



---

---

# GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

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

---

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Fondatore Enrico Michetti

## IN QUESTO NUMERO

---

- **L'INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DAL "DANNO DA RITARDO" (ART. 2 BIS L. 241/90) ALL'"INDENNIZZO DA RITARDO" (ART. 28 DEL D.L. 21.6.2013, N. 69, CONVERTITO DALLA L. 9.8.2013, N. 98)**
- **ESERCIZIO DELLA REVOCA NEL CASO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DI APPALTI PUBBLICI**
- **LA NUOVA RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA A SEGUITO DELLA LEGGE N. 98/2013: DEMO-RICOSTRUZIONE E INTERVENTI DI "RIPRISTINO"**
- **GRANDI IMPIANTI SENZA AUTORIZZAZIONE E COMPROMISSIONE AMBIENTALE PAESAGGISTICA CONTINUATA**
- **L'EQUILIBRIO "RINFORZATO" DEI BILANCI PUBBLICI**
- **IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE E IL DOVERE DI SOCCORSO ISTRUTTORIO: CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI E RINVIO ALL'ADUNANZA PLENARIA**
- **GLI STRUMENTI NECESSARI PER LA VALUTAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**
- **IL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI APPALTI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E REALIZZAZIONE DELL'OPERA**
- **LA PROVA DELLA COLPA NELLE AZIONI RISARCITORIE DEL DANNO DA ILLEGITTIMO ESERCIZIO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA**
- **LA COMPETENZA STATALE NELLA DETERMINAZIONE DELLA TARIFFA NEL SETTORE IDRICO INTEGRATO**
- **NUOVE MISURE ANTICORRUZIONE: INCONFERIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ DI INCARICHI PRESSO PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL SETTORE SANITARIO**

---

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



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

**Presidente del Comitato dei Saggi: Avv. Ignazio Francesco Caramazza**  
(*Avvocato Generale 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 Pagniello, 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 Salerno, 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

UNA REGOLAZIONE INCERTA DEPRIME GLI INVESTIMENTI E FAVORISCE LA CORRUZIONE: BREVI NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 70/2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ILLEGITTIMITÀ DELLA L. R. DELLA CAMPANIA N. 13/2012 <i>di Paola Mazzina</i> .....	6
IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2000/60/CE. IL RUOLO DELLA REGOLAZIONE PER LA TUTELA CHE L'ORDINAMENTO APPRESTA ALLA RISORSA ACQUA <i>di Francesco Palazzotto</i> .....	13
THE STRUCTURAL AND FUNCTIONAL REORGANIZATION OF MUNICIPALITIES AND THE INTRODUCTION OF THE PRINCIPLE OF EQUILIBRIUM IN THE PAPER OF FINANCIAL CONSTITUTIONAL <i>di Francesco Palazzotto</i> .....	36

## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	49
<b>REDAZIONALI</b> .....	58
LA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: AMBITO OGGETTIVO ED ECCEZIONI <i>dell'Avv. Antonio Cordasco e della Dott.ssa Laura Corallo</i> .....	58
L'INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DAL "DANNO DA RITARDO" (ART. 2 BIS L. 241/90) ALL' "INDENNIZZO DA RITARDO" (ART. 28 DEL D.L. 21.6.2013, N. 69, CONVERTITO DALLA L. 9.8.2013, N. 98) <i>dell'Avv. Riccardo Gai</i> .....	64
ESERCIZIO DELLA REVOCA NEL CASO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DI APPALTI PUBBLICI <i>dell'Avv. Enrico Gai</i> .....	69
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	75
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI .....	75
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE .....	79
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	86

## USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	88
<b>REDAZIONALI</b> .....	88
LA SANATORIA "GIURISPRUDENZIALE" AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA SENTENZA 101/2013 SULLA L.R. TOSCANA, IL "PRINCIPIO DELLA DOPPIA CONFORMITÀ" E LA L.R. EMILIA ROMAGNA <i>degli Avv. ti Livio Lavitola ed Andrea Di Leo</i> .....	92
LA NUOVA RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA A SEGUITO DELLA LEGGE N. 98/2013: DEMO- RICOSTRUZIONE E INTERVENTI DI "RIPRISTINO"	



<i>degli Avv.ti Livio Lavitola ed Andrea Di Leo</i> .....	101
GRANDI IMPIANTI SENZA AUTORIZZAZIONE E COMPROMISSIONE AMBIENTALE PAESAGGISTICA CONTINUATA <i>dell'Avv. Sergio Fifi</i> .....	107
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	113
URBANISTICA.....	113
EDILIZIA.....	114
ABUSI EDILIZI.....	116
PAESAGGIO E BENI CULTURALI.....	119
ESPROPRIAZIONI.....	120
OSSERVATORIO PENALE.....	122
AMBIENTE.....	122
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	125

## UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	127
<b>REDAZIONALI</b> .....	127
L'EQUILIBRIO "RINFORZATO" DEI BILANCI PUBBLICI <i>della Dott.ssa Rosa Valicenti</i> .....	129
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	146
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	150

## CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	154
<b>REDAZIONALI</b> .....	159
IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE E IL DOVERE DI SOCCORSO ISTRUTTORIO: CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI E RINVIO ALL'ADUNANZA PLENARIA <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i> .....	159
AVVALIMENTO: IL GIUDICE AMMINISTRATIVO RIVEDE LA POSIZIONE GIURISPRUDENZIALE SULLA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ <i>dell'Avv. Michele De Cilla</i> .....	163
L'OPERATIVITÀ AGGREGATIVA DELLE RETI D'IMPRESA NELL'AMBITO DEI CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO <i>dell'Avv. Andrea Grappelli</i> .....	166
PARTECIPAZIONE DELLE RETI DI IMPRESA ALLE PROCEDURE DI GARA PER L'AGGIUDICAZIONE DI CONTRATTI PUBBLICI AI SENSI DEGLI ARTICOLI 34 E 37 DEL D. LGS. 12 APRILE 2006, N. 163 <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto</i> .....	171
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	176
CONTRATTI PUBBLICI.....	176
<i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro e della Dott.ssa Valentina Napolitano</i> .....	176
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	183
CONCORRENZA.....	187
<i>dell'Avv. Anna Romano</i> .....	187
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	192

## PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	196
<b>REDAZIONALI</b> .....	198
LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NELL'AMBITO DEI TRASFERIMENTI NELLE FF.AA. E NELLE FORZE DI POLIZIA <i>dell'Avv. Fabrizio Casella</i> .....	198

---

I CONTROLLI AMMINISTRATIVI NELLA VALUTAZIONE E NELLA GESTIONE DEL RISCHIO CORRUTTIVO	
<i>dell'Avv. Carmine Medici</i> .....	201
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	209
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	218

PATTO DI STABILITÀ,  
BILANCIO E FISCALITÀ

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	220
<b>REDAZIONALI</b> .....	227
GLI STRUMENTI NECESSARI PER LA VALUTAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI	
<i>del Prof. Stefano Olivieri Pennesi</i> .....	227
BREVI RIFLESSIONI CRITICHE SULLA NUOVA PROCEDURA DI ESTRAZIONE E NOMINA DEI REVISORI DEGLI ENTI LOCALI	
<i>del Dott. Adriano Marini</i> .....	231
ABUSO DEL DIRITTO TRIBUTARIO NEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA DEL CNEL. PUNTI FERMI E PROFILI DI CRITICITÀ	
<i>dell'Avv. Francesca Cosentino</i> .....	236
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	245
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	249

GIUSTIZIA E  
AFFARI INTERNI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	254
<b>REDAZIONALI</b> .....	261
IL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI APPALTI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E REALIZZAZIONE DELL'OPERA	
<i>dell'Avv. Domenico Tomassetti e dell'Avv. Ilaria De Col</i> .....	261
LA PROVA DELLA COLPA NELLE AZIONI RISARCITORIE DEL DANNO DA ILLEGITTIMO ESERCIZIO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA	
<i>dell'Avv. Fabio Falco</i> .....	265
LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE NON È ESCLUSA DALLA NATURA CAUTELARE DEL GIUDIZIO	
<i>dell'Avv. Salvatore Russo</i> .....	268
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	271
<b>PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO</b> .....	275

INCENTIVI E SVILUPPO  
ECONOMICO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	281
<b>REDAZIONALI</b> .....	283
IL DIVIETO DI RINNOVO AUTOMATICO DELLA CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME PER ATTIVITÀ TURISTICO-RICREATIVE A SEGUITO DI DANNI CAUSATI DA EVENTI ATMOSFERICI ECCEZIONALI E DANNOSI	
<i>dell'Avv. Francesco Palazzotto</i> .....	283
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	293

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	295
<b>REDAZIONALI</b> .....	297
LA COMPETENZA STATALE NELLA DETERMINAZIONE DELLA TARIFFA NEL SETTORE IDRICO INTEGRATO	
<i>del Dott. Francesco Nardi</i> .....	297
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	303



---

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	307
<b>REDAZIONALI</b> .....	309
NUOVE MISURE ANTICORRUZIONE: INCONFERIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ DI INCARICHI PRESSO PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL SETTORE SANITARIO <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i> .....	309
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	314
DICHIARAZIONE SULL'ETICA, SULLE PRATICHE SCORRETTE E REGOLAMENTO SULLE MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI SCIENTIFICI PUBBLICATI IN GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA .....	317

# SEZIONE RISERVATA AI SAGGI ED AI CONTRIBUTI SCIENTIFICI

## SOMMARIO

UNA REGOLAZIONE INCERTA DEPRIME GLI INVESTIMENTI E FAVORISCE LA CORRUZIONE: BREVI NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 70/2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ILLEGITTIMITÀ DELLA L. R. DELLA CAMPANIA N. 13/2012 <i>di Paola Mazzina</i> .....	6
IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2000/60/CE. IL RUOLO DELLA REGOLAZIONE PER LA TUTELA CHE L'ORDINAMENTO APPRESTA ALLA RISORSA ACQUA <i>di Francesco Palazzotto</i> .....	13
THE STRUCTURAL AND FUNCTIONAL REORGANIZATION OF MUNICIPALITIES AND THE INTRODUCTION OF THE PRINCIPLE OF EQUILIBRIUM IN THE PAPER OF FINANCIAL CONSTITUTIONAL <i>di Francesco Palazzotto</i> .....	35

## UNA REGOLAZIONE INCERTA DEPRIME GLI INVESTIMENTI E FAVORISCE LA CORRUZIONE: BREVI NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 70/2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ILLEGITTIMITÀ DELLA L.R. DELLA CAMPANIA N. 13/2012

di Paola Mazzina

*Nella sentenza n. 70/2013 la Corte costituzionale affronta il tema della responsabilità del legislatore regionale campano nei confronti dei cittadini e delle imprese e delle ricadute negative che discendono da una regolazione incerta e contraddittoria.*

In the sentence no. 70/2013 the Constitutional Court broaches the subject on the responsibility of the law-maker of Campania's Region to citizens and enterprises as well as on the negative consequences arising from an uncertain and contradictory regulation.

