se da una parte coinvolge l'autore della denuncia o dell'esposto e l'amministrazione competente a procedere per l'eventuale adozione di misure di carattere repressivo-sanzionatorio, dall'altra riguarda coloro ai quali vengono riferiti i fatti contestati. I soggetti denunciati, prima ancora di essere parti di un eventuale procedimento sanzionatorio, sono direttamente interessati in seno al procedimento di accertamento e di ve-

rifica avviato dall'amministrazione competente ed hanno quindi un interesse giuridicamente rilevante alla conoscenza dell'atto di denuncia e del suo autore².

L'art. 22 della l. n. 241 del 7.8.1990 definisce quali "interessati" tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso³.

² TAR Lazio, II, 29.9.2009, n.9341.

³ TAR Calabria, Ct, I, 15.11.2010, n.2686; TAR Campania, Na, VI, 15.11.2010, n.24420; TAR Lazio, II, 15.9.2008, n.8302. L'art. 22, l. 7.8.1990, n. 241, definisce l'accesso "conoscitivo o extraprocedimentale", cioè un accesso che viene in rilievo a procedimento concluso per soddisfare un'esigenza conoscitiva di determinati atti e che va tenuto distinto dall'accesso "partecipativo o endoprocedimentale" delineato dall'art. 10 della stessa legge, che si riferisce ai soggetti di cui all'art. 7 e a quelli intervenuti ex art. 9 della l. 241/1990 e si caratterizza per essere uno strumento di partecipazione del privato al procedimento amministrativo; le differenze tra i due tipi di accesso risiederebbero nella finalità e nella titolarità del diritto, ma non nella sua ampiezza (C. GIURDANELLA, C. PUZZO, *L'accesso ai documenti amministrativi. Esercizio del diritto e tutela giurisdizionale*, Giuffrè Ed., Milano, 2010, pp. 9 - 12).

¹ TAR Veneto, II, 17.12.2008, n.3879.

A sua volta l'autore di un esposto, al quale abbia fatto seguito un procedimento a carico di terzi, diventa titolare di una situazione giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 22, l. 7.8.1990, n. 241, che lo legittima a richiedere l'accesso agli atti del procedimento che da quell'esposto ha tratto origine⁴.

2. La regolamentazione del rapporto accesso-privacy.

In siffatta situazione, si viene a creare una contrapposizione tra due interessi, entrambi di rango primario e come tali meritevoli di tutela: da un lato il diritto di prendere conoscenza della documentazione amministrativa, anche in vista di una completa esplicazione del diritto di difesa, dall'altro il "diritto all'anonimato" per chi, *sua sponte*, si è esposto e potrebbe correre il rischio di ritorsioni. Quale dei due interessi è valutato come prevalente dall'ordinamento?

Il diritto di accesso agli atti e la tutela della riservatezza necessariamente si intersecano, tanto che la normativa in materia di accesso agli atti, dettata dalla l. 241/1990⁵ e sviluppata dalla giurisprudenza, ha subito nel tempo una profonda evoluzione in virtù delle so-

⁴ Ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. b), l. 7.8.1990, n.241, sono definiti "controinteressati" tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza. Secondo quanto previsto dall'art. 3 d.P.R. 12.4.2006, n. 184, la P.A. cui è indirizzata la richiesta di accesso, preso atto che nel fascicolo sono contenuti dati relativi a terzi, individua in essi i soggetti controinteressati ai quali è tenuta a dare comunicazione dell'avvenuta richiesta a mezzo raccomandata A/R o PEC. I soggetti controinteressati possono a loro volta presentare una motivata opposizione alla richiesta di accesso entro i dieci giorni successivi al ricevimento di suddetta comunicazione. Per la giurisprudenza si v. TAR Sardegna, I, 10.6.2010, n.1435, ma anche TAR Lombardia, Mi, 19.6.2009, n.3783; *idem*, 6.4.2009, n.3160).

⁵La previsione legislativa di una disciplina generale sul diritto di accesso ha rappresentato una rivoluzione copernicana sul versante dell'ostensione della documentazione amministrativa, fino ad allora improntata sulla segretezza, oltre a segnare un passo fondamentale verso la democratizzazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione; cfr. C. GIURDANELLA, C. PUZZO, *op. cit.*, pp. 11 - 12.

pravvenute esigenze di adattamento alla disciplina della riservatezza⁶.

Così, prima della legge n. 675/1996, la regola generale era l'accesso, che veniva limitato in casi eccezionale e specificamente circoscritti⁷; in ogni caso, l'ostensione era garantita "ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici"⁸.

Con la l. n. 675/1996⁹ si assiste ad un nuovo trend che dà la priorità al diritto alla riservatezza rispetto al diritto di accesso, pur se finalizzato ad esigenze di difesa in giudizio. Questa legge annuncia anche una disciplina peculiare per il trattamento dei "dati sensibili", disciplina prevista con d. lgs. 11.5.1999 n. 135¹⁰.

Si arriva poi al "Codice in materia di protezione dei dati personali", d. lgs. 30.6.2003, n. 196, ed alla l. 15.2.2005, n. 15 (che modifica la l. 241/1990), i quali distinguono tre categorie di dati meritevoli di protezione: i dati comuni¹¹, i dati sensibili¹² e i dati ipersensibili¹³.

⁶ Per un'analisi più approfondita si v. M. CHIRILLI, M. IACONO QUARANTINO, *Il diritto di accesso. Questioni processuali*, Giuffrè Ed., Milano, 2008, p. 255 e ss.

⁷ La disciplina della protezione dei dati personali era rimessa alle previsioni della l. n. 241/1990 e del d.P.R. 27.6.1992, n. 352, il quale all'art. 8 specificava i casi eccezionali di esclusione dall'accesso agli atti.

⁸ Art. 8, co. 5, lett. d) cpv, d.P.R. 352/1992; per la giurisprudenza si v. CdS, Ad. Plen., 4.2.1997, n.5. Un contrappeso a questa linea era espressamente prevista dall'art. 24, co. 2, lett. d), l. 241/1990 e dall'art. 8, co. 5, lett. d), d. P.R. 352/1992, che, di fronte a documenti riguardanti la vita privata o la riservatezza di terzi, prescrivevano la mera visione, escludendo la possibilità di estrarre copia o di trascrivere il contenuto di tali documenti.

⁹ L'art. 1 della l. 675/1996 stabilisce il principio generale secondo cui la nuova normativa "garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione".

¹⁰ Secondo questa normativa l'ostensione dei dati sensibili vale come *extrema ratio*: va infatti effettuata la valutazione del Garante circa l'effettiva sussistenza di rilevanti finalità di interesse pubblico e nei modi e nelle forme meno invasive possibili della sfera del terzo.

¹¹ Ai sensi dell'art. 59 del d.lgs. n. 196/2003, "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le

La l. n. 15 del 10.2.2005 ha ribadito gli stessi principi: infatti, pur rimandando ad un futuro Regolamento la possibilità di sottrarre all'accesso "i documenti che riguardano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche (...)", tale legge prescrive che "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

3. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario e la prevalenza del diritto di accesso.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario propende per la tesi secondo cui il diritto alla riservatezza non può essere invocato quando la richiesta abbia per oggetto il nome di coloro che hanno reso segnalazioni, denunce o rapporti informativi nell'ambito di un procedimento ispettivo.

Con la recente sentenza del 28.9.2012, n.5132, il Consiglio di Stato, V, ha riaffermato questo indirizzo con le seguenti parole: "Il soggetto che subisce un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti utilizzati dall'amministrazione nell'esercizio del

modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla l. 7.8.1990, n. 241, e s.m.i. e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. Le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico".

¹² I "dati sensibili e giudiziari" sono definiti all'art. 4, co. 1, lett. d) ed e), d. lgs. 30.6.2003, n. 196.

¹³ Ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 196/2003, "Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile". Per questo genere di dati, alla pubblica amministrazione è riconosciuto un potere discrezionale di valutare in concreto il rango dell'interesse giuridico coinvolto, di considerare se la conoscenza dei dati richiesti sia effettivamente necessaria per il richiedente e se essi non siano conoscibili per altra via.

potere di vigilanza, compresi gli esposti e le denunce che hanno determinato l'attivazione di tale potere (CdS, IV, 19.1.2012, n. 231; V, 19.5.2009, n. 3081), non ostandovi neppure il diritto alla riservatezza che non può essere invocato quando la richiesta di accesso ha ad oggetto il nome di coloro che hanno reso denunce o rapporti informativi nell'ambito di un procedimento ispettivo, giacché al predetto diritto alla riservatezza non può riconoscersi un'estensione tale da includere il diritto all'anonimato di colui che rende una dichiarazione a carico di terzi, tanto più che l'ordinamento non attribuisce valore giuridico positivo all'anonimato (CdS, VI, 25.6.2007, n. 3601). Non può pertanto seriamente dubitarsi che la conoscenza integrale dell'esposto rappresenti uno strumento indispensabile per la tutela degli interessi giuridici dell'appellato, essendo intuitivo che solo in questo modo egli potrebbe proporre eventualmente denuncia per calunnia a tutela della propria onorabilità: il che rende del tutto prive di qualsiasi fondamento giuridico i dubbi sull'uso asseritamente strumentale e ritorsivo della conoscenza dell'esposto che ha dato luogo al procedimento disciplinare in danno del ricorrente, non potendo ammettersi che pretese esigenze di riservatezza possano determinare un vulnus intollerabile ad un diritto fondamentale della persona, quale quello dell'onore"¹⁴.

Alla base di questo indirizzo giurisprudenziale ci sono diverse motivazioni: in primis, la previsione legislativa per la quale l'istanza di ostensione non può incontrare limitazioni al di fuori di quelle tassativamente elencate nel nuovo testo dell'art. 24, l. 7.8.1990, n. 241, come sostituito dall'art. 16, l. 11.2.2005, n. 15; inoltre, la l. n. 241 del 1990, nella parte novellata dalla lett. a) del co. 1 dell'art. 10, l. 18.6.2009, n. 69, conferisce al "diritto di accesso" un valore di "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire

¹⁴ Si nota che nello stesso giorno il Consiglio di Stato si è espresso in senso in parte contrario, ritenendo legittimo il provvedimento che permette ad un insegnante l'accesso soltanto parziale - cioè senza indicazione dei dati anagrafici dei soggetti dichiaranti - agli atti amministrativi relativi al procedimento di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale della medesima insegnante (CdS, IV, 28.9.2012, n.5153).

la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza", la quale costituisce "principio generale inserito a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini all'organizzazione all'attività soggettivamente amministrativa, quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi ed illegalità"¹⁵; d'altra parte, il diritto di accesso deve essere consentito, nei limiti in cui sia strettamente indispensabile, anche nei confronti di atti contenenti dati idonei a rivelare dati personali riservati ovvero dati cc.dd. "supersensibili", nel caso in cui il richiedente abbia motivato l'istanza ostensiva con la necessità di tutelare e difendere i suoi interessi giuridici, nel rispetto della riservatezza dei terzi, secondo le modalità e termini previsti dall'art. 60, d.lgs. 30.6.2003, n. 196¹⁶.

Quest'orientamento si spiega alla luce della predilezione dell'ordinamento per una serie di valori costituzionalmente garantiti, cioè: il principio di trasparenza, il diritto di difesa - che necessariamente passa anche per la conoscenza della persona che abbia dato avvio al procedimento, il giusto processo *ex art.* 111 cost. e la dialettica democratica. Pertanto ogni soggetto deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di segnalazioni, esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio nei suoi confronti, poiché in tal caso il diritto di accesso agli atti è strumentale al diritto di difesa¹⁷.

Di più, il rapporto di strumentalità non sussiste solo tra diritto di accesso e diritto di difesa dell'incolpato, ma anche, e prima ancora, tra diritto di accesso e interesse della pubblica amministrazione procedente ad acquisire il più ampio apporto collaborativo in vista di una migliore realizzazione dell'interesse pubblico perseguito¹⁸.

¹⁵ TAR Lazio, I, 4.10.2010, n.32662.

¹⁶ Cfr. TAR Emilia R, Bo, II, 2.2.2010, n.633.

¹⁷ CdS, IV, 30.11.2009, n.7486; CdS, V, 10.1.2007, n.55; TAR Lazio, II, 10.9.2010, n.32236; cfr. TAR Piemonte, II, 11.5.2012, n.537, secondo il quale la richiesta di accesso agli atti deve essere preordinata all'esercizio del diritto di difesa, al fine di non assumere connotati ritorsivi che l'ordinamento non può tutelare.

¹⁸ Cfr. TAR Lazio, II, 29.9.2009, n.9341, cit.

Nel caso di documenti contenenti "dati sensibili e giudiziari", invece, la disciplina legislativa cambia poiché i beni tutelati vengono valutati diversamente. Infatti, le necessità difensive, riconducibili ai principi di tutela fissati dall'art. 24 cost., devono ritenersi prevalenti rispetto a quelle della riservatezza, come previsto dall'art. 24, co. 7 l. n. 241 del 1990, solo nei limiti in cui ciò sia strettamente indispensabile; il legislatore ha chiaramente specificato come non siano sufficienti esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumono lesi¹⁹.

Il diritto di accesso agli atti ammette quindi una compressione solo se confligge con valori dello stesso rango di quelli che si propone di tutelare, cioè valori di rango costituzionale²⁰.

4. Il disfavore verso le denunce segrete o anonime.

La tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo al nostro ordinamento giuridico, sicché l'anonimato non può costituire una prerogativa del diritto alla riservatezza. Emblematico, in tal senso, è l'art. 111 cost. che, nel sancire come elemento essenziale del giusto processo il diritto dell'accusato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, inevitabilmente presuppone che l'accusato abbia anche il diritto di conoscere il nome dell'autore di tali dichiarazioni.

Più in generale, proprio il diritto di difendersi o comunque di interagire in maniera efficace con la pubblica amministrazione che procede alla verifica dei fatti oggetto di segnalazione o denuncia presuppone la possibilità dell'incolpato di conoscere il contenuto delle stesse, come anche il nominativo dell'autore. D'altronde, il diritto a mantenere l'anonimato non è salvaguardato neanche al mero scopo di agevolare iniziative di denuncia di fatti lesivi dell'interesse pubblico o implicanti caratteri di illiceità. Tale sfavore verso le denunce e le dichiarazioni anonime emerge poi, a più riprese, dal codice di proce-

¹⁹ Cfr. TAR Sicilia, Ct, III, 22.10.2010, n.4248.

²⁰ Cfr. TAR Lazio, I, 1.10.2010, n.32653.

dura penale: si pensi, ad esempio, all'art. 240 c.p.p. in forza del quale i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato; all'art. 195, co. 7, c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame; all'art. 203 c.p.p. che pure prevede l'inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria quando il nome di

tali informatori non venga svelato. Poiché la denuncia o l'esposto non possono considerarsi un fatto circoscritto al solo autore e all'amministrazione competente, ma riguardano direttamente anche i soggetti denunciati, nell'ordinamento delineato dalla l. n. 241 del 1990 al diritto alla riservatezza, pure costituzionalmente rilevante, non può certo riconoscersi ampiezza tale da includere il diritto all'anonimato di colui che rende una dichiarazione a carico di terzi nell'ambito di un procedimento ispettivo o sanzionatorio (TAR Lombardia, Br, I, 29.10.2008, n.1469).

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.3.2013, n. 1702
Procedimento amministrativo - responsabile del procedimento - obbligo di astensione - previsione generalizzata - esclusione.

In linea generale (fatta salva la materia degli appalti per l'espressa previsione di cui al co. 7 del d.lgs. n.163/2006), l'istituto dell'astensione obbligatoria, in quanto comunque riconducibile al principio generale di cui all'art. 97 cost., trova applicazione indipendentemente da un'espressa previsione normativa qualunque sia l'attività di uno specifico organo amministrativo e la sua natura individuale o collegiale, di amministrazione attiva, di controllo o consultiva, nelle ipotesi riconducibili all'art. 51 c.p.c. ; ciò che rileva ai fini della violazione del principio di imparzialità è la sussistenza di una situazione - anche solo potenziale - di possibile conflitto di interessi, per cui deve presumersi che, in tal caso, chi agisce non possa assicurare la necessaria serenità e imparzialità; pertanto, in applicazione dei principi di buon andamento e di non contraddittorietà dell'azione amministrativa deve concludersi che, al di fuori delle cause di incompatibilità riconducibili ad una delle situazioni previste dal ricordato art. 51 c.p.c. (per cui ogni agente pubblico, direttamente od indirettamente, comunque interessato o contrario al provvedimento deve necessariamente astenersi dal partecipare alla formazione dello stesso), non può essere configurato nell'ambito del procedimento amministrativo un generalizzato dovere di astensione del responsabile di un settore solo perché egli si sia in precedenza già espresso sulla fattispecie.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 22.3.2013, n. 1581
Procedimento amministrativo - memorie endoprocedimentali - obbligo di confutazione analitica - non sussiste.

L'obbligo di esaminare le memorie e i documenti presentati dagli interessati nel corso dell'iter procedimentale non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dagli stessi, essendo sufficiente uno svolgimento motivazionale che renda, nella so-

stanza, percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione della P.A. alle deduzioni difensive dei privati.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.3.2013, n. 1632
Procedimento amministrativo - termine di conclusione - omessa indicazione nel provvedimento finale - irrilevanza.

Provvedimento amministrativo - indicazione struttura competente e responsabile del procedimento - omessa indicazione - nullità - esclusione.

La mancata indicazione del termine di conclusione del procedimento non costituisce vizio invalidante, applicandosi in tale ipotesi il termine "suppletivo" fissato in via generale dall'art. 2 della l. n. 241 del 1990. L'omessa indicazione, nel provvedimento finale, della struttura amministrativa competente e/o del responsabile del procedimento non dà luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio, applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della l. n. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.3.2013, n. 1605
Annullamento d'ufficio - derivazione automatica dall'illegittimità dell'atto da annullare - esclusione - motivazione sull'interesse pubblico attuale - necessità.

L'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo non deriva in via automatica dall'accertata originaria illegittimità dell'atto stesso, essendo altresì necessaria una congrua motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla reintegrazione del preesistente stato di legalità.

Consiglio di Stato, Sez. III, 14.3.2013, n. 1534
Provvedimento amministrativo - attuazione di ordinanza giurisdizionale in sede cautelare - riconoscimento implicito illegittimità atto presupposto - esclusione.

Il provvedimento amministrativo, adottato in esecuzione di un'ordinanza cautelare del Giudice, non implica di per sé il ritiro dell'atto impugnato ed oggetto della pronuncia stessa ed ha una rilevanza solo provvisoria in attesa che la decisione di merito accerti se l'atto stesso sia, o no, legittimo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.3.2013, n. 793

Accesso - diritto - posizione dell'istante - valutazione della P.A. - limiti.

L'azione per l'accesso agli atti della pubblica amministrazione può essere proposta anche sulla base di un interesse di contenuto tale da non legittimare la proposizione dell'azione per l'annullamento di un provvedimento amministrativo; pertanto, il limite di valutazione della p.a. sulla sussistenza di un interesse concreto, attuale e differenziato all'accesso, che è correlativamente pure il requisito di ammissibilità della relativa azione, si sostanzia solo nel giudizio estrinseco sull'esistenza di un legittimo bisogno differenziato di conoscenza in capo a chi richiede i documenti, purché non preordinato a un controllo generalizzato ed indiscriminato di chiunque sull'azione amministrativa, espressamente vietato dall'art. 24, co. 3, l. n. 241/1990.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.3.2013, n. 1323

Provvedimento amministrativo - vizi - eccesso di potere - disparità di trattamento - sussistenza.

La censura di eccesso di potere per disparità di trattamento a fronte di scelte discrezionali dell'amministrazione è riscontrabile soltanto in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.2.2013, n. 1228

Provvedimento amministrativo - convalida ed annullamento in autotutela - differenze.

La convalida attiene alla rimozione ex officio del vizio di un atto invalido e non già nell'annullamento in autotutela del medesimo, e che quantunque quest'ultimo sia posto in essere (anche) per dare coerenza e legittimità al successivo operato dell'amministrazione esso non per questo perde i caratteri della discrezionalità e della cura di interessi ulteriori rispetto al mero ripristino della legalità, caratteri incompatibili con la vicenda della convalida descritta dall'art. 21 nonies, co. 2 l. n. 241/1990.

Consiglio di Stato, Sez. III, 25.2.2013, n. 1137

Provvedimento amministrativo - annullamento in sede giurisdizionale - diritto automatico al risarcimento dei danni - esclusione.

Deve escludersi che l'annullamento di un atto illegittimo per difetto di motivazione possa ex se comportare il diritto al risarcimento dei danni subiti, in quanto tale vizio non esclude (ma, anzi, consente) il riesercizio del potere, con la conseguenza che la domanda di risarcimento non può essere valutata che all'esito del nuovo eventuale esercizio del potere.

TAR Calabria, RC, Sez. I, 14.3.2013, n. 162

Procedimento amministrativo - comunicazione di avvio - in materia di detenzione ed utilizzo di armi - non occorre.

I provvedimenti in materia di detenzione e utilizzo di armi, compresa la revoca di un porto d'armi, in quanto rimedi finalizzati dall'art. 39 t.u. 18.6.1931 n. 773 a salvaguardare la collettività dal pericolo dell'uso delle armi da parte di un soggetto che si ritiene capace di abusarne, hanno di per sé il carattere dell'urgenza, per cui rientrano fra gli atti per i quali l'art. 7 l. n. 241/1990 consente di prescindere dalla previa comunicazione di avvio del procedimento.

TAR Lazio, Sez. I, 14.3.2013, n. 2664

Accesso - diritto - sussistenza - titolo - ragioni P.A. - esternate in sede giudiziale - vanno considerate.

Il giudizio in materia di accesso - anche se si atteggia come impugnatorio nella fase della proposizione del ricorso, in quanto rivolto contro l'atto di diniego o avverso il silenzio diniego formatosi sulla relativa istanza e il relativo ricorso deve essere esperito nel termine perentorio di 30 giorni - è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il diniego; pertanto, il giudice amministrativo, nell'indagare sulla sussistenza del diritto di accesso ai documenti richiesti in capo all'interessato, deve indi tener conto anche delle ragioni esternate dall'amministrazione in sede giudiziale.

TAR Lazio, Sez. I ter, 12.3.2013, n. 2581

Accesso di documenti - oggetto - atti già esistenti - specifica elaborazione di dati - obbligo - esclusione.

L'accesso ai documenti riguarda i soli documenti rappresentativi di atti già esistenti, non essendo tenuta l'amministrazione ad elaborare dati in suo possesso per soddisfare le domande di accesso.

T.U.E.L.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.3.2013, n. 1700
Comune - autorizzazione a stare in giudizio - art. 50 co. 2 TUEL - delibera Giunta - non occorre - limiti.

A partire dall'art. 36, co. 1, l. 8.6.1990 n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali, compete esclusivamente al Sindaco il potere di conferire al difensore del Comune la procura alle liti, senza alcuna necessità di autorizzazione della Giunta municipale; pertanto, la titolarità esclusiva del potere di rappresentanza processuale del Comune è conferita direttamente dalla legge all'organo monocratico che, quale rappresentante legale dell'Ente locale, ai sensi dell'art. 50 co. 2 del T.U.E.L., è dunque l'organo che lo rappresenta in giudizio ed ha il potere di conferire la procura al difensore senza che occorra alcuna deliberazione di autorizzazione alla lite da parte della Giunta, fatto salvo il caso che lo Statuto la richieda espressamente.

Consiglio di Stato, Sez V, 6.3.2013, n. 1360
Comune - elezioni - soglia di sbarramento del 3% dei voti validi - art. 73 co. 7 T.U.E.L. - voti validi - sono tutti quelli espressi per l'elezione del sindaco.

L'art. 73, co. 7, del T.U.E.L. (secondo cui, per l'elezione del Consiglio comunale, nei Comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, "non sono ammesse all'assegnazione dei seggi quelle liste che abbiano ottenute al primo turno meno del 3% dei voti validi e che non appartengano a nessun gruppo di liste che abbia superato tale soglia") va interpretato non già nel senso che i "voti validi", in relazione ai quali deve calcolarsi la soglia del 3%, ai fini dell'ammissione delle liste all'assegnazione dei seggi, sono quelli ottenuti dalle liste in competizione (voti validi di lista); i "voti validi", invece, sono tutti quelli espressi per l'elezione del sindaco; peraltro, la necessità di intendere per "voti validi" tutti i voti validi espressi per

l'elezione a sindaco (e non solo quelli ottenuti dalle liste), è del tutto coerente con l'esigenza di evitare la frammentazione della rappresentanza politica all'interno dei singoli consigli comunali, favorendo la governabilità degli enti stessi, atteggiandosi pertanto come strumento di concreta attuazione del principio maggioritario cui è ispirato il sistema elettorale delineato nel testo unico degli enti locali.

TAR Lombardia, Bra, 29.3.2013, n. 299

Comune - Assessori - revoca Sindaco - insanabili contrasti - forza politica di appartenenza - legittimità - ragioni.

E' legittimo il provvedimento di revoca, da parte del Sindaco, dell'incarico di Assessore, motivato con riferimento al fatto storico, incontestato, degli insanabili contrasti intervenuti fra il medesimo Assessore e la sua forza politica di appartenenza; in tal caso, infatti, appartiene alla fisiologia del dibattito politico che un Sindaco, il quale conti sull'appoggio di un dato gruppo politico, che ha espresso un membro della Giunta, provveda a revocarlo ove il suo rapporto con tale gruppo venga meno, poiché ragionevolmente in tal modo vien meno il rapporto fiduciario che fra Sindaco e Assessore necessariamente sussiste.

TAR Abruzzo, Pe, 18.3.2013, n. 186

Comune - Sindaco - ordinanza contingibile ed urgente - per rimozione immediata di scritte sulle pareti esterne di un edificio residenziale privato - riportanti frasi offensive nei confronti del Sindaco stesso - legittimità.

E' legittima, in quanto adeguata e proporzionata, in comparazione con la lieve entità del sacrificio imposto al privato, un'ordinanza contingibile ed urgente, ex art. 54, coo. 4 e 4 bis, del T.U.E.L. e del d.m. 5.8.2008, attuativo della medesima disposizione, con la quale il Sindaco ha ingiunto al proprietario di un edificio residenziale privato, l'immediata rimozione di alcune scritte esistenti sulle pareti esterne del medesimo edificio, riportanti frasi offensive nei confronti del Sindaco stesso; infatti, da un lato, il d.m. 5.8.2008 ha ad oggetto specificamente la tutela della sicurezza pubblica, da intendersi come attività di prevenzione e repressione di reati, e, dall'altro, l'ordinanza extra ordinem tende, in tal caso, ad impedire la permanenza di scritte offensive costituenti, astrattamente, ipotesi di reato.

TAR Veneto, Sez. I, 6.3.2013, n. 352

Comune - organi - competenza - direzione dei lavori - affidamento - a mezzo di deliberazione della Giunta comunale - illegittimità.

E' illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento con il quale un ente locale ha conferito ad un professionista l'incarico di direttore dei lavori, nel caso in cui sia stato adottato a mezzo di deliberazione della Giunta comunale; infatti, le determinazioni relative al conferimento degli incarichi di esecuzione di lavori pubblici, collocandosi nella fase esecutiva, rientrano nell'elenco di cui all'art. 107, co. 3, del TUEL e sono, pertanto, di stretta competenza dirigenziale, anche per il decisivo rilievo che, essendo rimessa ai dirigenti la responsabilità delle procedure di appalto, ai medesimi

competete anche il conferimento dei relativi incarichi esecutivi, la cui assegnazione è senz'altro contraddistinta dall'esercizio di una discrezionalità di tipo tecnico che non può che ricadere nell'ambito delle competenze gestionali, a meno che non si tratti di incarichi di consulenza di diretto supporto agli organi politici, ricadenti nella competenza del Sindaco in base al combinato disposto di cui agli artt. 50 e 110 del T.U..

Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, 6.3.2013 n. 74/2013/PAR

Comune - costituzione fondazione - per acquisire la proprietà immobile - illegittimità.

Il Comune non può costituire fondazioni od altri enti con lo scopo di acquisire la proprietà di un immobile.

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 26.2.2013, n. 28

Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 11, co. 4, 22, 23, co. 6, 7 e 10, 24, co. 2 e 3, 27, co. 1, lett. b), 32, co. 2, 37, 45, co. 1 e 3 e 50 l. Reg. Campania 27.1.2012, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - legge finanziaria regionale 2012) - artt. 3, 81, co. 4, 97, 117, co. 2, l. l) e s) e 3, 119, co. 2 e 120, co. 2, cost. - accoglimento parziale.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha censurato una serie di norme della legge regionale indicata in epigrafe. In primo luogo, il ricorrente ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 11, co. 4, della legge regionale de qua per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. La norma stabilisce che le somme recuperate grazie alla lotta all'evasione fiscale possono essere utilizzate senza essere considerate nel computo relativo al Patto di stabilità. La Corte ha accolto il ricorso dichiarando l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 32, co. 4, lett. e), della l. n. 183/2011 (c.d. Patto di stabilità) e per la conseguente violazione dell'art. 117, co. 3, cost. La Corte ha a tal fine ribadito che il c.d. Patto di Stabilità deve essere considerato come espressione di un principio di coordinamento della finanza pubblica e deve dunque essere rispettato dal legislatore regionale nell'esercizio della potestà legislativa concorrente. Per la stessa ragione la Corte ha accolto il ricorso con riferimento all'art. 24, co. 2, della suddetta legge il quale disciplina l'assunzione di una parte specifica del personale regionale, violando, ad avviso della Corte, i vincoli in materia imposti dal d.l. n. 78 del 2010 che sono da considerarsi anch'essi principi fondamentali rientranti nella competenza statale in materia di coordinamento della finanza pubblica ex art. 117, co. 3, cost..

Ancora, la Corte ha accolto il ricorso con riferimento all'art. 24, co. 3, della legge regionale impugnata nella parte in cui disciplina l'assun-

zione di personale da parte dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania. Ad avviso della Corte, la disposizione non quantifica gli oneri derivanti dalla sua applicazione e non individua le coperture finanziarie necessarie, violando in tal modo l'art. 81, co. 4, cost.. La disposizione risulta, altresì, lesiva dei vincoli introdotti dal legislatore statale tramite l'art. 14, co. 9, del suddetto d.l. n. 78 del 2010 (da considerarsi anch'essi principi di coordinamento della finanza pubblica) e conseguentemente, ancora una volta, dell'art. 117, co. 3, cost. La Corte ha poi accolto il ricorso avverso l'art. 27, co. 1, lett. b) della medesima legge regionale, il quale, disciplinando la materia dei lavori pubblici, ha introdotto un principio di preferenza per le imprese radicate in un territorio specifico. Ad avviso della Corte la norma de qua regola la materia della "tutela della concorrenza" attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost.. La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 32, co. 2, della legge regionale impugnata, nella parte in cui consente una proroga di determinate concessioni giunte al termine, senza l'espletamento delle procedure previste per la scelta del concessionario e neppure di quelle relative alla compatibilità ambientale. Ad avviso della Corte la disposizione contrasta con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost., in quanto disciplina la materia "tutela dell'ambiente" attribuita dalla suddetta norma costituzionale alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 45, co. 1 e 3 della medesima legge regionale, recanti il Piano di riorganizzazione su base pluriennale delle Aziende ospedaliere universitarie nonché la definizione dei finanziamenti garantiti a tali enti dalla Regione. Ad avviso della Corte, tali disposizioni interferiscono con il punto 1, lett. i), del mandato del Commissario ad acta il quale detiene in esclusiva i compiti di attuazione del Piano di rientro dal disavanzo sanitario concordato con la Regione. La disposizione si

pone quindi in contrasto con l'art. 120, co. 2 cost. V. precedenti conformi: C. cost., 23.11.2007, n. 401; 18.4.2008, n. 105; 17.12.2008, n. 411; 22.7.2009, n. 225; 6.11.2009, n. 283; 14.1.2010, n. 1 e 2; 17.3.2010, n. 100; 28.5.2010, n. 186; 1.4.2011, n. 108; 3.3.2011, n. 68; 11.3.2011, n. 78; 13.4.2011, n. 127; 28.4.2011, n. 155; 22.7.2011, n. 227; 23.11.2011, n. 309; 18.4.2012, n. 91; 10.5.2012, n. 115; 25.5.2012, n. 131; 30.7.2012, n. 214 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 13.2.2013, n. 27

Concorrenza - orario di apertura degli esercizi commerciali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 88 e 89, l. reg. Toscana 27.12.2011, n. 66 (legge finanziaria anno 2012) - art. 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha censurato gli artt. 88 e 89 della cennata legge regionale nella parte in cui introducono nuovi limiti agli orari degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e), cost.. La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che la norma impugnata deve appunto ascrivarsi alla materia "tutela della concorrenza" attribuita alla competenza legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. La Corte ha poi precisato che la legislazione statale in materia non ammette la possibilità che vengano introdotti limiti agli orari di apertura e chiusura degli esercizi commerciali. Infatti, l'art. 31, co. 1, d.l. n. 201/2011, nel modificare la lett. d-bis) dell'art. 3, co. 1, d.l. n. 223/2006, ha appunto escluso che le attività commerciali possano incontrare limiti o prescrizioni relative a orari o giornate di apertura e chiusura, rimettendo la scelta al libero apprezzamento dell'esercente. V. precedenti conformi C. cost., 19.12.2012, n. 299 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 14.2.2013, n. 19

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 14, co. 4, l. Reg. Liguria 27.12.2011, n. 37 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Liguria - legge finanziaria 2012) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha censurato la norma indicata in epigrafe per un'asserita violazione dell'art., 117, co. 2, lett.

l), cost. La norma impugnata, introdotta nell'ambito di un intervento del legislatore regionale volto al contenimento delle spese per trasferte effettuate dal personale dirigente e dipendente, statuiva che «l'utilizzo del mezzo proprio può essere autorizzato, ma le spese relative a tale utilizzo sono rimborsate solo nel caso vi sia necessità di raggiungere luoghi non serviti adeguatamente da mezzi pubblici e non vi sia la possibilità di utilizzare l'auto di servizio». La Corte Costituzionale, ritenuta la questione fondata, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost. chiarendo che la disciplina della retribuzione, rimborsi spese e indennità di trasferta dei dipendenti pubblici rientra nella materia «ordinamento civile», riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. V. precedenti conformi: C. cost., 21.3.2007, n. 95; 14.6.2007, n. 189; 29.4.2010, n. 151; 24.11.2010, n. 332; 5.1.2011, n. 7; 11.3.2011, n. 77; 22.12.2011, n. 339; 19.12.2012, n. 290 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 16.1.2013, n. 6

Edilizia - distanze tra edifici - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 1, co. 2, l. reg. Marche, 4.11.1979, n. 31 (interventi edificatori nelle zone di completamento previste dagli strumenti urbanistici generali comunali) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.

La Corte di Cassazione ha censurato la norma impugnata nella parte in cui consente ampliamenti di edifici in deroga ai piani regolatori generali, con l'unico obbligo di mantenere una distanza minima di tre metri dai fabbricati. Ad avviso del giudice a quo, tale normativa si porrebbe in contrasto con quanto stabilito dall'art. 9 del d.m. 2.4.1968, n. 1444, che fissa una distanza minima tra gli edifici, commisurandola alla dimensione delle strade, e consentendo tuttavia l'edificazione a distanze inferiori «nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche». La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, chiarendo che il legislatore regionale ha travalicato la propria competenza legislativa concorrente in materia di "governo del territorio" dal momento che la norma in questione regola aspetti ascrivibili alla materia "ordinamento civile", di competenza legislativa esclusiva del-

lo Stato. La Corte ha chiarito che nel caso di specie il punto di equilibrio tra la competenza legislativa statale in materia di “ordinamento civile” e quella regionale in materia di “governo del territorio”, trova una sintesi normativa nell’ultimo comma dell’art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968, secondo il quale le deroghe all’ordinamento civile delle distanze tra edifici sono consentite se inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio. Ad avviso della Corte, quindi, le norme regionali che, disciplinando le distanze tra edifici, esulino da tali finalità, ricadono illegittimamente nella materia «ordinamento civile», riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Precedenti conformi: C. cost., 7.5.2012, n. 114; 11.5.2011, n. 173; 8.6.2005, n. 232 (Red. Massimiliano G. Maffei)

Corte costituzionale, 18.1.2013, n. 4.

Assistenza sociale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2, co. 3 e 11, della l. reg. Calabria 20.12.2011, n. 44 - art. 3, cost. - accoglimento.

Le norme regionali impugnate prevedono vari interventi di potenziamento del sistema di protezione sociale a favore dei soli cittadini europei o extracomunitari in possesso di regolare carta di soggiorno, residenti nella Regione Calabria. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma in questione per violazione dell’art. 3 cost.. Ad avviso della Corte, infatti, limitando l’accesso agli interventi protezione sociale ai soli cittadini extracomunitari in possesso del permesso di soggiorno la norma ha introdotto un elemento di distinzione arbitrario nell’accesso alla prestazione sociale (da cui la violazione dell’art. 3, cost.), non essendovi alcuna ragionevole ragione per limitare le suddette prestazioni ai soggetti a cui sia stato rilasciato il permesso di soggiorno. La Corte ha infatti chiarito che la condizione di cittadini extracomunitari e le situazioni di bisogno o disagio che costituiscono il presupposto di fruibilità della prestazione in oggetto si presentano in egual (o forse maggiore) misura anche e proprio con riferimento a quegli stranieri extracomunitari privi del permesso di soggiorno (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 18.1.2013, n. 3

Bilancio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 13, co. 52, 15, co. 4, 16, co. 1 e 18, co. 24, della l. reg. Friuli-Venezia Giulia 29.12.2011, n. 18 (disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale ed annuale della regione. legge finanziaria 2012) - artt. 3, 81, co. 4, 117, co. 3 e 119, co. 2, cost. - accoglimento

In seguito a ricorso avanzato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, la Corte si è espressa sulla legittimità costituzionale di numerose disposizioni della legge finanziaria 2012 della Regione Friuli-Venezia Giulia. In particolare, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 13, co. 52, nella parte in cui prevedeva la stabilizzazione, a determinate condizioni, del personale non dirigenziale in servizio presso le Province. Ad avviso della Corte, infatti, la norma de qua si poneva in contrasto con i principi di coordinamento di finanza pubblica, e dunque con l’art. 117, co. 3, cost. Infatti l’art. 17, co. 10, del d.l. n. 78 del 2009 che detta appunto un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica fissa, nello specifico, una limitazione quantitativa ai posti di lavoro suscettibili di stabilizzazione alla quale la legge regionale non fa riferimento. Per la stessa ragione la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità anche dell’art. 15, co. 4, della legge regionale impugnata, nella parte in cui prevede la stabilizzazione mediante proroga del contratto del personale con contratto di lavoro a tempo determinato. Anche tale norma, ha chiarito la Corte, non teneva conto delle limitazioni imposte dal suddetto d.l. n. 78 del 2009 e, conseguentemente, si poneva in contrasto con l’art. 117, co. 3 cost.. Ancora, la Corte ha accolto il ricorso in relazione all’art. 16, co. 1 della medesima legge regionale. La norma subordinava il pagamento dei contributi al fine di solidarietà e perequazione all’effettiva attuazione dell’art. 119 cost. e alla verifica che lo stesso contributo fosse richiesto a tutte le autonomie territoriali. Ad avviso della Corte così disponendo la norma si poneva in contrasto con gli artt. 81, co. 4 e 119, co. 2, cost. nonché in violazione del principio di leale collaborazione.. La Corte ha infine dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 18, co. 24, della medesima legge regionale nella parte in cui prevedeva che gli enti locali regionali potessero assumere nuovi mutui a partire dal 2012 rispettando limiti differenti da quelli sanciti dal legislatore statale con l’art. 204, co. 1 del d.lgs.

n. 267 del 2000. Anche in questo caso la Corte ha ritenuto che la norma regionale si ponesse in contrasto con l'art. 117, co. 3, cost., dal momento che il suddetto art. 204, co. 1, del d.lgs. 267/2000 esprime un principio di coordinamento della finanza pubblica. V. precedenti conformi: C. cost., 6.7.2004, n. 205; 17.5.2007, n. 169; 30.7.2009, n. 252; 13.11.2009, n. 293; 29.4.2010, n. 150; 7.7.2010, n. 235; 3.3.2011, n. 68 e 69; 1.4.2011, n. 108; 22.7.2011, n. 229; 23.11.2011, n. 310; 30.7.2012, n. 215; 13.9.2012, n. 217 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 20.12.2012, n. 310

Tutela dell'ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 5, co. 1, l. reg. abruzzo 13.12.2011, n. 43 (modifiche alla l. reg. 11.8.2011, n. 28 "norme per la riduzione del rischio sismico e modalità di vigilanza e controllo su opere e costruzioni in zone sismiche" ed altre disposizioni regionali) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la norma regionale indicata in epigrafe per un'asserita violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost., laddove proroga il periodo di caccia del cinghiale per la stagione di caccia 2011-2012. Ad avviso del ricorrente la disposizione de qua andrebbe così ad invadere la competenza legislativa esclusiva dello Stato, in relazione alle forme di approvazione del calendario venatorio a fini di tutela della fauna, con violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost.. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, poichè la norma de qua disciplina una materia ascrivibile alla "tutela dell'ambiente", attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi del suddetto artt. 117, co. 2, lett. s), cost. La Corte ha altresì chiarito che la norma regionale impugnata si pone in contrasto con la normativa statale di riferimento, che impone alle regioni di regolare l'attività venatoria con un provvedimento amministrativo (e non legislativo), una volta acquisito il parere dell'ISPRA. V. precedenti conformi: C. cost., 9.2.2012, n. 20; 26.4.2012, n. 105 e 10.5.2012, n. 116 (Red. Angela Turchiano)

Corte costituzionale, 12.12.2012, n. 309

Bilancio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 5, co. 1, 2 e 3, l. reg.

Campania 27.12.2012, n. 2 - art. 81, co. 4, e 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso una questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, co. 1, 2 e 3, l. Reg. Campania 27.1.2012, n. 2 denunciandone il contrasto con gli artt. 81, co. 4, e 117, co. 2, lett. e), Cost. La disposizione - che istituisce un fondo per il pagamento delle spese obbligatorie e per il pagamento dei residui passivi colpiti da perenzione amministrativa e reclamati dai creditori - è censurata per il fatto che la copertura finanziaria necessaria al pagamento delle partite di spesa da esso prevista sarebbe insufficiente in termini di cassa e, soprattutto, sarebbe realizzata mediante utilizzazione dell'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente in assenza di certificazione dell'effettiva disponibilità, a causa della mancata approvazione del rendiconto per l'esercizio finanziario 2011. La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che ai sensi dell'art. 10, co. 2, l. 16.5.1978, n. 281, nel prevedere nuove spese, la legge dovrebbe specificare l'incidenza di questi ultimi sui singoli esercizi futuri, i mezzi necessari per la copertura degli oneri, nonché il rispetto del limite percentuale del 20%, con riguardo sia alle rate di ammortamento dei mutui pregressi che di quelli programmati per l'esercizio in corso. Nella disposizione impugnata tutto ciò manca. Ciò comporta una violazione delle prescrizioni contenute nella richiamata normativa statale e, conseguentemente degli artt. 81, co. 4, e 117, co. 2, lett. e) cost. (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 11.12.2012, n. 299

Tutela della concorrenza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 31, co. 1 e 2 d.l. 6.12.2011, n. 201 (disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici) - art. 117, co. 2, 3, 4 e 6 cost. e principio leale collaborazione - rigetto.

Le Regioni Piemonte, Veneto, Sicilia, Lazio, Lombardia, Sardegna, Toscana e Friuli Venezia Giulia hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale della legge innanzi citata, nella parte in cui prevede che le attività commerciali non possono più incontrare limiti o prescrizioni relativi a orari o a giornate di apertura e chiusura da rispettare, essendo tutto rimesso al libero apprezzamento dell'esercente. Ciò, per contrasto con l'art. 117, co. 4, cost. che riserva alla regione la competenza legisla-

tiva nella materia del commercio. Le regioni Piemonte e Lazio lamentano altresì la lesione del principio di leale collaborazione in quanto l'interferenza con la materia regionale del commercio avrebbe richiesto la previsione di un'intesta con la Conferenza Stato-Regioni. A parere della Regione Lombardia, vi sarebbe infine violazione dell'art.117, co. 3 cost., in relazione alla materia "governo del territorio", coinvolta dalla disciplina de qua; nonché del co. 6 art. 117 cost. in quanto, alle regioni spetta in materia anche la potestà regolamentare. La Corte ha respinto il ricorso chiarendo che la norma impugnata deve essere ascritta alla materia "tutela della concorrenza" attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Ad avviso della Corte, infatti, tale materia comprende le misure legislative di promozione che mirano alla eliminazione dei vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale, ossia dei vincoli relativi alle modalità di esercizio delle attività economiche. Si tratta dunque di una materia che ha natura trasversale e che abbraccia aspetti relativi a materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale, delle regioni sulle quali il legislatore statale può dunque legittimamente intervenire quando legifera appunto in materia di tutela della concorrenza.

Riguardo, poi, alla lamentata violazione del principio di leale collaborazione, la Corte ha chiarito nel caso in cui il legislatore statale eserciti la propria competenza legislativa esclusiva non può in alcun caso ravvisarsi alcuna violazione del suddetto principio. V. precedenti conformi C. cost., 23.1.2009, n. 12; 8.10.2010, n. 288; 21.4.2011, n. 150 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 19.12.2012, n. 296

Sanità pubblica - prestazioni assistenziali - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 14, co. 2, lett. c), l. reg. Toscana 18.12.2008, n. 66 (istituzione del fondo regionale per la non autosufficienza) - art. 117, co. 2, lett. m), cost. - rigetto.

Il TAR della Toscana ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sulla norma indicata in epigrafe nella parte in cui prevede che nel caso di prestazioni assistenziali effettuate a favore di persone disabili, «la quota di compartecipazione dovuta dalla persona assistita ultratrasessantacinquenne è calcolata tenendo conto altresì della situazione reddituale e patrimoniale

le del coniuge e dei parenti in linea retta entro il primo grado». Ad avviso del remittente tale disposizione violerebbe l'art. 117, co. 2, lett. m), cost., in quanto contrasterebbe con l'art. 3, co. 2 ter, del d.lgs. 31.3.1998, n. 109, che impone di evidenziare la situazione economica del solo assistito e che costituirebbe un livello essenziale delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. La Corte ha respinto il ricorso, ritenendo che debba escludersi che l'art. 3, co. 2 ter, del suddetto d.lgs. 109/1998 costituisca un livello essenziale delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali. Ad avviso della Corte, tale disposizione è, invece, una norma contenente principi e criteri direttivi che dovevano attuarsi con il successivo decreto per perseguire diverse finalità - tra le quali quella di evidenziare, in determinati casi, la situazione economica del solo assistito ai fini del calcolo dell'ISEE -. Secondo il giudice costituzionale, questo titolo di legittimazione dell'intervento statale è invocabile in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione, circostanza che non sarebbe però avvenuta con riferimento alla fattispecie regolata dalla norma regionale impugnata. V. precedenti conformi C. cost. 20.7.2012, n. 203, 17.11.2009, n. 322, 23.5.2008, n. 168, 7.3.2008 n. 50 (Red. Francesco Nardi).

Corte costituzionale, 19.12.2012, n. 292

Bilancio - sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1, l. reg. Campania 14.12.2011, n. 23 (modifiche alla l. reg. 15.3.2011, n. 4 recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2011 e pluriennale 2011-2013 della Regione Campania - legge finanziaria regionale 2011) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

La disposizione impugnata prevede la conferma dell'accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie private mediante decreto commissariale di presa d'atto e stabilisce che la verifica dei requisiti di accreditamento avvenga successivamente alla citata presa d'atto. La Corte ha dichiarato l'illegittimità della suddetta disposizione chiarendo, in primo luogo che la competenza regionale in materia di autorizzazione e vigilanza sulle istituzioni private sanitarie, rientra nella più generale potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute ed è quindi tenuta al rispetto dei

principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato. Tali principi, contenuti oggi nell'art. 8-*quater* del d.lgs. n. 502/1992 ed nell'art. 1, co. 796, lett. t) l. n. 296/2006 vincolano il rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio di tutte le attività sanitarie alla verifica del possesso dei "requisiti minimi" di sicurezza e qualità; subordinano l'accreditamento delle strutture autorizzate al rispetto di "requisiti ulteriori"; fissano un termine per l'accreditamento definitivo delle strutture sanitarie private in posizione di accreditamento provvisorio. Ad avviso della Corte, tali principi sono stati disattesi dalla legge regionale impugnata che prevede invece una procedura di accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie private che posticipa la verifica dei "requisiti ulteriori" alla conferma dell'accreditamento provvisorio (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 19.12.2012, n. 291
Commercio - giudizio di legittimità in via principale - art. 6 l. reg. Toscana 28.11.2011, n. 63 (disposizioni in materia di outlet ed obbligo di regolarità contributiva nel settore commercio sulle aree pubbliche. modifiche alla legge regionale 7.2.2005, n. 28) - art. 117, co. 1 e 2, lett. e), cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha censurato la norma regionale indicata in epigrafe per violazione dell'art. 117, co. 1 e co. 4, lett. e), cost., nella parte in cui stabilisce che, per il commercio su aree pubbliche, non deve applicarsi l'art. 16 del d.lgs. 26.3.2010, n. 59 (Attuazione della dir. 2006/1237CE relativa ai servizi nel mercato interno). La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, perché quest'ultima esclude l'applicazione di una disposizione statale attuativa di una direttiva comunitaria e non osserva, quindi, i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario di cui all'art. 117, co.1, cost. Inoltre, ad avviso della Corte, la norma si pone in contrasto anche con l'art. 117, co. 2, lett. e), cost poiché interviene nella materia "tutela della concorrenza" attribuita alla competenza esclusiva dello Stato. La Corte ha a tal proposito chiarito che tale materia, dato il suo carattere trasversale e finalistico ricomprende non solo le misure antitrust, ma anche le azioni di liberalizzazione che mirano a promuovere la concorrenza nel e per il mercato. In particolare, nel caso di specie, è considerata di ostacolo alla concorrenza l'elimi-

nazione di qualsiasi criterio selettivo per accedere al mercato (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 19.12.2012, n. 289

Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 6, co. 2, l. reg. Abruzzo 9.12.2010, n. 51 (nuovo ordinamento del bollettino ufficiale della Regione Abruzzo) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.

La disposizione censurata stabiliva che, nelle more dell'assegnazione di personale, anche tramite procedura selettiva, alla struttura organizzativa che cura la pubblicazione del Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo, fossero prorogati i contratti di collaborazione in essere presso quell'ufficio fino a completa copertura della relativa pianta organica concreta.

La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, ritenendo che la medesima, nel prevedere una proroga senza un limite massimo prefissato ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa già in essere, sia intervenuta su uno degli aspetti della disciplina (di diritto privato) di tali contratti, vale a dire la loro durata, concretando una violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost. Tale disposizione riserva, infatti, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia dell'ordinamento civile e, quindi, i rapporti di diritto privato regolati dal codice civile, categoria nella quale rientrano i contratti oggetto della proroga stabilita dalla norma censurata. V. precedenti conformi: C. cost., 19.5.2011, n. 170 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 19.12.2012, n. 288

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 10 e 22 l. reg. marche 28.12.2011, n. 28 (disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012/2014 della regione - legge finanziaria 2012) - artt. 117, co. 2, lett. e) e s), e 119, co. 2, cost. - accoglimento.

L'art. 10 della l. reg. sopraindicata stabilisce che «A decorrere dall'anno di imposta 2012, la disposizione del fermo amministrativo o giudiziario di beni mobili registrati non esenta dall'obbligo del pagamento della tassa automobilistica regionale». Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri tale disposizione violerebbe l'art. 117, co. 2, cost., in relazione al disposto della norma interposta di cui all'art.

5, co. 36, del d.l. n. 953/1982, nella parte in cui stabilisce che «la perdita del possesso del veicolo o dell'autoscafo per forza maggiore o per fatto di terzo o la indisponibilità conseguente a provvedimento dell'autorità giudiziaria o della pubblica amministrazione, annotate nei registri indicati nel trentaduesimo comma, fanno venir meno l'obbligo del pagamento del tributo per i periodi d'imposta successivi a quello in cui è stata effettuata l'annotazione».

La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma. Partendo dal presupposto che la tassa automobilistica è tributo istituito e regolato da legge statale, la Corte ha chiarito che la norma censurata, nel disporre la esclusione della esenzione dall'obbligo del pagamento della tassa automobilistica regionale in caso di fermo amministrativo o giudiziario di beni mobili registrati, viola la competenza esclusiva dello Stato in materia di tributi erariali.

La Corte ha poi accolto il ricorso anche in relazione all'art. 22 della medesima legge impugnata nella parte in cui consente l'immissione nei corsi d'acqua di specie ittiche non autoctone, quale la trota iridea. A tal proposito la Corte ha chiarito che le disposizioni relative alla introduzione, reintroduzione e ripopolamento di specie animali, in quanto «regole di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e non solo di disciplina d'uso della risorsa ambientale-faunistica» rientrano nella competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost. V. precedenti conformi, C. cost, 6.2.2009, n. 30 (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 19.12.2012, n. 287

Istruzione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 11 d.l. 13.8.2011, n. 138 (ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) - art. 117, co. 4, cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma indicata in epigrafe per violazione dell'art. 117, co. 4, cost. Ad avviso della Corte, la norma impugnata, nel disciplinare i tirocini formativi e di orientamento non curricolari, è intervenuta in un ambito materiale, quale quello dell'«istruzione e formazione professionale», rientrante nella competenza normativa residuale delle Regioni. La competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale riguarda, infatti, «l'istruzione e la formazione

professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possano approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi», mentre la disciplina della formazione interna – ossia formazione che i datori di lavoro offrono in ambito aziendale ai propri dipendenti – attiene all'ordinamento civile, sicché spetta allo Stato stabilire la relativa normativa. La normativa censurata, però, nello stabilire i requisiti che debbono essere posseduti dai soggetti che promuovono i tirocini formativi e di orientamento e nel disporre, poi, che, fatta eccezione per una serie di categorie puntualmente indicate, i tirocini formativi e di orientamento non curricolari non possano avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese, e debbano essere rivolti solo ad una determinata platea di beneficiari, è intervenuta, con tutta evidenza, in via diretta in una materia che non ha nulla a che vedere con la formazione aziendale. D'altra parte, l'indebita ingerenza statale in una materia di competenza residuale delle Regioni risulta confermata anche dal co. 2 del censurato art. 11, il quale sancisce la diretta applicazione, in caso di inerzia delle Regioni, di una normativa statale – ossia l'art. 18 l. n. 196/1997 – risalente ad un momento storico antecedente all'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001. V. precedenti conformi: C. cost., 6.7.1989, n. 372; 28.1.2005, n. 50; 6.2.2007, n. 24; 14.5.2010, n. 176; 5.11.2010, n. 309; 26.4.2012, n. 108 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 12.12.2012, n. 284

Federalismo Demaniale - finanza pubblica - spending review - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 27 d.l. 6.12.2011, n. 201 (disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici) - artt. 117, co. 3, 118, co. 1 e 2, e 119, co. 6, cost. - rigetto.

La Regione Veneto ha impugnato le norme indicate in epigrafe per un'asserita violazione dell'art. 117, co., 3, cost, nella parte in cui attribuiscono all'Agenzia del demanio un ruolo decisivo per la valorizzazione, trasformazione, gestione ed alienazione del patrimonio pubblico, anche demaniale, indipendentemente se di proprietà statale, regionale o di altri enti territoriali, sia attraverso la costituzione di società,

consorzi o fondi immobiliari, sia attraverso la selezione dei privati e dei soggetti di cui avvalersi per la partecipazione a detti consorzi e fondi immobiliari. Ad avviso della ricorrente, infatti, le norme de quibus sarebbero da ascrivere alla materia "governo del territorio" attribuita alla potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni di cui all'art. 117, co. 3, cost..

La Corte ha in primo luogo chiarito che per la corretta individuazione della materia oggetto della legge è necessario assumere come punto di riferimento la ratio della norma censurata.

Ciò premesso, la Corte ha rigettato il ricorso affermando che le norme impugnate devono ascrivere alla materia "coordinamento della finanza pubblica". Ad avviso della Corte, infatti, le norme in questione sarebbero finalizzate a garantire la gestione "ottimale" del patrimonio immobiliare pubblico, così da garantire un risparmio di spesa V. precedenti conformi: C. cost., 29.5.2009, n. 169 (Red. Angela Turchiano).

Corte Costituzionale, 5.12.2012, n. 278

Ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, co. 2, 3, 5, 11 e 15, e art. 7, co 5, l. prov. bolzano 12.12.2011, n. 14 (norme in materia di caccia, pesca, foreste, ambiente, usi civici, agricoltura, patrimonio ed urbanistica) - artt. 4 e 8, co. 1, del d.p.r. 31.8.1972, n. 670 (statuto speciale per la regione trentino-alto adige), art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento parziale.

La Corte ha parzialmente accolto il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri relativa alla legge provinciale indicata in epigrafe chiarendo che le relative disposizioni - che disciplinano alcuni aspetti dell'attività venatoria - sono ascrivibili alla materia "tutela dell'ambiente" attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost.. La Corte ha a tal riguardo affermato, da un lato, che la materia "tutela dell'ambiente" comprende anche la disciplina dell'esercizio dell'attività venatoria ed in particolare la selezione delle specie cacciabili e la definizione dei periodi aperti all'attività medesima; dall'altro lato e comunque, che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto, di cui occorre garantire un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline di

settore. E che pertanto, pur avendo la Provincia autonoma di Bolzano competenza legislativa in materia di regolamentazione della caccia, la norma impugnata si pone, per le suddette ragioni, in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost. Precedenti conformi: C. cost., 25.1.2012, n. 20; 8.6.2011 n. 191; 19.6.2003, n. 226; 18.12.2002, n. 536 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 12.12.2012, n. 279

Istruzione - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 64, co. 2 e 4 lett. e) d.l. 25.6.2008, n. 112 (disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione finanziaria) - art. 117, co. 2, lett. n) e co. 4, cost. - rigetto.

Il TAR Lazio ha sollevato questione di costituzionalità, per un'asserita violazione dell'art. 117, co. 4, cost, dell'art. 64 co., 2 e 4, lett. e), d.l. 25.6.2008, n. 112, nella parte in cui dispone la revisione dei criteri e dei parametri previsti per la definizione delle dotazioni organiche del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) in modo da conseguire entro il triennio 2009-2011 una riduzione complessiva del 17% della consistenza numerica della dotazione organica determinata per l'anno scolastico 2007-2008. Tale norma, ad avviso del giudice remittente, non sarebbe infatti riconducibile né alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di norme generali sull'istruzione di cui all'art. 117, co. 2, lett. n), cost., né alla competenza concorrente in materia "istruzione" di cui all'art. 117, co. 3, cost.. La Corte ha rigettato il ricorso chiarendo che le norme impugnate devono inserirsi nel contesto di una serie di criteri direttivi, quali l'accorpamento delle classi e la razionalizzazione dei piani di studio e del rapporto alunni/docenti secondo standard europei, coerenti con il fine dichiarato di riorganizzazione del servizio scolastico. Tali disposizioni costituiscono norme generali sull'istruzione poiché volte a definire le caratteristiche basilari dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico del sistema scolastico, ed è diretta ad assicurare l'uniformità ed unitarietà del servizio scolastico nel territorio nazionale.

Pertanto, ad avviso della Corte, il legislatore statale aveva titolo a legiferare in materia ai

sensi dell'art. 117, co. 2, lett. n), cost. (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 6.12.2012, n. 274

Tutela della salute - servizi pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1 e 2, l. reg. veneto, 11.11.2011, n. 21 (integrazione della l. reg. 4.3.2010, n. 18 "norme in materia funeraria", in materia di deroghe per i comuni montani) - art. 117, co. 2, lett. e), cost. - rigetto.

La legge regionale impugnata introduce una deroga al regime d'incompatibilità della gestione del servizio cimiteriale e del servizio obitorio per i Comuni ricompresi nei territori classificati montani con popolazione complessiva inferiore a 5000 abitanti sia ammessa.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha censurato la norma per un'asserita violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e). cost. ritenendo che la norma de qua sia riconducibile alla materia della tutela della concorrenza attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi della suddetta disposizione costituzionale.

La Corte Costituzionale ha respinto il ricorso chiarendo che la norma de qua attiene alla materie della tutela della salute e dei servizi pubblici locali e, solo in via marginale e indiretta, alla materia della tutela della concorrenza: questo perché, ad avviso della Corte, nei comuni montani con meno di 5000 abitanti si può presumere che possa mancare un mercato per l'attività funeraria, con potenziale compromissione del diritto alla salute e di un servizio sociale indefettibile; ed è dunque ragionevole ammettere che tali servizi possano essere eser-

citati direttamente dai medesimi Comuni (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 6.12.2012, n. 273

Responsabilità civile - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 1 l. reg. puglia 10.10.2003, n. 23 (disposizioni urgenti in materia di consorzi di bonifica e di personale forestale) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.

Il Consiglio di Stato ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione alla norma regionale indicata in epigrafe, nella parte in cui stabilisce che i fondi regionali erogati ai Consorzi di bonifica e di personale forestale non sono soggetti ad esecuzione forzata qualora siano destinati: a) al pagamento delle retribuzioni del personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali; b) al pagamento delle rate di mutui e di prestiti obbligazionari scadenti nel semestre in corso; c) all'espletamento di attività indispensabili a garantire il funzionamento tecnico degli impianti gestiti dai Consorzi.

La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost. Ad avviso della Corte, infatti, la norma de qua, introducendo dei limiti all'esecuzione forzata, deve essere ascritta alla materia "ordinamento civile" attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi del suddetto art. 117, co. 2, lett. l), cost. Precedenti conformi: C. cost. 13.11.2009, n. 295, 6.11.2001, n. 352, 26.3.2010, n. 123 (Red. Francesco Nardi).

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Recupero dei crediti alimentari ai sensi della Convenzione di New York del 20.6.1956 (Parere prot. 210639 del 28.5.2012, AL 33776/11, Avv. Ilia Massarelli)

RISPOSTA

La questione di massima, sottoposta all'attenzione della Scrivente, concerne l'ammissibilità del ricorso al procedimento di iscrizione a ruolo ex art. 17 d.lgs. n. 46/1999 per l'attuazione coattiva degli obblighi alimentari ricadenti nell'ambito di applicazione della Convenzione Internazionale "sull'esecuzione delle prestazioni alimentari all'estero", firmata a New York il 20.6.1956 e ratificata dalla Repubblica Italiana il 28.7.1958. In particolare, a seguito di un'importante nota del MEF del 10.1.2011, codesto Ministero dell'Interno sollecita un nuovo pronunciamento della Scrivente in merito alla possibilità di eseguire i provvedimenti giurisdizionali (di giurisdizioni straniere) di condanna al pagamento di assegni alimentari, debitamente riconosciuti nell'ordinamento italiano, avvalendosi, anziché dell'ordinario processo esecutivo, del procedimento speciale regolato dal combinato disposto del d.P.R. 29.9.1973, n. 602 e del d.lgs. 26.2.1999, n. 46. La soluzione ermeneutica accolta dal Comitato Consultivo di questa Avvocatura Generale, con parere del 23.4.2004, n. 59153, favorevole all'impiego dell'iscrizione a ruolo per l'esecuzione delle obbligazioni de quibus, è stata difatti rimessa in discussione da un recente parere del MEF, per ragioni sia sostanziali

che procedurali: - da un lato, l'organo economico, anche alla luce della giurisprudenza formata in materia, ha espresso delle riserve in merito alla possibilità di qualificare in termini di entrate statali, come tali soggette all'art. 17 d.lgs. n. 46 cit., crediti alimentari di natura privatistica; - dall'altro, ha evidenziato come l'impiego dell'iscrizione a ruolo confligga con i principi di contabilità e finanza pubblica sanciti dalla l. n. 196/2009, sotto il profilo dell'assenza sia di un apposito capitolo di bilancio in cui iscrivere le somme rinvenenti dalla riscossione coattiva de qua, sia di disposizioni primarie legittimanti una rassegna delle somme (in tal modo riscosse) in favore del privato creditore. Pertanto, ai fini della soluzione del quesito prospettato, occorre soffermarsi: - dapprima, sulla natura giuridica del credito alimentare azionato dalle autorità nazionali nel rispetto delle previsioni di diritto uniforme, al fine di verificare se possa essere inteso come entrata statale, tale da essere ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 17 d.lgs. n. 46 cit.; - successivamente, ove dovesse essere fornita una risposta positiva all'interrogativo preliminare, dovrà essere presa in esame la compatibilità dell'esecuzione mediante ruolo con i principi contabili e finanziari dettati dalla l. n. 196. Prima di esaminare le questioni illustrate, giova comunque accennare all'ambito di applicazione dell'art. 17 d.lgs. n. 46 cit, spiegando le ragioni per le quali non possa essere applicato oltre le fattispecie cui espressamente si riferisce, non risultando sufficiente la presenza di un generico interes-

se pubblico per legittimare la riscossione coattiva di entrate diverse da quelle statali. Nonostante l'elastica formulazione normativa del precitato art. 17, richiamante genericamente le entrate statali e non i crediti statali, l'interpretazione della disposizione deve presentarsi compatibile con i principi giuridici ricavabili dalla nostra Carta costituzionale, in specie il principio di legalità: difatti, la riscossione coattiva mediante ruolo, rappresentando un tipico esercizio di poteri di autotutela (esecutiva) - atteso che la P.A. può risolvere i conflitti di interesse in cui è parte, coinvolgenti propri atti o condotte, prescindendo dall'intermediazione dell'autorità giudiziaria - deve trovare fondamento in una specifica disposizione di rango primario.

Trattasi di disposizioni, quest'ultime, che non possono essere qualificate come norme generali, interpretabili analogicamente, dovendo piuttosto essere intese come norme eccezionali, inapplicabili al di fuori delle fattispecie tassativamente previste dal legislatore.

Nel caso che ci occupa, atteso che l'amministrazione, riscuotendo coattivamente il credito, esercita un potere di imperio, in grado di incidere in via diretta ed unilaterale sul patrimonio giuridico del privato, occorre evitare un'interpretazione analogica delle relative disposizioni legislative, pena la violazione dei diritti di libertà individuali e del fondamentale principio di legalità.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'art. 17 cit. non può trovare applicazione qualora l'amministrazione sia soltanto legittimata ad agire per l'attuazione di un credito altrui, dovendosi limitare l'esercizio del potere di riscossione coattiva (mediante iscrizione a ruolo) ai casi in cui venga in rilievo un'entrata statale, di cui quindi sia soltanto lo Stato ad essere il titolare. Dopo aver precisato la necessità di ricomprendere nella portata applicativa dell'art. 17 cit. le sole entrate statali, pure non tributarie e traenti il proprio fondamento in rapporti privatistici, occorre verificare se i crediti alimentari disciplinati dalla Convenzione di New York del 1956 possano essere intesi nei medesimi termini. La risposta al quesito prospettato risente notevolmente della posizione ermeneutica che si intende assumere in ordine alla legittimazione processuale delle autorità sta-

tali: al fine di facilitare l'esecuzione delle obbligazioni alimentari (per propria natura aventi come creditori soggetti in stato di bisogno, necessitanti quindi di un pagamento sollecito dei relativi assegni), la Convenzione di New York e gli strumenti di diritto uniforme intervenuti in subiecta materia nel corso degli anni (da ultimo si veda il regolamento comunitario n. 4/2009 del Consiglio del 18.12.2008) hanno previsto un sistema di cooperazione tra le autorità centrali degli Stati contraenti (o membri, nel caso dell'UE), fondato sulla legittimazione ad intraprendere le attività giudiziali e stragiudiziali necessarie per assicurare l'attuazione (anche coattiva) del credito alimentare.

Pertanto, a condizione che la parte attiva e passiva del rapporto obbligatorio siano soggetti a giurisdizioni differenti, si consente al creditore anziché di recarsi nello Stato di stabilimento del debitore per ivi ottenere il riconoscimento e l'attuazione del proprio diritto, di rivolgersi alle autorità del proprio ordinamento (ccdd. Autorità Speditrici), affinché trasmettano alle autorità centrali dello Stato del debitore (ccdd. Istituzioni Intermediarie) la documentazione necessaria per il soddisfacimento del credito alimentare. Ne deriva l'attribuzione, in favore delle autorità nazionali, del potere di agire in giudizio, nell'ambito del proprio ordinamento, per l'attuazione dei titoli esecutivi emessi dai giudici stranieri: si pone quindi un problema qualificatorio circa la natura giuridica della legittimazione conferita, in subiecta materia, alle autorità nazionali.

Orbene, l'analisi della giurisprudenza formatasi nel tempo in materia consente alla Scrivente, in armonia, peraltro, con quanto comunicato dal MEF nella nota evidenziata, di propendere per la tesi che inquadra la legittimazione dello Stato-Istituzione Intermediaria (i.e. il Ministero dell'Interno) - giusta la previsione dell'art. 6 della Convenzione cit. -, nell'istituto della c.d. sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c. Come noto, il sostituto processuale è il soggetto abilitato da un'apposita previsione normativa - che nel caso di specie è rinvenibile nelle legge di esecuzione della Convenzione del 1956 - ad agire in giudizio in nome proprio per la tutela di "un diritto altrui" (81 c.p.c.): deve tut-

tavia evidenziarsi che, contrariamente a quanto potrebbe desumersi da un'interpretazione letterale del disposto positivo, il sostituto processuale, in realtà, come sostenuto da autorevole dottrina e come imposto dei principi processuali in materia di legittimazione ed interesse ad agire, non invoca la tutela di un diritto altrui, bensì di una situazione soggettiva propria, seppure incidente su un rapporto giuridico alieno, con conseguente necessità di differenziare l'interesse azionato dal sostituto e l'interesse di cui è titolare il sostituto, costituenti distinte situazioni giuridiche soggettive. Tali principi influenzano sensibilmente la soluzione del quesito prospettato alla Scrivente. Se, difatti, si qualifica la legittimazione statale in termini di legittimazione straordinaria da ricondurre alla previsione dell'art. 81 c.p.c., come peraltro ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, si viene a distinguere, come evidenziato, l'interesse (pubblico) azionato dall'Autorità intermediaria dall'interesse (privato) imputato al creditore degli alimenti, con conseguente impossibilità di qualificare il credito alimentare come entrata statale.

Difatti, accogliendo la tesi de qua, si conclude nel ritenere che l'azione giudiziaria esercitata dallo Stato, in veste di sostituto processuale, sia funzionale: - in via primaria, alla tutela dell'interesse pubblico alla cooperazione internazionale e al sollecito adempimento delle obbligazioni alimentari; - e soltanto in via riflessa, al soddisfacimento del credito alimentare di cui viene chiesta concretamente l'esecuzione. Accanto al rapporto principale, di carattere pubblicistico, intercorrente fra le autorità centrali degli Stati contraenti, emergerebbe dunque il rapporto secondario (alimentare) che, in ragione della sua natura privatistica, coinvolgerebbe le sole sfere giuridiche del creditore straniero (ossia il sostituto processuale) e del debitore stabilito nell'ordinamento italiano.

Tale ricostruzione, accolta dalla giurisprudenza nel tempo, portando, in ultima analisi, a negare l'equiparazione tra il credito azionato e l'entrata statale - atteso che ciò determinerebbe una confusione tra il profilo pubblico e privato della vicenda configurando un unico rapporto giuridico -, impedirebbe - per le ragioni supra illustrate - la possi-

bilità di ricorrere alla riscossione coattiva mediante iscrizione a ruolo. Ed al proposito, la Corte Suprema di cassazione ha più volte ribadito che "Il Ministero dell'interno, nell'esercizio delle funzioni conferitegli dalla citata Convenzione di New York, non si pone come rappresentante legale del minore (tale restando il genitore o chi assuma la tutela secondo l'ordinamento di appartenenza), ma assume una rappresentanza "speciale", che prescinde da un mandato del creditore (o di chi legalmente lo rappresenta), e che risponde all'interesse generale di assicurare che le posizioni dell'alimentando trovino effettivo soddisfacimento" (Cass. n. 11278/1996); pertanto, "il relativo potere di azione è svincolato dal rilascio della procura da parte del soggetto creditore degli alimenti, restando subordinato solo alla richiesta avanzata dalle autorità speditrici (Cass. 18.12.1974 n. 4346; Cass. 17.7.1980 n. 4648), con la conseguenza che la procura del creditore alimentare all'autorità intermediaria, prevista solo in via eventuale dall'art. 3 n. 3 della più volte citata Convenzione di New York, nessun potere rappresentativo ulteriore può aggiungere a quello già spettante a detta istituzione ed è riconducibile a quello della categoria dei meri atti di impulso (Cass. n. 1992/1996) Ne deriva, infine, che "l'Autorità intermediaria che chieda la deliberazione di sentenze straniere recanti condanna agli alimenti si qualifica come sostituto processuale ai sensi dello art. 81 c.p.c., ossia come soggetto che, pur non essendo titolare del diritto azionato, è tuttavia legittimato a farlo valere in giudizio in nome proprio, in quanto portatore di un interesse di natura pubblicistica" (Cass. n. 4327/1994; cfr. anche Cass. n. 7148/1993; n. 4165/1989; n. 4648/1980; n. 4254/1977; n. 4346/1974).

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi che il Ministero dell'Interno, agendo in giudizio per l'esecuzione di un credito alimentare in veste di Istituzione Intermediaria, invochi la tutela di una situazione giuridica propria, id est l'interesse alla cooperazione internazionale e alla sollecita attuazione delle obbligazioni alimentari, distinta dalla situazione soggettiva creditoria, che, pur incisa dall'azione giudiziaria statale, rimane di esclusiva spettanza della parte so-

stituita.

Pertanto, difettando il presupposto del potere di autotutela esecutiva contemplato nell'art. 17 d.lgs. n. 46/1999 - non si riscontra cioè la presenza di alcuna entrata statale - l'amministrazione degli Interni, in ottemperanza agli obblighi assunti in sede internazionale, è tenuta ad attivare l'ordinario processo di esecuzione nel rispetto delle previsioni del Libro III c.p.c., con la precisazione che le somme rinvenenti dalla vendita o dall'assegnazione, in quanto non riconducibili alla categoria generale delle "entrate statali", non possono essere incamerate nel bilancio statale, dovendo essere direttamente intestate al sostituto processuale.

In tale modo si risolverebbero altresì gli ulteriori problemi sollevati dall'amministrazione finanziaria, in specie la carenza di un apposito capitolo di bilancio presso cui registrare le entrate derivanti dall'esecuzione forzata: in quanto il Ministero agisce per tutelare un interesse proprio, strettamente connesso con quello privato, senza acquisire alcun diritto di credito nei confronti del debitore italiano, o comunque soggetto alla giurisdizione ita-

liana, le somme riscosse non dovranno essere registrate presso alcuna voce di bilancio statale, dovendo - come osservato - essere direttamente assegnate al creditore straniero. Alla luce delle premesse considerazioni, quindi, l'Autorità-Intermediaria, al fine di tutelare il proprio interesse, è chiamata ad agire dinanzi al giudice dell'esecuzione, chiedendo - nel rispetto delle previsioni codicistiche - il pignoramento, l'assegnazione e/o vendita forzata dei beni del debitore e la distribuzione del ricavato, in maniera da garantire il soddisfacimento delle esigenze sociali sottese alla materia alimentare. Cosicché, oltre ad essere realizzato l'interesse pubblico primario, risulterà contestualmente soddisfatto anche l'interesse privato secondario, posto che la positiva conclusione della procedura espropriativa presuppone la diretta intestazione delle somme rinvenenti dall'esecuzione in favore del creditore sostituito, senza pertanto possibilità alcuna di addivenire alla loro registrazione nel bilancio erariale.

Il presente parere è passato all'esame del Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

ANNULLAMENTO DELLE AUTORIZZAZIONI PAESAGGISTICHE RILASCIATE DELL'ENTE TERRITORIALE DELEGATO: L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA IN MATERIA DI COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL SEGMENTO PROCEDIMENTALE

In ordine all'applicabilità dell'istituto partecipativo al subprocedimento statale di eventuale annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dell'ente territoriale delegato, nell'originaria assenza di specificazioni normative, il prevalente orientamento della giurisprudenza era nel senso di ritenere sussistente il dovere di comunicazione di avvio del segmento procedimentale in questione, quale nuova modalità dialettica di esercizio della funzione amministrativa (cfr., ad esempio, CdS, VI, 3.2.2004, n. 342).

Tale orientamento, tuttavia, fu superato dall'espressa abrogazione normativa dell'obbligo di cui si discute, in base al rinvio operato dall'art. 4, co. 1 bis, del d.m. 13.6.1994, n. 459 (co. aggiunto dal d.m. 19.6.2002, n. 165) all'art. 151 del d.lgs. 29.10.1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali). Detta previsione, con efficacia dall'entrata in vigore del d.m. n. 165 del 2002, disponeva che la comunicazione di avvio del procedimento non fosse dovuta, da parte del funzionario responsabile, "per i procedimenti avviati ad istanza di parte e, in particolare, per quelli disciplinati dagli articoli [...] 151[...] del d.lgs. 29.10.1999, n. 490". Mentre l'art. 151 disciplina l'invio delle autorizzazioni paesaggistiche alla Soprintendenza, con facoltà di annullamento delle medesime, da parte del Ministero, entro sessanta giorni. Dall'entrata

in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22.1.2004, n. 42) veniva, invece, previsto nell'art. 159, quale disciplina transitoria, efficace sino al 31.12.2009, che l'amministrazione competente desse immediata comunicazione alla Soprintendenza delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate, con contestuale invio di tale comunicazione agli interessati quale avviso di inizio del procedimento, ai sensi e per gli effetti della l. 7.8.1990, n. 241. Con tale disposizione è stata nuovamente regolata la questione e superata l'eliminazione delle formalità partecipative per i procedimenti ad istanza di parte operata dal ricordato art. 4, co. 1 bis del d.m. n. 495 del 1994, come modificato dal d.m. n. 165 del 2002. Al momento di adozione del provvedimento qui impugnato in primo grado (il decreto, che indica quale data di ricevimento della documentazione completa il 23.12.2002, è stato emesso il 4.2.2003) la materia era disciplinata, con effetto obbligatorio e vincolante per l'amministrazione dei beni e delle attività culturali, dalle previsioni del d.m. n. 165 del 2002 e pertanto correttamente la Soprintendenza non ha comunicato all'interessato l'avvio del subprocedimento di controllo.

La sentenza che non tiene conto della vigenza ratione temporis delle previsioni introdotte col predetto decreto ministeriale merita, quindi, di essere riformata nel senso richiesto dall'appellante amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 6.5.2013, n. 2406).

«..... GA.....»

RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI ESCLUSIVI DI PESCA SUL DEMANIO MARITTIMO

Per il “riconoscimento” dei diritti esclusivi di pesca sul demanio marittimo in base al citato art. 23 T.U. sulla pesca, dell’adozione, da parte della competente autorità amministrativa, di un positivo, specifico provvedimento ricognitivo di tali diritti, se ed in quanto “derivanti da antico titolo” ovvero da “lunghissimo possesso”, e che attribuisce al riconoscimento della competente autorità amministrativa efficacia costitutiva ai fini della persistenza dei diritti medesimi; in particolare, non è, all’uopo, sufficiente dimostrare l’avvenuta presentazione di una tempestiva domanda di riconoscimento, se non vi è prova della avvenuta adozione dell’insostituibile provvedimento positivo, di “riconoscimento”, emesso dall’autorità all’epoca competente (v. in tal senso, per tutte, Cass., Sez. Un., 4.12.2009, n. 25493, e gli altri precedenti ivi richiamati)...
...Altrettanto correttamente, nell’appellata sentenza è stato escluso che i diritti esclusivi di pesca in capo ai danti causa dell’odierna appellante fossero stati accertati, con efficacia di giudicato, dalle citate sentenze della Corte d’appello di Roma del 23.6 – 25.7.1941 della Corte di Cassazione (sentenza n. 766/1947), in quanto: - le richiamate sentenze si limitano a confermare la divisione effettuata, in sede di confinazione tra i Sansone, i Comuni rivieraschi e i pescatori locali, nel 1811 in applicazione delle leggi sulla eversione delle feudalità, e dunque con riguardo alla disciplina precedente alla l. 24.3.1921, n. 312 (recepita dal T.U. n. 1604/1931), e non affrontano la questione del riconoscimento dei diritti esclusivi di pesca vantati dai Sansone, ai sensi della normativa sopravvenuta; - la sentenza della Corte d’appello rileva espressamente che i diritti dei Sansone “consistono oggi nel godimento del totale prodotto della pesca nello specchio d’acqua riservato ai loro danti causa nel 1811, diventato nel 1914 proprietà demaniale dello Stato e attualmente soggetto ad un particolare regime amministrativo” (v. così testualmente, p. 46 della sentenza), in tal modo ponendo fuori dal decisum ogni questione relativa al riconoscimento dei diritti esclusivi di pesca secondo il regime

amministrativo introdotto in materia dalla legislazione postunitaria, peraltro in piena coerenza con i passaggi contenuti a pp. 24 e 25 della sentenza, dove si dà atto della mancata adozione di un provvedimento di riconoscimento da parte del competente Ministero (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29.4.2013, n. 2339).

«..... GA.....»

LA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA DI SANATORIA DI ABUSI EDILIZI COMPORTA L’IMPROCEDIBILITÀ DEI RICORSI PROPOSTI CONTRO I PRECEDENTI ATTI SANZIONATORI (ORDINI DI DEMOLIZIONI, INIBITORIE, ORDINE DI SOSPENSIONE DEI LAVORI)

Quando viene presentata domanda di sanatoria di abusi edilizi, diventano inefficaci i precedenti atti sanzionatori (ordini di demolizioni, inibitorie, ordine di sospensione dei lavori), nel presupposto, così come affermato da ricorrente giurisprudenza, che “sul piano procedimentale, il Comune è tenuto innanzi tutto a esaminare ed eventualmente a respingere la domanda di condono effettuando, comunque, una nuova valutazione della situazione mentre, dal punto di vista processuale, la documentata presentazione di istanza di condono comporta l’improcedibilità del ricorso per carenza di interesse avverso i progressi provvedimenti repressivi” (Consiglio di Stato, Sez. V, 31.10.2012, n. 5553) (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 24.4.2013, n. 2280).

«..... GA.....»

IL PIANO QUADRO È UNO STRUMENTO PARALLELO AL PIANO PARTICOLAREGGIATO ED È PREVISTA, IN ALTERNATIVA ALL’UNO E ALL’ALTRO, LA POSSIBILITÀ PER I PRIVATI DI PRESENTARE UN PIANO DI LOTTIZZAZIONE

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ribadisce il principio già precedente afferma-

to a tenore del quale il piano quadro è uno strumento parallelo, nella sostanza, al piano particolareggiato ed è prevista, in alternativa all'uno e all'altro, la possibilità per i privati di presentare un piano di lottizzazione (CdS., IV, 19.3.2003, n. 1456).

L'alternatività del piano quadro rispetto al piano di lottizzazione si desume chiaramente dall'elaborato grafico (TAV. 3) del PdF nel quale si legge, in modo che non lascia spazio a dubbio alcuno, che "il rilascio delle licenze edilizie è subordinato alla redazione di un piano di lottizzazione convenzionata o di un piano quadro con l'obbligo dell'assunzione degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria". Nel caso di specie poi l'alternatività del piano quadro rispetto al piano di lottizzazione è stata anche riconosciuta, *expressis verbis*, dalla stessa amministrazione che nel rilasciare alla parte un certificato di destinazione urbanistica ivi precisava che l'edificazione sarebbe stata subordinata alla preventiva approvazione "di un piano di lottizzazione o alternativamente di un piano quadro" (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 23.4.2013, n. 2252).

«..... GA.....»

È INAPPLICABILE LA D.I.A. AI MANUFATTI ABUSIVI NON SANATI

Giurisprudenza uniforme rammenta come non possano essere destinatari dei provvedimenti di assenso al regime della d.i.a. manufatti abusivi che non siano stati sanati o condonati, in quanto gli interventi ulteriori - sia pure riconducibili a manutenzione straordinaria, restauro e/o risanamento conservativo oppure ristrutturazione - "ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera cui ineriscono strutturalmente" (Cass. pen., III, 24.10.2008 n. 45070; *id.*, 19.4.2006 n. 21490) (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 16.4.2013, n. 2102).

«..... GA.....»

CARTOLARIZZAZIONE DI IMMOBILI PUBBLICI CLASSIFICATI DI "PRE-GIO": LA FATISCENZA IN CUI VERSA

L'IMMOBILE NON BASTA AD ESCLUDERE LA CARATTERISTICA DI PRE-GIO

Nel giudizio in esame si controverte della possibilità di considerare "non di pregio", con conseguente titolo alla riduzione del corrispettivo nella misura del 30% rispetto al valore di mercato, gli immobili posti nel centro storico, in relazione alle adottate condizioni di degrado dei medesimi. Il Consiglio di Stato rileva, sul piano generale, che l'art. 3, co. 13 d.l. n. 351 del 2001 stabilisce che "Si considerano comunque di pregio gli immobili situati nei centri storici urbani, ad eccezione di quelli individuati nei decreti di cui al co. 1, su proposta dell'Agenzia del territorio, che si trovino in stato di degrado e per i quali sono necessari interventi di restauro e di risanamento conservativo ovvero di ristrutturazione edilizia". Per escludere la caratteristica del pregio connesso alla collocazione in centro storico degli immobili da dismettere, è, dunque richiesta la compresenza di due elementi, costituiti dallo stato di degrado e dalla necessità di interventi di restauro, risanamento conservativo o di ristrutturazione edilizia, con la conseguenza che non vale ad integrare il presupposto per la riduzione del prezzo la sola situazione di vetustà o anche di fatiscenza in cui può versare l'immobile, che secondo l'*id quod plerumque accidit* può richiedere più o meno urgenti interventi di adeguamento degli impianti, di rifacimento degli intonaci interni e delle facciate ecc., non riconducibili alla tipologia più radicale degli interventi edilizi suddetti e che non precludono una sicura e dignitosa abitazione (cfr. CdS, VI, 10.9.2008, n. 4320 del 2008; v. anche CdS, VI, 10.5.2010, n. 2808; con riferimento alla nozione di degrado come implicante una situazione oggettiva del bene che lo rende inidoneo all'originaria destinazione ad uso abitativo per condizioni di igienicità, sicurezza e assetto strutturale cfr. CdS, VI, 5.6.2006, n. 3340) (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 4.3.2013, n. 1261).

«..... GA.....»

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

In ordine alla valenza direttamente precettiva tra privati del decreto ministeriale sulle distanze già il Consiglio di Stato (v. Sentenza sez. IV, 27.10.2011, n. 5759) e alla eventuale disapplicazione di strumenti urbanistici con esso contrastanti nel senso della minore tutela, ha già avuto modo di osservare che le prescrizioni di cui al d.m. 2.4.1968 n. 1444 integrano con efficacia precettiva il regime delle distanze nelle costruzioni, sicché l'inderogabile distanza di 10 m. tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti vincola anche i comuni in sede di formazione o revisione degli strumenti urbanistici. La prescrizione di cui all'art. 9 d.m. 2.4.1968 n. 1444 relativa alla distanza minima di 10 m. tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti è volta non alla tutela del diritto alla riservatezza, bensì alla salvaguardia di imprescindibili esigenze igienico-sanitarie, ed è, dunque, tassativa ed inderogabile (per tali principi consolidati, ex plurimis, CdS, sez. IV, 12.6.2007, n. 3094). Infatti, nella suddetta materia deve ritenersi che in tema di distanze tra costruzioni, applicabile, come detto, anche alle sopraelevazioni, l'adozione da parte dei Comuni di strumenti urbanistici contenenti disposizioni illegittime perché contrastanti con la norma di superiore livello dell'art. 9 d.m. 2.4.1968 n.1444 - che fissa in dieci metri la distanza minima assoluta tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti - comporterebbe l'obbligo per il giudice di applicare, in sostituzione delle disposizioni illegittime, quelle dello stesso strumento urbanistico, nella formulazione derivate, però, dalla inserzione in esso della regola sulla distanza fissata nel decreto ministeriale (così Cass. Civ., II, 27.3.2001, n.4413 su richiamata; così anche CdS, IV, 12.6.2007, n.3094). La disposizione di cui all'art. 9, co. 1, n. 2, d.m. 2.4.1968 n. 1444, essendo tassativa ed inderogabile, impone al proprietario dell'area confinante col muro finestrato altrui di costruire il proprio edificio

ad almeno dieci metri da quello, senza alcuna deroga, neppure per il caso in cui la nuova costruzione sia destinata ad essere mantenuta ad una quota inferiore a quella dalle finestre antistanti e a distanza dalla soglia di queste conforme alle previsioni dell'art. 907 co. 3, c.c. Conseguentemente, ogni previsione regolamentare in contrasto con l'anzidetto limite minimo è illegittima e va annullata ove oggetto di impugnazione, o comunque disapplicata, stante la sua automatica sostituzione con la clausola legale dettata dalla fonte sovraordinata, oltre alla considerazione che nella specie la disciplina è stata integrata dal regolamento comunale in senso ancora più rispettoso e rigoroso.

L'art. 9 d.m. 2.4.1968 n. 1444, che detta disposizioni in tema di distanze tra costruzioni, stante la natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione. D'altra parte, come visto, nella specie non solo la norma comunale ha tenuto conto della disposizione ministeriale esistente, ma l'ha appunto integrata in senso ancora più rigoroso (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 12.2.2013, n. 844).

«..... GA.....»

L'ACCATASTAMENTO È UN ADEMPIMENTO DI TIPO FISCALE-TRIBUTARIO INIDONEO AD EVIDENZIARE UNA SITUAZIONE DI CONFORMITÀ EDILIZIA

Nella vicenda in esame il Collegio ha accertato l'avvenuta modificazione delle condizioni dello stato dei luoghi rispetto a quello originario sia relativamente alla loro esistenza e consistenza come verificate dai competenti uffici comunali, inverandosi nei rilievi mossi a carico dell'appellante i presupposti di fatto e di diritto per un intervento del Comune volto a ripristinare una situazione dei luoghi alterata rispetto a quello in origine autorizzata, con il conseguente doveroso operato della P.A. volto a porre fine ad una accertata situazione di non conformità urbanistico-edilizia: di qui la legittimità quindi del potere repressivo-ripristinatore esercitato dal Co-

mune con i provvedimenti de quibus impugnati con cui si è doverosamente e correttamente intimato il ripristino dello stato dei luoghi. Cio posto la parte appellante assime che la conformità dello stato dei luoghi (con speculare illegittimità dei provvedimenti comunali) sarebbe rilevabile dagli esiti del contenzioso civilistico e dall'accatastamento effettuato nel 1975, ma l'argomentazione difensiva non appare condivisibile al Collegio, in quanto: a) le statuizioni recate dal decisum in sede civile servono a definire l'assetto dei

*rapporti tra i privati e i loro diritti secondo le regole dello jus privatorum senza che ciò possa incidere sulla validità delle determinazioni amministrative emanate per assicurare l'osservanza della disciplina urbanistica; b) l'accatastamento costituisce adempimento di tipo fiscale - tributario che fa stato ad altri fini, non atteggiandosi a strumento idoneo ad evidenziare una situazione di conformità edilizia. In forza delle suesposte considerazioni, l'appello è stato respinto (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 4.2.2013, n. 666**).*

«..... GA.....»

REDAZIONALI

È ANCORA CONSENTITA AI “PICCOLI COMUNI” LA COSTITUZIONE DI SOCIETÀ DI TRASFORMAZIONE URBANA?

dell'Avv. Paolo Pittori

Le società di trasformazione urbana, in virtù della loro specialità, sfuggono ai divieti ed alle limitazioni imposte dall'ordinamento, a livello generale, nei confronti delle altre società a partecipazione pubblica.

The urban development companies, by virtue of their specialty, are beyond the prohibitions and limitations imposed by law, in general, in relation to other companies in public participation.

Sommario: 1. Premessa: il disfavore dell'ordinamento nei confronti delle società pubbliche. 2. I confini dei divieti di costituzione di società pubbliche. 3. La specialità delle “STU” rispetto ai divieti di carattere generale in punto di costituzione di società pubbliche.

1. Premessa: il disfavore dell'ordinamento nei confronti delle società pubbliche.

Negli ultimi anni si è assistito, da parte del legislatore nazionale, ad un progressivo giro di vite in merito alla possibilità per gli enti locali di costituire società ovvero di parteciparvi.

Tale giro di vite, invero, ha rappresentato la risposta, a livello normativo, alla proliferazione di società pubbliche operanti in diversi settori, seguita alla “sostituzione degli strumenti giuridici pubblicistici con modelli di diritto privato”¹ che ha caratterizzato i processi di privatizzazione avviati nell'ordinamento interno nei primi anni '90.

In particolare, una prima serie di limitazione venne imposta dall'art. 13 del d.l. 4.7.2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, in l. 4.8.2006, n. 248; cd. “Bersani bis”) che, introducendo la categoria delle cd. “società strumentali”, ebbe a stabilire che “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicu-

rare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività (...) devono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale” (co. 1); con la precisazione che tali società “sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole” suddette (co. 2).

Il divieto in questione - dal rispetto del quale sono stati espressamente sottratti, tra gli altri, i servizi pubblici locali (v. co. 1) - ha comportato, da un lato, la dismissione - tramite cessione ovvero scorporazione - delle attività non consentite (co. 3) e, dall'altro, la nullità dei contratti conclusi in sua violazione (co. 4).

Successivamente, con l'art. 3, co. 27, della l. 24.12.2007, n. 244 (recante la “Finanziaria

¹ Così, M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. Amm.*, 1999, 3-4, 511.

2008”), il legislatore italiano, di nuovo “*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*”, ha imposto alle “*amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165*”, tra cui anche gli enti locali, il divieto di “*costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente [o indirettamente] partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*” (la cd. “*società strumentali*”), con l’unica eccezione – che qui maggiormente interessa tra quelle previste dalla norma in esame - della “*costituzione di società che producono servizi di interesse generale ... e l’assunzione di partecipazioni in tali società*”. Anche tale divieto era assistito dall’obbligo di dismissione delle attività in contrasto, con la prescrizione di cedere a terzi, “*nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, ... le società e le partecipazioni vietate*” (co. 29).

A finalità di contenimento della spesa pubblica, invece, è improntato il successivo art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 30.7.2010, n. 122 (cd. “*decreto anticrisi*”), ai sensi del cui co. 32, “*Fermo quanto previsto dall'art. 3, co. 27, 28 e 29, della l. 24.12.2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società*”, con il conseguente obbligo di messa in liquidazione delle società già costituite ovvero di cessione delle partecipazioni. Anche in questo caso, sono state previste delle eccezioni: di carattere speciale, per quelle società con “*il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi*”, ovvero che “*non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio*”, ovvero ancora che “*non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell’obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime*”; e di carattere più generale, per le società “*con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti*”.

Per i comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti, infine, viene

consentita la detenzione della “*partecipazione di una sola società*”; senza, tuttavia, la parallela previsione di medesime ipotesi eccezionali.

Medesime finalità di revisione della spesa pubblica hanno portato all’adozione del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito con modificazioni nella l. 7.8.2012, n. 135 (cd. “*Spending review 2*”), il cui art. 4, rubricato “*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*”, ha previsto “*Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell’intero fatturato*”, l’alternativa tra lo scioglimento o l’alienazione delle partecipazioni con procedure di evidenza pubblica (co. 1); con l’eccezione, anche qui, delle “*società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica*” (co. 3).

Diverse sono state le pronunce, giurisdizionali e non, che hanno contribuito a definire il complesso quadro che emerge dalle norme che si sono appena viste. Ed è rispetto a tale quadro, in particolare, che il presente scritto intende esaminare quale spazio sia ancora riservato dall’ordinamento interno alle società di trasformazione urbana (meglio note con l’acronimo STU) di cui all’art. 120 d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (recante il “*Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali*”; cd. TUEL) e se sia ancora consentito ai piccoli comuni di poter ricorrere a tale strumento; anche alla luce di un - relativamente recente, quanto isolato - pronunciamento della Sezione Regionale di Controllo per l’Emilia Romagna della Corte dei Conti che sembra esprimersi in termini apoditticamente negativi².

Com’è noto, l’art. 120 cit. prevede che “*Le città metropolitane e i comuni, anche con la partecipazione della provincia e della regione, possono costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasfor-*

² Ci si riferisce alla deliberazione n. 9/2012/PAR del 13.2.2013.

mazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti” (co. 1), affinché provvedano “alla preventiva acquisizione degli immobili interessati dall'intervento, alla trasformazione e alla commercializzazione degli stessi” (co. 3).

Si tratta, come più diffusamente si dirà meglio in seguito, di una ipotesi che, nell'attuale contingenza di profonda crisi sociale ed economica, rappresenterebbe un'occasione di sviluppo locali. Il peculiare modello delle STU, infatti, si presta a funzionare quale collettore di risorse finanziarie e professionali private, sopperendo alla cronica mancanza di fondi per l'attuazione pubblica delle previsioni urbanistiche.

Funzionalità, questa, che appare diventare maggiormente rilevante quanto minori sono le dimensioni dell'ente locale che vi intende far ricorso. A tal proposito, è stato osservato come “la Società di Trasformazione Urbana possa essere considerata uno strumento utile, stante la sua connessione con l'istituto dell'espropriazione, soprattutto per i borghi “abbandonati”, ovvero quelli il cui numero di immobili effettivamente abitati sia inferiore ad una determinata percentuale del totale, a seconda delle dimensioni del borgo stesso o, addirittura, inesistente”³.

2. I confini dei divieti di costituzione di società pubbliche.

Venendo all'analisi del concreto atteggiarsi dei divieti che si sono visti nel paragrafo precedente, può essere data la precedenza all'ultimo incontrato in ordine cronologico, introdotto dall'art. 4 del d.l. 95/12, il cui ambito di applicazione appare più circoscritto.

In particolare, l'obbligo alternativo di scioglimento o di alienazione delle partecipazioni pubbliche ivi previsto, riguarda le sole società cd. “strumentali” che: a) prestano, a favore delle pubbliche amministrazioni, servizi che le medesime amministrazioni potrebbero produrre nel proprio “ambito” ovvero acquisire nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale (v. art. 4, co. 2), tramite procedure concorrenziali (v. art. 4, co. 7) ovvero

³ Così, M. PASSALACQUA, *La società di trasformazione urbana quale strumento di valorizzazione territoriale*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 133.

affidamenti diretti, del valore economico pari o inferiore ad €. 200.000 annui, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* (v. art. 4, co. 8); b) il cui fatturato sia rappresentato, per oltre il 90%, dai suddetti servizi resi alle pubbliche amministrazioni (v. art. 4, co. 1); e c) non svolgono servizi di interesse generale aventi rilevanza economica (v. art. 4, co. 3).

In questo quadro, non sembra che le STU, per come sono disciplinate dall'art. 120 del d.lgs. 267/00, possano essere interessate dal divieto in questione: da un lato, infatti, appare difficile annoverarle tra le società meramente strumentali degli enti locali – laddove, pur nel rispetto di finalità (urbanistiche e sociali) proprie dell'ente locale partecipante, l'attività appare in ultima analisi rivolta al mercato (dal quale deriverebbe la remunerazione) – e, dall'altro, come si vedrà, hanno ad oggetto lo svolgimento di funzioni ed il raggiungimento di obiettivi che possono ragionevolmente definirsi di interesse generale.

Le medesime argomentazioni, invero, soccorrono anche per sottrarre le STU dalle limitazioni imposte dall'art. 13 del d.l. 223/06; con l'ulteriore considerazione - su cui si avrà modo di tornare nel paragrafo successivo - connessa alla possibilità, discussa in dottrina, di ricomprendere l'attività delle STU nel novero dei servizi pubblici locali (che, come si è visto, sono espressamente esclusi dall'applicabilità dell'art. 13 in questione)⁴.

Passando, quindi, all'esame delle disposizioni, di carattere più generale, contenute negli artt. 3, co. 27, l. 244/07 e art. 14, co. 32, l. 78/10, occorre premettere che si deve soprattutto alla giurisprudenza delle sezioni di controllo regionale della Corte dei Conti

⁴ In proposito, occorre dar conto di una certa oscillazione in dottrina in merito alla natura delle STU: da un lato, infatti, alcuni autori ne evidenziano le affinità con l'attività di servizio pubblico (v., tra gli altri, M. DUGATO, “I servizi pubblici locali”, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese); dall'altro, invece, vi è chi ne sottolinea la strumentalità rispetto all'ente locale che vi affida “l'esercizio esclusivo della funzione pubblica di governo del territorio”, arrivando, quindi, a considerare le STU sottoposte alle preclusioni di cui all'art. 13 d.l. 223/06 (v., in particolare, M. PASSALACQUA, cit.).

l'approfondimento in merito all'operatività dei divieti ivi previsti e, soprattutto, al rapporto intercorrente tra queste, dal momento che la seconda norma fa espressamente salvo il disposto della prima.

Secondo uno primo filone di pronunce, basato sul principio interpretativo della prevalenza della norma speciale, l'espressa salvaguardia dell'art. 3, co. 27, l. 244/07, ivi compresa, quindi, l'eccezione per cui "è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale ... e l'assunzione di partecipazioni in tali società", operata dall'art. 14, co. 32, l. 78/10, comporterebbe che tali società sfuggirebbero comunque al divieto generale posto da tale ultima norma⁵.

Secondo un successivo orientamento, poi divenuto prevalente (anche se con alcuni rilevanti precisazioni di cui si dirà), basato su un'interpretazione restrittiva, il divieto di cui alla seconda norma (art. 14, co. 32, l. 78/10) non soffrirebbe – di eccezione alcuna né, quindi – delle medesime eccezioni previste per il primo (art. 3, co. 27, l. 244/07).

La riduzione ad unità di tali divergenti impostazioni è stata data dalla Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia della Corte dei Conti che, nel parere 15.9.2010, n. 861, ha elaborato la sintesi del cd. "doppio binario"⁶, per il quale "le due norme operano su piani diversi: l'art. 3, co. 27 su quello della finalità e degli scopi che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria e l'art. 14, co. 32 sul piano numerico ed operativo".

In altre parole, i comuni sotto i 30.000 abitanti finirebbero per soggiacere "a due vincoli: il primo qualitativo e cioè possono partecipare solo a società che rispondano ai requisiti di cui all'art. 3, co. 27, l. 244/07 (come tutti gli altri comuni); il secondo quantitativo, nel senso che verificato il primo requisiti-

to non possono comunque detenere nessuna partecipazione in società a meno che la partecipazione non sia proporzionale o paritetica con altri comuni per i quali la somma degli abitanti supera 30.000, ovvero le società abbiano chiuso in utile gli ultimi tre esercizi ... e non abbiano coperto perdite negli esercizi successivi"⁷.

La medesima pronuncia, tuttavia, ha comunque cura di precisare come "In alcuni casi il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali ed è evidente che trattandosi di disposizioni normative di carattere speciale non risultano abrogate dal combinato disposto degli art. 3, co. 27 della l. n. 244 del 2007 e 14, co. 32 del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122 del 2010, ma continuano ad esplicare i loro effetti"⁸.