*Sommario: 1. Il caso. 2. Incertezza delle regole e crisi del legittimo affidamento: la responsabilità del legislatore campano di fronte alla Corte costituzionale. 3. Soluzioni a confronto: brevi considerazioni conclusive.*

### 1. Il caso<sup>1</sup>.

La sentenza in commento ha tratto occasione da un ricorso promosso dal Governo dinanzi alla Corte costituzionale e relativo alla legittimità costituzionale dell'art. 5, co. 2, della L. R. della Campania n. 13/2012, recante *Interventi per il sostegno e la promozione della castanicoltura e modifiche alla L.R. n. 1/2012 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012)*, in riferimento agli art. 117 e 118, nonché 117, co. 2, lett. l), e 97 della costituzione.

Per una più completa visione d'insieme, occorre ricondurre la vicenda al precedente giudizio, pure instaurato dal Governo, sulla L. R. della Campania n. 11/2011 (*Disposizioni urgenti in materia di impianti eolici*), nel quale la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità al dettato costituzionale dell'art. 1, co. 2 della stessa, nella parte in cui essa stabiliva che la «*costruzione di nuovi aerogeneratori è autorizzata esclusivamente nel*

*rispetto di una distanza pari o superiore a 800 metri dall'aerogeneratore più vicino preesistente o già autorizzato*».

Tale disposizione - impugnata dal Governo perché ritenuta lesiva degli artt. 97, 117, co. 1° e 2°, lett. a) e 3 della carta costituzionale - in pendenza di giudizio veniva però abrogata dall'art. 52, co. 15°, della sopra richiamata L. R. della Campania n. 1/2012, con effetti statuiti a partire dal 29.2.2012, così determinando la rinuncia al ricorso da parte del ricorrente e la conseguente estinzione del processo<sup>2</sup>.

La disposizione oggetto della pronuncia *de qua*, ovvero l'art. 5, co. 2, della L. R. Campania n. 13/2012, è intervenuta sul testo della norma abrogatrice, ovvero (come si diceva) sull'art. 52, co. 15°, della L. R. Campania n. 1/2012, per stabilire il differimento del termine ivi previsto del 29.2.2012 al 30.6.2012.

Il ricorrente - nell'affermare che il legislatore regionale avrebbe indotto, con l'abrogazione summenzionata, il Governo a rinunciare al ricorso - alla luce della successiva reintroduzione della norma lamenta in primo

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

<sup>2</sup> Sul punto si veda l'ord. n. 89/2012 della Corte costituzionale consultabile sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

luogo che sarebbe stato violato il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. In secondo luogo, censura il fatto che introdurre, come si è fatto, l'effetto retroattivo della norma impugnata, in deroga agli artt. 11 e 15 delle disposizioni sulla legge in generale, sarebbe precluso dalla competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile. Obietta infine, che la tecnica legislativa (una sorta di *stop and go*) seguita nel caso di specie avrebbe ingenerato forti difficoltà applicative della normativa in materia, in contrasto con l'art. 97 cost<sup>3</sup>.

La Corte, pur prendendo atto che, al momento in cui essa ha preso cognizione della vicenda, la norma impugnata era stata (nuovamente per la parte prima non interessata da abrogazione) abrogata dall'art. 42, co. 4, della L. R. Campania n. 26/2012 (*Norme per la protezione della fauna selvatica e disciplina dell'attività venatoria in Campania*), dalla data di entrata in vigore dello stesso ultimo intervento legislativo (il 14.8. 2012), respinge l'eccezione della difesa regionale in punto di inammissibilità del ricorso, ritenendo che non si sia determinata la cessazione della materia del contendere, perché nulla può fare escludere la circostanza che «[...] la norma abbia trovato medio tempore applicazione (ex plurimis, sentt. n. 243 del 2012 e n. 158 del 2012)»<sup>4</sup>.

Né vale a scongiurare la paventata applicazione, per la Consulta, la produzione in giudizio di una nota dell'amministrazione regionale, con la quale si certifica che nel periodo compreso tra il 29.5.2012 ed il 30.6.2012 «alcun procedimento ha avuto esito negativo in ragione della riviviscenza» della L. R. Campania n. 11/2011<sup>5</sup>.

Essa, infatti, fa notare sul punto che tale circostanza non esclude l'ipotesi che, nel periodo compreso tra il 29 febbraio e il 30 giugno, in presenza di una norma di divieto, siano stati avviati procedimenti amministrativi, «[...] che avrebbero avuto esito favorevole proprio perché la parte istante si sarebbe

*uniformata a tale divieto»*<sup>6</sup>.

La Corte Costituzionale, nel respingere tutte le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla Regione Campania, accoglie invece il ricorso per violazione dell'art. 97 cost., ritenendo non conforme a tale parametro costituzionale la circostanza che sia stata adottata, per regolare l'azione amministrativa nella materia oggetto di intervento legislativo, una disciplina normativa «foriera di incertezza», posto che essa «può tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione» (sent. n. 364 del 2010)<sup>7</sup>.

Il comportamento del legislatore regionale (cioè il dettare una regola di azione per l'amministrazione regionale, per poi prima abrogarla, quindi farla rivivere – ma solo per un periodo di tempo limitato e attraverso la tecnica del differimento di un termine di efficacia in realtà già interamente maturato all'atto del secondo intervento normativo – ed, infine, abrogarla di nuovo e definitivamente) rappresenta, secondo il severo giudizio della Consulta, l'espressione di un uso manifestamente irrazionale della discrezionalità legislativa<sup>8</sup>.

Una legislazione ondivaga e non sorretta da alcun interesse di rilievo regionale meritevole di attenzione ha in effetti determinato un quadro normativo privo di ogni ragionevolezza: il legislatore campano, nel caso di specie, pur avendo ritenuto prioritario imporre il divieto in questione, avrebbe deciso di farlo rivivere solo fino al 30.6.2012, per poi successivamente abrogarlo con una legge - la L. R. n. 26/2012 - posteriore all'esaurimento dell'efficacia di tale divieto e dunque del tutto inutile.

## **2. Incertezza delle regole e crisi del legittimo affidamento: la responsabilità del legislatore campano di fronte alla Corte costituzionale.**

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Cfr. sent. n. 70/2013, punto 4 del Considerato in diritto. Sono state pertanto «assorbite», secondo una tecnica decisoria consueta alla giurisprudenza amministrativa e costituzionale, le questioni relative agli artt. 117 e 118, nonché 117, co. 2, lett. l), cost.

<sup>8</sup> Sent. n. 70/2013, punto 4, del Considerato in diritto.

<sup>3</sup> Sent. 70/2013 consultabile sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>4</sup> Così si legge nella sent. n. 70/2013, punto 2, del Considerato in diritto.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

Nell'analisi pur rapida della pronuncia *de qua*, si impone all'attenzione dell'interprete non l'individuazione da parte della Corte costituzionale di nuovi principi, ovvero l'elaborazione di nuovi indirizzi giurisprudenziali, che difatti non è avvenuta, bensì in primo luogo il tema della responsabilità del legislatore e, segnatamente, quello della qualità della legislazione (nella specie regionale), della certezza del diritto e dei costi economici che a tali aspetti sono strettamente legati.

La complessità dello spazio legislativo è un fenomeno a più facce rispetto al quale alla eccessiva produzione normativa, si affiancano nodi strutturali legati alla stessa conformazione politico-sociale delle società avanzate.

Le cause e le implicazioni negative della "cattiva qualità" della legge si collocano in una dimensione attraversata da interessi e valori di notevole rilievo costituzionale che rimandano da una parte al tema della responsabilità del legislatore e, dall'altra, al «[...] diritto ad avere una compiuta definizione ed uno stabile assetto delle proprie situazioni giuridiche soggettive, come ostacolo all'oscurità della legge ed allo smarrimento della sua identità»<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Sia consentito rimandare sul punto al contributo A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Quaderni del "Gruppo di Pisa", Atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, a cura di Coccozza V. e Staiano S., Torino, vol. II, p. 842 ss. ed, in particolare, p. 844.

In tema di *drafting* e procedimento legislativo cfr. tra i vari contributi: R. DICKMANN, *Procedimento legislativo e coordinamento delle fonti*, Padova, 1997 e la letteratura ivi richiamata. Sull'analisi di fattibilità delle leggi e sulla crisi della legge si vedano senza alcuna pretesa di esaustività: M. AINIS, *Una finestra sulla qualità della legge*, in *Rass. parl.*, 1996, p.189 ss.; M. AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2015 ss., oltre agli Atti del Seminario di studio su *Produzione normativa e analisi di fattibilità delle leggi*, Genova 20-21/06/1996, pubblicati in *Iter legis*, n. 5-6, 1996-1997; A. FALZEA, *Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 579 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 411 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti, procedure ed attuazione delle leggi in Italia*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno* n. 6, Torino, 1996, p. 115 ss.; G. U. RESCIGNO, *Tecniche legislative oggi*

Il dibattito sulla qualità della regolazione, pertanto, piuttosto che essere ricondotto a profili di natura meramente tecnica e di *drafting*, viene ormai ricondotto a quello della responsabilità della politica «[...] sia nella versione minima del mero "render conto" dell'agire politico; sia in quella più intensiva di potere essere chiamati a rispondere delle conseguenze derivanti dalla valutazione del rendiconto»<sup>10</sup>.

In particolare, esso rappresenta oggi uno dei parametri attraverso i quali viene misurata la legittimazione dell'azione dei pubblici poteri, sia sul piano della legittimità di "esercizio" della regolazione, sia su quello della "dignità" della decisione politica<sup>11</sup>.