Sulla scorta di tale arresto, si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (nota con l'acronimo "AVCP") che, con il parere AG 40/11 del 4.4.2012, ha posto l'accento sul rilievo assunto in materia dalla normativa nazionale sull'affidamento dei servizi pubblici locali - all'epoca dettata dall'art. 4 del d.l. 13.8.11, n. 138 (convertito con modificazioni nella l. 14.9.2011, n. 148; cd. "Manovra bis"), adottato a seguito dell'abrogazione da parte del referendum popolare del 12/13.6.2011 dell'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito con modificazioni nella l. 6.8.2008, n. 133) - e, richiamando le conclusioni espresse dalle Sezioni Riunite di Controllo della Corte dei Conti nella deliberazione 2.2.2012, n. 3⁹ ed il predetto

⁷ Così, sempre, R. CAMPORESI, cit..

⁸ La stessa sezione regionale di controllo, invero, nel preferire il secondo orientamento interpretativo, osserva come questo sembri "trascurare ... il fatto che lo stesso legislatore nazionale e regionale, in questi anni, ha previsto che in alcuni casi servizi od attività di pertinenza degli enti locali debbano essere svolti per il tramite di società di capitali"

⁹ Secondo la quale "Tale nuovo quadro ordinamentale – sostanzialmente improntato ad un disfavore verso l'affidamento all'esterno di servizi e attività considerate non strategiche (o comunque non compatibili con le finalità istituzionali dell'ente locale) ed al recupero di una effettiva concorrenzialità nell'affidamento di servizi di rilevanza economica – si riconduce, nell'attuale contingenza, ad un più ampio sforzo di contenimento

⁵ In particolare, v. C. conti, contr. reg. Puglia, 27.11.2009, n. 103 e 22.7.2010, n. 76; l'ultima delle quali ha espressamente ritenuto come non osti "l'art. 14, co. 32 cit. alla costituzione di società che integrino i presupposti di cui all'art. 3, co. 27 e ss. della legge finanziaria del 2008".

⁶ Così, R. CAMPORESI, "Teoremi interpretativi dell'art. 14 comma 32 del D.L. 78/2010 sui limiti imposti agli enti locali a detenere società", in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it del 9.5.2012.

approdo della giurisprudenza contabile di controllo, ha premesso che “*le amministrazioni pubbliche che intendano costituire società sono soggette ad un vincolo di scopo, mentre i comuni con popolazione inferiore a 50.000 o 30.000 abitanti sono sottoposti anche ad un vincolo di tipo quantitativo (una società, nessuna società, obbligo di aggregazione con altri comuni)*” e che “*a prescindere dal tipo di attività svolta - salvo eventuali disposizioni normative speciali che impongano l’esercizio obbligatorio della funzione in forma societaria, secondo il modello delle società cd. di “diritto singolare” - i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono costituire nuove società se non associandosi con altri enti, mentre i Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione*”, per ritenere, conclusivamente, che “*la disciplina di cui all’art. 14 co. 32 del d.l. n. 78/10 abbia portata generale e che le società in house incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, tanto esistenti quanto di nuova costituzione, debbano tutte essere computate ai fini del rispetto dei limiti imposti (con l’unica eccezione delle società di diritto singolare)*”.

Tali conclusioni, invero, meritano di essere comunque riconsiderate, alla luce della successiva sentenza n. 199 del 20.7.2012 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità ai sensi dell’art. 75 cost. della disciplina dettata dall’art. 4 del d.l. 138/11 che, nel riprodurre sostanzialmente l’impostazione dell’art. 23 bis del d.l. 112/08, ha violato la volontà referendaria che tale ultima norma aveva espressamente abrogato. In altri termini, con la suddetta pronuncia della Consulta viene meno il disfavore con cui l’ordinamento interno vedeva il ricorso da parte degli enti locali a modelli organizzativi “*in house*”: questi, nell’attuale disciplina dei servizi pubblici locali, unicamente ed interamente di derivazione comunitaria, godono di pari dignità - se conformi ai presupposti enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia - rispetto al ricorso al mercato mediante

delle spese correnti del settore, diretto ad evitare il rischio di un ulteriore peggioramento dei saldi di finanza pubblica”.

procedure di evidenza pubblica e, pertanto, costituiscono necessariamente un limite all’applicazione generalizzata del divieto di cui all’art. 14 co. 32 del d.l. 78/10 prospettata dai pronunciamenti richiamati.

In proposito, del resto, è stato osservato in dottrina, in senso critico proprio rispetto alla tesi del cd. doppio binario elaborata dalla giurisprudenza contabile di controllo, come “*la corretta interpretazione dell’art. 14, co. 32 non possa prescindere dal fatto che il divieto di detenere partecipazioni in società, ivi contenuto, non può essere “acriticamente” esteso a tutte le società cui partecipano (o possono partecipare) i comuni con dimensione demografica limitata. Ciò soprattutto quando è lo stesso ordinamento che prevede già lo strumento della società partecipata dai comuni: come nel caso dei servizi pubblici locali*”¹⁰.

A tale ultimo proposito, tuttavia, occorre registrare l’arresto costituito dalla citata deliberazione 9/12 della Sezione Regionale di Controllo per l’Emilia Romagna della Corte dei Conti che, proprio in applicazione del richiamato criterio del “*doppio binario*” ha avuto modo di statuire che “*la costituzione e/o la partecipazione in società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica da parte dei Comuni a densità demografica ridotta (con popolazione sino a 30.000 abitanti) deve ritenersi parimenti non consentita – salvo le deroghe previste ex lege (art. 14, co. 32, terzo e quarto periodo) - in consi-*

¹⁰ Così, R. CAMPORESI, cit., per il quale “*l’interpretazione della limitazione del divieto contenuto nell’art. 14, co. 32 appare più coerente secondo una lettura rispettosa dei principi costituzionali. E’ evidente che nel caso dell’art. 14, co. 32 il legislatore non è certamente intervenuto per tutelare la concorrenza o l’apertura o liberalizzazione dei mercati, come invece ha fatto con l’art. 4 del d.l. 138/11 convertito con modifiche nella l. 148/11. La “ratio” sottesa è unicamente la tutela della finanza pubblica e allora sorgono dubbi che il legislatore nazionale abbia competenza legislativa esclusiva fino al punto di “obbligare” gli enti locali a mettere in liquidazione le proprie società partecipate ovvero cederne la partecipazione quando queste sono modelli di organizzazione di servizi o attività riservate per legge agli enti medesimi, come appunto il caso delle società per la gestione dei servizi pubblici locali conformi al dettato dell’art. 4 del citato d.l. 138/11*”.

derazione della circostanza che lo strumento societario non costituisce una modalità obbligatoria e necessaria per lo svolgimento dei predetti servizi, ma, viceversa, rappresenta soltanto un modello organizzativo da utilizzare in alternativa con altre opzioni”.

Ed i medesimi giudici contabili, nel suddetto pronunciamento, hanno esteso tali conclusioni anche “alla possibilità di costituire e/o mantenere partecipazioni nelle società di trasformazione urbana (STU) previste dall’articolo 120 T.U.E.L.”, giungendo a ritenere “che, trattandosi di una delle varie possibilità attraverso la quale viene data attuazione agli strumenti urbanistici generali (...) ma non costituendo tale tipologia societaria l’unico strumento di attuazione delle previsioni dei piani regolatori generali, la costituzione di tale modello societario e/o il mantenimento di partecipazioni deve avvenire nel rispetto delle previsioni contenute nell’art. 14, co. 32, d.l. cit.”.

Tali ultime considerazioni, invero, destano più di una perplessità: nel merito delle quali si entrerà diffusamente nel paragrafo seguente; non prima, però, di averne rilevato la aperta contraddizione con le già riportate conclusioni cui era giunta la giurisprudenza della medesima Corte dei Conti in sede di controllo regionale, secondo la quale, laddove “il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali (...) è evidente che trattandosi di disposizioni normative di carattere speciale non risultano abrogate dal combinato disposto degli art. 3, co. 27 della legge n. 244 del 2007 e 14, co. 32 del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122 del 2010, ma continuano ad esplicare i loro effetti”¹¹.

Sul punto, del resto, la stessa dottrina non ha mancato di osservare come sia “ben evidente che nell’ordinamento italiano talune norme che prevedono l’utilizzo delle società partecipate dagli enti locali sono da intendere quali norme “speciali” in quanto assegnano alla società una “funzione” pubblicistica diversa da quella del mero scopo di lucro. Non si possono non menzionare a tal riguar-

do le Società di trasformazione urbana che, ai sensi dell’art. 120 del T.U.E.L., sono strumenti di intervento urbanistico in mano alla Pubblica Autorità competente alla tutela e alla gestione del territorio”¹².

3. La specialità delle “STU” rispetto ai divieti di carattere generale in punto di costituzione di società pubbliche.

Nel precedente paragrafo si è visto come la giurisprudenza, nell’interpretare l’operatività combinata delle previsioni di carattere generale di cui agli artt. 3, co. 27, l. 244/07 e 14, co. 32, l. 78/10, abbia comunque sempre riconosciuto la specialità - e, quindi, la prevalenza rispetto ai divieti ivi contenuti - delle disposizioni con cui “il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali”¹³.

Basterebbe già tale inciso, invero, a ritenere le società di trasformazione urbana, stante la specialità dell’art. 120 d.lgs. 267/00 che le disciplina, sottratte dall’applicazione dei suddetti divieti di costituzione di società pubbliche.

Occorre, infatti, osservare come, nel caso delle STU, sia lo stesso legislatore a prevedere che la “trasformazione urbana” venga realizzata dall’ente locale tramite lo strumento societario. E, nel farlo, dedica a tale modello societario una disposizione *ad hoc* che si pone in rapporto di genere a specie con le società pubbliche (interamente come miste) disciplinate in termini generali dal precedente art. 116 del medesimo T.U.E.L.¹⁴.

Siffatta attenzione speciale dedicata dal legislatore alle STU deriva dalla specifica funzione loro attribuita: quella “trasformazione urbana” che la dottrina più attenta ha distinto

¹² Così, R. CAMPORESI, cit..

¹³ così, sempre, C. conti, contr. reg. Lombardia, 861/2010/PAR, cit..

¹⁴ In proposito v. R. GRACILI e L. MELE, *Considerazioni sulla natura e le funzioni delle società di trasformazione urbana*, in Relazione per il Centro Nazionale Studi e ricerche sulle autonomie locali, osservano come “le Società di trasformazione urbana non si distinguono in maniera sostanziale dalle altre società per azioni costituite dagli enti locali, se non per la particolarità dell’oggetto sociale e delle conseguenti modalità operative”.

¹¹ così, C. conti, contr. reg. Lombardia, 861/2010/PAR.

dalla generale modificazione del territorio propria della materia urbanistica, intendendola quale “*trasformazione degli insediamenti umani*”¹⁵.

In altre parole, l’ente locale che intende effettuare una trasformazione urbana ai sensi dell’art. 120 T.U.E.L. (“*preventiva acquisizione degli immobili interessati dall’intervento, ... trasformazione e ... commercializzazione degli stessi*”; v. co. 2) non ha altra strada consentita dall’ordinamento che la costituzione di una STU. In proposito, la stessa giurisprudenza contabile richiamata nel paragrafo precedente, ha sostenuto l’applicazione generalizzata dei divieti in questione nei soli casi in cui l’ordinamento stesso metta a disposizione degli enti locali diverse possibilità di realizzazione di una data attività: casi nei quali, pertanto, l’opzione di costituire una società non rappresenta una scelta obbligata (ad es. i servizi pubblici locali). Ragionando diversamente, invero, gli enti locali di ridotte dimensioni si vedrebbero preclusa ogni possibilità di realizzare una trasformazione urbana nel territorio che governano.

A sostegno di tale conclusione - e, quindi, della specialità dell’art. 120 rispetto ai divieti posti in generale dagli artt. 3, co. 27, l. 244/07 e 14, co. 32, l. 78/10 - possono svolgersi ulteriori considerazioni.

Da un lato, le “STU” sono configurate dal legislatore come società con partecipazione necessariamente pubblica in virtù della specifica *mission* loro affidata, costituendo, a tutti gli effetti, un particolare tipo di strumento urbanistico. In dottrina, invero, è stato anche sostenuto che svolgano un servizio pubblico locale¹⁶ - con la conseguente sottrazione, in

¹⁵ V., in particolare, M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. Amm.*, 1999, 3-4, 511, per il quale le STU “sono strumenti con i quali è possibile plasmare porzioni di territorio perché servano all’evoluzione del contesto sociale”.

¹⁶ In particolare, v. M. DUGATO, “*I servizi pubblici locali*”, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, e G. GUZZO, “*Società miste di trasformazione urbana e problemi di inquadramento costituzionale della disciplina*”, in www.dirittodeiserviziipubblici-locali.it del 27.4.2012; per il quale “*l’attività di trasformazione urbana, che rappresenta il cosiddetto core business delle STU, integra gli estremi di un vero e proprio pubblico servizio ed in quanto tale riconducibile al fascio di competenze proprie della pubblica*

questa prospettiva, dall’operatività dei divieti dettati sia dall’art. 3, co. 27, l. 244/07 che dall’art. 4 d.l. 95/12 - mentre non è discusso che svolgano attività d’impresa con finalità sociali - avente come obiettivo lo sviluppo economico e civile delle comunità locali - e che, in quanto tali, siano soggette a programmi e controlli¹⁷. In proposito, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha avuto più volte modo di sottolineare come “*le STU costituirebbero uno strumento non tanto da impiegarsi per trasformare il territorio, quanto, piuttosto, per modificare gli insediamenti umani, privilegiando progetti miranti a realizzare una più elevata qualità del contesto sociale*”, ovvero “*strumenti attraverso i quali le Città Metropolitane e Comuni intervengono nell’economia locale in tutti quei casi in cui per intervenire su aree che presentano aspetti di particolare complessità non è possibile ricorrere al mercato per la regolamentazione dei vari interessi in campo*”¹⁸.

In questa prospettiva, pertanto, emerge come la STU non rappresenti unicamente uno strumento urbanistico di secondo livello e, in quanto tale, possa essere considerato alla stregua di un mero “*strumento di attuazione delle previsioni dei piani regolatori generali*”, al pari di altri, come hanno fatto i giudici contabili della Sezione di Controllo per l’Emilia Romagna. Al contrario, invece, occorre sottolineare la peculiarità, laddove la “*trasformazione urbana*” in questione “*da un lato, (...) è a «valle» della funzione di conformazione, attuandola ed adattandola; dall’altro, per messo delle società di trasformazione, la precede e la orienta, poiché queste ultime possono divenire il luogo in cui la, attuando la pianificazione, se ne mostrano i limiti e se ne suggeriscono le modifiche, i nuovi orientamenti e in concreto le si danno nuovi indirizzi*”¹⁹.

Dall’altro, i divieti e le limitazioni imposte

amministrazione e questo indipendentemente dal modo in cui viene garantito”.

¹⁷ Sul punto, v. A. SAVATTERI, “*Commento all’art. 120 TUEL*”, in *Commentario breve al testo unico delle Autonomie Locali* a cura di R. CAVALLO PERIN E A. ROMANO.

¹⁸ Così, v. G. GUZZO, cit..

¹⁹ Così, M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. Amm.*, 1999, 3-4, 511.

dall'art. 3, co. 27, della l. n. 244/07, dall'art. 14, co. 32, del d.l. n. 78/10 e dall'art. 4 del d.l. n. 95/12, nel colpire la capacità di diritto privato dei comuni di piccole dimensioni di costituire società pubbliche, si riferiscono, come osservato in dottrina²⁰, alle società di carattere commerciale, nel quadro di obiettivi di tutela del mercato, la prima, e di contenimento della spesa pubblica, le seconde. Si tratta, a ben vedere, di finalità il cui soddisfacimento non sembra poter passare attraverso la compressione della possibilità di costituzione delle STU: le quali, sotto il primo profilo, non svolgono un'attività che può essere lasciata al mercato e che, al contrario, inerendo al governo del territorio, deve essere di pertinenza dell'ente locale al quale ne è, infatti, affidata la programmazione ed il controllo²¹; per quel che concerne il secondo, invece, in quanto strumento di realizzazione di interventi urbanistici e di finalità socio-economiche non altrimenti perseguibili a livello locale, fermo restando che la valutazione in merito alla costituzione di una STU esuli da considerazioni afferenti esclusivamente al risparmio di denaro pubblico, deve comunque ritenersi che, proprio per tale suo carattere distintivo, realizzi finalità di miglior allocazione delle risorse economiche locali²².

²⁰ Così, v. G. GIUSTINIANI, "Le partecipazioni societarie degli enti locali e la sentenza della Corte costituzionale 20.7.2012, n. 199", in www.dirittodeiservizi-pubblicilocali.it del 4.10.2012.

²¹ In proposito, deve ulteriormente rilevarsi come il particolare oggetto dell'attività delle STU ne favorisca la autosufficienza economica, laddove la parte pubblica vede realizzato l'interesse pubblico della "trasformazione urbana" e la parte privata trova la remunerazione del proprio impegno attraverso la commercializzazione finale.

²² A tale proposito, invero, diverse ed ulteriori sono essere le finalità che possono essere perseguite tramite le STU, a cominciare dalla lotta all'abusivismo edilizio, fino ad arrivare alla "calmierazione del mercato delle aree destinate ad essere oggetto degli interventi, volta a perseguire l'interesse pubblico della realizzazione di un ordinato assetto del territorio con l'eliminazione delle rendite di posizione o della «mano morta» di storica memoria, ora caratterizzata dai processi di deindustrializzazione", passando la "attuazione di delle scelte di pianificazione di fronte alla difficoltà di reperire capacità economica ed organizzativa necessaria a realizzare quanto previsto" (così, v. A. SAVATTERI, cit.).

Non solo. La stessa configurazione giuridica che l'art. 120 TUEL attribuisce alle STU, appare incompatibile con il concreto operare dei divieti in esame. Questi, infatti, prevedono quale conseguenza nei confronti delle società "vietate" o, meglio, "non consentite", l'obbligo di scioglimento ovvero di dismissione delle partecipazioni pubbliche. Tuttavia, la presenza pubblica nelle STU è elemento costitutivo che non può in alcun modo essere sostituito dall'ingresso di un socio privato; il quale, in caso, può solo affiancarsi alla compagine pubblica²³.

²³ In proposito, G. GUZZO, cit., osserva come "In merito alla partecipazione diretta di Regioni e Province, questa deve intendersi come il riconoscimento esplicito del ruolo diverso e più rilevante che viene loro attribuito rispetto ad altri possibili soci pubblici, in virtù dei poteri che sono chiamate ad esercitare con riferimento al governo del territorio".

LA S.C.I.A. NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN ISTITUTO IN BILICO TRA LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E TUTELA DELLA CONCORRENZA

della Dott.ssa Alessandra Dominici

Con il presente commento si intende dar conto di una recente pronuncia della Corte costituzionale nella quale la disciplina in materia di S.C.I.A. (ex D.I.A.), è qualificata come appartenente alla materia trasversale dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), cost. al fine di garantirne l'omogeneità sul territorio nazionale. Si mostra come l'impostazione seguita dalla Corte non convince pienamente poiché, sebbene ispirata da esigenze più che ragionevoli, sembra forzare in parte il dettato costituzionale. Si propone il diverso inquadramento giuridico della disciplina della SCIA nell'ambito dell'art. 117, co. 2, lett. e) accogliendone una nozione di concorrenza più ampia di quella tradizionale e ispirata al diritto comunitario.

The aim of this work is to explain a recent decision of the Constitutional court that qualifies the SCIA as concerning the LEP (art. 117, co.2., lett. m), Cost.) in order to guarantee an uniform regulation all over the country. The solution proposed by the Court doesn't seem to be properly correct. The text proposes to consider the SCIA concerning the subject of "competition" as it is defined under the European law.

Sommario: 1. Premessa, 2. La S.C.I.A. come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, 3. La S.C.I.A. e la concorrenza.

1. Premessa.

La Corte costituzionale si pronuncia con unica sentenza sulle questioni di costituzionalità sollevate da diverse regioni aventi ad oggetto l'art. 49, co. 4 *bis* e 4 *ter*, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) nel testo modificato dalla legge di conversione 30.7.2010, n. 122, nella parte in cui, qualificando la disciplina della S.C.I.A. (segnalazione certificata di inizio attività) come attinente alla tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. e costituente livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali a norma dell'art. 117, co. 2, lett. m), cost., ha stabilito che la nuova disciplina si sostituisca a quella già esistente in tema di D.I.A. (de-

nuncia inizio attività), modificando non soltanto la previgente disciplina statale ma anche quella regionale.

Siffatta previsione violerebbe secondo le regioni rimettenti diverse norme costituzionali. In primo luogo si porrebbe in contrasto con lo statuto speciale della Val d'Aosta (l. cost. 26.2.1948, n. 4) e con l'art. 117, co. 4 cost. poiché interverrebbe in materie di competenza riservata alle regioni come l'industria, il commercio, il turismo, le attività produttive in genere e l'artigianato. Con specifico riferimento alla S.C.I.A. in materia edilizia si configurerebbe anche una violazione dell'art. 117, co. 3, cost., poiché le norme impugnate costituirebbero normativa di dettaglio illegittimamente dettata nella materia di competenza concorrente "governo del territorio". Ul-

teriore parametro del giudizio è costituito dagli artt. 114 e 118 cost. risultando limitata, senza motivo, l'autonomia di controllo degli enti locali e la riserva di funzioni amministrative ai comuni e dall'art. 121 cost., il quale non consentirebbe al legislatore statale di abrogare e sostituire direttamente una normativa emanata dal Consiglio regionale. Infine, si ritengono lesi il principio di leale collaborazione e gli artt. 3 e 97 della costituzione, determinandosi un inammissibile sbilanciamento a favore dell'interesse ad una rapida definizione delle procedure abilitative edilizie, con sacrificio delle esigenze della tutela del territorio e dell'organizzazione delle stesse amministrazioni cui è affidato il potere di verifica.

Nella medesima pronuncia la Corte affronta anche la questione di legittimità sollevata dalla regione Emilia Romagna in relazione all'art. 5, co. 1, lett. b) e co. 2 lett. b) e c) del d.l. n. 70/2011 convertito con modificazioni della l. n. 106/2011, nella parte in cui conferma o dispone l'applicabilità della S.C.I.A. alla materia edilizia e laddove introduce - inserendo il nuovo co. 6 *bis* dell'art. 19 l. 241/1990 - un termine breve di trenta giorni per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli effetti della S.C.I.A. in materia edilizia.

Tale norma violerebbe secondo la ricorrente da un lato, gli artt. 114, 117 co. 4 e 118 cost., perché normativa di dettaglio dettata in una materia di competenza concorrente, quale il governo del territorio, e perché volta a limitare l'autonomia degli enti locali; dall'altro gli artt. 3 e 97 della cost. poiché elimina, irragionevolmente, la possibilità della P.A. di esaminare in modo rapido e preventivo i progetti. Inoltre la disposizione impugnata attribuirebbe alla P.A., in una materia delicata come l'edilizia, un tempo per compiere le verifiche sulla regolarità degli interventi realizzati nettamente minore rispetto a quello di cui dispone in settori caratterizzati da un impatto economico meno rilevante.

La Corte dichiara infondate tutte le questioni sollevate non procedendo ad una verifica di compatibilità con i singoli parametri proposti, ma sviluppando un ragionamento generale che tende a salvare la disciplina sta-

tale della S.C.I.A. perché riconducibile alla competenza esclusiva dello Stato in materia di LEP (livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) che, in quanto trasversale, prevale su quella regionale tanto nelle materie di competenza concorrente, tanto in quelle residuali. La Corte mostra quindi di concordare con il richiamo ai LEP, operato dall'art. 49, co. 4 *ter* d.l. 78/2010 poiché la normativa sulla S.C.I.A. è configurabile come disciplinante una prestazione specifica "circoscritta all'inizio della fase procedimentale secondo un modello ad efficacia legittimante immediata che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa e finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica privata"¹. Al contrario ritiene inadeguata la qualifica della medesima come attinente alla materia della concorrenza poiché "ha un ambito di applicazione diretto alla generalità dei cittadini, anche se è ben possibile che vi siano casi in cui potrebbe in concreto venire in rilievo tale materia". Infine, la Corte precisa che la disciplina in esame non potrebbe configurare una violazione del principio di leale collaborazione per il semplice fatto che questo non regola l'attività normativa.

Si precisa che le medesime argomentazioni adottate dalla Corte costituzionale in questa pronuncia sono state successivamente riprese nelle sentenze 203 del 2012², con cui si dichiara parimenti non fondata una nuova questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 49, co. 4 *ter*, d.l. 78/2010.

2. La S.C.I.A. come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

L'art. 117, co. 2., lett. m), cost. riserva alla competenza esclusiva dello Stato le determinazioni dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Si

¹ C. cost. luglio 2012, n. 164 punto 8 del considerato in diritto; commentata da C. LAMBERTI, *La Scia fra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urb. app.*, 2013, 1, 10 ss. e da P. URBANI, *Garanzia dei livelli minimi essenziali delle prestazioni amministrativa e procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività economiche: il caso della S.C.I.A.*, *Giur. It.*, 2012, 2660 ss.

² C. cost. 17.7.2012, n. 203. 3 *idem*.

tratta di una materia trasversale idonea ad investire tutte le materie in relazione alle quali sorge la necessità di dettare una disciplina unitaria al fine di garantire una soglia minima di tutela dei diritti primari ai cittadini³.

L'introduzione di siffatto genere di materie tra quelle di competenza esclusiva dello Stato costituisce, infatti, un elemento di elasticità nel sistema di autonomie fortemente decentrato introdotto con la riforma del titolo V della Costituzione⁴. L'esatta delimitazione della materia dei LEP, strettamente connessa al principio di solidarietà ed eguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 della cost., necessita di alcune precisazioni terminologiche.

In primo luogo si deve puntualizzare cosa s'intende per "livelli essenziali" delle prestazioni. Si tratta di un parametro di graduazione dei diritti reclamabili dal cittadino; essi indicano quei valori di riferimento delle prestazioni che sono considerati indispensabili per la soddisfazione dei bisogni primari. In realtà, non esistono criteri universali tramite cui definire a priori la soglia dell'essenzialità, ma solo riscontri a posteriori sulle scelte discrezionali operate dal legislatore. La Corte costituzionale non ha mai individuato un concetto unico di essenzialità della prestazione, poiché questo può variare da caso a caso a seconda del diritto a cui attengono le prestazioni. Una

⁴C. cost. 17.11.2009, n. 322 e C. cost. 19 *Quella delle materie trasversali, come è noto, è una categoria elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale per individuare alcune materie che più di altre si atteggiano meno come materie e più come funzioni, capaci di tangere una pluralità di settori e di incidere conseguentemente anche sulla competenza regionale, concorrente o residuale. Grazie all'intrinseca capacità di attraversare orizzontalmente le materie concorrenti ed esclusive delle Regioni, le materie trasversali consentono che la linea di confine tra materie di competenza statale e regionale sia mobile e non fissata stabilmente una volta per tutte. Sul punto, cfr. in dottrina A. RUGGERI, "Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. 10/2010), in www.forumcostituzionale.it; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Regioni*, 2010, 4, 941 ss.; E LANZA, *Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra stato e regioni*, 2010,1, in www.issirfa.cnr.it. giugno 2002, n. 282.*

⁵L. cost 18.10.2003, n.1

qualifica *ex ante* rischierebbe di sminuire la portata garantista della norma costituzionale, individuando limiti sproporzionati a volte per eccesso, altre per difetto.

Si deve precisare che sebbene sia impossibile individuare un limite inferiore dell'essenzialità valevole in ogni circostanza, ben si può immaginare, invece, il suo limite superiore consistente nell'effettiva sostenibilità finanziaria del livello di prestazioni introdotto in modo uniforme sul territorio dello Stato⁵.

Proprio a testimonianza del fatto che non è possibile definire *ex ante* il concetto di essenzialità la Corte costituzionale ha precisato, in più di un'occasione, che l'art. 117, co. 2, lett. m), cost. può costituire la base giuridica anche della previsione e della diretta erogazione di una determinata provvidenza⁶, oltre che della fissazione di un livello strutturale e qualitativo di una data prestazione, al fine di assicurare più compiutamente un interesse meritevole di tutela quando "ciò sia reso imprescindibile, come nella specie, da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa"⁷.

D'incerta interpretazione è anche il termine "prestazione". Da punto di vista del diritto civile, ambito preferenziale per la definizione di tale concetto giuridico, la prestazione consiste in "qualsiasi apporto di utilità derivante da un atto giuridico o da un comportamento materiale di un soggetto, sia esso l'esecuzione di un servizio o di altra attività, l'astensione dall'esercizio del diritto, la consegna di un bene e così via, purché i comportamenti in questione siano posti in essere direttamente al fine di realizzare l'effetto utile

⁶ C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* in www.federalismi.it. A tal proposito sia consentito anche rinviare a A. DOMINICI, *Corte costituzionale e crisi economica: i principi valvola come prezioso strumento per affrontare l'emergenza*, in questa rivista, 20011, 4, in cui si analizza nel dettaglio la pronuncia C. cost. 10/2010 che mostra come le contingenze economiche hanno portato anche ad una restrizione dei livelli minimi di prestazioni assistenziali garantite.

⁷ C. cost. 14.7.2006, n.284; C. cost 14.10.2005, n. 38; C. cost. 19.7.2005, n. 285.

⁸ C. cost. 11.1.2010, n. 10, punto 6 del considerato in diritto.

loro proprio a vantaggio del soggetto”⁸.

Trasferendo tale concetto in materia di LEP se ne deduce che anche la prestazione di cui all’art. 117, co. 2, lett. m), cost. debba essere un’attribuzione di un’utilità da parte dello Stato al cittadino.

Per espressa previsione della norma si deve trattare di un’utilità connessa con l’esercizio di un diritto primario e deve avere un sufficiente grado di determinatezza e specificità, come ha più volte sottolineato la Corte costituzionale⁹.

Alla luce di quanto premesso si può ora valutare in che misura le norme sulla S.C.I.A. dettate dall’art. 49, co. 4 *bis* e *ter* d.l. 78/2010 possano essere qualificate come disciplinanti livelli essenziali di prestazioni concernenti diritti civili e sociali, secondo l’interpretazione proposta dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento.

La S.C.I.A. attualmente disciplinata dall’art. 19 l. 7.8.1990, n. 241 ha sostituito l’istituto della dichiarazione d’inizio attività, il quale è stato oggetto di una notevole evoluzione normativa negli ultimi anni. Si tratta di un modello procedimentale a cavallo tra la liberalizzazione e la semplificazione¹⁰ che

⁹ A. CECCHINI, *Voce Prestazione (diritto civile)*, Enc. Treccani, Roma, 1988.

¹⁰ C. cost. 26.6.2009, n. 322; C. cost. 13.10.2006, n. 328; C. cost. 18.12.2007, n. 387.

³ La natura giuridica privatistica o provvedimentale della D.I.A./S.C.I.A. e la connessa questione della tutela del terzo sono state a lungo discusse in dottrina e giurisprudenza.

In relazione al primo profilo si contrapponevano due diversi orientamenti: alcuni sostenevano la natura di mero atto privato della dichiarazione con la conseguenza che le attività rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 19 l. 241/1990 potevano essere considerate completamente liberalizzate, altri ritenevano che a fronte della dichiarazione ci fosse un atto di assenso tacito dell’amministrazione e che quindi la D.I.A. non fosse altro che uno strumento di semplificazione dell’azione amministrativa. Il problema sembra essere stato risolto di recente dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 2011¹⁰, la quale ha definito la D.I.A., con considerazioni estendibili anche alla S.C.I.A., “*un atto privato volto a comunicare l’intenzione di intraprendere un’attività direttamente ammessa dalla legge*”. Nonostante l’ormai pacifica qualificazione della S.C.I.A. come atto privato ancora non c’è unanimità nel ritenere le attività rientranti nell’ambito di applicazione dell’istituto completamente liberalizzate.

permette al privato di dare avvio ad alcune attività, in precedenza sottoposte a regimi autorizzatori, sulla base di una propria dichiarazione di agire nel pieno rispetto delle norme di legge, senza aver bisogno di un preventivo assenso dell’amministrazione.

A quest’ultima rimane la possibilità di eseguire un controllo *ex post* della regolarità dell’operato del dichiarante nel termine di 60 giorni (o 30 se in materia edilizia), fermo restando, qualora ne ricorrano i presupposti, l’esercizio *sine die* del potere di autotutela e del normale potere sanzionatorio *ex art.* 21 l. 241/1990.

Il ragionamento con cui giudici costituzionali qualificano tale istituto come appartenente ai LEP prende le mosse dalla precisazione che anche l’attività amministrativa può assurgere alla qualifica di “*prestazione della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese operatori economici e, in genere soggetti privati*”¹¹.

In particolare l’attività amministrativa che verrebbe in rilievo nel caso di specie sarebbe il riconoscimento al privato la possibilità di esercitare la propria libertà di iniziativa economica sulla base di una semplice segnalazione, fermo restando il poter inibitorio, sanzionatorio e di autotutela della P.A..

La Corte, in un passaggio, che per la sua importanza e complessità si riporta integralmente, precisa trattarsi “*di una prestazione specifica, circoscritta alla fase procedimentale strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell’azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l’iniziativa economica (art. 41, co. 1 cost.) tutelando il diritto dell’interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di fatto e di diritto che autorizzano l’iniziativa medesima*”.

Tali affermazioni seppur condivisibili nella parte in cui sottolineano la stretta connes-

La natura privatistica della segnalazione è stata ribadita anche dal legislatore con il d.l. 130/2011 convertito con l. 148/2011 che ha introdotto il nuovo co. 6 *ter* dell’art. 19 l. 241/1990.

¹¹ C. Cost. 164/2012 punto 8 del considerato in diritto.

sione tra l'istituto della S.C.I.A. con il principio di semplificazione e della libertà di iniziativa economica *ex art.* 41 cost., presentano alcune criticità sulle sembra interessante soffermarsi.

In primo luogo appare opinabile il carattere di prestazione riconosciuto alla circostanza che l'amministrazione non sia più chiamata a rilasciare un atto abilitativo *ex ante* per l'esercizio di un'attività privata.

Nella disciplina in esame, a fonte dell'*agere* del privato non è prefigurata alcuna attività preventiva dell'amministrazione volta ad attribuirgli una qualche utilità. La P.A. non si relaziona con il cittadino né ponendo in essere un'attività positiva di tipo autorizzatorio, né tantomeno con una rinuncia all'esercizio del potere di controllare la regolarità dell'attività che si vuole intraprendere; si realizza solo uno spostamento in avanti di tale potere.

Tutt'al più potrebbe riconoscersi la qualifica di prestazione al rilascio della segnalazione da parte del cittadino: è lui che si attiva per determinare un mutamento nella realtà giuridica preesistente, l'amministrazione non fa nulla per riconoscere al cittadino l'utilità desiderata.

In secondo luogo, anche se si riconosce carattere di prestazione all'attribuzione della possibilità seppur solo potenzialmente definitiva di agire, risulta difficile ritenere che essa possa essere dotata del carattere dell'essenzialità necessario per la sua riconduzione all'art. 117, co. 2, lett. m), cost..

Le attività svolte dal privato sulla base della segnalazione possono essere poste in essere indipendentemente dal disposto dell'art. 19 l. 241/1990 e dalla relativa disciplina della S.C.I.A..

Tale istituto semplifica e velocizza il loro espletamento che altrimenti avrebbe potuto essere realizzato attendendo i necessari tempi burocratici di rilascio dei provvedimenti abilitativi/autorizzatori. Non è la disciplina della S.C.I.A. la base giuridica che consente al cittadino l'esercizio della propria libertà d'iniziativa economica, questa al massimo si limita a facilitarlo.

Orbene semplificare, rendere più agevole l'esercizio del diritto non sembra poter signifi-

ficare determinare il livello essenziale che deve essere garantito dall'ordinamento.

3. La S.C.I.A. e la concorrenza.

Se la Corte costituzionale condivide la qualificazione da parte del legislatore della disciplina in materia di S.C.I.A. come attinente all'art. 117, co. 2, lett. m), cost., ciò non avviene con riferimento al suo inquadramento nell'ambito della materia della concorrenza.

Dopo aver ribadito che *“la qualificazione legislativa non vale ad attribuire alle norme una natura diversa da quella che risulta dalla loro effettiva sostanza”*¹² e non è quindi vincolante per l'interprete, la Corte giudica *“inadeguato”* il richiamo operato all'art. 49, co. 4 *ter* d.l. 78/2010 alla concorrenza.

Tale affermazione si basa sulla circostanza che la disciplina della S.C.I.A. ha un ambito applicativo diretto alla generalità dei cittadini e, per tale ragione, *“va oltre la materia della concorrenza”*, anche se è ben possibile che vi siano dei casi in cui tale materia venga in rilievo (per esempio in relazione all'esigenza di eliminare le barriere all'entrata del mercato).

L'esclusione della disciplina della S.C.I.A. dall'ambito dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. che la Corte ritiene talmente evidente da ritenere sufficiente una motivazione così poco articolata sul punto, potrebbe, tuttavia, far sorgere delle perplessità.

Per chiarire tale profilo occorre prima comprendere meglio come si debba intendere il concetto di concorrenza richiamato dall'art. 117, co. 2, lett. e), cost..

Prima della riforma del titolo V del 2001 la concorrenza non era menzionata nella nostra Carta costituzionale; tuttavia, il principio di libera concorrenza veniva fatto derivare in via interpretativa dall'art. 41 cost.¹³.

Con la riforma del 2001 il legislatore ha enunciato la tutela della concorrenza inserendola nel novero delle materie affidate alla

¹² C. cost. 164/2012, punto 8 del considerato in diritto, conf. C. cost. 287/2012.

¹³ Vedi a tal proposito M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2, 1429 ss.; R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, 793 ss.

competenza esclusiva dello Stato. Si tratta di una materia trasversale, proprio come quella dei LEP sopra esaminata, che consente allo Stato di “invasione ambiti legati alle materie di competenza regionale determinando una situazione di intreccio di competenze¹⁴”.

Fin dall’entrata in vigore del nuovo art. 117, la Corte costituzionale ha cercato di dare una definizione del concetto di concorrenza. Tale parametro è stato declinato, nella maggior parte dei casi in senso centralistico, interpretando in modo non solo esclusivo, ma anche escludente la competenza dello Stato in materia ed erodendo progressivamente le competenze delle Regioni¹⁵.

Nonostante il frequente richiamo nelle pronunce della Corte degli ultimi dieci anni al parametro dell’art. 117, co.2, lett. e), cost. ancora oggi permangono incertezze sulla definizione delle ragioni e degli obiettivi della tutela costituzionale della concorrenza¹⁶.

Si deve ritenere che la Corte costituzionale faccia ormai riferimento alla nozione di concorrenza propria del diritto comunitario includente sia l’aspetto statico del mantenimento di mercati già concorrenziali, sia quello dinamico volto a favorire l’istaurazione di assetti concorrenziali. Illuminante a tal proposito è la pronuncia n. 14/2004¹⁷ in cui si legge “la nozione di concorrenza non può che

riflettere quella operante a livello comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza”.

In particolare la Corte costituzionale ha individuato tre tipologie di interventi legislativi riconducibili a tale titolo di competenza: 1) misure della concorrenza in senso proprio (antitrust)¹⁸; 2) misure di liberalizzazione¹⁹; 3) misure volte a favorire la concorrenza per il mercato²⁰.

La Corte ha recentemente iniziato a manifestare la possibilità di ricondurre alla suddetta materia anche interventi statali di sviluppo complessivo del mercato e di promozione della competitività, più che della concorrenza in senso stretto.

Tale ampia declinazione della tutela della concorrenza trova una delle sue massime espressioni nella sentenza n. 235/2011²¹ con cui è stato ricondotto alla materia *de qua* il decreto legislativo di attuazione della direttiva servizi²² con interessanti spiragli in ordine alla possibilità di giustificare in modo nuovo gli interventi di semplificazione amministrativa.

Tale orientamento ha una sua comprensibile e condivisibile *ratio* posto che la promozione della concorrenza e del mercato passa non soltanto attraverso interventi di promozione delle restrizioni all’accesso e all’attività, ma inevitabilmente, anche attraverso misure di costruzione e sviluppo del mercato stesso, laddove manchino sul territorio nazionale le condizioni minime perché una competizione tra le imprese possa ancora nascere.

Nell’ottica di una così ampia concezione

¹⁴ Così C. cost 14/2004. Cfr anche C. cost 150/2011 in cui si legge che “La materia tutela della concorrenza ..non ha solo un ambito oggettivamente individuabile che attiene alle misure legislative di tutela in senso proprio...ma dato il suo carattere finalistico ha anche una portata più generale e trasversale, non preventivamente delimitabile, che deve essere valutata in concreto al momento dell’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni nelle materie di rispettiva competenza”; In dottrina E. Lanza, Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra stato e regioni, 2010,1, in www.issirfa.cnr.it; F. BENELLI, art. 117, in Commentario Breve alla Costituzione, a cura di S. BARTOLE, R. BIN, V. CRISAFULLI, L. PALADIN, Padova, 2008, 1044 ss.

¹⁵ E. CARLONI, *L’uniformità come valore. La Corte e la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010, 3, 671 ss..

¹⁶ M. LIBERTINI, cit., 192 ss. il quale osserva che “qualche intervento in tal senso vi è stato, ma non può dirsi che, fino a questo momento, la Corte abbia dovuto impegnarsi in una definizione precisa della nozione di concorrenza come bene giuridicamente tutelato”.

¹⁷ C. cost. 13.1.2004, n.14.

¹⁸ “misure che hanno ad oggetto gli atti e di comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati”.

¹⁹ “misure legislative che mirano ad aprire un mercato o a consolidare l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli l libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della concorrenza tra imprese”.

²⁰ “misure legislative che perseguono il fine di realizzare la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici” (procedure concorsuali).

²¹ C. cost. 22.7.2011, n. 235.

²² d.lgs 26.3.2010, n. 59 (Attuazione della dir. 2006/123/CE relativa ai servizi del mercato interno).

di concorrenza ben vi possono rientrare anche le disposizioni in tema di semplificazione, come quelle sulla S.C.I.A. oggetto della sentenza in commento²³.

E', infatti, evidente che la riduzione degli ostacoli burocratici per l'esercizio di un'attività economica determina un vantaggio concorrenziale per l'impresa che vuole operare sul mercato, soprattutto se si considera che questo ha ormai una dimensione comunitaria, che la maggior parte degli Stati europei ha attuato politiche di liberalizzazione più ampie di quelle nazionali e che, notoriamente, la burocrazia italiana non ha eguali nel continente per lungaggine e disfunzionalità.

Tale impostazione si può estendere anche alla SCIA in materia edilizia²⁴ poiché essa può essere uno strumento per l'esercizio della libertà di iniziativa economica; la costruzione o la modifica di immobili spesso è proprio il punto di partenza per l'inizio di una nuova attività, di conseguenza anche una velocizzazione in tale ambito può accrescere la competitività sul mercato della singola impresa.

Alla luce di quanto esposto sembrerebbe potersi ritenere che la Corte avrebbe potuto, senza troppe difficoltà ermeneutiche, raggiungere lo scopo di garantire l'uniformità della disciplina nazionale in materia di S.C.I.A. riconducendola alla lett. e) co. 2 dell'art. 117, cost., piuttosto che alla lett. m).

La S.C.I.A., in considerazione dell'ampia nozione di concorrenza adottata dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza sopra analizzata, è ad essa riconducibile sia che la si voglia considerare misura di liberalizzazione sia che la si ritenga un mero strumento di semplificazione dell'attività amministrativa.

Infine, sarebbe auspicabile che il pragma-

tico e condivisibile intento di garantire una normativa uniforme in materia di S.C.I.A. sul territorio nazionale perseguito dalla Corte, non si concretizzi in una completa esautorazione delle Regioni dalla disciplina di settori di competenza concorrente o residuale. In alcune materie, come per esempio nell'edilizia, sembra opportuno sia lasciato comunque uno spazio di libertà decisionale anche alle Regioni, magari nella scelta delle concrete modalità e tempistiche in cui effettuare il controllo *ex post* sulle attività per le quali ormai non è più necessario sul tutto il territorio nazionale un atto abilitativo/autorizzatorio.

²³Della medesima opinione C. LAMBERTI, *La S.C.I.A. fra liberalizzazione e semplificazione*, cit., 16, in cui si legge che "In una prospettiva comunitaria, la concorrenza è legata alle aspettative insite nella libertà d'iniziativa economica rispetto all'accesso al mercato in cui si colloca l'elisione dell'istruttoria amministrativa in favore di un modello regolatorio ove è l'interessato a sopportare l'assunzione di rilevanti oneri e responsabilità formale sostanziali".

²⁴Della medesima opinione C. LAMBERTI, cit., in cui si legge che "E' perciò innegabile che in una più ampia accezione di concorrenza, estesa anche alle disposizioni in tema di semplificazione avrebbe trovato posto anche la S.C.I.A. Edilizia".

L'INDIVIDUAZIONE DEL RESPONSABILE DELL'INQUINAMENTO E COMPATIBILITÀ CON IL PRINCIPIO COMUNITARIO DEL "CHI INQUINA PAGA"

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

In caso d'inquinamento di un sito l'obbligo di bonifica dello stesso ricade sul responsabile e, in presenza di determinati presupposti, sul proprietario dell'area nei limiti del valore del fondo. Applicazione nel nostro ordinamento del principio comunitario chi inquina paga.

In the case of pollution of a site remediation obligation falls on the same person or, under certain assumptions, the owner of the area within the limits of the fund's value. Application in our system of community polluter pays principle.

Sommario: 1. Il responsabile dell'inquinamento. 2. Presupposti per la responsabilità del proprietario del sito. 3. Orientamento TAR Lazio. 4. Compatibilità con il principio Comunitario chi inquina paga.

1. Il responsabile dell'inquinamento.

Il d.lgs. n. 152 del 2008, all'art. 192, vieta l'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo da cui ne fa discendere l'obbligo, per chi viola detto precetto, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi.

L'obbligo è posto nei confronti del responsabile dell'inquinamento in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area.

La condizione perché sia riconosciuta la responsabilità è che l'inquinamento sia imputabile a titolo di dolo o colpa, e l'accertamento deve essere effettuato dai soggetti preposti al controllo, in contraddittorio con i soggetti interessati.

L'individuazione del responsabile è prevista altresì dagli artt. 192, 242 e 244 e la giurisprudenza ha sottolineato la necessità del rigoroso accertamento del nesso di causalità fra il comportamento del "responsabile" ed il fenomeno dell'inquinamento, affermando che tale accertamento deve essere fondato su una adeguata motivazione e su idonei elementi i-

struttori¹.

Il proprietario dell'area non responsabile dell'inquinamento o altri soggetti interessati hanno solo la facoltà di effettuare interventi di bonifica.

L'art. 245 dispone espressamente che "è comunque riconosciuta al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o disponibilità".

Qualora, invece, non sia stato possibile individuare il responsabile, né ci sia stato l'intervento volontario degli altri interessati, le opere di bonifica sono realizzate, come previsto dall'art. 250, d'ufficio dal comune territorialmente competente e, ove questo non provveda, dalla regione, secondo l'ordine di priorità fissati dal piano regionale per la bonifica delle aree inquinate, avvalendosi anche di altri soggetti pubblici o privati, individuati ad esito di apposite procedure ad evidenza pubblica.

Le indagini ed attività istruttorie sono

¹ CdS, VI, 5.9.2005, n. 4525.

svolte dalla provincia, che si avvale della competenza tecnica dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente e si coordina con le altre amministrazioni

Il riferimento espresso introdotto dal legislatore ad una corretta e completa istruttoria da parte della Provincia, costituisce espressione di un principio che la giurisprudenza aveva già introdotto ancora prima dell'emanazione del codice dell'ambiente il Consiglio di Stato aveva enunciato il seguente principio: *«L'amministrazione mentre ben può, sulla base della normativa specifica di riferimento, vigilare sui privati proprietari perché si attengano al puntuale rispetto di tale normativa per evitare ogni forma di inquinamento dei terreni, non può certamente - fondandosi sull'erronea applicazione dei generali principi civilistici (artt. 2050 e 2051 c.c.) - imporre ai privati medesimi, che non hanno alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno contestato ma che vengono individuati solo in quanto proprietari del bene, lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento (attività peraltro prive di ogni programmazione e di concrete modalità di intervento)»*².

2. Presupposti per la responsabilità del proprietario del sito.

Inoltre, le amministrazioni che provvedono alla bonifica del sito contaminato, a fronte delle spese sostenute, si vedono riconosciuto un privilegio speciale immobiliare sul fondo. Il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati, nei confronti del proprietario del sito incolpevole dell'inquinamento, solo a seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità. Pertanto, benché le conseguenze dell'inquinamento si riflettono sul proprietario incolpevole, detta responsabilità nasce solo in presenza di condizioni ben precise:

- deve essere il comune territorialmente

competente ad aver eseguito gli interventi (l'onere reale non sussiste se la bonifica viene realizzata da altro soggetto privato interessato non responsabile) e il diritto del comune a recuperare le spese nei confronti del proprietario mira a impedire un suo ingiustificato arricchimento;

- il comune deve dimostrare l'impossibilità di individuare il responsabile ovvero, ove individuato, l'impossibilità o l'infruttuosità di agire in rivalsa contro di lui;

- in ogni caso, l'esborso che grava sul proprietario in forza dell'"onere reale" è limitato al valore del fondo.

L'amministrazione, se non prova che l'inquinamento riscontrabile nel sito sia imputabile ad esempio alla società che vi svolge attività, ad essa non può essere imposto alcun obbligo di adottare misure di bonifica in un'ottica di recupero del sito³.

L'obbligo di bonifica dei siti inquinati grava in primo luogo sull'effettivo responsabile dell'inquinamento stesso, mentre la mera qualifica di proprietario o detentore del terreno inquinato non implica di per sé l'obbligo di effettuazione della bonifica⁴.

3. Orientamento TAR Lazio.

La giurisprudenza si è espressa in modo costante riguardo all'illegittimità dell'ordine di bonifica impartito al proprietario ove non responsabile della contaminazione⁵, se ne è

³ CdS, VI, 18.4.2011, n. 2376

⁴ In tal senso disponeva la disciplina anteriore all'attuale codice dell'ambiente, vale a dire il d.lgs. 22/1997 (c.d. decreto "Ronchi") ed il d.m. 471/1999, ed allo stesso modo era orientata la giurisprudenza, si vedano, fra le tante, TAR Lombardia, Mi., Sez. I, 8.11.2004, n. 5681, per la quale l'ordine di bonifica può essere posto a carico dei proprietari "solo se responsabili o corresponsabili dell'illecito abbandono" ed ancora TAR Lombardia, Mi., Sez. IV, 7.9.2007, n. 5782; e Sez. IV, 18.12.2007, n. 6684; per la giurisprudenza del Consiglio di Stato cfr. CdS VI 5.9.2005 nr. 4525.

⁵ Ved.: TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 13.5.2011, n. 318; TAR Toscana, Sez. II, 5.4.2011, n. 565; TAR Toscana, Sez. II, 4.2.2011, n. 225; TAR Friuli Ve, Sez. I, 13.1.2011, n. 6; TAR Piemonte, Sez. I, 24.11.2010 n. 1575; TAR Toscana, sez. II, 19.5.2010, n. 1524; TAR Toscana, sez. II, 11.5.2010, n. 1398 e 1397; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 19.3.2010, n. 1313; CdS, V, 16.6.2009 n. 3885; TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 15.5.2009 n. 1038; TAR Toscana, Sez. II, 17.4.2009, n. 665; CdS, V, 5.12.2008, n. 6055; TAR Calabria, Cz,

² CdS, V, 16.7.2002, n. 3971

però discostato il TAR Lazio enunciando il seguente orientamento *“se il proprietario, solo perché tale, è il soggetto sul quale vengono poste, in definitiva, e pur senza la sua responsabilità le obbligazioni risarcitorie conseguenti all'inquinamento, ben può lo stesso proprietario essere reso destinatario di un obbligo di attuare i necessari interventi, salvo rivalsa nei confronti del responsabile, che l'amministrazione ha l'obbligo di individuare. La titolarità ultima delle obbligazioni risarcitorie rende cioè possibile anche l'attribuzione (provvisoria) al medesimo delle obbligazioni ripristinatorie”*⁶

Due argomenti risaltano nella motivazione:

- l'asserito contrasto con la normativa comunitaria che, secondo il TAR, andrebbe rilevato se si decidesse di continuare a seguire l'orientamento giurisprudenziale uniforme⁷;

- l'affermazione secondo cui lo Stato e la collettività non potrebbero essere gravati degli oneri di bonifica⁸.

4. Applicazione nel nostro ordinamento del principio comunitario chi inquina paga.

A conferma di quanto fin qui sostenuto occorre rilevare che anche la giurisprudenza comunitaria si è orientata nei termini che pre-

cedono, ritenendo che l'addebito dei costi dello smaltimento dei rifiuti a soggetti che non li hanno prodotti sarebbe incompatibile con il principio *“chi inquina paga”*⁹.

Detto principio consiste, in definitiva, nell'imputazione dei costi ambientali (c.d. esternalità ovvero costi sociali estranei alla contabilità ordinaria dell'impresa) al soggetto che ha causato la compromissione ecologica illecita (poiché esiste una compromissione ecologica lecita data dall'attività di trasformazione industriale dell'ambiente che non supera gli standards legali).

Ciò, sia in una logica risarcitoria *ex post factum*, che in una logica preventiva dei fatti dannosi, poiché il principio esprime anche il tentativo di internalizzare detti costi sociali e di incentivare - per effetto del calcolo dei rischi di impresa - la loro generalizzata incorporazione nei prezzi delle merci, e, quindi, nelle dinamiche di mercato dei costi di alterazione dell'ambiente (con conseguente minor prezzo delle merci prodotte senza incorrere nei predetti costi sociali attribuibili alle imprese e conseguente indiretta incentivazione per le imprese a non danneggiare l'ambiente).

Esso trova molteplici significative applicazioni nel campo della disciplina dei rifiuti e del danno ambientale.

Con riguardo alla contaminazione dei siti, pare rilevante quanto stabilito dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21.4.2004, *“sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale”*.

Anche tale direttiva è conformata dal principio *“chi inquina paga”* che emerge dal diciottesimo considerando della direttiva: *“secondo il principio chi inquina paga, l'operatore che provoca un danno ambientale o è all'origine di una minaccia imminente di tale danno, dovrebbe di massima sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione. Quando l'autorità competente interviene direttamente o tramite terzi al posto di un operatore, detta autorità dovrebbe far sì che il costo da essa sostenuto sia a carico dell'operatore. È inoltre opportuno che gli operatori sostengano in via definitiva il*

23.7.2008, n. 1068; TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 17.6.2008, n. 1188; TAR Friuli Ve, Sez. I, 26.5.2008, n. 300; TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 2.4.2008, n. 791; TAR Lazio, Lt, 7.7.2006, n. 599; TAR Puglia, Le., 23.3.2005, n. 5290.

⁶ TAR Lazio, Rm, Sez. I, 14.3.2011, n. 2263 e TAR Lazio, Rm, Sez. II, 16.5.2011, n. 4214

⁷ *“Qualora specifiche disposizioni della normativa nazionale di riferimento dovessero essere ritenute incompatibili con le precedenti considerazioni, non residuerebbe al Giudice a quo altra via, prima ancora della necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, che la sottoposizione della questione interpretativa della norma nazionale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai fini dell'accertamento della sua eventuale incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea e della sua conseguente disapplicazione, in linea con l'orientamento desumibile dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (9 marzo 2010, cause riunite C379/ 2008 e C380/ 2008)”* (sentenza n. 4214/2011).

⁸ Ambiente & Sicurezza, 8.11.2011 - n. 20 - p.56, Bonifica e abbandono rifiuti: la più recente giurisprudenza sui profili di responsabilità, di Peres Federico.

⁹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24.6.2008, n. 188

costo della valutazione del danno ambientale ed eventualmente della valutazione della minaccia imminente di tale danno".

La direttiva non si applica al danno di carattere diffuso se non in presenza di un nesso causale tra il danno e l'attività di singoli operatori.

Va quindi precisato, alla luce di tale esigenza di effettività della protezione dell'ambiente, che, ferma la doverosità degli accertamenti indirizzati ad individuare con specifici elementi i responsabili dei fatti di contaminazione, l'imputabilità dell'inquinamento può avvenire per condotte attive ma anche per condotte omissive, e che la prova può essere data in via diretta od indiretta, ossia, in quest'ultimo caso, l'amministrazione pubblica preposta alla tutela ambientale si può avvalere anche di presunzioni semplici di cui all'art. 2727 c.c., (le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato), prendendo in considerazione elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi precisi e concordanti, che inducano a ritenere verosimile, secondo l'"*id quod plerumque accidit*" che sia verificato un inquinamento e che questo sia attribuibile a determinati autori.

Ai sensi dell'art. 2729 del c.c. "*le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti*". Orbene tale norma - che spiega il proprio effetto diretto nel giudizio civile - pone un principio generale che consente alla pubblica amministrazione, specie quando deve svolgere complesse attività di indagine su fatti che non sono a sua diretta conoscenza ma che, per essere illeciti, sono conosciuti dai privati, il ricorso alla prova logica, alle presunzioni semplici, ad indizi gravi precisi e concordanti¹⁰ per la prova di determinati fatti.

Né il difetto della prova testimoniale nel

processo amministrativo¹¹ esclude la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere a presunzioni semplici, poiché il canone costituzionale dell'imparzialità della pubblica amministrazione e la previsione del sindacato giudiziario sugli atti della medesima (artt. 97 e 113 cost.) nonché delle preventive garanzie procedurali¹² sono sufficienti per ritenere che vi sia un sistema equilibrato di pesi e contrappesi nel riconoscimento del potere - sindacabile dal giudice amministrativo - della P.A. di ricostruzione dei fatti rilevanti ai fini dell'adozione di provvedimenti amministrativi sfavorevoli ai privati, anche a mezzo di presunzioni semplici ove ciò sia imposto dalla natura degli accertamenti da espletare (come nel caso di illeciti anticoncorrenziali, di lottizzazioni abusive, di gravi fatti di inquinamento *et similia*)¹³.

¹⁰ cfr. CdS, VI, 29.2.2008, n. 760 per un'applicazione in tema di urbanistica va ricordato che si è ritenuta ravvisabile l'ipotesi di lottizzazione abusiva, prevista dall'art. 18 della l. 28.2.1985, n. 47, solo quando sussistono elementi precisi ed univoci da cui possa ricavarci agevolmente l'intento di asservire all'edificazione, per la prima volta, un'area non urbanizzata CdS, Sez. V, 13.9.1991, n. 1157

¹¹ arg. ex art. 2729 co. 2 c.c.

¹² artt. 3 e 7 della l. n. 241 del 1990

¹³ CdS, V, 16.6.2009 N. 3885

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.2.2013, n. 1097
Piano attuativo in variante - controinteressati - configurabilità.

Accordo di programma - effetti di variante - approvazione consiliare - è condizione di efficacia.

Nel ricorso proposto per l'annullamento di un piano attuativo in variante di piano regolatore, approvato dal Comune ma predisposto ad iniziativa di parte, i soggetti promotori dell'intervento edificatorio assumono la veste di controinteressati agevolmente identificabili dagli atti del procedimento in quanto presentatori del progetto, con la conseguenza che il ricorso è inammissibile ove non sia stato ad essi tempestivamente notificato.

L'accordo di programma che comporti varianti urbanistiche acquista efficacia solo se è approvato dal competente Consiglio Comunale nel termine di decadenza di trenta giorni ex art. 34, d.lgs. 267/00. Ne deriva che il termine per la sua impugnazione decorre, ove non sia necessaria la notifica individuale, dalla pubblicazione della delibera consiliare, ferma restando la necessità di impugnare contestualmente anche l'accordo (cfr. CdS, IV, 21.11.2005, n. 6467; id., 9.10.2002, n. 5365).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.2.2013, n. 928
Accordo di programma - efficacia vincolante per i sottoscrittori - va affermata.

L'accordo di programma, una volta stipulato, è vincolante per i sottoscrittori, con l'impegno per le Amministrazioni che lo hanno sottoscritto di dare ad esso attuazione a mezzo di atti preordinati al perseguimento dei fini oggetto dell'accordo stesso.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.2.2013, n. 922
Variante - avente carattere generale o speciale - distinzione - conseguenze - variante speciale - obbligo di comunicazione - sussiste - onere di immediata impugnazione - sussiste.

Al fine di determinare se una variante a un p.r.g. abbia carattere generale o particolare, si deve fare riferimento alle prescrizioni contenute nel provvedimento. Qualora esse incidano su ampie zone territoriali e su una molteplicità di soggetti esse hanno carattere generale e devono essere impugnate dalla data di pubblicazione dell'atto. Nel caso in cui la variante urbanistica riguardi invece un bene specifico, incidendo direttamente su un determinato soggetto, essa ha carattere particolare e la P.A. ha l'obbligo di notificare all'interessato il provvedimento, dalla cui data decorre il termine di impugnazione dell'atto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.1.2013, n. 26
Lotto intercluso - in assenza di viabilità secondaria di zona - ricorrenza - esclusione.

Una concessione edilizia può essere rilasciata in assenza del piano attuativo richiesto dalle norme di piano regolatore (o di p.d.f.) quando in sede di istruttoria l'amministrazione accerti che la zona in cui si inserisce il suolo destinato alla realizzanda costruzione sia pressoché completamente edificato, salvo il potere tecnico discrezionale di richiedere ugualmente la predisposizione di un preventivo piano esecutivo al fine di un armonico raccordo con il preesistente aggregato abitativo, allo scopo di potenziare le opere di urbanizzazione già esistenti e quindi anche alla più limitata funzione di armonizzare aree già urbanizzate che richiedono però una più dettagliata pianificazione.

Tale evenienza può per esempio verificarsi allorché debba essere completato il sistema di viabilità secondaria nella zona o quando debba essere integrata l'urbanizzazione esistente garantendo il rispetto dei prescritti standards minimi per spazi e servizi pubblici e le condizioni per l'armonico collegamento con le zone contigue già asservite all'edificazione.

TAR Sicilia, Ct, Sez. II, 30.1.2013, n. 247
NTA di PRG - immediata lesività - esclusione.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, le N.T.A. di uno strumento urbanistico sono atti a contenuto generale, recanti prescrizioni a carattere normativo e programmatico, destinate a regolare la futura attività edilizia e, in quanto tali, non sono di per sé immediatamente lesive di posizioni giuridiche soggettive di singoli, per cui la loro impugnazione può avvenire soltanto unitamente all'impugnazione del provvedimento che ne costituisca la concreta applicazione e il termine per la proposizione del relativo ricorso decorre non dalla data di pubblicazione della norma di piano, bensì dalla piena conoscenza del provvedimento esecutivo.

TAR Campania, Na, Sez. VI, 10.1.2013, n. 227
Piani attuativi - principio di tipicità - si applica - conseguenze - piano di ricomposizione volumetrica - illegittimità.

Il piano di ricomposizione volumetrica non può utilmente essere ascritto alla categoria dei piani attuativi in considerazione del principio di tipicità vigente in materia, strettamente dipendente dal più generale principio di legalità. La gestione dell'assetto del territorio è, infatti, una funzione che si estrinseca in una molteplice tipologia di manifestazioni di potestà pubbliche in cui ciascuna deve essere caratterizzata per legge (a garanzia dei destinatari) da una propria causa, da propri effetti e da una corrispondente competenza. Gli strumenti urbanistici legittimamente applicabili sono, pertanto, solo quelli previsti - per nome, causa e contenuto - dalla legge e, dunque, al di fuori di un tale numero chiuso, non può legittimamente un'amministrazione procedere ad introdurre nella realtà giuridica qualsivoglia, indicativa o coercitiva che sia, nuova categoria di strumento di pianificazione dell'assetto del territorio.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.2.2013, n. 1007
PdC - diniego - annullamento - conseguenze - riesame - disciplina applicabile.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato dopo l'Adunanza Plenaria n. 1/86, in ipotesi di riesame di un progetto edilizio conseguente all'annullamento del diniego di concessione o alla declaratoria del silenzio-rifiuto serbato dall'amministrazione, restano inopponibili all'interessato le modificazioni della normativa di piano intervenute successivamente alla notificazione della sentenza di accoglimento del ricorso. Quando viceversa la nuova normativa sia opponibile, deve riconoscersi al privato, che abbia ottenuto un giudizio favorevole, un interesse pretensivo a che l'amministrazione valuti la possibilità di introdurre una variante che recuperi, in tutto o in parte, l'originaria previsione del piano abrogato, posta a suo tempo a base della domanda di concessione. La P.A. deve infine tenere conto degli eventuali vincoli e limiti diversi e ulteriori rispetto alla disciplina urbanistica in senso stretto (quali, in linea di massima, le prescrizioni sanitarie, anti-sismi-

che, i vincoli a tutela delle bellezze naturali e di beni di interesse storico e artistico), che sono applicabili anche se sopravvenuti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.2.2013, n. 917
PdC - istanza - legittimazione - promissario acquirente privo della disponibilità del fondo - esclusione.

Il promissario acquirente può avanzare domanda volta all'adozione di uno strumento urbanistico convenzionato, sempre che abbia l'effettiva disponibilità del bene, a nulla rilevando che detta disponibilità possa essere acquisita, nella sua pienezza, solo dopo la stipula del rogito notarile di trasferimento della proprietà, dovendo il concetto di disponibilità essere inteso nel senso della sussistenza di requisiti oggettivi tali da far ritenere che il trasferimento di proprietà sia destinato a verificarsi con sufficienti margini di certezza.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.2.2013, n. 916
PdC - istanza - vicino controinteressato - CAP - obbligo - non sussiste.

Ove sia stata proposta una domanda di concessione edilizia o di altro titolo abilitativo, che tra l'altro viene rilasciato con espressa salvezza dei diritti dei terzi, il vicino del richiedente o il soggetto legittimato possono intervenire nel procedimento ed impugnare il provvedimento che accoglie l'istanza, ma non hanno titolo a ricevere l'avviso di avvio del procedimento.

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.1.2013, n. 53

Distanze tra costruzioni - sopraelevazione - liceità - condizioni.

Distanza tra costruzioni - principio della prevenzione - applicabilità - condizioni.

In materia di distanze tra costruzioni ai sensi dell'art. 873 c.c. e con riferimento all'ipotesi della sopraelevazione, mentre il preveniente deve attenersi, nella prosecuzione in altezza del fabbricato, alla scelta operata originariamente, di guisa che ogni parte dell'immobile risulti conforme al criterio di prevenzione adottato sulla base di esso, a ciò non può frapporre ostacoli il confinante (prevenuto) che, se a sua volta abbia costruito in aderenza fino all'altezza inizialmente raggiunta dal preveniente, ha diritto di sopraelevare soltanto sul confine, ovvero a distanza da questo pari a quella globale minima di legge o dei regolamenti. Quando gli strumenti urbanistici locali fissino senza alternativa le distanze delle costruzioni dal confine, salva soltanto la possibilità di costruzione in aderenza, non può farsi luogo all'applicazione del principio di prevenzione; quando, al contrario, essi prevedono, riguardo ad edifici preesistenti, la facoltà di costruire in deroga alle prescrizioni contenute nel piano regolatore sulle distanze, si versa in ipotesi del tutto analoga a quella disciplinata dall'art. 873 c.c., con la conseguenza che è consentito al preveniente costruire sul confine, ponendo il vicino, che intenda a sua volta edificare, nell'alternativa di chiedere la comunione del muro e di costruire in aderenza ovvero di arretrare la sua costruzione sino a rispettare la maggiore intera distanza imposta dallo strumento urbanistico.

C.G.A.R.S., 30.1.2013, n. 73

PdC - istruttoria - zona sismica - previa verifica della regolarità formale del n.o. - obbligo - sussiste.

Il Comune, responsabile del governo urbanistico del territorio comunale, prima di rilasciare una concessione edilizia in una località classi-

ficata sismica e per la quale è necessaria la preventiva autorizzazione degli uffici competenti, è tenuto ad accertare la regolarità di tale autorizzazione, nei suoi profili di ordine formale, in quanto tali profili si riflettono sul titolo concessorio, invalidandolo se irregolari. Va escluso però che sul Comune incomba, altresì, la verifica della rispondenza del progetto alla normativa tecnica per le zone sismiche, in quanto tale accertamento è demandato dalla legge ai competenti organi tecnici degli uffici del Genio Civile.

TAR Campania, Na, Sez. II, 30.1.2013, n. 660

PdC - impugnazione - termini - decorrenza - piena conoscenza.

PdC - impugnazione al buio - obbligo - non sussiste.

Ai fini della tempestività del ricorso in materia di titoli edilizi rilasciati a terzi, la giurisprudenza distingue l'ipotesi del titolo edilizio "ordinario" da quella del titolo edilizio "in sanatoria": nel primo caso, il termine decorre generalmente dal completamento dei lavori (cioè dal momento in cui sia materialmente apprezzabile la reale portata dell'intervento in precedenza assentito), salvo che venga fornita la prova di una conoscenza anticipata del provvedimento abilitativo (CdS, VI, n. 8705/10; idem, IV, n. 3583/11; n. 3378/10; n. 3358/09); nel secondo caso, il termine decorre dalla data in cui si conosca che la concessione edilizia in sanatoria è stata rilasciata per una determinata opera già esistente (CdS, VI, n. 6674/07; Sez. V, n. 8147/04). Sul tema della impugnazione di atti "al buio", autorevole giurisprudenza si è attestata su posizioni di maggiore favore per le ragioni del ricorrente, addirittura esonerandolo dall'onere di una doppia impugnazione (prima con il ricorso introduttivo e poi con i motivi aggiunti) ed affermando invece il principio secondo il quale, nel caso in cui l'amministrazione comunichi l'esistenza del provvedimento sfavorevole, senza comunicarne la motivazione, il destinatario ha una mera facoltà, non un onere, di impugnare subito l'atto e poi articolare i motivi aggiunti, ben potendo attendere di conoscere la motivazione dell'atto per valutare se impugnarlo o meno: ciò in quanto, ai sensi dell'art. 3, l. 241/90, la motivazione non ha carattere opzionale ma è obbligatoria, sicché la mera notizia che esiste un provvedimento non può essere equiparata alla piena conoscenza del provvedimento medesimo.

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 18.1.2013, n. 159
Contributi urbanistici - in ipotesi di decadenza dal titolo edilizio - obbligo di restituzione - sussiste.

Allorché il privato rinunci o non utilizzi il permesso di costruire ovvero anche quando sia intervenuta la decadenza del titolo edilizio, sorge in capo alla p.a., anche ex artt. 2033 c.c. o, comunque, 2041 c.c., l'obbligo di restituzione delle somme corrisposte a titolo di contributo per oneri di urbanizzazione e costo di costru-

zione e conseguentemente il diritto del privato a pretenderne la restituzione.

Il contributo concessorio è, infatti, strettamente connesso all'attività di trasformazione del territorio e quindi, ove tale circostanza non si verifichi, il relativo pagamento risulta privo della causa dell'originaria obbligazione di dare cosicché l'importo versato va restituito; il diritto alla restituzione sorge non solamente nel caso in cui la mancata realizzazione delle opere sia totale, ma anche ove il permesso di costruire sia stato utilizzato solo parzialmente.

«.....GA.....»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.2.2013, n. 1028
Lottizzazione materiale - configurabilità - condizioni.

È configurabile la lottizzazione materiale nell'ipotesi di acquisto pro indiviso da parte di più soggetti di un terreno agricolo e di realizzazione sul medesimo di un complesso di opere, anche modeste (quali l'apposizione di baracche o roulottes), la cui installazione si pone in contrasto con la destinazione attribuita dalle vigenti norme di PRG.

TAR Umbria, Sez. I, 28.2.2013, n. 126
Immobile condonato - sanzione pecuniaria ex art. 167, d. lgs. 42/04 - legittimità - condizioni.

È legittima la sanzione pecuniaria irrogata ai sensi dell'art. 167, d. lgs. 42/2004 in relazione all'abuso commesso su immobile condonato, purché intervenga nel termine di prescrizione decorrente dal rilascio della concessione in sanatoria.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 26.2.2013, n. 535
Abusi edilizi - sospensione dei lavori - accertamento - modalità.

Mutamento di destinazione d'uso - da produttivo a terziaria - comporta incremento del carico urbanistico.

In presenza di lavori in corso, anche se sospesi, ai fini dell'accertamento di eventuali abusi è sufficiente che risulti chiaramente la finalità perseguita con gli interventi allora in corso di espletamento. Il passaggio da una prevalente

destinazione produttiva ad una prevalentemente residenziale o terziaria implica il passaggio ad un'autonoma categoria funzionale, con incremento del carico urbanistico dovuto alla presenza di persone stabilmente residenti nell'immobile.

TAR Lazio, La, Sez. I, 11.2.2013, n. 152
Terzo condono - applicabilità ai soli immobili residenziali - esclusione.

L'ambito di applicazione dell'art. 2, lett. a, l.reg. 12/04, non può ragionevolmente ritenersi limitato ai soli immobili aventi destinazione residenziale, tenuto conto che la surriferita norma utilizza la locuzione "opere realizzate in assenza o in difformità dal titolo edilizio" senza null'altro specificare.

TAR Lazio, La, Sez. I, 18.1.2013, n. 61
Lottizzazione negoziale - frazionamento contrattuale. - per effetto di divisione ereditaria volontaria - esclusione.

L'accertamento della lottizzazione cd. negoziale, intesa quale effetto del frazionamento contrattuale di un vasto terreno, con la creazione di lotti sufficienti per la costruzione di un singolo edificio, richiede la sussistenza di indici di significato inequivoco, quali le dimensioni ed il numero dei lotti, la natura del terreno, l'eventuale revisione di opere di urbanizzazione, la loro destinazione a scopo edificatorio.

Ne deriva che, in conformità al co. 10 dell'art. 30 d.P.R. 380/01, in presenza di un atto di divisione ereditaria l'intento lottizzatorio non potrà

dedursi dal mero frazionamento, ma dovrà ricavarsi da un quid pluris che evidenzi la volontà di lottizzare, e cioè la volontà di predisporre ed attuare un insediamento edilizio in una zona

non sistemata sotto il profilo urbanistico, per assenza dello strumento urbanistico previsto dalla legge.

«.....GA.....»

- PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

TAR Sicilia, Ct, Sez. II, 27.2.2013, n. 556

Misure di salvaguardia - in materia ambientale - decadenza - esclusione - piani paesistici - approvazione - previa VAS - esclusione.

Le misure di salvaguardia in materia ambientale stabilite direttamente dalla legislazione quadro sulle aree protette non sono soggette a decadenza, in ragione della loro natura conformativa e delle finalità di tutela ambientale ad esse sottese. Il piano paesistico, pur senza dubbio essendo uno strumento di programmazione, non soggiace a VAS, perché fissa il parametro di validità e di validazione di tutti i piani e programmi che devono esser sottoposti alla VAS stessa, essendo a loro volta obbligati dalla legge a proporre soluzioni di sviluppo sostenibile a salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio culturale.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 26.2.2013, n. 1131

Volumi tecnici - autorizzazione ex post - esclusione

È da escludere l'utilizzabilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria ex art. 167, d.lg. 42/04, per le opere comportanti la realizzazione di volumi tecnici, perché le nozioni di "volume" e di "superficie utile" non appartengono alla tutela paesaggistica, che fa perno, piuttosto, sulla "percettibilità visiva" dell'opera.

TAR Lazio, Sez. II quater, 19.1.2013, n. 611

Vincolo archeologico diretto - principio di proporzionalità - rispetto - obbligo - sussiste.

Non è sproporzionato il vincolo archeologico diretto imposto su fabbricato al di sotto del quale ricade incontrovertibilmente un bene archeologico, se si considera che detto vincolo

non impedisce lo sfruttamento economico del bene, limitandosi ad imporre la sottoposizione ad autorizzazione della Soprintendenza di tutti quei lavori che immutando lo stato di fatto del fabbricato e delle aree limitrofe, possano comportare danni ai reperti, ciò al fine di evitare che per effetto di interventi sul soprasuolo edificato si possa mettere in pericolo la stabilità delle volte dei cunicoli e si possa compromettere la conservazione dei dipinti.

TAR Veneto, Sez. II, 18.1.2013, n. 34

Vincolo storico-artistico - imposizione - motivazione - utilizzazione di mere formule di stile - insufficienza.

Vincolo indiretto - principio di proporzionalità - rispetto - obbligo - sussiste.

Per un tradizionale orientamento giurisprudenziale, la dichiarazione del valore storico, storico-artistico o etnoantropologico di un bene presuppone un giudizio di discrezionalità tecnica non sindacabile in sede di giudizio di legittimità, se non per vizi di eccesso di potere, per errore nei presupposti o per manifesta illogicità. Ne deriva l'illegittimità del provvedimento impositivo del vincolo indiretto basato su affermazioni generiche e direttamente contrastanti con le caratteristiche reali del territorio cui detto provvedimento si riferisce.

L'estensione del vincolo indiretto ad intere aree richiede che i ruderi stessi costituiscano un complesso unitario ed inscindibile, tale da rendere indispensabile il sacrificio totale degli interessi dei proprietari e senza possibilità di adottare soluzioni meno radicali, evitandosi, in ogni caso, che l'imposizione della limitazione sia sproporzionata rispetto alla finalità di pubblico interesse cui è preordinata.

«.....GA.....»

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.3.2013, n. 1404
Atti procedura espropriativa - impugnazione - legittimazione - conduttore - sussiste.

Non soltanto i soggetti espressamente contemplati nella legge sull'espropriazione sono legittimati ad impugnare atti della procedura espropriativa; invero la posizione degli affittuari, coloni, mezzadri è posta in rilievo, sia pure al fine dell'indennizzo, prevalentemente in ragione dell'utilizzazione diretta degli immobili espropriati nell'ambito di un'attività lavorativa che garantisce l'unico sostentamento del nucleo familiare del soggetto che vi provvede; ne consegue, per identità di ratio, che non può negarsi una posizione di interesse legittimo, e quindi di legittimazione a ricorrere, al conduttore che svolge un'attività artigianale o commerciale nei locali detenuti in locazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.2.2013, n. 907
Vincoli strumentali o d'attesa - natura espropriativa - esclusione.

Non costituisce vincolo espropriativo la previsione di PRG che subordina l'edificazione all'approvazione di uno strumento urbanistico esecutivo, trattandosi di vincoli c.d. strumentali, procedurali o d'attesa, privi di contenuto ed effetti ablatori.

C.G.A.R.S., 14.1.2013, n. 9

Irreversibile trasformazione del fondo privato - usucapione - estingue ogni tutela reale e obbligatoria.

La trasformazione del fondo seguita alla realizzazione dell'opera pubblica non determina più né l'acquisto della proprietà dell'area in capo alla p.a. procedente né tantomeno la cessazione dell'illecito. Al contrario, la situazione antigiusuridica originata dall'occupazione illegittima, colorandosi dei caratteri della permanenza, si protrae fino all'adozione dell'atto di acquisizione sanante, produttivo dell'effetto traslativo della proprietà in favore della P.A. utilizzatrice. In tale contesto, sia in ragione del chiaro

disposto dell'articolo 948, co. 3, c.c. - ove espressamente si stabilisce che l'azione di rivendicazione non si prescrive ma si fanno salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione - sia per l'esigenza di 'disciplinare' l'uso del bene privato compiuto dall'amministrazione per lunghi periodi di tempo, la giurisprudenza ha precisato che il possesso ventennale ininterrotto estingue ogni sorta di tutela sia reale ma anche obbligatoria tese al risarcimento dei danni subiti da parte del proprietario del fondo

TAR Toscana, Sez. I, 28.1.2013, n. 134

Accessione invertita - perfezionamento - conseguenze - sopravvenuta incostituzionalità - irrilevanza.

Deve ritenersi perfezionata l'accessione invertita in relazione ad un procedimento di espropriazione di terreni avvenuta per finalità di edilizia economica e popolare e mai conclusa con l'emanazione del decreto di esproprio, qualora detti terreni siano stati egualmente assegnati a cooperative edilizie, edificati e le abitazioni costruite siano poi state assegnate dalle stesse ai propri soci, giusto il disposto dell'art. 3, co.1, l. 458/1988, pienamente vigente alla data di scadenza ultima dei provvedimenti di occupazione, a nulla rilevando la successiva declaratoria di incostituzionalità della legge citata ad opera di C.Cost., 486/91.

TAR Campania, Sa, Sez. II, 11.1.2013, n. 59

Istanze risarcitorie - successive al decreto di esproprio - inammissibilità.

L'esistenza di un decreto di esproprio preclude al proprietario ogni pretesa di carattere risarcitorio e gli consente di ristorarsi solo mediante l'indennizzo determinato nelle forme di legge, sindacabile tramite giudizio di opposizione alla stima, da proporsi dinanzi alla Corte d'appello competente per territorio.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Consiglio di Stato, Sez. III, 4.4.2013, n. 1873
Stazioni Radio base - strumenti urbanistici - deroga limiti fissati dallo Stato - illegittimità.

In linea con la Corte Costituzionale, il Consiglio di Stato ha affermato che non è consentito al comune, attraverso il formale utilizzo degli strumenti di natura edilizia-urbanistica, adottare misure che nella sostanza costituiscono una deroga ai limiti di esposizione fissati dallo Stato, quali ad esempio introdurre misure che pur essendo tipicamente urbanistiche quali distanze, altezze, ecc., non siano funzionali al governo del territorio, quanto piuttosto alla tutela dai rischi dell'elettromagnetismo. È stato infatti rilevato che misure del genere si pongono in contrasto con la nozione di rete di telecomunicazione, che per definizione, segnatamente nelle ipotesi di trasmissione del segnale con più debole intensità, peculiare al sistema di telefonia cellulare, richiede un rapporto di contiguità e di capillarità dei sistemi di telecomunicazione su tutto il territorio. Inoltre l'assimilazione in via normativa delle infrastrutture di reti pubbliche di telecomunicazione alle opere di urbanizzazione primaria (art. 86, co. 3, del d.lgs. n. 259/2003) comporta che le stesse debbano collegarsi ed essere poste al servizio dell'insediamento abitativo e non da esso avulse con localizzazione lontana dai centri di utenza; e tali manufatti - in quanto parte di una rete di infrastrutture, qualificate come opere di urbanizzazione primaria, nonché in quanto impianti tecnologici e volumi tecnici - non possono essere soggetti in linea di massima (salvo disposizioni peculiari) a limiti di altezza e cubatura. Da tanto consegue che la potestà assegnata ai comuni dall'art. 8, co. 6, della l. n. 36/2001 deve tradursi nell'introduzione, sotto il profilo urbanistico, di regole a tutela di zone e beni di particolare pregio paesaggistico ambientale o storico/artistico ovvero, per ciò che riguarda la minimizzazione dell'esposizione ai campi elettromagnetici, nell'individuazione di siti che per destinazione d'uso e qualità degli utenti possano essere considerati sensibili alle immissioni radioelettriche, ma non può trasformarsi in limitazioni alla localizzazione degli impianti di telefonia mobile per intere ed estese porzioni del territorio

comunale in assenza di una plausibile ragione giustificativa.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.3.2013, n. 1783
VIA - discrezionalità amministrativa e tecnica.

L'amministrazione, nel rendere il giudizio di valutazione ambientale, esercita un'amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti. La natura schiettamente discrezionale della decisione finale risente dunque dei suoi presupposti sia sul versante tecnico che amministrativo, sicché, pur essendo pacifico che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possa svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, è ugualmente pacifico che il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto ab extrinseco, nei limiti della rilevanza ictu oculi dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indizi di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione.

La sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., a nulla rilevando che lo sconfinamento si compia attraverso una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantiene nell'area dell'annullamento dell'atto. In base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'amministrazione è in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure. Conseguentemente, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della

verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti; non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa; deve tenere distinti i poteri meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.3.2013, n. 1345
T.U. LL. SS. - industria insalubre - diniego autorizzazione - legittimità.

L'art. 216 del T.U. delle leggi sanitarie R.D. n. 1265/1934, prevede l'elenco suddiviso in due classi delle fabbriche insalubri, l'inserimento nella prima, comporta l'obbligo di isolamento nella campagna l'insediamento lontano dalle abitazioni, mentre solo la collocazione nella seconda prevede il potere-dovere (a fronte della domanda di insediamento) di valutare la pericolosità in concreto e di prescrivere le eventuali cautele. La mera iscrizione nella prima classe, in quanto derivante da una valutazione direttamente compiuta dalla scelta legislativa, che perciò esclude ogni discrezionalità dell'amministrazione sul punto, comporta il dovere della stessa di rifiutare le autorizzazioni, consentendo inoltre al Comune di varare, con riferimento a determinati ambiti territoriali, norme di regolamentazione urbanistica in senso preclusivo di dette attività.

Consiglio di Stato, sez. VI, 4.3.2013, n. 1260
Elettrosmog - pianificazione - ordinanza contingibile ed urgente - legittimità.

È vero che l'art. 9 della l. 22.2.2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici) affida alle regioni l'adozione dei piani di risanamento ambientale al fine di adeguare, in modo graduale, gli impianti radioelettrici già esistenti alla data della entrata in vigore della legge ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione ed agli obiettivi di qualità stabiliti secondo le norme della stessa legge; e che, inoltre, la realizzazione del piano è controllata dalle regioni, che possono prevedere anche la delocalizzazione degli impianti di radio-diffusione in siti conformi alla pianificazione in materia e degli impianti di diversa tipologia in siti idonei. Non è neppure dubbio che,

conformemente a tale previsione legislativa, l'art. 10 della legge della Regione Abruzzo 13.12.2004, n. 45 (Norme per la tutela della salute e la salvaguardia dell'ambiente dall'inquinamento elettromagnetico) ha previsto in capo alla Regione l'adozione dei piani di risanamento e dei provvedimenti eventuali di delocalizzazione degli impianti.

Detto potere pianificatorio delle regioni, e i connessi poteri di vigilanza sulla attuazione dei piani di risanamento ambientale e, da ultimo, di delocalizzazione degli impianti, non hanno un effetto privativo sulle ordinarie competenze comunali, come desumibili dalla legislazione generale per quanto riguarda l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti a tutela della salute cittadini e, per ciò che riguarda la specifica materia dell'inquinamento elettromagnetico, dalle disposizioni normative del settore.

TAR Lazio, Sez. II quater, 6.3.2013, n. 2374
Acqua - acque reflue domestiche - acque reflue industriali - limiti tabellari.

L'inderogabilità dei limiti tabellari stabiliti dalla tabella 3 dell'all. 5 alla parte terza del d.lgs. n. 152/06 per le acque reflue provenienti dal depuratore fanno riferimento alla tipologia delle acque in ingresso e non alla tipologia dell'impianto, risultando perciò indifferente la natura biologica o meno del depuratore. L'art. 74 del d.lgs. n. 152/06 distingue le acque reflue domestiche, provenienti da insediamenti di tipo residenziale e da servizi e derivanti prevalentemente dal metabolismo umano e da attività domestiche, le acque reflue industriali, scaricate da impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzioni di beni, ed include nel concetto di acque reflue urbane il miscuglio di acque reflue domestiche, di acque reflue industriali, ovvero meteoriche di dilavamento convogliate in reti fognarie, provenienti da agglomerato.

TAR Abruzzo, Aq, Sez. I, 18.2.2013, n. 158
Ambiente - direttiva Habitat - valutazione d'incidenza.

L'art. 6 co.4 della Direttiva Habitat 43/92/CEE statuisce normativamente la prevalenza dell'interesse di protezione ambientale, recessivo solo rispetto a primari concorrenti interessi (salute dell'uomo, sicurezza pubblica ovvero altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico

a giudizio della Commissione) e, salva la ricorrenza di detti interessi concorrenti, non sacrificabile neppure con l'adozione di misure compensative ove siano in rilievo siti interessati da habitat naturali e/o specie prioritari.

L'irriducibilità dell'interesse di tutela ambientale può predicarsi solo ove tale interesse sia effettivamente (e concretamente) messo in pericolo dall'intervento proposto, in particolare il riferimento ai siti interessati da "habitat naturale e/o specie primari", operato nell'ultima parte del citato co. 4 dell'art. 6, non può essere letto separatamente dalla prima parte del comma, operazione non giustificata dalla stessa lettera oltre che dal contesto del corpus dispositivo e significare intangibilità del sito (se non in presenza di concorrenti prevalenti esigenze normativamente indicate) anche ove siano escluse (ex ante, ovvero ex post, all'esito di positiva conclusione della valutazione di incidenza) conseguenze pregiudizievoli per gli ambienti naturali.

TAR Piemonte, Sez. II, 14.02.2013, n. 204

Rifiuti - abbandono - responsabilità oggettiva esclusione

L'art. 14, co. 1, del d.lgs. n. 22 del 1997, stabilisce che "l'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati".

La norma va intesa, come costantemente precisato dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso che il proprietario dell'area è tenuto a provvedere allo smaltimento solo a condizione che ne sia dimostrata almeno la corresponsabilità con gli autori dell'illecito abbandono di rifiuti, per aver posto in essere un comportamento, omissivo o commissivo, a titolo doloso o colposo, escludendo, conseguen-

temente, che la norma possa configurare un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva.

TAR Piemonte, Sez. II, 14.2.2013, n. 205

Inquinamento - principio "chi inquina paga" - responsabilità dei proprietari.

Conformemente al principio comunitario "chi inquina paga" (art. 174, ex art. 130/R, Trattato CE), secondo cui chi fa correre un rischio di inquinamento o chi provoca un inquinamento è tenuto a sostenere i costi della prevenzione o della riparazione, l'amministrazione non può imporre ai privati che non hanno alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno contestato, ma che vengono individuati solo in quanto proprietari del bene, lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento.

TAR Lombardia, MI, Sez. I, 14.02.2013, n. 398

Stazioni radio base - localizzazione nel territorio comunale.

Nonostante il riconoscimento del carattere di opere di pubblica utilità e malgrado l'assimilazione ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria, le stazioni radio base di un impianto di telefonia mobile non possono essere localizzate indiscriminatamente in ogni sito del territorio comunale perché, al cospetto di rilevanti interessi di natura pubblica, come nel caso della tutela dei beni ambientali e culturali, la realizzazione dell'opera di pubblica utilità può risultare cedevole. Non a caso, il comma 4 dell'art. 86 del d.lgs. n. 259/2003 stabilisce che "Restano ferme le disposizioni a tutela dei beni ambientali e culturali contenute nel d.lgs. 29.10.1999, n. 490, nonché le disposizioni a tutela delle servitù militari di cui al titolo VI, del libro II, del codice dell'ordinamento militare".

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Competenze dell'Agazia del Demanio in materia di gestione di beni confiscati (Parere prot. 418413 del 25.10.2012, AL 12909/11, Avv. Alessandra Bruni).

RISPOSTA

Codesta Agenzia propone alla Scrivente una articolata richiesta di parere, in ordine a svariate questioni inerenti la gestione dei beni confiscati, partendo dalla considerazione che il Demanio, prima della riforma normativa di cui alla l. 50 del 2010, ha ritenuto sussistere la propria competenza limitatamente alla gestione dei beni pervenuti all'erario a seguito di confisca irrevocabile disposta ai sensi della normativa antimafia (l. 575/1965 e art. 12 sexies del d.l. 306/1992). Più precisamente è stato chiesto di sapere: 1- quale sia il soggetto pubblico competente alla gestione dei beni confiscati all'esito di procedimenti penali inerenti la realizzazione o gestione non autorizzata di discariche ex art. 256, co. 3, d.lgs. 3.4.2006, n. 152 e quale sia il soggetto tenuto all'eventuale ripristino e bonifica. 2- quale sia il soggetto pubblico competente alla gestione dei beni confiscati all'esito di procedimenti riguardanti la immigrazione clandestina ex d.lgs. 286/1998 e successive modifiche. 3- quale sia, nella ipotesi di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (l. 488 del 1992) ex art. 640 bis cp, il procedimento da seguire dopo la confisca, essendo applicabili gli artt. 640 quater cp e 322 ter cp e come ci si debba

regolare nella ipotesi in cui oggetto della confisca a seguito delle citate disposizioni normative, siano società. Prima di entrare nel merito delle questioni da trattare sembra opportuno evidenziare che le numerose disposizioni normative che prevedono la confisca dei beni, non sono armonicamente coordinate fra loro, e che in qualche caso addirittura si sovrappongono, generando, ovviamente, difficoltà interpretative e applicative. Occorre pertanto tenere sempre presente la differenza che corre tra la confisca quale misura di prevenzione, prevista dalla normativa antimafia (oggi disciplinata dal d.lgs. 159 del 2011), dalla confisca quale misura di sicurezza patrimoniale mutando, a seconda della tipologia del provvedimento di esproprio, il procedimento, l'oggetto, l'esecuzione del sequestro, l'amministrazione dei beni, la tutela dei terzi, la destinazione finale dei beni confiscati. La differenza fra i due istituti, ontologicamente diversi fra loro, è costituita dall'individuazione dei soggetti destinatari delle due misure. La confisca, quale misura di sicurezza, può essere applicata solo al soggetto condannato, laddove per la misura di prevenzione i soggetti destinatari sono preindividuati dalla normativa di riferimento che prescinde, inoltre, da un vincolo di pertinenzialità diretta tra i beni confiscati ed i reati per i quali si procede. Passando ai singoli quesiti si rileva quanto segue: Sul punto 1 quale sia il soggetto pubblico competente alla gestione dei beni confiscati all'esito di procedimenti penali inerenti la realizzazione o

gestione non autorizzata di discariche ex art. 256, co. 3, d.lgs. 3.4.2006, n. 152 e quale sia il soggetto tenuto all'eventuale ripristino e bonifica. La norma si inserisce nel corpus del codice dell'ambiente, finalizzato a semplificare, razionalizzare, coordinare e rendere più chiara la legislazione ambientale. La tutela contro i reati ambientali ivi contenuta è stata recentemente rafforzata in virtù dell'entrata in vigore del d.lgs. 7.7.2011, n. 121, che potenzia la risposta sanzionatoria per i reati già previsti, introduce nuove fattispecie incriminatrici e la responsabilità delle persone giuridiche anche per i reati ambientali. L'art. 256 co. 3 prevede che "Chiunque realizza o gestisce una discarica non autorizzata è punito con la pena dell'arresto da sei mesi a due anni e con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro. Si applica la pena dell'arresto da uno a tre anni e dell'ammenda da euro cinquemiladuecento a euro cinquantaduemila se la discarica è destinata, anche in parte, allo smaltimento di rifiuti pericolosi. Alla sentenza di condanna o alla sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 del c.p.p.ale, consegue la confisca dell'area sulla quale è realizzata la discarica abusiva se di proprietà dell'autore o del compartecipe al reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica o di ripristino dello stato dei luoghi".

Prima di affrontare le problematiche di cui alla richiesta di parere, sembra opportuno fare chiarezza su alcuni istituti giuridici. La confisca comporta l'acquisto della proprietà dei beni da parte dello Stato, a titolo originario per consolidato orientamento giurisprudenziale. Pertanto, anche i beni confiscati a seguito di realizzazione o gestione di discarica abusiva ex art. 256 del d.lgs. 152/2006 entrano a far parte definitivamente del "patrimonio pubblico" (Cass. Pen., sent. 28 maggio 2001, n. 21640). La Corte di Cassazione, con orientamento ormai consolidato, (Cass. Pen., I Sez., 14.7.2005, Sent. n. 25979; Cass., Sez. Un., 28.1.-23.3.1998) ha statuito "l'intangibilità della confisca ... anche in considerazione del fatto che, nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che la dispone, ...consegue un istantaneo trasferimento a titolo originario in favore del patrimonio dello Stato del bene che ne costituisce

l'oggetto con conseguente esaurimento della situazione giuridica considerata". Quando si parla di proprietà dello Stato è verosimile ritenere, anche in forza del r.d. 2440/1923, che ci si riferisca all'attuale Ministero dell'Economia e delle Finanze. Quanto detto sin qui appare corroborato dalla circostanza che quando il legislatore ha voluto attribuire la proprietà ad un soggetto giuridico diverso dallo Stato, lo ha detto espressamente, come nel caso del trasferimento dei beni del demanio idrico a Regioni, Province e Comuni, ai sensi del d.lgs. 28.5.2010, n. 85. Comunque la distinzione tra titolarità della proprietà e potestà gestoria è un elemento caratteristico dei nuovi schemi di organizzazione amministrativa affermatasi negli anni Novanta. Nello specifico ci si riferisce all'art. 65 del d.lgs. 300/1999 che espressamente separa la proprietà, dalla competenza gestoria. Per la sopra citata disposizione normativa: "All'Agenzia del Demanio è attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato". L'Agenzia non è dunque proprietaria dei beni che gestisce, la cui titolarità spetta allo Stato, ma assolve, per espressa disposizione di legge, le sole funzioni gestorie unicamente in relazione a beni immobili. La specificazione che le norme sulla gestione si riferiscono ai soli beni immobili, fatta salva la competenza prevista da normativa speciale, di altri soggetti pubblici, è stata ribadita anche nel d.l. n. 95 del 2012 convertito in l. 135/2012 all'art. 3 co. 18. Sembra necessario chiarire anche che le norme di cui agli artt. 195 e seguenti del codice in materia ambientale riguardano la ripartizione di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali limitatamente all'ordinario processo di smaltimento dei rifiuti, attribuendo in linea generale al potere centrale ampie potestà di organizzazione e coordinamento. Ripartizione di competenze che non incide sulla gestione dei beni confiscati collegati alle fattispecie di reati ambientali di cui parla lo stesso codice, La richiesta di parere tuttavia sembra rivolgersi nello specifico alle competenze gestorie piuttosto che a problematiche inerenti la proprietà. Al fine di rispondere al quesito posto sono inoltre necessari anche alcuni chiarimenti in ordine alla natura giuridica della confisca prevista

dall'art. 256 co. III d.lgs. 3.4.2006 n. 152. La stessa va ricondotta nell'alveo delle misure di sicurezza patrimoniali previste in via generale dall'art. 240 c.p.. Detto istituto ha invero come presupposto applicativo anche la pericolosità del bene soggetto al provvedimento ablativo e questo, peraltro, è l'unico elemento di continuità con la confisca quale misura di prevenzione patrimoniale prevista dalla normativa antimafia. I due istituti, di fatto divergono sotto plurimi profili che, sia pur sinteticamente, occorre ricordare. In primo luogo ai fini dell'applicazione della confisca quale misura di sicurezza patrimoniale tanto la norma codicistica, quanto quella speciale, prevedono la sussistenza di un pronunziamento di condanna laddove, per quel che riguarda la misura di prevenzione patrimoniale, essa giunge all'esito di un procedimento, quello di prevenzione, che non richiede la condanna del proposto bensì la mera sussistenza d'indizi rispetto a delitti di criminalità organizzata. La linea di demarcazione più profonda fra i due istituti, giova ripeterlo ontologicamente diversi fra loro, è allora costituita dall'individuazione dei soggetti destinatari delle due misure. Circa la confisca quale misura di sicurezza, la stessa può essere applicata solo al soggetto condannato, laddove per la misura di prevenzione i soggetti destinatari sono preindividuati dalla norma dianzi indicata. A ciò consegue che la confisca irrogata ex art. 256 cit., potendo essere applicata solo a seguito di una condanna o della sentenza di applicazione di pena su richiesta delle parti, non rientra nell'alveo delle misure di prevenzione. Ovviamente, in linea teorica, le aree sulle quali si commette il reato di discarica abusiva non sono astrattamente escluse dalla possibilità di confisca di prevenzione, ma sulla base di un procedimento diverso e che non prevede l'applicazione della norma incriminatrice de qua. La diversa natura del provvedimento e del procedimento di applicazione conducono pertanto a diverse conseguenze rispetto al soggetto pubblico cui compete la gestione del bene confiscato. Nella ipotesi di confisca a seguito di condanna, è soggetto preposto alla gestione l'Agenzia del Demanio, laddove invece si tratti di reati contro la criminalità organizzata, previsti

dalla normativa antimafia, sia quando la confisca viene disposta nell'ambito di un procedimento di prevenzione - e, quindi, quale misura di prevenzione - sia quando la confisca viene decretata in esito ad un procedimento di cognizione - e, quindi, quale misura di sicurezza -, per la gestione dell'immobile confiscato si dovrà fare esclusivo riferimento all'Agenzia per la Amministrazione e Gestione dei Beni Confiscati alla Criminalità Organizzata, soggetto giuridico istituito per tale finalità dalla l.50/2010, modificata dalla l. 159 del 2011.