Per quel che riguarda la responsabilità del legislatore va rilevata la circostanza che la questione - e la pronuncia si sofferma su questo aspetto - in ragione del principio di legalità, si ripercuote fortemente sui principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ex art. 97 cost. condizionandone sia in senso positivo che negativo l'efficacia. Ne discende la considerazione che nel valore della certezza del diritto si rinviene il dovere degli organi legislativi - al quale, segnatamente, corrisponde il dovere dei privati ad informarsi sulle norme vigenti ed uniformarsi ad esse - di formulare norme che prima ancora di essere precise, devono apparire chiare rispetto alle finalità che intendono perseguire.

Per quel che riguarda poi, in particolare, il principio del buon andamento evocato dalla Suprema Corte nella pronuncia *de qua*, è noto che tradizionalmente esso - configurandosi in

in Italia, in *Legimatica: informatica per legiferare*, a cura di Biagioli C., Mercatali P., Sartor G., Napoli, 1995, p. 17 ss.; G. U. RESCIGNO, *I temi all'ordine del giorno in materia di tecniche legislative*, in *Iter legis*, 1999, fasc. 4, p. 34 ss.; F. G. VITERBO, *Teorie e regole sulle tecniche normative. Profili evolutivi del legal drafting in Italia. Dal codice civile ai testi unici e ai codici di settore*, in *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, a cura di Perlingieri P., Napoli, 2010, p. 49 ss.; U. ZAMPETTI, *Tecniche legislative e procedure parlamentari*, in *Rass. parl.*, 1998, p. 163 ss.

<sup>10</sup> A. MORRONE, *Presentazione*, in *Fuga dalla legge?*, Seminario sulla qualità della legislazione, a cura di Zaccaria R. con la collaborazione di Albanesi E., Brogi E. e Fiorillo V., Brescia, 2011, p. 278.

<sup>11</sup> ID., p. 277.

termini di sintesi del principio di legalità e di quelli di efficacia ed economicità - impone che l'attività amministrativa pubblica si svolga, in primo luogo, nel rispetto della legge.

Nella giurisprudenza costituzionale il parametro fornito dall'art. 97 cost. risulta spesso associato all'art. 3 cost., tant'è vero che sono rari i casi in cui il principio di eguaglianza non accompagni quello di imparzialità, mentre - si osserva - il ricorso al buon andamento ricorre più di rado. Quest'ultimo lo si considera perlopiù un elemento di completamento del principio di imparzialità il cui autonomo utilizzo è ridotto prevalentemente ai casi in cui l'irragionevolezza risulti - come nel caso *de quo* - del tutto palese<sup>12</sup>.

Dalla vicenda da cui ha tratto origine la pronuncia in commento trae conferma la riflessione che l'incertezza prodotta dal rapido (e non razionalmente motivabile) mutamento degli assetti normativi, oltre a produrre le accennate inevitabili conseguenze negative sul procedimento amministrativo, si ripercuote anche e soprattutto sui cittadini ed, in misura non diversa, sulle scelte degli operatori economici.

Una buona regolazione, in altri termini, è tale solo se riesce a garantire il *buon andamento* e l'*imparzialità* dell'amministrazione, favorendo - nei confronti del cittadino - la riconoscibilità e la comprensione delle regole ed evitando - nei confronti delle imprese - ostacoli alla concorrenza, all'innovazione, alla crescita<sup>13</sup>.

Le questioni su "*chi pone la regola*", su "*per quanto tempo si possa fare affidamento sulla sua vigenza*" e infine sul "*chi e come debba applicarla*" rappresentano, infatti, i parametri minimi attraverso i quali si misura la (ragionevole) certezza del diritto<sup>14</sup>.

La legislazione oggetto di censura, nel ripensare più volte in tempi molto ravvicinati tra loro e con impulsi di indirizzo contraddit-

tori le regole in materia di installazione di impianti eolici, ha certamente prodotto ricadute negative sul sistema.

Ove si provi a misurare la portata degli effetti generati dal grado di certezza (*rectius*: di incertezza) di un modo di legiferare che si direbbe schizofrenico, nel caso *de quo* non può passare inosservata la circostanza che la maggior parte di essi si sono prodotti in danno dell'iniziativa economica, che è valore costituzionale di rilievo - tanto più oggi - primario.

Se è vero infatti - come si sostiene senza obiezione alcuna dall'opinione generale - che imprese e in genere soggetti impegnati a produrre sviluppo economico hanno bisogno di basi giuridiche affidabili per poter investire, è molto verosimile concludere che nessun operatore italiano o straniero, che fosse interessato alla realizzazione di impianti eolici, sarebbe stato mai incoraggiato ad intraprendere in concreto il suo disegno da un quadro normativo così confuso, come quello descritto nel caso *de quo*.