Ai sensi del già citato art. 65 del d.lgs. 300 del 1999, come modificato dal d.lgs. 173 del 2003 la competenza nella gestione del Demanio è limitata ai soli beni immobili si legge infatti nel testo di legge: "All'Agenzia del Demanio è attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili". "All'Agenzia è altresì attribuita la gestione dei beni confiscati. L'agenzia può stipulare convenzioni per le gestioni dei beni immobiliari con le regioni, gli enti locali ed altri enti pubblici. Può avvalersi, a supporto delle proprie attività estimative e sulla base di apposita convenzione, dei dati forniti dall'osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia del Territorio". In mancanza di una regolamentazione specifica per la categoria di beni, come si è verificato con la legge 50/2010, che ha istituito un nuovo soggetto giuridico quale "l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata" per la gestione del patrimonio immobiliare sottratto alla criminalità organizzata, sembra si possa applicare la norma di carattere generale citata. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 256 d.lgs. 152 del 2006, coniugato il tenore letterale della norma con la natura giuridica dell'istituto della confisca,

da riconnettersi come detto nella categoria delle misure di sicurezza patrimoniali, sembra potersi affermare che gli obblighi di bonifica previsti dalla disposizione citata incombano esclusivamente sul condannato, qualora questo sia proprietario dell'area, ovvero esso proprietario abbia comunque partecipato - *rectius* - concorso alla realizzazione della condotta incriminata. Invero, attesa anche la natura giuridica e la ratio della misura di sicurezza patrimoniale, sembra doversi escludere la responsabilità del proprietario dell'immobile, in buona fede, circoscrivendola quindi solo al caso di concorso nel reato. La conclusione sembra l'unica armonica rispetto al costante orientamento della Suprema Corte, volto ad escludere i presupposti del provvedimento ablativo della proprietà in tutti i casi in cui sia esclusa la sua responsabilità e, comunque il titolare del diritto reale risulti in buona fede. Tali conclusioni, oltre a conformarsi al generale principio di personalità della responsabilità penale e tutela dell'incolpevole affidamento del terzo in buona fede (C. cost., sent. 10.1.1997, n. 1), rispondono ad uno specifico orientamento della Cassazione in materia di confisca. Non a caso la Cassazione afferma che "la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito" e neanche può pregiudicare eventuali diritti reali di garanzia a favore di terzi, che "pur avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole finalizzata a dimostrare la reale estraneità al reato" (Cass. Pen., sez. I, sent. 29.4.2010, n. 29378). Ancor più incisivamente tale orientamento è stato recentemente riaffermato proprio in riferimento al reato di discarica abusiva, giungendo, in ipotesi di comproprietà, a limitare la confisca "alla sola quota del comproprietario responsabile del reato escludendo la quota del soggetto estraneo" (Cass. Pen., Sez. III, 2.7.2010, n. 37199). Alla luce di quanto sopra evidenziato, non è un caso che il disposto normativo del più volte citato art. 256 cod. amb. nel momento stesso in cui dispone la confisca, fa salvi gli obblighi di bo-

nifica o di ripristino dello stato dei luoghi, lasciando intendere chiaramente che quegli obblighi permangono a carico dell'autore o compartecipe del reato e salva, la responsabilità sussidiaria del proprietario non responsabile, prevista dall'art. 253 cod. amb. Sul punto 2 quale sia il soggetto pubblico competente alla gestione dei beni confiscati all'esito di procedimenti di confisca disposti nell'ambito della normativa in materia di immigrazione clandestina ex d.lgs. 286-1998 e successive modifiche. Ai sensi dell'art. 12, co. 5 bis, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 "... Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque cede a titolo oneroso un immobile di cui abbia la disponibilità ad un cittadino straniero irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina". Nel caso di specie, non sembrano emergere particolari problemi ermeneutici, rimandando la legge speciale alla normativa generale sui beni confiscati, in quanto applicabile, sicchè si ritiene che in linea teorica, la gestione e la destinazione di tali beni possa rientrare nella competenza del Demanio attribuita dal già citato art. 65 del d.lgs. 300 del 1999, come modificato dal d.lgs. 173 del 2003, precisando che la gestione deve considerarsi quale attività residuale ed eccezionale dovendo possibilmente il bene essere subito venduto con le modalità previste dall'art. 86 delle disp. att. c.p.p., cercando così di limitare gli oneri per la amministrazione. Sul punto 3 quale sia, nella ipotesi di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (l. 488 del 1992) ex art. 640 bis cp, il procedimento da seguire dopo la confisca, essendo applicabili gli artt. 640 quater cp e 322 ter c.p. e come ci si debba regolare nella ipotesi in cui oggetto

della confisca a seguito delle citate disposizioni normative, siano società.
Il Demanio chiede quale sia il percorso da seguire per il recupero del credito erariale nella ipotesi di indebita percezione di contributi ex l. 488/1992, qualora sia intervenuta sia la revoca da parte della Amministrazione del contributo, che la confisca della società, qualora si versi nella fattispecie di cui all'art. 640 quater c.p.. Più precisamente codesta Agenzia chiede se sia esperibile per il recupero dei contributi indebitamente erogati, non l'ordinaria procedura che prevede l'intervento del concessionario della riscossione sulla base dei provvedimenti di revoca emessi dal competente Dipartimento, ma mediante la vendita della stessa società a cura della Agenzia, tramite l'amministratore giudiziario, con procedura di gara alla quale dovrebbe prendere parte anche il MISE, mediante un proprio rappresentante in seno alla gara, facendo riferimento ad una esperienza maturata dal Demanio nella gestione delle società confiscate alla criminalità organizzata. Va preliminarmente posto in evidenza che nella richiesta di parere si richiama un provvedimento emesso dal Tribunale di Palermo, che però non è stato messo a disposizione della Scrivente. Il procedimento speciale di vendita individuato dal Demanio non sembra percorribile sulla base del seguente ordine di considerazioni. Il quesito rimanda, come già anticipato, alla fattispecie regolata dall'art. 640 quater cp. La norma sancisce la applicabilità dell'art. 322 ter c.p. (confisca) alle fattispecie di cui all'art. 640 co. 2 n. 1 c.p. (truffa a danno dello Stato o di altro ente pubblico), 640 bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche). L'art. 322 ter c.p., richiamato dall'art. 640 quater, consente la confisca per equivalente nelle ipotesi in cui la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato in esso considerato sia impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia determinato la perdita o il trasferimento irrecoverabile (Cass. Pen., Sez. V, 1.10.2002 n. 32797). La confisca prevista dall'art. 322-ter c.p. (delitti contro la P.A.) è stata inserita nel c.p. dall'art. 3, co. 1, l. 29.9.2000, n. 300, che prevede in caso di condanna che venga disposta la confisca dei beni che costituisco-

no il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, dei beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo. Ai sensi dell'art. 86 disp. att. c.p.p. i beni oggetto di confisca penale sono destinati alla vendita, salvo che per essi non sia prevista una specifica destinazione. La vendita dei beni è regolata dagli artt. 149, 152, 153, 154 e 156 del T.U. sulle spese di giustizia contenuto nel d.P.R. 30.5.2002, n. 115. Per la vendita si deve seguire l'iter procedimentale indicato dalla sopra citata disposizione normativa, ossia: la vendita è eseguita a cura dell'Ufficio, anche a mezzo degli istituti di vendite giudiziarie (art. 152 T.U.), e le somme ricavate dalla vendita sono devolute alla cassa delle ammende (art. 154 T.U.), dedotte le spese sostenute nella procedura di vendita (art. 156 T.U.). L'art. 149 del citato T.U. detta, però, una norma di raccordo in forza della quale la vendita dei beni sottoposti a sequestro penale, e quindi alla successiva confisca, è regolata dalle norme citate, se non diversamente previsto da norme speciali. In linea generale dunque i beni confiscati vanno venduti (art. 86 disp. att. c.p.p.) seguendo le procedure previste dal TU sulle spese di giustizia (artt. 153 ss. TU spese di giustizia). Dunque è tramite la vendita che l'Erario può astrattamente rientrare dei contributi illegittimamente percepiti dall'impresa poi confiscata. Ciò premesso è pur vero che il predetto TU (art. 149) astrattamente configura delle possibili deroghe. Nella fattispecie in esame una deroga potrebbe essere costituita dalla ipotesi prevista dal d.lgs. 270/1999 e successive modifiche, che offre la possibilità di procedure particolari di vendita con forme adeguate alla natura dei beni e finalizzate al migliore realizzo, in conformità ai criteri stabiliti dal Ministero dello Sviluppo Economico. Tuttavia, per potersi applicare questa normativa è però preventivamente necessario verificare la sussistenza dei requisiti di ammissione di cui all'art. 2 del citato d.lgs. 270, come modificato da ultimo con l. 244/2007 (legge finanziaria per l'anno 2008), art. 1, co. 257. In generale l'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale che caratterizza la

grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali. Ne discende che vi sono soggette anzitutto imprese aventi requisiti tali da comprovarne le grandi dimensioni (numero di lavoratori subordinati non inferiori a 200 e debiti per un ammontare non inferiore ai due terzi del totale dell'attivo dello stato patrimoniale e dei ricavi dell'ultimo esercizio).

La summenzionata finanziaria del 2008 ha inoltre esteso la portata applicativa della normativa de qua, anche in mancanza dei requisiti dimensionali di cui sopra, alle imprese confiscate ai sensi della l. 575/1965 (v. ora, il d. lgs. n. 159/2011).

Nel caso di specie non risulta che le imprese oggetto della richiesta di parere soddisfino le condizioni per essere definite "grandi" imprese né risulta, dalla documentazione in possesso della Scrivente, che le confische di cui si discute siano in qualche modo ricollegabili alle fattispecie previste dalla legge 575/1965 (v. il d.lgs n. 159/2011). A tal proposito va comunque rilevato che codesta Agenzia non ha trasmesso, come già posto in evidenza, la sentenza del Tribunale di Palermo. Peraltro va evidenziato che, qualora i provvedimenti ablativi fossero stati disposti ai sensi della più volte citata l. 575, la gestione dei beni sarebbe spettata comunque alla Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata in forza del richiamato d.lgs. n. 159/2011.

Pertanto, alla luce di quanto rappresentato, non si ravvisano gli estremi per derogare alle procedure di vendita di cui al T.U. sulle spese

di giustizia (vedi anche parere dell'Avvocatura distrettuale di Catanzaro del 2.2.2010 prot. 1655). Si precisa da ultimo, alla luce delle condizioni economiche e finanziarie delle imprese oggetto di confisca, che, qualora le stesse falliscano, si applicheranno le norme sul fallimento. La circostanza che una società sia stata confiscata non porta come conseguenza di poter escludere la dichiarazione di fallimento della stessa, sicché sussistendo lo stato di insolvenza, anche una società che sia stata totalmente o parzialmente confiscata deve necessariamente ritenersi soggetta a fallimento. Il principio della fallibilità delle società commerciali di cui lo Stato sia socio, risulta costantemente affermato dalla giurisprudenza. Sul punto si allega comunque altro parere della Scrivente che ha diffusamente trattato il profilo.

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra non configurabile il percorso speciale di vendita e recupero delle agevolazioni ex lege 488/1992 evidenziato nella nota del 23 settembre u.s.

Il procedimento da seguire, come peraltro anche evidenziato dalla Avvocatura di Catanzaro, nel parere del 2.2.2010, già richiamato, è quello di cui all'art. 86 disp. att. c.p.p. e artt. 149 ss. T.U. in materia di spese di giustizia, in forza del quale dovrà procedersi a mezzo degli appositi istituti di vendita giudiziaria, non trovando fondamento giuridico, per la fattispecie in esame, la considerazione della esperienza acquisita dal Demanio relativamente alla gestione di società confiscate alla criminalità organizzata.

La questione è stata esaminata dal Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 22.10.2012.

«.....GA.....»

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

TIROCINI AL PARLAMENTO EUROPEO: SCADE IL 15 MAGGIO IL TERMINE PER PRESENTARE LA CANDIDATURA

Il Parlamento europeo offre diverse possibilità di tirocinio all'interno del suo Segretariato generale. Entro il 15 maggio è possibile inviare la propria candidatura per i tirocini Robert Schuman (per laureati) e per il programma pilota per persone con disabilità. Per ulteriori informazioni cliccare sul portale www.gazzettaamministrativa.it (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dip. Politiche europee, comunicato del 3.4.2013).

«..... GA.....»

I DIRITTI DEL PASSEGGERO A PORTATA DI UN CLICK: L'UE CHIARISCE IL QUADRO DEI DIRITTI CHE IN CASO DI PROBLEMI DURANTE UN VIAGGIO TUTELANO I CITTADINI EUROPEI

L'UE si è impegnata a mettere i passeggeri al centro della sua politica dei trasporti ed ha creato un'apposita pagina web sui "diritti del passeggero" per informarli dei propri diritti qualora si verificano dei problemi durante un viaggio, indipendentemente dal mezzo di trasporto scelto o dal fatto che tale viaggio venga effettuato completamente all'interno di uno stesso Paese, in seno all'Unione europea oppure oltrepassando i suoi confini. Imbarco negato? Cancellazione? Lunghi ritardi? Bagaglio smarrito? Bisogno di assistenza? Se

viaggiate in Europa o anche al di fuori dell'Unione, i cittadini europei sono titolari di un insieme di diritti e l'obiettivo della UE è di farli conoscere prima di partire per poterli esercitare qualora qualche problema dovesse verificarsi durante il viaggio. Per accedere alla pagina web ed approfondire l'argomento cliccare sul portale www.gazzettaamministrativa.it (Commissione europea, I Tuoi diritti di passeggero in mano, 2.4.2013).

«..... GA.....»

UE: LA CROAZIA DAL 1 LUGLIO DIVENTERÀ IL 28ESIMO PAESE DELL'UNIONE EUROPEA

Il prossimo 1° luglio la Croazia diventerà il ventottesimo Paese membro dell'Unione Europea. Lo ha annunciato la Commissione europea che ha presentato il rapporto finale sull'adesione del Paese all'UE. Per saperne di più cliccare sul portale www.gazzettaamministrativa.it (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dip. Politiche Europee, comunicato del 26.3.2013).

«..... GA.....»

LA GAZZETTA UFFICIALE UE VERRÀ PUBBLICATA SOLO IN FORMATO ELETTRONICO

Il Consiglio dell'Unione Europea ha stabilito, con regolamento n. 216/2013 del 7.3.2013 che, a decorrere dal quarto mese dall'entrata

*in vigore del regolamento, la Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea sarà pubblicata, nelle lingue ufficiali dell'Unione, esclusivamente in formato elettronico. L'edizione elettronica della Gazzetta ufficiale reca una firma elettronica avanzata, basata su un certificato qualificato e creata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, conformemente alla dir. 1999/93/ CE. Il certificato qualificato e i suoi rinnovi sono pubblicati sul sito web EUR-Lex al fine di permettere al pubblico di verificare la firma elettronica avanzata e l'autenticità dell'edizione elettronica della Gazzetta ufficiale (**Regolamento n. 216/2013 del 7.3.2013, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 13.3.2013**).*

«..... GA.....»

AGENZIA DELLE DOGANE: CHIARIMENTI SULLA POSSIBILITÀ DI UTILIZZO DA PARTE DEGLI ITALIANI DI AUTOVEICOLI IMMATRICOLATI IN PAESI TERZI

L'agenzia delle Dogane fa chiarezza in materia di utilizzo nella UE di autoveicoli immatricolati in Svizzera da parte di soggetti residenti in Italia evidenziando come, ai sensi di tale normativa vigente in materia, è consentito il passaggio ai valichi di persone con residenza nella UE alla guida di autovetture immatricolate in paesi terzi (es. Svizzera), in esonero totale dal pagamento dei dazi all'importazione (e di conseguenza dell'IVA, ai sensi dell'art. 67 del d.P.R. 26.10.1972 n. 633), nei seguenti casi: 1. Uso a titolo occasionale e di emergenza per un periodo massimo di cinque giorni; 2. Mezzo di trasporto in locazione per un periodo massimo di otto giorni purché il relativo contratto sia stato stipulato con azienda estera avente per oggetto sociale la locazione di autoveicoli per uso privato ed esibito all'autorità doganale all'atto dell'ingresso nella UE; 3. In caso di utilizzo sistematico per motivi di lavoro di autoveicoli e altri mezzi di trasporto immatricolati all'estero l'esonero è concesso per un biennio su autorizzazione rilasciata dall'autorità doganale competente a seguito di previa formale istanza. Pertanto, l'utilizzo senza l'autorizza-

*zione doganale, da parte di un residente in Italia di un'auto immatricolata in paesi terzi, comporta la denuncia per contrabbando sin dall'atto di ingresso nel territorio UE, ai sensi dell'art. 216 del T.U.L.D. (d.P.R. 23.1.1973, n. 43), l'applicazione di una sanzione da due a dieci volte i diritti doganali gravanti sul valore del mezzo di trasporto (dazio e IVA) e la confisca del mezzo stesso (**Agenzia delle Dogane, comunicazione 7.5.2012**).*

«..... GA.....»

COMITATO PORTUALE: NELLA NOMINA DEI RAPPRESENTANTI DELLE DIVERSE CATEGORIE ECONOMICHE ALL'INTERNO DEL COMITATO PORTUALE LA MISURA DELLA RAPPRESENTATIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI NAZIONALI DI CATEGORIA, CHIAMATE ALLA DESIGNAZIONE, DEVE ESSERE VERIFICATA IN SEDE LOCALE

*Il principio di stretta democraticità nella nomina dei rappresentanti delle diverse categorie economiche all'interno del Comitato Portuale esige che tale organo collegiale costituisca l'espressione più immediata dei soggetti che operano all'interno del contesto territoriale di riferimento, con la conseguenza che la misura della rappresentatività delle organizzazioni nazionali di categoria, chiamate alla designazione, deve essere comunque verificata in sede locale (cfr. al riguardo CdS, VI, 3.2.2000 n. 646) (**Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 13.5.2013, n. 2597**).*

«..... GA.....»

VICENDA "QUOTE LATTE": IL CALCOLO DEGLI INTERESSI DEVE AVVENIRE DAL MOMENTO DELLA COMUNICAZIONE AI PRODUTTORI ED AI PRIMI ACQUIRENTI DA PARTE DI AIMA DEL PRELIEVO DOVUTO PER LE ANNATE DI RIFERIMENTO

Torna all'esame del giudice capitolino la questione già risolta con la sentenza della Se-

zione del 6.7.2011, n. 5975 (ed altre dello stesso tenore: in particolare, cfr TAR Lazio, Sez. II ter, 12.7.2011, nn. 6191, 6184, 6221 e 6224), con le quali sono state, altresì, richiamate ulteriori pronunce della giurisprudenza amministrativa che, nel tempo, ha avuto modo di affrontare le questioni riguardanti la complessa vicenda delle c.d. “quote latte”. Trattandosi, quindi, di questioni analoghe affrontate con le citate sentenze (le cui argomentazioni sono state anche integrate nell’ambito di altre pronunce: vgs, tra le tante, TAR Lazio, sez. II ter, n. 3805/2012, 4426/2012 e 4718/2012 e, ancora più di recente, 26.5.2012, n. 4786, 29.5.2012, n. 4866, 27.6.2012, nn. 5906 e 5907), il Collegio, non avendo motivi di discostarsene, si è richiamato integralmente alle argomentazioni ivi contenute respingendo le censure proposte con il ricorso in esame tranne quella relativa alla imputazione degli interessi che va invece accolta, richiamando integralmente, anche in

questo caso, le numerose sentenze pronunciate al riguardo (cit. TAR Lazio, Sez. II ter, 6.7.2011, n. 5975 e le altre dello stesso tenore, 12.7.2011, nn. 6191, 6184, 6221, 6224 e, più di recente, 16.5.2012, n. 4426 e 11.6.2012, n. 5279), dalle quali non si ha motivo per discostarsi. È noto, invero, che i predetti interessi sono stati calcolati dal 1.9.1996 (per l’annata 1995/96) e dal 1.9.1997 (per la campagna 1996/97) quando, invece, le comunicazioni del calcolo della compensazione nazionale sono state inviate dapprima nel luglio 1999 e, poi, nel mese di ottobre 1999 (sostitutive delle precedenti) e che, pertanto, in assenza di un obbligo di trattenuta da parte dei primi acquirenti, il calcolo degli interessi non può che avvenire dal momento della comunicazione ai produttori ed ai primi acquirenti da parte di AIMA del prelievo dovuto per le annate di riferimento (TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, sentenza 4.1.2013, n. 59).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

CORRUZIONE POLITICA E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: LE CONNIVENZE PERICOLOSE

del Prof. Vincenzo Musacchio

Uno dei meccanismi per tentare di analizzare le varie tipologie di corruzione politica consiste nell'esaminare e confrontare i dati statistici nazionali sulla corruzione nel settore pubblico.

One of the mechanisms for groped to analyze the various types of political corruption is to examine and compare national statistics on corruption in the public sector.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le forme associative. 3. Il coinvolgimento diretto e le ulteriori modalità associative. 4. I fattori predisponenti la corruzione politica. 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Uno dei meccanismi per tentare di analizzare le varie tipologie di corruzione politica consiste nell'esaminare e confrontare i dati statistici nazionali sulla corruzione nel settore pubblico¹.

Confrontando le statistiche giudiziarie in tutta l'Unione europea però non emerge un quadro generale adeguatamente chiaro soprattutto perché le legislazioni europee differiscono notevolmente tra loro in materia di corruzione.

Le statistiche nazionali, inoltre, non esplicano chiaramente il livello effettivo di corruzione di un Paese.

Le problematiche si concentrano in primis sulla natura di tali reati e non forniscono dettagli sufficienti circa la particolare istituzione pubblica a cui la corruzione è attinente. Queste discrasie nel loro insieme rendono difficile stimare se il problema possa focalizzarsi a livello parlamentare, nel governo, o in altre istituzioni pubbliche.

Tali dati statistici e giudiziari non fanno luce neanche sull'attribuibilità della corruzione a categorie specifiche.

La portata e il livello di complessità delle

metodologie di corruzione politica, così come i danni inflitti allo Stato ed alla società, di solito, sono molto più estesi di quanto possa emergere dai dati statistici e giudiziari.

La corruzione politica attualmente rappresenta lo strumento più efficace e potente che i criminali possono utilizzare, in quanto, permette di influenzare la burocrazia, le forze dell'ordine, la magistratura nonché, in alcuni casi, l'economia e le forze sociali.

I politici molto di rado si associano con i criminali di basso livello coinvolti in attività relative ai mercati illegali, come la droga o la prostituzione.

Di conseguenza più alta è la sofisticazione e la complessità del crimine e la sua apparente "liceità", maggiore è la probabilità del legame tra criminalità e politica.

La vasta gamma delle attività di corruzione di norma comincia dalla associazione con gli imprenditori coinvolti in frodi fiscali, falsi in bilancio e riciclaggio di denaro, e si estende a connessioni con società rispettabili coinvolte in casi di appalti pubblici truccati, finanziamento illegale dei partiti politici sino ad arrivare a vere ipotesi di corruzione e concussione.

I modelli prevalenti del legame criminalità organizzata e politica sono determinati, sia

¹ *Intervento tenuto al "Forum europeo contro la corruzione" Parlamento Europeo, Bruxelles 12.4.2013.*

dalla natura del crimine organizzato, sia dalla natura della cultura politica, sia dal sistema politico di uno Stato membro.

Quando il crimine organizzato riesce ad estendere le proprie attività criminali nei mercati legali e riesce ad acquisire una parvenza pubblica “pulita”, la capacità di connivenza tra corruzione politica e criminalità organizzata aumenta e si rafforza notevolmente.

Il volto “*apparentemente sano*” di un criminale si presta benissimo alla legittimità di incontrare apertamente politici e funzionari pubblici e sostenere le loro campagne politiche, o usare il proprio peso economico per sostenere i vari partiti politici.

Ogni volta che si osservano collegamenti diretti di politici e criminali coinvolti in affari illegali, la forza economica acquisita illecitamente, ma apparentemente legittima, consente l’uso della corruzione per commettere i crimini più sofisticati in danno dello Stato e della collettività.

Molti esponenti della criminalità organizzata hanno consolidato la loro carriera in settori strategici dell’economia soprattutto nel periodo caotico delle grandi privatizzazioni e sono riusciti a trasformarsi in importanti soggetti economici in grado di influenzare direttamente la politica.

Nell’ultimo decennio il loro coinvolgimento in crimini di corruzione - in settori come fondi europei, appalti pubblici, settore immobiliare - ha permesso di trasformare il rapporto con i politici in una forma addirittura socialmente accettabile.

Un ulteriore fattore predisponente al rafforzamento dei rapporti tra crimine organizzato e corruzione politica è dato anche dall’instabilità politica e dai frequenti cambiamenti di governi.

Nei Paesi in cui i sistemi bancari beneficiano di regime speciale (o in cui tale regime esisteva prima), come l’Austria, Cipro e Lussemburgo, la politica ha consentito agli imprenditori collegati alla criminalità organizzata di utilizzare il sistema finanziario e di investire indisturbatamente in questi Paesi. I politici in queste circostanze si rivelano essere gli intermediari più affidabili per questo tipo di operazione illegali.

2. Le forme associative.

La maggior parte dei rapporti tra corruzione politica e criminalità organizzata non sono mai casuali.

Le reti della corruzione, infatti, si attivano quando occorre, mentre, i legami di fiducia si sviluppano sul lungo periodo.

Per i politici e i funzionari corrotti, la criminalità organizzata realizza un investimento a lungo termine. Solitamente si comincia col fare donazioni per sostenere la campagna elettorale di qualcuno, o favori generici senza l’aspettativa di un ritorno a breve termine. Questo si nota soprattutto nei confronti di quei politici corrotti la cui immagine pubblica di solito è senza macchia.

La criminalità organizzata si affida spesso a soggetti apparentemente ineccepibili al fine di creare un’immagine positiva nella comunità locale e rendere il loro rapporto con i politici fittiziamente legittimo.

Questo genere di rapporti è spesso utilizzato da imprenditori collusi con la criminalità organizzata per poter vincere una gara pubblica. La commissione dei principali reati di corruzione avvengono spesso tramite intermediari, che forniscono la garanzia per realizzare un accordo di natura corruttiva che violi in modo apparentemente legale le regole del mercato.

A livello locale, gli uomini d’affari collusi con le mafie ambiscono sempre più spesso al settore degli appalti pubblici attivando la propria rete di corruzione per ottenere protezione politica da utilizzare a livello nazionale ed europeo e riuscendo in alcuni casi persino ad eludere indagini contabili o di natura penale.

Tali rapporti simbiotici possono essere osservati innanzitutto quando la protezione è fornita per occultare attività criminali, o quando i politici corrotti traggono beneficio diretto dal sistema degli appalti pubblici fraudolenti.

A livello locale, questo tipo di “*relazioni pericolose*” sembrano essere comuni in molti Paesi della UE.

Essi sono particolarmente presenti nelle regioni di confine, nelle regioni turistiche, o in aree dove il crimine organizzato ha le proprie roccaforti.

La criminalità organizzata, infatti, spesso

investe i propri proventi illeciti in attività legali che hanno un'influenza notevole sulle economie locali acquisendo così un notevole consenso sociale.

3. Il coinvolgimento diretto e le ulteriori modalità associative.

Quando soggetti con un passato criminale o coinvolti in attività criminali entrano in politica, allora si può parlare di "coinvolgimento diretto" e di corruzione del processo politico democratico. La partecipazione diretta dei criminali in politica è rara, e quasi mai rappresenta il loro metodo preferito per esercitare un'influenza efficace.

Questo perché, la partecipazione elettorale diretta inevitabilmente li porrebbe sotto i riflettori. Il coinvolgimento personale però potrebbe fornire loro legittimità e capacità di influenzare i meccanismi della giustizia penale nonché il sistema della distribuzione delle risorse economiche.

A livello nazionale, ci sono tre esempi più comuni:

- 1) corruzione dei parlamentari,
- 2) corruzione dei membri del Governo,
- 3) corruzione all'interno degli enti locali con predisposizione verso le regioni.

Esistono, inoltre, vari modi per stabilire le connivenze di cui sopra:

A) Il sistema delle tangenti è sicuramente tra i metodi più comuni ed utilizzati. Gli scambi di favori, il clientelismo, il traffico di influenze sono molto comuni in quasi tutta Europa.

B) Varie forme di corruzione mediata avvengono attraverso il sistema clientelare e nepotistico. Gli imprenditori possono vincere una gara pubblica o vedersi favorire la loro attività perché appartengono alla lobby "giusta". Il "favore" può essere restituito anche dopo un lungo periodo di tempo. Il tutto si regge su un rapporto fiduciario strettissimo (parenti, amici, stessa categoria).

C) La corruzione politica risulta più comune per i partiti politici, e si attua spesso attraverso il sistema del finanziamento illecito.

D) Nelle zone in cui la criminalità organizzata o i politici corrotti hanno influenza su di un numero significativo di elettori, o potrebbero influenzare gli elettori come datori

di lavoro, viene utilizzato il sistema del voto di scambio politico-elettorale.

E) Un'altra forma molto comune è quella delle cd. "lobbies di potere" che unendosi tra loro sostengono gli interessi di certi politici.

F) Le minacce ed i ricatti sono meccanismi che vengono utilizzati dalla criminalità organizzata in casi estremi spesso per costringere i politici a comportamenti di favore.

Non sono rari casi dove ai politici locali sono offerti favori sessuali o grosse tangenti in cambio di benefici alla criminalità organizzata. Una simile tattica è spesso usata oltre che per i politici anche per gli alti funzionari pubblici.

4. I fattori predisponenti la corruzione politica.

I fattori che influenzano la corruzione politica, sono particolarmente complessi e non risultano sufficientemente approfonditi in ambito europeo.

Nei Paesi membri spesso esistono situazioni locali specifiche che possono favorire pratiche di corruzione:

1) fattori culturali e percezione della corruzione da parte dei cittadini: la percezione pubblica che la corruzione sia "normale" gioca un ruolo importante, soprattutto a livello locale. La rielezione dei leader che sono sotto inchiesta o condannati per corruzione rappresenta probabilmente l'esempio più notevole.

2) sistemi clientelari: un sistema di scambio di favori e di clientelismo è considerato sempre più frequentemente comune e accettabile. La collusione tra politici e uomini d'affari nei meccanismi della corruzione è normale. I partiti politici spesso non sono vincolati ad iscrivere nei propri bilanci le imprese che finanziano le loro campagne politiche, quindi, ricevono favori reciproci, soprattutto, una volta che i politici sono eletti.

3) esistenza di società segrete: un fattore che facilita la corruzione è l'esistenza di società segrete, come le logge massoniche. Queste società offrono l'opportunità per i politici di incontrare in privato uomini d'affari o imprenditori collusi con la criminalità organizzata. In molti Paesi, tale tipo di associazioni con appartenenze ristrette svolgono un ruolo simile.

4) differenziazione di classe: la formazione delle élites e/o lobbies è un processo che va avanti da molti anni. Queste élites creano reti di potere politico, economico e giudiziario finalizzate alla realizzazione e al favoreggiamento di crimini dei colletti bianchi e di collusioni con i sistemi criminali spesso di matrice mafiosa.

5) la percezione pubblica: esponenti della criminalità organizzata possono essere percepiti come “eroi culturali” o “uomini d'onore”. I criminali, in particolare quelli dei colletti bianchi, possono riuscire a costruire una immagine sociale che manipola l'opinione pubblica facendo apparire condotte illecite come apparentemente lecite.

6) corruzione ad alti livelli: tanto si diffonde la corruzione delle élites verso il basso ad altri gruppi sociali, tanto l'impunità sembra aumentare il suo effetto moltiplicatore. Questo processo fa sì che ci sia sempre più familiarità e tolleranza per le pratiche corruttive.

7) livello locale e nazionale: politici e amministratori locali, sono i più vulnerabili alla corruzione. Questi soggetti, geograficamente più vicini ai gruppi criminali organizzati, operano nello stesso ambiente sociale e, pertanto, sono soggetti alle pressioni che tali associazioni criminali esercitano nel territorio.

8) cicli politici e corruzione: una caratteristica che emerge quando si analizzano gli scandali legati alla corruzione negli Stati membri è che negli ultimi decenni molti governi hanno vinto le elezioni fondando le campagne elettorali sulla propaganda anticorruzione.

In Francia (1995), Grecia (2004), e Bulgaria (2009) i cambi di governo sono stati accompagnati dall'emersione di numerosi casi di corruzione politica. 9) collegamento tra corruzione amministrativa e politica: vi è spesso una interdipendenza tra i due tipi di corruzione.

La corruzione amministrativa è semplicemente un aspetto o una conseguenza della corruzione politica. La politicizzazione della pubblica amministrazione spesso può essere considerata un indicatore della corruzione politica. Nella maggior parte dei paesi UE la burocrazia è politicamente dipendente, di con-

seguenza, spesso inefficiente e soggetta a corruzione.

5. Conclusioni.

Le misure contro la corruzione politica sono molto più complesse e variegate dei sistemi di lotta della corruzione ordinaria perché devono includere nei meccanismi preventivi e repressivi i partiti politici locali e nazionali, nonché soggetti appartenenti al potere legislativo, esecutivo e giudiziario, oltre ad appartenenti alle forze dell'ordine.

Notevoli sono gli strumenti utilizzati per questo tipo di lotta:

A) Scioglimento delle assemblee: questa è una misura piuttosto estrema di combattere la corruzione politica a livello locale, ma si è dimostrata tra gli strumenti più efficaci per reprimere il fenomeno a livello locale, dove, di fatto, sono stati sovvertiti i principi democratici e l'equità dei processi elettorali.

B) Leggi sul finanziamento pubblico dei partiti politici: queste leggi, purtroppo, funzionano in modo diverso in tutta l'UE la loro reale efficacia quindi risulta spesso blanda.

C) Organismi specializzati per indagini sulla corruzione politica: alcuni Stati membri hanno istituito enti specializzati finalizzati alla lotta contro corruzione politica. Il compito più difficile sia per la loro creazione che per la loro reale efficacia è quello di garantirne l'indipendenza da pressioni politiche.

D) Trasparenza e pubblicità sulle attività economiche e fiscali dei politici e dei funzionari pubblici: questo è probabilmente un problema comune a tutti gli Stati membri. Tuttavia, è in gran parte inefficace in quanto vari escamotage li rendono irrilevanti e totalmente svuotati di efficacia effettiva (es. paradisi offshore).

La lotta alle mafie ed alla corruzione per espletare una funzione realmente efficace deve diventare elemento fondante di un'idea di trasparenza della politica, dell'economia e del mercato, e di costruzione di un'alternativa di società retta dal rispetto della legalità e dell'etica pubblica.

Il sistema della corruzione attraversa la politica e il rapporto tra imprese e pubblica amministrazione ed è diventato modalità normale di relazioni in alto e in basso della

scala sociale.

La lotta alla collusione tra mafie, politica e corruzione deve diventare lotta permanente del potere e dell'economia e costruzione quotidiana di una nuova concezione dello Stato democratico.

La politica, quindi, non può stare a guardare: deve "ripulire" se stessa senza aspettare la magistratura, facendosi spesso scudo dei tempi della giustizia; deve cambiare le leggi che non consentono di affondare il bisturi nei rapporti tra mafia, corruzione e politica; deve adeguare tutte le normative esistenti all'esigenza di colpire il cuore economico dei rap-

porti mafia-politica, la ripulitura dei capitali criminali favoriti dai processi di finanziarizzazione dell'economia nell'era della globalizzazione e della crisi; deve riportare la giustizia ad essere giusta, riparando i danni delle leggi "ad personam" e ricostruendo l'equilibrio tra il sistema dei diritti e delle garanzie con l'esigenza di una lotta permanente alla corruzione e alle collusioni politico-mafiose; deve promuovere un'idea di governo del territorio che consideri i beni pubblici, indisponibili e quindi sottratti alle logiche del profitto e dell'accumulazione illecita. Lottare questo sistema abietto si può e si deve.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia CE, IV Sez., 18.4.2013 - (C-463/11) pronuncia pregiudiziale

Trasposizione - direttiva che viola condizione qualitativa clausola non incide sulla validità del piano.

L'art. 3, paragrafo 5, della dir. 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27.6.2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, letto in combinato disposto con il par. 4 del medesimo articolo, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la violazione di una condizione qualitativa, richiesta dalla norma di trasposizione di tale direttiva per dispensare l'adozione di un tipo particolare di piano di costruzione da una valutazione ambientale ai sensi della suddetta direttiva, non incide sulla validità di tale piano.

Corte di Giustizia CE, III Sez., 11.4.2013 - (C-258/11) pronuncia pregiudiziale

Direttiva 92/43/CEE - VAS - principio di precauzione.

L'art. 6, par. 3, della dir. 92/43/CEE del Consiglio, del 21.5.1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, deve essere interpretato nel senso che un piano o un progetto non direttamente connesso o necessario alla gestione di un sito pregiudicherà l'integrità di tale sito se è atto a impedire il mantenimento sostenibile delle caratteristiche costitutive dello stesso, connesse alla presenza di un habitat naturale prioritario, per conservare il quale, il sito in questione è stato designato nell'elenco dei siti di importanza comunitaria conformemente alla suddetta direttiva. Ai fini di tale valutazione occorre applicare il principio di precauzione.

Corte di Giustizia CE, IV Sez., 11.4.2013 - (C-260/11) pronuncia pregiudiziale

Onerosità procedimento giurisdizionale - VIA - condizioni.

Il requisito secondo cui il procedimento giurisdizionale non deve essere eccessivamente oneroso, previsto dall'art. 10 bis, quinto comma, della dir. 85/337/CEE del Consiglio, del 27.6.1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, e dall'art. 15 bis, co. 5 della dir. 96/61/CE del Consiglio, del 24.9.1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, come modificate dalla dir. 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26.5.2003, implica che alle persone ivi contemplate non venga impedito di proporre o di proseguire un ricorso giurisdizionale rientrante nell'ambito di applicazione di tali articoli a causa dell'onere finanziario che potrebbe risultarne. Qualora un giudice nazionale sia chiamato a pronunciarsi sulla condanna alle spese di un privato rimasto soccombente, in qualità di ricorrente, in una controversia in materia ambientale o, più in generale, qualora sia tenuto, come possono esserlo i giudici del Regno Unito, a prendere posizione, in una fase anteriore del procedimento, su un'eventuale limitazione dei costi che possono essere posti a carico della parte rimasta soccombente, egli deve assicurarsi del rispetto di tale requisito tenendo conto tanto dell'interesse della persona che desidera difendere i propri diritti quanto dell'interesse generale connesso alla tutela dell'ambiente.

Nell'ambito di tale valutazione, il giudice nazionale non può basarsi unicamente sulla situazione economica dell'interessato, ma deve altresì procedere ad un'analisi oggettiva dell'importo delle spese. Peraltro, egli può tenere conto della situazione delle parti in causa, delle ragionevoli possibilità di successo del richiedente, dell'importanza della posta in gioco per il medesimo e per la tutela dell'ambiente, della complessità del diritto e della procedura applicabili, del carattere eventualmente temerario del ricorso nelle sue varie fasi nonché della sussistenza di un sistema nazionale di assistenza giurisdizionale

o di un regime cautelare in materia di spese. Per contro, la circostanza che l'interessato, in concreto, non sia stato dissuaso dall'esercitare la sua azione non è sufficiente, di per sé, per considerare che il procedimento non sia eccessivamente oneroso per il medesimo.

Infine, tale valutazione non può essere compiuta in base a criteri diversi a seconda che essa abbia luogo in esito ad un procedimento di primo grado, ad un appello o ad un'ulteriore impugnazione.

Corte di Giustizia CE, II Sez., 7.3.2013 - (C-358/11) pronuncia pregiudiziale

Rifiuti pericolosi - pali per telecomunicazioni.

1) Il diritto dell'Unione non esclude per principio che un rifiuto considerato pericoloso possa cessare di essere un rifiuto ai sensi della dir. 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19.11.2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, se un'operazione di recupero consente di renderlo utilizzabile senza mettere in pericolo la salute umana e senza nuocere all'ambiente e se, peraltro, non viene accertato che il detentore dell'oggetto di cui trattasi se ne disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsene ai sensi dell'articolo 3, punto 1, della medesima direttiva, il che spetta al giudice del rinvio verificare.

2) Il regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18.12.2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'Agenzia europea per le sostanze chimiche, che modifica la dir. 1999/45/CE e che abroga il regolamento (CEE) n. 793/93 del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1488/94 della Commissione, nonché la dir. 76/769/CEE del Consiglio e le dir. della Commissione 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE e 2000/21/CE, nella sua versione risultante dal regolamento (CE) n. 552/2009 della Commissione, del 22.6.2009, segnatamente il suo allegato XVII, nei limiti in cui in presenza di determinate condizioni autorizza l'uso del legno trattato con una soluzione cosiddetta «RCA» (rame, cromo, arsenico), deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle del procedimento principale, presenta un

interesse al fine di determinare se un legno del genere possa cessare di essere un rifiuto in quanto, qualora siffatte condizioni fossero soddisfatte, il suo detentore non sarebbe tenuto a disfarsene ai sensi dell'art. 3, punto 1, della dir. 2008/98.

3) Gli artt. 67 e 128 del regolamento n. 1907/2006, nella sua versione risultante dal regolamento n. 552/2009, devono essere interpretati nel senso che il diritto dell'Unione procede ad un'armonizzazione delle prescrizioni relative alla fabbricazione, all'immissione sul mercato o all'uso di una sostanza come quella afferente ai composti dell'arsenico, che forma oggetto di una restrizione in forza dell'allegato XVII del suddetto regolamento.

4) L'all. XVII, punto 19, par. 4, lett. b), del regolamento n. 1907/2006, nella sua versione risultante dal regolamento n. 552/2009, che elenca le applicazioni per le quali, in via derogatoria, può essere usato legno trattato con una soluzione cosiddetta «RCA» (rame, cromo, arsenico), deve essere interpretato nel senso che l'elenco contenuto in tale disposizione è esaustivo e che, di conseguenza, tale deroga non può essere applicata a casi diversi da quelli ivi contemplati. Spetta al giudice del rinvio verificare se, in circostanze analoghe a quelle del procedimento principale, l'uso dei pali per telecomunicazioni in esame, per servire da supporto a passerelle, rientri effettivamente nell'ambito delle applicazioni elencate nella suddetta disposizione.

5) Le disposizioni dell'all. XVII, punto 19, par. 4, lett. d), secondo trattino, del regolamento n. 1907/2006, nella sua versione risultante dal regolamento n. 552/2009, secondo cui il legno trattato con una soluzione cosiddetta «RCA» (rame, cromo, arsenico) non deve essere usato in applicazioni che comportino un rischio di contatto ripetuto con la pelle, devono essere interpretate nel senso che il citato divieto deve essere applicato in qualsiasi situazione che, con ogni probabilità, implichi un contatto reiterato della pelle con il legno trattato, ove una siffatta probabilità deve essere dedotta dalle condizioni concrete di uso normale dell'applicazione per la quale tale legno sia stato impiegato, il che spetta al giudice del rinvio valutare.

Corte di Giustizia CE, I Sez., 28.2.2013 - (C-483/10) ricorso per inadempimento

Inadempimento recepimento dir. 2001/14/CE - utilizzo infrastruttura ferroviaria.

Non avendo adottato le misure legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi agli art. 4, par. 1, 11, 13, par. 2, e 14, par. 1, della dir. 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26.2.2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, come modificata dalla dir. 2007/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23.10.2007, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza di tali disposizioni.

La dir. 2001/14/CE impone agli stati membri di adottare le misure necessarie affinché, in materia di gestione, di amministrazione e di controllo interno in materia amministrativa, economica e contabile, le imprese ferroviarie abbiano uno *status* indipendente in virtù del quale dispongano, in particolare, di un patrimonio, di un bilancio e di una contabilità distinti da quelli degli Stati. Nel rispetto delle regole quadro e specifiche in materia di diritti e di assegnazione stabilite dagli Stati membri, il gestore dell'infrastruttura è responsabile della propria gestione, della propria amministrazione e del proprio controllo interno.

Nei considerando da undicesimo a tredicesimo e trentaquattresimo della direttiva stessa si evince che i sistemi di imposizione dei diritti di utilizzo e di assegnazione della capacità dovrebbero consentire un accesso equo e non discriminatorio a tutte le imprese e cercare, per quanto possibile, di soddisfare le esigenze di tutti i tipi di utenti e di traffico in maniera equa e non discriminatoria.

Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare i gestori dell'infrastruttura ferroviaria ad ottimizzare l'utilizzo della loro infrastruttura.

Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 15.1.2013 - (C-416/10) domanda di pronuncia pregiudiziale

Inquinamento - informazione e partecipazione del pubblico.

1) *L'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel*

senso che un giudice nazionale, come l'odierno giudice del rinvio, ha l'obbligo di sottoporre d'ufficio alla Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale anche quando esso statuisca su rinvio a seguito dell'annullamento della sua prima decisione ad opera del giudice costituzionale dello Stato membro interessato e una norma nazionale gli imponga di risolvere la controversia conformandosi alla valutazione in diritto espressa da quest'ultimo giudice.

2) *La dir. 96/61/CE del Consiglio, del 24.9.1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, come modificata dal regolamento (CE) n. 166/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18.1.2006, va interpretata nel senso che essa: - esige che il pubblico interessato abbia accesso ad una decisione di assenso urbanistico-edilizio, quale quella controversa nel giudizio principale, sin dall'inizio del procedimento di autorizzazione dell'impianto di cui trattasi; - non consente alle autorità nazionali competenti di rifiutare al pubblico interessato l'accesso a tale decisione adducendo la tutela della riservatezza delle informazioni commerciali o industriali prevista dal diritto nazionale o dell'Unione al fine di proteggere un legittimo interesse economico, e - non osta a che un rifiuto ingiustificato di mettere a disposizione del pubblico interessato una decisione di assenso urbanistico-edilizio, come quella controversa nel giudizio a quo, nel corso del procedimento amministrativo di primo grado possa essere sanato nel corso del procedimento amministrativo di secondo grado, a condizione che tutte le alternative siano ancora praticabili e che la regolarizzazione in tale stadio procedurale consenta ancora al pubblico interessato di esercitare un'influenza effettiva sull'esito del processo decisionale, circostanze queste la cui verifica spetta al giudice nazionale.* 3) *L'art. 15 bis della dir. 96/61, come modificata dal regolamento n. 166/2006, deve essere interpretato nel senso che i membri del pubblico interessato devono avere la possibilità, nell'ambito del ricorso previsto da tale norma, di chiedere al competente giudice od organo indipendente e imparziale istituito dalla legge l'adozione di misure provvisorie idonee a sospendere temporaneamente*

l'applicazione di un'autorizzazione ai sensi dell'art. 4 della citata direttiva in attesa della futura decisione definitiva. 4) Una decisione di un giudice nazionale, la quale sia stata adottata nell'ambito di un procedimento nazionale costituente attuazione degli obblighi imposti dall'art. 15 bis della dir. 96/61, come modificata dal regolamento n. 166/2006, e dall'art. 9, par. 2 e 4, della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e

l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus il 25.6.1998 ed approvata a nome della Comunità europea mediante la dec. 2005/370/CE del Consiglio, del 17.2.2005, e che disponga l'annullamento di un'autorizzazione concessa in violazione delle disposizioni di detta direttiva, non è idonea, in quanto tale, a configurare un'ingiustificata lesione del diritto di proprietà del gestore sancito dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Pagamento del tributo in pendenza del processo: compatibilità dell'art. 68 co. 2, d.lgs. n. 546/92 al codice doganale comunitario (Parere prot. 7307 dell'8.1.2013, AL 23083/08, Avv. Gianni De Bellis).

RISPOSTA

Con la precedente nota 26.3.2009 n. 99560, questa Avvocatura esprimeva il proprio parere in ordine al quesito formulato da codesta Agenzia, concernente l'applicabilità dell'art. 68 co. 2 del d.lgs. n. 546/1992 ai soli tributi oggetto di riscossione frazionata ovvero anche a quelli (come le imposte doganali) per i quali opera invece la riscossione totale in pendenza di giudizio. Nel citato parere la Scrivente evidenziava: a) che l'art. 68 co. 2 citato (in forza del quale che, una volta intervenuta una pronuncia di merito della Commissione tributaria che dichiara non dovuto un tributo, l'amministrazione deve provvedere d'ufficio alla restituzione delle somme medio tempore incamerate), si configurava come "un principio di carattere generale, applicabile a tutti i casi di ricorso avverso un atto impositivo, indipendentemente dal fatto che la riscossione del tributo in corso di causa sia frazionata o meno"; b) che l'attribuzione di una sorta di immediata esecutività alla sentenza del giudice di merito (come emerge dall'art. 68 co. 2), appare più coerente con il sistema processuale nel suo complesso", in quanto costituisce la regola nel processo civile (art. 282 c.p.c.); c) che anche per le misure cautelari in materia tri-

butaria il legislatore ne aveva previsto la caducazione in presenza di una sentenza di merito sfavorevole all'Amministrazione, ancorchè non definitiva (art. 22 d.lgs. n. 472/1997); d) che in tal senso era anche orientata la giurisprudenza della Suprema Corte in tema di fermo amministrativo ex art. 69 L. Cont. St. Il parere citato non si occupava del diverso problema delle garanzie, al quale non si faceva cenno nella richiesta di parere formulata con la nota 11.6.2008 n. 1610/IV/08. Con la nota 16.4.2012 n. 40951/R.U., codesta Agenzia ha ora evidenziato: 1) che l'interpretazione della Scrivente data nel citato parere 26.2.2009 "era stata confermata anche dalla Commissione Europea - Direzione Generale TAXUD" con nota 23.11.2009 n. 371939, alla quale codesta Agenzia aveva rivolto specifico quesito in relazione ai dazi doganali; 2) che la D.G. TAXUD aveva evidenziato: - che la legislazione doganale comunitaria non conteneva disposizioni che disciplinassero gli effetti sulle garanzie di una sentenza di merito impugnata dall'amministrazione; - che conseguentemente trovava applicazione la legislazione nazionale; - che prevedendo quest'ultima l'immediata esecutività della sentenza (anche se impugnata dall'amministrazione), l'eventuale garanzia avrebbe dovuto essere restituita; 3) che alla luce dei due pareri suddetti codesta Agenzia con nota 12.1.2010 n. 171956/RU.2009 «aveva impartito conformi disposizioni stabilendo che, in presenza di una sentenza favorevole alla parte della Commissione Tributaria Provinciale notifica-

ta all'amministrazione, gli uffici doganali avrebbero dovuto procedere ad effettuare il rimborso di quanto eventualmente già corrisposto, in eccedenza, dal contribuente, nonché a svincolare le eventuali garanzie a tutela del credito in contestazione ed a sgravare il ruolo esattoriale eventualmente formato in relazione alla decisione di "prime cure", essendo venuto meno l'atto impositivo o di irrogazione della sanzione che legittimava l'esecuzione a ruolo»; 4) che successivamente con nota 24.5.2011 n. 561809, la Direzione Generale Bilancio della Commissione Europea manifestava un diverso orientamento, in particolare sostenendo che "Secondo i servizi della Commissione, il rimborso non è possibile se l'organo competente a decidere il ricorso si esprime nel senso contrario all'Agenzia delle Dogane ma quest'ultima decide di continuare con i successivi gradi di giudizio. In tale eventualità, la decisione oggetto di ricorso sarebbe ancora pendente e non sarebbe possibile procedere al rimborso ai sensi dell'art. 236 del regolamento (CEE) n. 2913/92. Non è, pertanto, previsto il rimborso al soggetto passivo dell'importo versato, né sono previste rettifiche all'art. 8 del regolamento (CE, Euratom) n. 1150/2000"; 5) che la divergenza tra le due Direzioni Generali della stessa Commissione è stata risolta dal Servizio Giuridico, le cui conclusioni sono state recepite con la nota congiunta 14.3.2012 n. 256812 delle due medesime Direzioni Generali; 6) che la posizione ufficiale della Commissione Europea è quindi ormai nel senso: - che la garanzia prestata non debba essere svincolata nei casi di sentenza sfavorevole all'amministrazione, la quale ritenga però d'impugnarla, dovendo permanere fino al passaggio in giudicato di una sentenza sfavorevole; - che tale principio si desume dall'art. 199 del CDC (Codice Doganale Comunitario) n. 2913/1992 con il quale pertanto si porrebbe in contrasto l'art. 68 co. 2 del d.lgs. n. 546/1992 laddove stabilisce l'immediata esecutività tra le parti della sentenza; - che l'art. 68 si porrebbe in contrasto anche con l'art. 17 par. 1 del Reg. CEE n. 1150/2000; - che conseguentemente l'Italia dovrebbe modificare la disposizione suddetta per renderla conforme alla normativa comunitaria. Alla luce di quanto sopra esposto co-

desta Agenzia ha chiesto il parere della Scrivente in ordine alla posizione della Commissione Europea "se cioè la posizione dell'Esecutivo europeo sia giuridicamente condivisibile oppure vi siano, invece, motivi che possano legittimamente sostenere la compatibilità dell'art. 68, co. 2, del d.lgs. n. 546/1992 con la normativa dell'Unione, utili per consentire a questa Agenzia di replicare alla nota della Commissione Europea". Ciò premesso, questa Avvocatura osserva quanto segue. Osservazioni generali In via generale, le conseguenze che possono derivare dalla emanazione di una sentenza di merito non definitiva del giudice tributario che ritenga infondata una pretesa fiscale possono attenersi a tre diversi profili e precisamente: a) alla sorte delle eventuali garanzie a favore della P.A. che assistevano il credito in contestazione. b) alla possibilità di proseguire o meno la riscossione coattiva del credito; c) all'eventuale obbligo di restituzione delle somme già eventualmente riscosse. La normativa nazionale Dal punto di vista della normativa nazionale, l'art. 68 co. 2 disciplina l'ipotesi c) prevedendo l'obbligo per l'amministrazione di restituire le somme già riscosse entro 90 giorni dalla sentenza favorevole al contribuente. Tale previsione appare ostativa anche all'ipotesi b) non potendosi logicamente ipotizzare una riscossione di somme che la norma impone nel contempo di restituire. L'art. 68 non si occupa invece degli effetti sulle garanzie (ipotesi a). Una disciplina al riguardo si trova in materia di IVA nell'art. 38 bis co. 6 del d.P.R. n. 633/1972, in base al quale nelle ipotesi in cui il contribuente ottenga il rimborso "accelerato" dell'IVA a credito risultante dalla dichiarazione, "Se successivamente al rimborso o alla compensazione viene notificato avviso di rettifica o accertamento il contribuente, entro sessanta giorni, deve versare all'Ufficio le somme che in base all'avviso stesso risultano indebitamente rimborsate o compensate, insieme con gli interessi del 2 per cento annuo dalla data del rimborso o della compensazione, a meno che non presti la garanzia prevista nel secondo comma fino a quando l'accertamento sia divenuto definitivo". In materia doganale rilevano gli artt. 87 e 89 del TULD approvato con d.P.R. n. 43/1973, i quali non contengono

però alcuna disciplina in ordine alla questione suddetta. La normativa comunitaria Dal punto di vista comunitario rilevano gli articoli 244 e 199 del CDC del 1992. In particolare l'art. 244 così dispone: "La presentazione di un ricorso non sospende l'esecuzione della decisione contestata.

Tuttavia, l'autorità doganale può sospendere, in tutto o in parte, l'esecuzione della decisione quando abbia fondati motivi di dubitare della conformità della decisione impugnata alla normativa doganale, o si debba temere un danno irreparabile per l'interessato. Quando la decisione impugnata abbia per effetto l'applicazione di dazi all'importazione o di dazi all'esportazione, la sospensione dell'esecuzione è subordinata all'esistenza o alla costituzione di una garanzia. Tuttavia non si può esigere detta garanzia qualora, a motivo della situazione del debitore, ciò possa provocare gravi difficoltà di carattere economico o sociale". L'art. 199 prevede che: "1. La garanzia non può essere svincolata finché l'obbligazione doganale per la quale è stata costituita non si è estinta o non può più sorgere. La garanzia deve essere svincolata non appena l'obbligazione doganale è estinta o non può più sorgere. 2. Quando l'obbligazione doganale è parzialmente estinta o non può più sorgere per una parte dell'importo garantito, la garanzia costituita viene, a richiesta dell'interessato, parzialmente svincolata, a meno che l'importo stesso non lo giustifichi". Le citate disposizioni (richiamate nel parere della Commissione Europea), non più in vigore dal 24.6.2008, sono ora contenute (con formulazione sostanzialmente identica) negli artt. 24 e 65 del Reg. (CE) 23.4.2008 n. 450/2008 (1) Profilo a): lo svincolo delle garanzie A parere della Scrivente la posizione della Commissione Europea in ordine agli effetti dell'art. 199 sopra riportato appare condivisibile, dal momento che la disposizione espressamente pone un divieto di svincolo della garanzia (1) L'art. 24 del Reg. (CE) n. 450/2008 così dispone "Art. 24 Sospensione dell'applicazione 1. La presentazione di un ricorso non sospende l'applicazione della decisione contestata. 2. Le autorità doganali sospendono tuttavia, interamente o in parte, l'applicazione di tale decisione quando hanno fondati motivi di ritenere che la decisione

contestata sia incompatibile con la normativa doganale o che vi sia da temere un danno irreparabile per l'interessato. 3. Nei casi in cui al par. 2, quando la decisione contestata ha per effetto l'obbligo di pagare dazi all'importazione o dazi all'esportazione, la sospensione di tale decisione è subordinata alla costituzione di una garanzia, a meno che sia accertato, sulla base di una valutazione documentata, che tale garanzia può provocare al debitore gravi difficoltà di carattere economico o sociale. La Commissione può adottare, secondo la procedura di regolamentazione di cui all'art. 184, par. 2, misure per l'applicazione del primo comma del presente par.". Il successivo art. 65 dispone: "Art. 65 Svincolo della garanzia. 1. Le autorità doganali svincolano immediatamente la garanzia quando l'obbligazione doganale o l'obbligo di pagamento di altri oneri è estinto o non può più sorgere. 2. Quando l'obbligazione doganale o l'obbligo di pagamento di altri oneri è parzialmente estinto o può sorgere solo per una parte dell'importo garantito, su richiesta dell'interessato la parte corrispondente della garanzia costituita viene svincolata, salvo nel caso che l'importo in questione non lo giustifichi. 3. La Commissione può adottare, secondo la procedura di regolamentazione di cui all'art. 184, par. 2, misure per l'applicazione del presente articolo. "finché l'obbligazione doganale per la quale è stata costituita non si è estinta o non può più sorgere" (ed un annullamento disposto con sentenza non irrevocabile non è idoneo a provocare l'estinzione della obbligazione). Di converso la stessa disposizione impone lo svincolo "non appena l'obbligazione doganale è estinta". Profilo b): sospensione della riscossione Riguardo il rapporto tra l'ipotesi b) con l'art. 244 del CDC del 1992, il cui par. 1 prevede che "La presentazione di un ricorso non sospende l'esecuzione della decisione contestata", si ritiene che anche in questo caso la norma potrebbe non ritenersi in contrasto con l'art. 68 co. 2 del d.lgs. n. 546/1992. Occorre infatti considerare che la Corte di Giustizia nell'interpretare l'art. 244 del CDC ha precisato che esso "va interpretato nel senso che attribuisce la facoltà di disporre la sospensione dell'esecuzione di una decisione impugnata solo alle autorità doganali. Tutta-

via, tale disposizione non limita il potere di cui dispongono le autorità giudiziarie adite con un ricorso ai sensi dell'art. 243 del medesimo regolamento di disporre una siffatta sospensione per conformarsi al loro obbligo di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario" (sentenza 11.1.2001 in causa C-1/99 Kofisa Italia). Ne consegue che se un giudice nazionale può sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato, a maggior ragione un tale effetto può (legittimamente) conseguire ad una decisione di merito (ancorchè non definitiva) che annulli l'atto medesimo. La compatibilità della ipotesi b) con la normativa comunitaria non sembra quindi contestabile. Profilo c): obbligo di restituzione delle somme Resta da esaminare l'ipotesi c), e cioè se sia compatibile con l'ordinamento comunitario il citato art. 68 co. 2 del d.lgs. n. 546/1992 laddove (oltre a paralizzare l'azione esecutiva dell'amministrazione a seguito di una sentenza anche non definitiva alla stessa sfavorevole), impone la restituzione delle somme nel frattempo già riscosse. Una tale previsione, come si è già accennato, non è incompatibile con l'ipotesi a) (e cioè con il mantenimento delle garanzie fino al giudicato). Ed infatti la disciplina della modalità di riscossione coattiva di un credito in relazione ai possibili esiti delle fasi di giudizio, si pone su un piano diverso rispetto alla funzione della garanzia. Basti pensare che in campo civilistico, pur in presenza di un principio di generalizzata esecutività delle sentenze (sia di primo che di secondo grado), l'art. 2884 c.c. continua a prevedere che alla cancellazione dell'ipoteca il conservatore possa procedere "quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti". Orbene, premesso che non si rinvengono nel CDC disposizioni che disciplinano espressamente gli effetti di una sentenza di merito non definitiva favorevole al contribuente, questa Avvocatura ritiene che non si possa applicare la normativa nazionale che impone la restituzione delle somme medio tempore riscosse, per i seguenti motivi. In primo luogo l'eventuale restituzione delle somme potrebbe configurare nella sostanza una rinuncia alle garanzie, non consentita dal citato art. 199 del CDC, con i con-

seguenti rischi paventati dalla Commissione, secondo cui "l'amministrazione doganale non sarebbe in grado di versare i dazi in questione qualora il debitore fallisse o fosse dichiarato in stato di fallimento dopo lo svincolo della cauzione e prima della sentenza della Corte d'Appello". In secondo luogo occorre considerare l'art. 79 del nuovo CDC (Reg. n. 450/2008) il quale dispone: "Fatte salve le condizioni stabilite nella presente sezione, si procede al rimborso o allo sgravio degli importi del dazio all'importazione o all'esportazione, sempre che l'importo oggetto di rimborso o di sgravio superi un dato importo, per i seguenti motivi: a) importi del dazio all'importazione o all'esportazione applicati in eccesso; b) merci difettose o non conformi alle clausole del contratto; c) errore delle autorità competenti; d) equità. Si procede inoltre al rimborso dell'importo del dazio all'importazione o all'esportazione pagato qualora la corrispondente dichiarazione in dogana venga invalidata a norma dell'art. 114". La normativa comunitaria nel disciplinare le ipotesi di rimborso o sgravio non fa quindi cenno a casi di restituzione non definitive nell'ambito di un giudizio pendente. In terzo luogo occorre considerare che a norma dell'art. 17 par. 1 e 2 del Reg. (CE, Euratom) n. 1150/2000 del Consiglio, "Gli Stati membri sono tenuti a prendere tutte le misure necessarie affinché gli importi corrispondenti ai diritti accertati in conformità dell'art. 2 siano messi a disposizione della Commissione alle condizioni previste dal presente regolamento. 2. Gli Stati membri sono dispensati dall'obbligo di mettere a disposizione della Commissione gli importi corrispondenti ai diritti accertati che risultano irrecuperabili: a) o per cause di forza maggiore; b) o per altri motivi che non sono loro imputabili". Anche la normativa comunitaria in tema di risorse proprie che disciplina il rapporto tra gli Stati e la Commissione, prevede l'obbligo per gli Stati di mettere a disposizione della Comunità le somme accertate, con esclusione dei soli casi in cui sia impossibile il loro recupero. Non viene neppure ipotizzata una restituzione non definitiva delle somme. In conclusione si ritiene che l'art. 68 co. 2 del d.lgs. n. 546/1992 risulta derogato per le imposte doganali dalle disposizioni contenute nel CDC;



ciò non comporterebbe la necessità di una modifica della norma, tenuto conto della prevalenza del diritto comunitario.

Tuttavia una modifica si ritiene comunque opportuna, anche al fine di rendere più chiara la normativa e per prevenire un contenzioso interno; a tal fine potrebbe essere aggiunta, dopo il co. 2, una disposizione che escluda

l'applicabilità del comma precedente ai diritti doganali, ivi compresa l'IVA all'importazione (sottoposta al medesimo regime). La questione è stata sottoposta all'esame del Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato di cui all'art. 26 della l. 3.4.1979 n. 103, che si è espresso in conformità nella riunione del 30.11.2012.

«.....GA.....»

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

AVCP, IN GAZZETTA UFFICIALE IL REGOLAMENTO CHE MODIFICA LA DISCIPLINA SUL PROCEDIMENTO PER LA SOLUZIONE DELLE CON- TROVERSIE AI SENSI DELL'ART. 6, CO. 7, LETT. N), DEL D.LGS N. 163/2013

Entra in vigore oggi 9.5.2013 il nuovo procedimento demandato all'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici, servizi e forniture che ha inizio su istanza di parte e si conclude con un Parere dell'Autorità, salvo il caso di istanze inammissibili o improcedibile per le quali si procede con l'archiviazione. Possono presentare istanza di parere secondo il modello allegato al Regolamento i seguenti soggetti: 1) la stazione appaltante, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente; 2) l'operatore economico, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente. L'istanza può essere presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate oppure singolarmente da ognuno dei soggetti anzidetti. L'istruttoria prevede la possibile audizione delle parti interessate presso l'Autorità, entro dieci giorni dall'avvio del procedimento, con registrazione vocale verbalizzazione vocale dell'audizione che fa fede di verbale. Per accedere al sito della Gazzetta Ufficiale e acquisire il testo per esteso del provvedimento cliccare sul portale www.gazzettaamministrativa.it (AVCP, provvedimento 24.4.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 8.5.2013, n. 106).

«..... GA.....»

TRASMISSIONE DATI CONTRATTI PUBBLICI: AGGIORNATA A 40.000 EURO LA SOGLIA MINIMA PER LE COMUNICAZIONI OBBLIGATORIE

Il 9.5.2013 verrà pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 29.4. 2013 con il quale per gli appalti pubblicati dal 1.1.2013, la soglia dei 150.000 euro prevista dal Codice dei contratti pubblici (art. 7, co. 8, d.lgs. 163/2006), è aggiornata al valore di 40.000 euro. Precisa l'AVCP che tale novità entrerà in vigore dalla pubblicazione in G.U. ed avrà validità retroattiva dal 1.1.2013, riguarda le attività del Responsabile Unico del Procedimento (RUP) il quale se in precedenza, per appalti compresi tra i 40 e i 150.000 euro, inviava all'Autorità solo una scheda di aggiudicazione semplificata, ora dovrà inviare tutti i dati sul ciclo di vita dell'appalto fino alla sua conclusione. Per tutte le fattispecie di importo inferiore o uguale a 40.000 euro, sarà necessaria la sola acquisizione dello SmartCIG (AVCP, comunicato del 5.5.2013).

«..... GA.....»

SERVIZI PUBBLICI LOCALI: ON LINE UNA RACCOLTA NORMATIVA CHE RICOSTRUISCE LO STATO DELLA NORMATIVA E GIURISPRUDENZA VI- GENTE

Sulla base del Protocollo di Intesa tra il Ministero dello Sviluppo Economico, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento Affari regionali, turismo e sport, il Dipartimento per le politiche europee e Invitalia del 16.1.2013, le attività di ricognizione e

riorganizzazione della normativa in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica sono state realizzate nell'ambito del "Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli Enti Pubblici delle Regioni Obiettivo Convergenza per l'implementazione della riforma del mercato dei Servizi Pubblici Locali a rilevanza economica" in attuazione dell'obiettivo specifico 5.2 dell'ASSE E "Capacità istituzionale" del PON Governance e Azioni di Sistema cofinanziato dal Fondo Sociale Europeo. Il documento visualizzabile cliccando sul titolo sopra linkato risponde all'esigenza di individuare lo stato della normativa vigente in materia di servizi pubblici locali, con particolare riferimento ai servizi di rilevanza economica, tenendo conto delle più recenti evoluzioni normative e dei recenti giudicati di costituzionalità che hanno inciso profondamente su queste tematiche. Il lavoro di ricostruzione della normativa ha evidenziato, oltre alle inevitabili difficoltà interpretative, anche la necessità di inserire nella ricognizione normativa disposizioni che, sebbene non strettamente afferenti all'ambito dei servizi pubblici locali, presentano forti connessioni con il settore e di coordinare e dare coerenza alle norme riformatrici che con diversi obiettivi impattano sul settore dei SPL (è il caso ad esempio delle norme di riorganizzazione del settore e delle norme del d.l. spending review che definiscono le funzioni degli enti locali e la possibilità di esercitare in forma coordinata tali funzioni al fine di garantire un risparmio di spesa). Peraltro il documento è completato da tre capitoli contenenti la disciplina specifica dei settori idrico, trasporti pubblici locali e rifiuti (**Presidenza del Consiglio dei Ministri, comunicato del 22.4.2013**).

«..... GA.....»

NOVITÀ SULLE SOA

L'Avcp ha pubblicato due comunicati, il primo n. 79 è stato emanato a seguito di richieste di chiarimenti da parte di alcune imprese in merito alla interpretazione dell'art. 73, co. 8, del d.P.R. 207/2010. In particolare, circa la possibilità che ha l'impresa qualificata di

potere annullare una prima designazione della SOA, quale destinataria della documentazione utilizzata ai fini del rilascio dell'attestazione da parte di un Organismo che ha cessato la propria attività, chiedendo contestualmente alla SOA designata di volere ritrasferire la predetta documentazione ad altra SOA. Successivamente, nel medesimo comunicato, vengono fornite raccomandazioni alle SOA sullo svolgimento delle operazioni per l'inserimento delle attestazioni SOA nel casellario informatico, al fine della correttezza dei dati ivi presenti. Il Comunicato n. 80 riguarda invece l'interpretazione dell'art. 79, co. 16 del d.P.R. n. 207/2010 in tema di valutazione dei requisiti per la qualificazione nella categoria OG11, al fine di garantire che le SOA operino secondo criteri di imparzialità ed equo trattamento (**Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, comunicato del 17.4.2013**).

«..... GA.....»

DIRITTI TV: L'ANTITRUST BOCCIA LA NORMATIVA VIGENTE E CHIEDE UNA RIPARTIZIONE BASATA SUL MERITO SPORTIVO DECISA DA UN SOGGETTO TERZO DIVERSO DALLA LEGA CALCIO

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inviato una segnalazione ai Presidenti di Senato e Camera, al Presidente del Consiglio e ai Ministri dello Sviluppo Economico e degli Affari regionali con la quale chiede di rivedere i criteri per l'assegnazione tra i club delle risorse derivanti dalla vendita dei diritti tv nel settore calcistico. Nel comunicato si legge che secondo l'Antitrust occorre innanzitutto prevedere meccanismi di ripartizione che premiano maggiormente il merito sportivo, eliminando il riferimento ai risultati 'storici' contenuti nella normativa vigente, che partono dai risultati della stagione calcistica 1946/1947. Anche il riferimento al bacino d'utenza dei club, previsto dalla normativa del 2008, non risulta direttamente riferibile al risultato sportivo, visto che il numero di spettatori cui può fare affidamento una società di calcio sfugge alla logica meri-

tocratica. E' dunque necessario rivedere l'opportunità di mantenere tale criterio di ripartizione, o quanto meno di limitarne ulteriormente l'incidenza rispetto a quello che premia i risultati. Per l'Autorità, i profitti di una società sportiva dipendono dalla competitività dei concorrenti: un evento sportivo ha infatti una maggiore attrattiva quando c'è equilibrio tecnico tra le squadre e quindi incertezza sul risultato. Pertanto, la remunerazione del merito sportivo agevolerebbe il conseguimento dell'equilibrio tra i partecipanti alle competizioni e stimolerebbe gli investimenti nello sport anche da parte di nuovi entranti. Nella situazione attuale, poiché la quota delle risorse viene allocata secondo criteri che premiano in buona parte la storia e la notorietà di un club, gli investimenti volti a sviluppare club minori per portarli a competere ad armi pari non trovano adeguata remunerazione in tempi ragionevoli. A parere dell'Antitrust occorre inoltre individuare un soggetto terzo, diverso dalla Lega Calcio, che proceda alla ripartizione delle risorse economiche derivanti dalla vendita dei diritti Tv, per garantirne una maggior equità e imparzialità. La Lega, in quanto composta da organi in cui siedono esponenti delle singole squadre, non rappresenta infatti il soggetto nella posizione migliore per dettare le regole di ripartizione delle risorse, posto che talune società potrebbero trovarsi nella condizione di influenzare a loro vantaggio tali scelte. La ripartizione dei proventi derivanti dalla vendita dei diritti televisivi, indipendentemente dallo specifico meccanismo di commercializzazione adottato, dovrebbe, quindi, essere effettuata da un soggetto avulso dagli interessi economici delle società di calcio, e realizzata nell'ottica di garantire la necessaria flessibilità e competitività dell'intero sistema calcistico (**Antitrust, comunicato del 17.4.2013**).

«..... GA.....»

UNA TASK FORCE CONTRO GOOGLE: IL GARANTE PER LA PRIVACY AVVIA UN'ISTRUTTORIA PER VERIFICARE IL RISPETTO DELLA DISCIPLINA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI CON UN'AZIONE CO-

ORDINATA CON LE AUTORITÀ PER LA PROTEZIONE DEI DATI DI FRANCIA, GERMANIA, REGNO UNITO, PAESI BASSI E SPAGNA

*Il Garante per la privacy italiano ha aperto un'istruttoria nei confronti di Google Inc. per verificare il rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali e, in particolare, la conformità dei trattamenti effettuati dalla società di Mountain View ai principi di pertinenza, necessità e non eccedenza dei dati trattati nonché agli obblighi riguardanti l'informativa agli utenti e l'acquisizione del loro consenso. Tale iniziativa è stata assunta nell'ambito di un'azione congiunta intrapresa dalla task force, appositamente costituita, composta dalle Autorità per la protezione dei dati di Francia, Italia, Germania, Regno Unito, Paesi Bassi e Spagna. Tra il marzo e l'ottobre 2012 il Gruppo che riunisce le Autorità della privacy dei 27 Paesi dell'Ue ha, infatti, analizzato la privacy policy di Google per stabilire se fosse in linea con i requisiti fissati nella Direttiva europea sulla protezione dei dati (Dir. 95/46/CE). Le nuove regole privacy adottate da Google consentono, tra l'altro, alla società californiana di incrociare in via generalizzata i dati degli utenti che utilizzano i servizi offerti (da Gmail a YouTube a Google Maps solo per citarne alcuni). Alla luce dei risultati di questa analisi, i Garanti europei hanno chiesto a Google Inc. di adottare, entro 4 mesi, una serie di modifiche ritenute necessarie per assicurare la conformità dei trattamenti alle disposizioni vigenti. Decorso tale periodo, alcuni rappresentanti di Google Inc. hanno chiesto un incontro con la task force che si è tenuto il 19 marzo scorso, a seguito del quale tuttavia la società, nonostante avesse manifestato la propria disponibilità, non ha ancora adottato alcuna concreta iniziativa nel senso auspicato. Ciascuna delle sei Autorità coinvolte condurrà, pertanto, ulteriori accertamenti con il formale avvio di procedimenti distinti anche se simultanei ed in stretto coordinamento tra loro (**Garante per la protezione dei dati personali, comunicato del 2.4.2013**).*

«..... GA.....»

TRASMISSIONE DEI CONTRATTI D'APPALTO DA PARTE DELLE P.A. ED ENTI PUBBLICI: ON LINE IL SOFTWARE PER LA TRASMISSIONE TELEMATICA

Disponibile sul sito dell'Agenzia delle Entrate il Software per utenti Windows (Windows 7, Windows Vista e Windows XP) e le Istruzioni per l'installazione del programma di compilazione del file da inviare (Agenzia delle Entrate, comunicato del 8.3.2013).

«..... GA.....»

NUOVI CHIARIMENTI SULLA RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE E DEL SUBAPPALTATORE PER IL VERSAMENTO DELLE RITENUTE FISCALI SUI REDDITI DI LAVORO DIPENDENTE E DELL'IVA DOVUTA DAL SUBAPPALTATORE

L'art. 13 ter del d.l. n. 83/2012 (cd. decreto crescita) - convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134/2012 - ha introdotto la responsabilità dell'appaltatore con il subappaltatore per il versamento all'Erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto. Una nuova sanzione pecuniaria a carico del committente - da 5.000,00 a 200.000,00 euro - è stata prevista nel caso in cui lo stesso provveda ad effettuare il pagamento all'appaltatore senza che questi abbia esibito la documentazione attestante che i versamenti fiscali, scaduti alla data del pagamento del corrispettivo, siano stati correttamente eseguiti, eventualmente anche dal subappaltatore. Tale responsabilità, comunque, è limitata all'ipotesi in cui, pur in assenza della presentazione della documentazione, tali versamenti non risultino eseguiti dall'appaltatore o dall'eventuale subappaltatore. La documentazione può consistere anche nella asseverazione rilasciata da CAF o da professionisti abilitati. Con questa nuova circolare (che si

aggiunge alla circ. n. 40/E del 2012 già emanata dall'Agenzia) vengono forniti ulteriori chiarimenti tra i quali: esclusione dal loro campo di applicazione delle tipologie contrattuali diverse dal contratto di appalto di opere e servizi quali, ad esempio: a) gli appalti di fornitura dei beni; b) il contratto d'opera, disciplinato dall'art. 2222 c.c.; c) il contratto di trasporto di cui agli artt. 1678 e seg. c.c.; d) il contratto di subfornitura disciplinato dalla legge 18 giugno 1998, n. 192; e) le prestazioni rese nell'ambito del rapporto consortile. La norma in esame, peraltro, trova applicazione sia nell'ipotesi in cui vi sia un contratto di subappalto, che presuppone la coesistenza di almeno tre soggetti economici distinti (committente, appaltatore e subappaltatore), sia nella ipotesi in cui l'appaltatore provveda direttamente alla realizzazione dell'opera affidatagli dal committente. Il rinnovo del contratto viene considerato deve equivalente ad una nuova stipula e, pertanto, la disciplina in esame è applicabile, a partire dalla data di rinnovo, anche ai contratti rinnovati successivamente al 12.8.2012. Esclusione dall'ambito di applicazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 3, co. 33, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché le persone fisiche che ai sensi degli artt. 4 e 5 del d.P.R. n. 633 del 1972 risultano prive di soggettività passiva ai fini IVA e il "condominio". In caso di più contratti intercorrenti tra le medesime parti, la certificazione attestante la regolarità dei versamenti delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente e dell'IVA relativi al contratto d'appalto, può essere rilasciata in modo unitario. La certificazione, inoltre, può essere fornita anche con cadenza periodica fermo restando che, al momento del pagamento, deve essere attestata la regolarità di tutti i versamenti relativi alle ritenute e all'IVA scaduti a tale data, che non siano stati oggetto di precedente attestazione (Agenzia delle Entrate, circolare n. 2/E del 1.3.2013).

«..... GA.....»

LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO CONSEGUENTE ALL'ATTO DI AGGIU-

DICAZIONE: ATTO PUBBLICO NOTARILE INFORMATICO O IN FORMA PUBBLICA AMMINISTRATIVA, CON MODALITÀ ELETTRONICA O SCRITTURA PRIVATA. I CHIARIMENTI DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

I contratti pubblici di cui all'art. 3 del codice (d.lgs n. 163/2006) devono essere redatti, a pena di nullità, o mediante atto pubblico notarile informatico o in forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, o mediante scrittura privata; per la scrittura privata resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento. La "modalità elettronica" della forma pubblica amministrativa - che è l'unica modalità ammessa per la stesura degli atti in forma pubblica amministrativa, mentre la forma cartacea resta legittima in caso di scrittura privata - può essere assolta anche attraverso l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 25, co. 2, del d.lgs. 7.3.2005, n. 82. Questi i chiarimenti forniti dall'Autorità la Determinazione n. 1 del 2013 alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici sull'applicazione delle nuove disposizioni relative alla stipula dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che hanno modificato l'art. 11, co. 13 del codice dei contratti (art. 6, co. 3, del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17.12.2012, n. 221, il cd. decreto sviluppo bis).

In primo luogo l'applicazione delle nuove disposizioni viene circoscritta alla species di contratto pubblico di cui all'art. 3 del codice e soggetto alla relativa disciplina, con esclusione dei contratti sottratti all'applicazione del Codice stesso (si pensi, a titolo esemplificativo, ai contratti di compravendita o locazione immobiliare stipulati dalle pubbliche amministrazioni). Inoltre a fronte delle numerose richieste di chiarimenti l'Autorità ha precisato che la stipulazione del contratto conseguente all'atto di aggiudicazione può assumere, a seconda delle disposizioni di vol-

ta in volta applicabili, una delle seguenti forme: 1) atto pubblico notarile informatico, ai sensi della legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (l. 16.2.1913, n. 89 e s.m.i.; in particolare, si menzionano le modifiche apportate dal d.lgs. 2.7.2010, n. 110 "Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'art. 65 della l. 18.6.2009, n. 69"); 2) forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice; 3) scrittura privata, per la quale resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento. Laddove sia ammessa la stipulazione per scrittura privata, è chiaramente nella facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale; parimenti, lo scambio delle lettere ex art. 334 del Regolamento può avvenire mediante "modalità elettroniche" (i.e. invio tramite posta elettronica certificata). In considerazione del disposto dall'art. 25, co. 2, del CAD, secondo cui "l'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare", l'espressione utilizzata dall'art. 11, co. 13, può essere intesa anche nel senso che, per la forma pubblica amministrativa, è ammesso il ricorso all'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, ferma restando l'attestazione, da parte dell'Ufficiale rogante, dotato di firma digitale, che la firma dell'operatore è stata apposta in sua presenza, previo accertamento della sua identità personale (AVCP, determinazione n. 1/2013).

«..... GA.....»

NUOVE MODALITÀ OPERATIVE PER PARTECIPARE ALLE GARE PUBBLICHE

Dal 1.1.2013 la documentazione comprovante il possesso dei requisiti degli operatori e-



economici che intendono partecipare alle gare è acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), istituita presso l'Autorità.

L'AVCP, dopo aver acquisito il parere favorevole del Garante per la protezione dei dati personali e le osservazioni degli operatori del mercato mediante audizioni e consultazione on line, ha varato la delibera che, attuando quanto disposto dall'articolo 6-bis del Codice dei contratti, individua i dati concernenti la partecipazione alle gare e la valutazione delle offerte. La novità principale riguarda l'istituzione del nuovo sistema di verifica dei

requisiti, integrato nella BDNCP e denominato AVCpass. L'applicazione consentirà alle stazioni appaltanti o enti aggiudicatori l'acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici, ed agli operatori economici di inserire a sistema i documenti richiesti. AVCPASS si applica a tutte le tipologie di contratti disciplinate dal Codice per le quali è previsto il rilascio del Codice Identificativo Gara (CIG) (Autorità Vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 111/2012).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA NECESSARIA CORRISPONDENZA DELLE QUOTE DI QUALIFICAZIONE, DI PARTECIPAZIONE ALL'ATI E DI ESECUZIONE TRA LA NOVELLA LEGISLATIVA E LE RECENTI PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Salvatore Napolitano

La necessaria conciliazione tra il disposto legislativo e l'applicazione pratica del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione tra i soggetti raggruppati, nel caso specifico di appalti di servizi e forniture.

The need to reconcile the requirements of legislation and the practical application of the principle of correspondence between shares and shares of ATI running between the subjects grouped in the specific case of procurement of services and supplies.

Sommario: 1. Premessa. 2. Le quote di qualificazione, di partecipazione all'ati e di esecuzione tra la novella legislativa e le recenti pronunce della giurisprudenza. 3. Considerazioni conclusive.

1.Premessa.

Come sicuramente noto agli operatori del settore della contrattualistica pubblica relativa agli appalti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 92 del regolamento è prevista una necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione delle imprese e quote di partecipazione all'ATI, da una parte, e fra quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione di ogni partecipante dall'altra.

2.Le quote di qualificazione, di partecipazione all'ati e di esecuzione tra la novella legislativa e le recenti pronunce della giurisprudenza.

Tale principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, di partecipazione all'ATI (acronimo che individua l'Associazione temporanea di Imprese) e quote di esecuzione - principio che, come detto, ormai ha trovato consacrazione nel diritto positivo - trova conferma nell'unanime e stratificato indirizzo giurisprudenziale (*ex pluri-*

mis, CdS, IV, 24.1.2011, n. 472; CdS, IV, 27.11.2010, n. 8253; CdS, V, 22.2.2010, n. 1038; CdS, V, 28.9.2009, n. 5817; CdS, V, 7.5.2008, n. 2079; CdS, VI, n. 2310/2007).

In particolare, si è statuito che “*il principio affermato si basa sulla considerazione che l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono, né ad un loro rigido collegamento strutturale, per cui grava su ciascuna impresa, ancorché mandante, l'onere di documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria richiesti per l'affidamento dell'appalto.*

E ciò al fine di evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti e per consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici a

svolgere effettivamente le «parti» di lavori indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta» (CdS. V, 31.10.2012 n. 5565).

In tale contesto, si inserisce, dunque, la novella introdotta dall'art. 1, co. 2 *bis*, lett. a) del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito con modificazioni nella l. 7.8.2012, n. 135, la quale si è limitata ad inserire le parole "Nel caso di lavori," all'inizio del co. 13 del citato art. 37, il quale risulta ora così formulato: "Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

In altri termini, con tale previsione, il legislatore ha limitato ai soli appalti di lavori il principio della necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione dell'appalto mentre, per converso, è intervenuto a modificare - rispetto a quanto ritenuto in precedenza - la sola fase di esecuzione dei contratti di servizi e fornitura specificando *a contrario* che, per detti contratti, l'ATI non è tenuta ad eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione all'Associazione temporanea.

La novella in parola non ha però in alcun modo modificato la disciplina relativa alla fase di partecipazione alle procedure di gara, lasciando immutato il principio - assolutamente immanente nella disciplina dei contratti pubblici - di necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione delle imprese e quote di partecipazione all'ATI che, pertanto, continua a doversi applicare anche agli appalti di servizi e forniture. A sostegno della predetta interpretazione, milita la circostanza per cui non è stata oggetto di modifica la previsione del co. 4 dell'art. 37, che continua a prevedere che "nel caso di forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati", previsione che ha senso solo per consentire alla Stazione appaltante di verificare, nella fase di ammissione alla gara, se per la prestazione che il concorrente dichiara

di voler assumere, vi sia effettivamente la corrispondente (necessaria) qualificazione.

Pertanto, anche a seguito della modifica dell'art. 37, permane in capo all'ATI - in caso di appalto di servizi e forniture - l'obbligo normativo di indicare le parti del servizio o della fornitura imputate alle singole imprese raggruppate o raggruppande, obbligo che, come chiarito costantemente dalla giurisprudenza, tende a garantire la Stazione aggiudicatrice in ordine all'affidabilità del concorrente dato che "la singola impresa componente dell'ATI deve avere la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla quota di partecipazione" (da ultimo, CdS, III, 16.2.2012, n. 793).

Ed ancora, sul punto, ha avuto modo di esprimersi anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con due recentissime pronunce, ha chiarito che "l'indicazione delle «parti» del servizio o della fornitura imputate alle singole imprese associate o associande si rende necessaria onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti in relazione ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria fissati dalla *lex specialis*" e che "siffatte esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono in modo persino rincarato nei raggruppamenti a struttura orizzontale, in seno ai quali tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione anche quantitativa delle «parti» di servizi che saranno eseguite dalle singole imprese, sarebbe inibita alla stazione appaltante una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni di servizio da ognuna di esse assunte" (CdS, Ad, Plen., n. 22 del 13.6.2012 CdS, Ad, Plen., n. 26 del 5.7.2012).

Del resto, la giurisprudenza, sul punto, dopo oscillazioni varie, si è graniticamente consolidata nel senso di ritenere che "le quote di partecipazione all'ATI e le parti del servizio da eseguire debbano essere indicate già in sede di offerta, anche in assenza di una esplicita previsione del bando o della lettera di invito, e che la singola impresa componente dell'ATI debba avere la qualifica, ovvero i

requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla quota di partecipazione, il tutto a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale e che il detto principio, che discende dall'art. 37, coo. 4 e 13, del d. lgs. n. 163/2006, trova applicazione anche con riferimento ai raggruppamenti di tipo orizzontale e pure nell'ambito degli appalti di servizi" (TAR Lazio, II, n. 261 del 13.2.2013; conformi CdS, III, n. 2804 del 11.5.2011; n. 4323 del 15.7.2011; n. 793 del 16.2.2012 e Sez. IV, n. 4406 del 1.8.2012).

3. Considerazioni conclusive.

La conseguenza di quanto sin qui osservato è, ineludibilmente, la declaratoria di esclusione dell'offerta proveniente da una associazione temporanea di imprese, fatta in termini che non sono suscettibili di assicurare la corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al raggruppamento mede-

simo, in quanto l'Ordinamento, e con esso i principi di trasparenza, concorrenza e *par condicio*, non può tollerare che l'esecuzione della prestazione, dedotta in gara, sia eseguita da una impresa priva, seppure in parte, della qualificazione in una percentuale simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo temporaneo.

Tale principio vale per ogni tipo di appalto pubblico, sia esso di lavori che di servizi o fornitura, mentre solo per questi due ultimi la *novella* intervenuta di recente con il citato d.l. 6.7.2012 n. 135, ha interrotto tale necessaria corrispondenza con riferimento alla sola fase esecutiva dell'appalto, lasciando quindi libera l'autonomia negoziale delle parti di modificare o, comunque, di non far coincidere le quote indicate, in sede di procedura di gara, relativamente alla partecipazione delle singole imprese all'ATI, rispetto alle quote fissate per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento.

«.....GA.....»

COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE *SUB* INTRECCIO SOCIETARIO E IMPATTO CONCRETO DELL'INDICE SULLA GARA

dell'Avv. Michele De Cilla

Il collegamento sostanziale fra imprese alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali.

The essential connection between undertakings in the light of the most recent arrests jurisprudential.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il collegamento sostanziale tra imprese. 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Nonostante le precisazioni ed i commenti che giungono, quasi a cadenza periodica, dalla giurisprudenza e dall'attività consultiva e pareristica dell'Autorità di Vigilanza, il fenomeno del collegamento sostanziale tra imprese rimane uno dei terreni di scontro tra operatori economici ed amministrazioni aggiudicatrici.

Invero, non sono infrequenti, nella pratica, i provvedimenti di esclusione e conseguente segnalazione al Casellario informatico, nei confronti di imprese che presentano gli indici tipici del collegamento societario, ma prima di focalizzare l'analisi sulla fattispecie, è opportuno richiamare l'attenzione sulla disciplina normativa.

2. Il collegamento sostanziale tra imprese.

Come noto, l'art. 2359 c.c. stabilisce che sussiste un controllo societario: 1) nel caso di controllo di diritto, ovvero qualora una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società; 2) nel caso di controllo di fatto, ovvero qualora una società, pur non avendo la maggioranza assoluta del capitale di un'altra società, possiede un numero di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di un'altra società; 3) nel caso di controllo contrattuale, ovvero quando una società è sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Inoltre, ai sensi del co. 3 dell'art. 2359, sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, che si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Ciò precisato, nella casistica si è posto frequentemente il problema relativo al se fosse configurabile un collegamento sostanziale laddove un socio di maggioranza di una società rivesta anche la qualifica di socio e direttore tecnico di un'altra società.

Ebbene, alla luce della normativa testè evidenziata, la circostanza che socio di maggioranza di una società sia socio al 50% oltre che direttore tecnico di un'altra società, sembrerebbe smentire la sussistenza di alcuna delle ipotesi tipiche di controllo disciplinate dall'art. 2359 c.c.: difatti, come visto, in tutte le ipotesi richiamate dalla norma di legge il controllo, sia esso di diritto, di fatto o contrattuale, è sempre esercitato da una società, e non già da una persona fisica, su un'altra società.

Vale sul punto precisare che la comunanza strutturale e di composizione societaria tra imprese è, da alcuna giurisprudenza, ritenuto un indice assolutamente insufficiente ai fini della sussistenza del collegamento sostanziale, essendo necessario verificare se tale comunanza abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico cen-

tro decisionale (*ex multis*, CdS, VI, 8.5.2012 n. 2657; CdS, VI, 8.6.2010 n. 3637), nè basta asserire o anche documentare una qualunque forma di proprietà incrociata e/o indiretta tra due o più imprese, per dedurre un indebito inquinamento d'un corretto confronto concorrenziale o, peggio, l'imputazione delle loro offerte ad un unico centro decisionale, idoneo ad elidere appunto l'effettiva concorsualità della gara. Tale forma di proprietà incrociata al più costituisce un indizio che impone alla stazione appaltante la rigorosa valutazione, al fine d'accertare la provenienza delle offerte da detto centro unico, cosa, questa, invero svolta in modo approfondito dall'Azienda intimata. Restano fermi l'obbligo di riscontro di seri ed effettivi rapporti d'influenza tra le predette imprese sospettate di collegamento, nonché la loro facoltà di fornire idonea prova che tal rapporto di fatto non abbia influito sulle loro offerte. E questo perché, diversamente opinando, verrebbe a ledersi il principio costituzionale della libera iniziativa economica, in virtù del quale tutte le imprese in possesso dei requisiti richiesti avrebbero facoltà di partecipare a qualsiasi gara ritengano, quali che siano le altre imprese partecipanti. Dunque, la P.A. può discrezionalmente esercitare il potere di esclusione allorché disponga di elementi significativi che non lascino margini di dubbio sul collegamento sostanziale tra i concorrenti (CdS, IV n. 1459/2009; Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Det. num. 1/07; TAR Lombardia, Mi, Sez. III, 30.4.2003, n. 1097), ovvero indici presuntivi gravi precisi e concordanti idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, discorsivo delle regole di gara (CdS, V, 15.5.2013, n. 2631 e CdS, V, 15.5.2013, n. 2633). La citata giurisprudenza è costante nel

ritenere che eventuali comunanze a livello strutturale sono di per sé insufficienti, essendo necessario verificare se tale comunanza abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale (CdS, VI, 8.5.2012, n. 2657; CdS, VI, 17.2.2012, n. 844; CdS, VI, 25.1.2010 n. 247; CdS, VI, 6.2.2010 n. 1120; CdS, VI, 8.6.2010 n. 3637).

3. Considerazioni conclusive.

Le suddette considerazioni conducono, necessariamente, ad una riflessione sul contenuto e sulla portata del concetto di 'falsa dichiarazione' che viene integrato ogni qual volta si sia in presenza della dichiarazione, da parte di un operatore economico, circa l'insussistenza del predetto collegamento societario.

Invero, la rilevanza o gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o falsa documentazione, richiesti ai sensi dell'art. 38 co. 1 *ter* quali presupposti per l'iscrizione nel casellario informatico e, conseguentemente, non risulta integrata la fattispecie prevista dall'art. 8, co. 2, lett. s) del d.P.R. 207/2010, essendo assolutamente inesistente sia la *condicio iuris* di aver reso dichiarazioni mendaci sia che le stesse, invero non rese, riguardino requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara.

Invece, secondo un altro filone giurisprudenziale, la circostanza che il socio di maggioranza di una società sia socio al 50% oltre che direttore tecnico di un'altra società costituisce un elemento presuntivo inderogabile della sussistenza di un collegamento sostanziale fra imprese, collegamento che legittima non solo l'esclusione dell'impresa dalla gara, ma anche la segnalazione alle competenti Autorità (*ex multis* TAR Lazio, Sez. III, 22.3.2013, n. 2961).

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ASSICURATIVI E DI INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA: CRITICITÀ E SUGGERIMENTI

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 2 del 13.3.2013 dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture: questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

No determination. 2 3/13/2013 Authority for the Supervision of Public Contracts of Works, Services and Supplies: Interpretative issues concerning the assignment of insurance and insurance brokerage.

Sommario: Premessa. 1. Questioni relative al settore assicurativo. 1.1. Il costo della polizza. 1.2. La strutturazione dei bandi di gara. 1.3. Il recesso dal contratto assicurativo. 1.4. Indicazioni relative alle procedure di gara in rapporto al rischio di gare deserte. 1.5. I requisiti di partecipazione. 2. Questioni relative al ruolo del broker nei rapporti con la pubblica amministrazione. 2.1. Il servizio di intermediazione assicurativa. 2.2. Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione.

Premessa.

L'Autorità ha ritenuto di intervenire nell'ambito del settore dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa, avendo rilevato diffuse criticità concernenti l'affidamento di tali servizi e per indicare specifici criteri in ordine alla conduzione delle gare pubbliche.

Infatti, nell'ambito dei servizi assicurativi, numerose sono le procedure risultate deserte o aggiudicate sulla base di un'unica offerta pervenuta, e frequenti i casi di recesso unilaterale dal contratto da parte dell'affidatario. Per quanto riguarda i servizi di intermediazione assicurativa, invece, l'Autorità ha riscontrato situazioni idonee ad incidere sulla regolarità delle procedure di gara consistenti nell'affidare congiuntamente tali servizi a quelli assicurativi.

1. Questioni relative al settore assicurativo.

1.1. Il costo della polizza.

La prima problematica riguarda la quantificazione del premio.

Il premio, quale elemento essenziale dell'offerta, è determinato dall'assicuratore in

base ad una stima della probabilità che l'evento assicurato si verifichi e, al netto delle imposte, è distinto tra premio puro e carichi: il primo rappresenta le risorse che vengono accantonate dall'assicuratore per far fronte ai risarcimenti derivanti dai sinistri che si verificano nel corso di validità della polizza (e che possono essere liquidati anche alcuni anni dopo rispetto alla scadenza della polizza); mentre, i secondi comprendono i costi di gestione della stessa, tra i quali si annoverano i costi generali di esercizio, i costi di gestione dei sinistri e dei relativi risarcimenti, quelli di distribuzione (per l'attività degli agenti o dei *brokers*) e gli utili di impresa.

Per la determinazione del premio puro, sono necessarie numerose informazioni statistiche relative all'andamento passato dei sinistri: occorre, in particolare, disporre almeno delle informazioni relative al numero di polizze emesse, al numero dei sinistri avvenuti ed agli importi corrisposti per gli stessi.

Utilizzando i parametri menzionati, è possibile determinare il costo imputabile a ciascuna polizza per la copertura assicurativa, definito come premio di rischio.

Il passaggio dal premio di rischio al pre-

mio puro richiede che ciascuna impresa di assicurazione elabori delle ipotesi circa l'evoluzione delle variabili che possono influenzare l'andamento futuro della frequenza sinistri ed il relativo costo medio: in altri termini, il premio di rischio è ottenuto dall'osservazione dei dati del passato, mentre il premio puro è dato dalle valutazioni effettuate dalle imprese circa il costo dei sinistri nel futuro, partendo dalle osservazioni del passato.

1.2. La strutturazione dei bandi di gara.

Esiste una stretta corrispondenza tra strutturazione dei bandi di gara ed il fenomeno delle gare deserte.

Si è spesso constatato che i bandi non contengono le informazioni necessarie per un corretto *pricing*. Non a caso, il difetto di informazioni si pone in forte contrasto con l'esigenza che le imprese vengano correttamente edotte circa i fattori che possono influenzare la sinistrosità specifica dell'ente, al fine di consentire alle stesse di quotare il rischio e, conseguentemente, di formulare l'offerta.

Molto spesso le informazioni che occorrono per svolgere correttamente la gara, vengono omesse nei bandi, perché le gare sono gestite da uffici/direzioni distinti da quelli che governano le procedure di gara. Al fine di ovviare a simili disfunzioni, oltre ad un maggior raccordo tra le funzioni, sarebbe opportuno che le stazioni appaltanti accentrino presso un unico soggetto o ufficio tutte le attività connesse con la gestione delle polizze di assicurazione e dei rapporti con i contraenti.

La mancanza di un referente specifico ed il timore di doversi confrontare con più soggetti differenti, siti in uffici distinti o unità locali differenti della stazione appaltante, possono, infatti, costituire reali deterrenti ad una maggiore partecipazione delle imprese assicurative alle procedure di gara.

Un secondo profilo, riguarda la difficoltà di quotare il rischio assicurativo, ovvero la sinistrosità della stazione appaltante, rispetto alla quale le imprese (e le stazioni appaltanti) hanno difficoltà di monitoraggio, per l'assenza di dati e per la forte asimmetria infor-

mativa che caratterizza i mercati assicurativi.

L'Autorità consiglia, dunque, di ovviare al suddetto problema ponendo in essere tutte quelle attività necessarie per il reperimento delle informazioni necessarie per la gestione della polizza.

Poiché molte di tali informazioni possono essere acquisite unicamente attraverso la collaborazione dell'attuale assicuratore, appare necessario inserire nei capitolati di gara la previsione di più stringenti obblighi informativi in capo all'impresa aggiudicataria, in modo da ottenere i dati relativi ai sinistri liquidati e riservati, con seguito e senza seguito.

Peraltro, al fine di non investire l'aggiudicatario di una serie di oneri eccessivi, che finirebbero inevitabilmente per riversarsi sui costi della polizza, le informazioni richieste devono essere limitate esclusivamente a quelle necessarie per la gestione della polizza, con scadenze prestabilite e, comunque, tali da consentire la predisposizione tempestiva dei bandi di gara per il rinnovo delle polizze.

Qualora sia prevista una clausola di recesso a favore dell'assicuratore deve essere previsto l'obbligo, in capo a quest'ultimo, di fornire le informazioni in suo possesso contestualmente alla comunicazione di recesso; ciò, al fine di permettere all'ente di predisporre la nuova documentazione di gara con congruo anticipo.

È, infine, necessario che nei capitolati di gara siano espressamente contemplate penali a carico dell'affidatario per il ritardo nella trasmissione dei rapporti periodici richiesti, fino a considerare grave inadempimento, con le conseguenze previste dal codice dei contratti, il mancato invio degli stessi.

1.3. Il recesso dal contratto assicurativo.

I contratti di assicurazione contengono clausole che accordano ad uno o entrambi i contraenti un'ampia facoltà di recesso a seguito del verificarsi dell'evento di danno assicurato, entro un determinato termine dal pagamento o dalla contestazione, fatto salvo l'obbligo di preavviso.

L'inserimento di clausole di recesso bilaterale nei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni può risultare pregiudizievole per l'interesse pubblico e può contrastare con

i principi di economicità, efficienza e buon andamento dell'amministrazione. Sicché, l'esercizio del recesso da parte dell'assicuratore pone la stazione appaltante nella necessità di attivare una nuova copertura assicurativa in tempi ristretti, quasi incompatibili con l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica.

A tal proposito, dunque, e per evitare conseguenze pregiudizievoli alle stazioni appaltanti, l'Autorità ricorda che le clausole di recesso dovranno essere più aderenti alle previsioni contenute nel Codice ed alla disciplina civilistica.

A tal fine, dovrebbero essere contrattualmente disciplinati gli eventi in conseguenza dei quali ricorrere ad una revisione del prezzo (o eventualmente di altre condizioni contrattuali) in corso di validità della polizza o, come *extrema ratio*, atti a fondare il diritto di recesso dal contratto, fermo restando che la revisione dei prezzi o il recesso non possono essere legati al mero verificarsi di un sinistro, rientrando nella normale alea contrattuale. Si dovrebbe, poi, trattare di situazioni che possono essere monitorate anche dalla stazione appaltante e si dovrebbero prevedere modalità per evitare penalizzazioni eccessive in termini di costi o di mancata copertura.

Inoltre, la revisione dei prezzi o il recesso non dovrebbero mai essere consentiti per contratti inferiori ad una certa durata, ad esempio di un anno.

Al fine di permettere alla stazione appaltante di addivenire ad una nuova copertura assicurativa, la clausola di revisione dei prezzi o di recesso deve indicare chiaramente le modalità di comunicazione della volontà dell'impresa di ricorrere a tali istituti, specificando, altresì, i dati che l'impresa deve obbligatoriamente fornire alla stazione appaltante per la redazione di un nuovo bando, in assenza dei quali la comunicazione deve intendersi come non perfezionata. Infine, la clausola deve prevedere tempi certi per il perfezionarsi del recesso, congrui con quelli occorrenti per una nuova aggiudicazione, secondo le procedure previste dal codice dei contratti pubblici.

1.4. Indicazioni relative alle procedure di gara in rapporto al rischio di gare deser-

te.

L'Autorità ha riscontrato che molte procedure di gara vanno deserte e che le amministrazioni, non disponendo di tempi sufficienti per indire una nuova procedura ad evidenza pubblica, ricorrono sovente a procedure negoziate per l'individuazione dell'impresa di assicurazione ai sensi dell'art. 57, co. 2, lett. a) del codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, nel successivo affidamento, con una prassi non conforme al dettato normativo, vengono riviste profondamente le condizioni del capitolato, mentre, come noto, nel disciplinare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando in caso di gara deserta, non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto.

Nel caso delle polizze assicurative, non sembra, di regola, potersi applicare neppure la successiva lettera c) della citata norma, che riconosce la possibilità di una procedura negoziata dettata da ragioni di estrema urgenza non imputabili alla stazione appaltante.

Ciò in quanto la copertura assicurativa rappresenta, di norma, un acquisto ripetuto nel tempo e le scadenze dei contratti sono note fin dal momento della loro sottoscrizione.

Appare, dunque, utile che le stazioni appaltanti diano avvio alle procedure di scelta del nuovo contraente con un congruo anticipo rispetto alla scadenza naturale del contratto, provvedendo, nel caso di ripetizione della procedura di gara a seguito di gara deserta, fin dalla redazione del nuovo bando, alla modifica delle condizioni contrattuali in essere che possono assicurare, anche sulla base della pregressa esperienza, una maggiore stabilità al rapporto contrattuale, indicandole nel nuovo bando.

In ogni caso, l'Autorità ritiene opportuno che le stazioni appaltanti adottino misure tese a prevenire le conseguenze negative di mancati rinnovi dei contratti assicurativi.

Al riguardo, nei bandi di gara potrebbe essere inserita la previsione di eventuale proroga tecnica del contratto, alle condizioni inizialmente pattuite, per il tempo strettamente necessario al conseguimento di una nuova copertura.

Al fine di evitare che la presenza di una tale clausola possa favorire ulteriormente la di-

serzione della gara da parte delle imprese di assicurazione, le quali potrebbero ritrovarsi con un contratto rinnovato *sine die*, con condizioni economiche che si sono rilevate non adeguate alla copertura del rischio assicurato, nei bandi di gara dovrebbero essere chiaramente indicate sia la data entro cui verrà indetta la successiva procedura di gara per la copertura dei rischi assicurati sia la durata massima per l'eventuale proroga.

La data di indizione della nuova gara dovrebbe essere scelta in modo tale da garantire la compatibilità con i tempi di svolgimento della procedura competitiva che si ritiene di prescegliere, compresa, eventualmente, un'ulteriore procedura negoziata ad esito di un'eventuale gara deserta. Inoltre, nei contratti deve essere chiaramente disciplinato il funzionamento delle franchigie, sia per quanto concerne le modalità di risarcimento dei danni rispetto ai terzi sia riguardo alle modalità con cui le stazioni appaltanti onorano i propri impegni nei confronti dell'affidatario.

Sarebbe, in proposito, opportuno che le stazioni appaltanti, sulla base delle valutazioni sui possibili costi dei sinistri, costituiscano un fondo, prima dell'avvio della procedura di gara, da cui attingere per il pagamento delle franchigie dovute.

Infine, un'organizzazione più snella e l'individuazione di un unico referente per la gestione complessiva del contratto assicurativo dovrebbero permettere, come già posto in rilievo, di superare talune delle rigidità segnalate dalle imprese di assicurazione.

Per altro verso, per attenuare il rischio di una minore partecipazione alle gare dovuta ad una eccessiva rigidità dei bandi, le stazioni appaltanti potrebbero valutare l'opportunità di utilizzare procedure di aggiudicazione più flessibili, che consentano, nel rispetto dei principi e delle regole del Codice, un maggior coinvolgimento degli operatori del settore nella predisposizione del progetto contrattuale.

1.5. I requisiti di partecipazione.

Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, i requisiti speciali di partecipazione devono essere individuati dalle stazioni appaltanti tenendo conto della natura del con-

tratto 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. Possono costituire requisiti accettabili quelli basati su indicatori quali: (i) il livello di capitale sociale minimo, (ii) l'indice di solvibilità; (iii) la capacità di assicurare determinati rischi, valutata sulla base della raccolta premi specifica.

La misura dei requisiti, come osservato, deve essere fissata tenendo conto del valore dell'affidamento e della concreta situazione del mercato.

2. Questioni relative al ruolo del broker nei rapporti con la pubblica amministrazione.

2.1. Il servizio di intermediazione assicurativa.

Ai sensi dell'art. 106 del codice delle assicurazioni, *«l'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati»*.

Quindi, ciascuna delle suddette attività rientra nell'ambito della generale attività di intermediazione assicurativa. Inoltre, secondo il Regolamento Isvap n. 5/2006, *«si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e che non hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione»*. In sostanza, gli elementi che differenziano l'attività del broker assicurativo rispetto all'agente di assicurazione sono, oltre al conferimento dell'incarico da parte del cliente (l'agente è mandatario di una o più imprese di assicurazione), lo svolgimento di servizi di consulenza precontrattuale indipendente, di eventuale ricerca per conto del cliente di idonee imprese di assicurazione e di successiva gestione dei contratti.

Sono frequenti i casi in cui le stazioni appaltanti, mediante un'unica gara, procedono alla scelta dell'intermediario e della polizza

assicurativa ovvero affiancano all'incarico di brokeraggio anche la scelta dell'impresa affidataria del servizio assicurativo.

Simili accorpamenti, benché verosimilmente attuati per esigenze di economicità, non appaiono corretti, sia perché idonei a svilire il ruolo del broker (avendo la stazione appaltante già effettuato le scelte che invece dovrebbero essere fatte a seguito dell'attività precontrattuale svolta dallo stesso) sia perché i due servizi (intermediazione e copertura assicurativa) appartengono a mercati distinti.

La possibilità di affidare congiuntamente l'incarico di consulenza assicurativa e di ricerca della polizza assicurativa è stata più volte stigmatizzata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto ritenuta idonea ad escludere dal confronto concorrenziale imprese che potrebbero presentare offerte concorrenziali per uno solo dei due servizi.

2.2. Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione.

L'Autorità ha rilevato come in numerose gare le stazioni appaltanti, in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si tenda a valutare l'offerta economica sulla base di formule a punteggio assoluto, ponendo soglie inferiori e superiori per la percentuale della commissione richiesta. Ad esempio, si assegna il punteggio massimo se la commissione richiesta è pari o inferiore alla soglia prefissata, un punteggio pari a zero se la commissione è pari o superiore

alla soglia massima prevista.

Di regola, in gare siffatte, si osserva la tendenza di tutti gli operatori economici concorrenti ad offrire un prezzo allineato sul valore sufficiente ad ottenere il punteggio massimo. Criteri di valutazione dell'offerta economica basati sul punteggio assoluto con una soglia prefissata finiscono, dunque, con l'allineare le offerte economiche e, quindi, con lo svilire completamente la componente di prezzo nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'Authority si è soffermata anche sui requisiti di partecipazione, rilevando come venga richiesta una capacità economica finanziaria sproporzionata rispetto al valore dell'affidamento; di solito, viene richiesta la dimostrazione di aver svolto un numero elevato di prestazioni a favore di determinate stazioni appaltanti o per l'intermediazione di determinati rischi.

In alcune circostanze, poi, è prescritta la disponibilità di una sede nel comune in cui è localizzata la stazione appaltante. In altri casi, ciò è considerato come criterio di valutazione, insieme ad altri, legati alle dimensioni del concorrente, quali il numero di dipendenti o il fatturato realizzato.

Tali elementi, ammonisce l'Autorità, introducono distorsioni nella concorrenza, restringendo in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti alla gara e favorendo gli operatori economici di dimensioni maggiori, senza che ciò risulti in alcun modo correlato con la qualità dell'offerta.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.4.2013 n. 2206
Giustizia amministrativa - ricorso giurisdizionale - legittimazione attiva in una gara di appalto - spetta solo alle ditte legittimamente ammesse - esclusione dalla gara - ove sia legittima o comunque non sia contestata priva di legittimazione la ditta interessata.

Se un'impresa partecipante ad una gara pubblica per l'affidamento di un appalto viene legittimamente esclusa dalla gara stessa, sono da considerarsi inammissibili le censure che la stessa impresa deduce con il ricorso incidentale di primo grado e ripropone in appello.

Infatti, quest'ultima, assumendo la posizione del quisquis de populo e non potendo trarre alcun vantaggio dall'eventuale fondatezza delle censure, non può contestare l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria e gli atti di gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.4.2013, n. 1971
Contratti della P.A. - gara - offerta con indicazione del prezzo solo in cifre - nel caso di clausola del bando che prevede che i prezzi unitari debbano essere indicati in cifre e in lettere - priva tuttavia di sanzione espulsiva in caso di inosservanza - esclusione dalla gara - impossibilità.

E' legittima l'aggiudicazione della gara di appalto in favore di una ditta che ha indicato il prezzo soltanto in cifre - e non anche in lettere - nella lista delle categorie, se il bando prescrive che il prezzo complessivo debba essere indicato in cifre e in lettere, senza tuttavia prevedere una sanzione espulsiva per l'eventuale inosservanza di tale prescrizione.

Infatti, i concorrenti e la stessa amministrazione sono vincolati solo se le prescrizioni del bando sono specifiche ed inequivoche e stabilite a pena di esclusione dalla lex specialis della gara, con esclusione di qualsiasi margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione da parte di quest'ultima.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 17.5.2013, n. 780

1. Contratti della P.A. - bando - modifiche del bando attraverso l'utilizzo dell'istituto dei chiarimenti successivi - in pendenza dei termini per la presentazione delle offerte - possibilità di esclusione - motivi.

2. Contratti della P.A. - bando - possibilità di innovare o modificare il bando esclusivamente in autotutela, attraverso l'istituto della revoca o dell'annullamento della lex specialis.

1. In pendenza dei termini per la presentazione delle offerte, non è possibile apportare modifiche alla lex specialis in quanto ciò comporterebbe innanzitutto la violazione del principio della par condicio. In conseguenza di questo principio va categoricamente esclusa la possibilità che possano apportarsi innovazioni o modificazioni delle prescrizioni di gara mediante l'istituto dei "chiarimenti".

2. Qualora la stazione appaltante intenda innovare o modificare le previsioni di gara, essa ha l'obbligo di operare in autotutela, attraverso l'istituto della revoca o dell'annullamento della lex specialis che, diversamente, resta immutabile.

TAR Sicilia, Pa, Sez. II 29.4.2013, n. 993

Gara di appalto - aggiudicazione in favore di una riunione temporanea d'impresa costituenda - nel caso di offerta sottoscritta soltanto dalla società mandataria, ma non anche dal legale rappresentante della società mandante - illegittimità.

L'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese deve essere considerata illegittima qualora l'offerta sia stata sottoscritta per esteso dal solo legale rappresentante della società mandataria - con firma apposta in calce al suo nominativo stampato per esteso e, di se-

guito, anche in calce al timbro della medesima società del costituendo RTI - ma non anche dal legale rappresentante della società mandante.

Difatti - ai sensi dell'art. 37, co. 8, d.lgs. n. 136 del 2006 - qualora sia assente il mandato già conferito per rappresentare l'A.T.I. - tutte le imprese partecipanti all'associazione temporanea hanno l'obbligo di sottoscrivere l'offerta poiché, in caso contrario, verrebbe a mancare una dichiarazione di volontà essenziale per l'assunzione del vincolo contrattuale, con conseguente compromissione della serietà ed affidabilità dell'offerta stessa.

TAR Lazio, Rm, Sez. I ter, 24.4.2013, n. 4126
Contratti della P.A. - gara - esclusione di una r.t.i. - nel caso in cui una delle imprese riunite sia priva del certificato di qualità prescritto, a pena di esclusione, dal bando di gara - legittimità - non sussiste possibilità di sopperire al certificato mancante mediante avvalimento - riferimento alla determinazione dell'AVCP 1.8.2012, n. 2.

Qualora un bando di gara preveda espressamente, a pena di esclusione, il possesso della certificazione di qualità, è legittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante esclude dalla gara una r.t.i., se una delle imprese riunite non possiede il suddetto certificato.

Né è possibile a sopperire tale carenza mediante l'avvalimento, facendo ricorso alla certificazione di qualità della società di cui ci si avvale.

TAR Valle D'Aosta, 18.4.2013, n. 23
Contratti della P.A. - gara - legittimità dell'esclusione - di una ditta che ha chiesto di essere ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis, legge fallimentare - nel caso in cui, al momento dell'aggiudicazione definitiva, la ditta interessata non sia stata ancora formalmente ammessa a tale concordato.

Se una ditta chiede di essere ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis co. 4, della legge fallimentare, introdotto dall'art. 33, co. 1, lett. h), del d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito dalla l. 7.8.2012, n. 134, la P.A. deve disporre l'esclusione della ditta se, al momento dell'aggiudicazione definitiva, la stessa non sia stata ancora formalmente ammessa al concordato preventivo, non essen-

do stato depositato il piano di cui all'art. 161, co. 2, lett. e), l.f..

TAR Puglia, Le, Sez. II, 26.3.2013, n. 668
Contratti della P.A. - gara - esclusione dalla gara ex art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 - per grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti appalti - riferimento alla risoluzione di un precedente contratto di appalto disposta da altra P.A. - Disposta perché la ditta interessata ha fatto ricorso al subappalto non autorizzato - legittimità.

L'esclusione di una ditta da una gara di appalto di servizi, dovuta a grave negligenza o malafede ex art. 38 co. 1 lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, deve considerarsi legittima se motivata con riferimento al fatto che la medesima ditta, durante l'esecuzione di un contratto di appalto con altra P.A., ha fatto ricorso al subappalto non autorizzato. Infatti, la stazione appaltante ha piena facoltà di escludere da una gara pubblica, ex art. 38, co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, l'appaltatore, qualora quest'ultimo abbia fatto ricorso al subappalto in difetto di preventiva autorizzazione e nonostante ciò si sia verificato nell'ambito del rapporto contrattuale con altra pubblica amministrazione, poiché la violazione di un divieto così grave è idonea, di per sé, a influenzare negativamente il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'appaltatore.

TAR Toscana, Sez. I, 21.3.2013, n. 442
1. Atto amministrativo - presupposti del diritto di accesso - circostanza che gli atti oggetto dell'istanza di ostensione siano divenuti inoppugnabili - non preclusione dell'esercizio del diritto.

2. Atto amministrativo - diritto di accesso agli atti di una gara di appalto - istanza presentata da una ditta che ha partecipato alla gara stessa - obbligo per la stazione appaltante di accogliere l'istanza - circostanza che l'aggiudicazione della gara sia ormai divenuta inoppugnabile - irrilevanza.

1. L'accesso ai documenti amministrativi si configura come un diritto soggettivo perfetto, che può essere esercitato indipendentemente dal giudizio sull'ammissibilità o sulla fondatezza della domanda giudiziale eventualmente

proponibile sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso. Da ciò ne consegue che la circostanza che gli atti oggetto dell'istanza di ostensione siano divenuti inoppugnabili non impedisce all'interessato di esercitare il suddetto diritto, poiché l'interesse presupposto dall'art. 22 della l. n. 241/1990 costituisce nozione diversa e più ampia dell'interesse all'impugnazione.

2. Qualora una ditta, in dichiarata qualità di soggetto partecipante alla gara, presenti un'istanza di accesso agli atti di gara, quest'ultima deve essere accolta in quanto è pacifico che colui che ha partecipato ad una procedura concorsuale è portatore di un interesse differenziato da quello della generalità dei consociati e, di conseguenza, è legittimato a chiedere copia degli atti prodotti dagli altri concorrenti, prescindendo dall'attuale impugnabilità del provvedimento di aggiudicazione .

TAR Marche, Sez. I, 21.3.2013 n. 229

Contratti della P.A. - gara - esclusione - importo superiore al limite di legge - legittimità

dell'esclusione - ragioni - art. 46, co. 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 - inapplicabilità.

Qualora una ditta, in sede di presentazione dell'offerta per l'affidamento di un appalto di lavori, abbia dichiarato di voler subappaltare lavorazioni di importo superiore al limite di legge, è legittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante dichiara l'esclusione dalla gara della suddetta ditta. In questo caso, infatti, l'offerta deve ritenersi presentata in violazione dei limiti al subappalto imposti dagli artt. 118 e 122 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Né è possibile, ai fini dell'applicazione dell'art. 46, co. 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, configurare l'obbligo in capo alla ditta stessa - laddove risulti aggiudicataria - di eseguire in proprio anche le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, poiché la P.A. è tenuta a dichiarare l'esclusione della ditta che afferma di voler subappaltare lavorazioni in misura eccedente il limite massimo previsto dall'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 sia a causa dell'evidente contrasto con tale norma, sia perché l'offerta risulta in tal modo indeterminata e quindi nulla dal punto di vista civilistico.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte costituzionale, 28.3.2013, n. 50

Servizio idrico integrato - attribuzione alle Regioni delle funzioni delle Autorità d'Ambito - piano d'ambito - natura.

Servizio idrico integrato - attribuzione alle Regioni delle funzioni delle Autorità d'Ambito - cooperazione Enti Locali - necessità - limiti.

Affidamento in house - condizioni.

Servizi pubblici locali - normativa e giurisprudenza comunitaria - diretta applicabilità nell'ordinamento interno.

Per quanto riguarda le Autorità d'ambito, preposte alla programmazione ed alla gestione del servizio idrico integrato nel territorio delle Regioni, l'art. 2, co. 186 bis, della l. 23.12.09, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2010), nel sopprimere le Autorità d'ambito territoriale, di cui agli artt. 148 e 201 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), ha stabilito che «le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». Con la modifica del 2009, la legislazione statale ha inteso realizzare, mediante l'attuazione dei principi di cui sopra, una razionalizzazione nella programmazione e nella gestione del servizio idrico integrato, superando la precedente frammentazione. Perché ciò avvenga, è innanzitutto necessario che i soggetti cui sono affidate le funzioni abbiano una consistenza territoriale adeguata, ma è anche indispensabile che i piani d'ambito abbiano natura integrata e unitaria, in modo da realizzare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del servizio. Si deve al riguardo osservare che il rispetto dei principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza, richiamati dal sopra citato art. 2, co. 186 bis, della l. 191/09, implica che non possa essere trascurato, nella prefigurazione normativa regionale della struttura e delle funzioni dei soggetti attributari dei servizi, il ruolo degli enti locali e che debba essere prevista la loro cooperazione in vista del raggiungimento di fini

unitari nello spazio territoriale che il legislatore regionale reputa ottimale. La presenza attiva dei Comuni nell'organizzazione e nell'esercizio delle funzioni dell'ente regionale non può tuttavia privare quest'ultimo della potestà di decidere in via definitiva, operando una sintesi delle diverse istanze e dei concorrenti, e in ipotesi divergenti, interessi delle singole comunità territoriali sub-regionali. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche degli Stati membri "autoprodurre" beni, servizi o lavori, mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (cosiddetto affidamento in house). Allo scopo di evitare che l'affidamento diretto a soggetti in house si risolva in una violazione dei principi del libero mercato e quindi delle regole concorrenziali, che impongono sia garantito il pari trattamento tra imprese pubbliche e private, la stessa Corte ha affermato che è possibile non osservare le regole della concorrenza a due condizioni. La prima è che l'ente pubblico svolga sulla società in house un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; la seconda è che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico (sentenza 18.11.1999, in causa C-107/98, Teckal). Tale impostazione è costantemente richiamata dalla giurisprudenza di questa Corte (ex plurimis, sentenza n. 439/08). A seguito dell'esito positivo della consultazione referendaria ammessa con sentenza n. 24/11 di questa Corte, l'art. 23 bis del d.l. n. 112 è stato abrogato, mentre l'art. 4 del d.l. 13.8.11, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 14.9.11, n. 148, sostanzialmente riproduttivo della norma abrogata, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 199/12, per violazione del divieto di ripristino di normativa abrogata a seguito di referendum, e quindi dell'art. 75 cost. La conseguenza delle vicende legislative e

referendarie brevemente richiamate è che, attualmente, si deve ritenere applicabile la normativa e la giurisprudenza comunitarie in materia, senza alcun riferimento a leggi interne.

A.G.C.M., 22.3.2013, n. AS1031

Servizio pubblico - servizio strumentale - distinzione.

Art. 4 d.l. 95/12 (Spending review 2) - ratio.

Un determinato servizio può essere qualificato come pubblico solo se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività, esulando dal relativo ambito le prestazioni, di carattere strumentale, rese al soggetto preposto al suo esercizio". Utilizzando tale criterio, la giurisprudenza ha, di volta in volta, qualificato determinate attività come servizi strumentali (ad esempio, la manutenzione degli immobili comunali o la custodia, pulizia, giardinaggio, manutenzione del cimitero) poiché svolte esclusivamente a favore dell'ente locale, distinguendole dai servizi pubblici locali, svolti direttamente a beneficio della collettività. Più di recente, il Consiglio di Stato [Sez. V, 1.4.2011, n. 2012] ha individuato tre principali condizioni che devono sussistere affinché l'attività in questione sia qualificabile come "strumentale": i) il servizio è volto a soddisfare esigenze dell'amministrazione e non è direttamente fruibile dai cittadini; ii) il rischio di gestione è assunto dall'amministrazione affidante; iii) la remunerazione del servizio è a carico dell'amministrazione nell'ambito del rapporto bilaterale con l'appaltatore. l'obbligo di dismissione di cui all'art. 4 d.l. n. 95/12 interessa tutte le società "controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni [...] che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato". Tale previsione rappresenta solo l'ultimo (in ordine di tempo) degli interventi che si inseriscono nel solco tracciato dal Legislatore che, in più occasioni, ha dimostrato un chiaro disfavore verso le società a capitale pubblico che forniscono servizi cd. strumentali all'attività dell'amministrazione, sul modello dell'in house providing. Un'interpretazione della norma aderente alla sua evidente ratio di riduzione della spesa pubblica porta ad esclu-

dere, pertanto, che la gestione congiunta di servizi di interesse economico generale ed attività strumentali possa avere l'effetto di esentare l'amministrazione dall'ottemperare all'obbligo di dismissione previsto all'art. 1 del d.l. 95/12.

Corte Costituzionale, 20.3.2013, n. 46

Art. 3 bis, co. 2, d.l. 138/11 - affidamento servizio pubblico locale - valutazione offerta - tutela occupazione - legittimità costituzionale.

Art. 3 bis, co. 3, d.l. 138/11 - affidamento servizio pubblico locale - valutazione virtuosità enti locali - legittimità costituzionale.

Art. 3 bis, co. 5, d.l. 138/11 - società in house - sottoposizione al patto di stabilità - legittimità costituzionale.

La disposizione impugnata [art. 3 bis, co. 2, d.l. 138/11] attiene alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, che la giurisprudenza costituzionale ha costantemente ricondotto alla materia «tutela della concorrenza», con la conseguente titolarità da parte dello Stato della potestà legislativa esclusiva, di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), cost.: nell'ambito di questa attribuzione, il legislatore statale, con la norma impugnata, è venuto, non irragionevolmente, a prevedere quale ulteriore elemento di valutazione dell'offerta da tenere presente nell'affidamento dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica anche l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione. L'intervento normativo statale, con il d.l. 1/12, si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica. Per quello che qui interessa, con la norma impugnata [art. 3 bis co. 3, d.l. 138/11], il legislatore statale ritiene che tale scopo si realizzi attraverso l'affidamento dei servizi pubblici locali al meccanismo delle gare ad evidenza pubblica, individuato come quello che dovrebbe comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione. Da qui l'opzione - in coerenza con la normativa comunitaria - di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico/private e di contenere il fenomeno delle società in house (ex plurimis: sentenze n. 62 e n. 32 del 2012; n. 339, n. 320, n. 187 e n. 128 del 2011; n. 325 e n. 142 del 2010; n. 246 e n.

148 del 2009). Peraltro, per pervenire a questo obiettivo, il legislatore si è trovato di fronte al problema di coordinare la competenza esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» con le competenze concorrenti regionali. Da qui l'opzione, già sperimentata in altri contesti, di utilizzare una tecnica «premiabile», dividendo gli enti pubblici territoriali in due classi, secondo un giudizio di «virtuosità» ai sensi dell'art. 20, co. 2 e 2 bis, del d.l. 6.7.11, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito dall'art. 1, co. 1, della l. 15.7.11, n. 111, «sulla base della valutazione ponderata» di parametri di virtuosità, ai fini del rispetto del Patto di stabilità (sentenza n. 8/13). Nel caso di specie, «l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi ad evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino», previsto dalla disposizione impugnata, è stato inserito dal legislatore statale – quale ulteriore elemento di valutazione di «virtuosità» degli enti che ad esso si adeguano, al fine di consentire a questi ultimi di sottostare a vincoli finanziari meno pesanti rispetto agli altri enti – tra quelli già previsti dal citato art. 20, co. 2, d.l. n. 98/11. Secondo questa tecnica, dunque, riguardo al tema in esame, risultano più virtuosi gli enti che si conformano alle indicazioni del legislatore statale (indicazioni fornite in virtù della competenza esclusiva in materia di concorrenza) nell'affidamento dei servizi pubblici locali tramite gare ad evidenza pubblica. Questa tecnica ha, in generale, il pregio di non privare le Regioni e gli altri enti territoriali delle loro competenze e di limitarsi a valutare il loro esercizio ai fini dell'attribuzione del «premio», ovvero della coerenza o meno alle indicazioni del legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza. Infatti, «grazie alla tecnica normativa prescelta i principi di liberalizzazione presuppongono che le Regioni seguitano ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche». Ne consegue, dunque, che le Regioni «non risultano menomate nelle, né tantomeno private delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle in base ai principi indicati dal legislatore stata-

le, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia della concorrenza» (sempre sentenza n. 8/13). Nel co. 10 dell'art. 23 bis si prevedeva il ricorso, da parte del Governo, ad uno o più regolamenti di cui all'art. 17, co. 2, della l. n. 400 del 1988, cioè ad un atto di normazione secondaria generale ed astratto, idoneo a determinare, nel rispetto dei principi che regolano la gerarchia delle fonti di produzione del diritto, innovazioni nella materia. Invece, nella disciplina legislativa attualmente impugnata [art. 3-bis co. 5, d.l. 138/11] ed in quella cui questa fa riferimento si prevede il ricorso ad un decreto ministeriale che, per quello che costituisce il suo oggetto, ha la natura di atto non regolamentare. Mentre, difatti, nel co. 10 dell'art. 23 bis si precisava che il regolamento avrebbe avuto come oggetto quello di «prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari così detti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno», con possibilità, quindi, di dettare regole che disciplinassero anche nel merito questo assoggettamento o che, in ogni caso, potessero, nel limite del rispetto di quanto contenuto nella legge che lo prevedeva, determinare innovazioni normative, nella disposizione legislativa cui rinvia il censurato co. 5 dell'art. 3 bis è previsto che il decreto ministeriale definisca esclusivamente le «modalità e la modulistica» dell'assoggettamento al patto di stabilità. Si tratta, quindi, di un atto che non ha contenuti normativi, ma che adempie esclusivamente ad un compito di coordinamento tecnico, volto ad assicurare l'uniformità degli atti contabili in tutto il territorio nazionale (così, la Corte in relazione alla censura secondo la quale l'art. 3 bis co. 5, d.l. 138/11 avrebbe ripristinato, di fatto, la normativa dichiarata costituzionalmente illegittima, demandando nuovamente ad una fonte sublegislativa la definizione delle modalità per l'assoggettamento al Patto di stabilità interno delle società in house). Con la citata sentenza [C. cost. n. 325/10] non si è certo affermato che, in mancanza del previsto regolamento, le società in house non fossero assoggettate al patto di stabilità interno. In essa, infatti, si afferma chiaramente che «Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale to-

talmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo». Quindi, una diversa disciplina che favorisca le società in house rispetto all'aggiudicante amministrazione pubblica si potrebbe porre in contrasto con la stessa disciplina comunitaria, in quanto verrebbe a scindere le due entità e a determinare un'ingiustificato favor nei confronti di questo tipo di gestione dei servizi pubblici dato che il bilancio delle società in house non sarebbe soggetto alle regole del patto di stabilità interno. Le suddette regole, invece, debbono intendersi estese a tutto l'insieme di spese ed entrate dell'ente locale sia perché non sarebbe funzionale alle finalità di controllo della finanza pubblica e di contenimento delle spese permettere possibili forme di elusione dei criteri su cui detto "Patto" si fonda, sia perché la maggiore ampiezza degli strumenti a disposizione dell'ente locale per svolgere le sue funzioni gli consente di espletarle nel modo migliore, assicurando, nell'ambito complessivo delle proprie spese, il rispetto dei vincoli fissati dallo stesso Patto di stabilità.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.2.2013, n. 936

Applicazione dell'art. 23 bis d.l. 112/08 - settori esclusi - termini dell'esenzione.

Divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - eccezione per le società quotate - interpretazione.

Divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - divieto di cui all'art. 13, d.l. 223/06 - coordinamento.

Divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - portata - servizi strumentali - ricompresi.

L'esenzione del servizio di distribuzione del gas naturale dall'applicazione dell'art. 23 bis d.l. 112/08 concerne le procedure di affidamento svolte nel citato settore e non già la partecipazione dei soggetti in esso operanti in altri ambiti. Deve infatti ritenersi che la deroga ai principi concorrenziali, da cui la norma è permeata, sia necessariamente circoscritta al settore da esso contemplata, e cioè quello della distribuzione del gas (nonché gli altri specificamente eccettuati), a causa delle peculiari caratteristiche del relativo mercato di riferimento, ma non può essere estesa ad altri settori, pena altrimenti l'irragionevole vantaggio che le imprese in esso operanti, ancorché affidatarie in via diretta di servizi, ne trarrebbero al fine di espandere le proprie attività nei confronti affidatarie dirette di altri servizi. L'esenzione delle società quotate nei mercati regolamentati dalla portata applicativa del divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 va interpretata in senso strettamente aderente al suo tenore letterale e dunque alle sole società quotate in borsa, ma non già alle società loro controllate, cui in effetti non fa alcun riferimento. Più precisamente, detta eccezione è contenuta nel secondo periodo del co. 9 in esame, mentre il primo periodo, nel porre il divieto, ha cura di precisare che esso si estende anche alle controllanti e controllate delle affidatarie dirette. Ad opinare diversamente il divieto potrebbe venire facilmente aggirato, essendo sufficiente per il soggetto quotato acquisire il controllo di società affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali, con il risultato di incoraggiare, in una sorta di eterogenesi dei fini, la formazione di gruppi economici in grado di estendere il proprio potere di mercato, in danno di quelli di minori dimensioni, oltre che degli enti pubblici, i quali devono confidare proprio su assetti effettivamente concorrenziali per affidare servizi a prezzi economicamente vantaggiosi. L'operatività del divieto contenuto nell'art. 23 bis, co. 9, in questione prescinde dal rispetto del principio della separazione societaria, essendo incentrato sulla sola circostanza dell'esistenza di un affidamento diretto, laddove tale separazione si attegga a mera precondizione per partecipare ad ulteriori gare per l'affidamento di servizi strumentali, fermo rimanendo che la società operante nel mercato dei servizi pubblici locali che scorpora le attivi-

tà in quest'ultimo settore, in conformità ai principi stabiliti dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 326/08, non deve avere beneficiato a monte di affidamenti diretti di detti servizi pubblici. L'aver cioè una società conseguito tali servizi senza gara è, nell'intenzione del legislatore del 2008, comunque ostativo all'acquisizione di ulteriori, ancorché attraverso società proprie controllate appositamente costituite per diversificare le proprie attività, segnando (ma è più corretto dire "ha segnato", viste le note vicende della disposizione, oggi non più vigente: si rinvia al riguardo alla recente sentenza di questa Sezione 23.10.2012, n. 5409) un ulteriore passo nel senso di rafforzare la cogenza dei principi di concorrenzialità di matrice comunitaria. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 326/08 ha chiarito che il divieto contenuto nell'art. 13 d.l. 223/06 - in relazione al cui rispetto è posto l'obbligo di scorporo ex art. 8, co. 2 bis, l. 287/90 - si applica "non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime", allo scopo di separare l'attività propriamente amministrativa, fonte di vantaggi competitivi, da quella di impresa, svolta invece in regime concorrenziale (punto 8.3 della parte in diritto). Con funzione chiaramente complementare, invece, il divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08, agisce sul titolo giuridico, sull'incontestabile premessa, che vale ad accomunare le due norme proibitive nell'ambito di una ratio unitaria, che anche l'affidamento diretto è fonte di vantaggi concorrenziali da fare valere per l'acquisizione di altre commesse, in danno tanto degli altri operatori economici, che di tale vantaggio non hanno potuto fruire, quanto degli enti pubblici, per il rischio di affidare commesse a fronte di offerte non economicamente vantaggiose.

Pertanto, il coordinamento tra le due disposizioni in esame non può che essere inteso nel senso ora espresso, perché ad opinare al contrario le finalità del divieto si presterebbero ad agevoli elusioni, che verrebbero nondimeno ammantate dal rispetto di obblighi normativi posti a presidio di esigenze differenti.

L'art. 23 bis, co. 9, pone il divieto per le affidatarie dirette di servizi pubblici locali di partecipare, anche tramite proprie controllate - come appunto nel caso di specie - non solo a gare

per "servizi ulteriori", ma più in generale, e con valenza di chiusura, per "servizi o attività per altri enti pubblici o privati".

Dall'impiego della preposizione "per", quindi, è possibile comprendere nel perimetro applicativo della norma anche i servizi strumentali e cioè attività consistenti in un facere rivolte direttamente nei confronti dell'ente pubblico affidante. Non si vede del resto a quali altri servizi la norma abbia voluto fare riferimento. Anche con riguardo ai predetti servizi strumentali si pone l'esigenza di impedire a soggetti beneficiari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali di espandere e consolidare la loro posizione di mercato attraverso l'acquisizione di altri servizi, ancorché non qualificabili come pubblici, perché è notorio che anche per i primi vi è un mercato nel quale questi sono contesi dagli operatori economici in esso operanti. Attraverso l'applicazione del divieto in esame anche per tali servizi, si realizza infatti l'obiettivo di impedire che società beneficiarie di affidamenti diretti, e dunque incaricate della gestione di attività idonee a far conseguire maggiori profitti rispetto a quelli ritraibili attraverso un confronto competitivo con altri operatori, possano offrire prezzi maggiormente competitivi nelle procedure di affidamento di ulteriori commesse pubbliche, qualunque attività esse riguardino. Il tutto anche attraverso società da loro controllate, grazie alla possibilità di compensazioni finanziarie infragruppo, che consentano quindi di assicurare un equilibrio economico complessivo di un soggetto nella sostanza unitario.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.2.2013, n. 911
Divieto di cui all'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 - portata.

Servizio pubblico - nozione.

L'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08, convertito in l. 113/08 e modificato dall'art. 15 d.l. 135/09, nella sostanza, vieta l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, alle società che gestiscono servizi pubblici locali ad esse affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, anche per il tramite di società controllanti o da esse controllate. La "ratio" della predetta disposizione va senz'altro ravvisata nell'esigenza di impedire alterazioni del mercato concorrenziale che deriverebbero dal-

la partecipazione alle gare per l'affidamento di ulteriori servizi pubblici locali di quei soggetti che, in quanto già affidatari diretti di tali servizi nel medesimo o in altri ambiti territoriali, si trovano in una posizione di privilegio acquisita al di fuori dei meccanismi dell'evidenza pubblica. Se tant'è sotto il profilo funzionale, appare allora irrilevante la modalità di affidamento prescelta dalla stazione appaltante (appalto o concessione), atteso che il divieto posto dal legislatore riguarda genericamente "l'acquisizione" della gestione di servizi ulteriori. In altri termini, le modalità di remunerazione delle attività, pur idonee a far ascrivere la gara nella categoria dell'appalto anziché in quella della concessione, non possono influire sulla natura delle prestazioni oggetto della procedura in esame.

La giurisprudenza della Sezione ha già avuto modo di precisare che "la nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità (V, 12.10.2004, n. 6574). Ne consegue che, fermi gli elementi essenziali sopra menzionati, la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici e con differenti modalità di remunerazione della prestazione. A nulla quindi rileva che oggetto dell'affidamento fosse soltanto la raccolta dei rifiuti e non l'intero servizio dell'igiene ambientale, così come non rileva che il gestore fosse remunerato dal soggetto aggiudicatore: quel che conta, infatti, è che l'attività del gestore fosse diretta ad una platea indifferenziata di utenti e che esso fosse destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell'attività dovuta" (cfr. sent. n. 1651 del 22.3.2010).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.2.2013, n. 762
Società in-house - controllo analogo - termini e modalità.

Principio della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - superamento

dopo abrogazione referendaria dell'art. 23 bis d.l. 112/08 e declaratoria incostituzionalità dell'art. 4, d.l. 138/11.

Secondo la giurisprudenza comunitaria il "controllo analogo" dei soci pubblici sulla società in house costituisce un "potere assoluto" di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In presenza di tale "assoluto potere", l'amministrazione può prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non in virtù di apposite clausole di esclusione contenute nelle rispettive normative di settore, ma, piuttosto, perché si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (Commissione europea, nota 26.6.2002).

Si è ritenuto che ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi (peraltro, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio dei fatti attinenti al margine di autonomia di cui fruisce la società in causa, in circostanze come quelle di cui alla causa principale) [C. giust. CE, 13.11.2008 C-324/07, Coditel Brabant SA].

La giurisprudenza comunitaria si è soffermata anche sulle modalità di esercizio del controllo analogo in caso di pluralità di soci pubblici, affrontando il tema se il controllo debba essere individuale o possa essere congiunto, e addividendo alla seconda soluzione. Si è concluso che qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza [C. giust. CE,

13.11.2008 C-324/07, *Coditel Brabant SA*. In positivo, il controllo analogo deve importare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni importanti, e può essere attuato con poteri di direttiva, di nomina e revoca degli amministratori, e con poteri di vigilanza e ispettivi.

La giurisprudenza comunitaria ha anche affrontato *funditus* il problema delle modalità del controllo analogo nel caso in cui il capitale sociale della società in house sia frazionato tra una pluralità di soci pubblici, addivenendo alla conclusione che 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 siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza 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 [C. giust. UE, sez. III, 29.11.2012 C-182-11 e 183-11, *Econord s.p.a.*]. Non 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.

La giurisprudenza nazionale in termini generali ha affermato che per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario [CdS, VI, 25.1.2005 n. 168; CdS, V,

11.5.2007 n. 2334]. In positivo, si sono ritenuti indici del controllo analogo, oltre che la partecipazione totalitaria pubblica, taluni penetranti poteri di vigilanza, quali: i) l'obbligo di trasmettere mensilmente i verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, l'ordine del giorno delle adunanze del medesimo consiglio di amministrazione al sindaco ed all'assessore alle aziende ed agli amministratori della società; ii) l'obbligo di trasmettere trimestralmente al sindaco ed all'assessore una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati; iii) i poteri di nomina e revoca di un rilevante numero di amministratori e sindaci.

Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis d.l. 112/08 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. 138/11, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società in house) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si applica invece la disciplina comunitaria sui presupposti e condizioni per l'utilizzo della società in house.

Venuto meno l'art. 23 bis d.l. 112/08 per scelta referendaria, e dunque venuto meno il criterio prioritario dell'affidamento sul mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'assoluta eccezionalità del modello in house, si deve ritenere che la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, debba basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire: i) valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; ii) individuazione del modello più efficiente ed economico; iii) adeguata istruttoria e motivazione. Trattandosi di scelta discrezionale, la stessa è sindacabile se appaia priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 8.2.2013, n. 729
Farmacie comunali - natura del servizio.

La gestione delle farmacie comunali da parte degli enti locali è collocata come modalità gestoria "in nome e per conto" del S.s.n., come tale non riconducibile né all'ambito dei servizi di interesse generale nella definizione comunitaria, né alla disciplina sui servizi pubblici locali secondo l'ordinamento italiano; piuttosto deve ritenersi che l'attività di gestione delle farmacie comunali costituisca esercizio diretto di un servizio pubblico, trattandosi di un'attività rivolta a fini sociali ai sensi dell'art. 112 d.lgs. 267/00. La procedura per l'individuazione dell'affidatario non riguarda perciò l'affidamento del servizio, la cui "concessione/autorizzazione rimane in capo al Comune".

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.1.2013, n. 435

Servizio illuminazione votiva - natura - servizio pubblico locale.

Nella giurisprudenza è ormai prevalente l'indirizzo che riconosce natura di servizio pubblico al servizio d'illuminazione votiva, differenziandolo nettamente dall'ipotesi di concessione e gestione di opera pubblica (cfr: CdS, V, 29.3.2010 n. 1790, in cui è affermato espressamente che il servizio di illuminazione votiva costituisce "concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica", nonché CdS, V, 11.8.2010, n. 5620 e V, sent. 14.4.2008, n. 1600). Normalmente, infatti, la realizzazione dell'impianto ha carattere strumentale rispetto alla primaria esigenza perseguita, che è quella di consentire il culto dei defunti anche mediante la gestione del servizio di illuminazione votiva. Quindi l'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato costituisce oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante, in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (CdS, V, 24.3.2011, n. 1784). Tanto si evince dal d.m. 31.12.83, n. 15400 (che ricomprendeva tra i c.d. servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva) e risulta oggi confermato dalla norma generale sancita dall'art. 172, co. 1, lett. e), t.u. 18.8.00 n. 267, e successive modificazioni, che impone di allegare al

bilancio di previsione, fra gli altri documenti, le deliberazioni con le quali sono determinati le tariffe per i servizi locali, nonché (per quelli a domanda individuale) i tassi di copertura in percentuale del costo di gestione dei servizi stessi (CdS, V, 11.8.2010, n. 5620).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.1.2013, n. 122

Società pubbliche - attività di impresa ed attività amministrativa - distinzione.

Nell'ambito delle società pubbliche occorre distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa. Le prime sono assoggettate, in linea di principio, allo statuto privatistico dell'imprenditore, le seconde allo statuto pubblicistico della P.A. (CdS, VI, 20.3.2012, n. 1574). Per stabilire quando ricorre l'una o l'altra ipotesi, occorre aver riguardo: i) alle modalità di costituzione; ii) alla fase dell'organizzazione; iii) alla natura dell'attività volta; iv) al fine perseguito. L'esistenza di una, tendenzialmente permanente, relazione finanziaria con l'Amministrazione ministeriale, sostanziandosi nell'attribuzione di risorse in grado di consentire l'ordinario funzionamento societario, impedisce di ritenere che l'attività svolta possa qualificarsi come attività d'impresa.

È, infatti, essenziale all'attività di impresa, quand'anche pubblica, che lo svolgimento della stessa comporti, almeno tendenzialmente, che i costi di produzione siano compensati dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti, il che rappresenta il contenuto minimo della economicità che deve caratterizzare l'impresa.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.1.2013, n. 66

Organismo di diritto pubblico comunitario - nozione.

La nozione di organismo di diritto pubblico di matrice comunitaria è stata recepita nell'ordinamento Italiano con l'art. 3, co. 26, d.lgs. 163/06, e prescinde dal formale collocamento dello stesso nel novero delle persone giuridiche pubbliche o private, ben potendo, sussistendo i requisiti da detta norma previsti, un Ente con personalità di diritto privato essere riconosciuto quale organismo di diritto pubblico e viceversa.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 28.2.2013, n. 207

Servizi pubblici locali - Corte cost. 199/12 - gestione in economia.

Servizi pubblici locali - art. 4 d.l. 95/12 (Spending review 2) - gestione in economia.

Servizi pubblici locali - gestione in economia - ammissibilità.

In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/12, è da escludersi la reviviscenza della vecchia disciplina di cui all'art. 113 d.lgs. 267/00, a sua volta già abrogata dall'abrogato art. 23 bis, non possono che trovare applicazione i principi comunitari in materia di in house providing e di tutela della concorrenza, che, tuttavia, ben si disinteressano della gestione in economia.

Dall'art. 4 d.l. 95/12 (conv. in l.135/12), emerge la netta preferenza del legislatore per l'esternalizzazione dei servizi pubblici, ma, tuttavia, non può non riconoscersi anche una – seppur limitata – possibilità, per l'ente pubblico, di gestione in economia di detti servizi. Infatti, è possibile osservare che se tutta la normativa in materia è finalizzata alla regolamentazione della concorrenza, essa non ha alcuna incidenza in ipotesi in cui l'ente pubblico decida, a monte e nei limiti in cui detta discrezionalità è riconosciuta dall'ordinamento, di gestire da sé medesimo il servizio pubblico. Né può in radice escludersi detta possibilità in capo all'amministrazione, posto che il principio della concorrenza, a cui è ispirata la disciplina testè citata, non può prevalere sui principi di efficienza ed economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, laddove una ragionevole valutazione induca a ritenere preferibili soluzioni interne all'amministrazione interessata e dunque non competitive.

E' consentita la gestione di un servizio in economia con amministrazione diretta o cottimo fiduciario. La disciplina normativa, infatti, se da un lato milita al fine di evitare che funzionari e dipendenti pubblici si improvvisino imprenditori con rischiose ricadute in termini di corruzione, dall'altro consente alle amministrazioni pubbliche la gestione in economia (diretta o con cottimo fiduciario) “a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione” (cfr. art. 6 bis d.lgs. 165/01) “e, qualora ne ricorrano le condizioni” ai sensi del “l'art. 125” d.lgs. 163/06 (cfr. art. 34, co. 26, d.l. 179/12, conv. in l. 221/12)

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 21.2.2013, n. 196
Società strumentali ex art. 13 d.l. 223/06 - caratteri.

Divieto ex art. 13 d.l. 223/06 - operatività - limiti.

L'art. 13 d.l. 223/06 stabilisce che le società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, con esclusione dei servizi pubblici locali, sono sottoposte al seguente regime: (a) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; (b) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; (c) non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale; (d) sono a oggetto sociale esclusivo; (e) devono cedere a terzi le attività non consentite oppure incorporarle anche costituendo una separata società. Nella norma si possono individuare due categorie di attività vietate: (a) quelle incompatibili con il carattere strumentale della società (ovvero la produzione di beni e servizi non per un ente pubblico specifico ma per una pluralità di soggetti indeterminati), e (b) quelle incompatibili con l'esclusività dell'oggetto sociale (tra queste rientra lo svolgimento di servizi pubblici). Le prime sono comunque vietate anche se incorporate e svolte da una società controllata (la catena societaria, benché allungata, sarebbe solo un espediente finalizzato a eludere il divieto - v. C. cost. 1.8.2008 n. 326 punto 8.7), per le seconde si apre invece la prospettiva dello scorporo legittimo in una diversa società, e qui si inseriscono anche le principali divergenze interpretative. Così delineato il quadro generale, occorre precisare che una parte della giurisprudenza è orientata verso un'interpretazione particolarmente rigorosa dell'art. 13 d.l. 223/06, ritenendo che la norma contenga la presunzione secondo cui una società controllata, anche se di terza generazione, possa presentare in sede di gara nella competizione con gli altri operatori offerte inevitabilmente migliori grazie ai vantaggi economici goduti dalle società patrimoniali controllanti (v. CdS, V, 21.6.2012 n. 3668). Su questa base non rimarrebbe altra possibilità che l'esclu-

sione dalle gare.

L'art. 13 d.l. 223/06 pone il medesimo problema visto a proposito degli affidamenti diretti di servizi pubblici: da un lato vi è una normativa nazionale che stabilisce esclusioni automatiche dalle gare, dall'altro vi sono i principi comunitari che richiedono valutazioni in concreto. Secondo la giurisprudenza comunitaria (v. C.Giust., IV, 23.12.2009 C-305/08, Conisma, punto 40; C.Giust., VI, 7.12.2000 C-94/99, Arge, punti 28-32) ai soggetti che beneficiano di sovvenzioni pubbliche non può essere preclusa la partecipazione alle gare, in particolare se si considera che tra i potenziali partecipanti figurano in qualità di imprenditori gli stessi enti pubblici (v. attualmente l'art. 1 par. 8 della dir. 31.3.2004 n. 2004/18/CE). L'esclusione può intervenire solo se si dimostri che le sovvenzioni pubbliche costituiscono una specifica violazione dei Trattati, e anche in questo caso il problema non è principalmente la disparità di trattamento ma la sostenibilità economica dell'offerta qualora venga imposta la restituzione della sovvenzione pubblica. L'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 17/11 richiama la giurisprudenza comunitaria, però contestualmente mostra di condividere anche il punto di vista di quella parte della giurisprudenza nazionale che non solo considera preclusiva la natura strumentale delle società ma estende la medesima preclusione alle società costituite dalle società strumentali per lo svolgimento di attività non strumentali (v. CdS, V, 22.2.2010 n. 1037). Più in dettaglio la sentenza dell'Adunanza Plenaria afferma due canoni interpretativi così sintetizzabili: (a) la trasmissione delle cause di esclusione alle società partecipate, comprese quelle di terza generazione, si realizza quando si possa ravvisare l'intenzione di eludere i divieti a carico delle società strumentali; (b) una società partecipata incorre negli stessi divieti della società strumentale quando beneficia dell'intervento finanziario di quest'ultima. Risulta quindi salvaguardata la normativa nazionale, più rigorosa di quella comunitaria, ma in conformità a quest'ultima viene accolto il principio della verifica in concreto. In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, se si ampliano gli spazi normativi delle gestioni in house e si riduce la pressione per il passaggio alle gare

con abbandono degli affidamenti diretti, non vi sono neppure ragioni particolari per penalizzare i soggetti economici controllati o partecipati da società che svolgono senza gara servizi strumentali a favore di enti pubblici. L'art. 13 d.l. 223/06 risulta quindi relativizzato e - in attesa di una riforma normativa - deve essere interpretato secondo i principi dell'ordinamento comunitario, ossia evitando di desumerne cause automatiche di esclusione dalle gare. Un'importante innovazione normativa è già individuabile nella disciplina sulla revisione della spesa pubblica. L'art. 4, co. 1-3, d.l. 95/12 introduce infatti una nuova classificazione delle società strumentali in vista della liquidazione delle stesse attraverso scioglimento o alienazione. Rientrano nella previsione le società con un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato. Con questo intervento il legislatore ha adottato un nuovo approccio al problema delle società strumentali, individuando nelle stesse una fonte di potenziale spreco di risorse e indirizzando le amministrazioni verso la produzione interna dei servizi o l'acquisto degli stessi nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale, ossia tramite gara. Questa impostazione restringe l'obbligo di dismissione entro limiti precisi, lasciando per il resto alle società che svolgono anche servizi strumentali la possibilità di proseguire. Analogamente si deve ritenere che l'obbligo di dismissione derivante dall'art. 13 d.l. 223/06 vada interpretato in senso restrittivo, ossia come riferito alle vere e proprie attività incompatibili con la natura strumentale della società, lasciando però la possibilità di utilizzare lo scorporo e la separazione societaria senza imporre la cessione o la liquidazione delle attività.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 19.2.2013, n. 241

Servizio di pulizia dei locali - attività strumentale - facchinaggio - analogia.

Con sentenza n. 1573/2011 il Consiglio di Stato ha ritenuto il servizio di pulizia quotidiana dei locali strumentale al buon andamento di qualsivoglia Ente o ufficio pubblico.

Conseguentemente, la citata decisione del Giudice amministrativo di seconda istanza ha affermato che l'attività di pulizia, ausiliario e

portierato delle strutture utilizzate dalla ASL è perfettamente coerente con lo scopo istituzionale dell'Ente costituente e quindi suscettibile di legittimo affidamento diretto a società in house. Analogo ragionamento (i.e. ammissibilità dell'affidamento diretto a società in house) deve ritenersi estensibile anche all'attività di facchinaggio oggetto del presente contenzioso, non sussistendo alcuna diversità sostanziale tra tale attività (posta in essere sempre nell'interesse della ASL) e quella (di pulizia, ausiliario e portierato delle strutture utilizzate dalla ASL) oggetto della citata sentenza di CdS, III, 11.3.2011, n. 1573. Non è, quindi, ravvisabile nella censurata decisione dell'ASL di procedere all'affidamento diretto a società in house del servizio di facchinaggio alcuna violazione dell'art. 3, co. 27, l. 24.12.2007, n. 244. Rientra, dunque, nell'ambito delle scelte discrezionali dell'Amministrazione (non sindacabili in sede giurisdizionale in quanto non inficiata da illegittimità macroscopica) la decisione di gestire in regime in house il servizio di facchinaggio strumentale all'attività istituzionale della ASL.

TAR Veneto, Ve, Sez. I, 18.2.2013, n. 241

Cessione partecipazioni in società pubblica - giurisdizione - A.g.o..

Non risulta, infatti, una riserva al giudice amministrativo della giurisdizione in merito alla cessione di partecipazioni societarie detenute in società pubbliche: la norma di cui all'art. 119, I c., lett. c), del c.p.a., infatti, nel prevedere un rito abbreviato in ordine ai provvedimenti ivi enunciati, detta una disposizione non già sulla giurisdizione, ma esclusivamente sul processo, stabilendo un rito speciale per alcune controversie che devono appartenere ex se al giudice amministrativo, secondo le regole ordinarie del riparto della giurisdizione.

TAR Emilia Ro., Bo, Sez. I, 18.2.2013, n. 241

Società miste - adesione di altro ente locale - legittimità.

Gestione farmacie comunali - modello privatistico - caratteri.

Nel caso di adesione dell'amministrazione comunale ad una «società per azioni» mista a prevalente capitale privato, opera - come già rilevato dalla Sezione in una precedente controversia (v. sent. n. 271/1998) - la disciplina di

cui al d.P.R. 533/96 ("Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali"), il cui art. 1, in relazione alle funzioni conferite a simili figure imprenditoriali, prevede al co. 4 l'obbligo della gara per l'individuazione del socio privato di maggioranza; mentre il successivo art. 4, co. 1, stabilisce che "l'ingresso di altri enti locali nella società già costituita avviene mediante un corrispondente aumento del capitale sociale", secondo uno schema che evidentemente prescinde da procedure di evidenza pubblica e che dalla mera sottoscrizione di quote del capitale sociale ad opera di altro ente locale fa automaticamente scaturire l'affidamento della gestione dei relativi servizi pubblici alla società cui l'ente ha aderito, così equiparando agli enti locali promotori quelli successivamente aggregatisi nella compagine sociale.

La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che il modello privatistico di esercizio del servizio farmaceutico a mezzo di società mista determina una scissione tra la titolarità del servizio e la gestione dello stesso, trattandosi di società che operano in un rapporto di stretta strumentalità rispetto all'ente pubblico che le costituisce e agli interessi di cui esso è attributario, alla stregua quindi di soggetti in relazione di ausiliarità con la P.A. titolare del servizio, alla quale vengono imputati i risultati dell'attività nell'ambito di un rapporto caratterizzato dal permanere della natura pubblicistica della sede farmaceutica e dalla conseguente compatibilità del modello di gestione societaria con la titolarità comunale della farmacia (v. TAR Puglia, Bari, I, 12.4.2000 n. 1530).

TAR Umbria, Sez. I, 7.2.2013, n. 74

Concessione di servizi e appalto di servizi - Tratto distintivo - remunerazione.

Servizio di vendita di alimenti e bevande mediante distributori automatici - carattere concessorio.

Semplificando l'altrimenti complessa esposizione che risente significativamente dell'imprinting comunitario, può dirsi che la modalità della remunerazione costituisca il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi, ragione per cui si ha concessione quando l'operatore assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi

essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto allorché l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione (in termini, tra le tante, CdS, VI, 4.9.2012, n. 4682). In genere, l'esercizio del servizio di vendita di alimenti e bevande mediante distributori automatici, nelle scuole, come pure negli ospedali, rientra nell'ambito della concessione di servizi, ove la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio (in termini, tra le tante, TAR Lazio, Lt, 7.3.2012, n. 195; CdS, VI, 20.5.2011, n. 3019).

C. conti, Sez. reg. contr. Lombardia, 23.1.2013, n. 26

Farmacie comunale - gestione associata - ammissibilità.

Le farmacie di cui sono titolari i Comuni possono essere gestite, ai sensi dell'art. 9 l. 475/68, in una delle seguenti forme: i) in economia; ii) a mezzo azienda speciale; iii) a mezzo consorzi tra Comuni per la conduzione di farmacie di cui sono titolari; iv) a mezzo di società di capitali costituite tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui l'ente abbia la titolarità.

La legge non contempla il modello della "convenzione" fra enti locali, previsto dall'art. 30 del T.U.E.L.. Tuttavia, come evidenziato nei precedenti in tema (cfr. pareri della Sezione n. 489/2011, n. 426/2010 e n. 196/2009, nonché Sezione Puglia n. 3/2008) i modelli di gestione delle farmacie comunali, elencati dalla predetta norma non hanno carattere tassativo, salvo le limitazioni discendenti dalla ratio generale della disciplina, tesa, in particolare, a valorizzare la funzione sociale dell'attività farmaceutica. La normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente, infatti, una scissione sostanziale fra la titolarità del medesimo ed il suo concreto esercizio, per esempio mediante lo strumento della concessione a terzi (cfr., fra tutte, le deliberazioni della Sezione n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR) sia

pur individuati con gara ad evidenza pubblica, poiché è necessario che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta, in coerenza con la finalità pubblica insita nel servizio farmaceutico (inerenza da ritenersi prevalente rispetto alla natura potenzialmente commerciale dell'attività).

L'art. 30 del d.lgs. 267/00, prevede che, al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni, che devono stabilire la durata, le forme di consultazione, i rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. Le predette convenzioni possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti. La disciplina posta dal d.lgs. 267/00 evidenzia come, nel modello gestionale della convenzione, non vi sia scissione fra titolarità del servizio e gestione del medesimo, posto che vi è un'integrazione fra gli uffici dei rispettivi Comuni al fine di erogare il servizio in maniera più efficace ed economica.

C. conti, Sez. reg. contr. Lombardia, 15.1.2013, n. 12

Art. 4, d.l. 95/12 (spending review) - applicazione.

Rispetto alla decisione se procedere o meno ad affidare ad una partecipata indiretta strumentale, con fatturato in misura superiore al 90% del complessivo nei confronti della P.A., il servizio di gestione calore, è assorbente il profilo che l'affidamento diretto che l'amministrazione comunale intenderebbe fare ha durata ventennale. Ne consegue che, a prescindere dalla questione se la norma si applichi anche alle società controllate in via indiretta e se nel caso di specie siamo in presenza di un appalto di servizi, la durata dell'affidamento de quo è senz'altro elemento che si pone in contrasto con il secondo comma dell'art. 4 d.l. 95/12 dove stabilisce che a decorrere dal 1.1.2014 gli affidamenti diretti di servizi non sono più consentiti.

- CONCORRENZA -

dell'Avv. Anna Romano

Corte Costituzionale, 20.2.2013 n. 20

Legittimità costituzionale - art. 21 bis l. 287/1990

L'art. 21 bis della l. 287/990, integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della l. n. 287 del 1990, prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, co. 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato». Esso si esterne in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. Tale disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, co. 2, lett. e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, co. 6, primo periodo, cost.. E' inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 bis prospettata dalla Regione Veneto per la mancata indicazione delle materie di competenza concorrente lese dalla norma censurata.

Non sarebbero pertanto individuabili violazioni potenzialmente idonee a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionali della Regione di cui all'art. 117 cost..

Corte di Giustizia, Sez. I, causa C-508/11 P, sentenza 8.5.2013

Antitrust - comportamento - società controllata - controllante.

Il comportamento di una controllata può essere imputato, ai fini dell'applicazione delle regole della concorrenza, alla società controllante quando la controllata non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma si attenga invece alle istruzioni impartite dalla controllante.

Consiglio di Stato, Sez. III, 22.4.2013, n. 2241

Diritto di difesa - procedimento dinanzi AGCOM.

La disciplina generale sulla partecipazione nel procedimento amministrativo, contenuta nella l. n. 241 del 1990, non prevede l'imprescindibile diritto alla discussione orale davanti all'Autorità che adotta la decisione conclusiva del procedimento. Deve essere garantito invece il contraddittorio che, nella specie, è assicurato dagli avvisi inviati alle parti interessate che possono poi accedere agli atti della procedura e presentare, in relazione ad essi, propri scritti difensivi ed infine possono essere ascoltati dal responsabile del procedimento. Quel che conta, dunque, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, è che, nel rispetto delle regole dettate dal Regolamento, la parte sia stata posta in condizione di poter predisporre le sue difese in relazione ai fatti oggetto della contestazione e, nella fattispecie, risulta concretamente assicurata alle parti, attraverso l'accesso agli atti, la produzione di atti e la prevista audizione, ogni possibile modalità di difesa dalla contestazione che era stata formulata.

Consiglio di Stato, Sez. III, 2.4.2013 n. 1856

Sindacato - provvedimenti delle Autorità indipendenti.

Il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai superata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, "le regole del gioco".

TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7.5.2013 n.4478

Partecipazione - gare in ATI - concorrenza.

L'art. 34, co. 1, lett. d) del codice dei contratti non pone alcun limite all'utilizzo di raggruppamenti anche tra soggetti operanti nella stessa fase della filiera produttiva; la chiara lettera della norma, infatti, non pone dubbi in merito alla circostanza secondo cui le associazioni temporanee di imprese hanno sempre e comun-

que la facoltà di presentare offerte a gare di appalto di lavori pubblici senza necessità di dimostrare incrementi di efficienza nella gestione. Non può dunque non rilevarsi come la partecipazione in associazione temporanea di due o più imprese potrebbe essere sintomatica di una legittima forma di cooperazione tra concorrenti, financo utile ad accrescere il tasso di concorrenzialità del mercato, secondo la stessa ratio sottesa alle disposizioni normative che favoriscono la partecipazione alle gare degli enti plurisoggettivi.

In questa prospettiva, una strategia di razionalizzazione delle concessioni non può "tout court" assumere una valenza anticoncorrenziale; "preservare il proprio bacino di affidamento" e "razionalizzare il portafoglio di concessioni", infatti, non costituiscono di per sé una illecita modalità indicativa di finalità anticompetitive, ma si inseriscono in una strategia di impresa tesa alla creazione di utili sinergie e riduzione dei costi in ragione di una politica di efficientamento comune alla totalità delle imprese presenti sul mercato.

Se è vero che l'utilizzo in chiave anticoncorrenziale di strumenti legittimamente posti dall'ordinamento a disposizione degli operatori (moduli contrattuali; forme di cooperazione e/o collaborazione) deve trovare adeguata emersione (e compiuto riscontro) nel perseguimento di un intento anticompetitivo, l'Autorità, nel momento ritiene che il R.T.I. sia stato costituito per finalità eminentemente ripartitorie (del mercato), deve dare concreta dimostrazione delle ricadute effettuali di tale utilizzo.

TAR Lazio, Roma, Sez. I, 28.3.2013 n. 3209

Garanzie partecipative - inottemperanza - delibera dell'Autorità.

Le disposizioni in tema di garanzie partecipative applicabili al procedimento istruttorio volto all'accertamento delle condotte contrarie alla diligenza professionale non sono applicabili nel diverso procedimento relativo all'accertamento della inottemperanza ad una precedente delibera della Autorità.

Le previsioni contenute nel Regolamento di procedura adottato con delibera della Autorità in data 15.11.2007, infatti, trovano il loro fondamento giuridico nella tutela del contraddittorio e dei diritti di partecipazione delle parti nell'ambito dei procedimenti di accertamento delle condotte illecite, mentre, in materia di inottemperanza, risultano applicabili le modali-

tà procedurali di cui alla l. n. 689 del 1981 - prevalente, in quanto disciplina speciale, anche sulla l. n. 241/1990 quale disciplina generale del procedimento amministrativo - che non prevedono alcuna forma di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo assicurando, in ogni caso, garanzie non inferiori al "minimum" prescritto dalla legge generale, sia in termine di contestazione che in termini di diritto di difesa.

TAR Lazio, Rm, Sez. III ter, 15.3.2013 n. 2720

Legittimazione ad agire dell'Antitrust - art. 21 bis l. 387/1990.

La legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come extrema ratio, privilegiando il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni.

Del resto, la previsione di un termine speciale dimezzato, di trenta giorni, per la proposizione del ricorso - come anche l'applicazione di un rito processuale speciale accelerato - si giustifica proprio in considerazione del fatto che l'iniziativa giurisdizionale è preceduta dalla fase procedimentale di interlocuzione con l'amministrazione emanante l'atto oggetto di contestazione.

L'art. 21 bis, lungi dall'introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art 103 cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica.

L'interesse sostanziale, alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata, assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come "pretesa di autoaffermazione economica della persona attra-

verso l'esercizio della impresa" tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale.

TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18.2.2013 n. 1742

Antitrust non è competente - adottare provvedimenti sanzionatori - codice del consumo - pratiche commerciali scorrette.

L'AGCOM è preposta alla cura e alla salvaguardia dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche in virtù di specifiche previsioni normative che le conferiscono una competenza esclusiva in materia e ne disciplinano in dettaglio i poteri di intervento. Ed, invero, il "principio di specialità" - sancito dall'articolo 19 del codice del consumo - comporta che "... la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette non possa trovare applicazione quando sussista una disciplina speciale di settore che non si limiti a regolare puntualmente e compiutamente il contenuto degli obblighi di correttezza, sotto il profilo informativo e di condotta, in una specifica materia, ma definisca anche i relativi poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori, attribuendoli ad una Autorità settoriale" (CdS, par. Sez. I, n. 3999/2008).

Deve pertanto ritenersi illegittimo il provvedimento con cui l'AGCM ha sanzionato alcuni operatori telefonici per la mancanza di "informazioni sufficientemente precise e complete in merito alle condizioni contrattuali applicate, alla tipologia e ai costi di fruizione dei servizi associati all'acquisto di carte SIM" avendo ad oggetto condotte la cui repressione è dall'ordinamento affidata alla cura e alla potestà regolatoria dell'AGCOM.

Procedimenti AGCM

AGCM, provvedimento A428 del 9.5.2013 in materia di abuso di posizione dominante.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato Telecom Italia con una multa complessiva di 103,794 milioni di euro per aver abusato, con due distinti comportamenti, della posizione dominante detenuta nella fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete locale e alla banda larga, ostacolando l'espansione dei concorrenti nei mercati dei servizi di telefonia vocale e dell'accesso ad internet a banda larga.

AGCM, provvedimento 17.4.2013 n. 24320 in materia di concentrazioni.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha vietato il passaggio del controllo congiunto di Isontina Rete Gas (IRG), da Eni e Acegas-Aps a Italgas e Acegas-Aps (gruppo Hera). Secondo l'Autorità, l'operazione comporterebbe la creazione di una posizione dominante in capo a IRG, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nei mercati delle gare future per la concessione del servizio di distribuzione di gas naturale negli ambiti territoriali (Atem) di Gorizia, Trieste, Pordenone e Padova I.

AGCM, provvedimento 23.4.2013 in materia di abuso di posizione dominante.

Con provvedimento del 23.4.2013, l'Autorità ha chiuso l'istruttoria avviata nei confronti di Sky Tv non ritenendo configurabile un abuso di posizione dominante relativamente all'acquisizione dei diritti Tv per gli incontri del torneo calcistico UEFA Champions League, nelle stagioni dal 2012 al 2015, e per la trasmissione dei Mondiali di calcio 2010 e 2014.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

In materia di contributi pubblici alle imprese editoriali (Parere prot. 69729 del 14.2.2013, AL 16684/11 Avv. Marco Stigliano Messuti).

RISPOSTA

Si trasmette copia della favorevole sentenza, con cui il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione ordinaria, proposto avverso la sentenza n. (...) del Consiglio di Stato. Si segnala, altresì, che avverso la decisione resa in sede di revocazione, F.T. ed A.A. hanno proposto, con atto che si allega in copia, ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione.

Tutto ciò premesso, con tre successive note, rispettivamente del 30.7.2012, 27.11.2012 e 24.12.2012, in relazione all'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato, si chiede di conoscere: 1) "Se, con riferimento alle somme da recuperare dalle imprese editoriali, sia ammissibile il loro scomputo, in via di compensazione legale, dai contributi per l'editoria 2011 che dovessero eventualmente essere concessi a favore delle succitate imprese editoriali". Con sentenza confermata in sede di revocazione ordinaria, il Consiglio di Stato sanciva la legittimità sostanziale e formale della delibera dell'Agcom, nonché degli atti consequenziali del Dipartimento Informazione ed Editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri (par. 20 della sentenza). Con la delibera, a sua volta, l'Agcom aveva comminato la sanzione di euro 103.300,00, a carico di A.A., per aver violato l'obbligo di comunicare le situazioni di controllo, previsto dall'art. 1, co. 8, l. n. 416/1981, nonché dall'art. 8, co. 1, del Regolamento AGCOM

per l'organizzazione e la tenuta del registro degli operatori di comunicazione, contenuto nella delibera n. 236/01/CONS e ss. modificazioni. Per converso, con i suddetti provvedimenti consequenziali, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, ai sensi dell'art. 1, co. 574, l. n. 266/2005, revocava i contributi per l'editoria, concessi alle imprese editoriali per le annualità dal 2006 al 2010. Pertanto, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria - chiede di conoscere attraverso quali strumenti sia possibile dare esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato, anche prospettando una serie di opzioni, per recuperare le somme corrispondenti ai contributi per gli anni 2006 e 2007, liquidati alle due imprese editoriali quando non era ancora emersa la situazione di controllo, successivamente accertata dall'AGCOM.

Tutto ciò premesso, con riferimento al quesito in esame, in disparte dalle preoccupazioni espresse a pag. 3, 3° cpv., della nota della PCM del 30.7.2012 prot. n. DIE 12630 P-4.14.16, è pacifico come la sinallagmaticità di crediti e debiti, all'interno di un unico rapporto obbligatorio, non sia richiesta per la loro compensazione (BIANCA, Diritto Civile, Vol. 4 - L'obbligazione, Giuffrè, Milano, 2006, p. 487).

Piuttosto, è proprio l'autonomia strutturale delle diverse annualità di contributo a giustificare la compensazione legale tra le stesse, quando le situazioni debitorie e creditorie, si elidano o si riducano vicendevolmente tra gli stessi soggetti, sempre che crediti e debiti siano entrambi coesistenti, determinati o de-

terminabili, liquidi ed esigibili (CdS, VI, 23.4.2009, n. 2512; Cass., Sez. Lav., 25.6.2007, n. 14711; 16.1.1988, n. 301). Senza dire come, in giurisprudenza, si è ammessa la compensazione legale di debiti e crediti dei privati nei confronti della pubblica amministrazione statale, indipendentemente dalla specifica amministrazione di riferimento ed indipendentemente dalla specifica fonte delle situazioni debitorie e creditorie compensabili (Cass., Sez. I, 6.12.1974, n. 4033).

Ad ogni buon conto, posto che l'art. 1243 c.c. richiede la liquidità ed esigibilità dei crediti e debiti posti in compensazione, con riferimento al caso di specie, ciò sarà possibile soltan-

to quando dovessero eventualmente essere concessi i contributi per l'editoria 2011, con contestuale riconoscimento del credito a favore delle imprese editoriali. (omissis) In conclusione: 1) risulta possibile la compensazione legale tra i crediti vantati nei confronti delle imprese editoriali ed i debiti che eventualmente dovessero sorgere, in dipendenza del riconoscimento dei contributi per l'editoria 2011, sempre che la compensazione sia effettuata in seguito al riconoscimento dei contributi suddetti; (omissis).

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo, che nella seduta del 13.2.2013, si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

MINISTERO DEL LAVORO E INPS CONSENTONO L'ACCESSO AI PROPRI ARCHIVI

*Da aprile 2013 il Ministero del Lavoro e l'Inps mettono a disposizione, per scopi di ricerca, due archivi per l'analisi e la valutazione dell'evoluzione del mercato del lavoro: - un campione casuale di lavoratori dipendenti ed autonomi desunti dalle banche dati Inps, che traccia le storie lavorative individuali dal 1985 al 2010; - un sottoinsieme del Sistema delle Comunicazioni Obbligatorie riferite ad un campione casuale di individui dipendenti e parasubordinati, integrato da eventi di lavoro autonomo desunti dagli archivi Inps. La procedura di accesso alle banche dati prevede la compilazione di una richiesta on line, corredata da un progetto di ricerca e analisi. Il modulo di richiesta deve essere inviato all'indirizzo uffstatistica@lavoro.gov.it. Per approfondimenti cliccare su www.gazzettaamministrativa.it (**Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, comunicato del 2.4.2013**).*

«..... GA.....»

INPS: È ATTIVO LO "SPORTELLO AMICO" IN AIUTO DEI CONTRI- BUENTI IN DIFFICOLTÀ CHE SI SONO VISTI RECAPITARE COMUNICAZIO- NI DI RECUPERO DEI CREDITI CON- TRIBUTIVI O DERIVANTI DA PRE- STAZIONI INDEBITE

L'Inps, in considerazione della delicata situazione socio-economica che sta attraversando il Paese e della particolare delicatezza

che deve essere riservata alle fasce più deboli dell'utenza, ha attivato, presso tutte le proprie Strutture, i Punti di consulenza "Sportello Amico", dedicati alla gestione di fasce di utenza specifiche, caratterizzate da particolare fragilità sociale ed economica, principalmente nell'ambito dell'area del recupero dei crediti contributivi o derivanti da prestazioni indebite. In quest'ottica, per i casi di indebiti pensionistici generati da una ricostituzione effettuata a livello centrale, ai pensionati ultrasettantacinquenni con indebiti pari o superiore a 1000 euro e a tutti i pensionati (a prescindere dall'età) con indebiti pari o superiore a 5000 euro, viene garantita assistenza attraverso il citato punto di consulenza "Sportello amico". Contattando i numeri telefonici del Contact Center (803.164 da telefono fisso e 06.164164 da cellulare), selezionando un ramo dedicato dell'albero di navigazione e seguendo le istruzioni di un risponditore automatico, i pensionati destinatari del servizio potranno fissare uno specifico appuntamento, al fine di ottenere informazioni e chiarimenti. In caso di difficoltà di contatto, il servizio di informazione di primo livello sarà comunque garantito dall'operatore del Contact Center il quale, nel verificare la situazione di dettaglio della rata di pensione, fornirà all'utente le eventuali informazioni presenti a sistema, procedendo, ove necessario, a fissare un appuntamento presso il Punto di Consulenza "Sportello Amico" o, in alternativa, presso il punto di consulenza "Assicurato Pensionato" della Struttura di competenza. Per tutti gli utenti destinatari di comunicazione di indebiti, non rientranti in queste fasce, sarà comunque possibile, selezionando il ramo del Contact Center dedicato

agli indebiti, prenotare un appuntamento presso il punto di consulenza “Assicurato/Pensionato” (INPS, comunicato del 22.3.2013).

«..... GA.....»

DURC: CHIARIMENTI SULLA VERIFICA DI REGOLARITÀ DELLE IMPRESE IN CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ AZIENDALE E DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha recentemente fornito precisazioni in materia di rilascio del Durc nel caso in cui la verifica di regolarità interessi le imprese ammesse alla procedura di concordato preventivo in continuità e le imprese costituite in forma di società di capitali. Con il messaggio in esame, visualizzabile cliccando sul titolo sopra linkato, il Ministero provvede ad illustrare i contenuti degli interpelli emanati con riferimento alle predette fattispecie. 1. Interpello n. 41/2012 del 21.12.2012. Durc e concordato preventivo in continuità: L'art. 186 bis, introdotto nella Legge Fallimentare dal c.d. decreto sviluppo (d.l. n. 83/2012 convertito dalla l. n. 134/2012), ha disciplinato le ipotesi di piano di concordato che preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione.

La norma contempla la possibilità di prevedere nel piano concordatario “una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca” tra cui rientrano i crediti contributivi e assicurativi. Tale sospensione dei pagamenti riguarda esclusivamente le partite debitorie sorte antecedentemente all'apertura della procedura ed indicate nel piano di risanamento. Il predetto piano, omologato dal Tribunale, deve prevedere l'integrale soddisfazione dei crediti contributivi muniti di privilegio (1). Ai fini della verifica di regolarità contributiva, il Ministero ha chiarito che la fattispecie rientra nella previsione dell'art. 5,

co. 2, lett. b), del d.m. 24.10.2007 (2). Pertanto, alle imprese ammesse alla procedura di concordato preventivo in continuità, può essere rilasciata la regolarità contributiva in considerazione della ratio sottesa alla procedura concorsuale in esame che, essendo diretta al risanamento dell'attività aziendale, verrebbe ad essere disattesa ove “si riconoscesse una incidenza negativa alle situazioni debitorie sorte antecedentemente all'apertura della procedura stessa”. Lo stesso Dicastero ha ulteriormente precisato che l'azienda ammessa al concordato preventivo ex art. 186 bis potrà ottenere il Durc regolare in presenza delle seguenti condizioni: - la “sospensione” dei pagamenti riguardi esclusivamente le inadempienze maturate prima dell'apertura della procedura e conformemente indicate nel piano di risanamento; - il piano di concordato preveda espressamente la moratoria di cui all'art. 186 bis, co. 2, lett. c) l.f.; - il piano di concordato sia omologato dal Tribunale e stabilisca l'integrale soddisfazione dei crediti contributivi muniti di privilegio. Il Ministero ha chiarito che, in tal caso, la regolarità può essere dichiarata solo per un periodo di un anno dalla data di omologazione, trascorso il quale la moratoria di cui all'art. 186 bis, indicata nel piano di risanamento, cessa di avere effetto. A partire da tale termine, in mancanza di soddisfazione integrale dei crediti contributivi muniti di privilegio, dovrà essere attestata l'irregolarità dell'impresa. In ossequio a quanto esplicitato dal Ministero nell'Interpello n. 41/2012, sarà cura delle competenti sedi di verificare nella fase istruttoria del Durc che la situazione d'irregolarità si riferisca alla fattispecie descritta e che il piano di concordato rispetti le condizioni predette. In tal caso, accertata l'intervenuta omologazione del piano di concordato medesimo, la dichiarazione di regolarità potrà essere resa per un periodo non superiore ad un anno dalla data dell'omologazione trascorso il quale, verrà meno la causa di sospensione di cui all'art. 5, co. 2, lett. b), del citato d.m. 24.10.2007. 2. Interpello n. 2/2013 del 24.1.2013. Durc e società di capitali: Con Interpello n. 2/2013, riguardante il rilascio del Durc alle società di capitali, il Ministero del Lavoro e delle Po-

litiche Sociali ha esplicitato il principio secondo cui, nell'ambito della verifica della regolarità contributiva, non rileva la posizione dei singoli soci. L'assunto trova fondamento nel principio di autonomia patrimoniale "perfetta" che regola il regime della società di capitali e, quindi, nella completa separazione tra il capitale sociale e il patrimonio personale dei singoli soci. Il Ministero, pertanto, ha ritenuto di chiarire che la regolarità contributiva debba essere verificata solo con riferimento agli obblighi contributivi del cui adempimento il datore di lavoro e/o il committente/associante è chiamato a rispondere civilisticamente. Da ciò discende che, ai fini dell'accertamento della regolarità delle società di capitali, non rileva l'irregolarità della posizione contributiva dei singoli soci che, in relazione alla normativa vigente, siano tenuti all'iscrizione in una delle gestioni amministrate dall'Inps. Delle eventuali violazioni contributive riferibili ai soci medesimi non potranno essere chiamate a rispondere le società in esame in virtù del predetto regime patrimoniale civilistico che le regola. La disciplina definita dall'interpello in ordine alla modalità di verifica delle società di capitali, pertanto, deve essere considerata riferita anche all'ipotesi di s.r.l. unipersonali in quanto assoggettate al medesimo regime civilistico (INPS, messaggio n. 4925 del 21.3.2013).

«..... GA.....»

"LAVORATORI SVANTAGGIATI": FIRMATO IL DECRETO CHE INDIVIDUA I SOGGETTI CHE RIENTRANO NELLA SPECIFICA CATEGORIA

Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali ha firmato il decreto con il quale sono individuati i cd. 'lavoratori svantaggiati', in applicazione dei principi stabiliti dal regolamento comunitario CE n. 800/2008. Viene in tal modo definita una specifica categoria di lavoratori per i quali, nel caso di stipulazione di un contratto di lavoro in somministrazione a tempo determinato, sarà possibile derogare alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo che ordinariamente sono necessarie per poter instaurare tali

rapporti di lavoro. Il decreto, che si compone di un unico articolo, stabilisce che sono da considerarsi lavoratori svantaggiati quanti: a) non hanno un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi, ovvero i soggetti che, negli ultimi sei mesi, non hanno prestato attività lavorativa di natura subordinata della durata di almeno sei mesi o che, negli ultimi sei mesi, hanno svolto attività lavorativa di natura autonoma o parasubordinata dalla quale derivi un reddito inferiore al reddito annuale minimo personale escluso da imposizione; b) non possiedono un diploma di scuola media superiore o professionale (ISCED 3), ovvero coloro che non abbiano conseguito un titolo di studio d'istruzione secondaria superiore, rientrando nel livello terzo della classificazione internazionale sui livelli d'istruzione; c) sono occupati in uno dei settori economici dove c'è un tasso di disparità uomo-donna che supera di almeno il 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici italiani e appartengono al genere sottorappresentato, considerando a tal fine i settori annualmente individuati dalla Rilevazione Continua sulle Forze di lavoro effettuata dall'ISTAT (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, decreto del 20.3.2013).

«..... GA.....»

CODICE DI COMPORTAMENTO DEI DIPENDENTI PUBBLICI: SI AI REGALI, MA SOLO SE IL VALORE NON SUPERA EURO 150

Su proposta del Ministro della pubblica amministrazione e semplificazione, il Consiglio dei Ministri ha approvato, salvo intese, un regolamento contenente il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Il codice, emanato in attuazione della legge anticorruzione (l. n. 190 del 2012), in linea con le raccomandazioni OCSE in materia di integrità ed etica pubblica, indica i doveri di comportamento dei dipendenti delle PA e prevede che la loro violazione è fonte di responsabilità disciplinare. Tra le disposizioni del codice in sintesi ci sono: - il divieto per il dipendente di chiedere regali, compensi o altre utilità, nonché il divieto di accettare regali, compen-

si o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore (non superiore a 150 euro) anche sotto forma di sconto. I regali e le altre utilità comunque ricevuti sono immediatamente messi a disposizione dell'amministrazione per essere devoluti a fini istituzionali; - la comunicazione del dipendente della propria adesione o appartenenza ad associazioni e organizzazioni (esclusi partiti politici e sindacati) i cui ambiti di interesse possano interferire con lo svolgimento delle attività dell'ufficio; - la comunicazione, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, dei rapporti diretti o indiretti di collaborazione avuti con soggetti privati nei 3 anni precedenti e in qualunque modo retribuiti, oltre all'obbligo di precisare se questi rapporti sussistono ancora (o sussistano con il coniuge, il convivente, i parenti e gli affini entro il secondo grado); - l'obbligo per il dipendente di astenersi dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti le sue mansioni in situazioni di conflitto di interessi anche non patrimoniali, derivanti dall'assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici; - la tracciabilità e la trasparenza dei processi decisionali adottati (che dovrà essere garantita attraverso un adeguato supporto documentale). - il rispetto dei vincoli posti dall'amministrazione nell'utilizzo del materiale o delle attrezzature assegnate ai dipendenti per ragioni di ufficio, anche con riferimento all'utilizzo delle linee telematiche e telefoniche dell'ufficio; - gli obblighi di comportamento in servizio nei rapporti e all'interno dell'organizzazione amministrativa; - per i dirigenti, l'obbligo di comunicare all'amministrazione le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possono porli in conflitto d'interesse con le funzioni che svolgono; l'obbligo di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale previste dalla legge; il dovere, nei limiti delle loro possibilità, di evitare che si diffondano notizie non vere sull'organizzazione, sull'attività e sugli altri dipendenti; - è infine assicurato il meccanismo sanzionatorio per la violazione dei doveri di comportamento (**Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 72 del 8.3.2013**).

«..... GA.....»

CONTRATTI A PROGETTO: IL MINISTERO INDIVIDUA I PRESUPPOSTI CHE CONSENTONO L'UTILIZZO DEL CO.CO.PRO. PER IL LAVORO SVOLTO ALL'INTERNO DI ORGANIZZAZIONI NON GOVERNATIVE, SOCIO ASSISTENZIALI E NELLE ATTIVITÀ DI PROMOTER

Con la Circolare in esame il Ministero fornisce indicazioni operative per il personale ispettivo in merito alla utilizzabilità del contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto in particolari ambiti: quello delle ONG/ONLUS, quello delle organizzazioni socio assistenziali e quello relativo all'attività di promoter. In particolare per le organizzazioni non governative e per le organizzazioni socio assistenziali la sussistenza di una genuina co.co.pro. è condizionata, alla presenza dei seguenti elementi: 1) assoluta determinatezza dell'oggetto dell'attività inteso anche come parte integrante del più generale obiettivo perseguito dall'organizzazione; 2) circoscritta individuazione dell'arco temporale per l'espletamento dell'attività progettuale in funzione dello specifico risultato finale; 3) apprezzabili margini di autonomia anche di tipo operativo da parte del collaboratore, obiettivamente riconoscibili nelle modalità di svolgimento della prestazione stessa ossia per lo svolgimento di compiti non meramente esecutivi; 4) possibilità di obiettiva verifica circa il raggiungimento dei risultati attesi. La natura autonoma del contratto oggetto di accertamento può essere riconosciuta a condizione che il collaboratore determini unilateralmente e discrezionalmente, senza necessità di preventiva autorizzazione e successiva giustificazione, la quantità di prestazione socio/assistenziale da eseguire e la collocazione temporale della stessa (cfr. interpellato n. 5/2010). Relativamente alla attività di promoter la Direzione evidenzia le difficoltà di inquadramento nell'ambito di un genuino contratto di collaborazione a progetto (**Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, circolare n. 7 del 20.2.2013**).

«..... GA.....»

CONGEDO PARENTALE: INTRODOTTI IN VIA SPERIMENTALE IL CONGEDO OBBLIGATORIO E FACOLTATIVO DEL PADRE, OLTRE A FORME DI CONTRIBUTI ECONOMICI ALLA MADRE, PER FAVORIRE IL RIENTRO NEL MONDO DEL LAVORO AL TERMINE DEL CONGEDO

Per tutte le nascite avvenute a partire dal primo gennaio 2013 si applica la nuova disciplina dei congedi obbligatori e facoltativi fruibili dal padre (anche dal padre adottivo o affidatario), lavoratore dipendente, entro quindi mese di vita del figlio. In particolare viene previsto che il congedo obbligatorio di un giorno è fruibile dal padre anche durante il congedo di maternità della madre lavoratrice, in aggiunta ad esso, mentre la fruizione, da parte del padre, del congedo facoltativo ai sensi del secondo periodo dell'art. 4, co. 24, lett. a) citato, di uno o due giorni, anche continuativi, è condizionata alla scelta della madre lavoratrice di non fruire di altrettanti giorni del proprio congedo di maternità, con conseguente anticipazione del termine finale del congedo post-partum della madre per un numero di giorni pari al numero di giorni fruiti dal padre. Il congedo facoltativo è poi fruibile dal padre anche contemporaneamente all'astensione della madre. Il giorno di congedo obbligatorio è riconosciuto anche al padre che fruisce del congedo di paternità ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001. Per quanto riguarda il trattamento economico del congedo obbligatorio e facoltativo, il padre lavoratore dipendente ha diritto, per i giorni di congedo suddetti ad un'indennità giornaliera a carico dell'INPS, pari al 100 per cento della retribuzione. Viene poi introdotta tra l'altro la possibilità a favore della madre lavoratrice di richiedere, al termine del periodo di congedo di maternità e negli undici mesi successivi, in luogo del congedo parentale, un contributo utilizzabile alternativamente per il servizio di baby-sitting o per far fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati. La richiesta può essere presentata anche dalla lavoratrice che abbia

già usufruito in parte del congedo parentale. Il contributo è fissato in 300 euro mensili, per un massimo di sei mesi, in base alla richiesta della lavoratrice interessata. Il contributo per il servizio di baby-sitting verrà erogato attraverso il sistema dei buoni lavoro, mentre nel caso di fruizione della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, il beneficio consisterà in un pagamento diretto alla struttura prescelta, fino a concorrenza del predetto importo di 300,00 euro mensili. Sono previste cause di esclusione e limitazioni per le madri lavoratrici che: risultano esentate totalmente dal pagamento della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati convenzionati; usufruiscono dei benefici di cui al Fondo per le Politiche relative ai diritti ed alle pari opportunità istituito; Le lavoratrici iscritte alla gestione separata possono fruire dei benefici fino ad un massimo di tre mesi; Nel caso in cui il diritto all'esenzione totale venga riconosciuto successivamente all'ammissione al contributo di cui all'art. 4, la madre lavoratrice decade dal beneficio per il periodo successivo alla decadenza medesima, senza obbligo di restituzione delle somme percepite. Per quanto attiene alla procedura può essere consultata cliccando su www.gazzettaamministrativa.it (Decreto 22.12.2012, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 37 del 13.2.2013).

«..... GA.....»

LAVORO ACCESSORIO: INDICAZIONI OPERATIVE PER L'ATTIVITÀ DI VIGILANZA SUI DATORI DI LAVORO

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la circolare n. 4 del 18.1.2013, fornisce indicazioni operative al proprio personale ispettivo per lo svolgimento di una corretta attività di vigilanza nei confronti dei datori di lavoro/committenti che ricorrono al lavoro accessorio. La circolare pone in evidenza le novità introdotte dalla l. n. 92 del 28.6.2012 (c.d. riforma Fornero) sull'utilizzo dei voucher, soffermandosi in particolare sul nuovo campo di applicazione dell'istituto e sulle nuove caratteristiche dei buoni-lavoro

(Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, circolare n. 4 del 18.1.2013).

«..... GA.....»

**PROCEDURA DI CONCILIAZIONE
PER I LICENZIAMENTI PER GIUSTI-
FICATO MOTIVO OGGETTIVO: PRI-
MI CHIARIMENTI OPERATIVI DEL
MINISTERO**

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la circolare n. 3 del 16.1.2013, fornisce indicazioni utili al corretto svolgimento della procedura conciliativa legata ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, prevista dall'art. 7 della l. n. 604/1966, recentemente riformulato dalla l. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero). La Circolare si sofferma, in particolare, sul campo di applicazione della procedura e sul corretto svolgimento dei relativi adempimenti rimessi in capo alle Direzioni territoriali del lavoro (Mi-

nistero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circolare n. 3 del 16.1.2013).

«..... GA.....»

**SEGRETARI GENERALI DI CAMERE
DI COMMERCIO: IN G.U. IL REGO-
LAMENTO CHE DETTA I CRITERI
PER L'ISCRIZIONE NELL'ELENCO E
GLI OBBLIGHI DI FORMAZIONE**

Entra in vigore il 17.1.2013 il Regolamento relativo ai requisiti di professionalità ed ai criteri per l'espletamento della selezione per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti che possono essere nominati segretari generali di camere di commercio nonchè agli obblighi di formazione per i segretari generali in attuazione dell'art. 20 della l. 29.12.1993, n. 580, così come modificata dal d.lgs. 15.12.2010, n. 23 (Ministero dello sviluppo economico, Decreto n. 230/2022, in Gazzetta Ufficiale n. 1 del 2.1.2013).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ARRUOLAMENTO NELLE FORZE ARMATE E NELLE FORZE DI POLIZIA - CAUSE DI ESCLUSIONE E REQUISITI DI IDONEITÀ

dell'Avv. Fabrizio Casella

Fra le cause di esclusione dall'arruolamento nelle Forze Armate e nelle Forze di Polizia, si annovera la presenza di un tatuaggio sul corpo dell'aspirante. Tale previsione di esclusione, comunque, non opera automaticamente ma necessita di una precisa ed adeguata motivazione. L'uso pregresso di stupefacenti può essere una causa di inidoneità all'arruolamento nelle FF.AA. e Forze di Polizia?

Among the causes of exclusion from enrollment in the Armed Forces and Police Forces, is annovera the presence of a tattoo on the body of the aspirant. This prediction of exclusion, however, does not operate automatically but requires a precise and adequate motivation. The previous use of drugs can be a cause of unfitness for enrollment into the armed forces and the police force?

Sommario: 1. Premessa. 2. L'uso della pratica del tatuaggio oggi. 3. Tatuaggio ed accesso all'arruolamento nelle FF.AA. e Forze di Polizia. 4. Provvedimento di esclusione ed obbligo di motivazione. 5. Il caso del Corpo di Polizia Penitenziaria. 6. Qualità morali e condotta incensurabile, requisiti accesso nelle FF.AA. e Forze di Polizia. 7. Uso pregresso di droga isolato e risalente, compatibilità con i requisiti morali e condotta incensurabile.

1. Premessa.

L'uso dei tatuaggi, un tempo simbolo di emarginazione sociale, è oggi divenuto un fenomeno di tendenza con finalità prevalentemente estetiche, suscettibile di una maggiore accettazione sociale.

Il tatuaggio infatti, sta vivendo un momento di grande rinascita, liberandosi dai pregiudizi che sin dall'antichità hanno riguardato tale pratica.

Ad esempio presso gli antichi romani, che credevano fermamente nella purezza del corpo umano, il tatuaggio che veniva chiamato "stigma" era vietato ed adoperato esclusivamente come strumento per marchiare criminali e condannati.

Infatti i mercenari e gli schiavi di cui Roma si serviva in guerra, erano tatuati in modo che potessero essere riconosciuti nel caso avessero disertato.

Perfino l'Imperatore Costantino nel 325 A.D. stabiliva che gli schiavi condannati a combattere come gladiatori o a lavorare nelle miniere dovevano essere tatuati nelle gambe o sulle braccia, fino ad arrivare al 787 d.c. in cui Papa Adriano Primo proibiva l'uso dei tatuaggi a causa della loro associazione con il paganesimo, la superstizione e le classi marginali.

Solo successivamente, in seguito alle battaglie contro i britannici che portavano i tatuaggi come segni distintivi d'onore, alcuni soldati romani cominciarono ad ammirare la ferocia e la forza dei nemici tanto quanto i segni che portavano sul corpo e cominciarono essi stessi a tatuarsi sulla pelle i propri marchi distintivi.

2. L'uso della pratica del tatuaggio oggi.

Dopo tale breve *excursus* storico, venendo

ai giorni nostri, occorre osservare che dopo anni in cui il tatuaggio veniva considerato negativamente come una pratica esclusiva degli emarginati o comunque relegato ai componenti delle classi sociali minori, oggi costituisce un fenomeno di “*moda*” da mostrare con orgoglio e vanto e addirittura oggetto di numerose pubblicità sui mass media.

3. Tatuaggio ed accesso all’arruolamento nelle FF.AA. e Forze di Polizia.

Tale situazione di accettazione e di riconoscimento sociale dell’uso del tatuaggio, si ripercuote indubbiamente anche nel mondo del diritto ed in particolare può costituire motivo di esclusione all’accesso e all’arruolamento nelle FF.AA. e nelle Forze di Polizia.

Ed invero, prendendo come riferimento ad esempio l’ammissione nel Corpo della Polizia Penitenziaria, ma lo stesso accade anche per l’ammissione alle altre Forze armate o di polizia, l’art. 123 lett. c) del d.lgs. 443/92 recante norme per l’accesso nel Corpo, elenca le cause di non idoneità per l’ammissione ai corsi per la nomina ad allievo agente e ad allievo vice ispettore e così prevede: “...*le infermità e gli esiti di lesione della cute e delle mucose visibili: malattie cutanee croniche, cicatrici infossate ed aderenti, alteranti l’estetica o la funzione; tramite fistolosi che per sede ed estensione producano disturbi funzionali, tumori cutanei. I tatuaggi sono motivo di non idoneità quando per la loro sede o natura, siano deturpanti o per il loro contenuto siano indice di personalità abnorme*”.

Quindi da quanto sopra, è evidente che non tutti i tatuaggi costituiscono in astratto, motivi di esclusione dalla procedura concorsuale, bensì soltanto quelli che, secondo la valutazione dell’amministrazione precedente, assumono una rilevanza tale da incidere negativamente sugli aspetti di idoneità previsti nel relativo bando di concorso¹.

¹ TAR Lazio, Rm, I Bis, 23.11.2011 sentenza breve n. 9181 “*Il tatuaggio costituisce causa di non idoneità al servizio militare quando costituisce un’alterazione acquisita e permanente della cute e degli annessi, estesa o grave, o che per sede determina rilevanti alterazioni fisiognomiche. Forme di eccentricità o di ricercatezza nei tatuaggi stridono infine con l’immagine di sobrietà*

Ma vi è di più.

4. Provvedimento di esclusione ed obbligo di motivazione.

Atteso che la mera presenza di un tatuaggio è di per sé una circostanza neutra, che acquista valenza solo quando le dimensioni o i cui contenuti dell’incisione sulla pelle appaiono rivelatori di una personalità abnorme, oppure siano oggettivamente deturpanti, la delibazione di tali fattispecie deve essere ancorata alla valutazione, caso per caso, dell’esattezza dei presupposti di fatto dei singoli provvedimenti di non idoneità².

Tali valutazioni, che esprimono la volontà discrezionale dell’amministrazione incontrano pur sempre i limiti generali della ragionevolezza e della logicità e, se negative, devono essere esaurientemente motivati.

In sostanza, i provvedimenti di esclusione per la presenza di un tatuaggio, devono specificare in che modo lo stesso sia deturpante o indice di personalità abnorme e, se si fa riferimento agli esiti cicatriziali, in che misura essi alterano l’estetica oppure modificano la funzione dell’avambraccio, altrimenti il provvedimento è viziato per difetto di motivazione e può essere annullato dall’Autorità Giudiziaria³.

5. Il caso del Corpo della Polizia Penitenziaria.

Per fare chiarezza in tema, ad esempio il Ministero della Giustizia, Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria con la circolare GDAP 0219217-2007 del 11.7.2007 avente ad oggetto l’uso dei tatuaggi da parte del personale del Corpo di Polizia Penitenziaria chiarisce quanto segue.

“...*non costituisce causa di inidoneità, sia all’ingresso che alla permanenza nel Corpo, l’esistenza di tatuaggi che siano coperti dall’uniforme, sia essa invernale che estiva, maschile o femminile (salvo il caso di cui all’art. 123 co. 1 lett.c) d.lgs.443/92);*

- *Qualora il tatuaggio risulti visibile, in considerazione anche delle dimensioni e del*

dell’Arma con la conseguenza inidoneità del soggetto al reclutamento”.

² Cds, IV, 7.11.2012 n. 5668

³ TAR Lazio, Rm, III bis, 7.2.2013 n. 1350

contenuto, andrà valutata la possibilità che esso possa essere coperto (es. bendaggio) evitando forme di appariscenza peggiori della stessa visibilità.

- Solo qualora il tatuaggio, comunque visibile, sia talmente pregnante sull'aspetto esteriore tale da incidere sulla onorabilità dell'amministrazione rappresentata, pregiudicando il corretto adempimento dei compiti istituzionali, può configurarsi in astratto, la violazione degli artt. 10 e 14 del Regolamento di servizio".

Nonostante l'elencazione di cui sopra, che aveva il fine precipuo di evitare che le Commissioni mediche esaminatrici potessero incorrere in errori, nella realtà dei fatti, la stessa Amministrazione Penitenziaria continua, specialmente in fase di ingresso nel Corpo, ad adottare provvedimenti di esclusione, in tema di tatuaggi, carenti di motivazione che hanno tutto il "sapore" di essere lo strumento "politico" con il quale limitare l'accesso all'arruolamento che oramai è divenuto uno sbocco lavorativo per moltissimi giovani disoccupati.

6. Qualità morali e condotta incensurabile, requisiti accesso FF.AA. e Forze di Polizia.

Altra causa di esclusione dai concorsi per l'assunzione di personale nelle amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello stato, è rappresentata dalla richiesta del possesso delle qualità "moralì" e di una "condotta incensurabile" da parte del candidato.

A tal proposito la giurisprudenza ha avuto modo di affermare, già da tempo, che l'amministrazione, nell'esaminare la sussistenza o meno dei predetti requisiti, deve necessariamente procedere ad una adeguata valutazione della concreta situazione di fatto e motivare, eventualmente, la ritenuta insussistenza dei requisiti in argomento, in relazione alle circostanze concrete ed alle ragioni per le quali il candidato non darebbe alcun affidamento per il futuro, tenuto conto dei compiti che sarà chiamato a svolgere ⁴.

⁴ Cds, IV, 24.10.1994 n.836 e 23.05.2001 n. 2851

7. Uso pregresso di droga isolato e risalente, compatibilità con i requisiti morali e condotta incensurabile.

In particolare il problema si è posto in tema di concorsi per l'arruolamento nelle FF.AA. nell'ipotesi in cui l'aspirante abbia fatto un uso pregresso di droga infatti in tali casi, la domanda che ci dobbiamo porre è se, un uso in passato di sostanze stupefacenti possa considerarsi valido motivo di esclusione.

In sostanza, l'uso pregresso di droga è compatibile con il possesso delle qualità morali e della condotta incensurabile richiesti per la partecipazione ai concorsi nelle FF.AA. e se la risposta è positiva in che misura?

La giurisprudenza, in ordine a tale problematica, ha avuto modo di affermare anche recentemente che: "La valutazione della presenza o meno della condotta incensurabile costituisce esercizio di un potere discrezionale, ma il giudizio deve pur sempre fondare su elementi di fatto concreti afferenti direttamente la persona dell'aspirante o comunque a rapporti di frequentazione o convivenza che si riverberano sulla persona stessa del candidato.....in alcune occasioni il Consesso ha avuto modo di affermare come un unico, singolo episodio non può di per se essere considerato ostativo al possesso della condotta incensurabile di soggetti candidati all'arruolamento nelle FF.AA. e corpi di Polizia"⁵.

In particolare, nel caso affrontato dalla sentenza di cui sopra, il Consiglio di Stato ha precisato che il possesso di marijuana, isolato e risalente, non può essere posto a base di una valutazione di contenuto negativo della personalità del candidato e non legittima l'adozione di un provvedimento di esclusione dalla procedura selettiva.

In tal senso è intervenuto un altro pronunciamento del Consiglio di Stato ⁶che così precisa:"E' escluso che un singolo episodio di assunzione di stupefacenti possa costituire paradigma significativo, idoneo a qualificare la persona, come priva di quelle qualità morali richieste per gli agenti operanti nei corpi

⁵ Cds, IV, 19.3.2013 n.1604.

⁶ Cds, IV, 27.7.2011 n. 3854

di polizia di Stato. La irrilevanza penale della condotta assuntiva, unitamente al rilievo della sua non riconducibilità ad una precisa ed abituale scelta di vita del soggetto, vengono a costituire ragione idonea ad escludere ogni valenza di offensività che possa, in qualche modo risultare bastione negativo per la partecipazione alle selezioni militari”.

Peraltro il Consiglio di Stato Sez. VI con la sentenza del 15.7.2010 n.4585 è andato oltre specificando che: ”...è oggetto di comune conoscenza il fatto che molti giovani, specie in età adolescenziale o poco maggiore, hanno avuto episodi di contatto con cosiddette droghe leggere, e che il rapporto con i coetanei, che spesso non vedono elementi di disvalore in tali comportamenti, rende faticoso il per-

corso di crescita che porta a rifiutare l'uso di tali sostanze. Appare quindi eccessivo trarre da un solo episodio elementi per valutare in termini prognostici, la fiducia che si potrà riporre nel soggetto, una volta che questi abbia raggiunto l'età adulta”.

Per concludere, recentemente, è stata pubblicata un'altra sentenza del Consiglio di Stato che, pur discostandosi dalle pronunce finora esaminate, conferma in sostanza il loro contenuto perché non fa altro che ribadire che la valutazione di gravità del singolo episodio, anche isolato, effettuata dalla P.A., non appare affetta da illogicità in considerazione dell'episodio in se viepiù se rapportato alle delicate funzioni che si intendono svolgere (Cds, IV, 4.7.2012 n. 3929).

«.....GA.....»

EFFETTI DELLA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI, *SPOILS SYSTEM* E TUTELA DEL DIRIGENTE PUBBLICO

del Dott. Carlo Bellesini

La sentenza n. 355 del 9.1.2013 esprime l'orientamento forse più recente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione in materia di tutela risarcitoria assicurata al dirigente pubblico per i danni da questi subiti in conseguenza dell'illegittima ed anticipata cessazione dall'incarico da parte della P.A. (spoils system). A riguardo, se da un lato si intende condividere la pronuncia de qua nella parte in cui riafferma principi fondamentali in materia di responsabilità da illecito, colpevolezza ed efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale, dall'altro si ravvisano alcune criticità alla luce del principio di effettività della tutela del dirigente pubblico. Più specificatamente, si rileva la non totale idoneità dello strumento risarcitorio nel garantire una protezione effettiva all'interesse giuridico patrimoniale dedotto in giudizio dal lavoratore. Pertanto, ci si interroga sull'esistenza o meno nell'ordinamento giuridico italiano di strumenti di tutela giurisdizionale ulteriori rispetto al rimedio risarcitorio e sulla loro capacità di fornire al lavoratore una protezione piena.

The judgment no. 355, January 9, 2013 expresses the orientation perhaps the most recent of Section-The labor of the Supreme Court in respect of compensation claims secured to the public official for the damages sustained by them as a result of the unlawful and premature termination of the assignment by the PA (spoils system). In this regard, if one side is going to share the decision at issue in so far reaffirms fundamental principles of tort, guilt and retroactive rulings of unconstitutionality, on the other hand can be recognized some problems in the light of the principle of effectiveness of the protection of the public official. More specifically, it will not detect the total compensation suitability of the instrument in ensuring effective protection based on the legal capital raised in the judgment by the worker. Therefore, there are questions on whether or not the Italian legal system of forms of legal protection more than the remedy and compensation on their ability to provide full protection to the worker.