In effetti, per quanto non esplicitamente richiamato nella sent. 70/2013 il discorso chiama in causa il principio del legittimo affidamento a danno di privati in buona fede, circostanza che avrebbe potuto a sua volta determinare (sebbene nella nota prodotta dalla Regione Campania si specifichi che la disposizione non avrebbe determinato l'avvio di nessun procedimento) un illecito suscettibile di ristoro in sede giudiziaria. In questo senso, si sarebbe profilata una responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, ma prima ancora del legislatore. In effetti a sviluppare ulteriormente queste riflessioni si potrebbe arrivare molto più lontano di quanto in questa sede ci si propone, fino a configurare forme di responsabilità che, in termini ascensionali, ci rimandano dalla Regione allo Stato fino all'Unione europea ed, in particolare, a quella giurisprudenza che, com'è noto, negli anni, si è dimostrata molto attenta nel riconoscere forme di responsabilità degli Stati per violazione (sia omissiva che commissiva) del diritto dell'Unione<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Sul punto si veda R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999; nonché ID., *Responsabilità dello Stato per violazione del*

<sup>12</sup> Al riguardo cfr. sentt. 40/1998, 74/1999 e 258/1998 e le considerazioni sul punto avanzate da L. COEN, *Commento all'art. 97 cost.*, in V. Crisafulli - L. Paladin, continuato da S. Bartole - R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 891.

<sup>13</sup> A. MORRONE, *cit.*, p. 277.

<sup>14</sup> M. PASSARO, *Le strategie dell'incertezza: regole ed enforcement nella regolazione energetica*, in *Fuga dalla legge?*, *cit.*, p. 324.

Sta, comunque, di fatto che la diffidenza sull'attendibilità delle regole in vigore, nello scoraggiare fortemente gli investimenti, è uno dei fattori che deprime l'iniziativa economica e genera costi aggiuntivi (si pensi alle consulenze necessarie per evitare o per affrontare contenziosi) per quelle imprese che, invece, decidono di investire<sup>16</sup>.

A conferma di questo convincimento soccorre del resto la stessa posizione espressa chiaramente dalla Corte, nella parte in cui la sentenza in esame afferma che «il fenomeno della riviviscenza di norme abrogate (...) può generare «conseguenze imprevedibili» (e qui si richiama testualmente la sent. n. 13 del 2012), valutabili appunto anche con riguardo all'obbligo del legislatore di assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione»<sup>17</sup>.

La discrezionalità della pubblica amministrazione, se male esercitata, cioè attuata attraverso processi decisionali scarsamente trasparenti, da una parte può alimentare il sospetto di favoritismi o irregolarità e dall'altra trasformarsi anche in un arbitrario strumento di vessazione dei cittadini e di scelta di imprenditori «disinvolti» o «protetti», cui quelli corretti - scoraggiati da simile modo di procedere - lasciano il campo<sup>18</sup>.

---

diritto dell'Unione europea, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento 4, 2010, 506 ss.

<sup>16</sup> Il fenomeno è descritto compiutamente tra gli altri da D. IELO, *La fuga dagli investimenti dall'Italia: alcune cause*, in *Fuga dalla legge?*, cit., p. 336 ss.

<sup>17</sup> Sent. n. 70/2013, punto 4, del Considerato in diritto. Allo studio della riviviscenza delle norme è dedicato il recente contributo di E. C. RAFFIOTTA, *Quale spazio per la riviviscenza di norme abrogate dopo la sent. 13 del 2012?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>18</sup> L'incertezza giuridica rappresenta il presupposto da cui traggono alimento fenomeni di devianza sociale, di corruzione, di depressione economica. tutti aspetti che penalizzano in primo luogo le aspettative favorevoli di quanti osservano le regole. Studi e inchieste hanno dimostrato che essa regna sovrana proprio nel campo delle autorizzazioni alla realizzazione di impianti energetici, cioè proprio quella di cui legge campana si proponeva di occuparsi. Recentemente, in particolare, diversi operatori internazionali attivi nel settore degli impianti di produzione energetica hanno comunicato la loro intenzione di non volere investire più in Italia, proprio per la lunghezza e l'aleatorietà dei relativi procedimenti. Su tali aspetti si soffermano D. IELO, cit., p. 336 ss. ed, ivi, M. ARNONE, *Costi economici e sociali dell'incertezza: l'incertezza giuridica come ele-*

### 3. Soluzioni a confronto: brevi considerazioni conclusive.

Di fronte alla complessità del tema e delle sue manifestazioni, le risposte fornite dall'ordinamento italiano si sono manifestate in una pluralità di tecniche e di strumenti, che «[...] appaiono consapevoli della necessità di impostare il discorso della qualità della regolazione legislativa non solo in termini di linguaggio normativo o di struttura formale dell'atto normativo, ma guardando alle esigenze di implementazione delle scelte normative, alla loro fattibilità come idoneità a realizzare gli obiettivi proposti, ai problemi di relazione e di coordinamento dei singoli prodotti normativi con il sistema considerato [...]»<sup>19</sup>.

Nell'ultimo Rapporto sullo stato della legislazione per il 2012, predisposto dall'Osservatorio della Camera dei Deputati in relazione ad alcuni aspetti più propriamente qualitativi (riordino, razionalizzazione e semplificazione) delle tecniche normative, si segnala che le Regioni - anche se invero non in modo generalizzato - continuano a manifestare grande impegno e interesse sul punto<sup>20</sup>.

---

mento dell'incertezza di sistema: Aspetti metodologici e sostanziali e della riduzione dello stock normativo, in *Fuga dalla legge?*, cit., p. 339 ss. nonché M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005; F. ZACCARIA, *La perdita della certezza del diritto: riflessi sugli equilibri dell'economia e della finanza pubblica*, in *Diritti, regole, mercato, economia pubblica ed analisi economica del diritto*, XV Conferenza Siep, Pavia 3-4 ottobre 2003.