Sommario: 1. Fatto. 2. La decisione della Corte in diritto (Estratto). 3. Analisi della sentenza in punto di tutela del dirigente pubblico. 3.1. Premessa. 3.2. (segue..) Lo spoils system e la tutela reale della riassegnazione dell'incarico. 3.3. (segue..) il rimedio della riassegnazione dell'incarico: ipotesi problematiche. 3.4. (segue..) Rimedi alternativi alla tutela risarcitoria e reale. La tutela indennitaria e la sua impraticabilità alla luce dell'attuale panorama normativo.

1.Fatto.

Nella controversia *de qua*, un incarico affidato ad un dirigente pubblico di seconda fascia cessava prima dello scadere del termine per effetto dell'art. 2 co. 161, del d.l. n. 262 del 2006, conv. in l. n. 286 del 2006¹ (cd.

spoils system). Conseguentemente, la pubblica amministrazione recedeva dal contratto di

come modificato ed integrato dai coo. 159 e 160 del presente articolo, gli incarichi ivi previsti, conferiti prima del 17.5.2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, fatti salvi, per gli incarichi conferiti a soggetti non dipendenti da pubbliche amministrazioni, gli effetti economici dei contratti in essere”.

¹ L'art. 2 co. 161, del d.l. n. 262 del 2006, conv. in l. n. 286 del 2006, dispone che “In sede di prima applicazione dell' art. 19, co. 8, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165,

lavoro a tempo determinato stipulato con il suddetto dirigente in forza del conferimento dell'incarico.

Con ricorso al Giudice del lavoro, il dirigente deduceva l'illegittimità dell'anticipata cessazione dell'incarico, sollevando questione di legittimità costituzionale della norma citata e chiedeva il risarcimento del danno pari alla differenza tra quanto avrebbe percepito in esecuzione del contratto a termine fino alla pattuita data di cessazione e la minor somma a lui spettante presso l'amministrazione di provenienza.

Il Giudice del lavoro respingeva il ricorso.

Avverso la suddetta sentenza, il dirigente proponeva appello rilevando l'intervenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 2008, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. 161, del d.l. n. 262 del 2006, conv. in l. n. 286 del 2006.

Pertanto, la Corte d'Appello in riforma della pronuncia di primo grado accoglieva la domanda e condannava la P.A..

Per l'annullamento della suddetta sentenza, l'amministrazione proponeva ricorso alla Corte di Cassazione deducendone l'illegittimità, tra l'altro, per violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 c.c. e 2043 c.c., rilevando l'inconfigurabilità nel caso di specie di un illecito imputabile all'amministrazione.

2.La decisione della Corte in diritto (Estratto).

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione, sviluppando un orientamento ormai condiviso in seno alla stessa, accoglieva il ricorso, cassava e rinviava la pronuncia al giudice a quo sulla base di motivazione di cui di seguito si riporta per intero l'estratto di interesse: *"secondo la Giurisprudenza (...) l'efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di una norma, se comporta che tali pronunzie abbiano effetto anche in ordine ai rapporti svoltisi precedentemente (eccettuati quelli definiti con sentenza passata in giudicato e le situazioni comunque definitivamente esaurite) non vale a far ritenere illecito il comportamento realizzato, anteriormente alla sentenza di incostituzionalità, conformemente alla norma successivamente dichiarata illegittima, non*

potendo detto comportamento ritenersi caratterizzato da dolo o colpa. A tale indirizzo il Collegio intende dare continuità, trattandosi nella fattispecie di semplice pretesa risarcitoria da illecito contrattuale, in relazione alla quale non è certamente ravvisabile una ipotesi (pur sempre eccezionale) di responsabilità che prescindendo dalla colpa (elemento che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana, seppure la prima abbia un particolare diverso regime probatorio - art. 1218 c.c., rispetto all'art. 2043 c.c.).(.....) Pertanto, atteso che, in generale, in caso di illegittima risoluzione anticipata del rapporto di lavoro a termine spetta al lavoratore il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni che lo stesso avrebbe maturato fino alla scadenza del termine (v. fra le altre Cass. 8.6.1995 n. 6439, Cass. 1.7.2004 n. 12092, Cass. 22.12.2008 n. 29936) e considerato che nella fattispecie l'illecito è imputabile ed il danno è risarcibile solo dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della C. cost. n. 81 del 2010, deve ritenersi che siano dovute soltanto le differenze retributive che sarebbero spettate da tale giorno fino alla scadenza del termine previsto in contratto".

3.Analisi della sentenza in punto di tutela del dirigente pubblico.

3.1 Premessa.

La suesposta pronuncia risulta condivisibile e in linea con un orientamento giurisprudenziale della Cassazione ormai consolidato² sia nella parte in cui ribadisce il ruolo di elemento fondamentale della fattispecie dell'illecito (tanto contrattuale quanto aquiliano) come svolto dall'elemento psicologico della colpevolezza³ sia nella parte in cui stigmatizza

² Sul punto si vd. in generale, Cass. 26.7.1996 n. 6744, cfr. Cass. 3.2.1999 n. 941, Cass. 10.2.1999 n. 1138, Cass. 14.4.1999 n. 3702, Cass. 5.6.2000 n. 7487, Cass. 12.11.2002 n. 15879, Cass. 4.5.2004 n. 8432, Cass. 22.7.2004 n. 13731, Cass. 13.11.2007 n. 23565.

³ Più specificatamente, secondo la Corte di Cassazione, è proprio il difetto della "colpa" che - pur ricorrendone tutti gli altri requisiti essenziali - esclude la stessa configurabilità - in comportamenti "con-formi" a disposizioni (o norme), solo successivamente, dichiarate incostituzionali - non solo della responsabilità (ex art. 1224 c.c.), per inadempimento di obbligazioni pecuniarie ma anche di qualsiasi illecito contrattuale od extracontrattuale (vedi, ex multis, S.U. 2767-72, cit.,

za quali siano i limiti della retroattività delle pronunce della Corte costituzionale in materia di illecito⁴.

Tuttavia, lo scopo della presente nota consiste nel prendere le mosse dalla sentenza de qua per svolgere un'analisi delle tutele offerte dall'ordinamento giuridico al dirigente pubblico in caso di illegittima decadenza dell'incarico.

In particolare, si vuole partire dalla premessa per cui, alla luce dei principi enunciati dalla suesposta sentenza, restano palesemente esclusi dal ristoro le sofferenze ed i pregiudizi patiti dal lavoratore anteriormente alla declaratoria di incostituzionalità (e quantificate nelle differenze retributive spettanti ma non godute per l'anticipata cessazione dell'incarico).

Pertanto, ci si interroga su quali siano gli strumenti di tutela a disposizione del lavoratore nel caso in cui la strada del risarcimento del danno illecito non sia, come in questo caso, del tutto soddisfattiva e se essi siano sufficienti ad assicurare una tutela effettiva.

3.2 (segue..) *Lo spoils system e la tutela reale della riassegnazione dell'incarico.*

Preliminarmente, risulta opportuno evidenziare come l'effettività della tutela giurisdizionale sia intesa comunemente da Dottri-

na e giurisprudenza⁵, come la capacità del processo di conseguire risultati utili nella sfera sostanziale del soggetto che agisce in giudizio, garantendo piena soddisfazione alla situazione giuridica da questi vantata, laddove le sue ragioni siano fondate.

Nel caso di specie, sembra evidente come il dirigente pubblico soggetto al sistema delle spoglie vanti in giudizio primario interesse ad ottenere la reintegra nel rapporto giuridico patrimoniale cessato in forza dell'anticipata ed illegittima decadenza dall'incarico.

Più specificatamente, il lavoratore chiede tutela specifica del proprio diritto soggettivo a ricoprire e svolgere quell'incarico, sorto in forza del contratto a tempo determinato stipulato a seguito del provvedimento di conferimento⁶.

Pertanto, rimedio soddisfattivo della suddetta pretesa giuridica azionata dal lavoratore sembrerebbe ravvisarsi nella tutela reale ripristinatoria alla riassegnazione dell'incarico. (Nella sentenza de qua, la stessa Corte di Cassazione lascia intendere come tale forma di tutela sarebbe stata accordata al dirigente se solo ciò fosse stato chiesto dal ricorrente nella domanda).

E tale forma di tutela assicurerebbe il risto-

1576-71, Sez. Lav. 2249-87), nonché dell'inadempimento legittimante la risoluzione del contratto (vedi sez. 3, n. 4195-74).

⁴ In particolare, tale principio è stato costantemente ribadito dalla Corte e le stesse Sez. Un. (si v. Cass., S.U. 30.7.1993 n. 8478) hanno anche chiarito che la *c.d. retroattività delle pronunce di incostituzionalità "è limitata alla "antigiuridicità" delle disposizioni (o norme), che ne siano investite. Queste, infatti, non sono più applicabili - a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione delle pronunce della Corte (art. 136 cost.) - non solo ai rapporti giuridici futuri, ma neanche ai rapporti pregressi, che non siano ancora "esauriti". Le pronunce stesse, tuttavia, non consentono di configurare - retroattivamente, quanto fittiziamente - la "colpa" del soggetto che - prima della declaratoria di incostituzionalità - abbia "conformato" il proprio comportamento alle disposizioni (o norme), solo successivamente, investite da quella declaratoria. Esula, pertanto, la responsabilità - per tale comportamento - ove la "colpa" dell'agente, appunto, sia elemento essenziale dell'illecito, che ne risulti configurabile* (sul punto vedi anche S.U. 2767-72).

⁵ Guardando all'ordinamento nostrano, l'effettività si traduce nelle garanzie desumibili dall'art. 24 cost., secondo cui *tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*. In particolare, può essere utile richiamare la nozione "*chiovendiana*" di effettività della tutela. Scriveva, difatti, Chiovenda, che il principio di effettività costituisce la "*vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema*", e che assicura "*tutto quello e proprio quello*" che il processo civile, mezzo di espressione della funzione giurisdizionale, è chiamato ad offrire per il perseguimento del bene della vita azionato. La garanzia fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti opera nel conseguire un prodotto di giustizia connotato dai caratteri dell'adeguatezza della tutela in relazione al bene della vita oggetto del giudizio, affinché se ne assicuri l'attuazione, si vd. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960.

⁶ Sul punto e per brevi cenni, si rileva come nel *cd. sistema bifasico* caratterizzante la dirigenza pubblica, disciplinato dal Capo II del Titolo II del d.lgs. n.165/2001, tra P.A. e dirigente si instaura da un lato il rapporto di servizio a tempo indeterminato, seguente all'ottenimento della qualifica dirigenziale per pubblico concorso, dall'altro il rapporto a tempo determinato sorto in forza del conferimento dell'incarico; si vd. in particolare M. LOVO, *La dirigenza pubblica*, 2010.

ro delle sofferenze e dei pregiudizi patiti dal lavoratore anteriormente alla declaratoria di incostituzionalità, prescindendo del tutto dai presupposti tipici del risarcimento del danno illecito ed, in particolare, dal rilievo della colpa.

Sul punto, si rileva come l'ordinamento giuridico conferisca al dirigente pubblico la possibilità di ricorrere al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro al fine di ottenere il riconferimento dell'incarico e conseguentemente la prosecuzione del rapporto giuridico lavorativo a questo sotteso.

Il d.lgs. n.165/2001, all'art. 63, co. 2, nel disciplinare la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di pubblico impiego prevede infatti che *"il giudice adotta, nei confronti delle P.A., tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna ritenuti necessari che siano richiesti dalla natura dei "diritti" tutelati"*.

E tra questi diritti si annovera quello a riottenere l'incarico illegittimamente cessato.

Sul punto, le Sezioni unite civili della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 3677 del 16.2.2009, hanno rilevato come *"non vi è dubbio che nel caso di illegittima revoca dall'incarico, il dipendente vanta un diritto soggettivo⁷, di talchè è consentito condannare la P.A. ad un fare"*, che si concretizza nella condanna alla riassegnazione dell'incarico per la durata residua⁸.

⁷ Più specificatamente, con la sentenza n. 3677 del 16.2.2009, le Sezioni Unite hanno rilevato che *"a fronte dell'inadempimento datoriale, i dirigenti ben potevano chiedere, in forza dell'art. 1453 c.c., la condanna dell'amministrazione all'adempimento mediante riassegnazione dell'incarico, in quanto, una volta ritenuta illegittima la revoca, riacquista efficacia l'originario provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale. Infatti, a seguito di questo, la posizione del dirigente aveva ormai acquisito lo spessore del diritto soggettivo allo svolgimento, non più di un qualsiasi incarico dirigenziale, ma proprio di quello specifico che era stato attribuito"*.

⁸ Secondo la Corte di Cassazione, va pertanto negato *"il parallelismo tra dirigenti pubblici e dirigenti privati, giacché se è vero che a questi ultimi è negata la tutela ripristinatoria, è vero anche che per essi il rapporto è a tempo indeterminato, mentre l'incarico conferito al dirigente pubblico è esclusivamente temporaneo, di talché la pronuncia di ripristino ha in ogni caso effetti limitati, inevitabilmente circoscritti alla scadenza prefissata"*, si vd. *ex multis* SS UU. 3677/2009.

Circa l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale, la soluzione della riassegnazione dell'incarico si colloca nell'alveo pressoché unanimemente tracciato dalla dottrina⁹ che ha più volte rilevato come il legislatore abbia cercato di assicurare specificità nella tutela dei diritti, consentendo la soddisfazione dell'interesse già in sede di cognizione attraverso la costituzione, modificazione od estinzione dei rapporti giuridici ed escludendo che la devoluzione al giudice ordinario possa essere intesa quale riserva al dipendente pubblico della sola tutela risarcitoria¹⁰.

In altre parole, anche dal punto di vista delle misure giurisdizionali, trova dunque conferma la piena equiparazione tra amministrazioni pubbliche e datore di lavoro privato e la conformazione dei poteri sulla natura dei diritti tutelati consente al giudice del lavoro di adottare il provvedimento più funzionale alla tutela del diritto riconosciuto, ossia idoneo a realizzare in concreto l'interesse al bene della vita.

3.3 (segue..) il rimedio della riassegna-

⁹ Cfr. APICELLA, (voce) *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.* [Agg. VI], Milano 2002, 641 ss.; BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova 2002, 43 ss.; SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione*, in *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova 1999, 8; TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 316; VALLEBONA, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pag. 219 ss.

¹⁰ Secondo N. DURANTE, *Spoils system e dirigenza pubblica*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it, deve poi ritenersi irrilevante il carattere infungibile dell'obbligo di riassegnazione dell'incarico in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte dell'amministrazione, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un fare infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento.

zione dell'incarico: ipotesi problematiche.

Tuttavia, a parer di chi scrive, anche la tutela ripristinatoria della riassegnazione dell'incarico incontrerebbe dei limiti in punto di tutela del lavoratore senza risolvere le criticità sollevate dalla sentenza *de qua*.

In particolare, si prenda l'ipotesi di un dirigente che dopo aver subito un'illegittima revoca dall'incarico dirigenziale in forza di una norma successivamente dichiarata incostituzionale, chieda al giudice del lavoro la condanna dell'amministrazione alla reintegra nell'incarico ma non la ottenga non avendo più i requisiti di età richiesti per svolgerlo.

Si tratta, più specificatamente, del caso in cui il ricorrente, all'esito del giudizio abbia raggiunto e superato i limiti dell'età pensionabile e lavorativa fissata dalla legge.

E ciò anche a prescindere dai casi di giudizi protratti oltre un termine ragionevole, qualora il dirigente ricorra in giudizio dopo aver subito un'illegittima revoca dall'incarico in età pensionabile e lavorativa ormai avanzata.

Rispetto a tale ipotesi, è evidente come il rimedio reintegratorio mediante riassegnazione dell'incarico non sia percorribile.

Vi è di più.

Il lavoratore godrà in via subordinata di una tutela risarcitoria monca, soggetta ai limiti appena visti nell'analisi della sentenza *de qua*, per mancanza dell'elemento della colpevolezza in capo alla amministrazione, stante l'efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità. Dalla lettura della pronuncia in esame e alla luce dei principi da questa enunciati - ripetersi - restano esclusi dal ristoro le sofferenze e i pregiudizi patiti dal lavoratore anteriormente alla declaratoria di incostituzionalità.

Di seguito e per brevi cenni, ci si interroga sul se l'ordinamento giuridico nazionale possa dunque fornire rimedi alternativi ed idonei a scongiurare la suddetta denegata ipotesi.

3.4 (segue..) Rimedi alternativi alla tutela risarcitoria e reale. La tutela indennitaria e la sua impraticabilità alla luce dell'attuale panorama normativo.

Una soluzione potrebbe essere fornita dal riconoscimento in capo al dirigente di forme di tutela indennitaria.

Si fa riferimento al principio enunciato dalla dottrina amministrativistica classica¹¹ secondo cui la pubblica amministrazione risponde per i danni provocati ai privati nello svolgimento di attività lecite.

Recentemente, la suddetta tesi è stata ripresa da parte della dottrina¹² secondo cui il fondamento di tale obbligo andrebbe ricercato nell'art. 42 della costituzione, che accorda al proprietario legittimamente espropriato il diritto ad essere indennizzato.

Da ciò si giunge in particolare ad affermare il principio secondo cui *qualsiasi lesione arrecata attraverso un atto lecito alla proprietà o ad altro diritto patrimoniale, ivi compresi i diritti di credito, dà titolo ad una pretesa indennitaria*¹³.

Ed è opportuno rilevare come le suesposte tesi sembrano aver trovato conferma in varie pronunce della Corte costituzionale che hanno riconosciuto la illegittimità costituzionale di norme che non prevedevano indennizzi per i danni subiti dai privati a seguito di attività lecite della pubblica amministrazione¹⁴.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, l'indennizzo potrebbe ben fornire una tutela al lavoratore vittima dello *spoils system*.

Sul punto, se è pur vero che nel periodo antecedente alla pronuncia di incostituzionalità, la pubblica amministrazione ha agito secondo una norma di legge ed alcuna responsabilità può a questa ascrivarsi, è tanto vero

¹¹ Si vd., in particolare, CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 secondo cui "L'amministrazione nel perseguimento di interessi generali deve sacrificare interessi individuali. Qualora il sacrificio sia troppo gravoso, è necessario che sia ripartito tra tutta la collettività, attraverso l'indennizzo al soggetto leso"

¹² Sul punto, G. CORSO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Torino 2009, il quale riprende e sviluppa in chiave contemporanea gli studi di Salemi, *La così detta responsabilità per atti legittimi della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1912.

¹³ si vd. G. CORSO, *op. cit.*, pagg.103 e ss.

¹⁴ si vd. *ex multis* C. cost. n.179/1999, sulla legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 della Legge Urbanistica, in materia di indennizzo al privato per i danni subiti a seguito di apposizione di vincoli espropriativi e di limitazioni alla proprietà individuale; C. cost. n. 118/1996 sulla legittimità costituzionale della l. 210/92, circa l'indennizzo ai soggetti danneggiati dalla somministrazione da parte del SSN del vaccino antipolio obbligatorio.

che per i danni comunque subiti dal lavoratore (a seguito dell'allor lecita decadenza dall'incarico) spetti a quest'ultimo un congruo indennizzo. Si potrebbe obiettare che il caso di specie non integrerebbe il paradigma dell'indennizzo da atto lecito stante l'efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità della norma circa la decadenza automatica dall'incarico, per cui essa perderebbe il requisito della giuridicità.

Tuttavia, si rileva *ex adverso* quanto segue.

Come già evidenziato, l'obbligo generale di indennizzare il privato danneggiato da attività lecita della P.A. poggia esclusivamente sul presupposto della sussistenza di una norma cogente ed in vigore al momento della commissione del fatto dannoso: cioè a dire sulla liceità dell'atto dell'Amministrazione.

E nel caso de quo, il suddetto presupposto non viene meno a seguito della pronuncia di incostituzionalità.

In particolare, si evidenzia come con le sentenze di accoglimento, la Corte costituzionale dichiara che una o più disposizioni o norme oggetto della questione di costituzionalità siano in contrasto con la costituzione.

Più specificatamente, ai sensi dell'art. 136 Cost., la norma dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», mentre l'art. 30, co. 3, della l. n. 87 del 1953 prevede che detta norma dal medesimo giorno «non possa avere applicazione»: di qui l'efficacia erga omnes della dichiarazione di incostituzionalità e l'obbligo gravante su tutti i giudici (compreso, ovviamente, il giudice a quo) di disapplicare la norma dichiarata incostituzionale.

Pertanto, appare evidente come le pronunce di incostituzionalità se comportano l'inefficacia *erga omnes* della norma censurata viceversa non ne escludono la passata esistenza nell'ordinamento giuridico.

Ed *a fortiori*, è opportuno rilevare come secondo orientamento consolidato della Corte di Cassazione¹⁵, l'efficacia retroattiva delle

¹⁵ Tale principio è stato più volte enunciato dalla stessa Corte, che ha affermato essere «nella logica del giudizio costituzionale incidentale che - ferma restando la perdita di efficacia della norma dichiarata incostitu-

sentenze di accoglimento trova un limite nei cosiddetti «*rapporti esauriti*», vale a dire in quei rapporti sorti in base alla norma successivamente dichiarata incostituzionale e che sono stati definitivamente risolti a livello giudiziario o che non sono comunque più azionabili.

I suddetti limiti non avrebbero ragion d'essere se argomentassimo nel senso che le pronunce di incostituzionalità eliminano *ex tunc* l'esistenza e l'efficacia della norma dichiarata illegittima.

Sembrerebbe pertanto plausibile l'applicazione del rimedio indennitario alle ipotesi di illegittimo *spoils system*.

Tuttavia l'uso del condizionale è d'obbligo.

Nel nostro ordinamento, infatti, a differenza di altri ordinamenti esteri¹⁶, vige la regola secondo cui pur sussistendo un principio generale desumibile dall'ordinamento, è necessaria un'espressa previsione legislativa di indennizzo affinché da un'attività lecita della PA, produttiva di danno, possa sorgere un obbligo di riparazione¹⁷.

Ed allo stato l'Ordinamento giuridico italiano non prevede forme di indennizzo per i lavoratori illegittimamente decaduti dall'incarico e vittime del meccanismo delle spoglie.

In conclusione, non resta che auspicare un intervento *de jure condendo* del legislatore

zionale dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, e la sua inapplicabilità nel giudizio a quo e in tutti quelli ancora pendenti, anche in relazione a situazioni determinatesi antecedentemente - la retroattività delle pronunce d'incostituzionalità trovi un limite nei rapporti ormai esauriti, la cui definizione - nel rispetto del principio di uguaglianza e di ragionevolezza - spetta solo al legislatore di determinare» (si vd ex multis sentenza n. 3 del 1996).

¹⁶ Per l'ordinamento francese, si veda in particolare LONG, *Le grands arrtes de la jurisprudence administrative*, Paris, 2002

¹⁷ si vd.no, a titolo esemplificativo, la l. 25.2.1992, n. 210 (in G.U., 6 marzo, n. 55), *Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati.*; la legge Urbanistica n.1150 del 1942 e ss.mm. In particolare, si rileva come in tali casi l'Ordinamento abbia dettagliatamente disciplinato requisiti e modalità di quantificazione ed erogazione degli indennizzi per i danni subiti dal privato a seguito di attività lecita della P.A..



che preveda l'applicabilità di una tutela in-
dennitaria nei succitati casi in cui non risulti

percorribile la via della tutela ripristinatoria o
risarcitoria.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.4.2013, n. 2330
Pubblicazioni scientifiche - commissione - originalità ed innovatività dell'opera - apporto individuale del candidato - congruenza con le discipline ricomprese nel settore scientifico disciplinare - assorbita la valutazione della diffusione dell'opera, siccome ininfluyente a modificare il giudizio già espresso.

La giurisprudenza ha chiarito che "l'art. 4, co. 2, del d.P.R. n. 117 del 2000, nelle sue varie lettere, va inteso come un elenco di criteri, di valutazione delle pubblicazioni scientifiche (e del "curriculum"), posti in ordine decrescente di importanza. Sicché, una volta valutati, da parte della commissione, l'originalità ed innovatività" dell'opera (lett. a), l'"apporto individuale del candidato" (lett. b), la "congruenza con le discipline ricomprese nel settore scientifico disciplinare" (lett. c), può essere assorbita la valutazione della diffusione dell'opera (lett. d), siccome ininfluyente a modificare il giudizio già espresso in base ai criteri delle precedenti lettere a), b), c)" (CdS, VI, 24.11.2011, n. 6209) e, quanto alla rilevanza dell'indice dello "impact factor", che esso "rappresenta uno dei criteri di valutazione, ma non certo l'unico o principale criterio al quale la commissione debba attenersi" dovendo, ai sensi del medesimo art. 4 del d.P.R. n. 17 del 2000, essere espresso "un giudizio sulla qualità intrinseca delle pubblicazioni che non può determinarsi solo sulla base di un fattore astratto quale l'impact factor" (CdS, VI, 4.6.2010, n. 3561).

Consiglio di Stato, Sez. III, 24.4.2013, n. 2312
Lavoro straordinario - la circostanza che il dipendente abbia effettuato prestazioni eccedenti l'orario d'obbligo - diritto alla retribuzione - non sussiste.

... la circostanza che il dipendente abbia effettuato prestazioni eccedenti l'orario d'obbligo non è da sola sufficiente a radicare il suo diritto alla retribuzione e l'obbligo dell'amministrazione di corrisponderla atteso che, altrimenti, si determinerebbe l'equiparazione del lavoro

straordinario autorizzato con quello per il quale non è intervenuto alcun provvedimento autorizzativo, compensando attività lavorative svolte in via di fatto, ma non rispondenti ad alcuna riconosciuta necessità, mentre invece la retribuitività del lavoro straordinario è in via di principio condizionata all'esistenza di una siffatta autorizzazione formale, la quale svolge una pluralità di funzioni, tutte riferibili alla concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui, ai sensi dell'art. 97 cost., deve essere improntata l'azione della pubblica amministrazione (cfr. CdS, III, 19.2.2013 n. 996).

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.4.2013, n. 2022
Per procedere all'annullamento in autotutela di un illegittimo provvedimento di inquadramento - esigenza di ripristinare la legalità violata - è sufficiente.

In caso di annullamento d'ufficio di un illegittimo provvedimento di inquadramento, che abbia determinato ingiustificati oneri per l'Erario, non occorre una specifica motivazione sull'interesse pubblico all'intervento in autotutela, in quanto tale interesse è in re ipsa, ed è quello a risparmiare e ad evitare spese non giustificate in base alla normativa, il che significa che per procedere all'annullamento d'ufficio di un inquadramento illegittimo è sufficiente l'esigenza di ripristinare la legalità violata (in tal senso v. CdS, III, n. 5481/2012 e VI, n. 1550/2009).

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.4.2013, n. 1944
Rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie - espletamento di un concorso interno per il passaggio da una posizione ad un'altra nell'ambito della stessa area.

La Corte di Cassazione a Sezioni unite ha individuato i criteri di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo per le controversie in tema di procedure concorsuali afferenti al rapporto di pubblico impiego privatizzato (Cass., SS.UU., 12.10.2009, n. 21558; 9.9.2009, n. 3051; 25.11.2008, n.

28058; 29.11.2006, n. 25277). Essa ha in particolare chiarito, con riferimento all'area di giurisdizione assegnata al giudice amministrativo dall'art. 63, co. 4, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che la nozione di assunzione va riferita non solo all'immissione per la prima volta in impiego, ma anche a tutti quei casi in cui, in esito a procedura selettiva e di valutazione comparativa, debba attribuirsi una nuova qualifica cui si colleghi una diversa posizione di status nell'ambito dell'assetto organizzativo dell'ente. Tale conclusione viene ad armonizzarsi con l'indirizzo segnato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che - in un ordinamento del pubblico impiego articolato per qualifiche funzionali, e non più in carriere, a loro volta comprendenti più qualifiche - postula, nel quadro dei principi dettati dagli artt. 51 e 97 della costituzione, la necessità del previo esperimento del concorso, aperto anche a soggetti esterni, per il conferimento di posti di qualifica, di livello o di fascia funzionale superiore, venendosi ad integrare una vera e propria forma di reclutamento, con modifica della posizione di status e novazione del rapporto di impiego (ex multis Corte costituzionale, 29.5.2002, n. 218; 4.1.1999, n. 1; 30.10.1997, n. 320). È stata pertanto riconosciuta: a) la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni; b) identica giurisdizione su controversie relative a concorsi misti, restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di dipendenti interni ammessi alla procedura selettiva; in tal caso, infatti, la circostanza che non si tratti di passaggio ad un'area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni; c) ancora la giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura del concorso all'esterno; d) giurisdizione ordinaria nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area

funzionale. Conforme è la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che declina la giurisdizione ordinaria per le controversie che attengono all'espletamento di un concorso interno per il passaggio da una posizione ad un'altra nell'ambito della stessa area (cfr. ex multis CdS, VI, 15.12.2010, n. 8920; 13.12.2008, n. 2231; 22.8.2007, n. 4479). Deve osservarsi che l'accorpamento in un'unica area professionale di diverse qualifiche, anche con differenziazione delle posizioni economiche, assegna ad esse una configurazione unitaria e compiti omogenei, ancorché graduati per il livello, tipo di impegno ed affinamento professionale. All'esito del concorso non segue quindi il mutamento della posizione di inquadramento, che resta sempre collegata alla stessa area professionale, ma il conferimento di una diversa posizione in relazione al contenuto dei compiti assegnati. Si versa, allora, a fronte di un'attività dell'amministrazione di gestione del rapporto di lavoro secondo le regole del C.C.N.L. in un quadro ordinamentale teso a valorizzare l'esperienza professionale acquisita, senza mutare l'area di inquadramento.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.3.2013, n. 1821
Impiego privato - patto di prova - forma scritta - pena di nullità.
Pubblico impiego - periodo di prova scaturisce direttamente per effetto ex lege e non per effetto di un patto inserito nel contratto di lavoro dall'autonomia contrattuale.

Come ha chiarito la giurisprudenza il rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (oggi regolato dal d.lgs. n. 165 del 2001) è disciplinato da una *lex specialis*, che deroga, rendendolo inapplicabile, l'art. 2096 c.c. ed i principi elaborati dalla giurisprudenza sulla base di detta norma (cfr. Cass., Sez. Lav. 13.8.2008, n. 21586, nonché Corte costituzionale nn. 313-1996, 309-1997, 89-2003 e 199-2003). In altre parole, mentre nell'impiego privato è pacifico ritenere che il patto di prova debba essere predisposto in forma scritta a pena di nullità, con la conseguenza che, in mancanza di detta formalità lo stesso deve considerarsi nullo e l'assunzione del lavoratore va considerata definitiva, nel pubblico impiego il periodo di prova scaturisce direttamente per effetto ex lege e non per effetto di un patto inse-

rito nel contratto di lavoro dall'autonomia contrattuale. Nel caso di specie, l'esito completamente e radicalmente negativo del periodo di prova è stato ampiamente e motivatamente dimostrato dalla P.A., potendosi così prescindere da ogni questione del tutto formale circa la complessiva valutazione del servizio prestato, vista l'entità e il contenuto di tale giudizio negativo che indubbiamente esprimono un mancato superamento della prova, a prescindere dal fatto che lo stesso fosse o meno compiuto e che la valutazione avesse riguardo al servizio effettivamente prestato a titolo di prova, trattandosi di un giudizio di idoneità dell'appellante a rivestire il ruolo per il quale avrebbe dovuto essere assunto.

TAR Lombardia, Mi, Sez.IV, 15.3.2013, n. 704
Obbligo di astensione dei membri della Commissione - non sussiste in assenza di coinvolgimenti personali particolarmente intensi, - rapporti personali o professionali siano di rilievo.

Nel giudizio in esame la ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno patrimoniale subito in ragione dell'asserita non corretta gestione della procedura selettiva e comparativa indetta dalla Provincia di Pavia per l'affidamento di un incarico di collaborazione coordinata e continuativa per le azioni di tutor individuale nell'ambito dei servizi per l'impiego, nonché in ragione del ritardo e parziale diniego del diritto di accesso agli atti esercitato tempestivamente ai fini dell'eventuale tutela dei propri diritti. In particolare con riferimento alla doglianza con la quale si assume l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione provinciale, in quanto la candidata vincitrice della procedura avrebbe, in precedenza, prestato servizio presso la stessa struttura che ha indetto la procedura comparativa, da cui discenderebbe un passato rapporto di colleganza con gli stessi membri della Commissione e quindi l'obbligo di astensione da parte di questi ultimi per assicurare l'imparzialità e la terzietà della fase valutativa. Come affermato dalla costante giurisprudenza l'obbligo di astensione non sussiste in assenza di coinvolgimenti personali particolarmente intensi, ma soltanto quando i rapporti personali o professionali siano di rilievo ed intensità tali da far sorgere il sospetto che il can-

didato sia giudicato non in base al risultato delle prove, bensì in virtù delle conoscenze personali. Poiché tali legami assumano il predetto rilievo, deve trattarsi di rapporti diversi e più saldi di quelli che di regola intercorrono tra soggetti che lavorano nello stesso ufficio (CdS, VI, 11.1.1999, n. 8), essendo decisiva la circostanza che il rapporto tra commissario e candidato si sia concretato in un autentico sodalizio professionale connotato dai caratteri della stabilità e della reciprocità di interessi di carattere economico (TAR Lombardia, Mi, IV, 11.7.2012, n. 1944).

TAR Lazio, Rm, Sez.III bis, 14.3.2013, n. 2669
Decide il giudice ordinario - legittimità dei provvedimenti - graduatorie finalizzate a fini assuntivi.

La decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 4.7.2011 ha definitivamente risolto il contrasto giurisprudenziale ed ha avuto modo di ribadire in via definitiva che: "la questione sottoposta va decisa confermando la tesi della giurisdizione del giudice ordinario, per le ragioni fondate sulla base della situazione giuridica protetta, della natura della attività esercitata dall'amministrazione e della assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto; si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale." "infatti, da un lato, si tratta di atti gestiti dal datore di lavoro pubblico; dall'altro lato, non è configurabile la procedura concorsuale diretta all'assunzione in un impiego pubblico, per la quale sola vale la regola residuale (e speciale) della giurisdizione del giudice amministrativo...". Preso atto che dal richiamato orientamento giurisprudenziale emerge chiaramente che i provvedimenti concernenti le graduatorie finalizzate a fini assuntivi (e nel caso di specie anche l'impugnato d.m. che detta disposizione per le graduatorie per il 2009/2011) non assumono vere e qualificazioni di atti di diritto pubblico espressione di esercizio di poteri organizzatori autoritativi ma di atti"... che non possono che restare compresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato... di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la confor-

mità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

TAR Lazio, Roma, Sez. II, 20.2.2013, n. 1889
Indizione un nuovo concorso - attingere ad una graduatoria ancora efficace - i principi che deve osservare la P.A. per evitare l'annullamento giurisdizionale del concorso.

L'art. 3, co. 87, della l. 24.12.2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), ha aggiunto, all'art. 35 del d.lgs. 30.5.2001, n. 165, il co. 5 ter, in forza del quale "Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali". L'art. 1, co. 4, del d.l. n. 216 del 9.12.2011, convertito dalla l. 24.2.2012, n. 14, dispone che "L'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, approvate successivamente al 30.9.2003, è prorogata fino al 31.12.2012, compresa la Presidenza del Consiglio dei Ministri". Da ultimo, l'art. 1, co. 388 della l. 24.12.2012, n. 228 (legge di stabilità 2013), ha ulteriormente prorogato, sino al 30 giugno 2013, il termine stabilito nel 2011. Pertanto, non sussistono dubbi in merito alla perdurante vigenza delle graduatorie sulle quali si fondano le pretese di parte ricorrente. Relativamente alle disposizioni introdotte con la legge finanziaria per il 2008, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 28.7.2011, n. 14, ha posto in rilievo che siffatto intervento normativo «abbandona la struttura formale della disciplina di mera proroga, a carattere contingente, e si caratterizza per alcuni elementi di novità: - è definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie, ora determinata in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, è un istituto ordinario ("a regime") delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (d.P.R. n. 487/1994); - l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto generale dello "scorrimento" è riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo. Fermi restando questi

importanti profili innovativi, tuttavia, la disciplina, per la sua ratio e per la sua formulazione letterale, va estesa anche alle procedure concorsuali svolte in epoca precedente alla sua entrata in vigore» (punto 16 della motivazione). Il Consiglio di Stato, ha quindi analiticamente affrontato i rapporti tra la scelta di indire un nuovo concorso e quella di attingere ad una graduatoria ancora efficace, evidenziando quanto segue: «a) Va superata la tesi tradizionale, secondo cui la determinazione di indizione di un nuovo concorso non richiede alcuna motivazione. A maggiore ragione, è da respingersi la tesi "estrema", secondo cui si tratterebbe di una decisione insindacabile dal giudice amministrativo. b) Simmetricamente, però, non è condivisibile l'idea opposta, in forza della quale, la disciplina in materia di scorrimento assegnerebbe agli idonei un diritto soggettivo pieno all'assunzione, mediante lo scorrimento, che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico. Infatti, in tali circostanze l'amministrazione non è incondizionatamente tenuta alla loro copertura, ma deve comunque assumere una decisione organizzativa, correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e a tutti gli altri elementi di fatto e di diritto rilevanti nella concreta situazione, con la quale stabilire se procedere, o meno, al reclutamento del personale. c) Ferma restando, quindi, la discrezionalità in ordine alla decisione sul "se" della copertura del posto vacante, l'amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, dando conto, in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso. d) Nel motivare l'opzione preferita, l'amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso» (punto 31 della mo-

tivazione). Ne consegue che «sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico» (punto 50 della motivazione). Peraltro, nei successivi passaggi della motivazione, è stato posto in rilievo che «la riconosciuta prevalenza delle procedure di scorrimento non è comunque assoluta e incondizionata. Sono tuttora individuabili casi in cui la determinazione di procedere al reclutamento del personale, mediante nuove procedure concorsuali, anziché attraverso lo scorrimento delle preesistenti graduatorie, risulta pienamente giustificabile, con il conseguente ridimensionamento dell'obbligo di motivazione. In tale contesto si situano, in primo luogo, le ipotesi in cui speciali disposizioni legislative impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata anche a peculiari meccanismi di progressioni nelle carriere, tipiche di determinati settori del personale pubblico. In tali eventualità emerge il dovere primario dell'amministrazione di bandire una nuova procedura selettiva, in assenza di particolari ragioni di opportunità per l'assunzione degli idonei collocati nelle preesistenti graduatorie» (punto 51 della motivazione). In aggiunta a tali casi vengono poi segnalate alcune ipotesi di fatto, in cui si manifesta l'opportunità, se non la necessità, di procedere all'indizione di un nuovo concorso, pur in presenza di graduatorie ancora efficaci, con la conseguente attenuazione dell'obbligo di motivazione. In particolare, secondo la Plenaria, «può assumere rilievo l'esigenza preminente di determinare, attraverso le nuove procedure concorsuali, la stabilizzazione del personale precario, in attuazione delle apposite regole speciali in materia. Tale finalità, tuttavia, non esime l'amministrazione dall'obbligo di valutare, comparativamente, in ogni caso, anche le posizioni giuridiche e le aspettative dei soggetti collocati nella graduatoria come idonei. La normativa speciale in ma-

teria, infatti, non risulta formulata in modo da imporre la indiscriminata prevalenza delle procedure di stabilizzazione, ma lascia all'amministrazione un rilevante potere di valutazione discrezionale in ordine ai contrapposti interessi coinvolti» (punto 53 della motivazione). Inoltre «può acquistare rilievo l'intervenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione» (punto 54 della motivazione). Infine «deve attribuirsi risalto determinante anche all'esatto contenuto dello specifico profilo professionale per la cui copertura è indetto il nuovo concorso e alle eventuali distinzioni rispetto a quanto descritto nel bando relativo alla preesistente graduatoria» (punto 55 della motivazione).

Corte dei Conti, Sez. Reg. Controllo Lazio, Del. n. 15/2013/PAR del 1.2.2013

Indennità di funzioni degli Amministratori Locali - Corte dei Conti - indennità deve essere progressivamente diminuita, no delibere incrementi.

Il Sindaco del Comune di Cittaducale ha inoltrato richiesta di parere alla Corte dei Conti in merito agli adempimenti da tenere, da parte dell'Amministrazione comunale, in ordine alla corresponsione dell'indennità di funzione spettante al Presidente del Consiglio comunale. Sul punto la Corte ha precisato che a decorrere dall'entrata in vigore del d.l. 25.6.2008 n.112 (convertito dalla l. n. 133/2008), le indennità di funzione spettanti agli Amministratori vadano parametrize esclusivamente in ragione dei valori di cui al d.m. n.119/2000, ridotti della percentuale del 10% rispetto all'ammontare risultante alla data del 30.9.2005, prevista dall'art. 1, co. 54 della l. 266/2005 e che sia venuta meno la possibilità, precedentemente conferita agli enti locali, di corrispondere incrementi. Infatti, dalla disamina normativa risulta chiaro l'intento del legislatore di escludere ogni possibilità di deliberare incrementi delle indennità di funzione spettanti agli amministratori locali, anzi di mirare a una progressiva diminuzione degli importi delle stesse.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Controllo Calabria, deliberazione n. 2 del 30.1.2013

Contratti a tempo determinato di cui all'art.110 del d.lgs. 267/2000 - limiti previsti dall'art. 9, co.28, del d.l. 78/2010 - applicazione.

Il Sindaco del Comune di Isca sullo Jonio, dovendo provvedere ad un'assunzione, ex art. 110 del d.lgs. 267/2000, di una figura professionale esterna cui affidare la responsabilità dell'area amministrativa, chiede di conoscere se ed entro quali limiti procedere in relazione a quanto disposto dall'art. 9, co. 28, del d.l. 78/2010. La Corte dei Conti precisa che l'art.110, co. 2, prevede che il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi dell'ente locale, negli enti in cui è prevista la dirigenza, stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5% del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva e comunque per almeno una unità. Negli altri enti, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica e solo in assenza di professionalità analoghe presenti all'interno dell'ente, contratti a tempo determinato di dirigenti, alte specializzazioni o funzionari dell'area direttiva, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5% della dotazione organica dell'ente arrotondando il prodotto all'unità superiore o ad una unità negli enti con una dotazione organica inferiore alle 20 unità. Tali contratti, inoltre, non possono avere durata superiore al mandato elettivo del Sindaco o del Presidente della Provincia in carica. Il contratto a tempo determinato è risolto di diritto nel caso in cui l'ente locale dichiari il dissesto o venga a trovarsi nelle situazioni strutturalmente deficitarie. Nel merito, si osserva che in tema di assunzioni a tempo determinato, l'art. 9, co. 28, del d.l. 78/2010 stabilisce che a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie,

incluse le Agenzie fiscali di cui agli artt. 62, 63 e 64 del d.lgs. 300/1999, gli enti pubblici non economici, le università e gli enti pubblici di cui all'art.70, c.4, del D.Lgs. 165/2001, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, fermo quanto previsto dall'art.7, co. 6 e dall'art.36 del d.lgs. 165/2001, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50% della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Per le medesime amministrazioni, la spesa per personale relativa a contratti di formazione-lavoro, ad altri rapporti formativi, alla somministrazione di lavoro, nonché al lavoro accessorio di cui all'art.70, co.1, lett. d, del d.lgs. 276/2003 non può essere superiore al 50% di quella sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. Le suddette disposizioni costituiscono principi generali ai fini del coordinamento della finanza pubblica ai quali si adeguano le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli enti del Servizio sanitario nazionale. Il riferimento agli enti locali è stato aggiunto dall'art.4, co. 102, lett. b, della l. 183/2011 (legge di stabilità 2012). Per effetto di tale modifica le disposizioni contenute nell'art. 9, co. 28, del d.l. 78/2010, volte ad arginare il ricorso, tra l'altro, ad assunzioni di personale a tempo determinato costituiscono principi generali ai quali gli enti locali devono adeguarsi. In sede consultiva, la Corte dei conti si è occupata più volte della questione della applicabilità dei limiti di spesa indicati dall'art.9, co.28, del d.l. 78/2010 ai contratti previsti dall'art.110 del tuel, e questa sezione, con le deliberazioni n. 26, 117 e 169 del 2012, ha già affermato che i contratti di cui all'art.110 del d.lgs. 267/2000, espressamente qualificati dal legislatore come "contratti a tempo determinato", sono tutti soggetti ai limiti previsti dall'art. 9, co. 28, del d.l. 78/2010.

L'applicabilità dell'art. 9, co.28, del d.l. 78/2010 alla fattispecie in argomento appare altresì giustificata dalla circostanza che la normativa in esame, rivolta a promuovere il contenimento delle spese in materia di pubblico impiego, non prevede eccezioni di sorta, soprattutto con riferimento ad ipotesi assunzionali, quale quella prevista dall'art. 110 TUEL, rivolta a conseguire assunzioni al di fuori della

dotazione organica, e già ab origine sottoposta a rigidi vincoli e limiti, ancor prima che il legislatore adottasse le recenti ben note misure di contenimento della spesa del personale. Da ultimo, e sempre con riferimento ai contratti disciplinati dall'art.110, del Tuel, appare opportuno sottolineare che la limitazione quantitativa prevista dall'art. 9, co. 28, del d.l. 78/2010, come modificato dalla l. 183/2011, non sostituisce ma si aggiunge ai vincoli di spesa e alle limitazioni assunzionali già previste in materia, quali il rispetto del patto di stabilità (ove tenu-

ti); il contenimento della spesa del personale rispetto a quella sostenuta nell'anno precedente (per gli enti sottoposti al patto di stabilità: art. 1, co. 557 della l. n. 296/2006) ovvero rispetto a quella relativa all'anno 2008 (per gli enti non sottoposti al patto di stabilità: art. 1, co. 562, l. 296/2006); il contenimento nella percentuale normativamente prevista del rapporto tra spesa del personale e spesa corrente (attualmente 50% art. 76, co. 7, primo periodo, prima parte, d.l. 112/2008) (cfr. Sezione Autonomie n. 12/2012).

«.....GA.....»

PARERI

Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Esecuzione all'estero delle sentenze emesse dalla Corte dei Conti. Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 (Parere reso in via ordinaria, prot. 427337 del 31.10.2012, AL 38606/11, Avv. Diana Ranucci).

RISPOSTA

Con la nota in riscontro codesta Direzione chiede il parere della Scrivente in merito ai possibili strumenti di esecuzione delle sentenze di accertamento di responsabilità per danno erariale pronunciate dalla Corte dei Conti nei confronti di debitori residenti all'estero, e, di seguito, in particolare se sia possibile adottare gli strumenti previsti dalla Convenzione in oggetto.

1) Il primo quesito attiene alla eseguibilità all'estero delle sentenze di condanna della Corte dei Conti.

a) La disciplina delle sentenze di condanna per danno erariale è stata innovata con il d.P.R. n. 260 del 24.6.1998 che ha abrogato espressamente le norme di cui al r.d. 5.9.1909 n. 776. Le sentenze di condanna sono immediatamente esecutive e determinano il sorgere di un diritto di credito della P.A. danneggiata ad ottenere, anche coattivamente tramite una procedura esecutiva, la somma indicata nella sentenza stessa, la quale costituisce titolo esecutivo ex art. 474 lett. 1) c.p.c..

Il predetto d.P.R. nulla dispone sulle esecuzioni che devono compiersi all'estero, per cui è evidente che, sotto questo profilo, la sentenza di condanna al pagamento di somme

resa dal giudice contabile in nulla differisce rispetto a qualunque altra sentenza di condanna, sia essa del giudice ordinario che amministrativo ed è pertanto eseguibile con gli stessi strumenti.

La risposta è pertanto affermativa.

2) Esattamente codesta Direzione evidenzia come non sia possibile utilizzare la procedura della riscossione coattiva nel caso in cui i beni del debitore si trovino all'estero. Chiede pertanto di sapere se sia possibile applicare la disciplina generale dettata dalla Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968, ratificata con l. n. 804 del 1971, la quale stabilisce le norme concernenti la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale applicabili tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

L'art. 26, co. 1, della Convenzione di Bruxelles dispone che "le decisioni rese in uno stato contraente sono riconosciute negli altri stati contraenti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento". Di rilevanza, inoltre, l'art. 31 della Convenzione, ai sensi del quale "le decisioni rese in uno Stato contraente e quivi esecutive, sono eseguite in un altro Stato contraente dopo essere state munite, su istanza della parte interessata, della formula esecutiva"; si precisa, poi, all'art. 33 1° cpv della Convenzione medesima, che "le modalità del deposito dell'istanza sono determinate in base alla legge dello Stato richiesto".

Occorre, infine, che l'istanza di riconoscimento ed esecuzione di una decisione straniera, formulata secondo le modalità sta-

bilite dalla legge dello Stato richiesto, sia corredata dai documenti indicati dagli artt. 46 e 47 della Convenzione. Nel marzo del 2002 è entrato in vigore il Regolamento n. 44/2001, che ha facilitato ancora più il riconoscimento delle sentenze e di qualsiasi altro provvedimento giurisdizionale all'interno dell'U.E., snellendo e rendendo più celere il relativo procedimento. Questo Regolamento, noto come "Bruxelles I" e concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, si applica anche ai Paesi nuovi entrati nell'UE (Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Slovenia, Ungheria) e sostituisce la Convenzione di Bruxelles, applicandosi a tutti i Paesi dell'Unione Europea, con l'eccezione della Danimarca e dei territori degli Stati membri per i quali, secondo il Trattato che istituisce la Comunità Europea, il Regolamento non è vincolante. A questi continuerà ad applicarsi la Convenzione di Bruxelles del 1968. Il procedimento introdotto dal Regolamento 44/2001 per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, identificate in "qualsiasi decisione emessa da un giudice di uno Stato membro, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione, nonché la determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere", non è molto diverso da quello contenuto nella Convenzione di Bruxelles del 1968. La principale novità introdotta dal Regolamento in questione è costituita dal fatto che, mentre sotto il regime della Convenzione di Bruxel-

les, il giudice del Paese dove la sentenza andava portata ad esecuzione poteva entrare nel merito della decisione, con la possibilità di rilevare anche eventuali motivi di nullità della stessa, ora il Regolamento n. 44/2001 consente di ottenere in tempi brevi la dichiarazione di esecutività di una decisione giudiziaria, in quanto il giudice del Paese di esecuzione deve compiere solo un controllo puramente formale della decisione (art. 41 Reg. 44/2001). L'istanza di esecuzione deve essere presentata al giudice territorialmente competente secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro richiesto, corredata dai documenti di cui all'art. 53 Reg. 44/2001: "una copia della decisione che presenti tutte le condizioni di autenticità", ed un attestato (art. 54 Reg. 44/2001) rilasciato, su richiesta di qualsiasi parte interessata, dal giudice o dall'autorità competente dello Stato membro, compilato utilizzando il formulario di cui all'allegato V del Regolamento stesso. Certamente, il regolamento 44/2001 ha semplificato la procedura di exequatur per l'ottenimento della dichiarazione circa il carattere esecutivo della decisione, che può essere contestata dall'avversario solo in fase di opposizione.

3) Alla luce di quanto esposto, codesto Ministero Della Difesa dovrà, quando necessario, contattare i competenti Uffici consolari italiani o le proprie Addetanze militari presso le Ambasciate italiane site nei Paesi interessati dalla procedura esecutiva, al fine di acquisire precise informazioni circa le modalità di presentazione dell'istanza di esecuzione.

«.....GA.....»

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DEBITI DELLA PA: I SOLDI RICHIESTI DAGLI ENTI LOCALI PER LO SBLOCCO DEI PAGAMENTI SUPERANO I FONDI DISPONIBILI

1500 richieste pervenute dalle amministrazioni comunali, per un importo complessivo pari a circa 5,8 miliardi di euro; 15 domande presentate dalle amministrazioni provinciali, per un controvalore di circa 110 milioni di euro ed infine 25 sono le richieste degli altri Enti locali, per circa 53 milioni di euro: questi i dati forniti da Cassa Depositi e Prestiti. Considerando che le cifre richieste superano l'importo delle somme del Fondo dedicato agli Enti locali da 4 miliardi di euro (2 miliardi per il 2013 e 2 miliardi per il 2014), su cui Cassa opera per conto del Ministero dell'Economia e delle finanze (MEF), si procederà ad un riparto delle somme richieste. Le anticipazioni di liquidità, come previsto dal d.l. n. 35/2013, saranno concesse entro il prossimo 15 maggio e le erogazioni delle stesse saranno effettuate a seguito del perfezionamento dei relativi contratti (Cassa Depositi e Prestiti, comunicato congiunto MEF n. 8 del 8.5.2013).

«..... GA.....»

PAGAMENTO DEI DEBITI DELLA P.A.: NUOVA CIRCOLARE DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO CHE INNOVA LE DISPOSIZIONI PER LA CERTIFICAZIONE DI CREDITI RELATIVI AI RESIDUI PASSIVI PERENTI E SEMPLIFICA LE PROCEDURE DI RILASCIO

La Ragioneria Generale dello Stato ha pubblicato la circolare n. 22/2013 che innova le

*disposizioni relative alla certificazione di crediti relativi ai residui passivi perenti contenute nella circolare n. 35 del 27/11/2012, semplificando le modalità operative delle procedure di rilascio delle certificazioni stesse e le relative richieste di reinscrizione. Le ragioni di tali modifiche: in primo luogo alla luce delle disposizioni contenute nel d.l. 8.4.2013, n.35 che, all'art. 7 in tema di certificazione, ha disposto per tutte le amministrazioni pubbliche l'obbligo di accreditamento nonché l'esclusivo rilascio delle certificazioni dei crediti sulla piattaforma elettronica; in secondo luogo in relazione alle nuove funzionalità appositamente rilasciate dall'applicativo SIPATR - Sistema del Conto del patrimonio. Per accedere al testo della circolare cliccare su www.gazzettaamministrativa.it (**Ragioneria Generale dello Stato, circolare n. 22 del 30.4.2013**).*

«..... GA.....»

IN ARRIVO AUMENTI SU POSTA MASSIVA, RACCOMANDATE E ASSICURATE: L'ANTITRUST OBBLIGA POSTE AD APPLICARE L'IVA SU TALI SERVIZI

Centottanta giorni per applicare l'iva nei servizi postali liberalizzati e cessare l'abuso di posizione dominante con il quale sono stati discriminati i concorrenti. Questo quanto emerge dal comunicato dell'Antitrust che ha stabilito che Poste, non applicando l'imposta sul valore aggiunto su quei servizi quali la posta massiva, la posta raccomandata, la posta assicurata, la pubblicità diretta per corrispondenza (posta target) che, pur rientrando nel servizio universale, vengono negoziati in-

dividualmente, ha abusato della propria posizione dominate in violazione della normativa comunitaria. Tale condotta ha consentito a Poste di formulare offerte idonee a escludere i concorrenti dai mercati interessati che non hanno potuto replicare offerte competitive visto che l'aliquota applicabile è quella attualmente al 21 per cento. In linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea l'Autorità non ha tuttavia imposto sanzioni a Poste poiché l'esenzione iva è prevista da una normativa nazionale, contrastante con la normativa comunitaria. L'Antitrust ha quindi disapplicato la legge italiana per accertare l'abuso e imporre a Poste la sua cessazione. Per accedere al testo integrale del provvedimento cliccare su www.gazzettaamministrativa.it (AGCM, comunicato del 23.4.2013).

«..... GA.....»

PATTO DI STABILITÀ INTERNO: AGGIORNATE LE SANZIONI PER LA VIOLAZIONE DEL PATTO DI STABILITÀ 2010-2011

E' in corso di pubblicazione sulla G.U., il decreto ministeriale del 16.4.2013 concernente l'aggiornamento delle sanzioni per violazione del patto di stabilità interno relativo agli anni 2010 e 2011. (Ministero dell'Interno, Dip. Affari Interni e Territoriali, comunicato del 17.4.2013).

«..... GA.....»

PAGAMENTO DEBITI DELLA P.A.: SANZIONE PECUNIARIA DI 100 EURO PER OGNI GIORNO DI RITARDO, OLTRE A RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE E DISCIPLINARE, A CARICO DEI DIRIGENTI RESPONSABILI CHE ENTRO IL 29.4.2013 NON PROCEDONO ALLA REGISTRAZIONE OBBLIGATORIA DELLE P.A. SULLA PIATTAFORMA ELETTRONICA

Si avvicina la prima scadenza prevista per il 29.4.2013, data in cui le P.A. sono obbligate a registrarsi sulla piattaforma elettronica per

la gestione telematica del rilascio delle certificazioni predisposta dal Dipartimento della ragioneria generale dello Stato. La mancata registrazione sulla piattaforma elettronica entro il termine è rilevante ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comporta responsabilità dirigenziale e disciplinare; i dirigenti responsabili sono altresì assoggettati ad una sanzione pecuniaria pari a 100 euro per ogni giorno di ritardo nella registrazione. La Camera dei Deputati ha pubblicato un utile prospetto riepilogativo di tutte le scadenze e gli adempimenti per il pagamento dei debiti della P.A. (Camera dei Deputati, aggiornamento del 17.4.2013).

«..... GA.....»

INTERSCAMBIO DEI DATI CATASTALI AGENZIA - COMUNI: PUBBLICATE LE REGOLE TECNICHE

L'Agenzia delle Entrate ha pubblicato il documento contenente le regole tecniche per lo scambio dei dati catastali tra l'Agenzia e i Comuni. In particolare il documento descrive, tra l'altro: 1) i formati utilizzati dall'Agenzia delle Entrate per fornire ai Comuni le superfici calcolate, ai sensi del d.P.R. 138/1998, comprensive o meno delle aree scoperte; 2) i formati utilizzati dai Comuni per segnalare all'Agenzia le unità immobiliari con scostamenti significativi tra le superfici calcolate ai sensi del d.P.R. 138/1998 e i dati in loro possesso. Il tracciato per lo scambio dei dati di superficie ai fini dell'accertamento del tributo Tares è stato predisposto sulla base di quello già in uso per l'applicazione della Tarsu, che continuerà ad essere fornito. Per approfondire l'argomento su www.gazzettaamministrativa.it (Agenzia delle Entrate, comunicato del 12.4.2013).

«..... GA.....»

PAGAMENTO DEI DEBITI DEGLI ENTI LOCALI: NUOVI POTERI ALLA CORTE DEI CONTI, IRROGHERÀ UNA SANZIONE PECUNIARIA PARI A DUE

MENSILITÀ DEL TRATTAMENTO RE- TRIBUTIVO AI RESPONSABILI DEI SERVIZI CHE NON HANNO PRO- CEDUTO AI PAGAMENTI O NON AB- BIANO RICHIESTO GLI SPAZI FI- NANZIARI NECESSARI

È entrato in vigore il 9.4.2013 il decreto legge contenente le "Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonche' in materia di versamento di tributi degli enti locali" con il quale per quanto attiene ai DEBITI DEGLI ENTI LOCALI si prevede che sono esclusi dai vincoli del patto di stabilità interno per un importo complessivo di 5.000 milioni di euro i "pagamenti di debiti di parte capitale certi liquidi ed esigibili alla data del 31.12.2012, ovvero dei debiti di parte capitale per i quali sia stata emessa fattura o richiesta equivalente di pagamento entro il predetto termine, ivi inclusi i citati pagamenti delle province in favore dei comuni, sostenuti nel corso del 2013 dagli enti locali". A tal fine i Comuni e le Province entro il termine del 30.4.2013 devono comunicare attraverso il sistema web della RGS gli spazi finanziari necessari affinché vengano individuati con decreto del MEF, per ciascun ente locale. Il co. 4 dell'art. 1 del decreto prevede espressamente che "Qualora le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino, su segnalazione del collegio dei revisori, che gli enti locali, senza giustificato motivo, non abbiano richiesto gli spazi finanziari nei termini e secondo le modalità di cui al co. 2, ovvero non abbiano proceduto, entro l'esercizio finanziario 2013, ad effettuare pagamenti per almeno il 90 per cento degli spazi concessi, le stesse irrogano una sanzione pecuniaria pari a due mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali, per i responsabili dei servizi interessati." Tali importi sono acquisiti al bilancio dell'ente (Decreto Legge 8.4.2013, n. 35, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 82 del 8.4.2013).

«..... GA.....»

ACCERTAMENTO DEI TRIBUTI E REVISIONE DELLE SANZIONI AMMI- NISTRATIVE E DEL PROCESSO TRI- BUTARIO: APPROVATO ALL'UNANI- MITÀ IL DISEGNO DI LEGGE DI- RETTO A RAZIONALIZZAZIONE E CODIFICARNE L'ATTUAZIONE

Il CNEL ha approvato il d.d.l. di delega al Governo per razionalizzare e codificare l'attuazione e l'accertamento dei tributi e per la revisione delle sanzioni amministrative e del processo tributario. Il d.d.l. è stato predisposto dal CNEL in ottemperanza all'art. 99 della Costituzione della Repubblica Italiana e all'art. 10 della l. n. 936/1986 recante "Norme sul Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro". Per visualizzare il disegno di legge cliccare su www.gazzetta-amministrativa.it. (CNEL, comunicato del 20.3.2013).

«..... GA.....»

INCREMENTO DELLA MASSA ATTI- VA DEI COMUNI IN DISSESTO FINAN- ZIARIO

È stato pubblicato sulla G.U., il decreto con il quale sono stabiliti i criteri e modalità per la concessione del contributo previsto dall'art. 3 bis, del d.l. del 10.10.2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.12.2012, n. 213, da concedere a ciascun ente richiedente. Tale contributo è definito, nei limiti della massa passiva accertata, in base ad una quota pro capite determinata tenendo conto della popolazione residente, calcolata alla fine del penultimo anno precedente alla dichiarazione di dissesto, secondo i dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica. Ai fini del riparto gli enti con popolazione superiore a 5.000 abitanti sono considerati come enti di 5.000 abitanti (Ministero dell'Interno, Decreto 11.3.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 65 del 18.3.2013).

«..... GA.....»

ENTI PUBBLICI: ISTRUZIONI PER L'UTILIZZO DEL MODELLO F24EP

PER IL VERSAMENTO DELLE SOMME A TITOLO DI RIMBORSO DELLE VISITE MEDICHE DI CONTROLLO E DEI RELATIVI SOLLECITI, DI SPETTANZA DELL'INPS

Con la circolare in esame vengono fornite dall'Agenzia delle Entrate le istruzioni per l'utilizzo del modello F24 enti pubblici, utilizzando le causali VMCF e VMCS, per il versamento delle somme a titolo di rimborso delle visite mediche di controllo e dei relativi solleciti, di spettanza dell'INPS (Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 18/E del 22.3.2013).

«..... GA.....»

IMPUGNAZIONE DEI RUOLI EMESSI DAGLI UFFICI PROVINCIALI-TERRITORIO DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE: APPROVATI I FOGLI AVVERTENZE DELLE CARTELLE DI PAGAMENTO

Il Direttore dell'Agenzia delle Entrate ha approvato i fogli avvertenze della cartella di pagamento relativa ai ruoli del settore Territorio in materia di imposta ipotecaria, tasse ipotecarie, tributi speciali catastali, oneri e sanzioni amministrative in materia tributaria. Chiarisce l'Agenzia che l'art. 23 quater, co. 1, del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 135, che prevede che, a decorrere dal 1.12.2012, l'Agenzia del Territorio sia incorporata nell'Agenzia delle Entrate, dalla predetta data del 1.12.2012, l'Agenzia delle Entrate esercita le funzioni e i compiti già svolti dall'Agenzia del Territorio, compresi i relativi rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali. Fino al perfezionamento del processo di integrazione conseguente all'incorporazione, l'attività già esercitata dagli Uffici Provinciali dell'Agenzia del Territorio continua ad essere esercitata dalle strutture periferiche competenti, che hanno assunto la denominazione di Uffici Provinciali-Territorio. Chi intende proporre ricorso avverso i ruoli emessi dagli Uffici Provinciali-Territorio dell'Agenzia delle Entrate, suc-

cessivamente al 1.12.2012, è tenuto preliminarmente a presentare istanza di reclamo-mediazione, ai sensi dell'art. 17 bis del d.lgs. 31.12.1992, n. 546. Il procedimento di reclamo-mediazione non si applica, invece, alle controversie concernenti i ruoli emessi dagli Uffici Provinciali dell'Agenzia del Territorio fino al 30.11.2012, anche se la cartella di pagamento è stata notificata dopo il 1.12.2012 (Agenzia delle Entrate, provvedimento del Direttore del 20.3.2013).

«..... GA.....»

CINQUE PER MILLE: MODALITÀ E TERMINI PER L'ACCESSO AL BENEFICIO PER L'ESERCIZIO FINANZIARIO 2013

L'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 6/E del 21.3.2013 ha illustrato le modalità e i termini degli adempimenti necessari per accedere al beneficio per l'esercizio finanziario 2013 relativamente ai seguenti soggetti: 1. enti del "volontariato", per i quali l'Agenzia delle entrate provvede ad acquisire sia la domanda di iscrizione che la dichiarazione sostitutiva e ad effettuare i controlli ai fini dell'ammissione al beneficio; 2. associazioni sportive dilettantistiche, per le quali l'Agenzia delle entrate riceve le domande di iscrizione. La circolare fornisce una guida alla corretta effettuazione degli adempimenti degli enti sopra indicati, richiamando in particolare l'attenzione, anche attraverso l'inserimento di appositi riquadri, sugli aspetti per i quali sono state rilevate maggiori criticità e che sono stati più frequentemente causa di esclusione dal contributo. Relativamente alle istruzioni sulle modalità di effettuazione degli adempimenti degli enti della ricerca scientifica e dell'Università, degli enti della ricerca sanitaria e degli enti che effettuano attività di tutela, di promozione o di valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici l'Agenzia precisa che sono fornite dalle Amministrazioni di rispettiva competenza (Agenzia delle Entrate, circolare n. 6/E del 21.3.2013).

«..... GA.....»

FEDERALISMO FISCALE MUNICIPALE: PUBBLICATO IN G.U. IL DECRETO DELL'8.3.2013

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto con il quale si statuisce che in attuazione della disposizione di cui all'art. 2, co. 10, lett. b), del d.lgs. 14.3.2011, n. 23, il recupero delle somme corrisposte ai comuni in via provvisoria, e successivamente rimborsate ai contribuenti a qualunque titolo, e' effettuato a valere sulle somme spettanti ai comuni stessi negli anni successivi per il contributo dato all'attività di accertamento dei tributi statali individuati all'art. 1 del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 23.3.2011, pubblicato nella G.U. n. 75 del 1.4.2011. Il Dipartimento delle finanze, sulla scorta delle comunicazioni delle somme da recuperare trasmesse dall'Agenzia delle entrate in sede di comunicazione di cui al terzo periodo del co. 3, del predetto decreto ministeriale del 23.3.2011, indica l'ammontare da versare a ciascun comune al netto dell'importo da recuperare, di cui evidenzia la relativa somma. Per l'anno 2012, la comunicazione di cui al secondo periodo del co. 3 del d.m. 23.3.2011 è effettuata entro il termine di 60 giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto (Ministero dell'Economia e delle Finanze, Decreto 8.3.2013, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 65 del 18.3.2013).

«..... GA.....»

BENEFICI FISCALI A FAVORE DEI DISABILI: ON LINE LA GUIDA DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

È on line la Guida alle agevolazioni Fiscali per i disabili nella quale sono chiarite le regole e le modalità da seguire per richiedere le seguenti agevolazioni: A) FIGLI A CARICO: Per ogni figlio portatore di handicap fiscalmente a carico spettano le seguenti detrazioni Irpef: 1. se ha un'età inferiore a tre anni 1.120 euro (1.620 euro dal 1.1.2013); 2. per gli altri figli 1.020 euro (1.350 euro dal 1.1.2013) Con più di tre figli a carico la detrazione aumenta di 200 euro

per ciascun figlio a partire dal primo. Le detrazioni sono concesse in funzione del reddito complessivo posseduto nel periodo d'imposta e il loro importo diminuisce con l'aumentare del reddito, fino ad annullarsi quando il reddito complessivo arriva a 95.000 euro. B) VEICOLI: 1. detrazione Irpef del 19% della spesa sostenuta per l'acquisto; 2. Iva agevolata al 4% sull'acquisto; 3. esenzione dal bollo auto; 4. esenzione dall'imposta di trascrizione sui passaggi di proprietà. C) ALTRI MEZZI DI AUSILIO E SUSSIDI TECNICI E INFORMATICI: 1. detrazione Irpef del 19% della spesa sostenuta per i sussidi tecnici e informatici; 2. Iva agevolata al 4% per l'acquisto dei sussidi tecnici e informatici; 3. detrazioni delle spese di acquisto e di mantenimento del cane guida per i non vedenti; 4. detrazione Irpef del 19% delle spese sostenute per i servizi di interpretariato dei sordi. D) ABBATTIMENTO DELLE BARRIERE ARCHITETTONICHE: 1. detrazione Irpef delle spese sostenute per la realizzazione degli interventi finalizzati all'abbattimento delle barriere architettoniche. E) SPESE SANITARIE: 1. deduzione dal reddito complessivo dell'intero importo delle spese mediche generiche e di assistenza specifica; F) ASSISTENZA PERSONALE: 1. deduzione dal reddito complessivo degli oneri contributivi (fino all'importo massimo di 1.549,37 euro) versati per gli addetti ai servizi domestici e all'assistenza personale o familiare; 2. detrazione del 19% delle spese sostenute per gli addetti all'assistenza personale, da calcolare su un importo massimo di 2.100 euro, a condizione che il reddito del contribuente non sia superiore a 40.000 euro (Agenzia delle Entrate, Guida alle agevolazioni Fiscali per i disabili, marzo 2013).

«..... GA.....»

REGIONI A STATUTO ORDINARIO: DISPOSTA L'EROGAZIONE DELL'ANTICIPAZIONE DEL 60 PER CENTO DELLO STANZIAMENTO DEL FONDO NAZIONALE PER IL CONCORSO FINANZIARIO DELLO STATO AGLI ONERI DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, ANCHE FERROVIARIO

È stato pubblicato sulla G.U., il decreto in virtù del quale nelle more dell'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 16 bis, co. 3, del d.l. 6.7.2012, n. 95 e del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, da adottare, ai sensi dell'art. 16 bis, co. 5, del d.l. 6.7.2012, n. 95, entro il 30 giugno di ciascun anno, per l'anno 2013 è concessa alle Regioni a statuto ordinario un'anticipazione del 60 per cento del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato, agli oneri del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, di cui al co. 1 del predetto art. 16 bis, per un importo complessivamente pari a € 2.957.552.681,40. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti provvederà all'erogazione dell'anticipazione di cui al co. 1 in favore delle Regioni a statuto ordinario secondo gli importi di cui alla Tabella 1, che costituisce parte integrante del presente provvedimento. La relativa erogazione a favore delle Regioni a statuto ordinario è disposta con cadenza mensile, dal 12.2.2013 al 12.8.2013, fino alla concorrenza dell'importo di € 2.957.552.681,40 (MEF, Decreto 25.2.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 del 1.3.2013).

«..... GA.....»

OSSERVATORIO SULLE PARTITE IVA, REGISTRATA UNA FLESSIONE NEGATIVA DEL - 6,6%

Nello scorso mese di dicembre sono state aperte 23.954 nuove partite Iva. In confronto al corrispondente mese dell'anno precedente si registra una moderata flessione (-6,6%). La distribuzione per natura giuridica mostra una decisa flessione della quota relativa alle persone fisiche nelle aperture di partita Iva (pari al 58,2%); le società di capitali raggiungono il 30%. Anche in questo mese si registra un sensibile calo di aperture, rispetto al dicembre 2011, relativo alle società di persone (-19,9%), mentre le società di capitali sono le uniche che mostrano segni di vitalità

(+1,4%): ciò sembra dovuto alla possibilità, introdotta dalla recente normativa, di avviare società a responsabilità limitata semplificata (Srls) tra under 35 che possono avere anche un solo euro come capitale sociale e società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Riguardo alla ripartizione territoriale delle aperture, circa il 45% di esse è avvenuto al Nord, il 23% al Centro ed il 32% al Sud ed Isole; il confronto con dicembre 2011 mostra che solo pochi territori hanno resistito al calo generalizzato delle aperture: Valle d'Aosta, prov. di Trento e Molise. Di contro, le flessioni più sensibili (oltre il 20% in meno) si registrano in Liguria, prov. di Bolzano e Basilicata. La classificazione per settore produttivo evidenzia che il commercio continua a registrare il maggior numero di aperture di partite Iva: quasi il 28% del totale, seguito dalle attività legate ad alloggio e ristorazione ed agricoltura, ambedue intorno al 10%. Rispetto al corrispondente mese del 2011, solo il settore dell'istruzione e quello finanziario mostrano incrementi di aperture; agricoltura, costruzioni, energetico ed immobiliare scontano, invece, consistenti flessioni. Relativamente alle persone fisiche, la ripartizione per sesso è sostanzialmente stabile, con i maschi cui appartiene il 63,5% di aperture di partite Iva. Il 46% delle aperture è dovuta a giovani fino a 35 anni ed il 35% alla classe 36-50 anni. Rispetto al corrispondente mese del 2011, tutte le classi mostrano un calo di aperture, ad iniziare dalla più anziana (-25,4%) (Dipartimento delle Finanze, statistiche fiscali 2013).

«..... GA.....»

IMU: I CONTRIBUENTI HANNO VERSATO 25,8 MILIARDI

I versamenti IMU aggiornati alle deleghe del 25.1.2013 ammontano a circa 23,7 miliardi di euro, di cui 9,9 miliardi di acconto e 13,8 miliardi di saldo. Hanno versato l'imposta 25,8 milioni di contribuenti. È quanto emerge dall'Analisi svolta dal dipartimento delle Finanze e visualizzabile cliccando sul titolo sopra linkato. La quota di maggior gettito derivante dalle manovre deliberate dai comuni

è valutabile intorno a 3,8 miliardi di euro. Al netto della quota derivante dalle manovre comunali, i dati provvisori indicano un gettito IMU per il 2012 ad aliquota standard di circa 19,9 miliardi. Includendo una stima delle "code" dei versamenti, il gettito stimato sulla base dei dati provvisori aggiornati al 25 gennaio, sempre al netto delle manovre, ammonta a circa 20 miliardi di euro, sostanzialmente in linea con le previsioni elaborate a luglio 2012. Nel quadro tendenziale dei conti delle pubbliche amministrazioni l'IMU è inclusa per una previsione di gettito pari a circa 22,5 miliardi nel 2012, a 23 miliardi nel 2013 e a 23,3 miliardi nel 2014 (MEF, Dip. finanze, *Analisi dei versamenti IMU anno 2012, comunicato febbraio 2013*).

«..... GA.....»

AMMINISTRAZIONI STATALI E PERIFERICHE: FISSATO AL 14 MARZO IL TERMINE FINALE PER LA RILEVAZIONE DELLA PREVISIONE ANNUALE DEI FABBISOGNI PER BENI E SERVIZI

Come previsto dalla l. Finanziaria 2008 (art. 2 co. 569), le amministrazioni statali centrali e periferiche - ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie - procedono annualmente alla previsione annuale dei fabbisogni per beni e servizi. La rilevazione della previsione annuale dei fabbisogni è volta alla valutazione complessiva, da parte delle amministrazioni statali centrali e periferiche, dei fabbisogni di beni e servizi al fine di eliminare duplicazioni e sprechi, verificarne ex ante la coerenza con le disponibilità finanziarie ed ottenere economie di scala attraverso l'utilizzo degli strumenti del Programma di razionalizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione sempre più orientati alle esigenze delle amministrazioni. La rilevazione della previsione annuale dei fabbisogni 2013 sarà effettuata nell'ambito del Sistema del Ciclo degli Acquisti Integrato (SCAI) della Ragioneria Generale dello Stato, accessibile dalla presente pagina e dal portale della Ragioneria Generale dello Sta-

to. La chiusura delle attività di rilevazione avverrà entro 30 giorni a partire dal 14.2.2013. Per ulteriori informazioni accedere alla sezione Previsione Dei Fabbisogni del Portale Acquisti in Rete oppure alla sezione dedicata al sistema SCAI - RGS (MEF, Dip. Amministrazione Generale, del Personale e dei servizi, comunicato del 7.2.2013).

«..... GA.....»

FONDO DI ROTAZIONE PER ASSICURARE LA STABILITÀ FINANZIARIA DEGLI ENTI LOCALI: MODALITÀ DI ACCESSO

E' stato pubblicato sulla G.U., il decreto 11.1.2013, in virtù del quale possono chiedere l'accesso al Fondo di rotazione denominato "Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali" i comuni, le province e le città metropolitane che hanno deliberato il ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all'art. 243 bis, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267. Contestualmente alla presentazione della delibera di cui all'art. 243 bis, co. 2 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267, l'ente presenta la domanda di accesso al fondo di rotazione di cui all'art. 243 ter, redatta e documentata secondo le modalità indicate al successivo art. 4, fermo restando la necessità di previsione nel piano di riequilibrio finanziario delle misure indicate nell'art. 243 bis, co. 8, lett. "g". All'esito della procedura di esame delle istanze di accesso al fondo di rotazione, definite secondo i criteri stabiliti nel presente decreto e nei limiti della disponibilità del fondo, il Ministero dell'Interno, due volte l'anno, entro il 15 giugno e il 15 novembre, adotta un piano di riparto del fondo stesso. Relativamente ai criteri per la determinazione dell'importo massimo dell'anticipazione, l'art. 3 del decreto precisa che l'anticipazione attribuibile a ciascun ente è determinata, nei limiti della disponibilità annua di cui all'art. 2, nell'importo pari all'80 per cento dell'importo massimo fissato dall'art. 243 ter, co.3, corretto secondo i seguenti criteri: a) con una riduzione del 10 per cento, per gli enti che non dimostrino nel piano di riequili-

brio finanziario pluriennale, nell'ultimo degli esercizi considerati nello stesso, di conseguire una riduzione complessiva delle spese correnti di almeno il 5 per cento rispetto all'importo risultante dall'ultimo rendiconto di gestione approvato al momento dell'adozione del piano di riequilibrio; b) con un incremento fino al 25 per cento dell'importo, se l'ente dimostri di aver operato le riduzioni di cui alle lettere b) e c) del co. 9 dell'art. 243 bis, del d. lgs. 267 del 2000, in una misura pari ad almeno il 5 per cento in più di quella minima stabilita dalla legge. Detto incremento non opera se ricorrono le condizioni di cui al punto a). A sua volta l'art. 4 disciplina le Modalità per la concessione e l'art. 5 le modalità per la restituzione dell'anticipazione (**Decreto 11.1.2013, Ministero dell'Interno Dip. affari Interni e terr., comunicato del 14.2.2013**).

«..... GA.....»

STABILITÀ FINANZIARIA DEGLI ENTI LOCALI: PROCEDURA DI ACCESSO AL FONDO DI ROTAZIONE

E' stato pubblicato sulla G.U. il decreto adottato dal Ministero dell'Interno di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze con il quale si statuisce in sintesi che: - Art. 1: Possono accedere al «Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali» i comuni, le province e le città metropolitane che hanno deliberato il ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all'art. 243 bis, del d.lgs n. 267/2000. Contestualmente alla presentazione della delibera l'ente presenta la domanda di accesso al fondo di rotazione redatta e documentata secondo le modalità indicate al successivo art. 4, fermo restando la necessità di previsione nel piano di riequilibrio finanziario delle misure indicate nell'art. 243 bis, co. 8, lett. «g». All'esito della procedura di esame delle istanze di accesso al fondo di rotazione, definite secondo i criteri stabiliti nel presente decreto e nei limiti della disponibilità del fondo, il Ministero dell'interno, due volte l'anno, entro il 15 giugno e il 15 novembre, adotta un piano di riparto del fon-

do stesso; - Art. 2: La disponibilità annua del fondo e' determinata dalla dotazione annua stabilita dalla legge e dalle somme rimborsate dagli enti beneficiari, nonché delle risorse non attribuite negli anni precedenti. - Art. 3: Relativamente ai criteri per la determinazione dell'importo massimo dell'anticipazione, l'anticipazione attribuibile a ciascun ente e' determinata, nei limiti della disponibilità annua di cui all'art. 2, nell'importo pari all'80 per cento dell'importo massimo fissato dall'art. 243 ter, co. 3, corretto secondo i seguenti criteri: a) con una riduzione del 10 per cento, per gli enti che non dimostrino nel piano di riequilibrio finanziario pluriennale, nell'ultimo degli esercizi considerati nello stesso, di conseguire una riduzione complessiva delle spese correnti di almeno il 5 per cento rispetto all'importo risultante dall'ultimo rendiconto di gestione approvato al momento dell'adozione del piano di riequilibrio; b) con un incremento fino al 25 per cento dell'importo, se l'ente dimostri di aver operato le riduzioni di cui alle lettere b) e c) del co. 9 dell'art. 243 bis, del d.lgs. n. 267/2000, in una misura pari ad almeno il 5 per cento in più di quella minima stabilita dalla legge. Detto incremento non opera se ricorrono le condizioni di cui al punto a). - Art. 4 si occupa della modalità per la concessione precisando che nella deliberazione di ricorso alla procedura di riequilibrio l'ente deve dichiarare di volersi avvalere della facoltà di accedere al fondo di rotazione e provvede alla presentazione della relativa domanda corredata da documentazione idonea a dimostrare gli effetti e l'entità delle misure di riequilibrio della parte corrente del bilancio indicate nell'art. 243 bis, co. 9 del d.lgs. n. 267/2000. Il Ministero dell'interno, quindi, nel termine di dieci giorni dalla data di ricezione della deliberazione e della domanda di accesso al fondo di rotazione, comunica all'ente locale la quota massima attribuibile, calcolata sulla base dei parametri di cui al decreto, nei limiti delle risorse effettivamente disponibili e riservandosi la conferma definitiva dell'importo all'esito della relativa istruttoria, con i piani di riparto di cui all'art. 1, co.. Tale comunicazione costituisce prenotazione dell'importo massimo assegnabile all'ente sulla di-

sponibilità annua del Fondo, limitandone per pari importo la relativa consistenza. La richiesta dell'anticipazione a valere sul fondo di rotazione, nei limiti dell'importo massimo attribuibile comunicato, e' inoltrata dall'ente locale al Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - all'atto della trasmissione del piano di riequilibrio finanziario. La concessione dell'anticipazione viene disposta dal Ministero dell'interno, previa approvazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale da parte della competente Sezione regionale della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 243 quater, co. 3, del d.lgs. n. 267/2000, entro il termine di quindici giorni dall'adozione del piano di riparto. Qualora l'importo dell'anticipazione effettivamente richiesto sia inferiore rispetto all'importo massimo assegnabile, a seguito del provvedimento di concessione, è svincolata la residua quota prenotata. L'eventuale diniego del piano di riequilibrio pluriennale da parte della competente sezione di controllo della Corte dei conti comporta anche il diniego della concessione dell'anticipazione sul fondo di rotazione richiesta e la restituzione dell'eventuale anticipazione concessa ai sensi dell'art. 5 del d.l. n. 174/2012, convertito con modificazioni, dalla legge n. 213 del 2012. E' possibile impugnare innanzi alle sezioni riunite della Corte dei conti che si pronunciano in unico grado il provvedimento di ammissione o diniego al fondo di rotazione nel termine di 30 giorni. L'anticipazione richiesta è erogata, mediante operazione di giro fondi sulla contabilità speciale, sotto conto infruttifero, intestata all'ente locale, in un'unica soluzione entro quindici giorni successivi al provvedimento di concessione. - Art. 5 : Sulle modalità per la restituzione dell'anticipazione viene stabilito il termine massimo di dieci anni, decorrenti dall'anno successivo a quello in cui viene erogata l'anticipazione, con rate semestrali di pari importo, entro il termine del 30 aprile e del 30 ottobre di ciascun anno. La durata effettiva del periodo di restituzione e l'importo delle rate semestrali della stessa devono essere previsti nel piano di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all'art. 243 bis, co. 5, del d.lgs. n. 267 del 2000. La restituzione dell'anticipazione e' effettuata

mediante operazione di giro fondi sulla apposita contabilità speciale intestata al Ministero dell'interno, con rate semestrali di pari importo. In caso di omessa restituzione delle rate semestrali entro i termini previsti, una pari somma e' recuperata dalle risorse a qualunque titolo dovute dal Ministero dell'interno, con relativo versamento sulla predetta contabilità speciale (**Decreto 11.1.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 33 del 8.2.2013**).

«..... GA.....»

RISCOSSIONE: CON UNA SEMPLICE DICHIARAZIONE È POSSIBILE SOSPENDERE LA RISCOSSIONE DEI TRIBUTI

La legge di stabilità 2013, l. 24.12.2012, n. 228 ha introdotto importanti novità in tema di riscossione dei tributi introducendo un procedimento, ad iniziativa del contribuente, che regola la sospensione della riscossione da parte degli Agenti della Riscossione (AdR). In attesa del completamento delle attività volte a definire le implementazioni procedurali per consentire la più efficace gestione del procedimento regolato dalla normativa in esame, con il messaggio n. 1636 del 28.1.2013 l'Inps provvede a riepilogare il quadro normativo delineato e a fornire le prime indicazioni operative cui le strutture territoriali dovranno attenersi (**INPS, messaggio n. 1636 del 28.1.2013**).

«..... GA.....»

IVA: LA NUOVA NUMERAZIONE PROGRESSIVA PER GARANTIRE L'IDENTIFICAZIONE UNIVOCA DELLA FATTURA

In base all'art. 21, co. 2, lett. b), del d.P.R. 26.10.1972, n. 633 - come modificato dall'art. 1, co. 325, lett. d), della l. 24.12.2012, n. 228 - per le operazioni effettuate a partire dal 1.1.2013, la fattura deve contenere un "numero progressivo che la identifichi in modo univoco". L'Agenzia delle Entrate chiarisce che è compatibile con

l'identificazione univoca prevista dalla formulazione attuale della norma qualsiasi tipologia di numerazione progressiva che garantisce l'identificazione univoca della fattura, se del caso, anche mediante riferimento alla data della fattura stessa. Conseguentemente, a decorrere dal 1.1.2013, può essere adottata una numerazione progressiva che, partendo dal numero 1, prosegue ininterrottamente per tutti gli anni solari di attività del contribuente, fino alla cessazione dell'attività stessa. Inoltre La numerazione progressiva dal

*1.1.2013 può anche iniziare dal numero successivo a quello dell'ultima fattura emessa nel 2012. Da ultimo si precisa che il contribuente può continuare ad adottare il sistema di numerazione progressiva per anno solare, in quanto l'identificazione univoca della fattura è, anche in tal caso, comunque garantita dalla contestuale presenza nel documento della data che, in base alla lettera a) del citato art. 21, costituisce un elemento obbligatorio della fattura (**Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 1/E del 10.1.2013**).*

«..... GA.....»

REDAZIONALI

UN PATTO RAGIONATO ... PER UN “NUOVO PATTO DI STABILITÀ E DI CRESCITA”

del Prof. Dott. Stefano Olivieri Pennesi

Riflessioni sul patto di stabilità interno quale strumento aggregativo essenziale per l'assoggettamento del nostro Paese ai vincoli economici internazionali previsti con il generale patto di stabilità e crescita.

Reflections on the internal stability pact which aggregative essential tool for the placing of our country to international economic constraints provided by the Stability and Growth Pact general.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il “Nuovo patto di stabilità e di crescita”.

1. Introduzione.

A partire dal trattato comunitario di Maastricht, voluto dai Paesi dell'Unione Europea, il nostro Paese come anche gli altri si è voluto assoggettare ai vincoli economici statuiti nel cosiddetto patto di stabilità e crescita.

2. Il “nuovo patto di stabilità e di crescita”.

Ciò può essere considerato come una vera e propria rivoluzione che ha totalmente influenzato le relazioni intergovernative sulla governance macroeconomica.

Tale scelta di politica economica che possiamo definire a sovranità nazionale limitata costringe gli Stati membri a rientrare nei vincoli di riduzione del debito e di verifica sui livelli di indebitamento tollerabili nonché del grado d'inflazione monetaria.

E' bene sottolineare che esiste una distribuzione della “*spesa pubblica*” posizionata fra livelli di governo diversi: quello in capo alle amministrazioni centrali sulla quale grava, in maniera rilevante, la spesa previdenziale; e quella in capo alle amministrazioni locali. Sostanzialmente la spesa prodotta dal livello centrale e territoriale si equivale per entità.

Vediamo ora come il vincolo imposto dal patto di stabilità si sostanzia in implicazioni giuridiche connesse alla adesione del nostro

Stato ai trattati internazionali fondativi dell'Unione Europea.

Il suddetto vincolo si esplica principalmente dal rispetto dei due parametri fondamentali del Patto, vale a dire: il non superamento del rapporto stock debito pubblico complessivo su Pil superiore al 60%; e il non superamento del limite del 3% tra indebitamento e Pil su base annuale.

Il nostro Paese sul primo indicatore si trova costantemente al di sopra della soglia del 100% da svariati anni e con un tendenziale progressivamente crescente che da ultimo nella rilevazione del 2012 ha raggiunto il 127%.

Mentre per quanto riguarda l'indebitamento netto siamo riusciti a mantenerci in linea con i limiti imposti.

Risultano oltremodo chiari, pertanto, i vincoli giuridici del nostro paese nei confronti della comunità internazionale europea, che si abbinano alle problematiche di stabilizzazione economica interna che si estrinsecano nelle complesse attività di controllo della finanza pubblica nel suo complesso, incidendo concretamente nella governance delle entrate e delle spese delle funzioni centrali come anche, in considerazione dell'impatto finanziario, delle amministrazioni locali, pur mantenendo fermi gli obiettivi legati alla garanzia

dei livelli dei servizi minimi offerti, ricorrendo a criteri certi di “*perequazione*”.

Da qui la necessità di ridurre in maniera radiale e costante l’indebitamento netto delle Amministrazioni locali.

Per raggiungere questo scopo è possibile agire o aumentando le entrate ricorrendo ad una maggiore pressione fiscale, oppure riducendo le spese delle amministrazioni locali, o da ultimo agire con un intervento duplice su questi due fronti.

E’ bene però sottolineare che trattando di riduzione di spese inevitabilmente si va ad incidere su una serie di oneri sostenuti dalle autonomie locali, necessari per il mantenimento di una serie di servizi alla collettività riconducibili al cosiddetto welfare diffuso, mi riferisco ai servizi sociali quali asili nido, mense scolastiche, sostegno agli indigenti, *social housing*, politiche di sostegno alla terza età, interventi per l’accompagnamento alla disabilità, politiche di integrazione della popolazione immigrata, ecc.

L’aspetto dissonante che sta alla base tra le diverse finalità perseguite dalle amministrazioni centrali e territoriali, è rappresentato dal fatto che la riduzione dei saldi di bilancio e di conseguenza la differenza tra entrate e spese risulta essere un obiettivo per il vertice centrale del nostro Paese, che può raggiungersi con una certa dose di autonomia sulle modalità adottate da parte delle amministrazioni locali.

Lo scopo quindi risulta essere una riduzione del saldo di bilancio quale che sia la strategia seguita nell’ottica della concreta salvaguardia dei principi autonomistici ormai sostanzianti nel nostro ordinamento.

In buona sostanza, quindi, il semplice controllo dei saldi quale vincolo principale previsto per garantire il rispetto degli impegni europei, si è progressivamente evoluto in un controllo più cogente sulla spesa, ma anche sulle entrate e proprio questi vincoli sulla spesa hanno in diversi casi condizionato numerose amministrazioni locali che pur nel rispetto dei saldi hanno visto inibito un autarchico aumento della spesa, come anche la stessa limitazione sull’inasprimento sul fronte delle entrate cosa questa in linea con la riduzione della pressione fiscale complessiva.

Su questo piano assurge palesemente il ruolo delle amministrazioni locali aventi funzioni molto rilevanti sia in termini di spesa che di entrate che però debbono fare i conti con le politiche economiche nazionali aventi natura di stabilizzazione del sistema fiscale complessivo.

Il patto di stabilità viene concretamente governato grazie agli interventi e procedure del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

La verifica periodica cadenzata semestralmente sullo sfioramento o meno del patto, fa il paio con un sistema di incentivi e sanzioni da un lato contenendo i trasferimenti come anche attuando ulteriori vincoli e dall’altro congelando eventualmente parte dei trasferimenti.

Relativamente all’evoluzione del patto di stabilità ovvero una sua rivisitazione operativa, con sempre maggiore forza i tecnici operanti negli ambiti della politica economica nazionale, stanno ipotizzando e discutendo sulla cosiddetta “*regionalizzazione del patto di stabilità interno*”.

Tale ipotesi tende ad agevolare una sorta di compensazione tra comuni appartenenti ad una medesima regione, tra quelli cioè in grado di raggiungere gli obiettivi (definiti virtuosi) e quelli che non vi riescono.

Allo stato attuale il coordinamento delle questioni inerenti l’operatività del patto di stabilità interno è posto in capo alle conferenze Stato-Regioni e conferenza Stato-Città e autonomie locali.

Obiettivo concreto della ipotesi dei regionalizzazione del patto è quello di intervenire per ridurre la rigidità valevole in egual misura per tutti i comuni, al fine di consentire una sorta di “*compensazione regionale*” dei vincoli intervenendo sull’aggregato complessivo dell’intero territorio sovracomunale.

In questo modo se nell’ambito della Regione coesistono enti comunali capaci del raggiungimento dell’obiettivo introdotto dal patto ed altre amministrazioni in maggiore difficoltà, complessivamente potrebbero introdursi delle “*compensazioni*” nominali tra gli enti locali al fine di tenere sotto controllo il risultato “*consolidato*” dell’indebitamento netto.

In questo contesto di compensazioni possiamo individuare interventi “verticali” ovvero capacità di spesa posta in capo alle Regioni che decidono di cederla a vantaggio di loro enti locali, magari per interventi di investimento pluriennale. Altri interventi definibili “orizzontali” vale a dire basati su scambi tra enti locali per compensare fabbisogni necessari al raggiungimento degli obiettivi imposti dal patto.

Risulta particolarmente evidente come il patto di stabilità interno è divenuto di fatto una forma rigida di controllo dell’attività degli enti locali superando precedenti tradizionali controlli orientati dal punto di vista giuridico-amministrativo, dove i livelli di governo territoriale venivano rigidamente verificati dal punto di vista amministrativo.

D’altro canto l’attuale operatività amministrativa gode di maggiore autonomia politica eliminando da una parte una serie di controlli ma introducendo in maniera sostitutiva una nuova forma di “controllo finanziario” sostanziosamente con il citato patto di stabilità che attua dei vincoli se vogliamo ancora più stringenti e coercitivi della oramai superata mera azione di controllo giuridico-amministrativo.

Alcune recenti novità sul patto di stabilità interno sono state introdotte con la l. n. 228/2012 cosiddetta legge di stabilità, a sua volta intervenuta sulla l. n. 183/2011.

Segnatamente vengono ricomprese nel novero delle amministrazioni soggette al patto, gli enti comunali aventi come numero di abitanti la forbice tra i 1001 e i 5000 quale risulta dal dato statistico certificato dall’Istat e riferito al censimento risultante nell’anno 2011. Le annualità contemplate con le nuove modalità operative vanno dal 2013 al 2016.

Esistono nel novero delle innovazioni riguardanti il vigente patto di stabilità, alcune disposizioni che escludono delle fattispecie di entrate e di spese non facendole concorrere ai saldi rilevanti ai fini del patto di stabilità. Tra queste citiamo: le esclusioni delle risorse provenienti dallo Stato e le relative spese sia di parte corrente sia in conto capitale, sostenute dagli enti locali per attuare ordinanze emanate dalla Presidenza del consiglio dei ministri conseguentemente alla dichiarazione di stati di emergenza.

Tale esclusione riguarda unicamente entrate e spese gravate direttamente sui trasferimenti statali e non contempla quindi le spese sostenute dall’ente utilizzando risorse proprie; ovviamente la disposizione è applicabile anche nel caso di spese di svolgimento pluriennale.

Trattando sempre del patto di stabilità interno, nel recente dibattito generale è stato introdotto l’argomento della necessità di un “allentamento” del patto stesso.

La questione si è posta essendo sorta l’esigenza di risolvere i problemi legati all’assolvimento, da parte di tutta la pubblica amministrazione, dei debiti contratti in un lungo arco temporale e non ancora onorati.

L’entità di tale massa debitoria ha stime differenti che vanno dai 60 agli oltre 120 miliardi di euro.

Si è inteso quindi promuovere un primo intervento trovando soluzioni per una prima tranche di 40 miliardi suddivisi in 20 miliardi per il 2013 ed altrettanti per il 2014.

La contabilizzazione effettuata dagli enti locali è avvenuta iscrivendo le poste debitorie sotto la voce residui passivi, presenti nei singoli bilanci.

Una prima ipotesi di intervento è stata individuata previo lo sblocco del 3% della massa dei citati residui passivi per gli enti che possono disporre di risorse di cassa ferme presso le tesorerie; alternativa possibile per gli enti che invece non possono disporre di immediate risorse liquide è il ricorso a prestiti agevolati finanziati specificamente dalla emissione di titoli di Stato.

Pertanto con la emanazione del decreto legge le amministrazioni locali potranno immediatamente dare corso ai pagamenti relativi alle fatture per crediti certi liquidi ed esigibili scadute alla data del 31 dicembre 2012 e quindi di fatto sfiorare il patto di stabilità.

Saranno poi le medesime amministrazioni territoriali ad aver cura di formalizzare all’amministrazione finanziaria centrale le ulteriori effettive esigenze esuberanti il primo anticipo del 3% sulla scorta della reale ricognizione delle proprie partite debitorie e relativa certificazione, provvedere a richiedere l’autorizzazione al Ministero dell’Economia circa lo sblocco del patto corrispondente per

entità agli importi dovuti.

Parallelamente gli enti stessi dovranno segnalare eventuali esigenze di liquidità al fine di sottoporre una richiesta di prestito agevolato (quale percentuale di interesse e periodo di restituzione).

Risulta di tutta evidenza come debbano prevedersi dei meccanismi sanzionatori “*successivi*” a gravame di enti locali e regioni, per eventuali richieste di anticipazioni di cassa, non opportunamente e totalmente utilizzate, a cura dei responsabili dei servizi finanziari accertate dalla Corte dei Conti, appunto per assegnazioni di liquidità superiori alle somme effettivamente spese per i saldi sui debiti contratti. E’ bene altresì evidenziare come nel quadro del dibattito generale inerente il pagamento dei debiti contratti dalle pubbliche amministrazioni sia stata introdotta da parte dei rappresentanti delle associazioni imprenditoriali la problematica della semplificazione

delle procedure di certificazione dei debiti nonché l’argomento delle cosiddette “*compensazioni*” ovvero l’opportunità avanzata dalle imprese di compensare i propri crediti con i debiti di natura fiscale Irpef-Iva-Irap e previdenziali-assicurativi, anche se questa risulta essere una richiesta particolarmente problematica per un suo favorevole accoglimento.

Infine un’altra esigenza legata ai vincoli imposti dal patto, si materializza nella opportunità di sbloccare, unitamente ai fondi necessari per i pagamenti dei debiti contratti e non assolti, la possibilità di effettuare impegni di spesa e/o prestiti per investimenti (operazioni in conto capitale) collocandoli al di fuori dei parametri del patto al fine anche di assolvere ad una ulteriore funzione di volano per l’economia del sistema paese, in questo momento di grave e perdurante recessione economica nazionale ed internazionale.

«.....GA.....»

LA PARTECIPAZIONE DEI COMUNI ALL'ATTIVITÀ DI CONTRASTO ALL'EVASIONE FISCALE E CONTRIBUTIVA: SINTESI DELLA NORMATIVA

del Dott. Gennaro Napolitano

Il presente lavoro ricostruisce il quadro normativo in materia di partecipazione dei Comuni all'attività di contrasto all'evasione fiscale e contributiva.

This paper reconstructs the regulatory framework for the participation of the municipalities activity to combat tax evasion and social security contributions.

Sommario: 1. Premessa. 2. Gli artt. 44 e 45 d.P.R. n. 600/1973 (versione originaria): un tentativo fallito. 3. Il d.l. n. 203/2005 ed i Provvedimenti dell'Agenzia delle Entrate del 3.12.2007 e del 14.12.2008: la reviviscenza della collaborazione Stato-Comuni nella lotta all'evasione. 4. Il d.l. n. 78/2010 (artt. 18 e 19): il potenziamento degli strumenti di collaborazione. 5. Gli interventi normativi del 2011: d.lgs. n. 23/2011, d.l. n. 138/2011 e d.l. n. 201/2011. 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il coinvolgimento dei Comuni nell'attività di contrasto all'evasione fiscale e contributiva esercitata dall'amministrazione statale non è una novità nel panorama legislativo italiano. Già con la riforma tributaria del 1972-73, infatti, erano state introdotte nell'ordinamento talune norme volte a modellare un sistema di collaborazione tra autorità centrali e locali nel campo dell'accertamento tributario¹.

Ancora prima, peraltro, il d. lgs. lt. n. 77 dell'8.3.1945 (pubblicato in G.U. n. 37 del 27.3.1945) aveva previsto un'ipotesi di procedimento tributario "partecipato", incentrata sui consigli tributari e sulle commissioni tributarie comunali.

Le ricordate disposizioni, però, non hanno mai trovato concreta attuazione, restando nel campo delle nobili intenzioni.

La crisi, ed il correlativo profondo ripensamento, della finanza pubblica degli ultimi anni, tuttavia, ha ridato slancio e vigore al tema *de quo*, inducendo il legislatore ad intervenire a più riprese attraverso la previsione di disposizioni tese, da un lato, a rimodellare il ruolo dei Comuni nel contrasto all'evasione

fiscale e, dall'altro, a garantire la pratica operatività degli strumenti previsti a livello normativo².

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di delineare in maniera sintetica, ma si spera esauritiva, il quadro normativo relativo alla partecipazione dei Comuni all'attività di accertamento dei tributi erariali, ponendo attenzione, inoltre, anche ai principali provvedimenti amministrativi adottati dall'Agenzia delle Entrate, contenenti le indicazioni necessarie per rendere operativi gli strumenti messi a disposizione dei Comuni³.

2. Gli artt. 44 e 45 d.P.R. n. 600/1973 (versione originaria): un tentativo fallito.

Come già anticipato, con la riforma tributaria del 1972-73 il legislatore operò un primo tentativo di dar vita ad un meccanismo fondato sulla collaborazione sinergica tra uffici statali ed amministrazioni locali nel campo dell'attività di contrasto all'evasione fiscale.

² E' stato il d.l. n. 203/2005 a far ripartire il processo di coinvolgimento degli enti locali nell'attività di accertamento tributario. Vedi *infra* nel testo.

³ Per una ricostruzione del rapporto tra Comuni ed Agenzia delle Entrate cfr. A. GENTILE, *Percorsi di federalismo fiscale. L'Agenzia delle Entrate e gli enti territoriali nel contrasto all'evasione fiscale*, Roma, Aracne, 2010.

¹ Ci si riferisce agli artt. 44 e 45, d.P.R. n. 600/1973, la cui genesi è da rinvenire nell'art. 10, l. n. 825/1971 (legge delega per la riforma tributaria).

Il punto di partenza teorico era rappresentato dalla consapevolezza del ruolo strategico che i Comuni avrebbero potuto svolgere in tale campo attesa la loro indubbia conoscenza del territorio e la loro prossimità ai cittadini-contribuenti.

Si riteneva, infatti, che il Comune potesse rappresentare un insostituibile alleato dello Stato nell'esercizio, niente affatto agevole, di ricostruzione della concreta ed effettiva capacità contributiva dei cittadini⁴.

Il meccanismo originariamente previsto dagli artt. 43, 44 e 45 d.P.R. n. 600/1973 era piuttosto farraginoso. Esso era articolato su un doppio binario: ad una iniziale attività di impulso demandata al Comune corrispondeva un successivo intervento degli uffici centrali. Particolarmente lunghe e complesse erano le procedure amministrative, articolate secondo termini alquanto stringenti e numerosi⁵.

Alle ricordate complicazioni procedurali si sommava la scarsa preparazione tecnica in materia di accertamento tributario degli uffici comunali, all'epoca privi non solo delle necessarie competenze, ma anche degli strumenti all'uopo utili.

A rendere ulteriormente difficile il buon esito del tentativo operato dal legislatore concorrevano, inoltre, da un lato, la mancata previsione di incentivi finanziari a favore dei Comuni e, dall'altro, la preoccupazione degli amministratori locali che l'attività di collaborazione con lo Stato nel recupero di base imponibile "a danno" dei propri amministrati avrebbe potuto avere riflessi negativi sul versante elettorale⁶.

Se a tutto ciò si aggiunge, infine, l'assenza di dialogo tra centro e periferia, la mancata adozione dei necessari atti applicativi e le og-

⁴ Sul ruolo strategico dei Comuni nella lotta all'evasione fiscale F. GALLO, *L'autonomia tributaria degli enti locali*, Bologna, Il Mulino, 1979. Si veda altresì A. D'AURO, *La partecipazione dei Comuni all'accertamento dei tributi erariali*, Rimini, Maggioli, 2010 e R. LUPI, *Il controllo del territorio deve essere sistematico*, ne Il Sole 24 Ore del 16.01.2012.

⁵ Sul punto si veda A. D'AURO, *La partecipazione dei Comuni con le Agenzie fiscali all'accertamento dei tributi erariali*, in *Quaderni di www.paweb.it*, n. 2, febbraio 2013.

⁶ Sul punto si veda L. FERLAZZO NATOLI, *Il Comune non può fare lo "spione"*, in *Gazzetta del Sud* del 22.8.2010.

gettive difficoltà organizzative che una attività di tal sorta comporta, non sorprende che le previsioni degli artt. 44 e 45 siano rimaste sostanzialmente inattuata e che del tema della partecipazione dei Comuni all'accertamento fiscale si siano perse le tracce per almeno un trentennio, decretando *in nuce* il fallimento del tentativo operato dal legislatore del 1973.

3. Il d.l. n. 203/2005 ed i Provvedimenti dell'Agenzia delle Entrate del 3.12.2007 e del 14.12.2008: la reviviscenza della collaborazione Stato-Comuni nella lotta all'evasione.

Nel 2005, in un contesto politico profondamente diverso rispetto a quello degli anni Settanta e innegabilmente più sensibile al tema della lotta all'evasione fiscale, il legislatore ha ridato slancio al "vecchio" strumento della partecipazione dei Comuni all'accertamento tributario.

Con il d.l. n. 203⁷, infatti, pur non intervenendo sul meccanismo delineato dal d.P.R. n. 600/1973, è stata introdotta la previsione di un incentivo monetario a favore dei Comuni che partecipino con efficacia alla lotta all'evasione.

In particolare, l'art. 1 del d.l. in parola prevede che "per potenziare l'azione di contrasto all'evasione fiscale, in attuazione dei principi di economicità, efficienza e collaborazione amministrativa, la partecipazione dei Comuni all'accertamento fiscale è incentivata mediante il riconoscimento di una quota pari al 30%⁸ delle maggiori somme relative a tributi statali riscosse a titolo definitivo, a seguito dell'intervento del Comune che abbia contribuito all'accertamento stesso".

Il co. 2 dello stesso art. 1 prevede, inoltre, l'adozione da parte dell'Agenzia delle Entrate di un successivo provvedimento contenente l'indicazione delle modalità tecniche necessarie per rendere operativa la previsione del co. 1.

L'Agenzia delle Entrate è pertanto intervenuta adottando due distinti Provvedimenti: il Provvedimento Direttore Agenzia delle En-

⁷ Convertito con modificazioni dalla l. n. 248/2005.

⁸ Quota percentuale poi successivamente elevata fino ad arrivare al 100% per gli anni 2012-2013-2014. Vedi *infra* nel testo.

trate Prot. n. 187461 del 3.12.2007, recante “*Modalità di partecipazione dei Comuni all’attività di accertamento ai sensi dell’art. 1 d.l. 30.9.2005 n. 203, convertito, con modificazioni, dalla l. 2.12.2005 n. 248*” e il Provvedimento Direttore Agenzia delle Entrate n. 24511/2008 del 14.12.2008, recante “*Definizione delle modalità tecniche relative alla trasmissione da parte dei Comuni delle informazioni suscettibili di utilizzo ai fini dell’accertamento dei tributi statali e del criterio di ripartizione della quota spettante ai singoli Comuni, in attuazione dei punti 6.1 e 11.4 del provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 3.12.2007*”.

Alla luce del quadro normativo delineato dal d.l. n. 203/2005 e dai ricordati provvedimenti dell’Agenzia delle Entrate il meccanismo di cooperazione Stato-Comuni nell’ambito della lotta all’evasione fiscale è risultato certamente potenziato rispetto al passato.

Gli enti locali, infatti, risultano coinvolti a pieno titolo nell’attività di accertamento erariale in un contesto operativo basato sulla collaborazione amministrativa.

I cardini del nuovo sistema sono rappresentati dalle c.d. segnalazioni qualificate⁹, dalla individuazione di specifici ambiti di intervento rilevanti per le attività istituzionali dei Comuni e per quelle di controllo fiscale dell’Agenzia delle Entrate (commercio e professioni, urbanistica e territorio, proprietà edilizie e patrimonio immobiliare, residenze fittizie all’estero, disponibilità di beni indicativi di capacità contributiva¹⁰), dal riconoscimento a favore dei Comuni di un incentivo finanziario e dalla possibilità di accesso per gli enti locali alle informazioni contenute nell’anagrafe tributaria e nelle banche dati dell’Agenzia delle Entrate e dell’Agenzia del Territorio.

Di particolare rilevanza nel nuovo contesto

⁹ Per segnalazioni qualificate, si intendono “*le posizioni soggettive in relazione alle quali sono rilevati e segnalati atti, fatti e negozi che evidenziano, senza ulteriori elaborazioni logiche, comportamenti evasivi ed elusivi*”. Cfr. Punto 3 (*Tipologia di segnalazioni*) del Provvedimento Prot. n. 187461/2007 dell’Agenzia delle Entrate.

¹⁰ Per i ricordati ambiti di intervento si veda il Punto 4 (*Ambiti di intervento e segnalazioni peculiari*) del Provvedimento Prot. n. 187461/2007 dell’Agenzia delle Entrate.

normativo è anche la sottoscrizione in data 12.11.2009 del Protocollo d’intesa nazionale tra Anci-Ifel ed Agenzia delle Entrate, con lo scopo di promuovere ed incentivare la formazione dei dipendenti comunali in materia di accertamento tributario¹¹.

A partire dal d.l. n. 203/2005, quindi, si è registrato un deciso cambio di marcia, alimentato da un forte impulso proveniente dal legislatore statale, a cui si è associato un atteggiamento maggiormente propositivo e dinamico degli enti locali, nella comune e condivisa consapevolezza della ineludibile necessità di addivenire ad una accelerazione nella lotta all’evasione quale passaggio obbligato per il miglioramento dei conti pubblici¹².

¹¹ In materia di accordi tra amministrazione finanziaria e Comuni, il Punto 9 (*Collaborazione amministrativa in sede locale*) del più volte ricordato Provvedimento Prot. n. 187461/2007 dispone che “*al fine di adattare alle condizioni locali ulteriori strumenti di partecipazione comunale (...) possono essere definiti dalle Direzioni Regionali dell’Agenzia delle Entrate appositi protocolli d’intesa con i Comuni interessati, volti alla definizione di programmi locali di recupero dell’evasione*”.

¹² A partire dal d.l. n. 203/2005 sono state sempre più numerose le previsioni normative in materia di collaborazione tra Stato e Comuni nell’attività di recupero dei tributi evasi. La Legge finanziaria per il 2006 (l. 23.12.2005, n. 266, art. 1, co. 146) aveva previsto, nel caso in cui si fosse determinato uno sfioramento delle spese in conto capitale, la possibilità per il Comune di provvedere al ripianamento mediante l’utilizzo delle risorse provenienti dalla partecipazione all’attività di contrasto all’evasione. L’art. 83 del d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6.8.2008 n. 132, ha ulteriormente implementato il quadro normativo attraverso l’ampliamento dei campi di applicazione dell’attività di collaborazione (controllo delle residenze fittizie all’estero e segnalazione di elementi utili per gli accertamenti sintetici), la conferma degli obblighi informativi tra Comune e Amministrazione finanziaria ed il coinvolgimento dei Comuni anche nella predisposizione degli studi di settore. Sulle novità introdotte dall’art. 83 si veda M.V. SERRANÒ, *Corsi e ricorsi storici: la partecipazione dei Comuni all’accertamento tributario a norma dell’art. 83 del d.l. 112/2008*, in *Bollettino tributario*, n. 22/2008. Anche la l. 5.5.2009, n. 42, recante “*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’articolo 119 della Costituzione*”, contiene talune previsioni in materia di collaborazione tra Stato ed enti locali nell’attività di accertamento tributario. In particolare, l’art. 25 detta i principi ed i criteri direttivi relativi alle gestione dei tributi e delle compartecipazioni (previsione di adeguate forme di collaborazione e definizione delle modalità gestionali, operative, di ripartizione degli oneri, degli

4. Il d.l. n.78/2010 (artt. 18 e 19): il potenziamento degli strumenti di collaborazione.

Sebbene il d.l. n. 203/2005 avesse impresso una svolta al processo di implementazione degli strumenti di collaborazione tra uffici statali ed enti locali nel contrasto all'evasione fiscale, i risultati concretamente ottenuti in termini di maggiori imposte accertate e riscosse non sono stati ritenuti del tutto soddisfacenti. Ciò ha spinto il legislatore ad intervenire nuovamente in materia, questa volta nel senso di modificare la disciplina dettata dagli artt. 44 e 45 d.P.R. n. 600/1973.

L'art. 18 d.l. n. 78/2010, convertito dalla l. 29.7.2010 n. 122, e rubricato "*Partecipazione dei comuni all'attività di accertamento tributario e contributivo*" ha apportato sostanziali modifiche all'art. 44¹³ e ha abrogato *in toto* l'art. 45.

Lo stesso art. 18, inoltre, ha introdotto significative novità in ordine all'art. 1 del ricordato d.l. n. 203/2005. In particolare, l'istituzione del Consiglio tributario per i Comuni con popolazione superiore a cinquemila abitanti da facoltativa è divenuta obbligatoria¹⁴; l'ambito della sfera di azione anti-evasione è stato esteso, prevedendo la possibilità che le segnalazioni qualificate abbiano ad oggetto non solo l'evasione delle imposte, ma anche il mancato versamento dei contributi previdenziali (c.d. lotta al lavoro sommerso); l'incentivo finanziario a favore dei Comuni è

introiti di attività di recupero dell'evasione), mentre l'art. 26 pone l'accento sulla necessità di prevedere, da un lato, adeguate forme di reciproca integrazione delle basi informative di cui dispongono le regioni, gli enti locali e lo Stato per le attività di contrasto dell'evasione e, dall'altro, adeguate forme premiali per le regioni e gli enti locali che abbiano ottenuto risultati positivi in termini di maggior gettito derivante dall'azione di contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscale.

¹³ L'art. 18 ha abrogato i commi quinto, sesto e settimo dell'art. 44 che dettavano la disciplina delle procedure di riesame delle proposte comunali.

¹⁴ Tale obbligo è stato successivamente soppresso dal co. 8, art. 11, d.l. n. 201/2011. Sulla parabola discendente dei Consigli tributari si veda A. D'AURO, *La partecipazione dei Comuni con le Agenzie fiscali all'accertamento dei tributi erariali*, *Quaderni di www.paweb.it*, n. 2, febbraio 2013.

stato innalzato di tre punti percentuali (da 30% a 33%¹⁵); è stato previsto che i Comuni collaborino non soltanto con l'Agenzia delle Entrate, ma anche con la Guardia di Finanza e l'INPS. Inoltre, viene demandato ad un successivo provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate il compito di definire e disciplinare in maniera dettagliata le modalità tecniche di accesso dei Comuni alle informazioni presenti nelle banche dati dell'amministrazione finanziaria e dell'INPS e di trasmissione delle dichiarazioni dei contribuenti residenti nel territorio comunale, nonché le modalità tecniche di trasmissione delle segnalazioni qualificate. Tale provvedimento, che avrebbe dovuto essere adottato nel termine di quarantacinque giorni dall'entrata in vigore dell'articolo in commento, è stato emanato solo a maggio del 2012 (Prov. Prot. n. 78785/2012¹⁶). Detto Provvedimento, nel confermare gli ambiti di intervento indicati dal punto 4 del precedente Provvedimento Prot. n. 187461/2007, individua per ciascuno dei suddetti ambiti il soggetto destinatario (Agenzia delle Entrate, Guardia di Finanza, INPS) della segnalazione qualificata trasmessa dal Comune.

Il Provvedimento in parola, inoltre, specifica ulteriormente taluni aspetti del meccanismo di partecipazione dei Comuni all'accertamento tributario, dettando disposizioni in materia di: a) modalità di accesso alle banche dati e di trasmissione delle dichiarazioni dei

¹⁵ Sulla G.U. del 1.4.2011 è stato pubblicato il Decreto 23.3.2011 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, attuativo dell'art. 1 d.l. 30.9.2005, n. 203, che detta la procedura relativa alle modalità e ai termini di erogazione delle somme spettanti ai Comuni a titolo di compartecipazione all'accertamento tributario. La trasmissione di tali somme agli Enti locali viene materialmente effettuata dal Ministero degli Interni. Inoltre, per le somme definitivamente riscosse al 31.12.2010, sono stati definiti i criteri per la determinazione dell'importo netto da erogare ai Comuni. Tali criteri sono riportati nella tabella allegata al d.m. 15.07.2011, recante "*Criteri per la determinazione dell'importo netto da erogare ai comuni che abbiano partecipato all'accertamento fiscale e contributivo*", pubblicato nella G.U. n. 177 del 01.08.2011.

¹⁶ Il Provvedimento in parola, così come prescritto dal co. 5, lett. b), art. 18, d.l. n.78/2010, è stato adottato previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni ed enti locali.

contribuenti residenti nei Comuni¹⁷; b) modalità di trasmissione delle informazioni suscettibili di utilizzo ai fini dell'accertamento fiscale e contributivo¹⁸; c) ambiti di intervento, tipologie e trattamento delle segnalazioni trasmesse dai Comuni¹⁹; d) trattamento dei dati²⁰; e) sicurezza dei dati²¹; f) consultazione del Garante per la protezione dei dati personali.

Su un diverso versante poi, l'art. 19 d.l. n. 78/2010, rubricato "Aggiornamento del Catasto" ha ad oggetto, invece, l'attività di diretta collaborazione dei Comuni con l'Agenzia del Territorio in materia di emersione dei c.d. "immobili fantasma", cioè non iscritti in catasto. Anche in questa materia, che certamente rappresenta un'articolazione del più ampio processo di contrasto all'evasione, gli enti locali sono chiamati a svolgere un ruolo collaborativo e di supporto tecnico-operativo rispetto alle attività poste in essere dagli uffici statali²².

¹⁷ Si precisa che l'accesso alle informazioni potrà avvenire solo per effetto di apposite convenzioni stipulate tra il singolo Comune e l'Agenzia delle Entrate ovvero l'INPS, nel rispetto degli *standards* di sicurezza e protezione dei dati personali. Attualmente il sistema informatico attraverso il quale avviene l'interscambio di informazioni tra amministrazione finanziaria e Comuni è il S.I.A.T.E.L. (sistema interscambio anagrafe tributarie enti locali).

¹⁸ Tali informazioni verranno veicolate attraverso lo strumento delle segnalazioni qualificate tramite apposite applicazioni informatiche.

¹⁹ Si ricordi che gli ambiti di intervento sono quelli originariamente individuati dal Punto 4 (*Ambiti di intervento e segnalazioni peculiari*) del Provvedimento Prot. n. 187461/2007 dell'Agenzia delle Entrate, successivamente integrati dalle segnalazioni concernenti i c.d. immobili fantasma *ex co.* 2, art. 19, d.l. n.78/2010 e quelle relative al c.d. lavoro sommerso.

²⁰ Il Garante delle *privacy*, con il Provvedimento n. 144 del 17.4.2012, ha chiarito la necessità di utilizzare i dati fiscali contenuti nelle segnalazioni qualificate nel pieno rispetto delle norme in materia di tutela della *privacy*.

²¹ Le applicazioni informatiche utilizzate per la trasmissione dei dati devono garantire la sicurezza degli stessi.

²² Per una ricostruzione completa delle modalità di partecipazione dei Comuni all'attività di contrasto all'evasione nel settore immobiliare si veda A. D'AURO, *La partecipazione dei Comuni, op. cit.* Su questo versante della collaborazione tra Stato e Comuni nell'attività di accertamento tributario deve peraltro essere tenuta in considerazione l'avvenuta incorpora-

5. Gli interventi normativi del 2011: d.lgs. n. 23/2011, d.l. n. 138/2011 e d.l. n. 201/2011.

Il percorso di progressiva definizione degli strumenti di collaborazione tra amministrazioni statali ed enti locali nella lotta all'evasione fiscale e contributiva è proseguito con il d.lgs. n. 23/2011 recante "Disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale". In primo luogo, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla quota incentivante riconosciuta ai Comuni, elevandola al 50% delle maggiori somme riscosse, precisando inoltre che l'incentivazione si calcola anche sulle somme riscosse a titolo non definitivo (art. 2, co. 10 lett. b).

L'art. 2, co. 10, lett. c) contiene disposizioni tese ad un reinquadramento generale dell'accesso dei comuni all'anagrafe tributaria e all'estensione dell'accesso a "qualsiasi altra banca dati pubblica" rilevante ai fini dei controlli fiscali.

Sul versante del recupero del gettito immobiliare, nel solco tracciato dall'art. 19 d.l. n. 78/2010, ai comuni vengono attribuite quote del gettito di tutti i tributi immobiliari e il maggior gettito erariale derivante dall'accatastamento degli immobili fantasma viene attribuito interamente al Comune (art. 2, co. 10, lett. a).

Inoltre, la sanzione per l'accatastamento tardivo dei medesimi immobili viene quadru-

zione dell'Agenzia del Territorio da parte dell'Agenzia delle Entrate, con decorrenza dal 1.12.2012, disposta dall'art. 23 *quater* d.l. n. 95/2012 recante "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini". Da ultimo, inoltre, si segnala l'avvenuta pubblicazione sul sito dell'Agenzia delle Entrate delle modalità tecniche per lo scambio, fra le Entrate e i Comuni, dei dati relativi alla superficie delle unità immobiliari a destinazione ordinaria, iscritte in Catasto e corredate di planimetria. Tali procedure di interscambio sono state definite con il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del 29.3.2013, sulla base dell'art. 14, co. 1, d.l. n. 201/2011 e consentiranno ai Comuni di avere a disposizione le superfici calcolate ai sensi del d.P.R. n. 138/1998, comprensive o meno delle aree scoperte, e all'Agenzia di ricevere le segnalazioni relative alle unità immobiliari per le quali risultano scostamenti significativi tra le "superfici calcolate" e i dati in possesso degli enti locali. Lo scambio è stato predisposto ai fini dell'accertamento del tributo Tares.

plicata e la differenza viene attribuita al Comune di ubicazione (art. 2, co. 12).

Non pago dei risultati perseguiti e avvertendo l'impellente esigenza di porre freno alle condizioni sempre più critiche e preoccupanti della finanza pubblica, il legislatore nel corso del 2011 è tornato ad occuparsi della partecipazione dei Comuni all'attività di accertamento tributario con il d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. 14.9.2011 n. 148.

In particolare, l'art. 1, co. da 12 *bis* a 12 *quater*, detta una serie di disposizioni volte a rafforzare ulteriormente il ruolo dei Comuni, riconoscendo loro poteri e responsabilità ancora più ampi.

Innanzitutto, viene elevata al 100% la quota incentivante per gli anni 2012, 2013 e 2014, a condizione che gli enti locali provvedano, entro il 31.12.2011, all'istituzione dei Consigli tributari (co. 12 *bis* e *quater*).

Il co. 12 *ter* apporta una serie di significative modifiche all'art. 44 d.P.R. n. 600/1973, volte al rafforzamento ed allo snellimento degli strumenti e delle procedure ivi previsti.

La lettera e) del medesimo co. 12 *ter* affida, infine, ad un successivo d.P.C., da adottarsi su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, il compito di stabilire i criteri e le modalità per la pubblicazione sul sito del Comune dei dati aggregati relativi alle dichiarazioni, con riferimento a determinate categorie di contribuenti ovvero di reddito. Lo stesso d.P.C. dovrà provvedere alla definizione delle ulteriori tipologie di informazioni rese accessibili ai Comuni da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Il quadro normativo recante la disciplina della partecipazione dei Comuni all'attività di accertamento dei tributi erariali è stato da ultimo integrato dal co. 8 dell'art. 11 d.l. n. 201/2011²³ che ha previsto la soppressione dei Consigli tributari, la cui funzione aveva

²³ La norma *de qua* dispone l'abrogazione dei co. 2, 2 *bis* e 3 dell'art. 18 d.l. n. 78/2010. Inoltre il co. 10 dello stesso art. 11 ha abrogato il co. 12 *quater* dell'art. 1 d.l. n. 138/2011 che ancorava la fruizione della quota incentivante del 100% all'istituzione da parte del Comune del consiglio tributario entro il 31.12.2011. Ne deriva che gli enti locali potranno usufruire dell'incentivo finanziario a prescindere dalla creazione del Consiglio tributario.

da sempre suscitato critiche e perplessità. Nella relazione tecnica di accompagnamento al decreto il legislatore ha sottolineato che l'abrogazione degli stessi non comporta "ripercussioni in termini di contrasto all'evasione e di partecipazione all'accertamento da parte dei comuni". Si esaurisce, quindi, la parabola di un istituto mai veramente accettato dagli enti locali e da sempre oggetto di profonde critiche.

6. Conclusioni.

Con gli interventi del 2011 il quadro normativo relativo al meccanismo di collaborazione tra Stato e Comuni nell'attività di contrasto all'evasione fiscale e contributiva ha raggiunto un assetto compiuto.

La partecipazione dei Comuni all'accertamento tributario rappresenta, oggi, uno strumento ben delineato in grado, almeno potenzialmente, di risultare, rispetto al passato, più incisivo ed efficace. Esso, tuttavia, può dirsi pienamente operativo? La risposta a questo interrogativo non può essere del tutto affermativa. Sono, infatti, ancora numerose le criticità rinvenibili nella concreta attuazione degli strumenti che il legislatore mette a disposizione dei Comuni. La più rilevante di esse è certamente rappresentata dalla questione relativa all'accesso alle banche dati in possesso dell'amministrazione finanziaria da parte degli enti locali, che, ad oggi, non appare ancora del tutto soddisfacente.

Malgrado ciò, i Comuni, soprattutto quelli del Centro-Nord, hanno dimostrato di essere pronti ad accettare la sfida ed a cogliere l'opportunità loro offerta, ottenendo discreti risultati sul fronte del recupero delle imposte evase. Tali risultati, però, se considerati in senso assoluto, non sono del tutto soddisfacenti. Non a caso, la Corte dei Conti ha avuto modo di affermare che "dagli elementi conoscitivi acquisiti (...) risulta che l'apporto dei Comuni all'azione di accertamento è stato alquanto circoscritto in valori assoluti e fortemente concentrato sul piano territoriale"²⁴.

Tanto è stato fatto, ma tanto resta ancora da fare. Ormai la partecipazione dei Comuni

²⁴ C. conti, *Valutazioni sul sistema informativo dell'anagrafe tributaria e sul fenomeno dell'evasione fiscale ai fini del suo contrasto*, Roma 12.7.2012.

all'attività di contrasto all'evasione fiscale si inserisce nell'ambito dell'ordinario contesto operativo delle proprie attività istituzionali, contribuendo a fare degli enti locali gli interlocutori privilegiati dell'amministrazione finanziaria.

Del resto, il capillare controllo del Comune sul territorio rappresenta la migliore garanzia di efficacia della sua azione. Ben più degli uffici statali, l'amministrazione comunale è infatti in grado di individuare i comportamenti evasivi posti in essere dai propri cittadini (residenze fantasma, lavoro nero, locazioni non denunciate, mancata emissione di scontrini fiscali, ecc.).

Naturalmente un'attività di questo tipo deve essere supportata non solo da adeguati strumenti tecnici, ma anche da una precisa e consapevole volontà politica. Né si potrebbe

pretendere che la collaborazione dei Comuni sia, per così dire, gratuita. In quest'ottica è auspicabile che il legislatore confermi anche per il futuro il sistema incentivante e premiale inaugurato dal d.l. n. 203/2005 in funzione di stimolo all'attività degli enti locali.

Ciò, unito alla piena ed effettiva accessibilità alle banche dati, alla tracciabilità delle segnalazioni qualificate e al progressivo intensificarsi dell'atteggiamento collaborativo tra centro e periferia, può rappresentare un valido ed insostituibile armamentario nell'annosa lotta di contrasto all'evasione, nella prospettiva della piena ed integrale attuazione del principio della capacità contributiva enunciato dal co. 1 dell'art. 53 cost. laddove statuisce "*Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*").

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. VI, 19.3.2013, n. 1586
Enti Locali - perdita di quote del fondo perequativo.

Con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, sez. I, n. 14590 del 15.9.2005 è stato accolto il ricorso proposto dal Comune di Boscotrecase avverso il decreto n. 15281/740704/02 del 18.3.1995, concernente la perdita di quote del fondo perequativo relative agli anni 1989 - 1993, per violazione, da parte del citato Comune, delle norme in materia di copertura minima dei costi di alcuni servizi. Nella citata sentenza si rilevava come al medesimo Comune fosse stato addebitato di avere presentato le certificazioni dimostrative della percentuale di copertura dei costi di gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani - per gli anni compresi fra il 1989 e il 1993 - facendo rientrare fra le entrate importi relativi ad accertamenti, effettuati in via successiva rispetto all'anno di riferimento, in quanto i ruoli di riscossione della tassa non sarebbero stati approvati entro la fine del relativo esercizio finanziario.

Al riguardo l'amministrazione comunale aveva dedotto che, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di copertura, si sarebbero dovute considerare le risultanze contabili di competenza e non di cassa, con irrilevanza del momento dell'effettiva riscossione. L'adeguamento delle tariffe e la compilazione dei ruoli entro ciascun anno si sarebbero dovuti considerare come adempimenti sufficienti per evitare la decadenza, prevista dall'art. 290 del Testo Unico n. 1175/1931. In via subordinata, le norme richiamate a sostegno della sanzione (art. 9 del d.l. n. 66/1989, art. 14 d.l. n. 415/1989, art. 3 del d.l. n. 8/1993) sarebbero state applicabili soltanto per gli anni 1989 e 1990, mentre l'art. 33 del d.lgs. n. 504/1992 avrebbe comunque escluso l'irrogazione della sanzione stessa, avendo il Comune ottemperato ai propri obblighi sostanziali, con successiva regolare riscossione dei tributi. Nella medesima sentenza si osserva-

va come l'accesso al fondo perequativo fosse configurato come 'premio' (e il diniego di accesso come sanzione), al fine di indurre gli enti locali a comportamenti virtuosi, ai fini di risanamento della finanza locale. Con l'iscrizione a ruolo della tassa sarebbero stati formalizzati la ragione e l'ammontare del credito, nonché l'individuazione del soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, senza che potesse ricavarsi dal testo e dallo spirito della normativa sopra citata un termine perentorio, diverso da quello sancito per la presentazione della certificazione. Avverso la predetta sentenza è stato proposto l'atto di appello in esame (n. 9499/06, notificato il 2.11.2006), nel quale il Ministero dell'Interno sottolineava che - proprio in considerazione della natura premiale o sanzionatoria del fondo perequativo - entro il 31 marzo si sarebbe dovuta non solo accertare, ma anche eseguire l'imposizione tributaria nei confronti degli utenti. Premesso quanto sopra, il Collegio ritiene che le argomentazioni difensive della parte appellante non siano condivisibili. Risulta infatti che - a partire dall'art. 9 del d.l. n. 66/1989 (convertito in legge n. 144/1989), con disposizioni reiterate fino al 1993 (dd.ll. nn. 415/1989, 6/1991, 8/1993) - sia stata prevista la corresponsione di un finanziamento pubblico perequativo, a copertura dei costi per servizi erogati dai Comuni, purchè questi ultimi assicurassero la copertura di almeno il 50% del costo dei servizi stessi, con certificazione al riguardo trasmessa entro il termine perentorio del 31 marzo degli anni di riferimento. L'art. 14 del d.l. 28.12.1989, n. 415 (convertito in legge n. 38/1990 ed abrogato solo nel 1997), prevedeva inoltre che - ai fini della copertura dei costi di gestione - si facesse riferimento "ai dati della competenza, comprovati da documentazione ufficiale". Nella situazione in esame, non è contestato che il Comune abbia approvato tariffe idonee ad assicurare la prevista quota di copertura dei costi, né che abbia predisposto i ruoli per la relativa riscossione, con approva-

zione degli stessi da parte della Giunta, tuttavia, quando l'esercizio di riferimento era ormai decorso. Ad avviso del Collegio appaiono corrette, al riguardo, le controdeduzioni comunali, secondo cui le sanzioni non sarebbero state applicabili quando l'ente locale avesse dimostrato, in sede di autocertificazione, "di avere attivato tutte le procedure, per assicurare la copertura minima prevista dalla legge".

Il Ministero appellante, in realtà, non contesta che dovessero essere considerate le risultanze contabili di competenza e non di cassa, ma ritiene che il calcolo della percentuale di copertura dei costi di gestione, attraverso l'imposizione tributaria agli utenti, dovesse essere eseguito rapportando le entrate accertate in ciascun anno di competenza al totale degli impegni effettuati, sempre in ciascun anno di competenza, con conclusione della fase di accertamento tramite approvazione dei ruoli di riscossione.

Il Comune appellato sarebbe risultato inadempiente, in quanto le certificazioni dimostrative della percentuale di copertura dei costi, per gli anni compresi fra il 1989 e il 1993, avrebbero contenuto anche accertamenti successivi, appunto per tardiva approvazione dei ruoli di riscossione, rispetto alla fine del rispettivo esercizio finanziario.

Il Collegio concorda, viceversa, sulla lettura del dettato normativo operato dal giudice di primo grado, secondo cui l'erogazione del contributo pubblico sarebbe stata connessa al dato sostanziale dell'adeguamento delle tariffe ed alla predisposizione della relativa riscossione nella misura minima prevista, tramite individuazione della ragione e dell'ammontare del credito, nonché del soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, risultando così assicurato quell'equilibrio economico, nella gestione dei servizi pubblici locali, cui doveva ritenersi connessa, sostanzialmente, l'erogazione di cui trattasi.

Il termine perentorio, a sua volta, sarebbe stato rispettato in ragione della presentazione di apposita certificazione firmata, non rinvenendosi nella normativa di riferimento disposizioni diverse, idonee a giustificare la perdita, in via sanzionatoria, dei contributi erogati - anche in presenza del raggiungimento degli equilibri finanziari prescritti - per mero effetto della non

tempestiva approvazione del ruolo da parte dell'organo esecutivo.

Secondo l'amministrazione appellante il dato formale appena indicato - corrispondente alla prima fase di acquisizione delle entrate - sarebbe stato giustificato dall'esigenza di "disincentivare ritardi e lassismi". Tale ratio, tuttavia, non poteva non essere bilanciata con le esigenze di sostegno della finanza pubblica locale, recepite dalla normativa vigente: le medesime esigenze collegavano l'erogazione dei contributi di cui trattasi a dati sostanziali più che formali, al fine di consentire l'efficace svolgimento di servizi che - come quello di raccolta dei rifiuti solidi urbani - debbono ritenersi di rilevante interesse per la collettività. In base alle argomentazioni svolte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto; quanto alle spese giudiziali del secondo grado, tuttavia, il Collegio stesso ne ritiene equa la compensazione, tenuto conto della complessità della normativa di riferimento.

TAR Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 22.1.2013, n. 713
Revisore dei Conti degli Enti Locali - nuova procedura di estrazione a sorte degli iscritti negli elenchi regionali - legittimità.

La nuova normativa: il d.l. 13.8.2011, n. 138, all'art. 16, co. 25, convertito con modificazioni con legge del 14.9.2011, n. 148 (recante "Riduzione dei costi relativi alla rappresentanza politica dei comuni e razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali") stabilisce, invece, che "A decorrere dal primo rinnovo dell'organo di revisione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, i revisori dei conti degli enti locali sono scelti mediante estrazione da un elenco nel quale possono essere inseriti, a richiesta, i soggetti iscritti, a livello regionale, nel Registro dei revisori legali di cui al d.lgs. 27.1.2010, n. 39, nonché gli iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabiliti criteri per l'inserimento degli interessati nell'elenco di cui al primo periodo, nel rispetto dei seguenti principi: a) rapporto proporzionale tra anzianità di iscrizione negli albi e registri di cui al presente comma e popolazione di ciascun

comune; b) previsione della necessità, ai fini dell'iscrizione nell'elenco di cui al presente comma, di aver in precedenza avanzato richiesta di svolgere la funzione nell'organo di revisione degli enti locali; c) possesso di specifica qualificazione professionale in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti pubblici territoriali.". Con decreto del Ministero dell'Interno del 15.2.2012 n. 23, è stato istituito l'elenco dei revisori dei conti degli enti locali, nel quale possono essere inseriti, previa domanda, gli iscritti nel Registro dei revisori legali, nonché gli iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. Tale elenco è formato su base regionale, in relazione alla residenza anagrafica di ciascun richiedente, ed è suddiviso in tre fasce, in relazione al numero di abitanti degli enti locali: Fascia 1 > comuni fino a 4.999 abitanti; Fascia 2 > comuni con popolazione da 5000 a 14999 abitanti, unioni di comuni e comunità montane; Fascia 3 > comuni con popolazione pari o superiore a 15.000 abitanti, nonché province. Per ognuna delle fasce, l'Amministrazione ha stabilito specifici requisiti di accesso, prevedendo una disciplina differenziata in regime di prima applicazione del decreto ministeriale, rispetto a quella fissata in via ordinaria. In particolare, in regime di prima applicazione (art. 4 del d.m. n. 23/2012), ai professionisti è richiesto, ai fini dell'inserimento nell'elenco, di soddisfare i seguenti requisiti: a) fascia 1 > iscrizione da almeno due anni nel registro dei revisori legali o all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili; l'aver avanzato, entro la data di entrata in vigore del decreto, richiesta di svolgere la funzione quale organo di revisione dell'ente locale; l'aver conseguito almeno 15 crediti formativi, nel triennio 2009-2011, in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti territoriali; b) fasce 2 e 3 > iscrizione, rispettivamente, da almeno 5 anni (fascia 2) e 10 anni (fascia 3) nel registro dei revisori legali o all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili; l'aver svolto, rispettivamente, almeno un incarico di revisore dei conti presso un ente locale per la durata di tre anni (fascia 2) o aver svolto almeno due incarichi di revisore dei conti presso enti locali, ciascuno per la durata di anni tre

(fascia 3); l'aver conseguito almeno 15 crediti formativi, nel triennio 2009-2011, in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti territoriali. In regime ordinario, il regolamento prescrive (articolo 3 del DM n. 23/2012), per tutte e tre le fasce, l'aver conseguito, "nel periodo 1 gennaio - 30 novembre dell'anno precedente, almeno 10 crediti formativi per aver partecipato a corsi e/o seminari formativi in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti territoriali i cui programmi di approfondimento ed i relativi test di verifica siano stati preventivamente condivisi con il Ministero dell'Interno", ed inoltre per ogni singola fascia, gli ulteriori seguenti requisiti: fascia 1 > iscrizione da almeno 2 anni nel registro dei revisori legali o all'ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili; fascia 2 > iscrizione da almeno 5 anni nel registro dei revisori legali o all'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili; aver svolto almeno un incarico di revisore dei conti presso un ente locale per la durata di tre anni; fascia 3 > iscrizione da almeno 10 anni nel registro dei revisori legali o all'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili; aver svolto almeno due incarichi di revisore dei conti presso enti locali, ciascuno per la durata di anni tre. Il sistema istituito per la scelta del revisore si fonda, quindi, sull'estrazione a sorte degli iscritti negli elenchi regionali, in relazione a ciascuna fascia di enti locali previsti, di competenza della Prefettura. Il ricorso: Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione, i ricorrenti hanno proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio, che ha rigettato le censure accogliendo solo la domanda diretta a censurare la circostanza che, ai fini della comunicazione dei 15 crediti formativi acquisiti nel biennio 2009-2011, non viene consentito l'inserimento di quelli riconosciuti dalle associazioni ricorrenti rappresentative dei revisori e dei dottori commercialisti. Come correttamente osservato dai ricorrenti, dai citati atti impugnati emerge che, nel riempire il campo "aggiungi i crediti formativi", si apre un menu a tendina per selezionare il soggetto che ha riconosciuto i crediti. I soggetti indicati in tale menu sono i seguenti: Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili; Registro dei revisori contabili; Registro dei re-

visori legali; Associazione nazionale certificatori e revisori enti locali (ANCREL); Istituto nazionale revisori legali (INRL). Pur non essendo contestato in giudizio che le Associazioni ricorrenti (ADC, UNAGRACO, ANC, UNGDCEC e AIDC) curano eventi di formazione continua, le stesse risultano essere state erroneamente non incluse nell'elenco, posto che risulta impossibile (per chi presenta domanda) indicare i crediti da queste riconosciuti. In sostanza, appare ingiustificatamente impossibile considerare i crediti riconosciuti dalle Associazioni indicate ai fini del raggiungimento dei 15 crediti necessari per l'accoglimento della domanda di inserimento nella lista dei revisori da compilare in sede di prima applicazione della normativa impugnata. Del resto, anche le linee guida allegate all'impugnata circolare del Ministero dell'Interno n. 7/2012, fanno riferimento ai crediti riconosciuti dagli Ordini e da tutte le associazioni rappresentative.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Basilicata-Potenza, del. n. 39/2013/PAR del 3.4.2013

Rimborso delle spese di viaggio sostenute dal Segretario comunale - adempimenti tributari (registro, ipotecari e catastali), per l'atto da lui rogato.

La questione sottoposta alla Corte dei Conti nel parere in esame concerne la rimborsabilità delle spese che il Segretario comunale sostiene per recarsi, con utilizzo del mezzo di trasporto proprio, presso gli uffici dell'agenzia delle Entrate per la registrazione degli atti ricevuti e rogati nella qualità di ufficiale rogante dei contratti di cui è parte l'Ente. In particolare il Sindaco del Comune di Rivello (Potenza) ha chiesto alla Corte di esprimere il proprio motivato avviso circa l'applicazione dell'art. 6, co. 12, del d.l. n. 78/2010 - nella parte in cui dispone che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del citato decreto, cessano di avere applicazione nei confronti del personale contrattualizzato di cui al d.lgs. n. 165 del 2001 le disposizioni che disciplinano l'uso del mezzo proprio per lo svolgimento di funzioni connesse a mansioni di ufficio (art. 15 della l. 18.12.1973, n. 836) e quelle che misurano il rimborso chilometrico (art. 8 della l. 26.7.1978, n. 417 e relative disposizioni di attuazione), e cessano altresì di avere effetto eventuali analoghe disposizioni contenute nei

contratti collettivi - al caso del Segretario comunale, Ufficiale rogante per l'Ente, che debba recarsi presso gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente per la registrazione dei contratti da lui ricevuti. In risposta al quesito la Corte ha rilevato come la registrazione dell'atto (nonché con la sua trascrizione e voltura, se ne ricorre il caso) l'ufficiale rogante adempie un suo obbligo, che nasce dall'incarico svolto. Atteso che l'incarico svolto dal Segretario comunale non è un incarico professionale conferitogli intuitu personae dalla parte privata del contratto (C. Cost. n. 156/1990), e i diritti riscossi (parte dei quali sono a lui destinati) hanno natura tributaria e non già di corrispettivo per l'opera professionale svolta, la questione del rimborso delle spese sostenute per gli adempimenti tributari non può che porsi, eventualmente, nei soli riguardi della parte (contrattuale) pubblica, dal momento che nessun altro corrispettivo potrebbe essere imposto alla parte privata (o da questa riscosso), che tale incarico non ha conferito. Ciò posto, la Corte dei Conti rileva come la questione del rimborso delle spese di viaggio sostenute dal Segretario comunale per gli adempimenti tributari (registro, ipotecari e catastali), conseguenti all'atto da lui rogato, può porsi solo nei riguardi della parte pubblica (ente comunale), compatibilmente con i limiti posti dall'art. 6, co. 12, d.l. n. 78/2012.

Corte de Conti, Sez. Reg. Cont. Basilicata-Potenza, del. n. 31/213/PAR del 28.3.2013

Autorizzazione - mezzo proprio di trasporto - dipendenti pubblici - Corte dei Conti consente agli enti locali, con un atto regolamentare, di adattare il vincolo imposto dall'art. 6, co. 12, della l. 122/2010.

Il Comune di Barile - premesso che "...l'art. 6 co. 12 della l. 122/2010 ... prevede che nei confronti del personale contrattualizzato di cui al d.lgs. 165 del 2001 non trova più applicazione la normativa che dava diritto al personale che si reca in missione con l'utilizzo del mezzo proprio alla corresponsione di un'indennità ragguagliata ad un quinto del prezzo di un litro di benzina super vigente nel tempo oltre il rimborso dei pedaggi autostradali (art. 15 della legge 18.12.1973, n. 836, e art. 8 della l. 26.7.1978, n. 417)". • che " ... sussistono tuttora difficoltà

per individuare l'ambito applicativo della surriferita disposizione ed, in particolare, se la disapplicazione recata dal comma 12, coinvolga anche il rimborso delle spese di accesso agli uffici dell'Ente titolare dalla ordinaria sede di servizio, nel caso di personale utilizzato a tempo parziale di altra amministrazione e dei servizi in convenzione, secondo la disciplina dell'art. 14 del CCNL di comparto 22/01/2004 e del co. 557 dell'art. 1 della l. 311/04" - ha chiesto alla Corte dei Conti di conoscere l'avviso di questa Sezione regionale di controllo in ordine alla possibilità di prevedere "una forma di ristoro delle spese sostenute dal personale regolarmente autorizzato all'uso del mezzo proprio per raggiungere la sede dell'ente utilizzatore mediante "una indennità chilometrica" pari ad un quinto del costo della benzina verde per ogni chilometro, in analogia ad un'altra fattispecie relativa al segretario comunale titolare di sede convenzionata già esaminata dalla Corte dei Conti". La risposta: Dopo aver ricostruito il quadro normativo che disciplina l'istituto dell'autorizzazione all'uso del mezzo proprio da parte dei dipendenti pubblici, la Corte ha rilevato come la formulazione letterale dell'art 6, co. 12, del d.l. 78/2010 ha comportato da subito l'emersione di problemi interpretativi, in particolare per ciò che attiene all'estensione della norma alle Regioni e agli Enti locali, dando luogo a letture talvolta contrastanti che solo di recente hanno trovato una composizione grazie all'intervento ermeneutico del Giudice delle leggi (da ultimo con sentenza n. 139 del 23.5.2012). Secondo la sentenza n. 139/2012 della Corte Costituzionale, "si deve ... verificare se da ciascuna previsione dell'art. 6 si possano desumere «principi rispettosi di uno spazio aperto all'esercizio dell'autonomia regionale» (sentenza n. 182 del 2011)" e, in tal senso, anche il co. 12, ultimo periodo, va ricondotto al principio generale di coordinamento della spesa di cui l'art. 6 nel suo complesso è espressione. In base a tale canone interpretativo, l'ultimo periodo del co. 12 vincola le Regioni, ma anche gli Enti locali, solo in quanto concorre a determinare il tetto massimo dei risparmi di spesa che essi devono conseguire. Qualora esigenze di funzionamento rendessero gli effetti del divieto contrario al principio di buon andamento, le Regioni e le autonomie lo-

cali sarebbero libere di rimodulare in modo discrezionale, nel rispetto del limite complessivo, le percentuali di riduzione di questa come delle altre voci di spesa contemplate nell'art. 6. (Cfr. del. 39/2013/PAR di questa Sezione). Questa Sezione di controllo si è già espressa con del. 74/2012/PAR e 89/2012/PAR su quali possono essere le particolari modalità applicative mediante le quali l'ente locale può adeguare il proprio ordinamento ai principi di riduzione della spesa previsti dalla normativa nazionale, assicurando nel contempo il raggiungimento delle finalità perseguite dalle norme. A tal fine, in quella sede (che riguardava in particolare l'art. 9, co. 28, del d.l. n. 78/2012), si è ritenuto, rinviando alla deliberazione n. 11/CONTR/2012 delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte, di riconoscere agli enti locali uno spazio di autonomia nell'adeguamento tale da consentire il soddisfacimento delle esigenze particolari senza stravolgere l'obiettivo perseguito dal legislatore. In sostanza si è ritenuta necessaria l'intermediazione di un atto regolamentare, espressione della potestà normativa dell'ente, per disciplinare la materia in coerenza con i principi stabiliti dalla norma di coordinamento finanziario. Il Collegio ritiene che tale ricostruzione possa essere confermata anche in questa sede consentendo agli enti locali, con un atto espressione della potestà regolamentare, di adattare il vincolo imposto dall'art. 6, co.12, ultimo periodo, considerato che lo stesso concorre a determinare il tetto dei risparmi di spesa che essi devono conseguire ai sensi del co. 12, primo periodo. Qualora, dunque, esigenze di funzionamento rendessero gli effetti del divieto contrario al principio di buon andamento, gli enti locali potrebbero rimodulare con atto regolamentare il disposto dell'art. 6, co. 12, ultimo periodo, purché nel rispetto del tetto di spesa previsto dal primo periodo del co. 12. Peraltro, il tetto alle spese per missioni pari al 50 per cento di quelle sostenute nell'anno 2009 non costituisce un vincolo incondizionato neppure per le amministrazioni statali, considerata la possibilità del suo superamento previa adozione di un motivato provvedimento da parte dell'organo di vertice dell'amministrazione, seppure in casi eccezionali.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Controllo Puglia, del. n.24/PAR/2013 del 1.2.2013

Diritti di segreteria e di rogito spettanti al segretario comunale o provinciale ed al vice segretario - corresponsione dei diritti di rogito.

Il Comune di Torremaggiore ha formulato una richiesta di parere in materia di diritti di segreteria e di rogito spettanti al segretario ed al vice segretario comunale e pertanto, in via preliminare, rileva che la materia è disciplinata dall'art. 41, co. 4, della l. 11.7.1980 n. 312 che attribuisce una quota dei diritti di segreteria spettanti al Comune o alla Provincia al segretario comunale o provinciale rogante nella misura del 75% e fino ad un massimo di un terzo dello stipendio in godimento. L'Ente osserva, quindi, che il CCNL dei segretari comunali, sottoscritto in data 16/05/2001, all'art. 37, ha incluso tra le componenti della retribuzione del segretario anche i diritti di segreteria e poiché nulla è stato specificato in ordine al calcolo ed alla ripartizione degli stessi deve ritenersi che le parti contrattuali abbiano rinviato per la disciplina di dettaglio al predetto art. 41 della l. n. 312/1980. Si aggiunge anche che la disciplina del CCNL del 16.5.2001 dei segretari e del CCNL del 22.2.2006 dei dirigenti è stata una scelta discrezionale delle parti contraenti diversa da quella del CCNL del 9/05/2006 del personale non dirigente ove si è preferito introdurre una disciplina specifica per il riparto dei diritti di segreteria al vice segretario non dirigente. L'Ente rileva che il problema interpretativo di tale materia afferisce alla individuazione dello "stipendio in godimento" al fine di calcolare il tetto su cui calcolare le somme da corrispondere per i diritti di rogito e che sono state elaborate due distinte ipotesi: la prima ritiene che per "stipendio in godimento" debba intendersi la retribuzione annua spettante al segretario a prescindere dal periodo di servizio alle dipendenze dell'ente locale; la seconda valorizza l'effettiva retribuzione percepita e ragguagliata al periodo di servizio prestato sulla base, ad avviso dell'Ente, di una distorta applicazione dell'art. 11 del CCNL del 9.5.2006 del personale non dirigente che dovrebbe trovare applicazione soltanto per la categoria di soggetti che hanno sottoscritto il contratto collettivo. Peraltro, secondo l'Ente potrebbe aver fatto

chiarezza la Corte dei conti Sezione Giurisdizionale per la Sicilia che, con la sentenza dell'8.3.2012 n. 786, chiamata a giudicare della responsabilità patrimoniale di un vice segretario comunale che aveva percepito diritti di rogito in modo tale da superare, cumulativamente a quanto percepito dal segretario comunale, il terzo della retribuzione annua periodica spettante al segretario, ha affermato il divieto di applicazione analogica ai CCNL e dell'art. 11 del CCNL del 9.5.2006 relativo al personale non dirigenziale al personale dirigenziale nonché l'inefficacia e nullità del comma 2 del predetto art. 11 e la nullità del comma 3 di tale norma del CCNL. Alla luce della sentenza su richiamata, l'Ente conclude che i vice segretari comunali e provinciali possono percepire i diritti di segreteria anche oltre il tetto di un terzo dello stipendio annuale dei segretari comunali e comunque entro il tetto del terzo individuale dello stipendio teorico annuale dei vice segretari. Il Comune specifica, inoltre, che la voce "diritti di segreteria" fa parte della struttura della retribuzione dei segretari comunali e provinciali come previsto dall'art. 37 del CCNL del 16.5.2001 e di conseguenza gli oneri riflessi e l'Irap sono posti a carico dell'Ente datore di lavoro secondo la tesi sostenuta dalla Sezione Regionale di Controllo per la Sardegna con la deliberazione n. 27/PAR/2012 del 26.3.2012 che afferma l'impossibilità di applicare analogicamente ai segretari comunali la disciplina prevista dal legislatore solo per gli onorari dei legali pubblici e per gli incentivi del personale tecnico dipendente delle pubbliche amministrazioni la quale pone interamente a carico di questi ultimi gli oneri riflessi o accessori sui loro compensi. Per quanto riguarda, invece, l'Irap, l'Ente sottolinea, sempre sulla base della predetta deliberazione della Sezione Regionale di Controllo per la Sardegna, che le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con deliberazione n. 33/2010, hanno chiarito che nell'espressione "oneri riflessi" delle competenze legali non debba essere ricompreso l'Irap che costituisce un onere fiscale a carico esclusivo dell'amministrazione e per i dipendenti comunali dell'Avvocatura e per il personale tecnico non si realizzano i presupposti per l'applicazione dell'Irap dato che tali soggetti sono privi di autonoma organizzazione; tale

ragionamento non può che valere anche per i diritti di rogito attesa la loro natura indubbiamente retributiva desumibile dal fatto che essi sono conglobati nel trattamento complessivo dei segretari ai sensi dell'art. 37 del citato CCNL.

Pertanto, si sottopongono alla Sezione i seguenti quesiti: a) se per stipendio in godimento di cui all'art. 41, co. 4, della l. n. 312/1980 debba intendersi la retribuzione annua del segretario comunale a prescindere dal periodo di servizio o l'effettiva retribuzione percepita e raggugliata al periodo di servizio; b) se i vice segretari comunali e provinciali possono percepire i diritti di segreteria anche oltre il tetto di un terzo dello stipendio annuale dei segretari comunali e comunque entro il tetto del terzo individuale dello stipendio teorico annuale dei vice segretari; c) se la quota del 75% in favore del segretario comunale per i diritti di rogito sia da liquidare al lordo o al netto degli oneri riflessi e dell'Irap.

Sebbene in relazione ai profili di ricevibilità, la Corte abbia osservato che la richiesta di parere non è sottoscritta dal Sindaco, ma da un soggetto non identificato e pertanto ne consegue il difetto di legittimazione soggettiva, e vi sia an-

che una inammissibilità oggettiva ad ogni buon fine, la Corte ha segnalato che, la Sezione delle Autonomie, chiamata a risolvere la questione di massima attinente all'interpretazione della locuzione "stipendio in godimento", con deliberazione n. 15/AUT/2008 del 28/10/2008, ha precisato che nella determinazione del quantum spettante per l'attività di ufficiale rogante, non possa prescindersi dal periodo di effettivo servizio svolto dal soggetto interessato alla percezione dei compensi in parola e che allorché il tema della corresponsione dei diritti di rogito ha formato oggetto di disciplina contrattuale, seppure riferita ai vice segretari incaricati, è stato esplicitato che tali diritti competono con riferimento al "periodo di effettiva sostituzione e non con riferimento allo stipendio teorico annuale del vice segretario" (cfr. art. 11, C.C.N.L. del personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie locali per il biennio economico 2004-2005). Inoltre, questa Sezione, già con deliberazione n. 29/PAR/2008 del 29.10.2008 ha evidenziato che, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 123/E del 2.4.2008, il presupposto impositivo dell'IRAP si realizza in capo all'Ente che eroga il compenso di lavoratore dipendente.

«.....GA:.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Materia doganale: natura della violazione prevista dall'art. 302 co. 1 del d.P.R. 23.1.1973 n. 43. (Parere prot. 421776 del 26.10.2012, AL 3355/11, Avv. Antonio Grumetto).

RISPOSTA

Con la richiesta di consultazione in esame codesta Agenzia chiede di sapere: 1) se la sanzione prevista dall'art. 302, co. 1, del d.P.R. 43/73 sia una sanzione formale o una sanzione sostanziale e ciò agli effetti dell'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 6, co. 5 bis, del d.lgs 472/97; 2) quale sia la rilevanza del comportamento del capitano della nave che presenta la richiesta di iscrizione postuma di merce non dichiarata nel manifesto precedentemente presentato dallo stesso alla Dogana.

Per rispondere ai due quesiti occorre fare alcune premesse. Occorre innanzitutto premettere che, come è noto, il co. 5 bis dell'art. 6 del d.lgs 472/97 stabilisce che non sono punibili le violazioni che non arrecano pregiudizio all'esercizio dell'azione di controllo e non incidono sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e sul versamento del tributo.

Tale disposizione si applica, come è reso evidente dalla intestazione del predetto d.lgs, in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie; ragion per cui sorge la necessità di stabilire se la sanzione prevista dall'articolo 302 del d.P.R. 43/73 per le differenze tra il carico ed il manifesto co-

stituisca una sanzione comminata per la violazione di una norma tributaria. Ritiene la Scrivente che a questo primo quesito debba darsi una risposta positiva. Ciò in primo luogo per il tipo di sanzione prevista per la violazione della disposizione dell'art. 301, co. 1, TULD, che è commisurata all'ammontare dei diritti di confine (rectius: dei tributi doganali) e che rende manifesta la ratio sottesa alla disposizione incriminatrice, da ravvisare nell'esigenza di assicurare, attraverso la veridicità del contenuto del manifesto di carico, il controllo sul corretto pagamento dei tributi doganali.

Tale interpretazione della disposizione in esame trova, del resto, una conferma nella disposizione dell'ultimo comma dell'art. 302, che nella sua attuale formulazione (risultante dall'art. 10 del d.lgs 18.12.1997, numero 473) espressamente prevede, in luogo dell'originaria pena dell'ammenda, una sanzione amministrativa per le altre violazioni relative al manifesto di carico. Non è un caso che proprio l'art. 10 del d.lgs 473/97 rechi la rubrica "sanzioni in materia di tributi doganali e di imposte sulla produzione e sui consumi", rendendo così evidente che l'intervento con tale disposizione attuato sul testo dell'ultimo comma dell'art. 302 TULD ha comportato una modifica "in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie". Ragion per cui se per il legislatore la violazione prevista dall'ultimo comma dell'art. 302 comporta una sanzione amministrativa per la violazione di una norma tributaria, ad analoga conclusione non può non pervenirsi

anche per la sanzione prevista dal primo comma della medesima disposizione. Precisata la natura della violazione prevista dall'articolo 3021 TULD, va ricordato come la disposizione del co. 5 bis dell'art. 6 del d.lgs 472/97 escluda la punibilità delle violazioni meramente formali, da intendersi per tali quelli che "non arrecano pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo e non incidono sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e sul versamento del tributo". Come correttamente ricorda codesta Agenzia nella richiesta di parere, ai fini dell'applicazione dell'esimente in parola è necessario che siano escluse entrambe le circostanze, ora ricordate, del pregiudizio all'azione di controllo e dell'incidenza sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e sul versamento del tributo, come è del resto reso evidente dall'uso della congiunzione "e" adoperata nel testo della disposizione in esame e come da tempo ha avuto occasione di precisare anche l'Agenzia delle Entrate con circolare del 3.8.2001 n. 77/E.

Pertanto anche la sussistenza di una soltanto delle due condizioni comporta l'inapplicabilità dell'esimente e la conseguente punibilità della violazione.

Quanto, infine, al problema dell'applicabilità della disposizione dell'art. 6, co. 5 bis, del d.lgs 472/97 all'illecito previsto dall'articolo 302 del TULD, ritiene la Scrivente di dover esaminare separatamente le 2 circostanze previste dal predetto co. 5 bis dell'art. 6. Viene in primo luogo in esame la seconda ipotesi prevista dal co. 5 bis, vale a dire quella in cui le differenze tra il carico e il manifesto non abbiano inciso sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta sul versamento del tributo. Sotto questo profilo, con la nota del 29.4.2011 prot. 145162 la Scrivente aveva richiesto a codesta Agenzia chiarimenti sull'efficacia del "manifesto di carico" ed in particolare sul se la presentazione del manifesto di carico costituisca presentazione della merce in dogana ai fini della determinazione dei diritti doganali. Con la nota del 7.6.2011 protocollo 68480, rispondendo a tale richiesta di chiarimenti, codesta Agenzia ha precisato che "la dichiarazione sommaria che, per le merci provenienti da mare, è costituita dal manifesto di carico, consente alla dogana l'e-

sercizio della vigilanza sulle merci arrivate dall'estero dal momento del loro arrivo nel territorio doganale fino al momento del loro esito con il vincolo ad un regime doganale mediante la presentazione di una dichiarazione doganale nelle forme previste dalla normativa di settore, cui si ricollega anche la nascita dell'obbligazione". Con tale precisazione deve pertanto ritenersi acquisito, come prefigurato nella richiesta di chiarimenti della Scrivente del 29.4.2011, che la presentazione del manifesto di carico non determina la nascita dell'obbligazione doganale, in conformità, del resto, a quanto prevede l'art. 201, paragrafo 2, del CDC (Reg Ce 2913/92), il quale subordina la costituzione dell'obbligazione doganale al momento dell'accettazione della dichiarazione doganale per un determinato regime di vincolo della merce; laddove l'art. 95 del TULD stabilisce che le merci che hanno formato oggetto della dichiarazione sommaria e quelle che sono descritte nei manifesti delle navi devono essere introdotte, di regola entro 24 ore dall'arrivo o dallo sbarco, nei magazzini o nei recinti di temporanea custodia in attesa che sia ad esse data una destinazione doganale o che siano ripedite fuori del territorio doganale. In conclusione, in considerazione della irrilevanza del contenuto del manifesto di carico, considerato in se stesso, ai fini della nascita dell'obbligazione doganale, sembra alla Scrivente che le differenze fra il carico e il manifesto possono considerarsi violazioni formali ai sensi della seconda parte del co. 5 bis dell'art. 6 del d.lgs 472/97, dato che il contenuto del manifesto di carico non costituisce elemento di per sé costitutivo dell'obbligazione doganale. A diversa conclusione, a giudizio della Scrivente, deve invece, pervenirsi per quanto concerne la seconda circostanza prevista dal co. 5 bis dell'art. 6 del d.lgs 472/97 e cioè la interferenza fra le incompletezze del manifesto di carico e l'azione di controllo svolta da codesta Agenzia sulle merci oggetto di tale manifesto.

Con nota del 30.5.2012 prot. 214814, la Scrivente ha richiesto a codesta Agenzia di specificare le modalità di svolgimento dell'analisi dei rischi che l'autorità doganale compie ai sensi dell'art. 184 quinquies del Regolamento al CDC (Reg Ce 2454/93).

Ciò al fine di comprendere se tale analisi dei rischi costituisca l'esercizio di un'azione di controllo che possa essere pregiudicata dalle differenze tra il carico e il manifesto di carico. Con nota dell'11.7.2012 prot. 85692, codesta Agenzia ha fatto tenere alla Scrivente la relazione del 22.6.2012 dell'Ufficio centrale antifrode di codesta Agenzia, nella quale si specificano non i tipi di controlli doganali che vengono svolti nei riguardi delle merci in arrivo nell'Unione Europea. Da tale relazione risulta che i controlli doganali possono essere suddivisi in 3 categorie e precisamente: 1) controlli di sicurezza effettuati prima dell'arrivo della merce nell'Unione Europea e destinati soprattutto al contrasto delle minacce alla sicurezza della UE e della salute dei suoi cittadini; 2) controlli di tipo tributario ed extra-tributario effettuati al momento dell'arrivo della merce nell'Unione Europea e prima che la stessa venga vincolata ad una destinazione doganale prevista dal CDC (Reg Ce 2913/92); 3) controlli effettuati sulla base della dichiarazione di vincolo ad una destinazione doganale. Così classificate le azioni di controllo svolte da codesta Agenzia sulle merci in arrivo nel territorio dell'Unione, ritiene la Scrivente che ai fini della consultazione in esame debbano essere esclusi i controlli di sicurezza effettuati prima dell'arrivo della merce nell'Unione Europea (§1) in quanto destinati a finalità diverse da quella di assicurare il corretto pagamento di tributi doganali; nonché i controlli effettuati sulla base della dichiarazione di vincolo ad una destinazione doganale (§2), in quanto, come si è precisato in precedenza, il manifesto di carico riguarda merci non ancora vincolate ad una destinazione doganale. Con riferimento, viceversa, ai controlli di cui al punto 2) che precede, le ipotesi che possono verificarsi in concreto evidenziano il rischio che le divergenze tra il carico e il manifesto di carico incidano sul corretto svolgimento di controlli di tipo tributario da effettuarsi al momento dell'arrivo della merce nell'Unione Europea. E poiché, come evidenzia codesta Agenzia nella ricordata relazione del 22 giugno 2012 dell'Ufficio centrale antifrode, i controlli in esame vengono attuati sulla base di un'analisi dei rischi dell'ufficio locale che riceve il manifesto e in base ai dati inseriti in quest'ul-

timo, le divergenze tra il carico ed il manifesto possono effettivamente arrecare pregiudizio all'azione di controllo e, in caso di accertata divergenza fra la dichiarazione sommaria e il carico della nave, determinare l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dall'art. 302 TULD. Se tali sanzioni debbano, poi, applicarsi in un caso specifico è questione che prescinde dalla formulazione del parere richiesto alla Scrivente e che è subordinata alla verifica dell'effettivo pregiudizio all'azione di controllo svolta nel caso di specie da codesta Agenzia. Al riguardo va ricordato come l'applicazione del co. 5 bis dell'art. 6 del d.lgs 472/97 preveda la punibilità dell'illecito amministrativo solo per le violazioni che non arrecano pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo, con ciò intendendosi per tali quelle violazioni che in concreto non abbiano ostacolato l'attività di controllo svolta dall'ufficio. In altri termini non è sufficiente, per escludere la natura meramente formale della violazione, che quest'ultima possa arrecare pregiudizio all'esercizio dell'azione di controllo dell'ufficio, dato che in questo caso per le ipotesi di divergenza tra il carico ed il manifesto, per quanto si è detto in precedenza, la violazione non potrebbe mai ritenersi meramente formale; ai fini dell'applicabilità della esimente è, viceversa, necessario che la violazione non abbia in concreto determinato un ostacolo all'attività di controllo svolta dall'ufficio, dovendosi avere riguardo, in tal caso alle specifiche circostanze di fatto in cui è stata commessa la violazione. Il secondo quesito sottoposto da codesta Agenzia la Scrivente riguarda "la qualificazione della condotta di un capitano di nave che presenta una richiesta di iscrizione postuma di merce non dichiarata nel manifesto precedentemente presentato dallo stesso alla Dogana".

Com'è evidente dalla stessa formulazione del quesito, la risposta ad esso richiederebbe una più specifica illustrazione delle circostanze di fatto relative all'ipotesi avuta presente da codesta Agenzia.

In mancanza, la risposta della Scrivente non può che avere un contenuto di carattere generale.

Dalla qualificazione delle sanzioni previste dall'art. 302 TULD come sanzioni relative al-

la violazione di norme tributarie deriva, per quanto si è detto, la applicabilità ad esse della disposizione dell'art. 13 del d.lgs 472/97 in materia di ravvedimento. Fermo rimanendo che il beneficio previsto dalla disposizione dell'art. 13 non può essere applicato quando la violazione sia stata già constatata o comunque siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali l'autore ed i soggetti solidalmente obbligati abbiano avuto conoscenza, ad avviso della Scrivente, tuttavia, la formulazione della norma non sembrerebbe prestarsi ad una applicazione nel caso sottoposto alla Scrivente.

Ciò in quanto l'ipotesi avuta presente dal legislatore nella formulazione di tale disposizione deve ritenersi limitata alle ipotesi di errori e omissioni nella presentazione di dichiarazioni rilevanti ai fini della determinazione dell'imponibile, dell'imposta o sul versamento del tributo.

Non solo, infatti, il primo comma esclude l'applicazione dell'art. 13 nei casi in cui siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento, - con il che sembra alludersi in realtà ad attività che comunque abbiano ad oggetto la individuazione dell'imponibile, la determinazione dell'imposta o la verifica del corretto versamento del tributo - ; ma a confermare l'interpretazione data all'ambito di applicazione della presente disposizione concorrono: 1. da un lato, l'ipotesi prevista dalla lett. a) del primo comma, la quale fa espressamente riferimento al mancato pagamento del tributo o di un acconto quale fatto illecito cui è applicabile, in caso di ravvedimento operoso, la riduzione della sanzione; 2. dall'altro, il riferimento contenuto nel primo comma all'autore e ai soggetti solidalmente obbligati con

quest'ultimo, con il che, ad avviso della Scrivente, sembrerebbe alludersi ad un comportamento di ravvedimento posto in essere dopo la nascita dell'obbligazione tributaria (senza la quale non potrebbe parlarsi di soggetti solidalmente obbligati con l'autore del ravvedimento). E poiché, come si è detto in precedenza, le divergenze tra il carico ed il manifesto di carico non incidono sulla determinazione del tributo doganale, richiedendosi a tal fine una dichiarazione doganale di vincolo delle merci ad un determinato regime, ritiene la Scrivente che sia da escludersi per le sanzioni previste dall'art. 302 TULD la applicabilità dell'istituto del ravvedimento.

Non è irrilevante, in conclusione, sottolineare, altresì, che l'ipotesi del ravvedimento in caso di omissioni o di errori che non ostacolino accertamenti in corso o che non incidano sulla determinazione o sul pagamento del tributo era in origine prevista dal co. 4 dell'art. 13 in esame, con disposizione poi abrogata dall'art. 7, co. 1, lett. b) del d.lgs 32/01 e quindi con disposizione autonoma rispetto al primo comma del medesimo articolo, per la quale, dunque, il ravvedimento poteva essere posto in essere anche prima e indipendentemente dalla nascita dell'obbligazione (presupposta invece, per quanto si è detto, dalla disposizione del primo comma). Ciò non toglie, comunque, che sarebbe auspicabile una modifica della disposizione dell'art. 13 del d.lgs. cit. che consenta di dare rilevanza al ravvedimento posto in essere anche nel caso di errori od omissioni contenuti nel manifesto di carico, rilevanza che, per quanto detto, non appare immediatamente contemplata dall'attuale formulazione legislativa della predetta disposizione. Sulla questione è stato sentito il Comitato consultivo della Scrivente il quale si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

SOSTANZE STUPEFACENTI, IL MINISTERO AGGIORNA LE TABELLE CONTENENTI L'INDICAZIONE DELLE SOSTANZE STUPEFACENTI E PSICOTROPE

A partire dal 23.2.2013 sono illegali anche i medicinali di origine vegetale a base di cannabis (sostanze e preparazioni vegetali, inclusi estratti e tinte). È stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale l'aggiornamento delle tabelle contenenti l'indicazione delle sostanze stupefacenti e psicotrope, di cui al d.P.R. 9.10.1990, n. 309 e successive modificazioni e integrazioni. Sono, infatti, state aggiunte nella tabella II, Sezione B del citato decreto anche i medicinali di origine vegetale a base di cannabis (sostanze e preparazioni vegetali, inclusi estratti e tinte) (Decreto del 23.1.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 33 del 8.2.2013).

«..... GA.....»

MODALITÀ DI TRASMISSIONE DEI "PIANI TRIENNALI DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE"

In attesa della pubblicazione del "piano nazionale anticorruzione", il dipartimento della Funzione Pubblica invita le amministrazioni che hanno già predisposto il Piano triennale di prevenzione della corruzione e che intendono comunque trasmetterlo, ai sensi dei co. 5 e 60 dell'art. 1 della l. 190/2012, ad utilizzare esclusivamente le modalità informatiche inviando all'indirizzo email piani.prevenzionecorruzione@funzionepubblica.it il link alla pubblicazione del Piano sul proprio sito. Nell'oggetto della email deve essere riportata

la dicitura "comunicazione del P.T.P.C." (Funzione Pubblica, comunicato del 22.4.2013).

«..... GA.....»

APPALTI PULITI, NELLE PREFETTURE ISTITUITE LE "WHITE LIST"

Il Consiglio dei ministri ha pubblicato il d.P.C.M. che istituisce le "White List" degli operatori economici non soggetti a rischio di infiltrazione mafiosa presso tutte le prefetture (Presidente del Consiglio dei Ministri, decreto 18.4.2013).

«..... GA.....»

I PIANI DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE VANNO TRASMESSI SOLTANTO AL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Dopo aver comunicato il 10.3.2013 la sospensione della trasmissione della comunicazione della nomina del Responsabile anticorruzione, Civit interviene con un altro comunicato con il quale sospende altresì la trasmissione alla Commissione, ai sensi del comma 27, dell'art. 1, della l. n. 190/2012, delle informazioni pubblicate ai sensi dei commi 15 e 16 della medesima legge. La Commissione invita, altresì, le amministrazioni a trasmettere soltanto al dipartimento della Funzione Pubblica i piani di prevenzione della corruzione ai sensi dell'art. 1 co. 8 della l. n. 190/2012, in quanto, per evitare duplicazioni di adempimenti alle pubbliche amministrazioni, sono in corso contatti con il suddetto Dipartimento per la condivisione delle infor-

mazioni in materia (*Civit, comunicato del 17.4.2013*).

«..... GA.....»

RESPONSABILE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE: SOSPELLO L'INVIO DELLA COMUNICAZIONE DELLA NOMINA DEL RESPONSABILE

*Le amministrazioni non devono inviare la comunicazione della nomina del Responsabile della prevenzione della corruzione fino alla pubblicazione sul sito www.civit.it delle modalità che Civit renderà note a breve sul proprio sito istituzionale (*Civit, comunicato del 10.4.2013*).*

«..... GA.....»

ANTICORRUZIONE: IL TERMINE DEL 31 MARZO 2013 PER L'ADOZIONE DEL PIANO TRIENNALE DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NON È PERENTORIO

Civit rende noto che sono pervenute alla commissione reiterate richieste, con le quali, si chiede se il termine del 31.3.2013, entro il quale l'organo di indirizzo politico deve adottare il piano triennale di prevenzione della corruzione, sia perentorio o possa essere considerato ordinatorio, in attesa del Piano nazionale anticorruzione e, per quanto riguarda le regioni e gli enti locali, delle intese previste dal coo. 60 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 e di ulteriori e più specifici indirizzi. La Commissione, in proposito, si è espressa nel senso che il termine del 31.3.2013 non può essere considerato perentorio (nel senso che il Piano adottato dopo la scadenza del termine è comunque valido), con la conseguenza che, per quanto riguarda le amministrazioni centrali e gli enti nazionali, il piano triennale dovrà essere adottato entro il tempo strettamente necessario e secondo le linee indicate nel Piano nazionale anticorruzione, dopo l'approvazione dello stesso da parte della commissione. Come già indicato dalla commissione, ciò non esclude che, nell'attesa, le singole amministrazioni, su

*proposta del responsabile della prevenzione della corruzione, procedano alla prevista valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione, alla previsione di procedure per selezionare e formare i dipendenti e a introdurre opportune forme di rotazione. Le amministrazioni potranno, se lo ritengono, adottare il Piano triennale di prevenzione della corruzione, fatte salve le successive integrazioni e modifiche per adeguarlo ai contenuti del Piano nazionale anticorruzione come approvato dalla Commissione. Quanto sopra osservato può valere anche per le Regioni e gli Enti locali, specie dopo la scadenza del termine di quattro mesi, previsto dall'art. 1 co. 60 della l. n. 190/2012, per definire in sede di Conferenza Unificata gli adempimenti e i relativi termini volti alla "piena e sollecita attuazione delle disposizioni" della legge (*Civit, comunicato 27.3.2013*).*

«..... GA.....»

ANTICORRUZIONE: PRIME INDICAZIONI DELL'ANCI SULLE MISURE E GLI ADEMPIMENTI CHE I COMUNI DEVONO ADOTTARE IN MATERIA DI ANTICORRUZIONE

Il 28 novembre è entrata in vigore la l. 6.11.2012 n. 190 contenente le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. La legge, nel complesso, reca misure volte a prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella P.A. ed introduce nel Codice penale modifiche alla disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione. Con il presente documento l'Anci divulga le primissime indicazioni ai Comuni in ordine alle principali misure ed adempimenti da porre in essere al fine di dare una effettiva attuazione delle disposizioni di legge. In sintesi, tra l'altro, viene chiarito che: 1) Il Sindaco e' il titolare del potere di nomina del responsabile della prevenzione della corruzione va individuato nel; 2) la Giunta è competente all'adozione del Piano triennale di prevenzione della corruzione; 3) nelle more dell'adozione delle Intese, viene suggerito al-

le amministrazioni, in via prudenziale, di avviare il lavoro per la definizione delle Prime Misure in materia di prevenzione alla corruzione; ciò al fine di dare una piena e sollecita attuazione al complesso delle disposizioni recate dalla l. n. 190 ed inconsiderazione del rilevante apparato sanzionatorio che comunque ricade in capo al responsabile della prevenzione nel caso in cui si verifichi un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato (art. 1, co. 12, 13 e 14). 4) Si rammenta che ai sensi del co. 6 dell'art. 1, ai fini della predisposizione del piano di prevenzione della corruzione, il Prefetto, su richiesta, fornisce il necessario supporto tecnico e informativo agli enti locali, anche al fine di assicurare che i piani siano formulati e adottati nel rispetto delle linee guida contenute nel Piano nazionale approvato dalla Commissione. 5) In merito alla concreta attuazione delle misure anticorruzione, l'attuale assetto legislativo prevede un ruolo molto attivo dei dirigenti in materia di azioni volte alla prevenzione della corruzione (ANCI, nota del 21.3.2013).

«..... GA.....»

IL RESPONSABILE ANTICORRUZIONE NON PUÒ CONTEMPORANEAMENTE RIVESTIRE IL RUOLO DI RESPONSABILE DELL'UFFICIO PER I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

E' stato chiesto alla commissione se il Segretario comunale, quale responsabile per la prevenzione della corruzione e, al tempo stesso, responsabile dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, versi in situazioni di conflitto di interesse o di incompatibilità.

Risposta: "La commissione ha espresso l'avviso che, anche alla luce di quanto previsto dalla circolare n.1/2013 del Dipartimento della Funzione pubblica, il responsabile della prevenzione della corruzione non può rivestire contemporaneamente il ruolo di responsabile dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, versandosi in tale ipotesi in una situazione di potenziale conflitto di interessi." (Civit, risposta a quesito del marzo 2013).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA RITARDO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

dell'Avv. Enrico Pierantozzi

Nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo, il ritardo nell'emanazione di un atto amministrativo configura un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, ove tale procedimento debba concludersi con provvedimento favorevole al destinatario. La richiesta di accertamento del danno va peraltro ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità, che vanno provati dal danneggiato ex art. 2697 c.c..

In case of administrative procedures jeopardising a pretensive right, the delay in the issuance of an administrative act may configure an unfair damage, with consequent indemnification rights, in those cases where such procedure should otherwise have concluded with an act otherwise in favor of the recipient. The indemnification claim should therefore be put forward within the meanings of art. 2043 of the civil code for the purpose of identifying the liability constituents, that must be proved by the damaged party in accordance with art. 2697 of the civil code.

Sommario: 1. Premesse. 2. La qualificazione dell'interesse leso dal ritardo e l'accertamento del danno. 3. Conclusioni.

1. Premesse.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha da tempo accolto il principio della risarcibilità del danno da ritardo nel caso in cui il procedimento sia destinato a concludersi con un provvedimento favorevole al destinatario.

Già con sentenza 15.9.2005, n. 7, l'Adunanza Plenaria aveva rilevato che *“il sistema di tutela degli interessi pretensivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento (...) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione - consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato”*.

Il giudizio si fonda sul principio, che costituisce ormai *ius receptum*, della risarcibilità

del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo, inevitabile corollario del quale è l'affermazione che non può negarsi la risarcibilità del danno subito dall'amministrato in presenza di una lesione che consegue direttamente all'atto illegittimo (cfr. CdS, IV, 23.3.2010 n. 1699).

Con una recente pronuncia il Consiglio di Stato (Sez. IV, 7.3.2013, n. 1406) torna a svolgere il tema del danno da ritardo, apportando alla discussione alcune considerazioni che meritano l'attenzione dell'operatore. Afferma in particolare il giudice che *“la richiesta di accertamento del danno da ritardo ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole (...) deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere”* e che tale richiesta, *“in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, costituisce una fat-*

tispecie sui generis, di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità”.

Se la seconda affermazione attiene alla dimostrazione dell'illecito e del danno che ne consegue, la prima appare meritevole di considerazioni preliminari laddove riconduce la lesione da ritardo alla categoria degli interessi legittimi pretensivi.

2. La qualificazione dell'interesse leso dal ritardo e l'accertamento del danno.

Sebbene, come si è osservato, la risarcibilità degli interessi legittimi abbia ottenuto un riconoscimento sempre più ampio in linea con l'evoluzione delle tutele giurisdizionali offerte al cittadino, nondimeno la configurazione in concreto dell'interesse che si presume leso a fronte dell'azione amministrativa non è priva di riflessi, anche dal punto di vista dell'individuazione del tipo di azione esperibile in sede giudiziaria.

In relazione al danno da ritardo, in particolare, l'intervenuto art. 2 *bis*, co. 1, della l. n. 241/90, introdotto dalla l. n. 69/2009, ha confermato e rafforzato la tutela risarcitoria del privato nei confronti dei ritardi delle pubbliche amministrazioni, stabilendo che queste ultime, come pure i soggetti ad esse equiparati, sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Anche l'art. 30 del d.lgs. n. 104/2010, nel disciplinare le azioni di condanna e il rapporto tra queste e l'azione di annullamento, ha ribadito la garanzia offerta al titolare di un interesse leso dalla mancata conclusione di un procedimento nei termini all'uopo fissati. In un quadro generale orientato alla tutela dell'amministrato dinanzi al colpevole ritardo dell'amministrazione, la tendenza a ricondurre l'interesse protetto nella categoria degli interessi pretensivi, e quindi degli interessi legittimi, sembra affacciarsi in giurisprudenza anche in casi in cui l'azione amministrativa non tempestiva abbia carattere per lo più vincolato, come nel caso di rilascio di ordinari permessi di costruire (cfr. CdS, V, 28.2.2011,

n. 1271), e non solo in presenza di provvedimenti a contenuto realmente discrezionale. È evidente che l'individuazione dell'interesse leso, e quindi la sua appartenenza al novero degli interessi legittimi oppure a quello dei diritti soggettivi, assume una particolare rilevanza in tutte le materie che non costituiscono oggetto di giurisdizione esclusiva, in conformità a quanto disposto dall'art. 30, co. 2, del d.lgs. 104/2010.

Sotto il profilo della risarcibilità del danno da ritardo il Consiglio di Stato è invece pervenuto a una conferma del principio per cui essa si correla all'effettività del danno medesimo, in quanto risulti provata dall'amministrato.

Nella sentenza 7.3.2013, n. 1406, che offre lo spunto per le presenti considerazioni, il giudice ribadisce che la fattispecie del danno da ritardo, per l'identificazione degli elementi che la costituiscono, deve essere ricondotta al paradigma della responsabilità aquiliana. Ne deriva che - sebbene il semplice ritardo nell'emanazione di un atto rappresenti per ormai consolidata giurisprudenza “*elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, ove tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario*” (CdS, IV, 23.3.2010, n. 1699) in quanto “*il risarcimento del danno ingiusto cagionato dalla pubblica amministrazione in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento presuppone che il tempo è un bene della vita per il cittadino e il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento ha sempre un costo*” (cfr. CdS, V, 28.2.2011, n. 1271) - pur tuttavia l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, occorrendo pur sempre la prova degli elementi costitutivi della domanda che l'interessato è tenuto a fornire *ex art. 2697 c.c.*

La circostanza che il termine fissato dalla norma di legge o di regolamento venga superato, dunque, costituisce un indice oggettivo

del danno, ma non ne integra la piena prova. Ai fini dell'accoglimento della domanda, pertanto, occorre che sia verificata la effettiva sussistenza dei presupposti di ordine oggettivo (effettività del danno, suo ammontare, ingiustizia del medesimo e rapporto di causalità con la condotta inerte dell'amministrazione) e di ordine soggettivo (dolo o colpa dell'amministrazione danneggiante).

Le conseguenze, anche di ordine processuale, sono evidenti, a partire dalla considerazione, già recepita in alcune pronunce del giudice amministrativo, che all'eventuale carenza probatoria in ordine all'ammontare del danno non può supplire la richiesta di pronuncia in via equitativa da parte del giudice, alla quale può accedersi *ex art. 1226 c.c.* nei soli casi in cui la quantificazione del danno sia impossibile e comunque previa dimostrazione dell'effettivo verificarsi degli eventi dannosi in cui il pregiudizio si sarebbe concretizzato.

3. Conclusioni.

L'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato nella delicata materia del risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi, e tra questi degli interessi pre-tensivi, appare tuttora in corso. Sembra lecito affermare che la riconduzione, operata in sede giurisdizionale e sancita dall'art. 2 *bis* della l. n. 241/1990, del danno da ritardo ai canoni della responsabilità aquiliana e ai relativi correlari necessita in sede applicativa di ulteriore affinamento, anche alla stregua delle considerazioni che il collegio giudicante ha svolto nella sentenza 7.3.2013, n. 1406, laddove riconosce che la valutazione, che il giudice è sollecitato a svolgere, ha natura relativistica, non potendo prescindere, quanto all'accertamento della responsabilità, dalla specifica complessità del procedimento così come, in senso negativo per la P.A., dalla evidenza di condotte che possano definirsi concretamente dilatorie.

«.....GA.....»

LA CHIAMATA IN CAUSA DEL TERZO IN GARANZIA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

dell'Avv. Ilaria De Col

Anche nel giudizio amministrativo la chiamata in causa del terzo deve avvenire nel primo scritto difensivo, senza che a tal fine rilevi la distinzione tra la memoria di costituzione c.d. breve e quella depositata per l'udienza di discussione nel merito.

Also in the administrative proceeding the call of the third party must be written in the first defense, no to that end, to detect the distinction between memory formation cd short and that submitted for the hearing on the merits.

Sommario: 1. Premessa; 2. La costituzione in giudizio; 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza della Sez. IV del Consiglio di Stato n. 1468/2013 suscita vivo interesse in quanto interviene per fare chiarezza in ordine alle modalità procedurali ed ai tempi con i quali occorre effettuare nel giudizio amministrativo la chiamata del terzo in causa, nell'ipotesi in cui la stessa avvenga su istanza di parte.

Il tema genera un notevole interesse anche in considerazione dell'assenza di una norma che all'interno del c.p.a. disciplini tale istituto, la cui applicabilità nell'ambito del processo amministrativo rappresenta senz'altro una novità conseguente all'introduzione del giudizio risarcitorio in tale processo.

Infatti, la chiamata in causa del terzo ad istanza di parte - con particolare riferimento alla c.d. "chiamata in garanzia" - è stata, fino ad oggi, un istituto proprio del processo civile, ricollegabile al concetto di litisconsorzio c.d. successivo, all'interno del quale sono riconducibili il litisconsorzio facoltativo ad istanza di parte (art. 106 c.p.c.) ovvero *iussu iudicis* (art. 107 c.p.c.), solo quest'ultimo previsto e disciplinato anche nel c.p.a. (art. 51).

L'adattabilità dell'istituto di cui all'art. 106 c.p.c. nell'ambito del processo amministrativo non pone particolari problemi, ritenendosi la stessa consentita in forza del rinvio esterno operato dall'art. 39 del c.p.a. alle disposizioni del c.p.c., rispetto alle quali il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento,

precisa che, sebbene non possano essere applicate in maniera del tutto meccanica, possano essere sempre utilizzate per risolvere quei problemi non usuali nei giudizi amministrativi, quale è, appunto, quello della chiamata in causa del terzo ad istanza di parte.

Come noto, la disciplina dell'istituto contenuta nel c.p.c. pone in capo alla parte, che decida di chiamare un terzo in causa per essere garantito, l'onere di farne dichiarazione a pena di decadenza - secondo quanto previsto *ex art. 269 c.p.c.* - nella comparsa di risposta (art. 167, co. 2), richiedendo il differimento della prima udienza e provvedendo alla notificazione della citazione nel rispetto dei termini di comparizione rispetto alla data della nuova udienza disposta dal giudice.

Orbene, una volta ritenuta - in forza dell'art. 39 c.p.a. - l'applicabilità del principio di cui all'art. 167, co. 2 c.p.c., il Consiglio di Stato sostiene che debbano "parimenti essere rispettate le modalità procedurali disposte dal codice di rito per il processo civile, da cui tale forma trae origine".

La problematica di maggior rilievo che si pone, allora, nella trasposizione della norma in esame nell'ambito del processo amministrativo attiene in via generale ai termini ed alle modalità con le quali la parte debba introdurre un'eventuale chiamata in giudizio del terzo e, in particolare, all'individuazione dell'atto che nel processo amministrativo possa essere assimilato alla comparsa di risposta di cui all'art. 167 c.p.c.

Ciò in quanto, precisa ancora il Consiglio, l'elemento tipico e caratterizzante della disciplina delineata dell'art. 167 c.p.c. si rinviene proprio nel "raccordo tra atto processuale e suoi effetti".

2. La costituzione in giudizio.

Nel giudizio amministrativo le parti intimare, nel termine di 60 giorni, possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi e produrre documenti (art. 46 c.p.a.).

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che tale termine - nel silenzio del legislatore - deve ritenersi di natura ordinatoria e non perentoria, con la conseguenza che la mancata osservanza dello stesso non preclude l'ammissibilità della tardiva costituzione degli intimati, che tuttavia avverrà nello stato in cui il procedimento si trova in quel momento (Cfr. CdS, V, 19.6.2012, n. 3562).

Peraltro, potendo le parti presentare documenti e memorie fino a trenta giorni liberi prima dell'udienza e produrre repliche fino a venti giorni prima della data di udienza, la costituzione mediante deposito di memorie ed eventuali documenti potrà essere effettuata entro i termini suddetti.

Delineate brevemente le modalità di costituzione consentite dal c.p.a. occorre segnalare la prassi, frequente nell'ambito del giudizio amministrativo, di costituirsi tempestivamente in giudizio attraverso una memoria c.d. breve, salvo poi effettuare tutte le difese nella memoria da depositarsi per l'udienza di discussione.

In tale ultima ipotesi, la problematica che si pone è dunque quella di individuare, in un sistema di preclusioni quale quello delineato dall'art. 167 co. 2 c.p.c., quale sia l'atto nel quale deve essere contenuta la richiesta di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, al fine di ritenere la stessa tempestiva.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha proceduto a dichiarare inammissibile (*rectius*, irricevibile) la chiamata del terzo in causa proposta dalla parte intimata perché non tempestivamente dispiegata nella memoria c.d. breve con la quale la parte si era costituita in giudizio, precisando che, nel rito amministrativo, con la definizione di "atto di

costituzione" agli effetti della chiamata del terzo, deve intendersi il primo scritto difensivo con cui è effettuata dalla parte intimata la costituzione in giudizio, il quale, a tali fini, deve essere debitamente notificato alla altre parti interessate.

In senso contrario a quanto sostenuto nelle difese dell'amministrazione intimata, il Consiglio di Stato ha osservato che in relazione alla disciplina del processo amministrativo appare priva di fondamento processuale la distinzione tra la memoria di costituzione c.d. breve e la memoria depositata per l'udienza di discussione di merito del ricorso.

A tale conclusione i Giudici pervengono attraverso un'analisi strettamente testuale del codice amministrativo che in nessuna disposizione prevede una c.d. memoria di stile utile per la sola costituzione e distinta dalla memoria difensiva.

3. Considerazioni conclusive.

L'equiparazione tra la memoria di costituzione nel rito amministrativo, anche nella sua forma così detta breve, e la comparsa di risposta ex art. 167 c.p.a. appare corretta e rispondente alla volontà di creare un sistema processuale "unitario". Il Consiglio di Stato, nel ritenere che correttamente il TAR abbia individuato l'atto iniziale nella comparsa di costituzione breve (di carattere meramente formale), si pone nel solco di precedenti (seppur assolutamente sporadiche) decisioni di pari tenore che già avevano rilevato, con riferimento alla proposizione della domanda riconvenzionale, che per "comparsa di risposta" deve intendersi la prima memoria con cui è effettuata la costituzione in giudizio della parte intimata, e tra questa deve annoverarsi anche la memoria di costituzione ai fini della decisione sulla domanda cautelare (CdS, IV, 25.1.2003 n. 361). La soluzione processuale adottata dal Consiglio di Stato appare rispondente, peraltro, a quelle esigenze di accelerazione ed economia dei giudizi che hanno ispirato le recenti riforme, mirando altresì a garantire anche esigenze del contraddittorio.

Infatti, ribadendo la necessità che la chiamata in causa del terzo avvenga nel primo scritto difensivo, il Consiglio di Stato pone in capo alla parte interessata l'onere di invocare

quanto prima la presenza del terzo in causa, al fine di anticipare il più possibile la corretta ed integrale costituzione del contraddittorio stes-

so e ciò “*ai fini di tutela non solo della controparte ma anche dello stesso chiamato*” (Cfr. CdS, IV 11.3.2013, n.1468, cit.).

«.....GA.....»

PRECLUSA L'AZIONE DI INDEBITO ARRICCHIMENTO CONTRO LA P.A. SE L'IMPEGNO CONTRATTUALE NON É AD ESSA ASCRIVIBILE

del Dott. Alfonso Cernelli

L'Autore analizza la problematica questione del mezzo di tutela esperibile dal privato che abbia eseguito una prestazione in favore della PA, sulla base di un impegno che, sottoscritto da un dirigente o funzionario pubblico, sia mancante dei requisiti di giuridica riferibilità all'ente. In particolare, l'Autore si sofferma sulla possibilità per il privato di esercitare l'azione di indebito arricchimento ex art. 2041 del codice civile.

The author analyzes the problematic issue of remedy attemptable by the individual who has performed a benefit in favor of the PA, on the basis of a commitment, signed by an officer or public official, be missing the requirements of traceability legal entity. In particular, the author focuses on the ability of the private sector to bring an action for unjust enrichment pursuant to art. 2041 of the Civil Code.

Sommario: 1. Premessa; 2. L'azione di indebito arricchimento; 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Nel nostro ordinamento, in materia di contratti stipulati da enti pubblici, opera il consolidato principio secondo il quale *"la P.A. non può assumere impegni o concludere contratti se non nelle forme stabilite dalla legge e dai regolamenti (vale a dire nella forma scritta), forme il cui mancato rispetto produce la nullità assoluta dell'atto"*¹.

2. L'azione di indebito arricchimento.

I negozi stipulati dalle amministrazioni pubbliche *iure privatorum* devono quindi essere muniti di forma scritta *ad substantiam*².

La mancanza di tale forma li rende nulli, dovendosi escludere, ai fini della validità dell'atto, la rilevanza di qualsiasi manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti concludenti o meramente attuativi³.

L'imposizione della forma scritta è finalizzata ad offrire un duplice strumento di garanzia: nei confronti della P.A., in quanto consente di identificare con precisione il contenuto delle obbligazioni assunte, rendendo altresì possibile l'espletamento delle funzioni di controllo, nonché nei confronti del privato, impedendo la realizzazione di arbitri nel rispetto dei valori costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa⁴.

¹ Cass., III, 28.9.2010, n. 20340.

² Tra le tante, Cass., sez. un., 22.3.2010, n. 6827; Cass., I, 22.2.2008, n. 4532; Cass., I, 26.10.2007, n. 22537; Cass., I, 11.5.2007, n. 10868; Cass., III, 3.8.2004, n. 14808.

³ Cass., III, 20.8.2009, n. 18514; Cass., I, 14.12.2006, n. 26826; TAR Lazio, II ter, 29.2.2008, n. 1937.

⁴ Cfr. Cass., II, 18.5.2011, n. 10910; Cass., VI, 15.3.2011, n. 6022; Cass., III, 28.9.2010, n. 20340; Cass., I, 2.4.2009, n. 8044. In dottrina, si cfr. N. FALVELLA, *Pubblica amministrazione, la nullità dei contratti per vizio di forma*, in *Dir. giust.*, 2004, 24, 58 ss., il quale, in aderenza al menzionato orientamento giurisprudenziale, afferma che *"la ragione del citato rigore formale trova la sua giustificazione nell'esigenza di identificare il contenuto della volontà negoziale e consentire il controllo dell'autorità tutoria"*, per cui *"in assenza della forma scritta, non sussistendo l'instaurazione di un valido rapporto contrattuale, il professionista che abbia prestato la sua opera per la PA non può esperire un'azione contrattuale per il conseguimento della sue competenze"*. Per quanto concerne i contratti di sponsorizzazione, ad esempio, la necessità della forma scritta è ulteriore strumento di garanzia nei confronti dei cittadini, consentendo di controllare che dalla sponsorizzazione non derivi un'alterazione del ruolo di neutralità dell'ente pubblico (l'osservazione è

Poiché il contratto scritto *inter partes* è insostituibile con altri tipi di carteggi o delibere⁵, deve ritenersi non ascrivibile in capo all'ente (e, dunque, per esso non vincolante) l'impegno sottoscritto tra un privato e un funzionario pubblico, qualora non rivesta la struttura negoziale tipica. In tale ipotesi, accertata l'impossibilità di far valere contrattualmente la responsabilità dell'ente pubblico, resta da chiarire se il privato che abbia comunque eseguito una prestazione di natura patrimoniale possa eventualmente esperire l'azione di indebito arricchimento. Il rimedio previsto dall'art. 2041 c.c. è volto ad offrire tutela giuridica in tutti i casi in cui lo spostamento patrimoniale è avvenuto in mancanza di una pattuizione, sentenza o disposizione normativa, ovvero in assenza di un qualsivoglia titolo giuridico legittimante il trasferimento di ricchezza⁶.

Proprio in considerazione della residualità di tale azione, il successivo art. 2042 c.c. le attribuisce carattere sussidiario, subordinandone la proponibilità alla indisponibilità di qualsiasi altro rimedio specifico per ottenere l'indennizzo del pregiudizio subito⁷.

Affinché possa essere esercitata nei confronti di una pubblica amministrazione, poi, la giurisprudenza e la dottrina ritengono necessaria la sussistenza di un ulteriore requisiti

to, non espressamente individuato dal codice: il riconoscimento, da parte dell'ente, dell'utilità dell'opera o della prestazione che ha dato luogo all'arricchimento⁸. Tale riconoscimento può avvenire tanto in modo esplicito, attraverso un atto formale o una deliberazione degli organi legittimati ad esternare la volontà dell'ente, quanto in modo implicito, mediante la consapevole utilizzazione della prestazione eseguita senza titolo. Ne deriva che non è sufficiente la prova dell'esistenza di un'obiettiva utilità, in quanto la valutazione della convenienza delle scelte gestionali è sottoposta al vaglio discrezionale degli organi dell'ente, senza che il giudice o il depauperato possano sostituirsi a questi⁹.

Nei casi in cui l'impegno contrattuale stipulato dal funzionario o dirigente non sia giuridicamente riferibile all'ente pubblico, la questione del riconoscimento dell'utilità non si pone, in quanto i Giudici di legittimità hanno in più occasioni ribadito l'improponibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento per carenza di residualità. Ad avviso della Cassazione, l'inammissibilità della domanda si ricava dall'applicazione del disposto dell'art. 23, co. 4, d.l. 2.3.1989, n. 66 (convertito in l. 24.4.1989, n. 144)¹⁰.

di G. FERRARI, *I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 2011, I, 6 ss.).

⁵ Sul punto, si cfr. Cass., Sez. I, 18.6.2012, n. 9957, che ha affermato che le lettere di intenti o le dichiarazioni di interessamento sottoscritte da un assessore non sono valevoli per il comune quali impegni contrattuali.

⁶ Per una ricostruzione dell'istituto, si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 688 ss., che qualifica l'art. 2041 c.c. quale "norma di chiusura dell'ordinamento". Altro contributo importante, sebbene più datato, è S. DI PAOLA - R. PARDOLESI, voce *Arricchimento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989; secondo tale ricostruzione gli elementi costitutivi dell'istituto sono: l'arricchimento (con il correlativo depauperamento), il trasferimento patrimoniale, il nesso di causalità e la sussidiarietà dell'azione.

⁷ In dottrina si parla anche di "sussidiarietà astratta", nel senso che "se l'interessato disponeva di un'azione che si è prescritta ovvero si è verificata decadenza, l'azione ex art. 2042 è preclusa" (così, G. LOTITO, *Brevi note in tema di arricchimento ingiustificato nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Nuovo dir.*, 2005, II, 10-11, 857).

⁸ Diffusa ed univoca la giurisprudenza sul punto; tra le ultime: Cass., III, 26.3.2012, n. 4818; Cass., III, 21.4.2011, n. 9141; Cass., III, 4.3.2010, n. 5206; Cass., sez. un., 11.9.2008, n. 23385; Tar Lazio, Sez. II, 15.6.2005 n. 4924. Per un'analisi più diffusa dell'istituto del riconoscimento, che esula dai limiti della presente trattazione, si cfr. in dottrina i seguenti contributi: G. MICARI, *L'azione di indebito arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e il principio giurisprudenziale del riconoscimento dell'utiliter coeptum*, in *Giust. civ.*, 2005, 11, 2676 ss.; M. ANNUNZIATA, *Pubblica amministrazione e arricchimento senza causa*, in *Foro amm.*, 1996, IX, 2575 ss.; A. VELA, voce *Arricchimento (azione di arricchimento nei confronti della p.a.)*, in *Enc. giur.*, cit.

⁹ M. PERUGINI, *La forma scritta ad substantiam nei contratti della P.A. tra espressione dei principi di buon andamento e imparzialità e tutela dell'incolpevole affidamento del privato*, in *Il giudice di pace*, 2008, 3, 208.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 18.6.2012, n. 9957, secondo cui il meccanismo di imputazione diretta delle obbligazioni stipulate dagli amministratori, dirigenti e funzionari degli enti locali, introdotto dall'art. 23, co. 4, d.l. 2.3.1989, n. 66 e trasfuso nell'art. 191, co. 4, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, è operativo tutte le volte in cui l'accordo intercorso, comportante un rilievo patrimo-

La norma, sul presupposto che l'effettuazione di qualsiasi spesa ad opera degli enti pubblici territoriali è consentita esclusivamente se sussistono la deliberazione autorizzativa nelle forme previste dalla legge, nonché l'impegno contabile registrato sul bilancio di previsione, dispone che, qualora l'acquisizione di beni e servizi sia avvenuta in violazione di tale obbligo, "il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per ogni altro effetto di legge, tra il privato fornitore e l'amministratore o il funzionario che abbiano consentita la fornitura". Tale disposizione è stata abrogata ad opera del d.lgs. 25.2.1995, n. 77, per essere infine riprodotta, senza sostanziali modificazioni, nell'art. 191, co. 4, d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (T.U.E.L.), dove trova oggi collocazione.

Prima dell'entrata in vigore della norma citata, invece, nelle ipotesi di nullità del negozio per violazione della forma scritta *ad substantiam*, era esperibile l'azione di cui all'art. 2041 c.c. nei confronti della P.A.. La necessità "di porre un freno all'allegra dilatazione della spesa pubblica e di richiamare gli amministratori ed i funzionari della P.A. ad un maggior senso di legalità, di correttezza e di responsabilità"¹¹ ha spinto il legislatore a varare l'importante riforma del 1989. La ratio di quest'ultima (e del vigente art. 191, co. 4, T.U.E.L.) è quella di subordinare l'imputazione all'ente pubblico del rapporto giuridico patrimoniale alla sussistenza dell'impegno di spesa e della deliberazione autorizzativa, la cui mancanza impedisce che il funzionario possa impegnare l'ente nei confronti di soggetti terzi¹².

L'applicazione dell'art. 23, co. 4, d.l. 66/1989, consentendo la sola azione diretta

niale per l'ente, difetti delle condizioni di giuridica riferibilità ad esso; pertanto, la domanda di ingiustificato arricchimento, esperita nei confronti di un ente locale per progettazioni commissionate senza la stipulazione di un contratto scritto, è improponibile dato il carattere residuale del rimedio *ex art.* 2042 c.c., potendosi esperire azione diretta nei confronti del funzionario deliberante.

¹¹ G. LOTITO, *Brevi note in tema di arricchimento ingiustificato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 860.

¹² E. SEDDA, *Note in tema di arricchimento senza causa e p.a.*, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 2, 421.

nei confronti del funzionario deliberante, è ostativa all'esperimento del rimedio offerto dall'art. 2041 c.c., perché determina il venir meno della necessaria residualità dell'azione nei riguardi dell'ente locale.

In virtù della suddetta norma si verrebbe dunque a determinare una vera e propria "interruzione *ex lege* del rapporto di immedesimazione organica tra l'amministratore (o il funzionario) e l'ente di appartenenza, con conseguente responsabilità diretta del primo nei confronti del terzo contraente"¹³. Unica azione esperibile dal privato che ritenga di essere stato illegittimamente depauperato è quella contrattuale, nei confronti non dell'ente pubblico, ma del funzionario che ha consentito all'instaurazione del rapporto patrimoniale pur in mancanza dei requisiti fissati inderogabilmente dalla legge¹⁴.

Ciò determina il venir meno di quel requisito di sussidiarietà che l'art. 2042 c.c. fissa per l'esercizio dell'azione di indebito arricchimento.

3. Considerazioni conclusive.

Deve, pertanto, ritenersi consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la normativa introdotta con d.l. 66/1989 (ripresa poi dal T.U.E.L.) ha comportato l'introduzione di un innovativo sistema di imputazione degli effetti dell'attività contrattuale posta in essere dal funzionario pubblico in assenza dei requisiti di giuridica ascrivibilità dell'atto all'Ente, determinando una vera e propria frattura del rapporto tra i suddetti agenti e l'Amministrazione, in tutti i casi in cui questi abbiano agito al di fuori dello schema procedimentale previsto dalla legge¹⁵.