<sup>19</sup> A. D'ALOIA, P. MAZZINA, cit., p. 845.

<sup>20</sup> I Rapporti annuali sulla legislazione sono consultabili sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it). Con particolare riferimento alla qualità della regolazione ed alle tecniche legislative praticate nelle Regioni tra gli altri cfr. M. CARLI, *Procedimento legislativo regionale e qualità della legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti 2009. L'attuazione degli statuti regionali*, a cura di Caretti P., Rossi E., Torino, 2010; R. LIBERTINI, *Il drafting e le tecniche legislative nell'esperienza regionale*, in *Codificazione del diritto ed ordinamento costituzionale*, a cura di Costanzo P., Napoli, 1999, p. 255 ss.; ID., *Le regioni e le tecniche legislative*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002, p. 323 ss.; B. MALAISI, *Qualità della formazione e della divulgazione delle leggi: profili generali e loro disciplina nei nuovi statuti regionali*, in *Statuti atto II. Le Regioni e la nuova stagione statutaria*, a cura di Carli M., Torino, 2001; P. MILAZZO, *La*

Con specifico riferimento alla Campania risulta che la Regione ha aderito - insieme alla Calabria, alla Puglia ed alla Sicilia - al *Programma Operativo di Assistenza Tecnica alle Regioni dell'obiettivo convergenza per il rafforzamento delle capacità di normazione* (POAT-DAGL), nel contesto dell'attuazione dell'Accordo fra Governo, Regioni e Autonomie locali in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione, siglato il 29.3.2007.

In base a tale accordo, le Autonomie territoriali si sono impegnate a conformarsi anch'esse, nei diversi livelli di governo coinvolti, ai principî di qualità della regolazione condivisi in ambito europeo, quali quelli di necessità, proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza, responsabilità, accessibilità e semplicità delle norme<sup>21</sup>.

Allo stesso modo il nuovo Statuto della Regione Campania del 29.5.2009 ed il nuovo Regolamento interno del Consiglio Regionale della Campania approvato nella seduta del 19.7.2012, si pongono in termini di continuità rispetto all'Accordo del 2007. Così a fronte dello Statuto campano che all'art. 29 fissa norme sulla chiarezza dei testi normativi rimandando per la disciplina di dettaglio al Regolamento consiliare<sup>22</sup>, quest'ultimo non solo istituzionalizza la redazione del "*rapporto annuale sulla legislazione regionale*", riconoscendogli la natura di strumento volto a migliorare la qualità della normazione e il controllo sull'attuazione delle leggi ma, agli

*qualità della formazione nei regolamenti parlamentari e dei Consigli regionali*, in *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione*, a cura di Caretti P., Torino, 2009; I. SALZA, *Principi sulla qualità normativa e regole di drafting nell'elaborazione dei nuovi statuti regionali*, in *Iter legis*, 2003, n. 1, p. 43 ss.;

<sup>21</sup> Tali principî sono perseguiti mediante l'utilizzazione di strumenti quali l'analisi tecnico-normativa (ATN), l'analisi di impatto della regolamentazione *ex ante* (AIR), la consultazione, l'analisi di fattibilità, la verifica di impatto della regolamentazione *ex post* (VIR), l'impiego di clausole valutative, la semplificazione normativa, la misurazione e riduzione degli oneri amministrativi, la cura del *drafting* normativo.

<sup>22</sup> Statuto Regione Campania, Art. 29, co. 1° Le normative regionali devono caratterizzarsi per chiarezza e semplicità dei testi. Il Consiglio regionale approva testi unici; co. 2° 2. Il regolamento consiliare disciplina le modalità di redazione dei testi normativi al fine di assicurarne la qualità.

artt. 82 ed 83, fissa i principî ed individua i responsabili e gli strumenti per assicurare la qualità della legislazione<sup>23</sup>.

Il Rapporto sulla legislazione, nell'affiancarsi agli "*strumenti*" di cui si avvale il Consiglio per conseguire il miglioramento della qualità della formazione, si propone sia rispetto al legislatore regionale che all'intera collettività come strumento di conoscenza della attività normativa prodotta e come spunto per una riflessione e una valutazione complessiva della tendenza della legislazione regionale. In questo contesto normativo si inserisce la vicenda brevemente commentata che