L'unico soggetto tenuto a rispondere del corrispettivo della prestazione rimane così il funzionario che ha prestato il proprio consenso, nei cui confronti andrà esercitata l'azione contrattuale di responsabilità, la cui astratta

¹³ F. ARAGONA, *Responsabilità dell'amministratore di un ente pubblico ed azione di ingiustificato arricchimento nei confronti dell'ente*, in *Foro it.*, 2010, XII, 3405.

¹⁴ N. FALVELLA, *Pubblica amministrazione, la nullità dei contratti per vizio di forma*, cit.

¹⁵ Cass., I, 22.5.2007, n. 11854; Cass., I, 14.10.2010, n. 21242.

configurabilità impedisce che il costo venga fatto ricadere sulle spalle della P.A. attraverso il meccanismo *ex art.* 2041 c.c. (Tra le ultime, Cass., I, 16.3.2012, n. 4216; Cass., I, 26.5.2010, n. 12880; Cass., III, 21.4.2010, n. 9447; Cass., I, 4.9.2009, n. 19206; Cass., I, 6.12.2007, n. 25439. Anche il Supremo consesso amministrativo ha fatto propri tali principi; si cfr. CdS, V, 26.5.2010, n. 3365; CdS, V, 18.3.2010, n. 1569; CdS, V, 29.12.2009, n. 8953). Resta infine da chiarire se l'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A. possa essere successivamente esercitata dallo stesso funzionario esposto all'azione contrattuale del terzo.

Sul punto la giurisprudenza sembra essersi assestata in favore della soluzione positiva, affermando che *“il dettato normativo non determina una sbilanciata valutazione degli interessi in gioco, tale da denotarne l'irragionevolezza, in quanto non comporta la scissione del vantaggio acquisito dall'ente dalla possibilità che questo sia chiamato a corrispondere l'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c., atteso che il funzionario o l'amministratore, esposto con il proprio patrimonio all'azione*

contrattuale del terzo, può sempre esercitare l'azione di indebito arricchimento nei confronti dell'amministrazione”(così Cass., III, 26.2.2002, n. 2832. Nello stesso senso, cfr. TAR Sicilia, Ct, III, 27.2.2009, n. 435).

L'ente pubblico che abbia acquisito un indebito vantaggio patrimoniale, dunque, rimane comunque esposto all'azione di arricchimento, eventualmente esercitabile dal proprio funzionario al ricorrere delle condizioni dell'art. 2041 c.c., purché vi sia stato un riconoscimento dell'utilità dell'incremento patrimoniale.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità all'art. 3 cost. dell'art. 23, co. 4, d.l. 66/1989, nella parte in cui non consente al privato l'esercizio dell'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A., ha sancito che non sussiste alcuna violazione del principio di uguaglianza, in quanto l'Ente potrà comunque essere esposto, successivamente ed eventualmente, all'azione *ex art.* 2041 c.c. esercitabile dal proprio funzionario (C. cost., 24.10.1995, n. 446).

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.4.2013, n. 2361
Informativa antimafia - fatti sintomatici - possibile condizionamento - non necessarietà di un accertamento istruttorio assimilabile a quello proprio della sede giurisdizionale.

Si è più volte rimarcato in giurisprudenza che la finalità di prevenzione speciale cui partecipa l'istituto della informativa antimafia, che costituisce una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa rispetto a possibili ingerenze della criminalità nell'attività del soggetto che beneficia di un contatto qualificato con una pubblica amministrazione, non richiede che sui fatti sintomatici di possibile condizionamento vi sia stato un accertamento istruttorio assimilabile a quello proprio della sede giurisdizionale. Le informazioni raccolte dal Prefetto in relazione ad "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate" possono consistere in elementi puramente indiziari, purchè il quadro dei dati raccolti riveli l'attualità del pericolo di condizionamento nella scelte gestionali della società che si trovi in rapporto qualificato con la pubblica amministrazione (per l'elencazione delle fattispecie rilevanti v. all. 3 del d.lgs. n. 490 del 1994 e art. 10 della l. 31.5.1965, n. 575, applicabili ratione temporis alla controversia in oggetto).

Nella sentenza in esame ritiene poi il Consiglio di Stato corretta la conclusione del TAR in ordine alla natura vincolata del provvedimento dell'Autorità portuale, adottato in esito ad una informativa prefettizia "tipica" (art. 4 del d.lgs. n. 490 del 1994 e art. 10 del d.P.R. n. 252 del 1998), in quanto in tal caso – ed a differenza di quanto accade nell'ipotesi di informativa "atipica", adottata ai sensi dell'art. 1 septies d.l. 6.9.1982, n. 629, convertito nella l. 12.10.1982, n. 726 - la misura interdittiva discende direttamente dall'atto prefettizio, senza alcuna possibilità di apprezzamento discrezionale dei fatti da parte dell'autorità destinataria della informati-

va, che è tenuta pertanto a ritirare, in confronto del soggetto gravato da indizi di infiltrazioni mafiose, l'atto ampliativo a suo tempo rilasciato (CdS, III, 14.9.2011 n. 5130; CdS, III, 7.9.2012, n. 4765).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.4.2013, n. 2260
Giudizio di ottemperanza - giudicato - vincola - amministrazione - parte motiva della sentenza.

La verifica della rispondenza dell'attività dell'amministrazione successiva al giudicato amministrativo deve essere compiuta sulla scorta dell'esatta regula juris che la pronuncia del TAR ha enunciato in merito alla fattispecie sottoposta alla sua cognizione. Com'è oramai acquisito a seguito della cospicua elaborazione giurisprudenziale, il giudicato che vincola l'amministrazione non si desume soltanto dal tenore del dispositivo della pronuncia, ma deve trarsi anche dalla parte motiva della sentenza. Da ciò deriva che non tutte le pronunce di annullamento hanno portata autoesecutiva nel senso che non necessitano di un ulteriore intervento da parte del giudice dell'ottemperanza. La questione è già stata scandagliata da CdS, Ad. Plen., 4.12.1998, n. 8, che ha chiarito come la necessità di un intervento da parte del giudice dell'ottemperanza si rende necessaria quando la sentenza resa nel giudizio di cognizione non è di per sé in grado di adeguare la realtà giuridica e materiale al giudicato. Ossia quando non v'è necessità di alcuna ulteriore attività amministrativa per rendere attuale il deciso. L'effetto conformativo che produce il giudicato attraverso la lettura combinata del dispositivo e della motivazione della sentenza passata in giudicato, vincola la riedizione del potere amministrativo, tracciando i confini all'interno dei quali la successiva attività amministrativa può muoversi senza contrastare con la regola di diritto, prodotto del giudice di cognizione. Allo stesso tempo in sede di ottemperanza si realizza un giudizio composito che non tende sol-

tanto alla mera esecuzione della pronuncia pregressa, ma presenta connotati tipici del giudizio di cognizione in omaggio al principio di effettività della tutela giurisdizionale (CdS, Ad. Plen., 15.1.2013, n. 2). In questo senso si può affermare che, se il giudizio di ottemperanza presuppone la presenza di una pronuncia resa in sede di cognizione, l'accertamento in essa compiuto rappresenta solo la base di partenza dalla quale il giudice dell'ottemperanza deve muoversi per colmare ulteriormente quella richiesta di giustizia che all'indomani della sentenza eseguenda sarebbe rimasta inevasa a giudizio del ricorrente. Il giudizio di ottemperanza, quindi, si connota nel senso di circoscrivere ulteriormente l'esercizio del potere amministrativo, sulla scorta delle ulteriori censure che la parte vittoriosa nel giudizio di cognizione sottopone al giudice dell'ottemperanza. Pertanto, "la giurisdizione di ottemperanza è il mezzo attraverso il quale deve essere assicurato, grazie all'intervento del giudice, il pieno compimento di quell'attività che la p.a. avrebbe dovuto svolgere conformandosi al precedente giudicato, ed è intuitivo che essa non possa spingersi sino ad esiti che neppure all'agire spontaneo della medesima p.a. sarebbero più ormai consentiti" (Cass., Sez. Un., 9.11.2011, n. 23302). A tal fine, all'indomani dell'entrata in vigore della novella del 2005 alla l. 241/90 con l'introduzione dell'art. 21 septies e del c.p.a., il giudice dell'ottemperanza ha tra gli strumenti a sua disposizione anche la pronuncia dichiarativa della nullità degli atti amministrativi violativi o elusivi del giudicato.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.4.2013, n. 2040
Selezione interna - portavoce istituzionale - natura fiduciaria della figura professionale - controversia ex art. 63 d.lgs. n. 165/01 - giurisdizione del giudice ordinario.

L'interesse ad ottenere il posto di portavoce istituzionale, in virtù di un incarico diretto ed attesa la natura fiduciaria della figura professionale in questione, "non attiene in alcun modo alla materia dei concorsi pubblici per l'accesso al pubblico impiego, bensì a posizioni pretensive del dipendente afferenti alla pretesa progressione verticale, indipendentemente da qualsivoglia ipotesi di procedimento concorsuale o selettivo". E ai sensi dell'art. 63 del d.

lgs. n. 165/2001, vigente al momento della proposizione del ricorso, la giurisdizione su tale tipo di controversie sfugge al giudice amministrativo per rientrare in quella del giudice civile.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.3.2013, n. 1817
Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato - attribuzione alla parte di un bene non richiesto o non compreso nella domanda - sussiste.

Sulla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., il Consiglio di Stato osserva che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, il vizio di extrapetizione sussiste solo quando il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti e pronunciando oltre i limiti del petitum e delle eccezioni dedotte, o su questioni non sollevate, attribuisce alla parte un bene non richiesto o non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente, nella domanda, non ricorrendo invece allorquando il giudice, rimanendo nei limiti della domanda e del petitum ovvero dei motivi di ricorso, per quanto specialmente concerne il processo amministrativo, fonda la sua decisione sulla valutazione unitaria delle risultanze processuali, anche sulla base di argomentazioni o considerazioni non prospettate dalle parti (ex multis, Cass. Sez. II, 23.11.2012, n. 20731; Sez. III, 26.10.2009, n. 22595; CdS, IV, 31.1.2012, n. 475; V, 2.11.2009, n. 6713).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.3.2013, n. 1700
Appello proveniente da un organo di ente pubblico - leggibilità della firma - irrilevante ai fini dell'ammissibilità del gravame.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha rilevato che, contrariamente a quanto sostengono gli appellati, in caso di appello proveniente da un organo di ente pubblico la leggibilità della firma è del tutto irrilevante ai fini dell'ammissibilità del gravame in quanto, fatti salvi i casi di falso materiale, la certezza dell'attribuibilità del gravame è specificamente garantita dall'apposizione dei relativi timbri e dall'intestazione dell'ente. In tali casi non può infatti sussistere alcuna incertezza sulla persona fisica firmataria a cui fare riferimento per l'imputazione degli effetti giuridici del gravame

(cfr. CdS, V 21.4.2009 n. 2402). La mancata indicazione del nominativo e l'illeggibilità della firma del Sindaco nella procura rilasciata dal Comune al difensore, non determina affatto l'invalidità della procura stessa, atteso che la persona fisica che riveste pro tempore detta qualità è un dato di pubblico dominio, accertabile senza alcuna difficoltà presso lo stesso ente.

Consiglio di Stato, Sez. III, 11.3.2013, n. 1449
Controversie - passaggio ad una fascia funzionale superiore - decide il giudice amministrativo.

L'art. 63 co. 4, T.U. 30.3.2001 n. 165, nel riservare alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di dipendenti della p.a., si riferisce non solo a quelle strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso di personale dipendente a fascia od area superiore, essendo il termine "assunzione" correlato alla qualifica che il candidato intende conseguire e non solo all'ingresso iniziale nella pianta organica dell'amministrazione. In conseguenza rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento di esclusione dalla partecipazione ad una selezione (cd. progressione verticale) per il passaggio ad una fascia funzionale superiore (CdS, V, n. 330 del 18.1.2011).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.3.2013, n. 1412
Giudizio di ottemperanza - solo questioni che sono state oggetto di accertamento nel giudizio di cognizione - sussiste.

L'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza». La definizione del giudizio di ottemperanza quale giudizio misto di cognizione ed esecuzione, richiamata dagli appellanti, non significa, pertanto, che in esso possono entrare questioni non oggetto di accertamento

giudiziale. Tale qualificazione implica che il giudice dell'ottemperanza deve, tra l'altro, valutare quale valenza possano avere le eventuali sopravvenienze sul diritto, ricomprendendo in esse anche quelle contenute nei contratti collettivi. In quest'ottica, le sopravvenienze – quando riguardano 'spazi vuoti' o criteri di quantificazione che non sono stati oggetto di precedenti statuizioni - rilevano nel senso che di esse occorre tenere conto al fine di accertare come le stesse possano avere inciso sull'accertamento giurisdizionale già svolto e non anche nel senso che esse possono essere richiamate per ottenere il riconoscimento di pretese che esulano dal perimetro del giudicato.

Consiglio di Stato, Sez. III, 25.2.2013, n. 1135
Divieto di nuove eccezioni in appello - non si applica alle mere difese che sono sempre esaminabili per la prima volta in grado di appello.

In virtù del consolidato orientamento giurisprudenziale il divieto di nuovi motivi in appello, sancito dall'art. 345 co. 1 c.p.c. ed oggi dall'art. 104 c.p.a., concerne esclusivamente i motivi di chi introduce il giudizio di prime cure, mentre il divieto di nuove eccezioni, sancito dal secondo comma del medesimo articolo, non si applica alle mere difese che sono sempre esaminabili per la prima volta in grado di appello (CdS, IV, 12.3.2007 n.1218; A.P. 29.12.2004 n.14).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.1.2013, n. 531
Notificazione a mezzo del servizio postale - querela di falso - contestazione dichiarazione dell'agente postale contenuta nella relata - consegna plichi a persone che avevano dichiarato di riceverli in nome e per conto del destinatario.

In tema di notificazione a mezzo del servizio postale, l'avviso di ricevimento, il quale è parte integrante della relata di notifica, costituisce, ai sensi dell'art. 4, co. 3, l. 20.11.1982, n. 890, il solo documento idoneo a provare sia l'intervenuta consegna del plico con la relativa data, sia l'identità della persona alla quale la consegna stessa è stata eseguita, e che ha sottoscritto l'avviso; esso riveste natura di atto pubblico, e, riguardando un'attività legittimamente delegata dall'ufficiale giudiziario all'agente postale ai

sensi dell'art. 1 della l. n. 890 cit., gode della medesima forza certificatoria di cui è dotata la relazione di una notificazione eseguita direttamente dall'ufficiale giudiziario, ovverosia della fede privilegiata attribuita dall'art. 2700 c.c. in ordine alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che l'agente postale, mediante la sottoscrizione apposta sull'avviso di ricevimento, attesta avvenuti in sua presenza. Pertanto, il destinata-

rio che intenda contestare l'avvenuta esecuzione della notificazione, affermando di non aver mai ricevuto l'atto ed in particolare di non aver mai apposto la propria firma sull'avviso, ha l'onere di impugnarlo a mezzo della querela di falso, anche se l'immutazione del vero non sia ascrivibile a dolo, ma soltanto ad imperizia, leggerezza, o negligenza dell'agente postale (in tal senso: Cass., I, 22.11.2006, n. 24852).

«.....GA:.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Collegi arbitrali. L. 6.11.2012 n. 190, art. 1 co. 18: regime intertemporale sul divieto di partecipazione di magistrati e di avvocati/procuratori dello Stato (Parere prot. 110932 dell'11.3.2013, AL 46089/12, Avv. Stefano Varone).

RISPOSTA

L'art. 1 co. 18 della l. 6.11.2012 n. 190 prevede che ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie "è vietata, pena la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico". In relazione alla suddetta norma sono pervenute richieste di chiarimenti in ordine al regime intertemporale ed in particolare si è posto il quesito se la stessa possa essere applicata agli arbitri nominati in precedenza all'entrata in vigore della norma e, in caso di risposta positiva, quale sia il doveroso comportamento da tenere in relazione ai collegi già costituiti.

Al riguardo va osservato che la norma in questione non è assistita da una disposizione regolante il regime transitorio. Infatti mentre per i successivi commi (da 19 a 24), che disciplinano peculiari aspetti delle controversie arbitrali di cui è parte una pubblica amministrazione, è espressamente previsto che il nuovo regime non si applica "agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge" nulla è

previsto per il divieto di partecipazione previsto dal precedente co. 18.

Tuttavia, ciò non sembra poter essere letto come indice della volontà legislativa di applicare retroattivamente il divieto di assunzione degli incarichi arbitrali. In primo luogo occorre considerare che l'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile prevede che "la legge non dispone che per l'avvenire essa non ha effetto retroattivo", sì che in mancanza di una diversa disciplina sulla efficacia nel tempo che deroghi al principio in questione, ogni norma introdotta nell'ordinamento trova applicazione alle sole fattispecie successive alla sua entrata in vigore (fra le tante Cass. Civ. Sez. I, 13.7.2012, n. 12003).

La norma d'altronde introduce un divieto in precedenza non previsto e pertanto è certamente da escludere che assuma i caratteri della disposizione interpretativa, come tale idonea a sottrarla al generale principio di irretroattività (Cass. Civ., 8.2.2012, n. 1850). Sempre in tema di disciplina delle fattispecie normative nel tempo, va osservato che la giurisprudenza di legittimità ha più volte chiarito che il principio di irretroattività della legge implica che la norma sopravvenuta sia applicabile agli effetti non ancora esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente solo allorchè la nuova legge sia diretta a disciplinare tali effetti, con autonoma considerazione dei medesimi (Cass. Civ. Sez. III 16.4.2008, n. 9972), ipotesi che certamente non ricorre nel caso di specie.

La disposizione in questione non pare infatti suscettibile di essere letta come inerente ad

un'ipotesi di incompatibilità a svolgere l'incarico di arbitro, circostanza avvalorata dal mancato richiamo alla disciplina della ricusazione ex art. 815 c.p.c. e dall'individuazione di una autonoma fattispecie di nullità.

La norma pare pertanto configurare un divieto di assunzione dell'incarico, sì che può essere ragionevolmente applicata solo alle ipotesi di funzioni conferite successivamente alla sua entrata in vigore.

L'esegesi letterale prospettata, oltre ad essere suggerita dal tenore della norma, sarebbe - ove fosse necessario supportarla con un'interpretazione teleologica - confermata anche da una lettura costituzionalmente orientata. L'intervento del legislatore sui giudizi arbitrali in corso, tale da determinare la possibile caducazione del collegio e delle attività medio tempore espletate, parrebbe infatti porsi in contrasto tanto con l'art. 111 co. 2 cost. quanto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, lì dove ricomprende (art. 6, par. 1) tra i diritti civili tutelati quello a un tempo ragionevole di durata del processo. Va evidenziato che la lesione di tale diritto può concorrere a determinare un danno erariale lì dove la parte interessata adisce le vie giurisdizionali per conseguire il risarcimento del danno lamentato, tendenzialmente parametrabile ai criteri di liquidazione applicati dalla Corte Europea (Cass. civ. Sez. VI, 28.5.2012, n. 8471).

La caducazione dei collegi già costituiti potrebbe inoltre determinare un ulteriore pre-

giudizio erariale in considerazione dell'obbligo di remunerare comunque le attività svolte (si pensi a titolo d'esempio alle CTU che dovessero essere rinnovate) ed anche gli stessi arbitri "decaduti".

In relazione a tale ultimo profilo infatti, come ribadito dalla Cassazione (Sez. Un., sent. 1.7.2008, n. 17930), tra le parti e gli arbitri del giudizio arbitrale sui lavori pubblici, non diversamente che nell'arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile, si instaura un rapporto di prestazione d'opera intellettuale dal quale deriva un vero e proprio diritto soggettivo di credito al compenso.

La medesima "decadenza" dei collegi, incidendo sull'esercizio dell'azione già in essere, sarebbe poi tendenzialmente idonea a determinare un sacrificio del diritto costituzionalmente tutelato dall'art. 24 della Carta Fondamentale che potrebbe eccedere il limite della ragionevolezza.

Sulla fattispecie è stata interessata la Presidenza del Consiglio dei Ministri che con nota DAGL prot. 1493/2013 ha manifestato il proprio avviso condividendo l'esegesi diretta ad escludere l'applicazione del divieto agli arbitri in corso. In conclusione sussistono plurime ragioni tali da escludere che l'art. 1 co. 18 della l. 6.11.2012 n. 190, lì dove prevede, per determinate categorie di pubblici dipendenti, che è vietata, "la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico", possa applicarsi agli incarichi arbitrali assunti anteriormente all'entrata in vigore della disposizione.

«.....GA.....»

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

MUTUI PER L'ACQUISTO DELLA PRIMA CASA: MODIFICATE LE REGOLE PER OTTENERE IL BENEFICIO DELLA SOSPENSIONE DELLE RATE

La l. 24.12.2007, n. 244 ha istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze un Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, la cui disciplina di attuazione è contenuta nel decreto n. 132 del 21.6.2010 contenente il «Regolamento recante norme di attuazione del Fondo di solidarietà per l'acquisto della prima casa». Il MEF con il decreto in esame, che entra in vigore il 27.4.2013, è intervenuto a modificare il regolamento. Tra le modifiche si segnala la sostituzione dell'art. 2, co. 3 con il seguente: «3. L'ammissione al beneficio e' subordinata esclusivamente all'accadimento di almeno uno dei seguenti eventi riferiti alla persona del beneficiario, intervenuti successivamente alla stipula del contratto di mutuo e verificatisi nei tre anni antecedenti alla richiesta di ammissione al beneficio:

- a) cessazione del rapporto di lavoro subordinato ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di risoluzione per limiti di età con diritto a pensione di vecchiaia o di anzianità, di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, di dimissioni del lavoratore non per giusta causa, con attualità dello stato di disoccupazione;
- b) cessazione dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3) del codice di procedura civile, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di recesso datoriale per giusta causa, di recesso del lavoratore non per giusta causa, con attualità dello stato di disoccupazione;
- c) morte o riconoscimento di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3 della l. 5.2.1992, n.

104, ovvero di invalidità civile non inferiore all'80 per cento. In caso di mutuo cointestato, gli eventi di cui al presente comma possono riferirsi anche ad uno solo dei mutuatari». Inoltre all'art. 2 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n. 132/2010, dopo il co. 3, sono inseriti i seguenti commi:

«4. La sospensione del pagamento delle rate di mutuo si applica anche ai mutui:

- a) oggetto di operazioni di emissione di obbligazioni bancarie garantite ovvero di cartolarizzazione ai sensi della l. 30.4.1999, n. 130;
- b) erogati per portabilità tramite surroga ai sensi dell'art. 120 quater del testo unico di cui al d.lgs. 1.9.1993, n. 385, che costituiscono mutui di nuova erogazione alla data di perfezionamento dell'operazione di surroga;
- c) che hanno già fruito di altre misure di sospensione del pagamento delle rate purché tali misure non determinino complessivamente una sospensione dell'ammortamento superiore a 18 mesi.

5. La sospensione del pagamento delle rate di mutuo non può essere richiesta per i mutui che presentano almeno una delle seguenti caratteristiche:

- a) ritardo nei pagamenti superiore a novanta giorni consecutivi al momento della presentazione della domanda da parte del mutuatario, ovvero per i quali sia intervenuta la decadenza dal beneficio del termine o la risoluzione del contratto stesso, anche tramite notifica dell'atto di precetto, o sia stata avviata da terzi una procedura esecutiva sull'immobile ipotecato;
- b) fruizione di agevolazioni pubbliche;
- c) per i quali sia stata stipulata un'assicurazione a copertura del rischio che si verifichi nei tre anni antecedenti alla richiesta di ammissione al beneficio uno degli eventi di cui al co. 479 della l. n.

244/2007, purchè tale assicurazione garantisca il rimborso almeno degli importi delle rate oggetto della sospensione e sia efficace nel periodo di sospensione stesso» (**Decreto MEF n. 37 del 22.2.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 86 del 12.4.2013**).

«..... GA.....»

BANDA LARGA: PUBBLICATO IL V BANDO DI GARA PER IL PROSEGUIMENTO DEL PIANO NAZIONALE

È stato pubblicato il V bando di gara per il proseguimento del Piano Nazionale per la Banda Larga, nelle regioni Abruzzo, Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria e Veneto.

Il Piano è cofinanziato dal Ministero dello Sviluppo Economico e dalle Regioni interessate anche avvalendosi di fondi comunitari. L'importo complessivo dei lavori supera i 95 milioni di euro e prevede un investimento di oltre 122 milioni (IVA esclusa) per l'abilitazione all'offerta dei servizi a larga banda,

mediante la costruzione di circa 4000 km di rete in fibra ottica in oltre 500 aree comunali e sub comunali, in prevalenza in zone ad alta intensità rurale e distretti produttivi. È inoltre aperta la consultazione pubblica (sino al 21 aprile) per le aree oggetto del VI bando a incentivo (modello B) che permetterà di azzerrare definitivamente il digital divide anche nelle aree più remote del Paese. Si stima necessaria la dotazione di apparati elettronici di oltre 3.000 aree comunali e sub comunali.

Il V e VI intervento si svilupperanno nei prossimi due anni e permetteranno di raggiungere oltre 2,8 milioni di cittadini.

Per la realizzazione del progetto saranno occupate circa 1.800 persone per due anni (principalmente progettisti, tecnici, operai) in oltre 500 cantieri mobili per la realizzazione di reti in fibra ottica e circa 3000 cantieri per l'installazione di apparati elettronici di varia tipologia (**Ministero dello Sviluppo Economico, comunicato del 21.3.2013**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

L. N. 190 DEL 2012 - UNA PRIMA DISCIPLINA ORGANICA SULL'ANTICORRUZIONE: IL SISTEMA NAZIONALE E TERRITORIALE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

del Dott. Carlo Paolini

Dopo diverse raccomandazioni del Consiglio d'Europa, l'Italia si è dotata di una legge organica per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità della pubblica amministrazione. Civit e Dipartimento della funzione pubblica costituiscono i centri di responsabilità del sistema. Tutte le amministrazioni devono nominare un responsabile della prevenzione della corruzione e dotarsi del piano triennale predisposto dallo stesso responsabile. Per prevenire la corruzione, la legge interviene di nuovo sulla tematica della trasparenza dell'attività amministrativa

After a few advise of the European council, the Italian Parliament has passed a systematic law to avoid and put down the corruption and the unlawfulness in the Public administration. The Civit and the Public office Department are the system centre. All administrations must appoint their anticorruption manager and approve the three-year plan made by that manager. Avoiding corruption, the law carries on the subject of the knowability of the administrative activity

Sommario: 1. La struttura della legge n. 190/2012. 2. Il sistema dell'anticorruzione a livello nazionale e delle singole amministrazioni. 3. Presupposti e condizioni per l'effettività del ruolo del responsabile della prevenzione della corruzione.

1. La struttura della legge n. 190/2012.

La legge anticorruzione n. 190 del 6.11.2012, pubblicata in G.U. del 13.11.2012 ed entrata in vigore il 28.11.2012, può essere suddivisa in due macrogruppi di disposizioni rispettivamente finalizzate:

a) all'opera di prevenzione e contrasto dei fenomeni di corruzione; da precisare che questo gruppo di norme viene ad articolarsi nelle disposizioni che direttamente pongono in essere quello che si potrebbe indicare come il sistema nazionale e territoriale anticorruzione (i soggetti; il piano nazionale ed i piani triennali della prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni, le responsabilità) nonché in una serie di disposizioni che intervengono sulla tematica della trasparenza e che introducono alcune modifiche a preesistenti normative - l. n. 241/90; d.lgs. n.

165/2001, con particolare riguardo alla disciplina sulle incompatibilità, gli incarichi dirigenziali e gli illeciti e sanzioni disciplinari; d.lgs. n. 163/2006; l. n. 20/1994 -, sì da rendere la pubblica amministrazione meglio attrezzata per prevenire l'attecchire della corruzione;

b) alla introduzione di modifiche al titolo II del codice penale "Dei delitti contro la pubblica amministrazione", che ha riguardato i reati di corruzione e concussione, modifiche alle pene edittali dei reati di peculato e abuso d'ufficio nonché la previsione delle due nuove ipotesi di reato di "Traffico di influenze illecite" (346 bis c.p.) e di "Corruzione fra privati" (2635 c.c.), completandosi, infine, tale gruppo di disposizioni, con le modificazioni connesse e consequenziali alle normative che abbiano attinenza con tali reati.

2. Il sistema dell'anticorruzione a livello nazionale e delle singole amministrazioni.

Il sistema nazionale anticorruzione è strutturato con al vertice l'Autorità nazionale anticorruzione, individuata dalla legge nella commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche/Civit, e formato, poi, da una serie di organi fra loro coordinati, con vari compiti e responsabilità, in grado di svolgere attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

Un ruolo centrale è affidato dalla legge al Dipartimento della funzione pubblica.

Nelle Pubbliche amministrazioni statali dovrà essere individuato, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione.

Con la circ. n. 1/2013 del dipartimento della funzione pubblica sono stati enucleati i requisiti, la durata e il trattamento dell'incarico. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salvo diversa e motivata determinazione. Il prefetto, su richiesta, fornisce il necessario supporto tecnico e informativo agli enti locali, anche al fine di assicurare che i piani siano formulati e adottati nel rispetto delle linee guida contenute nel piano nazionale approvato dall'Autorità nazionale anticorruzione.

I responsabili della prevenzione e della corruzione sono individuati da ciascun organo di indirizzo politico delle pubbliche amministrazioni; organo di indirizzo politico cui compete adottare, su proposta del responsabile, il piano triennale di prevenzione della corruzione, curandone la trasmissione al dipartimento della funzione pubblica.

per il suo funzionamento a regime la legge prevede, come accennato, che sia predisposto (dal dipartimento della funzione pubblica) e approvato (dalla commissione) il piano nazionale anticorruzione.

Dalla legge è previsto (co. 5) che le amministrazioni centrali (statali) *“definiscano un piano di prevenzione della corruzione che fornisce una valutazione del diverso livello di*

esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indica gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio”.

Dopo la detta previsione per le amministrazioni centrali, ai successivi co. 7 e 8 dello stesso articolo 1 si prevedono obblighi che sicuramente si riferiscono (per testuale indicazione) agli enti locali, ma che sembrerebbe proprio riguardino tutte le pubbliche amministrazioni.

Come sopra detto, tali obblighi comportano che venga sempre individuato il responsabile della prevenzione della corruzione, cui compete la predisposizione del piano triennale di prevenzione della corruzione, curandone, poi, dopo l'adozione, la sua attuazione.

A tale dirigente compete altresì definire procedure appropriate per selezionare e formare i dipendenti che operano nei settori più esposti. Sia l'individuazione del responsabile che l'adozione del piano è demandato a *“l'organo di indirizzo politico”*, che implicherà, quindi, individuarlo concretamente in ogni singola amministrazione. Anche i piani triennali, fra cui quelli degli enti locali, come i piani delle pubbliche amministrazioni centrali di cui al succitato co. 5, devono essere trasmessi al dipartimento della funzione pubblica. Il piano nazionale fungerà da punto di riferimento per la elaborazione dei singoli piani triennali e allo stesso tempo, stante la funzione di snodo/raccordo con tutte le pubbliche amministrazioni da assicurarsi dal dipartimento della funzione pubblica, il piano nazionale stesso, con le sue dinamiche di aggiornamento, non potrà prescindere dai dati e le informazioni di provenienza territoriale.

Per la individuazione dei contenuti del piano triennale il criterio seguito dalla legge è quello di aver individuato le esigenze da soddisfare, che costituiscono quindi il riferimento per la concretizzazione dei contenuti stessi.

Tali esigenze/contenuti sono indicati dall'art. 1, co. 9 (individuazione delle attività a rischio corruzione, a partire da quelle indicate al co. 16 dello stesso art. 1; previsione di meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonee a prevenire il rischio corruzione nonché di informativa al responsabile ai fini del controllo sull'attuazione del piano; monitoraggio sul rispetto dei ter-

mini sulla conclusione dei procedimenti nonché sui rapporti fra l'amministrazione ed i soggetti contraenti o beneficiari di utilità).

In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato (co. 12) il legislatore non è andato certo leggero sulle conseguenze a carico del responsabile della prevenzione della corruzione (co. 12).

Sono previsti tre profili di responsabilità: dirigenziale, disciplinare ed anche erariale per danno all'immagine (si consideri che la legge anticorruzione è stata l'occasione per integrare la l. n. 20 del 1994 concernente Disposizioni in materia di giudizi e controllo della Corte dei conti con l'inserimento degli articoli 1 *sexies* e 1 *septies* recanti la disciplina sulle modalità di determinazione dell'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione e sulle garanzie patrimoniali cautelari).

Quella prevista dalla l. n. 190 costituisce un particolare tipo di responsabilità da cui si può essere esonerati solo provando che il fatto/reato si è verificato nonostante le azioni positive del responsabile consistenti, come previsto al co. 12, di aver predisposto prima del fatto, il piano (circostanza oggettiva facilmente dimostrabile) ma anche (e questo, come è facile intendere, è l'aspetto più critico circa l'allegazione degli elementi probanti per escludere la imputabilità) di aver svolto i compiti di verifica dell'efficace attuazione, osservanza e riconformazione, in caso di necessità del piano stesso. E' stata delineata dalla legge una ipotesi di presunzione di responsabilità superabile dal soggetto ad essa sottoposto solo fornendo le prove di aver adempiuto ai suoi doveri d'ufficio nei termini previsti da una legge ancora tutta da sperimentare.

E' una classica fattispecie in cui è previsto, rispetto alle regole generali sulla imputabilità e colpevolezza di un fatto, l'inversione dell'onere della prova per poter rientrare nelle ipotesi di esclusione della colpevolezza. Per com'è configurata dalla legge la fattispecie presenta non pochi caratteri della responsabilità oggettiva.

Poiché costituisce fattore determinante per il contrasto ai fenomeni corruttivi quello della

massima conoscibilità e accessibilità alle informazioni sull'azione della pubblica amministrazione, con la l. n. 190 prosegue l'impegno del legislatore a rendere massimamente trasparente l'amministrazione. A partire dal co. 15 dell'art. 1 sono previste una serie di disposizioni, sia di immediata applicazione, sia da attuare attraverso deleghe legislative al Governo, sulla trasparenza dell'attività amministrativa.

3. Presupposti e condizioni per l'effettività del ruolo del responsabile della prevenzione della corruzione.

Si è indubbiamente in presenza di un impegno del tutto inedito, almeno nel modo organico e sistematico previsto dalla legge.

Se si vuole evitare il rischio di applicazioni burocratiche, più volte a procurarsi le carte in regola per eventuali chiamate di responsabilità piuttosto che a contrastare sul serio il fenomeno, allora su tale obiettivo occorre investire concretamente in formazione e messa in opera di *network* capaci di garantire la circolarità delle esperienze e delle conoscenze in modo da far crescere costantemente gli anticorpi contro la corruzione.

In mancanza di siffatta impostazione del lavoro si potrebbe ricadere nella ben conosciuta esperienza di credere che una questione riguardante la pubblica amministrazione sia affrontata e risolta sol perché lo si è scritto in una legge.

Un'ulteriore considerazione si impone sulla figura e posizione del responsabile della prevenzione della corruzione.

Le politiche nazionali anticorruzione raggiungeranno tutte le amministrazioni attraverso lo strumento, da adottare da ogni amministrazione, del piano triennale della prevenzione della corruzione.

Il regista della complessa operazione di progettazione e di attuazione e controllo dell'osservanza del piano è individuato nel responsabile della prevenzione della corruzione con il coinvolgimento attivo dei gruppi dirigenti di ciascuna amministrazione.

Già il legislatore nell'individuare tale figura fra i dirigenti "*delle fasce superiori*" e nel segretario per gli enti locali viene ad evidenziare come si tratti di una funzione che ri-

chiede una collocazione organizzativa in grado di esercitare efficacemente poteri molto estesi e penetranti.

Sul punto si deve anzitutto far rilevare che al responsabile vengono affidati compiti che postulano penetranti strumenti conoscitivi dell'intera propria amministrazione, che dovranno esplicarsi sia nella fase di predisposizione del piano e sia, ancor più, in quella dell'attuazione e della verifica dell'osservanza del piano stesso. Si deve considerare, poi, che tali poteri possono dover a fare i conti con situazioni nelle quali si possono annidare in-

trecci di interessi se non connivenze o comunque tolleranze che non saranno lì ad applaudire il responsabile della prevenzione della corruzione.

Ebbene, questi dirigenti, il segretario nel caso degli enti locali, sono attrezzati adeguatamente quanto a poteri ed indipendenza da condizionamenti diretti e indiretti sulla propria posizione per poter esercitare tale funzione?

Di sicuro è prevedibile che sulla questione nazionale del contrasto alla corruzione il futuro ci prepari un lungo cammino.

«.....GA.....»

IMPRESA IN UN GIORNO: NOVITÀ PREVISTE DAL NUOVO ART. 19 DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

della Dott.ssa Valeria Puddighinu

Non più autorizzazioni: con la riforma dell'art. 19 della l. 241/1990, è oggi possibile avviare un'attività artigiana e/o commerciale con la sola produzione della "Segnalazione certificata di inizio attività" redatta in conformità ai requisiti di legge.

No more permissions: with the reform of article 19 of law n. 241/1990, it is now possible to start a commercial activity with only the production of the "Report certified logon" drafted in accordance with legal requirements.

Sommario: 1. Premessa. 2. Caratteri innovativi della S.C.I.A.. 3. Spazi d'intervento della P.A.. 4. Prospettive future della nuova disciplina.

1. Premessa.

Il nuovo¹ art. 19 della l. 241/1990 ha innovato l'impianto normativo italiano circa l'apertura di nuovi esercizi commerciali.

Si tratta dell'introduzione di un atto, denominato Segnalazione Certificata di Inizio Attività, studiato in chiave semplificativa sul piano del rapporto privato - P.A. e di liberalizzazione sul piano dell'agevolazione dei privati all'ingresso nel mondo dell'artigianato e dell'imprenditoria commerciale.

L'acronimo S.C.I.A. è il diretto discendente della D.I.A., già nota agli studiosi del diritto amministrativo come l'atto di raccordo tra il privato e la P.A. nell'ambito delle attività artigianali ed imprenditoriali, istituito dalla prima versione della l. n. 241/1990.

Fino all'ultima decade dello scorso secolo, il rapporto del privato con la P.A. circa l'avvio di tale attività era caratterizzato dalla prevalente rigidità e formalità autorizzatoria o concessiva dell'amministrazione nei confronti del privato ma, senza dubbio, la tendenza alla liberalizzazione del mercato occidentale ha spinto il legislatore nazionale ad aggiornare questa disciplina.

L'idea "dell'impresa in un giorno" diventa realtà con la S.C.I.A. ed è tale assoluta no-

vità, sia sul piano della legislazione che su quello dell'economia stessa dell'Italia, che è tanta l'attenzione degli operatori del diritto su questa nuova frontiera del diritto amministrativo.

In giurisprudenza si è già pronunciato il Consiglio di Stato che ha delineato, attraverso un *excursus* storico dell'art. 19, le caratteristiche dello strumento amministrativo in oggetto².

2. Caratteri innovativi della S.C.I.A..

La disposizione normativa in oggetto prevede l'invio da parte dell'interessato all'amministrazione³ di una segnalazione certificata di inizio attività che sostituisce ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque de-

² Adunanza plenaria n. 15 del 2011, preliminarmente a quanto si dirà nel prosieguo:

- ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. a, n. 3, del c.p.a., in materia di dichiarazione di inizio attività sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;
- il modello della S.C.I.A. è stato recepito dal d.P.R. n. 159/2010, in materia di accreditamento delle agenzie delle imprese, e dal d.P.R. n. 160/2010, in tema di sportello unico delle attività produttive.

³ Precisamente, si tratta dello Sportello Unico delle Attività Produttive, così come indicato nel regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo Suap di cui al d.P.R. n. 160/2010.

¹ Riformato ad opera dell'art. 49, co. 4 bis, del d.l. n. 78/2010 e convertito, con modificazioni, in l. n. 122/2010.

nominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non è previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi⁴.

Gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria non possono essere certificati tramite S.c.i.a.. Trattasi, infatti, di materie nelle quali il legislatore, comprensibilmente, ha ritenuto di non poter affidare al privato la libera iniziativa commerciale.

La S.C.I.A. deve essere corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli artt. 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. n. 445/2000 in materia di documentazione amministrativa, nonché dalle attestazioni ed asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese⁵ relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo. Tali attestazioni ed asseverazioni sono corredate, inoltre, dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.

Nei casi in cui la legge preveda l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o

certificazioni del comma *de quo*, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti.

La S.C.I.A., unita alle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché agli relativi elaborati tecnici, può essere presentata mediante posta raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezioni dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione.

Il privato ha, quindi, la fruttuosa possibilità di dare avvio ad un'attività artigiana o commerciale ma deve comunque rispettare tutti gli oneri di allegazione delle certificazioni sostitutive, e soprattutto, deve possedere i requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale affinché la Segnalazione sia correttamente stilata e, quindi, produca gli effetti di immediata validità ed efficacia previsti dalla norma.

L'attività oggetto della S.c.i.a. può essere avviata dalla data di presentazione all'amministrazione competente e, dunque, immediatamente. Sotto la precedente disciplina, alla D.I.A. seguiva l'avvio dell'attività soltanto dopo il decorso di 30 giorni dalla data di comunicazione della dichiarazione alla P.A. competente.

In questo lasso di tempo la P.A. poteva accertare la carenza dei requisiti e dei presupposti descritti nella D.I.A. e, nel caso di suo silenzio in proposito, alla scadenza del termine tale mancata manifestazione di volontà dell'autorità pubblica dava luogo alla sua interpretazione come "*silenzio-assenso*" e alla conseguente possibilità per il privato di dare avvio all'attività per cui aveva presentato la D.I.A..

Questa tempistica dei 30 giorni è stata eliminata dal nuovo art. 19: il privato può iniziare l'attività immediatamente, senza dover aspettare che l'Amministrazione abbia il tempo di pronunciarsi.

3.Spazi d'intervento della P.A..

Date le suddette innovazioni, tuttavia non può ritenersi che l'amministrazione coinvolta non possa esercitare alcuna forma d'intervento sulla S.C.I.A..

⁴Le disposizioni in commento non si applicano alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, a quelle regolate dal T.U.B, di cui al d.lgs. n. 385/1993 e a quelle regolate dal T.U.I.F., di cui al d.lgs. n. 58/1998.

⁵Di cui all' art. 38, co. 4, del d.l. n.112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008.

Per espressa previsione normativa, infatti, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al co. 1, nel termine di 60 giorni dal ricevimento della S.C.I.A., l'amministrazione competente può adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni: solo il loro possesso legittima il privato ad avviare un'attività che può essere "segnalata".

In ogni caso, decorsi i 60 giorni senza l'intervento della P.A., è fatto, comunque, salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* (revoca del provvedimento) e 21 *nonies* (annullamento d'ufficio del provvedimento) della stessa l. 241/1990. In caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali previste, può sempre ed in ogni tempo adottare i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi della stessa. È, altresì,

previsto un ulteriore intervento della P.A. solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

4. Prospettive future della nuova disciplina.

Dalla lettura del nuovo art.19 si trae indubbiamente il monito del legislatore agli organi amministrativi coinvolti a rendere più veloce l'esercizio dell'attività amministrativa e della relativa burocrazia in sede di verifica dei requisiti e delle asseverazioni indicati nella S.C.I.A..

Posto che i poteri della P.A. sono stati delineati esclusivamente come successivi alla presentazione della S.C.I.A., deve ritenersi che i relativi provvedimenti devono giungere all'interessato nel termine dei 60 giorni dalla presentazione della S.c.i.a, pena l'esercizio tardivo del potere amministrativo e del conseguente consolidamento degli effetti della S.C.I.A..

È da questo ultimo aspetto che dipenderà il successo della semplificazione attuata con lo strumento in parola.

GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 13.9.2012, n. 217

Bilancio pubblico - riparto di competenze Stato/Regioni - artt. 2, co. 106; 10, co. 25; 12, coo. 26, 28 e 33, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 11.8.2011, n. 11 (Assestamento del bilancio 2011 e del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 ai sensi dell'articolo 34 della legge regionale n. 21 del 2007) - concessione di un contributo al Consorzio per lo sviluppo Industriale della zona dell'Aussa Corno a sollievo degli oneri sostenuti per l'esercizio della facoltà di riacquisto della proprietà di aree cedute - art. 2, coo. 70 e 85, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011 - Misure a sostegno dei rivenditori di generi di monopolio - previsione di incentivi per l'imprenditoria femminile - asserito contrasto con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato (Regolamento CE di esenzione n. 800/2008, della Commissione delle Comunità europee del 6.8.2008, Commissione delle Comunità europee, Regolamento CE de minimis n. 1998/2006 della Commissione delle Comunità europee del 15.12. 2006)

Sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 2, co. 106; 10, co. 25; 12, co. 26, 28 e 33, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 11.8.2011, n. 11 (Assestamento del bilancio 2011 e del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 ai sensi dell'art. 34 della l. regionale n. 21 del 2007); E' costituzionalmente illegittimo l'art. 7, co. 51, della l. della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, in riferimento agli effetti da esso prodotti per il solo anno 2011; Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, coo. 70 e 85, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, promosse, in riferimento all'art. 117, co. 1, della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso in epigrafe; Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 91, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, promossa, in riferimento all'art. 117, co. 1 e 2, lett. e),

della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso in epigrafe; Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, co. 25, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia n. 11 del 2011, promossa, in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. s), della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso in epigrafe.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.7.2012 n. 4119
Commercio - licenza - rivendita speciale di tabacchi - distanza con altre rivendite di generi di monopolio - commercio di vendita al pubblico.

L'istituzione o il trasferimento di una rivendita speciale di tabacchi, ai sensi dell' art. 53, d.P.R. 10.10.1958, n. 1074, non postula necessariamente il rispetto di requisiti minimi né della densità della popolazione della zona né della distanza con altre rivendite di generi di monopolio, condizioni queste invece rilevanti solo tra le rivendite ordinarie, questo aspetto, rientrando nella discrezionalità della P.A., può rilevare, nel caso in cui la distanza assuma un rilievo tale (rivendite poste a pochi metri l'una dall'altra) da rendere inconciliabile la contemporanea presenza di due rivendite. Nella specie, si richiama il principio per cui i passeggeri della metropolitana costituiscono utenza diversa e distinta da quella stanziale propria delle rivendite ordinarie.

Il rilascio dell'autorizzazione a gestire una rivendita speciale di tabacchi e generi di monopolio non lede i diritti dei titolari delle circostanti rivendite ordinarie, in quanto con la rivendita speciale sono soddisfatte particolari esigenze di pubblico servizio, anche di carattere temporaneo, in una serie di luoghi specifici, nelle stazioni ferroviarie, marittime, tranviarie, automobilistiche, delle avioinee e di servizio automobilistico, nelle caserme e nelle case di pena, nonché ovunque siano riconosciute necessità di servizio alle quali non possa sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino.

Consiglio di Stato, VI, 23.2.2012, n. 1015

Energia - fonti rinnovabili - incentivi CIP 6/92 - termini decadenziali - inosservanza - inerzia della P.A. - danno da ritardo.

I termini decadenziali previsti dall'art. 15 del d.lgs. n. 79/1999 per l'accesso alle incentivazioni CIP 6/92 - in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili - entro i quali i produttori sono chiamati ad ottenere l'autorizzazione alla realizzazione dell'impianto e presentarla all'A.E.E.G., non cambiano natura in ragione del fatto che l'inosservanza del termine sia causata dall'inerzia della P.A., per cui il rispetto di quei termini è condizione necessaria per il diritto a percepire le incentivazioni previste dal provvedimento CIP n. 6/92. Tale circostanza, infatti, ricorrendone i presupposti, rileva come fonte di una responsabilità risarcitoria in capo all'Amministrazione colpevolmente inerte. Il danno da ritardo può, infatti, certamente comprendere anche gli effetti che il ritardo produce sull'esito di procedimenti collegati a quello in cui è maturato.

TAR Puglia, Le, I, 11.2.2013, n. 298

Industria e commercio - attività commerciale - strutture di vendita - vicinitas - concetto - rimodulazione in senso espansivo - medesimo bacino di utenza commerciale - parametro - elementi da dimostrare.

Nel caso di strutture di vendita, vi è stata una rimodulazione, in senso espansivo, del concetto di vicinitas, che viene misurato col parametro del 'medesimo bacino di utenza commerciale, sicché è necessario analizzare in via comparativa le caratteristiche dell'offerta commerciale delle strutture di vendita; pertanto, trattandosi di condizione dell'azione, se non è necessario che tale danno fondante la legittimazione ad agire sia concretamente provato nella sua effettiva consistenza, venendo esso in rilievo in chiave meramente potenziale, occorre nondimeno che lo stesso venga prospettato in modo non implausibile e suffragato da elementi di prova dotati di apprezzabile significatività, specie a fronte dell'altrui contestazione di tale condizione.

TAR Puglia, Le, II, 5.9.2012, n. 1463

Industria e commercio - regime agevolativo forfetario ex art. 63 co. 2 lett. f), d. lgs.

15.12.1997, n. 446.

Sulla base della normativa vigente è lecito inferire le seguenti conclusioni:

a) la produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici (e in generale da fonti rinnovabili) non può essere considerata alla stregua di qualsiasi bene commerciabile in una economia di libero mercato in relazione ai ripetuti interventi del legislatore e dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, diretti alla regolamentazione del relativo mercato, attraverso la determinazione di tariffe incentivanti e di prezzi minimi garantiti;
b) deve ritenersi incompatibile con il favore mostrato da norme anche di rango primario per la realizzazione e la gestione degli impianti fotovoltaici una disciplina regolamentare che assoggetti il trasporto della energia derivante da fonti rinnovabili ad un onere maggiormente oneroso di quello previsto per il trasporto di energia elettrica da fonti energetiche non rinnovabili (ad esempio, gas naturale);
c) la lievitazione dei costi di gestione degli impianti fotovoltaici (tra i quali debbono essere inclusi anche quelli relativi al trasporto della energia prodotta) non può che ripercuotersi, nel lungo periodo, sugli utenti finali della energia elettrica prodotta, con conseguente elusione della finalità cui è preordinato il regime concessorio differenziato previsto dall'art. 63 co. 2, lett. f), del d.lgs. 15.12.1997, n. 446 e s.m.i.

Anche le aziende che realizzano impianti fotovoltaici per la produzione di energia elettrica devono essere ammesse a fruire, con riguardo agli elettrodotti interrati nelle strade comunali o provinciali, del regime agevolativo forfetario di cui all'art. 63 co. 2 lett. f), d. lgs. 15.12.1997 n.446, dovendo dette aziende essere assimilate a quelle svolgenti un'attività strumentale ad un pubblico servizio.

TAR, Basilicata, 19.4.2012, n. 67

Ordinanza sospensiva.

Va sospesa la delibera in forza della quale INVITALIA S.p.A. (Agenzia Nazionale Per L'Attrazione degli Investimenti e Lo Sviluppo D'Impresa Spa) ha rigettato la domanda di ammissione alle agevolazioni di cui al d.lgs. n. 185/00 (Incentivi all'autoimprenditorialità e all'autoimpiego), presentata dalla Società



ricorrente per asserita “non conformità alla normativa vigente”; Considerato che il ricorso appare, in base ad una sommaria “cognitio”

propria della presente fase cautelare, assistito dal requisito del “fumus” con riferimento al secondo motivo.

«.....GA:.....»

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CODICE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE: PUBBLICATO IN G.U. IL DECRETO CHE DISCIPLINA L'INDICE NAZIONALE DEGLI INDIRIZZI DI POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA DELLE IMPRESE E DEI PROFESSIONISTI (INI-PEC)

L'art. 6 bis, co. 1, del d.lgs. 7.3.2005, n. 82 concernente "Codice delle amministrazione digitale", istituisce presso il Ministero dello sviluppo economico il pubblico elenco denominato "Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti (INI-PEC)". A sua volta i coo. 6 e 7 dell'art. 16 del d.l. 29.11.2008, n.185 hanno introdotto l'obbligo, per le imprese costituite in forma societaria e per i professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato, di comunicare il proprio indirizzo di posta elettronica certificata rispettivamente al Registro delle Imprese e agli Ordini Collegi professionali di appartenenza, poi esteso anche alle imprese individuali dalla l. n. 221/2012. Con il decreto in esame vengono stabilite: a) la modalita' di realizzazione e gestione operativa dell'INI-PEC, nonche' le modalita' di accesso allo stesso; b) le modalita' e le forme con cui gli Ordini ed i Collegi professionali comunicano e aggiornano gli indirizzi di posta elettronica certificata relativi ai professionisti di propria competenza. Per la gestione il Ministero si avvale di InfoCamere attraverso una infrastruttura tecnologica e di sicurezza, che rende disponibili gli indirizzi PEC per il tramite del Portale telematico, suddiviso in due sezioni ovvero "Sezione Imprese" e "Sezione Professionisti", il quale consente l'acquisizione e la fruizione delle informazioni in formato aperto. L'accesso all'INI-PEC e' consentito alle pubbliche amministrazioni, ai

professionisti, alle imprese, ai gestori o esercenti di pubblici servizi ed a tutti i cittadini tramite il Portale telematico consultabile senza necessita' di autenticazione (Decreto Ministero dello Sviluppo Economico 19.3.2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 83 del 9.4.2013).

«..... GA.....»

PAGAMENTI DELLA PA: NUOVO PROGRAMMA RIUSABILE PER LA GESTIONE SANITARIA

*L'Agenzia per l'Italia Digitale rende noto che il Catalogo del Riuso si arricchisce di un nuovo programma per la gestione dei pagamenti in ambito sanitario. Il Sistema Regionale Accordo Pagamenti (SIRAP), realizzato dalla Regione Lazio, è un programma che consente di gestire in maniera coerente e uniforme le fatturazioni e i relativi pagamenti dei fornitori delle Aziende Sanitarie e delle Aziende ospedaliere della Regione Lazio. Il software sviluppato assume una forte rilevanza alla luce dei ritardi nei pagamenti accumulati dalle pubbliche amministrazioni e si propone come utile strumento per la razionalizzazione della spesa pubblica in termini di riduzione degli interessi per le somme dovute, del contenzioso e dell'abbassamento del numero dei giorni per effettuare i pagamenti. Le amministrazioni che desiderano chiarimenti sull'utilizzo dei programmi presenti nel catalogo o supporto nell'inserimento di nuovi prodotti possono rivolgersi al Centro di competenza sul Riuso tramite posta elettronica (inforiuso@digitpa.gov.it; protocollo@pec.agid.gov.it;) o telefono 06 85264295 (**DigitPA, comunicato del 12.4.2013**).*

«..... GA.....»

TRASPARENZA DELLE P.A.: IL CORRETTO UTILIZZO DELL'APPLICATIVO ISTITUZIONALE DI G.A. EVITA LE SANZIONI DETTATE DAL D.LGS. N. 33/2013

*La Funzione Pubblica indica tutte le sanzioni introdotte dalla nuova normativa di riordino della disciplina riguardante la trasparenza, pubblicità e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Si ricorda agli utenti che l'applicativo per adeguare i siti internet alla nuova normativa e' gratuitamente fruibile da tutte le amministrazioni che possono da subito inviare via mail alla Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana (info@gazzettaamministrativa.it) la richiesta di attivazione dell'applicativo web. Tutte le P.A. verranno contattate direttamente dallo staff tecnico/giuridico ed a breve verrà attivata una apposita sezione on line sul sito www.gazzettaamministrativa.it nella quale verranno fornite tutte le informazioni utili (**Funzione Pubblica, comunicato del 11.4.2013**).*

«..... GA.....»

NASCE IL PASSAPORTO EUROPEO DELLE COMPETENZE PER MIGLIORARE LA PRESENTAZIONE DEL PROPRIO CURRICULUM VITAE

*Importanti novità dalla Commissione Europea: è nato il Passaporto Europeo delle Competenze. L'Agenzia Nazionale per i giovani rende nota tale novità che consente di raccogliere in un unico documento tutte le proprie competenze e qualifiche, frutto dell'individuale percorso educativo e formativo. Il passaporto permette di migliorare la presentazione del proprio CV ed è disponibile in 26 lingue sul portale Europass, usufruendo del supporto di un editor online per la creazione. Per creare il passaporto cliccare sul titolo sopra linkato per accedere direttamente al relativo sito europass (**Agenzia Nazionale per i Giovani, europass del 14.2.2012**).*

«..... GA.....»

E' ON LINE "PALOMA", IL NUOVO SISTEMA DELL'AGENZIA DEL DEMANIO PER FACILITARE LA LOCAZIONE O LA VENDITA DI IMMOBILI DA DESTINARE ALLE ESIGENZE DELLE AMMINISTRAZIONI

*P@loma è il nuovo applicativo fornito dall'Agenzia del Demanio che consente agli utenti (persone fisiche, persone giuridiche, Enti Pubblici Territoriali ed Enti Pubblici) di proporre in locazione o in locazione e vendita immobili da destinare al soddisfacimento delle esigenze di spazio delle Amministrazioni Statali. Gli utenti interessati possono accedere a questa nuova piattaforma e registrarsi al sistema inserendo le informazioni sugli immobili. I dati raccolti verranno utilizzati dall'Agenzia e segnalati alle Amministrazioni dello Stato, consentendo in tal modo alle amministrazioni statali interessate l'acquisizione di immobili. Clicca sul titolo sopra linkato per accedere direttamente alla nuova piattaforma "Paloma" (**Agenzia del Demanio, Sistemi Innovativi, news del 9.2.2013**).*

«..... GA.....»

E' VIETATO METTERE ON LINE INFORMAZIONI SULLO STATO DI SALUTE

Il Garante ha sanzionato due amministrazioni pubbliche per violazione della riservatezza, vietando al Comune di Siderno e alla Asl Napoli 2 Nord l'ulteriore diffusione in Internet, in qualsiasi area del loro sito istituzionale, dei dati sulla salute rispettivamente di cittadini disabili e di persone che hanno beneficiato di rimborsi per spese sanitarie. Alle due amministrazioni, inoltre, è stato prescritto di conformare la pubblicazione on line di atti e documenti alle disposizioni contenute nel Codice privacy e nelle Linee guida del 2 marzo 2011 [doc. web n. 1793203], rispettando, in particolare, il divieto di diffusione di dati sulla salute. Nel disporre i divieti il Garante ha dichiarato illecito il trattamento di dati effettuato dal Comune e dalla Asl perché in con-

trasto con la norma che vieta ai soggetti pubblici di diffondere i dati da cui si possano desumere malattie, patologie e qualsiasi riferimento a invalidità, disabilità o handicap fisici o psichici. Dagli accertamenti effettuati dal Garante a seguito di segnalazioni telefoniche è risultato infatti che sul sito del Comune era liberamente consultabile un allegato al Piano comunale di protezione civile contenente l'elenco delle persone non autosufficienti che abitano da sole o con altri inabili. Nell'allegato erano riportati in chiaro il nome e cognome, la sigla della disabilità oppure la sua indicazione per esteso (es. non vedente) e in

alcuni casi anche la data di nascita e/o l'indirizzo della persona non autosufficiente. Mentre sul sito della Asl, nella sezione dedicata all'albo pretorio, erano presenti le determinazioni con le liquidazioni degli indennizzi per patologie contratte per cause di servizio, rimborsi per spese sanitarie (anche a favore di trapiantati o di persone affette da determinate patologie), che riportavano in chiaro il nominativo e/o il codice fiscale degli interessati o dei familiari che avevano beneficiato dei rimborsi (**Garante per la protezione dei dati personali, comunicato n. 368/2013**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI**IL PROCEDIMENTO UNICO DI AUTORIZZAZIONE ALLA PRODUZIONE DI ENERGIE RINNOVABILI**

del Prof. Avv. Maurizio Asprone

In aderenza alla dottrina, la giurisprudenza ha affermato l'indispensabilità di operare un richiamo ad un livello di governo superiore nel caso di dissenso espresso da un Ente preposto alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale nelle ipotesi di procedimento unico di autorizzazione alla produzione di energie rinnovabili.

In adherence to the doctrine, the Court has affirmed the indispensability of operating a call to a higher level of government in the event of disagreement expressed by a body responsible for environmental protection, landscape and territorial cohesion in the hypothesis of a single authorization procedure for the production of renewable energy.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il procedimento unico di autorizzazione alla produzione di energie rinnovabili. 3. Considerazioni conclusive.

1.Premessa.

Il presente articolo attiene ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato (n. 3039 del 17.4.2012), la quale si occupa del procedimento unico di autorizzazione alla costruzione, l'esercizio e la modifica di impianti di produzione di energia di fonti rinnovabili e delle opere ad essi connesse.

L'autorizzazione unica rappresenta una delle modalità necessarie alla costituzione di impianti di produzione energetica di fonti rinnovabili.

2.Il procedimento unico di autorizzazione alla produzione di energie rinnovabili.

Difatti, le modalità previste sono: la semplice comunicazione preventiva al Comune che oggi si chiama C.E.L. (Comunicazione in Edilizia Libera), la P.A.S. (Procedura Abilitativa Semplificata, ex D.I.A. - Dichiarazione di Inizio Attività) o l'Autorizzazione Unica (AU).

Questi istituti vengono definiti nel d. lgs. n. 28 del 3.3.2011 (art. 6).

Occorre peraltro ricordare che la realizza-

zione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica in quanto tale non era - e tuttora non è - soggetto ad autorizzazione specifica.

L'installazione e, talvolta, l'esercizio di ogni impianto, a seconda delle sue caratteristiche, necessita di una pluralità di atti di assenso, ciascuno dei quali volto ad esaminare l'iniziativa alla luce di specifici parametri (il contenuto di tutela di un vicolo paesaggistico, gli indici urbanistici di un PRG, le soglie alle emissioni, etc.) e ciascuno dei quali rilasciato da una amministrazione preposta alla tutela di uno specifico interesse pubblico (la salute, l'integrità del paesaggio, il traffico aereo etc.).

Dal 3.10.2010 sono entrate in vigore le nuove linee guida nazionali per l'iter autorizzativo finalizzato alla installazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili.

L'obiettivo di tali linee guida, è quello di snellire e uniformare a livello nazionale il procedimento autorizzativo.

Infatti, fino ad oggi, la mancanza di linee guida nazionali ha fatto sì che in ogni Regio-

ne si adottassero criteri propri, legiferando di fatto in maniera autonoma, cosicché ogni Regione ha adottato fino ad ora proprie deliberazioni per individuare i criteri e le autorizzazioni necessarie.

Le linee guida per l'autorizzazione degli impianti a fonti rinnovabili, pubblicate in G.U. n. 218 il 19.9.2010, sono state create con l'intento di affrontare e definire alcuni problemi interpretativi della precedente normativa, nello specifico l'art. 12 del d.lgs 387/2003 (articolo questo al centro dell'analisi compiuta dal Consiglio di Stato).

Quest'ultimo decreto ha dato un ampio potere decisionale alle Regioni che spesso hanno legiferato arbitrariamente in favore di procedure autorizzative semplificate facendo bastare la semplice Denuncia di Inizio Attività (D.I.A.) (oggi S.C.I.A.) laddove, invece, doveva prevedersi l'Autorizzazione Unica (A.U.), procedimento autorizzativo più complesso e "tutelante" del territorio, per autorizzare le installazioni di impianti eolici e fotovoltaici.

Le linee guida sono state individuate quindi con lo scopo di uniformare i criteri autorizzativi a livello nazionale individuando una disciplina specifica, dettagliata e univoca.

Il testo è diviso in quattro parti principali: la prima è sul campo di applicazione delle linee guida, la seconda sul regime autorizzatorio, la terza individua il procedimento per il rilascio dell'Autorizzazione Unica e la quarta parte esplica i criteri per l'inserimento nel paesaggio e nel territorio delle installazioni.

Le linee guida vengono applicate negli iter procedurali per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione da fonti rinnovabili situati sulla terraferma, nonché per gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale (o riattivazione) degli stessi impianti.

Le linee guida sono applicabili, inoltre, per lo svolgimento di lavori connessi e per la costruzione di infrastrutture indispensabili alla messa in opera e funzionamento degli impianti medesimi.

In particolare, ci si avvale dello strumento della "Comunicazione in edilizia libera" (C.E.L.) per la realizzazione di impianti foto-

voltaici: aderenti o integrati nei tetti di edifici esistenti con la stessa inclinazione e lo stesso orientamento della falda e i cui componenti non modificano la sagoma degli edifici stessi; la cui superficie non è superiore a quella del tetto su cui viene realizzato; realizzati su edifici esistenti o sulle loro pertinenze; aventi una capacità di generazione compatibile con il regime di scambio sul posto (fino ai 200 Kw); realizzati al di fuori di una specifica zona ("zona A") definita con decreto del Ministro per i lavori pubblici (2.4.1968, n. 1444).

In questi casi basta la semplice comunicazione preventiva al Comune (anche per via telematica) di inizio lavori.

E' prevista invece la PAS ("Procedura Abilitativa Semplificata") per gli impianti fotovoltaici:

- non rientranti nell'elenco sopra indicato, ma comunque collocati sugli edifici e la cui superficie complessiva non sia superiore a quella del tetto dell'edificio sul quale i moduli sono collocati;
- non rientranti negli elenchi sopra indicati, ma aventi potenza comunque fino ai 20 Kw (come definito dalla finanziaria 2008 art. 2 co. 161).

Per quanto concerne, invece, quegli impianti non collocati su edifici superiori ai 20 Kw di potenza, essi necessitano dell'Autorizzazione Unica a seguito di Procedimento Unico, disciplinata dall'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003.

L'Autorizzazione Unica è un provvedimento che costituisce titolo a costruire e mettere in funzionamento un impianto (e le opere ad esso connesse) in conformità al progetto approvato e nei termini nel progetto previsti.

Nei casi in cui l'impianto è situato in zone particolari sottoposte a tutela, inoltre, deve essere fatta una comunicazione alle competenti soprintendenze per alcune verifiche.

Il decreto legislativo che ha dato luogo alle linee guida applicative del 2010 è il n. 387 del 2003.

Esso ha previsto all'art. 12 il procedimento unico a carico della Regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla stessa (di solito, la Provincia).

La norma ha lo scopo di dare attuazione a

quella disposizione della dir. 2001/77 (art. 6) intitolata “*procedure amministrative*” che assegnava agli Stati membri il compito di valutare l’attuale quadro legislativo e regolamentare delle procedure di autorizzazione applicabili agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili allo scopo di: ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all’aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili; razionalizzare ed accelerare le procedure all’opportuno livello amministrativo; garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili.

L’art. 12 non ha voluto, né d’altronde avrebbe potuto, introdurre nuove autorizzazioni all’esercizio di attività che, prima, ne erano esenti, prevedendo, infatti, che tutti i procedimenti di valutazione dell’iniziativa elettrica si svolgano nel contesto unitario di una Conferenza di servizi convocata dalla Regione entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta dell’autorizzazione unica.

La procedura si applica non soltanto agli impianti da realizzare *ex novo*, ma anche alle modifiche, ai potenziamenti, ai rifacimenti e alle riattivazioni di impianti esistenti e include l’esame delle opere connesse e delle infrastrutture indispensabili alla costruzione e all’esercizio.

Alla conferenza di servizi potranno essere invitate a partecipare soltanto le amministrazioni che, prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 387/03, avrebbero dovuto rilasciare per l’impianto un nulla-osta, un’autorizzazione, o qualunque altro atto permissivo, mentre non vi avranno comunque accesso amministrazioni per l’innanzi non coinvolte.

In realtà il procedimento unico non è regolato dall’art. 12 del d.lgs. 387/03, ma è descritto al capo IV della l. n. 241 del 1990 artt. 14 e seguenti, avente ad oggetto la c.d. “*Conferenza di servizi*”.

La Regione è, infatti, tenuta a convocarla entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta ed è estesa, come noto, a tutte - e solo a quelle - amministrazioni che già in forza della previgente disciplina erano comunque tenute a pronunciarsi sul progetto.

Tali amministrazioni partecipano ciascuna per mezzo di un unico rappresentante, legittimato ad esprimere in modo vincolante la volontà dell’amministrazione su tutte le decisioni di sua competenza.

Il procedimento prevede meccanismi di convocazione tali da impedire che l’assenza di uno dei designati, o la sua impossibilità a partecipare, possa paralizzare i lavori della Conferenza.

La “*Valutazione di Impatto Ambientale*” (VIA) resta, anche nel caso del procedimento unico, un *sub*-procedimento autonomo e la Conferenza di servizi si esprime solo dopo averla preventivamente acquisita.

Nel caso in cui la valutazione non intervenga, l’amministrazione competente provvede ad effettuarla in sede di Conferenza medesima.

L’art. 14 l. 241/1990 esordisce statuendo che “*qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento, l’amministrazione procedente può indire una conferenza di servizi*”.

Quest’ultima procede dunque ad un esame contestuale della proposta; il che implica che si dia vita ad un dialogo fra le amministrazioni volto all’esame del progetto per verificarne la compatibilità con ciascuno dei parametri che le amministrazioni devono assumere a riferimento delle proprie valutazioni e che, quando il progetto presenti degli elementi di contrasto con taluni di tali parametri di valutazione, siano individuate le soluzioni meglio in grado di congiuntamente soddisfare tutti gli interessi coinvolti.

Lo schema della Conferenza di servizi prevede, in ogni caso, che in un primo tempo la conferenza si esprima su un progetto preliminare, indicando quali siano le soluzioni progettuali, le modificazioni o le condizioni alle quali possono essere ottenuti tutti gli assenti necessari sul successivo progetto definitivo (art. 14 *bis* co. 2, detta “*Conferenza di servizi preliminare*”).

A norma del co. 7 dell’art. 14 *ter* si considera acquisito l’assenso dell’amministrazione che, entro un certo termine dalla conclusione del procedimento, abbia taciuto o non abbia notificato il proprio motivato dissenso o, ov-

viamente, non abbia impugnato la determinazione conclusiva della Conferenza, secondo un meccanismo anch'esso volto ad impedire che l'ostruzionismo di un'amministrazione possa determinare la paralisi del procedimento.

Ma l'articolo della l. 241/90 che maggiormente rileva per la questione trattata dalla sentenza del Consiglio di Stato è l'art. 14 quater circa *“gli effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi”*.

Difatti, nel caso di specie, la Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici del Molise aveva espresso in sede di Conferenza il proprio dissenso alla costruzione di un impianto eolico.

Il dissenso previsto dall'art. 14 quater deve contenere una serie di elementi fondamentali per essere manifestato validamente da un partecipante, a pena di inammissibilità: deve essere manifestato in Conferenza di servizi; deve essere congruamente motivato; non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscano oggetto della Conferenza e, infine; deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso (co. 1, art. 14 quater).

Nella stessa direzione si volge il co. 2 del medesimo art. 14 quater, laddove dispone che la Conferenza comunque, entro il termine fissato per la fine dei suoi lavori, ove vi siano dissensi, si pronunci sulla base della maggioranza delle posizioni espresse.

Tale regola subisce una palese eccezione per il caso in cui il dissenso provenga da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute (come nell'ipotesi considerata dalla sentenza), giacché in tal caso la decisione finale è rimessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, quando il soggetto dissenziente sia una amministrazione dello Stato, oppure alla Giunta Regionale (ovvero Provinciale, se il procedimento fosse stato delegato alla Provincia).

L'eccezione appena considerata (art. 14 quater, co. 3) è stata posta dal Consiglio di Stato come base per accogliere l'appello del Ministero per i beni e le attività culturali.

Difatti, secondo quanto affermato dai Su-

premi Giudici, la Regione Molise, in seguito al dissenso espresso dalla Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici del Molise, avrebbe dovuto senz'altro rimettere la questione al livello di governo stabilito dal richiamato schema procedimentale di cui all'art. 14 quater, co. 3 l. 241/1990.

Invece, l'amministrazione regionale, *“malgrado il motivato dissenso espresso in sede di conferenza di servizi dalla Soprintendenza competente, ha disatteso sine titulo il dissenso medesimo e sine titulo trattenuto la trattazione favorevole nel merito del procedimento e rilasciato in favore delle società interessate le autorizzazioni uniche regionali per realizzare gli impianti.”*

Dopo aver illustrato tutte le motivazioni sottese all'accoglimento del ricorso in appello da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, i giudici di Palazzo Spada dichiarano la nullità degli atti di autorizzazione unica alla costruzione di un impianto eolico.

Essi stabiliscono che tali atti sono nulli sia per difetto assoluto di attribuzione sia per mancanza di uno degli elementi essenziali.

Dalle parole della sentenza si comprende al meglio quanto appena detto: *“Il semplice fatto dell'insorgenza del dissenso qualificato in conferenza di servizi poneva infatti irrimediabilmente fine alla possibilità di esercizio, cioè all'attribuzione, del potere mediante quel modulo e da parte di quell'autorità per assegnarlo ad un'autorità altra e diversa. Sicché cessava (salva l'ipotesi di decisione conforme al dissenso) la sussistenza della capacità che vi ineriva, specie per gli atti conseguenti, e rendeva necessaria la devoluzione, per proseguire nel senso che è stato praticato, a ben altro e distante livello di governo e di modo di confronto degli interessi. Quell'altro livello è di dignità pari a quella dell'implicazione in esso del corrispondente organo costituzionale, e va posto in relazione alla concreta incidenza, manifestata con questo dissenso qualificato del Soprintendente, sul principio fondamentale dell'art. 9 cost., norma che costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione.”*

La Corte, dunque, precisa il motivo del difetto assoluto di attribuzione della Regione

nell'emanare gli atti di autorizzazione unica.

Inoltre, essa prosegue: “*Non solo: sempre alla luce dell'art. 21 septies, vi è anche nullità, come ancora testualmente indica l'Amministrazione appellante, delle stesse autorizzazioni uniche regionali per un'insanabile loro manchevolezza strutturale, cioè per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi (che è una forma di mancanza di un'essenziale volontà amministrativa a che la conferenza di servizi possa aver seguito nella direzione dell'istanza). La Regione Molise, una volta emerso in conferenza di servizi - senza pregiudizio proprio in virtù di quella preesistente nullità - il motivato dissenso dell'autorità statale preposta alla tutela dell'interesse paesaggistico e culturale (basato su un apprezzamento che, indipendentemente da qualsiasi questione sul tema - cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 14.12.2001, n. 9; II, 6.2.2002, n. 2457/2001 -, ratione temporis aveva comunque a quel momento l'ampia latitudine sostanziale prevista dall'articolo 146 d.lgs. n. 42 del 2004 e non più quella dell'ormai inattuale art. 159), era completamente sfornita del potere di adottare la determinazione favorevole conclusiva all'esito dei lavori delle conferenze di servizi.*”

In altre parole, l'atto di autorizzazione risulta anche carente di uno dei suoi elementi essenziali, e cioè della mancanza di dissensi manifestati nella Conferenza di servizi precedentemente svolta.

Prima della riforma della l. n. 241/90, dottrina e giurisprudenza avevano optato per un'impostazione del regime di invalidità del provvedimento amministrativo, autonoma rispetto al diritto civile: la categoria della nullità assume un rilievo assolutamente residuale, limitato alle ipotesi di nullità testuale (espressamente comminata da una norma di legge) e ad altri casi di gravi difetti strutturali del provvedimento.

Non avevano quindi spazio nel diritto amministrativo le c.d. le nullità virtuali, derivanti dalla violazione di norme imperative che, pur in assenza della espressa sanzione della nullità, non siano assistite da altra sanzione, con la conseguente applicabilità della

regola generale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c. (“*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*”).

Le norme che disciplinano l'azione amministrativa e, in particolare, il provvedimento amministrativo sono tutte norme imperative giacché trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 cost. e non sono disponibili per la pubblica amministrazione.

Tuttavia, ogni violazione di legge (anche di disposizioni imperative) costituisce vizio di legittimità, e quindi causa di annullabilità dell'atto amministrativo; pertanto, la violazione di norma imperativa che nel diritto civile provoca nullità, nel diritto amministrativo si qualifica come vizio di violazione di legge, che determina invece l'annullabilità dell'atto.

Nel diritto amministrativo, la nullità costituisce una forma speciale e residuale di invalidità, che si ha nei soli casi espressamente previsti dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza, come già detto, di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità.

Una delle novità contenute introdotte dalla riforma della legge n. 241/90 attraverso la legge di riforma n. 15/2005 è costituita dalla codificazione dell'istituto della nullità del provvedimento amministrativo all'art. 21 *septies*.

La sanzione della nullità del provvedimento è stata fino a poco tempo fa prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari ed è stata inoltre utilizzata dalla giurisprudenza con riferimento ad alcune carenze particolarmente gravi dell'atto amministrativo.

L'art. 21 *septies* della (rinnovata) legge 241/1990 prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando:

- manchi di uno o più elementi essenziali,
- sia viziato da difetto assoluto di attribuzione,
- sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato,
- in tutti gli altri casi espressamente

previsti dalla legge (c.d. “nullità testuali”).

La cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi un *numerus clausus*, circoscritte alle tipiche prescrizioni di legge.

In merito alla giurisprudenza sul caso di specie, appare evidente rilevare la decisione diametralmente opposta tra quella del TAR Molise con le sentenze n. 734 e 735 del 2011 e la sentenza di secondo grado del Consiglio di Stato n. 3039 del 17.4.2012.

Prima di tutto, il TAR Molise, ritenuta l'applicabilità al caso in esame del regime transitorio di cui all'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) in tema di autorizzazioni paesaggistiche, ha affermato che rispetto alle autorizzazioni paesaggistiche regionali già rilasciate in favore delle società di energia, la Soprintendenza dei beni culturali e paesaggistici era titolare di un solo potere di annullamento (non di nullità) per motivi di legittimità, da esercitarsi nel perentorio termine di sessanta giorni dalla relativa richiesta.

Appare importante una breve trattazione della procedura per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, che oggi è disciplinata dall'art. 146 d.lgs. 42/2004, regime ormai definitivo che ha sostituito quello transitorio ai sensi dell'art. 159 d.lgs. 42/2004, richiamato dalle sentenze del TAR Molise n. 734 e 735 del 2011.

Il 1.1.2010 è entrata in vigore la procedura definitiva per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica prevista dall'art. 146 del d.lgs. 42 /2004 (codice dei beni culturali) e viene così a decadere il regime transitorio precedente.

La procedura ordinaria prevista dall'art. 146 del d.lgs. 42/04, di competenza regionale (salva delega ad altro ente pubblico), è caratterizzata dall'intervento della Soprintendenza non più in via successiva, ma preventiva attraverso il rilascio di un parere entro un termine perentorio.

Il parere del Soprintendente ha natura vincolante per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e quindi del successivo titolo abilitativo edilizio (S.C.I.A. o permesso di costruire).

Sino al 31.12.2009, grazie alle nume-

rose proroghe, l'autorizzazione paesaggistica veniva emanata (sempre nell'ambito della procedura relativa al titolo abilitativo edilizio) previa valutazione, a livello comunale (delega regionale), della compatibilità dell'intervento e successivamente inviata alla Soprintendenza che nei 60 gg successivi poteva esercitare il suo potere di annullamento.

Con il nuovo regime:

- l'autorità competente entro 40 gg dovrà verificare la documentazione, acquisire il parere della commissione per il paesaggio e trasmettere la richiesta alla soprintendenza;

- la Soprintendenza nei 45 gg successivi dal ricevimento dovrà emanare il parere vincolante. Se la Soprintendenza non esprime il proprio parere si procederà, ma a discrezione dell'amministrazione, alla convocazione della conferenza dei servizi (che si dovrà concludere entro 15 gg);

- l'autorità competente, in caso di parere favorevole, rilascerà l'autorizzazione paesaggistica; in caso di parere negativo emana il preavviso di diniego. Il termine è di 20 gg;

- l'autorità competente procederà al rilascio dell'autorizzazione o al diniego in ogni caso decorsi 60 gg dal ricevimento della pratica da parte della Soprintendenza.

La durata massima del procedimento è di 105 gg, salvo che non si debba convocare la conferenza dei servizi nel qual caso sarà di 120 gg.

La nuova disciplina trova applicazione anche ai procedimenti che alla data del 31 dicembre 2009 non si sono ancora conclusi con l'emanazione dell'autorizzazione.

Si ricorda, infine, che l'art. 159 aveva imposto alle Regioni, sempre entro il 31.12.2009, la revisione dei vigenti sistemi di delega del potere autorizzatorio (generalmente ai Comuni) attraverso la verifica della sussistenza nelle amministrazioni delegate dei requisiti di organizzazione e di competenza tecnico - scientifica ora richiesti e ciò a pena di decadenza delle deleghe in essere.

L'entrata in vigore dell'art. 146 ha, pertanto, determinato nelle Regioni che entro tale data non hanno provveduto alla revisione dei sistemi di delega, un ritorno del potere in capo alle Regioni stesse.

Ritornando sulle argomentazioni assunte

dal TAR Molise, il parere paesaggistico sfavorevole della Soprintendenza reso in Conferenza dei servizi era illegittimo sia perché il potere della stessa di esprimersi sul progetto in sede di Conferenza era definitivamente consumato per effetto del decorso del termine di cui all'art. 159 sia perché tale parere conteneva rilievi di merito, e non di legittimità.

Inoltre, il giudice di prime cure ha affrontato un'altra tematica di indubbio rilievo.

I giudici amministrativi molisani, in realtà, in applicazione del principio della parità delle parti del giudizio, hanno dichiarato l'illegittimità dell'ordine di sospensione dei lavori sull'assunto che, in presenza di una autorizzazione unica già rilasciata, valida ed efficace e divenuta definitiva per mancata impugnativa entro i termini, il Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici del Molise non poteva inibire l'inizio dei lavori invocando supposti vizi di un procedimento ormai concluso (e non contestato nei termini di legge) o facendo leva su di un possibile pregiudizio per il paesaggio, escluso invece dalle autorizzazioni paesaggistiche regionali precedentemente rilasciate e rimaste incontestate.

Difatti, secondo l'orientamento del TAR Molise, il principio di inoppugnabilità del provvedimento non contestato nel termine di decadenza, non consente di far valere gli eventuali vizi di illegittimità da cui lo stesso risulti affetto, a meno che l'autorità emanante non ritenga di intervenire in via di autotutela, evenienza questa esclusa nel caso di specie dalla Regione Molise, pur sollecitata in tal senso dal Direttore regionale.

Sembra, pertanto, legittima, in riferimento all'applicazione del procedimento di autorizzazione paesaggistica ex d.lgs. n. 42/2004, la tesi argomentativa adottata dal giudice amministrativo di primo grado.

Non è dello stesso avviso il Consiglio di Stato, il quale, nella sentenza del 17.4.2012, giunge a delle conclusioni completamente opposte al TAR Molise.

Difatti, con sentenza n. 3039/2012, il Consiglio di Stato ha chiarito che il procedimento unico di autorizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili è quello disciplinato dall'art. 12 del d.lgs. 387/2003 (non quello ordinario di autorizzazione paesaggistica ex d.lgs. n. 42/2004) e che esso ha carattere speciale ed inderogabile, salvo i procedimenti espressamente richiamati dal medesimo articolo, come quello di valutazione di impatto ambientale.

Tale carattere comporta che il procedimento non possa essere "surrettiziamente parcelizzato" dall'amministrazione procedente (la Regione o le Province eventualmente delegate) e che tutti gli Enti competenti ad esprimersi sull'impianto, (incluso in caso di immobili soggetti a vincolo paesaggistico il Ministero per i beni e le attività culturali) devono esprimere in Conferenza di servizi l'assenso oppure il motivato dissenso alla realizzazione dell'impianto.

Sulla base di tale presupposto, il Consiglio di Stato ha rilevato la nullità di un'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla Regione prima della Conferenza di servizi e fatta in essa confluire, chiarendo che tale autorizzazione non avrebbe potuto produrre alcun effetto con riguardo alla legittimazione dell'impianto dal punto di vista paesaggistico (essendo appunto tale legittimazione possibile soltanto attraverso lo speciale procedimento unico disciplinato dall'art. 12).

In particolare, il fatto che tale autorizzazione paesaggistica non fosse stata controllata e annullata dal Ministero per i beni e le attività culturali entro i termini previsti dalla disciplina transitoria di cui all'art. 159 del d.lgs. 42/2004 allora vigente, doveva ritenersi del tutto irrilevante rispetto alla successiva partecipazione del Ministero alla Conferenza di servizi, perché tale potere di annullamento non era mai sorto, essendo l'autorizzazione nulla *ab origine*.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha ritenuto pienamente legittimo il dissenso motivato espresso dalla Soprintendenza per i beni e le attività culturali nella Conferenza di servizi e ha dichiarato nulla l'autorizzazione unica che era stata emessa dalla Regione prescindendo da tale dissenso, che era stato ritenuto da essa tardivo sulla base di un presupposto errato (tale era quello che il Ministero avrebbe dovuto esprimersi nell'anomalo procedimento di autorizzazione paesaggistica anticipato, avendo così oramai esaurito il suo potere prima della Conferenza).

Infatti, come chiarito dal Consiglio di Stato, a fronte del dissenso “*qualificato*” espresso dal Ministero alla Conferenza di servizi, la Regione aveva perso il potere di comporre gli interessi, poiché tale potere avrebbe dovuto essere rimesso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell’art. 14 *quater*, co. 3, della L. n. 241/1990.

Invece, tale rimessione non era stata compiuta, con la conseguente dichiarazione di nullità anche dell’autorizzazione unica rilasciata dalla Regione.

La dottrina prevalente, come risulta dalla sentenza del Consiglio di Stato, appare in accordo con i Supremi giudici e con le loro conclusioni.

Precisamente, un passo del provvedimento giurisdizionale mostra come anche la dottrina prevalente ritenga indispensabile richiamare un livello di governo superiore nel caso di dissenso espresso da un Ente preposto alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale.

“In tal modo, come evidenziato dalla dottrina, la decisione è devoluta ad un altro e superiore livello di governo e con altre modalità procedurali. L’effetto di un tale dissenso qualificato espresso a tutela di un interesse sensibile (cioè di particolare eco generale, di incidenza non riparabile o facilmente riparabile, e per di più qui riferito a un valore costituzionale primario) è dunque di spogliare in toto la conferenza di servizi della capacità di ulteriormente procedere, o meglio, di spogliare in termini assoluti l’amministrazione procedente della sua competenza a procedere e sulla base del modulo della conferenza di servizi - e di rendere senz’altro dovuta, ove l’amministrazione procedente stessa intenda perseguire il superamento del dissenso, la sua rimessione degli atti a diversa autorità, vale a dire al menzionato livello, a differenza del precedente impegnativo di responsabilità di ordine costituzionale. In questi casi dunque la manifestazione del dissenso qualificato in conferenza di servizi provoca senz’altro la sostituzione della formula e del livello del confronto degli interessi, fa cessare il titolo dell’amministrazione procedente a trattare nella sostanza il procedimento salvo, in conformità al dissenso, rinunciare essa stessa allo sviluppo pro-

cedimentale e disporre negativamente sull’iniziativa che gli ha dato origine. In questo quadro, nel rispetto della competenza propria dell’amministrazione dissenziente, nessun potere ha l’amministrazione procedente circa il vaglio di quel dissenso qualificato, se non quello formale di presa d’atto e di conseguente propria conformazione, o procedimentale o sostanziale.”

La sentenza del Consiglio di Stato n. 3039 del 2012 è stato il punto di arrivo di un lungo dibattito sulla procedura di autorizzazione unica alla costruzione, esercizio e modifica di impianti di energia da fonti rinnovabili (nello specifico, di un impianto eolico).

Essa è stata molto importante perché ha stabilito quale procedimento deve essere applicato in materia, ossia quello previsto all’art. 12 d.lgs. 387/2003, di tipo speciale e derogatorio del procedimento ordinario ex d.lgs. 42/2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio).

Inoltre, tale provvedimento giurisprudenziale ha chiarito la natura dell’illegittimità degli atti di autorizzazione unica rilasciati dalle Regioni.

Essi sono nulli e non annullabili, in quanto viziati per difetto assoluto di attribuzione e per mancanza di uno degli elementi essenziali dell’atto.

Tale nullità comporta la rilevabilità d’ufficio dei relativi vizi e l’imprescrittibilità dell’azione diretta ad accertarla, non condizionata al rispetto di alcun termine di decadenza.

La conclusione avanzata dai giudici di Palazzo Spada, e cioè che la Regione avrebbe dovuto, in seguito al dissenso della Soprintendenza per i beni culturali e le attività culturali, richiamare un livello di governo superiore, è confermata anche dall’esigenza di tutelare il principio costituzionale espresso all’art. 9 cost..

Esso rientra nei principi fondamentali della costituzione e prevede al secondo comma che *“La Repubblica tutela il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico della Nazione.”*

Il paesaggio deve essere inteso nella più ampia accezione di ambiente naturale, così come modificato dagli interventi dell’uomo ed, invece, per patrimonio storico ed artistico

si comprende il complesso dei beni (scavi, palazzi, castelli, musei, sculture, quadri) pubblici e privati che testimoniano le origini e l'evoluzione della civiltà italiana.

Per quanto riguarda gli interventi di tutela del paesaggio, questi non sono diretti soltanto alla conservazione delle bellezze naturali, ma, grazie al diffondersi di una nuova immagine del rapporto uomo-natura, anche alla protezione dell'ambiente, attraverso la conservazione, il miglioramento delle condizioni naturali (acqua, aria, suolo, etc..) e la preservazione delle specie animali e vegetali.

È proprio nell'ottica di protezione dell'ambiente naturale che si dirige la sentenza in esame: *“Quell'altro livello è di dignità pari a quella dell'implicazione in esso del corrispondente organo costituzionale, e va posto in relazione alla concreta incidenza, manifestata con questo dissenso qualificato del Soprintendente, sul principio fondamentale dell'art. 9 cost., norma che costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione. La sottrazione della decisione circa una tale incidenza a quel livello, e alle inerenti modalità e forme di riparto e distribuzione del potere, rappresenta un esercizio di attività amministrativa ormai senza più alcun titolo di competenza e dunque svolta in carenza dell'attribuzione di legge.”*

In più, quella del 17.4.2012 è una sentenza che fungerà da precedente giurisprudenziale per la miriade di autorizzazioni uniche rilasciate fino ad oggi dalle Regioni, ponendo così fine all'evidente sperpero di denaro pubblico da parte del Ministero dei beni culturali, costretto, in questi casi, ad opporsi in sede

amministrativa.

Si otterrà, in tal modo, un comportamento più virtuoso da parte delle Regioni e degli altri enti locali eventualmente delegati.

L'obiettivo principale resta quello della tutela del paesaggio e dell'attività agricola (ai sensi dell'art. 9 cost.) contro politiche invasive che mirano a trasformare il territorio in una luogo colmo di pale eoliche e pannelli fotovoltaici.

La terra serve a produrre derrate alimentari, la natura va rispettata, l'arte è un patrimonio collettivo, i beni storici ed archeologici arricchiscono intere comunità e l'agricoltore che, con coraggio, si oppone alle modifiche della natura per rispetto di una tradizione secolare non va lasciato solo. È questo quello che il Consiglio di Stato ha cercato di tutelare attraverso il provvedimento giurisdizionale in questione, e cioè il rispetto di un territorio che va protetto contro l'intervento umano che, pur finalizzato alla costruzione di impianti di energia da fonti rinnovabili e, quindi, non pregiudizievole per l'ambiente circostante, porterebbe con sé notevoli cambiamenti sul paesaggio e sul patrimonio storico del nostro Paese. Tutto (o quasi) è stato compiuto, finora, dall'uomo sulla natura ed è proprio per questo motivo che appare di fondamentale importanza porre un freno, anche attraverso l'operato della giurisprudenza, a tutte quelle attività che potrebbe modificarla in via irreversibile.

In quest'ottica si inserisce la sentenza n. 3039 del Consiglio di Stato del 17.4.2012, che si può reputare un vero e proprio atto di giustizia nei confronti del territorio, del paesaggio e del patrimonio storico della nostra bellissima Nazione.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 8.4.2013 n. 66

Giudizio di legittimità costituzionale degli art. 1, coo. 1 e 2, 2, 3, co. 1, lett. a), b), c), ed e), 6, 9 e 10 della l. della Regione Lazio 28.3.2012, n. 1 recante «Disposizioni per il sostegno dei sistemi di qualità e tracciabilità dei prodotti agricoli e agroalimentari. Modifica alla legge regionale 10.1.1995, n. 2 (Istituzione dell’Agenzia regionale per lo sviluppo e l’innovazione dell’agricoltura del Lazio - ARSIAL) e successive modificazioni», promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato l’11.6.2012, depositato in cancelleria il 19.6.2012 ed iscritto al n. 96 del registro ricorsi 2012.

1. Il Presidente del Consiglio dei ministri impugna una serie di disposizioni della legge della Regione Lazio 28.3.2012, n. 1, recante «Disposizioni per il sostegno dei sistemi di qualità e tracciabilità dei prodotti agricoli e agroalimentari. Modifica alla legge regionale 10.1.1995 n. 2 (Istituzione dell’Agenzia regionale per lo sviluppo e l’innovazione dell’agricoltura del Lazio - ARSIAL) e successive modificazioni», e ne denuncia il contrasto con l’art. 117, co. 1, della costituzione, in relazione agli artt. i da 34 a 36 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), e con l’art. 120, co. 1, della costituzione. Nei suoi artt. 1, coo. 1 e 2, lett. c), 2, 3, co. 1, lett. a), b), c) ed e) 6, 9 e 10 - cui il ricorrente, in particolare, riferisce il dubbio di illegittimità costituzionale – la citata legge regionale, al fine (dichiarato sub art. 1) di «assicurare ai consumatori la qualità dei prodotti agricoli ed agroalimentari» e di incentivare «la valorizzazione e la promozione della cultura enogastronomica tipica regionale», rispettivamente, disciplina: - l’istituzione di un «marchio regionale collettivo di qualità», demandando alla Giunta regionale di individuare, con propria deliberazione, le tipologie di prodotti da ammettere all’uso del marchio e l’adozione dei rispettivi disciplinari di produzione (artt. 1, coo. 1 e 2, 2); – i criteri e le modalità di concessione del marchio ed i casi di sua sospensione, decadenza e

revoca, e le modalità d’uso (artt. 3, coo. 1, lett. a), b), c) ed e); 9); - la concessione di contributi in relazione all’istituendo marchio regionale (artt. 1, co. 2, lett. c), 6 e 10). 2.- L’istituzione e la conseguente disciplina di un siffatto marchio collettivo di qualità, da parte della Regione Lazio, si porrebbe, appunto, secondo il ricorrente, in conflitto con il diritto dell’Unione europea – in relazione a quanto disposto, fra l’altro, dagli artt. 34 e 35 del TFUE, che fanno divieto agli Stati membri di porre in essere restrizioni quantitative all’importazione e all’esportazione, nonché qualsiasi misura di effetto equivalente – e, quindi, in violazione dell’art. 117, co. 1, della costituzione, che richiede, nell’esercizio della potestà legislativa, il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario. E contrasterebbe, altresì, con l’art. 120, primo comma, Cost., «in quanto la misura adottata dalla Regione Lazio potrebbe ostacolare la libera circolazione delle merci, anche all’interno del mercato nazionale, inducendo i consumatori a preferire i prodotti laziali rispetto a quelli provenienti da altre Regioni». Nessuno specifico riferimento argomentativo è, invece, svolto rispetto all’art. 36 del TFUE. 3.- Sostiene, in contrario, la Regione resistente che il marchio in questione, da essa adottato per precipue finalità di tutela del consumatore, non incorra nella violazione degli evocati parametri costituzionali e delle correlate norme comunitarie, non essendo esso idoneo ad orientare l’interesse generale dei consumatori in direzione preferenziale di prodotti del territorio laziale. E ciò per la sua «natura del tutto neutra», rispetto alla provenienza geografica del prodotto, posto che ne «possono fruire tutti gli operatori del settore, sia che abbiano stabilimento nella Regione Lazio, sia che svolgano la propria attività economica in altra Regione italiana o, più in generale, nel territorio degli Stati membri». 4. La questione è fondata. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia - che conforma in termini di diritto vivente le disposizioni degli artt. da 34 a 36 del TFUE, ed alla quale oc-

corre far riferimento agli effetti della loro incidenza, come norme interposte, ai fini dello scrutinio di costituzionalità in relazione al parametro dell'art. 117 cost. (sentenza n. 191 del 2012) - la «misura di effetto equivalente» (alle vietate restrizioni quantitative) è costantemente intesa in senso ampio e fatta coincidere con «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari» (Corte di giustizia, sentenze 6.3.2003, in causa C-6/2002, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Francese; 5 novembre 2002, in causa C-325/2000, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania; 11.7.1974, in causa 8-1974, Dasonville contro Belgio). Orbene, la legge della Regione Lazio qui impugnata - introducendo un marchio «regionale» di qualità destinato a contrassegnare, sulla base di disciplinari, ed in conformità a criteri, dalla stessa stabiliti, determinati prodotti agricoli ed agroalimentari a fini, anche dichiaratamente, promozionali della agricoltura e cultura gastronomica del Lazio - è innegabilmente idonea a indurre il consumatore a preferire prodotti assistiti da siffatto marchio regionale rispetto ad altri simili, di diversa provenienza, e, conseguentemente, a produrre, quantomeno «indirettamente» o «in potenza», gli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci, che anche al legislatore regionale è inibito perseguire per vincolo comunitario. In contrario, non rilevano né la finalità di tutela del consumatore né il carattere (per altro solo virtuale) di ultraterritorialità del marchio - su cui fa leva la difesa della resistente - poiché, in relazione ad entrambi tali profili, la Regione non indica, e neppure ha, alcun suo titolo competenziale. Quanto al primo profilo, infatti, la tutela del consumatore attiene alla materia del diritto civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato (sentenza n. 191 del 2012, cit.); e, quanto al secondo, non spetta alla Regione Lazio di certificare, come pretende, la «qualità» di prodotti sull'intero territorio nazionale e su quello di altri Stati europei. E ciò a prescindere dalla considerazione che l'istituzione, da parte di un soggetto pubblico, di un marchio in funzione del persegui-

mento di una politica di qualità non lo esclude dal campo di applicazione della normativa di tutela degli scambi (Corte di giustizia, 5.11.2002, in causa C-325/2000, cit.). In riferimento al precetto dell'art. 117, co. 1, cost. (sui vincoli, all'esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni, derivanti dall'ordinamento comunitario) la questione è, dunque, fondata, con riferimento a tutte le norme specificamente censurate, assorbito rimanendo il profilo ulteriore di violazione dell'art. 120, co. 1, cost. 5. - La declaratoria di illegittimità va estesa a tutte le disposizioni della legge impugnata avuto riguardo alla loro stretta interconnessione. per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE dichiara la illegittimità costituzionale della legge della Regione Lazio 28.3.2012, n. 1, recante «Disposizioni per il sostegno dei sistemi di qualità e tracciabilità dei prodotti agricoli e agroalimentari. Modifica alla legge regionale 10.1.1995, n. 2 (Istituzione dell'Agenzia regionale per lo sviluppo e l'innovazione dell'agricoltura del Lazio - ARSIAL) e successive modificazioni»

Consiglio di Stato, Sez. III, 12.4.2013, n. 2009
Sky Italia - indennizzi - pagamento agli utenti-abbonati - segnalazioni di disservizi.

Definitivamente confermata dal Consiglio di Stato l'applicabilità anche a Sky Italia sia della delibera n. 73/2011 con la quale l'AGCOM ha individuato le fattispecie di disservizio che comportano a carico dell'operatore l'obbligo di riconoscere automaticamente un indennizzo all'utente finale secondo parametri stabiliti nelle condizioni contrattuali nonché del Regolamento nel quale sono stati definiti alcuni criteri utili per garantire una più omogenea quantificazione degli indennizzi da corrispondere all'utente finale all'esito della definizione stragiudiziale della controversia eventualmente deferita alla cognizione dell'Autorità. Già il TAR Lazio aveva rigettato il ricorso da Sky Italia srl con il quale appunto aveva chiesto l'annullamento, dapprima, della delibera n. 73/2011 e dell'allegato Regolamento, unitamente agli atti presupposti, e poi (con primo atto di motivi aggiunti) della determinazione Co.Re.Com. Puglia 2.5.2011 n. 13, nonché della determinazione AGCOM, Direz. Tutela Con-



sumatori, 19.5.2011 n.42 , che avevano applicato la delibera AGCOM impugnata in controversie insorte tra Sky Italia srl ed alcuni utenti-

abbonati ai servizi di pay tv della suddetta emittente (con riguardo alla misura degli indennizzi).

«.....GA.....»

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

SANITÀ: DAL 1 MAGGIO È VIETATA LA VENDITA AI MINORI DI ANNI DICIOOTTO DI SIGARETTE ELETTRONICHE CON PRESENZA DI NICOTINA

E' stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale l'ordinanza del Ministero della salute che vieta la vendita ai minori di anni diciotto di sigarette elettroniche con presenza di nicotina e attribuisce alle autorità sanitarie e di controllo e gli organi di polizia la vigilanza sull'esatta osservanza del provvedimento, con applicazione delle conseguenti sanzioni indicate all'art. 25 del r.d. 24.12.1934, n. 2316, e s.m.i. (Ministero della salute, ordinanza 2.4.2013, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 100 del 30.4.2013).

«..... GA.....»

SIGARETTE ELETTRONICHE VIETATE AI MINORI DI ANNI 18

Il Ministro della Salute con ordinanza adottata il 2 aprile ha innalzato il divieto di vendita delle sigarette elettroniche con presenza di nicotina da 16 a 18 anni. Viene così modificata l'ordinanza dello scorso settembre, che è in vigore fino al 23.4.2013. Dopo quella data e fino al 31.10.2013 il divieto di vendita vale per i minori di anni 18. La nuova ordinanza precisa il Ministero si è resa necessaria in coerenza con la norma del "Decreto Balduzzi", che dal 1.1.2013 eleva a 18 anni il limite di età per la vendita dei prodotti del tabacco. Le sanzioni per l'inosservanza dell'ordinanza sono le stesse previste dal "Decreto Balduzzi" per la vendita di prodotti del tabacco a minori di anni 18. Il Ministro Balduzzi aveva chiesto all'Istituto Superiore di Sanità un parere in merito alla valutazione del rischio connesso all'utilizzo delle sigarette elettroni-

che, in particolare sui minori, sulla base degli ultimi aggiornamenti scientifici. L'Istituto superiore di sanità ha fornito le proprie valutazioni il 20.12.2012, proponendo una metodologia per la valutazione della pericolosità che prevede l'applicazione di un modello che misura l'assorbimento di nicotina dalle diverse cartucce disponibili, considerando il ricorso alla sigaretta elettronica da parte di "fumatori" a moderata, media e forte intensità di utilizzo. Lo studio condotto dall'Istituto superiore di sanità ha evidenziato come, anche per i prodotti a bassa concentrazione, la dose quotidiana accettabile di nicotina - come determinata dall'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA) - è superata anche solo con un uso moderato delle sigarette elettroniche. Tale evidenza è ancora più significativa negli adolescenti. Quindi non si possono escludere effetti dannosi per la salute. Il Ministro ha chiesto in seguito un ulteriore parere al Consiglio Superiore di sanità. In particolare, il Consiglio superiore di sanità dovrà valutare lo studio condotto dall'Istituto superiore di sanità in merito alla pericolosità delle sigarette elettroniche nonché stabilire se le sigarette elettroniche, e le ricariche contenenti nicotina o altre sostanze, possano ricadere nella definizione di "medicinale per funzione", pur in assenza di un'esplicita destinazione d'uso in tal senso da parte del responsabile dell'immissione in commercio. Il CSS ha iniziato l'esame della questione in data 19 marzo scorso (Ministero della Salute, comunicato del 2.4.2013).

«..... GA.....»

LA BULGARIA NEL MADE IN ITALY DEI DOLCI PASQUALI: I CARABINIERI DEL NAS SVENTANO UNA FRODE

SULLE "SCHIACCIATE DI PASQUA", DOLCE TIPICO TOSCANO

I Carabinieri dei NAS - in prossimità delle feste pasquali - hanno intensificato i controlli nel settore alimentare, con particolare riferimento al settore dolciario, al fine di tutelare la sicurezza degli alimenti e la salute dei consumatori. Il Ministero della Salute rende noto che nel corso delle ispezioni svolte, i Carabinieri del NAS di Livorno hanno impedito la commercializzazione di prodotti tipici delle festività pasquali etichettati in maniera tale da frodare il consumatore. L'ispezione eseguita presso un panificio della provincia di Pisa, ha consentito infatti di accertare che l'azienda aveva prodotto e distribuito centinaia di confezioni di "Schiacciate di Pasqua" (dolce toscano tipico di questo periodo) indicando nell'etichettatura la presenza - tra gli ingredienti - di "miele italiano". In realtà i Carabinieri del Nucleo livornese hanno appurato che il dolce veniva preparato utilizzando miele originario della Bulgaria. La fraudolenta indicazione apposta sulle confezioni consentiva all'azienda di attribuire un valore aggiunto alle "schiacciate", con conseguente maggiorazione del prezzo di vendita al consumatore, che veniva ingannato sulla qualità di uno degli ingredienti del tipico prodotto. I Carabinieri del NAS attivavano immediatamente ulteriori controlli, individuando i supermercati dove il prodotto era stato distribuito (tutti siti nella provincia pisana). Le attività svolte hanno consentito di sequestrare - presso gli esercizi commerciali e l'azienda di produzione - 30 kg di miele e 434 confezioni di "Schiacciate di Pasqua". I due amministratori del panificio sono stati denunciati per frode nell'esercizio del commercio (Ministero della Salute, comunicato del 2.4.2013).

«..... GA.....»

BISCOTTI AL LATTE IN POLVERE SCADUTO, SEQUESTRATE OLTRE 3 TONNELLATE DI LATTE TEDESCO IN POLVERE SCADUTO DA TRE MESI DESTINATO ALLA PRODUZIONE DI BISCOTTI

I militari del NAS di Padova, nel corso di un'ispezione presso un'azienda veneta, hanno accertato che nel magazzino delle materie prime erano stoccati circa 130 sacchi da 25 kg di "latte intero in polvere", il cui termine di conservazione era scaduto da circa 3 mesi. Il prodotto rinvenuto, di provenienza tedesca, era destinato alla produzione di biscotti, che sarebbero stati distribuiti a supermercati ed esercizi commerciali dell'intero territorio nazionale (Ministero della Salute, comunicato del 2.4.2013).

«..... GA.....»

PERICOLOSITÀ DELLE SIGARETTE ELETTRONICHE, L'ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ RICHIEDE UN'AG- GIORNAMENTO SCIENTIFICO

Le sigarette elettroniche sollevano preoccupazioni sulla salute pubblica soprattutto per i giovani in considerazione della facilità di acquisto su internet del prodotto, sono infatti possibili effetti dannosi sulle salute umana. L'Istituto Superiore di Sanità evidenzia infatti come la dose letale di nicotina per orale nell'uomo e' stimata tra 30 e 60 mg per gli adulti e 10 mg per i bambini. Sono stati quindi elaborati scenari di esposizione inalatoria relativi all'utilizzo delle sigarette elettroniche per le possibili diverse concentrazioni di nicotina presenti nei liquidi di ricarica e nelle cartucce monouso e sono stati calcolati i livelli i livelli di esposizione per fumatore moderato, medio e forte. I livelli di assunzione giornaliera di nicotina calcolati risultano sempre superiori al livello accettabile giornaliero per l'uomo e, pertanto non è possibile escludere il rischio di effetti dannosi sull'uomo che non sono ad oggi comunicati al consumatore nelle avvertenze sulla confezione dell'articolo in commercio (Istituto Superiore di Sanità, nota prot. n. 46591 del 20.12.2012).

«..... GA.....»

IN ARRIVO ALLE REGIONI 575 MILIONI PER IL SOCIALE

La Conferenza unificata ha approvato ieri la proposta di riparto del Fondo nazionale per le politiche sociali e del Fondo per le non autosufficienze. Complessivamente verranno quindi presto distribuiti fra le Regioni i 575 milioni di euro destinati dalla legge di stabilità per il 2013 al sociale. Si tratta di un primo importante segnale di inversione di rotta dopo che, dal 2008, questi fondi erano stati sistematicamente tagliati fino ad essere sostanzialmente azzerati. In via prioritaria, e in ogni caso per non meno del 30% del suo ammontare, il Fondo per le non autosufficienze dovrà essere destinato a favorire la permanenza a domicilio delle persone con disabilità gravissime, ivi compresi i malati di Sla (Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, comunicato del 25.1.2013).

«..... GA.....»

NUOVA DISCIPLINA SULLE PATENTI DI GUIDA: PUNTI DECURTATI ANCHE AI MINORENNI, ABOLITO IL PATENTINO PER I MOTORINI E NUOVA PATENTE EUROPEA IN FORMATO CARD CON FOTO DIGITALE DEL CONDUCENTE

La nuova disciplina sulle patenti di guida già dal 19 gennaio ridisegna le regole per ottenerle: più categorie di patenti, abolito il patentino per i motorini, decurtazione dei punti anche ai minorenni in caso di infrazione. Queste alcune delle novità introdotte da due direttive europee - la 2006/126 e la 2009/113 - recepite nel nostro ordinamento con il d.lgs. 59/2011 con l'obiettivo di migliorare il livello di sicurezza stradale e la formazione dei conducenti, oltre che di armonizzare e facilitare la libera circolazione di merci e persone in Europa. Patenti europee, quindi, uguali per tutti i cittadini europei, in formato card, con la foto digitale del conducente.

Nuove patenti, pene inasprite e la novità della scadenza che coinciderà, per la guida di ciclomotori, moto e autovetture, con il compleanno del titolare. Non cambia nulla per coloro che la patente ce l'hanno già, mentre tutti gli altri dovranno scegliere tra nuovi tipi di licenze, che passano da 9 a 15, con sotto-

categorie che consentono di guidare solo una parte dei veicoli inseriti nella categoria principale, così come mostra la scheda allegata. Le precedenti categorie C e D vengono sostituite dalla C1 e dalla D1, conseguibili a 18 e 21 anni; per ottenere la C (camion) e la D (autobus) occorre avere rispettivamente 21 e 24 anni.

La patente B1 consente la guida di microcar con massa superiore a 400 kg ed è conseguibile a 16 anni. Per i minorenni viene introdotta la nuova categoria AM, per motorini e microcar, che rimpiazza il Certificato di idoneità guida ciclomotore, il cosiddetto Patentino. La AM potrà essere presa a 14 anni sostenendo un esame identico a quello per la patente A. Anche ai possessori di patente AM verranno tolti i punti per le infrazioni che lo prevedono; nei casi di sospensione della licenza di guida, dovranno sottoporsi alla revisione. La A1 per le moto 125 di cilindrata si può prendere a 16 anni mentre la nuova A2 a 18 e consente di guidare moto fino a 35 kw. Per avere la A 'principale', per la guida di tutte le moto senza limitazioni, occorrono almeno 20 anni ma solo se si ha la A2 da almeno 2 anni, altrimenti occorrono 24 anni (Ministero dell'Interno, comunicato del 18.1.2013).

«..... GA.....»

DIRIGENTI AZIENDE SANITARIE E OSPEDALIERE: MODALITÀ DI COMPUTO DEL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

Il trattamento di fine servizio dei direttori generali, amministrativi o sanitari di un'azienda sanitaria locale o di un'azienda ospedaliera, già dipendenti di una pubblica amministrazione e collocati in aspettativa per il periodo di svolgimento dell'incarico, che cessano dal servizio durante l'incarico stesso ovvero in coincidenza del suo termine, dovrà essere calcolato tenendo conto del trattamento economico corrisposto per l'incarico conferito entro i limiti del massimale annuo della base contributiva valevole per i dirigenti delle aziende industriali, rivalutata annualmente sulla base dell'indice dei prezzi al consumo



per le famiglie di operai ed impiegati. Il predetto massimale, per le cessazioni relative al 2012, è pari a € 175.265,00.

Per il calcolo della retribuzione contributiva utile relativa ad anni successivi o precedenti

a quello corrente occorre far riferimento al valore del massimale riferito all'anno stesso e pubblicato dall'Istituto con appositi messaggi o circolari (INPS, circolare n. 8 del 10.1.2013).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

I DISPOSITIVI MEDICI E LA MARCATURA CE

dell'Avv. Gianluca Piccinni

La marcatura CE è l'attestazione della conformità di un dispositivo medico prodotto ai requisiti di sicurezza. La marcatura Ce consente anche la libera circolazione nella comunità europea dei dispositivi medici.

The CE mark is seen as a declaration by the manufacturer that the product meets all the appropriate provisions of the relevant legislation including those relating to safety and where required has been assessed in accordance with these. The CE mark also means that the product can be freely marketed anywhere in the EU without further control.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La marcatura CE dei dispositivi medici: procedure 3. La libera circolazione dei dispositivi medici recanti la marcatura Ce e le procedure per limitarne l'immissione in commercio. 4. Il ruolo del Ministero della Salute nel ritiro dal commercio dei dispositivi medici e gli obblighi di comunicazione.

1. Introduzione.

Con l'emanazione del d.lgs 46/97 "Attuazione della dir. Ce 93/42, concernente i dispositivi medici" è stata introdotta anche in Italia la normativa comunitaria riguardante i dispositivi medici e i relativi accessori.

I punti fondamentali espressi dal decreto sono i seguenti:

1) la necessità di adottare provvedimenti che consentano la libera circolazione in ambito comunitario di merci, persone, servizi e capitali;

2) la necessità di prevedere procedure di certificazione e di controllo dei dispositivi medici a livello comunitario, al fine di garantire caratteristiche di sicurezza, di protezione della salute e di funzionamento dei dispositivi, tali da non ostacolare scambi all'interno della Comunità Europea;

3) la necessità di armonizzare le disposizioni nazionali in materia di sicurezza e protezione della salute dei pazienti, degli utilizzatori ed eventualmente dei terzi nell'uso dei dispositivi medici, in modo da garantire la libera circolazione dei dispositivi in ambito comunitario;

4) la necessità che i dispositivi medici ga-

rantiscano a pazienti, utilizzatori e terzi, un elevato livello di protezione.

Per "dispositivo" medico si intende "qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto destinato all'impiego nell'uomo a scopo di diagnosi, prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia; di diagnosi controllo, terapia, attenuazione o modifica dell'anatomia o di un processo fisiologico; di intervento sul concepimento".

Le direttive europee e la normativa italiana concernente i dispositivi medici stabiliscono, in sintesi, quanto segue:

1. I fabbricanti di dispositivi medici possono immettere in commercio solo prodotti conformi alla normativa comunitaria e recanti la marcatura CE che ne dimostri la conformità alla dir. CE 93/42 e ne consenta la libera circolazione in ambito comunitario.

I dispositivi medici su misura, cioè quelli fabbricati appositamente su prescrizione medica e destinati ad essere utilizzati per un determinato paziente (quale, per esempio, una protesi dentaria), non devono recare la marcatura CE, pur avendo l'obbligo di essere conformi al d.lgs. 46/97.

2. La normativa interessa i dispositivi medici di ogni genere, dalle siringhe e termometri, alle valvole cardiache, cateteri ed apparecchiature elettromedicali, TAC, RM, camere iperbariche, ecc.

3. I dispositivi medici e i relativi accessori potranno liberamente circolare nell'UE solo se - immessi in commercio e messi in servizio, correttamente installati e adeguatamente mantenuti, nonché utilizzati secondo la loro destinazione - non compromettano la sicurezza e la salute dei pazienti, degli utilizzatori e dei terzi.

4. La classificazione dei dispositivi medici riguarda migliaia di prodotti e numerose categorie di fabbricanti, tra i quali anche gli odontotecnici, i tecnici ortopedici ed altre categorie professionali.

5. I fabbricanti sono responsabili della progettazione, della fabbricazione, dell'imballaggio e dell'etichettatura dei dispositivi immessi in commercio. Essi dovranno seguire specifiche procedure per la valutazione della conformità del prodotto alla direttiva, differenziate in base al rischio che il dispositivo comporta sul corpo umano. I rischi correlati al dispositivo medico dovranno essere ridotti al minimo e dovranno essere informati gli utilizzatori su eventuali rischi residui.

6. La vigilanza sanitaria sull'applicazione della normativa è demandata al Ministero della Sanità, in qualità di Autorità competente ai sensi della direttiva.

Il "monitoraggio" coinvolge tutte le strutture sanitarie pubbliche e private e gli operatori sanitari pubblici e privati che utilizzano dispositivi medici; detti soggetti sono tenuti a comunicare al Ministero della Sanità qualsiasi alterazione delle caratteristiche dei prodotti che abbia determinato la morte o un grave peggioramento dello stato di salute di un paziente.

7. I dispositivi medici possono essere utilizzati solo da soggetti con professione sanitaria.

8. La pubblicità dei prodotti deve essere autorizzata, al fine di evitare pubblicità ingannevoli, da un'apposita Commissione Ministeriale istituita presso il Ministero della Sanità (Commissione consultiva per il rilascio delle licenze di pubblicità sanitaria).

2. La marcatura CE dei dispositivi medici: procedure.

La marcatura CE è un logo che attesta la conformità di un prodotto ai requisiti di sicurezza previsti da una o più direttive comunitarie. C.E. è l'acronimo di Conformità Europea e non di comunità europea o altre sigle che erroneamente vengono citate.

Non si tratta né di un marchio di qualità, né di un marchio di origine.

La sua presenza su un prodotto attesta che questo è stato costruito nel rispetto delle direttive comunitarie.

Gli stadi della procedura di marcatura CE dei dispositivi medici, in base al d.lgs. 46/97, sono:

- 1) classificazione del dispositivo;
- 2) verifica del rispetto dei requisiti essenziali;
- 3) marcatura CE dei prodotti;

La classificazione è il primo atto che il fabbricante deve compiere per poter individuare la classe del dispositivo, secondo le regole contenute nell'allegato IX del d.lgs. 46/97, e adottare le procedure di marcatura conseguenti.

Qualunque dispositivo medico, per poter recare la marcatura CE, deve corrispondere ai cosiddetti "requisiti essenziali" esposti nell'allegato I, d.lgs.46/97.

Si tratta di requisiti di sicurezza e di efficacia che sia i dispositivi sia il loro sistema produttivo devono possedere.

Ed infatti l'allegato I stabilisce che: *"i dispositivi devono essere progettati e fabbricati in modo che la loro utilizzazione non comprometta lo stato clinico e la sicurezza dei pazienti, né la sicurezza e la salute degli utilizzatori ed eventualmente di terzi, quando siano utilizzati alle condizioni e per i fini previsti, fermo restando che gli eventuali rischi debbono essere di livello accettabile, tenuto conto del beneficio apportato al paziente, e compatibili con un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza"*.

Ciò significa che, per produrre un dispositivo medico conforme al d.lgs. 46/97, il fabbricante dovrà dimostrare che non solo il suo prodotto, ma anche il processo produttivo nei suoi diversi aspetti (progettazione, fabbricazione, controlli ecc.), rispetti i requisiti essen-

ziali.

L'elenco dei requisiti essenziali è suddiviso in due parti: la prima, dedicata ai requisiti generali, completamente rivolti alla sicurezza intrinseca dei dispositivi, la seconda, suddivisa ulteriormente in 7 gruppi, copre tutti gli aspetti progettuali e costruttivi del dispositivo.

Quanto più alta è la "pericolosità" del dispositivo, tanto maggiori saranno le garanzie di sicurezza che il fabbricante dovrà fornire per la produzione del dispositivo.

I dispositivi medici sono distinti secondo le seguenti classi:

a) classe I: dispositivi non invasivi o invasivi per uso temporaneo (es: cotone idrofilo, garza ecc.) Possono essere sterili o non sterili;

b) classe IIa: dispositivi invasivi per gli orifizi a lungo termine o invasivi di tipo chirurgico per uso temporaneo (es: siringhe con ago, sonde vescicali, ecc) e i disinfettanti per i dispositivi;

c) classe IIb: dispositivi invasivi a lungo termine (es: protesi), dispositivi per la contracccezione e sacche per sangue;

d) classe III: dispositivi impiantabili e che entrano in contatto con il sistema cardiaco e/o nervoso centrale (es: dilatatori coronarici), dispositivi fabbricati con tessuti animali;

A seconda della classe, la normativa prevede determinati adempimenti da riportare sulle confezioni o sulle etichette dei dispositivi e, in particolare, due sono i raggruppamenti:

a) classe I non sterili: è sufficiente la marcatura CE senza alcun numero;

b) classe II sterili, IIa, IIb e III: marcatura CE con numero di codice dell'ente notificato;

L'ente notificato è l'organismo che valuta la conformità del prodotto e/o dei processi di progettazione e produzione.

3. La libera circolazione dei dispositivi medici recanti la marcatura Ce e le procedure per limitarne l'immissione in commercio.

In tema di dispositivi medici, al fine di renderne agevole la circolazione all'interno dei paesi membri, e garantire quindi il principio di libera concorrenza tra gli operatori economici, sono intervenute alcune direttive

con lo scopo di «armonizzare» ed uniformare le norme dei singoli Stati prevedendo una disciplina generale, dettata dalla direttive recepite con il d.lgs 46/97.

Il recepimento della disciplina comunitaria, improntata sui principi di libera concorrenza all'interno dei mercati ed al divieto di aiuti di stato, imposizione di dazi doganali, restrizioni quantitative e di misure ad effetto equivalente, ha creato discussioni relativamente al suo difficile raccordo con il principio di tutela della salute qualificato in Italia come assoluto e che, in tema di fabbricazione ed immissione in commercio di «prodotti medici», trova una forma di garanzia nei c.d. limiti negativi all'iniziativa economica privata sanciti all'art. 41 cost..

Con specifico riferimento al tema dei dispositivi medici la loro libera circolazione è espressamente prevista dall'art. 4 della menzionata direttiva che pone un vero e proprio divieto agli Stati membri di impedire l'immissione in commercio e la messa in servizio dei dispositivi medici recanti la marcatura CE da bilanciarsi con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 8 della suddetta direttiva che riconosce ai singoli Stati la possibilità di «prendere le misure provvisorie necessarie» per ritirare un dispositivo dal mercato, «vietarne o ridurne l'immissione in commercio» ove questo possa «compro-mettere la salute o la sicurezza dei pazienti, degli utilizzatori o eventualmente di terzi» nonché definisce la procedura da seguire per comunicare tempestivamente alla Commissione Ce i provvedimenti adottati lasciando a tale organo la valutazione delle idoneità delle misure stesse.

Al fine di impedire l'immissione in commercio di dispositivi medici difettosi o non «sicuri» e garantire determinati livelli di protezione per coloro che ne vengono a contatto, l'allegato I della dir. CE 93/42 indica i requisiti essenziali che devono necessariamente rispettare i prodotti per ottenere la marcatura Ce necessaria per la successiva immissione in commercio all'interno del mercato comunitario.

Tali requisiti, al pari delle relative procedure di marcatura, sono differenti a seconda della classe cui appartengono i dispositivi medici, ex art. 9 della dir. CE 93/42, e la loro

classificazione viene effettuata principalmente sulla base della durata temporale di utilizzo ed all'invasività del dispositivo medico.

Il riscontro circa la presenza dei requisiti essenziali viene effettuata sulla base della presunzione di conformità sia in ragione del rispetto, da parte dei soggetti produttori, delle «*norme tecniche di armonizzazione*» previste dalla risoluzione del Consiglio del 7.5.1985, sia mediante la verifica di conformità, *ex art.* 11 dir. CE 93/42, svolta dai c.d. “*organismi notificati*”.

Nel primo caso, ci si riferisce alle specifiche tecniche attinenti al processo di produzione ed alle caratteristiche del prodotto redatte da organismi riconosciuti i quali a loro volta possono essere di livello internazionale (Iso - *International Standards Organization*), europeo (En - adottate a livello europeo dal Cen - Comitato Europeo di Normalizzazione o dal Cenelec - Comitato Europeo di Normalizzazione Elettrotecnica) o nazionale (Uni - Ente Nazionale Italiano di Unificazione).

Il secondo profilo attiene, invece, alla verifica del possesso, da parte dei prodotti per cui viene richiesta l'immissione in commercio, dei requisiti essenziali previsti dalla disciplina comunitaria.

Per i dispositivi medici rientranti nella classe «*I*», la suddetta verifica consiste nella mera redazione, da parte del fabbricante (quindi prima dell'immissione in commercio), della dichiarazione di conformità prevista all'allegato VII del d.lgs. 54/97, allegando la documentazione tecnica stabilita al 2° co.

Viceversa, per i dispositivi medici rientranti nelle classi «*IIA*», «*IIB*» e «*III*» (cfr. classificazione indicata al § 2), in ragione della loro maggiore pericolosità per la salute dei pazienti, si richiede l'intervento di organismi terzi, autorizzati dalle autorità nazionali all'uopo designate, per la verifica della valutazione di conformità sulla fase di fabbricazione del prodotto (per le classi «*IIA*», «*IIB*» e «*III*») e per la verifica nella fase di progettazione del dispositivo medico (per le classi «*IIB*» e «*III*»).

Agli “*organismi notificati*” le normative comunitarie attribuiscono anche facoltà ispettive al fine di verificare la conformità del processo produttivo e delle caratteristiche del

prodotto al progetto approvato in sede di valutazione di conformità.

In realtà, poiché la principale attività di tali organismi è incentrata sull'esame documentazione cartacea fornita dal produttore (o dal suo mandatario all'interno della Comunità Europea), molto spesso l'attività ispettiva non viene espletata.

Di conseguenza, in assenza di adeguata attività ispettiva preventiva da parte dell'organismo notificato, assume rilevanza decisiva - ai fini del controllo in concreto del rispetto di determinati standard qualitativi (requisiti essenziali del prodotto e del relativo processo di produzione cui il produttore, o il mandatario, si era vincolato nel richiederne l'immissione in commercio) - il ruolo delle Aziende Sanitarie che sono gli “*utilizzatori*” finali dei dispositivi medici.

L'art. 9, co. 3, d.lgs. cit. impone ai legali rappresentanti delle strutture sanitarie pubbliche e private e agli operatori sanitari pubblici e privati, sulla base di quanto rilevato nell'esercizio della propria attività, di comunicare immediatamente al Ministero le alterazioni delle caratteristiche e delle prestazioni di un dispositivo nonché qualsiasi inadeguatezza nell'etichettatura o nelle istruzioni per l'uso che possono essere o essere stati causa di decesso o grave peggioramento delle condizioni di salute di un paziente o di un utilizzatore.

La comunicazione di cui sopra deve essere inviata anche al fabbricante o al suo mandatario, anche per il tramite del fornitore del dispositivo, ai sensi dell'art. 9, co. 4.

Gli operatori sanitari, pertanto, con le loro segnalazioni costituiscono un efficace sistema di controllo *ex post* sui dispositivi medici in circolazione, anche se una valida attività di controllo andrebbe effettuata soprattutto *ex ante*, tramite una attenta attività ispettiva da parte degli organismi competenti che, viceversa, appare a dir poco deficitaria.

4. Il ruolo del Ministero della Salute nel ritiro di dispositivi medici e gli obblighi di comunicazione.

All'interno del mercato italiano, assume importanza decisiva il ruolo del Ministero della Salute quale organo amministrativo de-

signato alla «vigilanza sull'applicazione» della normativa in materia di dispositivi medici mediante: la realizzazione di controlli (anche mediante l'accesso ai luoghi di fabbricazione immagazzinamento dei prodotti), l'acquisizione di informazioni ed il prelievo di campioni per l'esecuzione di esami e prove.

La disciplina italiana in materia di dispositivi medici prevede inoltre un'attività di monitoraggio da parte delle strutture sanitarie pubbliche e private, i cui legali rappresentanti ed operatori sanitari sono tenuti a comunicare al Ministero della Salute i propri riscontri dando inizio ad un procedimento che può portare anche al ritiro dal mercato dei prodotti che possono cagionare un danno alla salute dei pazienti e di tutti i soggetti che vi entrino in contatto.

In particolare il Ministero della Salute, nel ricevere comunicazioni sugli incidenti verificatisi o circa qualsiasi alterazione delle caratteristiche e delle prestazioni di un dispositivo medico, effettua un primo contraddittorio con il fabbricante (o con il suo mandatario presente all'interno del mercato comunitario) dando comunicazione dei riscontri e dei provvedimenti adottati alla Commissione Ce ed agli altri Stati Membri.

Contemporaneamente, ove il Ministero della Salute accerti che un dispositivo possa compromettere la salute dei pazienti, degli utilizzatori o di soggetti terzi, in applicazione della clausola di salvaguardia (art. 7, d.lgs. 46/97), adotta le misure che ritiene proporzionate ed idonee ad evitare un rischio per la salute dei soggetti che ne entrano in contatto disponendone il ritiro dal mercato, a cura e spese del fabbricante o del suo mandatario, vietandone o limitandone l'immissione in commercio o la messa in servizio rendendo nota tale decisione alla Commissione Ce (unitamente alle motivazioni che hanno spinto lo Stato Membro a ricorrere alle misure protettive) che ne valuta il fondamento e ove non reputi giustificate le misure adottate ne da comunicazione allo Stato che le ha adottate ed al fabbricante (o al suo mandatario).

In tema di obblighi di comunicazione al Ministero della salute deve evidenziarsi la differenza esistente tra il disposto dell'art. 9 del d.lgs. cit. rispetto a quello contenuto nel-

l'art. 10.

Mentre l'art. 9 trova applicazione unicamente in caso di incidenti verificatisi in seguito all'immissione in commercio di un dispositivo medico e attiene ad un obbligo che incide unicamente sull'attività degli operatori sanitari pubblici o privati, l'art. 10 ha un utilizzo molto più esteso e generalizzato, riferendosi a «qualsiasi alterazione delle caratteristiche e delle prestazioni di un dispositivo o inadeguatezza nelle istruzioni per l'uso» ed è rivolto anche al fabbricante (o al mandatario) del dispositivo medico.

Al fine di rendere maggiormente agevole l'identificazione dei produttori o dei soggetti che hanno provveduto all'immissione in commercio, all'interno del mercato europeo, di alcuni dispositivi medici la normativa comunitaria impone la loro registrazione presso lo Stato Membro in cui hanno sede (ove il produttore non abbia la propria sede nel territorio di uno Stato Membro, questo dovrà individuare un unico mandatario che procederà a suddetta registrazione) nonché la creazione di una banca dati europea.

La sorveglianza del mercato messa in atto dal Ministero della salute, dunque, con il controllo della regolarità della marcatura CE, della conformità dei dispositivi, delle procedure e degli adempimenti previsti per i fabbricanti, attraverso le modalità precedentemente descritte, può portare all'adozione di differenti provvedimenti.

Se al termine della procedura di valutazione il Ministero della Salute ritiene correttamente marcato il dispositivo medico, lo stesso potrà continuare a rimanere sul mercato nella formulazione e presentazione originale.

Qualora invece sia stata rilevata una condizione di non conformità del dispositivo, il Ministero della salute ordinerà al fabbricante o al mandatario di adottare le misure idonee per far venire meno la situazione di infrazione, fissando un termine per adempiere non superiore ai trenta giorni (art. 17 d.lgs. cit.).

Il Ministero della salute, dopo aver esaminato le "misure" proposte dal fabbricante, se le ritiene idonee (in genere, modifiche al prodotto, all'etichetta, alle istruzioni d'uso), autorizza la commercializzazione del dispositivo nella nuova versione (le modifiche dovranno

essere evidenziate nella nuova confezione e negli stampati).

In assenza di proposte correttive risolutive da parte del fabbricante nei tempi previsti, oppure in caso di misure correttive ritenute non idonee, il Ministero della salute ordina l'immediato ritiro dal commercio del prodotto, con oneri e spese a carico del fabbricante.

Altre misure che possono essere assunte sono quelle previste dall'art. 13 *ter* del d.lgs. 46/97 e dall'art. 8 *bis* del d.lgs. 507/92 allorché il Ministero della salute dovesse ritenere che, per motivi di protezione della salute, la disponibilità di un prodotto o di un gruppo di prodotti debba essere negata, limitata o soggetta a particolari limitazioni, o che si debba procedere al ritiro dal mercato degli stessi. La Commissione europea e gli altri Stati membri devono essere informati del provvedimento e dei motivi che hanno portato al provvedimento stesso.

La Commissione Europea deciderà di adottare ulteriori provvedimenti a livello comunitario attraverso le procedure definite di "comitatologia".

L'art. 18 del d.lgs. 46/97, infine, prevede che prima di assumere un qualsiasi provvedimento limitativo, la ditta fabbricante interessata dovrà essere invitata a presentare controdeduzioni, a meno che l'urgenza del caso non consenta un'ulteriore dilatazione dei tempi.

Ogni provvedimento dovrà comunque essere motivato e notificato agli aventi diritto con l'indicazione di un termine entro il quale può essere avanzato ricorso gerarchico al Ministro della salute o ricorso al TAR.

Con riferimento ai provvedimenti di ritiro dal commercio di dispositivi medici, è da segnalare il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, da ultimo, TAR Lazio, sez. III *quater*, n. 5546 del 15.6.2012, fermo nel ribadire l'obbligatorietà delle comunicazioni *ex art.* 18 ss. d.lgs. 46/97.

Nella menzionata decisione, il TAR ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento del Ministero della Salute con il quale era stato disposto il ritiro ed il divieto di immissione in commercio e di utilizzo *ex art.* 18 d.lgs. n. 46/97 di un dispositivo medico utilizzato all'interno delle "Grotte del sale" per il trat-

tamento c.d. "Haloterapia" e delle apparecchiature basate sulla medesima tecnologia di funzionamento.

Ebbene, l'accoglimento del ricorso è stato determinato dalla violazione delle garanzie procedurali stabilite dagli art. 17 e 18 d.lgs. cit., in termini di preavviso, di partecipazione al procedimento e di contraddittorio (in combinato disposto con la normativa generale di partecipazione procedimentale *ex artt.* 7 e 10 della l. n. 241/1990).

L'art. 17 predetto, infatti, introducendo nella disciplina dei dispositivi medici la misura sanzionatoria del ritiro del prodotto dal mercato, dispone, infatti, testualmente, quanto segue: "*Ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 23, il Ministero della salute, quando accerta l'indebita marcatura CE dei dispositivi medici, o l'assenza della stessa, in violazione alle disposizioni del presente decreto, ordina al fabbricante o al mandatario di adottare tutte le misure idonee a far venire meno la situazione di infrazione fissando un termine per adempiere non superiore a trenta giorni.*" (co. 6). "*Decorso inutilmente il termine di cui al co. 6, il Ministero della salute ordina l'immediato ritiro dal commercio dei dispositivi medici, a cura e spese del soggetto destinatario dell'ordine*" (co. 7). "*Nel caso in cui l'infrazione continui il Ministero della salute adotta le misure atte a garantire il ritiro dal commercio, a spese del fabbricante o del suo mandatario*" (co. 8).

A sua volta, l'art. 18 prescrive espressamente che "*Ogni provvedimento di diniego o di limitazione dell'immissione in commercio, della messa in servizio di un dispositivo, o dello svolgimento di indagini cliniche, ovvero di ritiro dei dispositivi dal mercato deve essere motivato. Il provvedimento è notificato all'interessato con la indicazione del termine entro il quale può essere proposto ricorso gerarchico al Ministro della salute o ricorso giurisdizionale al tribunale amministrativo regionale*" (co. 1) e che "*Prima dell'adozione dei provvedimenti di cui al co. 1, il fabbricante o il suo mandatario deve essere invitato a presentare le proprie controdeduzioni, a meno che tale consultazione sia resa impossibile dall'urgenza del provvedimento*" (co. 2).

Ebbene, le suddette misure garantiste di

preavvertimento ai fini regolarizzatori della situazione e di partecipazione e contraddittorio assicurate dagli artt. 17 e 18 sopra menzionati, sono state nella specie disattese, poiché la ricorrente non è stata invitata, con fissazione di un termine all'uopo concesso, a far venire meno l'eventuale situazione di infrazione, né è stata sentita, per controdeduzioni, prima del provvedimento (di cui trattasi) di ritiro dal mercato, con divieto di immissione in commercio e di utilizzo.

Né appare conferente o validamente ipotizzabile o richiamabile, sostiene il TAR, *il riferimento ad una situazione di urgenza tale*

da consentire la deroga alla normativa partecipativa e garantista suddetta, in presenza di un prodotto, come sottolinea la ricorrente, da anni prodotto e commercializzato senza problemi, con il sostanziale avallo (fino a pochi giorni prima del nuovo orientamento) del Ministero stesso". Tale sentenza è l'ennesima conferma dell'esistenza di un "vuoto normativo" in materia che dovrà essere necessariamente colmato anche con la previsione dell'obbligatorietà dei poteri ispettivi preventivi alla commercializzazione del prodotto e con una regolamentazione di dettaglio a livello regionale.

«.....GA.....»

TETTI DI SPESA E PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA LE STRUTTURE PUBBLICHE E PRIVATE, NEL MERCATO CONCORRENZIALE DEL SISTEMA SANITARIO NAZIONALE

dell'Avv. Francesco Palazzotto

Il ritardo con il quale le Regioni deliberano la determinazione dei tetti di spesa, ai sensi del d.lgs. 30.12.1992 n. 502 e s.m.i., ha dato vita ad un lungo e articolato contenzioso, che non si è ancora esaurito, anche se la giurisprudenza amministrativa prevalente tende a valorizzare più che altro le esigenze finanziarie assegnate al servizio stesso, la giurisprudenza presenta comunque una serie di precisazioni che, con il trascorrere del tempo, potrebbero capovolgere questa tendenza. L'esigenza di contemperamento tra i vari interessi in gioco diventa più pressante quando al provvedimento di determinazione dei tetti di spesa già "ritardatario" si unisce, anche, una regressione tariffaria. In questa ipotesi, però, qualche giudice sembra riconoscere la violazione del legittimo affidamento in capo al privato. Alle problematiche riguardanti la parità/concorrenza tra strutture pubbliche e strutture private si aggiungono quelle tra le sole strutture private che ambiscono alla stipulazione degli accordi contrattuali.

The lateness which regions deliberate determination of the expenditure ceilings, under the d.lgs. 30.12.1992 n. 502, as amended, gave birth to a long and complex litigation, which has not yet run out and in which, although the administrative law prevalent tends to appreciate more than anything else the financial requirements assigned to the same service, but there are a number of clarifications that, with the passage of time could reverse this trend. The need for reconciliation between the various interests becomes more pressing when the measure for determining spending limits already "latecomer" joins, too, a regression tariff. In this case, however, some judges seem to recognize the violation of legitimate expectations on the private individual. To equality issues / competition between public and private structures are added those of the only private structures that aspire to the stipulation of contractual agreements.

Sommario: 1. Premessa; 2. L'accreditamento sanitario dopo la riforma operata con il d.lgs. 19.6.1999, n. 229; 3. Ruolo delle Regioni; 4. I c.d. provvedimenti sui tetti di spesa; 5. La determinazione tardiva dei tetti di spesa e la regressione tariffaria; 6. La parità di trattamento tra strutture pubbliche e strutture private, riguardo i tetti di spesa; 7. Conclusioni.

1. Premessa.

La natura pubblicistica del Servizio sanitario nazionale non esclude che possano essere utilizzate, al suo interno, strutture private. L'iniziativa privata, inserita in un più ampio contesto pubblicistico, può procurare cospicui vantaggi all'intero sistema e arrecare un apporto altamente positivo al raggiungimento degli obiettivi che gli sono propri.

Le norme della costituzione economica, di cui agli art. 41 e 43, garantiscono pienamente la collaborazione tra i due distinti settori, e

pertanto consentono la presenza di soggetti privati anche all'interno di organizzazioni pubblicistiche. La presenza di privati che collaborano con i relativi enti pubblici, per il raggiungimento degli scopi di questi ultimi, deve dunque ritenersi costituzionalmente garantita. Nella gestione dei servizi sanitari il rapporto pubblico-privato si evidenzia in tutta la sua importanza, dando vita all'istituto dell'accreditamento sanitario. Da un lato, l'importanza degli interessi che vengono in considerazione impone una struttura rigida-

mente pubblicistica; dall'altro lato anche l'imprenditoria privata appare in grado, di effettuare un servizio validissimo, purché adeguatamente controllato.

2. L'accreditamento sanitario dopo la riforma operata con il d.lgs. 19.6.1999, n. 229.

L'accreditamento sanitario è quell'istituto giuridico introdotto dal d.lgs. 30.12.1992, n. 502¹ (così come successivamente modificato con il d.lgs. 19.6.1999, n. 229), quale presupposto indispensabile perché una struttura privata² o pubblica possa erogare prestazioni agli assistiti del Ssn o agli iscritti della mutualità integrativa.

L'accreditamento, oltre ad essere un *iter* che il privato dovrà seguire al fine di essere inserito all'interno del Servizio sanitario nazionale, di cui verrà a farne parte assieme alle stesse aziende sanitarie locali e alle aziende ospedaliere, operando insieme con esse e determinando in questo il complesso sistema strutturale che eroga le prestazioni sanitarie, va inteso come la volontà di garantire una verifica e un monitoraggio delle strutture che forniscono prestazioni nell'ambito del Ssn. Si parla di *"effettiva rispondenza ad una serie di condizioni. [...] al fine ultimo di selezionare quanti possano essere riconosciuti quali soggetti potenzialmente erogatori di prestazioni per conto dello stesso Ssn"*³.

L'istituto dell'accreditamento è stato introdotto dal D.lgs. 30.12.1992, n. 502 per definire standard qualitativi degli erogatori, a garanzia degli assistiti, e regole comuni per sviluppare la concorrenza tra soggetti pubblici (Asl vs. presidi ospedalieri) e tra pubblici e privati, come stimolo all'efficienza del sistema e al miglioramento dei livelli qualitativi

delle prestazioni⁴.

La Corte costituzionale⁵, in linea con quanto stabilito dal legislatore, lo ha definito come *"una operazione da parte di una autorità o istituzione (nella specie Regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo, di specifici requisiti (ed. standard di qualificazione) e si risolve in una iscrizione in un elenco, da cui possono attingere per l'utilizzazione altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie)"*.

Per dare attuazione alla norma fu emanato il d.P.R. 14.1.1997 sui requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi *minimi* per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture sanitarie pubbliche e private, che aveva il merito di fissare un primo punto fermo del sistema *"autorizzazione ed accreditamento"*¹¹. I contenuti di queste disposizioni sono stati poi ripresi dal d.lgs. 19.6.1999, n. 229, che ha sviluppato e sistematizzato l'intera materia, prevedendo una sequenza di istituti strettamente collegati tra loro, definiti come il sistema delle *"quattro A"*: autorizzazione alla realizzazione delle strutture sanitarie, autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie, accreditamento istituzionale e accordi contrattuali. Ciascun istituto è logicamente e proceduralmente distinto da quello successivo e fa capo alla Regione, che deve disporre di un piano di previsione del fabbisogno complessivo di prestazioni sanitarie (pubbliche e private), articolato per aree territoriali, al fine di garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture.

L'Autorizzazione alla *realizzazione delle strutture sanitarie*, prevista dall'art. 8 *ter* aggiunto dal d.lgs. 19.6.1999, n. 229, rappresenta il più rilevante elemento di cambiamento, perché il Comune, nell'esercizio delle proprie competenze in materia di autorizzazione e concessione edilizia, deve acquisire la verifica di compatibilità del progetto da parte della

¹ Il concetto di accreditamento è introdotto, per la prima volta in Italia, proprio nell'art. 7 del d.lgs. 30.12.1992, n. 502.

² Cfr. E. GUZZANTI, Convegno nell'ambito di Hospital '96, *«L'accreditamento delle istituzioni e dei professionisti nel Servizio Sanitario Nazionale»*, Bologna, 24 maggio 1996, l'autore afferma che sono stati inseriti *«i principi del mercato dentro le regole dello Stato»*.

³ Vedi *Proposta di linee guida sui criteri del processo di accreditamento delle strutture e dei professionisti di cui all'art. 8 del d.lgs. 502/92 e successive modifiche ed integrazioni*, pag. 4, maggio 1996.

⁴ Fino ad allora la normativa nazionale aveva definito standard strutturali diversi per gli ospedali pubblici e le case di cura private, stante il carattere *"integrativo"* degli erogatori privati rispetto a quelli pubblici.

⁵ V. C. cost. 28.7.1995, n. 416.

Regione⁶, per realizzare le strutture a ciò deputate. In particolare, l'autorizzazione è necessaria sia per la costruzione di strutture nuove sia per l'adattamento di quelle già esistenti o in caso di una loro diversa utilizzazione, di ampliamento, di eventuali trasformazioni nonché di trasferimento in altra sede.

L'autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie rappresenta la soglia rigorosa di garanzia al di sotto della quale non è possibile esercitare un'attività sanitaria o socio-sanitaria. L'autorizzazione riguarda le strutture di ricovero ospedaliere, assistenza specialistica, diagnostica strumentale, laboratorio, residenziali e semi-residenziali. L'art 8 *ter* del decreto cit., per il rilascio della autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie, prevede il possesso di "standard minimi di sicurezza".

Il soggetto privato che ambisce ad erogare prestazioni nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (assieme alle Aziende sanitarie locali e alle Aziende ospedaliere) dovrà ottenere l'accreditamento. Quindi, l'autorizzazione funge da ineludibile presupposto per poter passare al secondo livello di questo processo, cioè il rilascio dell'accreditamento istituzionale.

L'Accreditamento istituzionale (art. 8-*quater* aggiunto dal d.lgs 19.6.1999, n. 229) è la seconda tappa di questo *iter*.

L'accreditamento costituisce un livello superiore di impegno richiesto alle strutture che intendano erogare prestazioni per conto del Ssn o a favore della mutualità volontaria, per dare certezza al cittadino di un buon livello qualitativo e della loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale. L'accreditamento delle strutture di erogazione riguarda tanto le strutture pubbliche, quanto quelle private. Ai fini del riconoscimento della qualità di struttura accreditata l'art. 8 *quater* del decreto cit. richiede, anzitutto, il possesso di requisiti di qualificazione "ulteriori" rispetto a quelli necessari per il rilascio

dell'autorizzazione, in secondo luogo la "funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale", in ragione del fabbisogno di assistenza, e, infine, la "verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti".

L'accreditamento attribuisce al privato la qualifica di *gestore del servizio sanitario*, ma, a differenza di quanto avveniva in passato, il rilascio dell'accreditamento, non comporta più l'automatica ammissione all'erogazione di prestazioni *a carico* del Servizio sanitario locale. Tale assunto trova il suo fondamento nell'art 8 *quater* nella parte in cui dice che "la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate". Oggi, infatti, a tale scopo occorre che la Regione e le Aziende sanitarie locali stipulino appositi *accordi contrattuali* con i soggetti erogatori e i professionisti accreditati, come previsto dall'art. 8 *quinquies* aggiunto dal d.lgs 19.6.1999, n. 229. Inoltre, il Decreto in questione ha introdotto il concetto di "accreditamento provvisorio", che riguarda le nuove strutture o l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti.

L'accreditamento è provvisorio per il tempo necessario alla verifica del volume dell'attività svolta e della qualità dei suoi risultati.

L'eventuale verifica negativa comporta la sospensione automatica dell'accreditamento.

Gli Accordi contrattuali (per le strutture pubbliche) e i contratti (per le strutture private), quindi, individuando i soggetti, tra quelli accreditati, che hanno titolo ad erogare prestazioni per conto e a carico del Ssn, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi dei servizi offerti. La stipulazione degli accordi contrattuali rappresenta il momento conclusivo del processo di individuazione dei soggetti erogatori dei servizi sanitari. Solamente con la stipulazione degli accordi contrattuali si configurerà in capo al privato il diritto di erogare le prestazioni sanitarie "a carico" del Servizio sanitario nazionale.

D'altra parte, ai sensi del già richiamato art. 8 *quater*, la qualifica di soggetto accreditato non comporta l'automatico accesso alla

⁶ L'articolo dispone che per il rilascio «dell'autorizzazione alla realizzazione delle strutture» sia richiesta la «verifica di compatibilità del progetto da parte della regione» in rapporto al «fabbisogno complessivo» e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale.

fase della stipulazione degli accordi e quindi il diritto ad ottenere il rimborso delle spese⁷.

3. Ruolo delle Regioni.

Alle Regioni spetta un ruolo centrale, perché devono dare concretezza al complesso sistema dell'accreditamento⁸, disciplinandone i passaggi, le condizioni, gli aspetti procedurali, il sistema dei controlli preliminari e delle verifiche successive. Per l'autorizzazione all'esercizio, la Regione adotta i requisiti minimi, fissati dal d.P.R. 14.1.1997, con gli adattamenti e le integrazioni necessarie, regolamentando anche altre materie non previste (ad es. dialisi, chirurgia ambulatoriale).

Nell'ambito dell'accreditamento la Regione ha ampia competenza nel definire requisiti ulteriori di qualità - oltre quelli nazionali - in relazione alle diverse tipologie di attività sanitarie o socio-sanitarie, nel fissare le procedure e le modalità di accertamento del possesso dei requisiti e nel valutare la rispondenza delle strutture al fabbisogno regionale. Particolarmente complessa è la valutazione della "funzionalità" della struttura in relazione alla programmazione regionale, che alcune regioni non prevedono, per consentire la massima competizione sul mercato, mentre altre

rafforzano, come elemento necessario per configurare un sistema di offerta coerente con gli obiettivi della programmazione e delle risorse finanziarie disponibili. In materia di accordi contrattuali e di contratti il d.lgs 19.6.1999, n. 229 ha demandato alle regioni l'individuazione dei soggetti tenuti a stipulare gli accordi, i contenuti dell'accordo e i criteri per la remunerazione delle prestazioni eccedenti rispetto a quelle concordate.

Ad oggi, tutte le regioni hanno provveduto a normare gli istituti dell'autorizzazione e dell'accreditamento, anche se in maniera più o meno approfondita e con tempi diversi⁹. Il vasto apparato normativo scaturito, pur traendo origine dalle comuni regole del d.P.R. 14.1.1997, di fatto ha dato luogo a consistenti differenze tra le Regioni, sia per la previsione di requisiti aggiuntivi, sia per il grado di attenzione agli strumenti di misurazione dei risultati e della qualità. La situazione riflette la diversità delle scelte effettuate e anche la difficoltà concreta nell'attuazione del nuovo sistema. Alcune Regioni hanno maturato importanti esperienze e costituiscono veri punti di riferimento per la riflessione sullo sviluppo dei modelli, mentre altre sono ancora in fase di elaborazione o di primo avvio dei lavori.

La Regione e le AUSL attivano un sistema di monitoraggio e controllo sul rispetto degli accordi contrattuali da parte di tutti i soggetti interessati e sulla qualità e l'appropriatezza dell'assistenza.

I criteri di verifica comprendono, tra l'altro, anche i risultati finali dell'assistenza e il gradimento degli utilizzatori dei servizi.

Per le strutture pubbliche, la definizione degli accordi entro i termini stabiliti e il rispetto dei programmi di attività previsti, rappresenta elemento di verifica per la *conferma dell'incarico* del Direttore Generale e dei direttori di dipartimento e del contratto previsto per i dirigenti responsabili di struttura complessa¹⁰, nonché il *riconoscimento degli incentivi* di risultato al personale con funzioni dirigenziali dipendente dalle aziende interes-

⁷ Vi è un'esplicita indicazione nazionale che chiarisce la non obbligatorietà a stipulare contratti con tutti i soggetti accreditati (art. 8 *quater*, co. 2, D.lgs 19.6.1999, n. 229). A riguardo, si veda TAR Puglia, BA, III, 15.6.2011, n. 907, che ha avuto modo di chiarire che "...le categorie giuridiche dell'accreditamento e del contratto sono collocate su piani diversi, legati da un nesso di presupposizione, nel senso che la prima precede sia logicamente che cronologicamente la seconda, non invece, da un nesso di necessaria consequenzialità, nel senso che alla prima debba fare seguito la seconda..."

⁸ L'Agenzia per i servizi sanitari regionali sta seguendo, dal 2002, lo stato di attuazione dell'accreditamento nelle Regioni, tramite la "Commissione nazionale per l'accreditamento e la qualità dei servizi sanitari", la cui rilevazione del 2004 ha fatto emergere come il processo di accreditamento avanzi molto lentamente, riscontrando difficoltà di applicazione dovute a: (a) disomogeneità rispetto alla cultura della qualità, avvertita non come obbligo formale, ma componente ineludibile del sistema, (b) problemi nel definire e gestire il rapporto tra programmazione dell'offerta e accreditamento (definizione del fabbisogno, gestione dell'eccesso di offerta), (c) definizione dei criteri operativi e delle procedure di accreditamento, sia nei confronti delle strutture pubbliche che private.

⁹ Vedi I sistemi di governance dei servizi sanitari regionali, in *Quaderni Formez*, p. 50, http://biblioteca.formez.it/webif/media/QuaderniFormez_57.pdf.

¹⁰ Per strutture complesse si considerano i dipartimenti e le unità operative.

sate.

4. I c.d. provvedimenti sui tetti di spesa.

Il nuovo modello di servizio sanitario nazionale, che si è andato delineando a partire dal d.lgs. 30.12.1992, n. 502, è ispirato alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico. Quanto al primo profilo, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni¹¹.

Il principio della necessaria programmazione sanitaria è, invece, perseguito con l'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la determinazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni.

Il principio della necessaria programmazione sanitaria si estrinseca principalmente attraverso i c.d. provvedimenti sui tetti di spesa, attraverso i quali la P.A., esercitando il proprio potere discrezionale, cerca di contenere i rimborsi spettanti al privato - a seguito della stipulazione degli accordi contrattuali - entro certi vincoli finanziari. Le regioni, dovendo fare fronte alle spese sostenute dalle suddette strutture private hanno non solo il diritto, ma addirittura il dovere, di intervenire con loro provvedimenti di razionalizzazione e di programmazione del sistema, al fine precipuo di individuare quelle economie di spesa che servono a far quadrare il bilancio pubblico nella materia.

Questi provvedimenti sono stati spesso sottoposti al vaglio del giudice amministrativo, sia riguardo la possibilità o meno di subordinare il diritto alla salute alle disponibili-

tà finanziarie, sia per ciò che riguarda la disparità di trattamento riservato alle strutture private rispetto a quelle pubbliche.

In linea generale, la giurisprudenza, pur apprezzando notevolmente la necessità del sistema degli enti privati accreditati, propende a valorizzare maggiormente le esigenze pubblicistiche di tipo finanziario, sulla base della considerazione che tali strutture, per quanto private, sono inserite in un contesto pubblicitico e non possono operare del tutto liberamente sul mercato dovendo, invece, adeguare la loro attività a quelle che sono le esigenze che di volta in volta emergono nell'ambito delle prestazioni sanitarie e, in primo luogo, quelle di natura finanziaria.

In virtù delle insopprimibili esigenze di carattere finanziario, lo stesso Consiglio di Stato¹² ha avuto più volte la possibilità di esprimersi circa la legittimità dei provvedimenti sui tetti di spesa, ritenendo che *“I tetti di spesa sono, in via di principio, legittimi date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica e che il diritto alla salute, di cui all'art 32 della Cost. possa essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfirne il nucleo essenziale irriducibile.”*. Il Consiglio di Stato ha affermato, anche, che la predeterminazione dei tetti di spesa da parte delle regioni nel corso dell'esercizio finanziario, che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate, non può considerarsi, ex se, affetta da illegittimità, in quanto, in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva all'inizio di erogazione del servizio, gli operatori privati, che erogano prestazioni per il Ssn, possono aver riguardo - fino a quando non risulti adottato il provvedimento - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente, diminue, ovviamente, della riduzione della spesa

¹¹ Vedi art. 8, co. 7, d.lgs. 30.12.1992, n. 502 come modificato dall'art. 8 d.lgs. 19.6.1999, n. 229

¹² Cfr. CdS, ad. plen., 3.4.2012, n. 3. Sulla stessa linea di pensiero si pone anche la sentenza n. 4 del 2012 emanata dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, il quale ha osservato che *“gli interessati, infatti, potranno avere riguardo - fino a quando non venga adottato il provvedimento - dell'entità delle somme stanziare per l'anno precedente”*.

sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso.

L'Adunanza Plenaria ha precisato che, in tema di limiti delle spese sanitarie di competenza delle regioni, affinché l'esercizio, con effetto *ex tunc*, del potere di programmazione si svolga in modo tale da bilanciare l'esigenza del contenimento della spesa con la pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate e, soprattutto, con l'interesse degli operatori privati ad agire con un logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili, occorre che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno, tenendo presente che la determinazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli.

Infine l'Adunanza plenaria ha affermato che la determinazione 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, vanno disposti mediante un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già attraverso una fase concordata e convenzionale. La natura autoritativa e vincolante delle determinazioni assunte in tema di limiti delle spese sanitarie di competenza delle Regioni, ai sensi dell'art. 32, co. 8, l. 27.12.1997, n. 449, denota la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria, con la conseguenza che tale imprescindibile funzione programmatica, tendente a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, deve intervenire in ogni caso, perché la determinazione dei limiti di spesa rappresenta l'adempimento di un preciso ed ine-

ludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

5. La determinazione tardiva dei tetti di spesa e la regressione tariffaria.

La *tardività* con la quale le regioni deliberano la determinazione dei tetti di spesa ha dato vita ad un lungo e articolato contenzioso, che non si è ancora esaurito e nell'ambito del quale, anche se la giurisprudenza amministrativa prevalente, tende a valorizzare più che altro le esigenze finanziarie assegnate al servizio stesso, presenta comunque una serie di precisazioni che, con il trascorrere del tempo, potrebbero capovolgere questa tendenza.

La giurisprudenza¹³, sensibile al fatto che la determinazione tardiva dei limiti di spesa possa ledere gli operatori privati che agiscono nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, creando loro notevoli difficoltà nella pianificazione delle loro attività, ha affermato che “è evidente che la *tardività dell'intervento, specie se è autoritativo, impone una puntuale valutazione delle situazioni giuridiche soggettive e delle aspettative maturate dai singoli operatori, non potendosi prescindere da un'approfondita valutazione del tempo trascorso, con una soluzione che non può risolversi in una compromissione di interessi in senso unico*”.

Questa esigenza di contemperamento tra i vari interessi in gioco diventa più pressante quando al provvedimento di determinazione dei tetti di spesa già “*ritardatario*” si unisce, anche, una *regressione tariffaria*. In questa ipotesi, però, qualche giudice sembra riconoscere la violazione del *legittimo affidamento* in capo al privato.

È il caso del TAR Puglia¹⁴ che ha statuito nel senso che “*ben conosce il Collegio l'orientamento del tutto consolidato della giurisprudenza amministrativa, circa la possibilità di determinazione dei tetti di spesa con effetto retroattivo, escludendosi la rilevanza dell'affidamento del privato, il quale nelle more della determinazione definitiva del budget può fare affidamento sulle somme assegnate per*

¹³ Vedi TAR Abruzzo, Pe, 30.1.2009, n. 542.

¹⁴ Vedi TAR Puglia, BA, II, 22.2.2011, n. 1108.

l'anno precedente (...) differente però è la fattispecie per cui è causa, dal momento che la somma spettante risulta drasticamente decurtata nei confronti della ricorrente ad anno abbondantemente in corso, senza che possa essere negata la lesione dell'affidamento”.

6. La parità di trattamento tra strutture pubbliche e strutture private, riguardo i tetti di spesa.

Proseguendo con l'analisi della giurisprudenza un altro “filone” di liti che si rinviene, è quello che ha ad oggetto la violazione della parità di trattamento e della libertà di concorrenza tra strutture pubbliche e strutture private. Detta parità, trova le sue radici normative nell'art. 8 bis, d.lgs. 30.12.1992, n. 502¹⁵, attraverso il quale il legislatore nazionale ha posto i soggetti pubblici e soggetti privati in una posizione di sostanziale parità, dato che entrambi concorrono alla garanzia dei livelli essenziali di assistenza.

Dinanzi al giudice amministrativo spesso i privati accreditati lamentano la violazione della parità di trattamento con le strutture pubbliche poiché queste ultime, a differenza di quelle private, non sono tenute al rispetto dei tetti di spesa.

Ma la pretesa parità, è stata superata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁶ che ha affermato che *“i tetti di spesa sono legittimi per le sole strutture private accreditate senza che ciò comporti un'effettiva disparità di trattamento tra strutture pubbliche e private dato che al di fuori del contratto, la struttura accreditata non obbligata ad erogare prestazioni agli assistiti del Ssn, e, per converso, l'amministrazione sanitaria non è tenuta a pagare la relativa remunerazione. I pazienti, inoltre hanno comunque titolo a richiedere le prestazioni ad una struttura pubblica il quale non potrebbe rifiutarla.”*

¹⁵ Art. 8 bis, d.lgs. 30.12.1992, n. 502, *“Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies.”*

¹⁶ Vedi CdS, V, 4.10.2007, n. 5134.

La questione di fondo è complessa e, a riguardo si impongono alcune considerazioni sul ruolo giocato, in questo quadro, dalle Aziende sanitarie locali.

Le aziende sanitarie locali hanno sia compiti di organizzazione e programmazione del servizio, in quanto “soggetti acquirenti-pagatori” di prestazioni sanitarie per conto degli assistiti del Servizio sanitario nazionale, sia la funzione di “soggetti erogatori” delle suddette prestazioni, in concorrenza con gli altri operatori pubblici e privati. Questa “indebita commistione” di funzioni di programmazione, acquisto ed erogazione di prestazioni, è stata oggetto addirittura di denuncia da parte dell'Autorità garante della concorrenza e il mercato, la quale ha definito le Aziende sanitarie locali come “arbitri e giocatori” allo stesso tempo. In questo contesto i presidi ospedalieri, in quanto strutture interne alle Aziende sanitarie locali, sono considerati fornitori privilegiati. Le Aziende sanitarie locali ricorrono alle strutture esterne soltanto in via residuale, per quella parte di fabbisogno che non riescono a soddisfare direttamente. Si viene così a creare una situazione “di conflitto di interessi in materia di programmazione della spesa e di concorrenza tra gli operatori”, di qui, ad avviso dell'Autorità, l'opportunità di riformare la normativa, disgiungendo e configurando in capo a soggetti diversi le funzioni di programmazione, di prestazione e di pagamento.

7. Conclusioni.

Escluso che nell'assetto attuale si possa parlare di parità/concorrenza tra strutture pubbliche e strutture private, ci si chiede se di parità/concorrenza si possa parlare, perlomeno, in riferimento ai soli privati che ambiscono alla stipulazione degli accordi contrattuali.

L'accesso alla fase di stipula degli accordi contrattuali rappresenta un momento delicato giacché essa si concretizza in un'occasione di guadagno.

Quali sono le modalità di accesso alla fase contrattuale, allorquando, a parità di condizioni l'accesso a detta fase venga dato solo ad alcuni dei soggetti accreditati, senza l'espletamento di alcuna procedura concorsuale?

L'interrogativo non trova risposta nella legislazione nazionale. Infatti, all'art. 8, *quinquies*, co. 2 del decreto cit. si stabilisce esclusivamente e semplicemente che per la scelta del contraente si possa procedere anche mediante "valutazioni comparative" della "qualità" e dei "costi".

Già da tempo, invece, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in particolare, tema di prestazioni sanitarie ospedaliere) segnala la necessità di seguire criteri di giudizio che siano "oggettivamente determinati" nella scelta del soggetto accreditato con il quale stipulare gli accordi.

Volendo tentare di dare una risposta all'interrogativo in questione, non sarebbe peregrino riflettere sulla natura giuridica dell'accREDITAMENTO. L'accREDITAMENTO è un atto amministrativo, che si concreta, ai sensi dell'art 8 *quater* del decreto cit., sia come atto di accertamento tecnico, per la parte in cui viene verificato il possesso, in capo alla struttura che ne faccia richiesta, dei requisiti ulteriori di qualificazione, sia come atto connotato da elementi di discrezionalità, per la parte

in cui viene "ponderata la funzionalità della struttura rispetto alle scelte della programmazione sanitaria regionale, nell'ambito delle linee di programmazione nazionale". Il precipitato applicativo di tale riflessione sta nel considerare l'accREDITAMENTO come un provvedimento amministrativo di tipo concessorio. Ed è proprio l'affermata natura concessoria dell'accREDITAMENTO che pone la questione del contrasto con le regole concorrenziali sancite soprattutto dall'ordinamento comunitario. Infatti, la Commissione europea - pur riconoscendo che alle concessioni non si applica in via diretta la normativa comunitaria sugli appalti pubblici - ha stabilito che, "i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario impongono anche alle concessioni l'utilizzo di procedure competitive selettive ..." poiché anche le concessioni hanno ad oggetto "attività economiche" e si presentano come "un'occasione di guadagno".

In questa chiave, s'impone uno sforzo per giungere ad un'interpretazione della questione esaminata che si possa dire "comunitariamente orientata".

«.....GA.....»

I PRELIEVI EMATICI AD INIZIATIVA DELLA P.G. PER LA DETERMINAZIONE DEL TASSO ALCOLEMICO: UN PASSO VERSO IL RICONOSCIMENTO DEL “SILENZIO-ASSENSO”

della Dott.ssa Eva Mariucci

L'Autore si sofferma sulla natura del consenso del conducente ricoverato a seguito di sinistro stradale, che, ad iniziativa della polizia giudiziaria, sia sottoposto ad accertamenti ematici volti a determinarne il tasso alcolemico.

The Author analyzes driver's consent if he's hospitalised after a car accident, when police orders doctors to verify his alcoholic level.

Sommario: 1. Premessa. 2. Prelievi ematici disposti dalla polizia giudiziaria. 3. (Segue:) Garanzie “oscillanti”. 4. Il consenso implicito in una recente sentenza della Corte di cassazione e i possibili rischi.

1. Premessa.

Due sono le modalità attraverso le quali si procede all'accertamento del tasso alcolemico del conducente necessario per determinarne l'eventuale stato di ebbrezza.

La polizia giudiziaria incarica i sanitari¹ a che provvedano ad eseguire i prelievi ematici volti a stabilire la quantità di alcol assunta: normalmente, è, infatti, l'autorità inquirente a richiedere l'accertamento.

In secondo luogo, sono gli stessi medici che possono, *motu proprio*, nel caso di ricovero ospedaliero, compiere le suddette attività di prelievo, per fini esclusivamente terapeutici.

I prelievi ematici volti a stabilire il reato di guida sotto l'influenza dell'alcol presentano, tuttavia, un diverso regime di utilizzabilità, a seconda che vengano disposti ad iniziativa del personale sanitario, ovvero a richiesta della polizia giudiziaria.

Mentre l'accertamento medico muove da un'esigenza terapeutica rimessa a valutazioni specialistiche dei sanitari (come nell'ipotesi di una persona ricoverata a seguito di incidente stradale), quello su richiesta degli organi inquirenti si appunta su una finalità stretta-

mente processuale di rinvenimento del dato probatorio e può essere disposto solo previo consenso dell'interessato.

Quanto ai risultati degli esami medici *stricto sensu*, essi sono acquisibili dall'autorità giudiziaria ed impiegabili quale prova documentale del superamento del livello alcolemico tollerato dalla norma incriminatrice; la loro acquisizione può, di fatto, avvenire a prescindere dal consenso dell'interessato, la cui contraria volontà non rileva ai fini del compimento dell'atto².

I prelievi ematici effettuati dai sanitari per le terapie di pronto soccorso presentano così un'attitudine probatoria, che li rende spendibili quale prova documentale *ex art.* 234 c.p.p., anche a prescindere dal previo benessere del conducente.

A tal riguardo, è stato sostenuto che tali attività terapeutiche (soprattutto ove coattive)

² La giurisprudenza di legittimità sul punto è consolidata. Tra le tante, Cass. Pen., IV, 17.7.2012, n. 34519; Cass. Pen., IV, 16.5.2012, n. 26108; Cass. Pen., IV, 21.12.2011, n. 8041; Cass. Pen., IV, 3.11.2011, n. 46988; Cass. Pen., IV, 4.11.2009, n. 1827; Cass. Pen., IV, 09.12.2008, n. 4118; Cass. Pen., IV, 4.11.2008, n. 10286; Cass. Pen., IV, 21.9.2007, n. 38537. Per la giurisprudenza di merito, si cfr. Corte Appello Trieste, I, 14.07.2011, n. 983; Trib. Roma, I, 17.3.2010, n. 4951.

¹ ... quali ausiliari ai sensi dell'art. 348, co. 4, c.p.p.

dovrebbero acquistare valore dimostrativo solo a condizione del rispetto delle garanzie di libertà e difesa dell'interessato; un simile *modus operandi* può infatti determinare tanto la possibile devianza della dinamica probatoria nell'accertamento del reato, quanto la lesione dei principi costituzionali di tutela della libertà personale e delle garanzie difensive³.

Viceversa, il controllo del tasso alcolemico richiesto dalla polizia giudiziaria non può essere legittimamente impiegato quale elemento istruttorio senza il consenso dell'interessato.

I prelievi ematici disposti al di fuori di un protocollo medico di pronto soccorso sono infatti inutilizzabili, poiché la loro natura invasiva incide proprio sui valori costituzionali di inviolabilità della persona⁴.

2. Prelievi ematici disposti dalla polizia giudiziaria.

La polizia giudiziaria, come detto, può disporre l'accertamento sul tasso alcolemico del conducente, allorché questi venga fermato o trasportato in ospedale a seguito di incidente stradale e vi sia fondato timore della commissione del reato di guida in stato di ebbrezza, *ex art.* 186 C.d.S..

L'aspetto peculiare dell'incombente ad iniziativa del soggetto investigativo *ex art.* 55 c.p.p. consiste nella sua natura bifronte, *obbligatoria* e allo stesso tempo *non coercibile*⁵. In particolare, l'obbligatorietà si lega alle conseguenze penali connesse al rifiuto di sottoporsi al prelievo, posto che l'art. 186, co. 7, C.d.S. sanziona la condotta del conducente che si oppone a tale operazione⁶; la non coercibilità, invece, è dovuta alla necessaria volontarietà dell'interessato affinché la polizia giudiziaria possa disporre sulla sua persona i suddetti prelievi.

Pertanto, ove la finalizzazione del prelievo sia esclusivamente probatoria, la persona

fermata o ricoverata è titolare di un vero e proprio diritto al rifiuto, potendo opporvisi.

L'invasività di tali prelievi⁷ rende, dunque, indispensabile il consenso della persona, ove essi siano finalizzati unicamente alla determinazione del tasso alcolemico.

L'ipotesi è peculiare, poiché la disciplina generale sugli accertamenti medici, contenuta nell'art. 224 *bis* c.p.p., introdotto dalla l. 30.6.2009, n. 85, ne consente, a determinate condizioni, l'effettuazione anche in mancanza del permesso dell'interessato.

Tale articolo, del resto, fissa presupposti e limiti delle operazioni peritali, da eseguirsi anche coattivamente⁸, preordinate ad accertamenti medici, ovvero volte al prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persona vivente per la ricostruzione del profilo del DNA.

Pertanto, l'assenza di beneplacito non impedisce sempre all'autorità giudiziaria di procedere a prelievi ed accertamenti medici coattivi, nel rispetto dei parametri legislativi.

Lo stesso potere è altresì riconosciuto al pubblico ministero, che, ai sensi dell'art. 359 *bis* c.p.p., può procedervi nel corso della fase investigativa, ma sempre nei casi e modi dell'art. 224 *bis*, previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari⁹.

3. (Segue:) Garanzie "oscillanti".

Il necessario consenso dell'interessato muove da una ragione di garanzia e, sebbene sul piano dell'illiceità penale il rifiuto sia condotta rilevante, la disciplina presenta co-

⁷ Riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 22.6.2006, n. 238.

⁸ Ad ogni modo, va osservato che l'art. 224 *bis* c.p.p. trova applicazione solo per i delitti non colposi e che, dunque, il reato di guida in stato di ebbrezza non rientrerebbe comunque nella disciplina positiva della novella, stante la sua natura di contravvenzione punita esclusivamente a titolo di colpa.

⁹ Tuttavia, nell'ipotesi di reato considerata, non potrebbe avere spazio un trattamento coattivo – benché autorizzato dal giudice – atteso che le norme in materia di prelievi ed accertamenti medici *sine consensu* trovano applicazione esclusivamente per i delitti non colposi. Sul punto STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici per l'accertamento del tasso alcolemico: non serve il consenso, basta che manchi il dissenso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³ Così F. CERQUA, *Le dinamiche probatorie deviate nell'accertamento del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 2, 662.

⁴ Cfr. Cass. Pen., IV, 6.3.2009, n. 10286; Cass. Pen., IV, 27.2.2009, n. 9049.

⁵ Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, p. 497.

⁶ Si tratta di contravvenzione punita con l'arresto da sei mesi ad un anno.

munque un profilo di tutela della libertà personale, lasciando la scelta di sottoporsi o meno agli esami medici invasivi.

Nondimeno, il quadro delle garanzie appare pressoché inconsistente, tenuto conto delle prerogative difensive del prevenuto.

Nel caso di prelievi ematici ad iniziativa della polizia giudiziaria, infatti, l'accertamento viene disposto allorché vi sia il pericolo - desunto dal contesto nel quale il sinistro si è svolto ovvero dalla condotta del soggetto fermato - dello stato di ebbrezza e, dunque, della possibile commissione del reato di cui all'art. 186 C.d.S..

Pertanto, questo tipo di accertamento, attesa la finalità esclusivamente probatoria a cui è preordinato, postula sempre che - almeno sul piano probabilistico - la persona interessata si sia resa responsabile dell'illecito.

In questo senso, le garanzie difensive appaiono svuotate e poco valorizzate, in quanto l'attività della polizia giudiziaria non si riduce ad un accertamento di *routine*, ma incarna un vero e proprio «atto investigativo a fronte di elementi che lasciano intendere l'avvenuta commissione del reato»¹⁰.

L'unica garanzia difensiva riconosciuta riguarda l'avviso di farsi assistere da un legale di fiducia durante il compimento dell'atto; avvertimento che, secondo un orientamento consolidato della Corte, deve essere dato a pena di nullità (a regime intermedio)¹¹.

La presenza del difensore non è, quindi, doverosa, né inquadrabile nella categoria degli atti garantiti.

L'invalidità per omesso avviso del diritto all'assistenza è inoltre sanabile, ai sensi dell'art. 182 c.p.p., qualora la nullità non venga eccepita immediatamente dopo il compimento dell'atto o nel termine previsto dall'art. 366 c.p.p. per il deposito del verbale¹².

¹⁰ M. STRAMAGLIA, op. ult. cit.

¹¹ Cass. Pen., IV, 26.01.2011, n. 16548; Cass. Pen., IV, 21.12.2011, n. 34145; Cass. Pen., IV, 04.11.2009, n. 1827.

¹² Cass. Pen., IV, 19.09.2012, n. 42485, in *Guida dir.*, 2013, 4, 48; Cass. Pen., IV, 26.01.2011, n. 16548, in *Guida dir.*, 2011, 25, 73; Cass. Pen., IV, 05.03.2009, n. 23605, in *Guida dir.*, 2009, 30, 102.

Non va trascurato che la questione degli avvisi alla difesa nella fase investigativa è un profilo delicato, la cui necessità si pone proprio ogniqualvolta il corpo umano è fonte per l'acquisizione e la formazione del dato indiziario *contra se*.

In dottrina è stato evidenziato che le prerogative difensive dovrebbero essere esasperate soprattutto ove il sindacato sul tasso alcolemico tramite prelievo ematico riguardi soggetti ospedalizzati, stante la loro maggiore vulnerabilità, e che, in questi casi, la necessità di conoscere il diritto all'assistenza legale si prospetterebbe sempre come condizione obbligatoria¹³.

Il complesso delle tutele riguarda, poi, la modalità di documentazione degli atti ad opera della polizia giudiziaria.

Quest'ultima, ai sensi dell'art. 354 c.p.p. in combinato disposto con l'art. 357 c.p.p., quando svolge attività urgente per l'accertamento dello stato dei luoghi delle cose e delle persone, ha l'obbligo di redigere in forma integrale il verbale delle operazioni compiute.

Nel sistema delineato deve, poi, tenersi conto, in chiave critica, della possibilità di prelievi coattivi disposti dai sanitari e poi acquisiti dalla polizia giudiziaria.

A seguito di sinistro stradale, infatti, il conducente ricoverato può essere sottoposto dai sanitari ad esami ematici (anche coattivi) e la relativa documentazione può successivamente essere richiesta dagli inquirenti per la prova del tasso alcolemico.

Come già evidenziato (*Supra*, § 1), nel caso di prelievi ematici disposti *ab initio* dai sanitari, il consenso dell'interessato non rileva ai fini del compimento dell'atto e, pertanto, anche qualora la polizia giudiziaria ne richieda successivamente l'acquisizione, questa è considerata pienamente legittima. Difatti, giova ribadirlo, il conducente può opporre il proprio rifiuto solo ove l'accertamento sia finalizzato esclusivamente a determinare la presenza di alcol nel sangue.

Quindi, nell'ipotesi di prelievi per fini terapeutici, il difetto di consenso non può ritenersi causa di inutilizzabilità patologica

¹³ M. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione*, cit.

dell'accertamento compiuto e, qualora la relativa documentazione venisse in seguito richiesta ed acquisita dagli organi di polizia giudiziaria, avrebbe sempre pieno valore probatorio rispetto all'affermazione di responsabilità dell'interessato per il reato di guida in stato di ebbrezza.

In letteratura si è parlato della fattispecie in termini critici, alla luce di un vero e proprio vuoto normativo, che rischia di condizionare oltremodo i diritti costituzionali della persona. Poiché il consenso del guidatore è, nell'occasione, irrilevante, una simile dinamica non può considerarsi scevra da rilievi valutativi negativi in ordine alla costituzionalità della pratica, posto che gli agenti di polizia giudiziaria potrebbero, in un secondo momento, richiedere l'acquisizione degli stessi esami previamente eseguiti per finalità terapeutiche.

Per tale motivo, è stato sostenuto che i prelievi sanitari coattivi di materiale biologico, implicando comunque una restrizione della libertà personale, dovrebbero esigere almeno di espressa conferma da parte del pubblico ministero, con decreto motivato, impugnabile dinanzi alla Corte di cassazione *ex art.* 111, co. 7, cost.¹⁴.

Il quadro così ricostruito dovrebbe, allora, lasciar spazio a riflessioni più garantiste sul futuro ambito applicativo delle disposizioni richiamate, sperando anche in un intervento specifico del legislatore.

4. Il consenso implicito in una recente sentenza della Corte di cassazione e i possibili rischi.

Nella fattispecie di un ricovero a seguito di sinistro stradale, l'organo di legittimità, con la sentenza 6755/2013¹⁵ della quarta sezione penale, è intervenuto fissando un nuovo principio di diritto.

La pronuncia è innovativa, tanto da far parlare di vero e proprio *revirement* della

Corte¹⁶, nella parte in cui si occupa della forma del consenso del guidatore ricoverato post-incidente, ove la polizia giudiziaria abbia richiesto ai sanitari l'effettuazione di esami ematici sulla sua persona.

Il Supremo collegio offre un'esegesi ancorata al dato letterale dell'art. 186 C.d.S., accedendo ad un'interpretazione sistematica delle varie disposizioni, e, in particolare, concentrando l'attenzione sul termine «rifiuto», utilizzato dal legislatore nel comma settimo, quale elemento tipico della fattispecie di reato per l'opposizione del conducente ai prelievi finalizzati alla determinazione dello stato di ebbrezza.

Il fatto che la norma parli di «rifiuto», ha spinto la Corte a ritenere che, per potersi configurare il reato previsto dall'art. 186, co. 7, C.d.S., il conducente debba opporsi attraverso una condotta attiva di “*espresso dissenso*”, e non, viceversa, con il semplice “*mancato consenso*”.

Pertanto, se l'accertamento è disposto dalla polizia giudiziaria, l'unico strumento per impedirne l'utilizzabilità processuale è quello di opporsi manifestamente. Solo attraverso l'espresso dissenso (*idem* il rifiuto) dell'interessato è così possibile incidere sul valore probatorio dei prelievi ad iniziativa degli inquirenti.

Di conseguenza, il consenso dell'interessato diviene elemento secondario nella ricostruzione tipica della fattispecie, rilevando la sola manifestazione dialettica negativa con la quale il conducente si oppone all'accertamento alcolemico.

Si apre uno scenario inedito: viene postulato un regime presuntivo in base al quale il mancato consenso del guidatore è considerato non d'*impasse* all'attività inquirente e, sebbene sia ancora condizione per l'uso dei risultati ematici, diviene mero presupposto implicito.

Il risvolto giuridico pare essere quello della riconducibilità della fattispecie alla categoria del “*silenzio-assenso*”, posto che la sua esternazione non dovrebbe più rilevare, secondo la Corte, se non nei termini negativi del rifiuto ai fini del compimento dell'atto.

Il rischio, insito in una tale ermeneutica, è

¹⁴ F. CERQUA, *Le dinamiche probatorie deviate*, cit.

¹⁵ Sulla quale si vedano le note di M. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione*, cit.; A. FIOTI, *L'utilizzabilità dei risultati del prelievo ematico è subordinata al consenso dell'imputato?*, in *Dir. e giustizia*, 2013, 1, 80 ss.

¹⁶ M. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione*, cit.



che il consenso venga posto ai margini dell'accertamento, al punto che la sua sussistenza potrà in futuro implicitamente essere

desunta dal mero dato circostanziale della mancata documentazione di espresso dissenso dell'interessato (opera cit. M. STRAMAGLIA).

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. III, 9.4.2013, n. 1913

Limiti alla spesa sanitaria - esercizio della funzione programmatoria - Regioni - ampio potere discrezionale - risorse disponibili per il sistema sanitario debbano essere utilizzate.

Nel vigente quadro normativo, spetta alle Regioni provvedere con atti autoritativi e vincolanti di programmazione, alla fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario regionale e di distribuire le risorse disponibili per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché di provvedere alla determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni, assicurando l'equilibrio complessivo del sistema sanitario dal punto di vista organizzativo e finanziario (fra le più recenti: CdS, III, 30.1.2013, n. 598). Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata ad affrontare la questione della legittimità degli atti di programmazione delle risorse, con la fissazione dei tetti di spesa, intervenuti in corso d'anno, ha affermato che «alle Regioni è ... 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» (decisioni n. 3 e n. 4 del 12.4.2012). Ed ha aggiunto che tale attività di pianificazione delle risorse, in quanto necessaria, può essere esercitata anche nel corso dell'anno di riferimento. Si è poi precisato che l'osservanza del tetto di spesa rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il servizio sanitario nazionale può erogare e può quindi permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato (CdS, III, 14.12.2012, n. 6432). Anche la Corte Costituzionale, nel sottolineare l'importanza del collegamento tra responsabilità e spesa, ha evidenziato che l'autonomia dei vari soggetti ed organi che operano 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 (Corte Costi-

tuzionale 28.7.1995, n. 416). Nell'esercizio della indicata funzione programmatoria le Regioni hanno quindi un ampio potere discrezionale nello stabilire come le risorse disponibili per il sistema sanitario debbano essere utilizzate, ed esercitano tale potere tenendo conto di molteplici esigenze quali il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, l'efficienza delle strutture pubbliche, le legittime aspettative degli operatori privati che operano secondo logiche imprenditoriali, l'interesse pubblico al contenimento della spesa (CdS, III, 14.1.2013 n. 134). In tale quadro anche il sistema di regressione tariffaria per le prestazioni sanitarie che eccedono il tetto massimo prefissato, deve ritenersi espressione del potere autoritativo di fissazione dei tetti di spesa e di controllo pubblicistico della spesa sanitaria e si giustifica sia con la considerazione che, ove venisse consentito lo sfioramento dei tetti complessivi di spesa fissati, il potere di programmazione regionale ne risulterebbe vanificato, sia con l'ulteriore considerazione che i soggetti erogatori delle prestazioni possono effettuare le opportune programmazioni della rispettiva attività sulla base delle risorse loro assegnate (CdS, III, 5.2.2013 n. 679).

Consiglio di Stato, Sez. III, 5.4.2013, n. 1895

Sanità - preposizione di un pubblico dipendente ad un posto apicale - rilevanza solo se il posto è stato istituito mediante un idoneo provvedimento di organizzazione e la sua titolarità è stata conferita dagli organi competenti.

L'esercizio di fatto di mansioni superiori che non corrispondano ad alcun posto nella pianta organica dell'Unità sanitaria locale è, in via di principio, improduttivo di conseguenze giuridiche ai fini del riconoscimento delle differenze retributive (CdS, III, 14.11.2012, n. 5734). Nel comparto sanitario la preposizione di un pubblico dipendente ad un posto apicale ha rilevanza, sotto il profilo giuridico, solo se detto posto è stato istituito mediante un idoneo provvedimento di organizzazione e la sua titolarità

è stata conferita dagli organi competenti nel rispetto della legge e mediante i procedimenti previsti dalle norme. (CdS, V, 18.9.2008, n. 4490). Pacificamente la giurisprudenza ha affermato che “Il diritto dei dipendenti sanitari al trattamento retributivo differenziato per lo svolgimento di mansioni superiori sorge esclusivamente se queste ultime corrispondono ad un posto istituito e vacante nella pianta organica della p.a. datrice di lavoro, indipendentemente dal fatto che questa sia, o no, definitiva, piuttosto che provvisoria, in quanto la giustificazione delle mansioni superiori si fonda nella temporanea assenza del titolare del posto che si sostituisce e non già su una mera scelta organizzativa della p.a. stessa, ossia sulla convenienza di essa di utilizzare i propri dipendenti per compiti diversi da quelli che a costui possono essere richiesti in ragione della qualifica funzionale rivestita.” (CdS, V, 19.11.2009, n. 7233; V, 30.11.1998, n. 390).

Consiglio di Stato, Sez. III, 25.3.2013, n. 1654
Imposizione del ticket per il contenimento della spesa sanitaria: la Regione può assoggettare anche i farmaci della fascia “A” ad un contributo di partecipazione a carico dei cittadini.

L’art. 4, co. 3, lett. a) del d.l. n. 347/2001 ha conferito alle Regioni il potere-dovere di coprire gli eventuali disavanzi di gestione mediante l’introduzione di “misure di compartecipazione alla spesa sanitaria”, senza individuare alcuna eccezione a tale possibilità, fondata sulla particolare classificazione dei farmaci. La reintroduzione del c.d. ticket costituisce, in tale prospettiva, uno strumento compartecipativo di ripianamento della spesa sanitaria, che funziona in base a criteri di proporzione e di equilibrio, come correttamente rileva la difesa della Regione appellante. Non appare corretta, quindi, né condivisibile l’equazione, che l’impugnata sentenza istituisce, tra l’appartenenza del farmaco alla fascia “A” e l’esclusione di qualsiasi partecipazione alla spesa per il suo acquisto da parte dei cittadini. Al riguardo la Corte Costituzionale ha chiarito, sin dalla fondamentale sentenza n. 271 dell’11.4.2008, poi confermata anche nella sua successiva giurisprudenza, che, ai sensi del d.P.C.M. 29.11.2001 (come ora del d.P.C.M. 23.4.2008), l’erogazione dei farmaci

rientra nei livelli essenziali di assistenza (LEA), il cui godimento è assicurato a tutti in condizioni di uguaglianza sul territorio nazionale (v., sul punto, anche la sentenza della stessa Corte cost. n. 282 del 2002), affinché non si verifichi che in parti di esso “gli utenti debbano, in ipotesi, assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato” (sentenza n. 387 del 2007). La legislazione statale (art. 8, co. 14, della l. 24.12.1993, n. 537, recante “Interventi correttivi di finanza pubblica”), in particolare, assicura a tutti la totale rimborsabilità dei farmaci collocati in classe A nel prontuario farmaceutico, ma aggiunge (art. 6 del d.l. n. 347 del 2001) che, entro tale categoria, la comprovata equipollenza terapeutica dei farmaci consente, nelle forme ivi previste, che possa essere esclusa in modo totale o parziale la rimborsabilità dei medicinali più onerosi per le finanze pubbliche alle condizioni fissate dallo stesso legislatore statale. È evidente che, per tale via, la legislazione in punto di livelli essenziali delle prestazioni coniuga una necessaria opera di contenimento della spesa farmaceutica con la garanzia che continuino, peraltro, ad erogarsi a carico del Servizio sanitario nazionale i farmaci reputati, secondo un apprezzamento tecnico-scientifico, idonei a salvaguardare il diritto alla salute degli assistiti. L’art. 6 del d.l. n. 347 del 2001 non manca, nel contempo, di attribuire alle singole Regioni, anche nel rispetto delle rilevanti competenze di cui esse godono nella materia concernente la tutela della salute, una sfera di competenza, esercitabile tramite “provvedimento amministrativo”, in punto di esclusione della rimborsabilità del farmaco essenziale, ma terapeuticamente equipollente ad altro più economico, che consente di adeguare il regime vigente di rimborsabilità alla particolare condizione finanziaria di ciascuna Regione. Per quanto concerne, in particolare, la determinazione della quota della rimborsabilità dei prezzi farmaceutici, il co. 1 dell’art. 6 del d.l. n. 347 del 2001, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, co. 1, della l. 16.11.2001, n. 405, facendo espresso riferimento alle procedure di ridefinizione dei LEA, prevede, infatti, un’apposita procedura mediante la quale la Commissione unica del farmaco (ora sostituita dalla Commissione tecnico scienti-

fica dell'AIFA, ai sensi dell'art. 2, co. 349, della l. 24.12.2007, n. 244, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008") può individuare "i farmaci che, in relazione al loro ruolo non essenziale, alla presenza fra i medicinali concedibili di prodotti aventi attività terapeutica sovrapponibile secondo il criterio delle categorie terapeutiche omogenee, possono essere totalmente o parzialmente esclusi dalla rimborsabilità". Il secondo comma del medesimo articolo, a sua volta, prevede espressamente che "la totale o parziale esclusione della rimborsabilità dei farmaci di cui al comma 1 è disposta, anche con provvedimento amministrativo della Regione, tenuto conto dell'andamento della propria spesa farmaceutica rispetto al tetto di spesa programmato". L'espressione "farmaci con un ruolo non essenziale" in questo testo, così come nell'art. 1 dell'ora abrogato d.m. 4.12.2001 (Riclassificazione dei medicinali ai sensi della l. 16.11.2001, n. 405, di conversione, con modifiche, del d.l. 18.9.2001, n. 347), non comporta, ovviamente, che l'intervento in questione non cada sui farmaci di classe A, definiti come essenziali o necessari per malattie croniche, giacché, al contrario, presupposto di siffatto intervento è proprio l'inclusione del medicinale nella fascia di piena rimborsabilità, riservata a questi ultimi. È invece il "ruolo" dello specifico prodotto farmaceutico a rivelarsi, ad un successivo esame tecnico-scientifico, non più essenziale, in quanto sovrapponibile per efficacia terapeutica a medicinali di minor prezzo. Un tale quadro normativo rende, quindi, evidente che il legislatore nazionale non esclude che, nell'ambito dei LEA, che pure hanno una generale finalizzazione di tipo egualitario, una Regione possa differenziare per il suo territorio il livello di rimborsabilità dei farmaci, purché la eventuale determinazione amministrativa regionale sia preceduta dal procedimento individuato nel primo comma dell'art. 6 del d.l. n. 347 del 2001 e la Regione operi al fine del contenimento della propria spesa farmaceutica. Nel caso di specie la Regione Molise ha operato proprio per contenere tale spesa farmaceutica, prevedendo un modesto contributo anche per i farmaci rientranti nella fascia "A", sicché le censure degli appellanti, le quali si fondano sull'erro-

nea equiparazione tra appartenenza alla fascia "A" e non rimborsabilità del farmaco, restano destituite di fondamento a fronte del riconoscimento, da parte del legislatore, di un ragionevole margine di discrezionalità nell'escludere dalla rimborsabilità, in tutto o in parte, dei farmaci ritenuti, in base ad un successivo esame tecnico-scientifico, non più essenziali, perché sostituibili, con la medesima efficacia terapeutica, da medicinali di minor prezzo in vista di un contenimento della spesa pubblica sanitaria. Si rivela quindi erroneo l'assunto, sul quale poggia, in nuce, l'apparato motivazionale dell'impugnata sentenza, secondo cui sarebbe escluso ogni margine di discrezionalità della Regione per i farmaci essenziali, laddove tale assunto faccia coincidere l'appartenenza alla fascia "A", sempre e comunque, con l'essenzialità del farmaco, essendo ben possibile che anche farmaci di fascia "A" siano assoggettabili ad un contributo partecipativo a carico dei cittadini, laddove essi non siano più ritenuti essenziali, per le ragioni appena esposte, in quanto comparabili e surrogabili con altri farmaci aventi la stessa efficacia terapeutica, ma più economici. Da questa considerazione discende che legittimamente la Regione possa quindi assoggettare anche i farmaci della fascia "A" ad un contributo di partecipazione a carico degli assistiti, contributo che, nel caso di specie, appare del tutto ragionevole, considerata anche la modicità del suo importo. Le delibere impugnate, che si iscrivono appieno e legittimamente rientrano nel quadro normativo di riferimento appena delineato, sono dunque esenti da censura, non essendo precluso alle Regioni, contrariamente a quanto assume il TAR Molise, di imporre una forma di compartecipazione al costo dei farmaci rientranti nella fascia "A". L'appello, in conclusione, deve essere accolto, con totale riforma dell'impugnata sentenza e conseguente reiezione del ricorso proposto in prime cure dagli odierni appellati.

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.2.2013, n. 937
Strutture sanitarie - adeguamento strutturale non può dare luogo ex sé all'ampliamento delle prestazioni - accreditamento provvisorio.

Con ricorso proposto avanti al TAR per la Campania la ricorrente, titolare della gestione

di un laboratorio di analisi cliniche, inizialmente autorizzato con provvedimento del Presidente della Giunta regionale della Campania e poi con decreto, impugnava la nota de Direttore Generale dell' A.S.L. Napoli 4, avente ad oggetto la revoca dei propri precedenti deliberati, ribadendo che il predetto laboratorio "risulterà provvisoriamente accreditato come laboratorio di base esclusivamente per i settori che risultano esplicitamente riportati nel decreto sindacale di autorizzazione precedente al 31.12.1997", nonché il successivo provvedimento dell' A.S.L. medesima con il quale era ribadita la possibilità di rendere prestazioni in accreditamento nei limiti anzidetti, con sospensione di ogni pagamento per prestazioni eccedentarie e preavviso di recupero a partire dal 1.3.1997. Il TAR adito, con sentenza semplificata, accoglieva il ricorso per non essere state osservate le garanzie di partecipazione al procedimento sfociato con i provvedimenti impugnati. Avverso detta sentenza ha proposto appello l' A.S.L. Napoli, n. 4 che è stato accolto dal Consiglio di Stato il quale con la sentenza in esame ha rilevato quanto al merito dei provvedimenti oggetto di impugnativa come l'Azienda sanitaria appellante ha correttamente posto in rilievo la differenza fra l'autorizzazione all'esercizio della struttura sanitaria, che investe sul piano oggettivo il possesso dei requisiti minimi strutturali, tecnologici ed organizzativi per l'erogazione delle prestazioni diagnostiche o di assistenza, rispetto all'autorizzazione alla realizzazione di nuove strutture, che comporta un controllo di opportunità sul loro ingresso nel comparto di cura ed assistenza. L'adeguamento strutturale non può dare luogo ex sé all'ampliamento delle prestazioni che possono essere rese in accreditamento provvisorio. Esse, in base ai provvedimenti regionali di contenimento della spesa pubblica,

restano ancorate agli assetti organizzativi in atto e le prestazioni diagnostiche vanno rese sulla base dei rapporti convenzionali costituiti ai sensi della legge n. 833 del 1978, che hanno ricevuto proroga nel nuovo regime introdotto dal d.lgs. n. 502 del 1992 (cfr. questa Sezione n. 192 del 15.1.2013).

Consiglio di Stato, Sez. III, 14.1.2013, n. 155

Sanità - diritto alla indennità di rischio radiologico.

Come di recente più volte affermato da questa Sezione (da ultimo con la sentenza n. 6471 del 17.12.2012), il diritto degli interessati alla liquidazione delle differenze retributive a titolo di indennità per il rischio radiologico poteva essere riconosciuto per il solo periodo quinquennale antecedente la notifica degli atti interruttivi del decorso della prescrizione breve. Infatti, dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 della l. 7.8.1985, n. 428, che ha elevato da due a cinque anni il termine prescrizione delle rate di stipendio e delle differenze arretrate dei dipendenti pubblici, ed ha quindi equiparato il regime dei crediti degli stessi alla disciplina generale sui crediti di lavoro di cui all'art. 3048, n. 4, c.c., per giurisprudenza oramai costante, tutti gli emolumenti corrisposti ai pubblici dipendenti in funzione dell'esercizio dell'attività lavorativa sono soggetti alla prescrizione quinquennale (CdS, III, n. 5246 dell'8.10.2012; VI, 15.7.2010, n. 4553), senza alcuna distinzione per l'ipotesi che il credito retributivo sia contestato o comunque richieda un formale atto di accertamento da parte dell'amministrazione (CdS, V, n. 4251 dell'8.9.2008), non assumendo più alcun valore la distinzione giurisprudenziale fondata sul presupposto (legislativo, normativo o provvedimentale) che aveva costituito in precedenza il discrimine tra l'applicazione del termine quinquennale e quello decennale.

«.....GA:.....»

Dichiarazione sull'Etica, sulle pratiche scorrette e Regolamento sulle modalità di valutazione dei contributi scientifici pubblicati in Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana

Sezione di ricerca scientifica della

“Gazzetta amministrativa della Repubblica Italiana”

Al fine di garantire un elevato standard della qualità scientifica dei documenti pubblicati, la Rivista ha sempre effettuato un'attività di valutazione scientifica preventiva, da parte del Direttore, dei membri della Direzione, del Comitato scientifico e dei Direttori dei focus, dei contributi pubblicati. Di tale attività di valutazione (che spesso permette arricchimenti e correzioni del contributo, specie se proveniente da giovani studiosi e ricercatori) viene regolarmente conservata traccia dalla redazione della Rivista.

Attualmente, al fine di soddisfare in modo ottimale i parametri per la valutazione scientifica dei contributi da pubblicare, la Rivista svolge una sistematica attività di referaggio.

A tal proposito è stato creato un comitato di *referees* composto da 80 esperti, compresi i membri del Comitato scientifico, ossia un numero superiore a tre volte il numero delle uscite annuali. I componenti sono scelti tra professori universitari italiani e stranieri in settori disciplinari e scientifici di interesse della rivista, magistrati, dirigenti pubblici, avvocati.

L'attività di valutazione scientifica dei contributi si differenzia a seconda del tipo di documento da pubblicare:

Presentazione del contributo:

Il contributo deve essere inviato in appositi *templates* forniti dalla redazione all'indirizzo e-mail info@gazzettaamministrativa.it unitamente a:

- 1) i dati personali dell'Autore, la qualifica professionale e i recapiti;
- 2) un abstract di massimo 250 parole sia in italiano che in inglese, 6 parole chiave e la sua qualificazione attraverso le categoria del sistema U-Gov Miur (saggio, commento, nota... etc...);
- 3) una formale richiesta (v. allegato a) di pubblicazione comprensiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;

b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica sia scientifica che di informazione;

c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la rivista;

d) che l'Autore esonera la rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare, in parti separate, non pubblicare lo scritto oltre che di rimuovere il contributo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Esame preliminare:

La redazione, su proposta del **Direttore** o del Vice **Direttore**, svolge un esame preliminare dello scritto e, in particolare, ne valuta:

a) l'attinenza del tema trattato con quelli oggetto della rivista;

b) la qualificazione, anche sulla base dell' espressa richiesta dell'Autore, tra le diverse tipologie di contributi di cui alla classificazione U-Gov Miur;

c) la presenza dei requisiti minimi di accettabilità anche con riguardo alle informazioni rese dall'Autore all'atto della richiesta di pubblicazione di cui ai punti da a) a d);

d) l'eventuale modifica dell' area tematica;

e) qualora lo scritto venga classificato come contributo di “attualità” finalizzato all’aggiornamento professionale, il successivo invio per la valutazione finale da parte di due componenti del **Comitato di redazione**.

Referaggio:

L’Autore di "saggi e contributi scientifici", in caso di esito positivo dell'esame preliminare, riceverà la comunicazione che lo scritto sarà sottoposto a referaggio.

L'attività di valutazione scientifica dei contributi è differenziata a seconda del tipo di contributo da pubblicare:

a) Referaggio di saggi e contributi scientifici:

Nel caso di collocazione dello scritto nella categoria "saggi e contributi scientifici", il lavoro sarà sottoposto alla valutazione di due revisori fra i componenti del **Comitato di referee**, italiani o stranieri, esperti della materia o del tema oggetto dello scritto medesimo, di cui almeno un professore ordinario, che saranno in rapporto esclusivamente con la **Direzione** della rivista.

È adottato, in via preferenziale, il **sistema di valutazione** c.d. *doublé blind peer review*: il contributo è inviato dal **Direttore** della Rivista ai due revisori in forma anonima e all'autore non sono rivelati i nomi dei revisori, i quali sono vincolati (alla pari del **Direttore** della Rivista) a tenere segreto il loro operato. La segretezza dell'identità dei revisori, anche in caso di giudizio positivo, è a garanzia di una maggiore indipendenza di giudizio.

In via residuale e a discrezione del **Direttore**, può essere utilizzato anche il sistema di valutazione del *peer review* c.d. *open*, in cui si garantisce la forma anonima della valutazione, ma i soggetti chiamati ad effettuare la valutazione potranno conoscere l'identità dell'autore del contributo sottoposto a valutazione.

b) Referaggio di contributi di “attualità” finalizzati all’aggiornamento professionale:

Per i contributi classificati sotto la categoria "attualità", la valutazione del lavoro sarà effettuata da due componenti del **comitato di redazione** della rivista. In ogni caso, a garanzia di una maggiore indipendenza del giudizio, la valutazione del contributo avverrà sempre in forma rigorosamente anonima e l'autore non potrà conoscere l'identità dei soggetti chiamati a valutare il contributo. Per garantire la celere pubblicazione di un documento di estrema attualità, la valutazione del contributo potrà essere effettuata anche dal **Direttore**.

c) Referaggio di note a sentenza e recensioni:

In ragione del loro carattere più o meno snello, note a sentenza e recensioni possono essere assoggettate, a scelta del **Direttore**, alla procedura di cui *sub a* ovvero *sub b*.

d) Referaggio di saggi e contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica:

In via eccezionale, su proposta del **Direttore** accolta dal comitato di **Direzione**, i contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica possono essere pubblicati senza referaggio preventivo, ferma rimanendo la responsabilità del **Direttore**.

Valutazione del contributo:

La valutazione del contributo avviene sulla base dei seguenti criteri:

a) la rigosità dell'impostazione metodologica;

b) l'adeguatezza della bibliografia fatta salva la possibilità di scritti volutamente privi di riferimenti bibliografici;

c) la chiarezza espositiva;

d) l’apporto di novità fornito allo stato di avanzamento degli studi sull'argomento; nelle note a sentenza, il contributo di novità è quello apportato alla motivazione della sentenza stessa, in senso critico o migliorativo.

Esito del referaggio

L'esito del referaggio può comportare:

a) l'accettazione del contributo per la pubblicazione integrale o in parti distinte senza modifiche;

b) l'accettazione subordinata a modifiche migliorative, che sono sommariamente indicate dal revisore; in questo caso il contributo è restituito all'autore per le modifiche da apportare; l'a-

deguatezza delle modifiche apportate è successivamente valutata dal **Direttore** della Rivista senza necessità di ulteriore referaggio;

c) la non accettazione dello scritto per la pubblicazione.

In caso di valutazione divergente dei due valutatori, la decisione finale è presa dal direttore della Rivista, sentito il Comitato di Direzione.

Doveri dei revisori.

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del manoscritto assegnato, o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti, deve notificare la sua decisione al comitato di redazione, rinunciando a partecipare al processo di revisione. I manoscritti ricevuti per la revisione devono essere trattati come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con chiunque non sia previamente autorizzato (tal comitato di redazione). La revisione deve essere condotta obiettivamente. Non è ammesso criticare o offendere personalmente un autore. I referee devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni chiare e documentate.

I revisori hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare ma non citato dagli autori. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. Il revisore deve richiamare l'attenzione del comitato di redazione qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il manoscritto in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale. Le informazioni o idee ottenute tramite la revisione dei manoscritti devono essere mantenute riservate e non utilizzate per vantaggio personale. I revisori non devono accettare manoscritti, nei quali abbiano conflitti di interesse derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione, o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto del manoscritto.

Doveri degli autori.

Gli autori devono garantire che le loro opere siano del tutto originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente, ed il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura del lavoro proposto. Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel manoscritto. I manoscritti devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per eventualmente permettere ad altri la replicazione dell'indagine. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

I manoscritti proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I manoscritti in fase di revisione dalla rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione.

La paternità letteraria del manoscritto è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori nei ringraziamenti.

L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi nel manoscritto, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi

Un conflitto di interessi può sussistere quando un autore (o la sua istituzione), un *referee* o un membro della redazione hanno rapporti personali o economici che possono influenzare in modo

inappropriato il loro comportamento. Questo conflitto può esistere anche se il soggetto ritiene che tali rapporti non lo influenzino. Sta alla direzione della rivista gestire nel miglior modo possibile eventuali conflitti di interessi (ad esempio tramite il sistema dei *referees* anonimi in doppio cieco), e agli autori può venire richiesta una dichiarazione in merito.

HANNO PARTECIPATO

Dott.ssa Alessia Auriemma, Dott. Tommaso Ajello, Dott. Carlo Bellesini, Avv. Alessandra Bruni, Dott.ssa Marta Capesciotti, Dott. Alfonso Cernelli, Dott. Francesco Corvisieri, Avv. Gianni De Bellis, Avv. Ilaria De Col, Dott.ssa Alessandra Dominici, Dott.ssa Francesca Fontanarosa, Avv. Antonio Grumetto, Dott. Giustino Lo Conte, Dott. Massimiliano G. Maffei, Dott.ssa Laura Magnifico, Dott.ssa Eva Mariucci, Avv. Ilia Massarelli, Dott.ssa Isabella Mastrangeli, Avv. Marco Stigliano Messuti, Dott.ssa Tiziana Molinaro, Prof. Vincenzo Musacchio, Dott. Francesco Nardi, Dott. Carlo Paolini, Avv. Enrico Pierantozzi, Dott.ssa Valeria Puddighinu, Avv. Diana Ranucci, Avv. Stefano Varone, Dott.ssa Angela Turchiano, Dott. Stefano Villamena, Dott.ssa Antonella Zella.

Chiuso in redazione il 30 maggio 2013
Finito di stampare nel giugno 2013
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)