<sup>23</sup> Regolamento interno del Consiglio regionale della Campania. Art. 82 Qualità della legislazione: 1. Il presente titolo ha per oggetto la disciplina generale sull'attività normativa regionale. 2. La Regione Campania, ai sensi dell'art. 29 dello Statuto, conforma il proprio ordinamento ai principi di qualità della legislazione applicati in ambito europeo e condivisi con lo Stato, Regioni e Province autonome in sede di Accordo del 29.3.2007 in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione. 3. L'attività normativa della Regione è improntata, in particolare, ai seguenti principî: a) programmazione normativa; b) manutenzione e riordino costanti della normativa; c) chiarezza, semplicità ed omogeneità dei testi normativi; d) rispetto delle regole di tecnica legislativa; e) qualità, coerenza ed efficacia rispetto agli obiettivi perseguiti; f) semplificazione delle procedure; g) libero accesso agli atti normativi; h) contenimento degli oneri amministrativi. 4. Il Presidente del Consiglio, i Presidenti delle Commissioni consiliari ed il Presidente della Giunta, ciascuno per i rispettivi ambiti di competenza, assicurano, con il supporto tecnico delle strutture preposte all'assistenza tecnico-giuridica e legislativa e delle altre competenti strutture, il rispetto dei principî di cui al presente articolo. 5. Al fine di migliorare la qualità dei testi normativi, gli uffici del Consiglio e della Giunta regionale preposti alla redazione degli atti normativi e all'assistenza tecnico-giuridica e legislativa operano in costante collaborazione. 6. Il Consiglio esercita in via preventiva e successiva la funzione di controllo e valutazione sugli effetti e sui risultati degli atti normativi in rapporto alle finalità perseguite.

Art. 83 Strumenti: 1. Al fine di conseguire il miglioramento della qualità della normazione, il Consiglio si avvale dei seguenti strumenti: a) analisi tecnico normativa (di seguito denominata ATN); b) agenda normativa; c) analisi di impatto della regolamentazione (di seguito denominata AIR); d) analisi di fattibilità; e) verifica di impatto della regolamentazione (di seguito denominata VIR); f) consultazione; g) clausole valutative; h) relazione tecnico-amministrativa; i) semplificazione, manutenzione e riordino costante del sistema normativo; l) drafting normativo.



tuttavia dimostra come impegni di tale ambiziosa portata, certo meritevoli di apprezzamento a favore di chi li contrae, saranno destinati a rimanere nel mondo delle pure dichiarazioni di intenti finché non si avrà chiaro, anche e soprattutto in Regioni ad alta incidenza e presenza operativa della criminalità

organizzata, com'è purtroppo la Campania, che anche nelle pieghe di una bassa qualità della produzione normativa, di una scarsa chiarezza e di un'incertezza giuridica in senso ampio, si annidano le cause attraverso le quali trae alimento e forza di insediamento la stessa criminalità.

«.....GA.....»

# IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO ALLA LUCE DELLA DIR. 2000/60/CE. IL RUOLO DELLA REGOLAZIONE PER LA TUTELA CHE L'ORDINAMENTO APPRESTA ALLA RISORSA ACQUA

di Francesco Palazzotto

*Le acque sono state oggetto di molteplici interventi legislativi che hanno modificato la disciplina che riguarda l'organizzazione, la gestione e le modalità di affidamento del servizio idrico integrato. La sfida che il legislatore prima e l'amministrazione poi devono affrontare consiste proprio nel mantenere un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali e il risparmio delle risorse pubbliche. Il legislatore nazionale ha disciplinato il SII come servizio a rilevanza economica, appropriandosi di numerose competenze relative ai profili di tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, l'esito del referendum, come già preannunciato dalla Corte in sede di giudizio di ammissibilità dei quesiti, non ha significato la possibilità di un ritorno a moduli pubblicistici abrogati per la gestione del servizio idrico integrato. Il referendum del 2011 ha abrogato l'obbligo di bandire le gara per l'affidamento rendendo maggiormente percorribile la possibilità di un affidamento in house, organizzato secondo i principi europei. Tutto ciò non ha cambiato la natura giuridica del Sii come servizio di rilevanza economica, in quanto tale definizione dipende dall'obbligo della copertura dei costi tramite la tariffa. Vista la rilevanza economica del SII, come stabilito dal legislatore nazionale e più volte confermata dalla Corte cost., anche nella recente sentenza del 21.3.2012, n. 62, la tariffa, ed i principi ivi contenuti di provenienza comunitaria, hanno un ruolo preponderante rispetto le tutele che oggi l'ordinamento richiede nei confronti di questa risorsa, quali gli interessi sociali ed ambientali. Conseguentemente a quanto affermato per far sì che la tariffa assolva i suoi compiti, occorre che l'apparato regolatorio sia indipendente, autorevole, dotato di strumenti di controllo incisivi e di potere sanzionatorio efficace.*

The waters have been object of multiple legislative interventions that have amended the rules of the organization, the management and the modalities of assignment of the integrated water service. The challenge that the legislature has to face firstly and the administration secondly consists in maintaining a balance between the protection of fundamental rights and the savings of public resources. The national legislature has regulated the SII as a service with economic relevance by taking possession of numerous competences related to the profiles of protection of competition and protection of the environment, the outcome of the referendum, as already announced by the Court in the context of admissibility of the questions, didn't mean the possibility of a return to repealed publicistic modules for the management of the integrated water service. The referendum of 2011 abrogated the obligation of advertising the tender for the assignment rendering more feasible the possibility of an in-house award, organized according to European principles. All this hasn't changed the legal nature of the SII as a service of economic relevance, as this definition depends on the obligation of covering costs through the fare. Given the economic relevance of the SII, as established by law and repeatedly confirmed by the Constitutional Court in the recent judgment of 21.3.2012, n. 62, the rate, and the principles contained therein which come from the Community, have a role that prevails over the protection that now the legal system requires towards this resource, such as social and environmental concerns. As a result of what has been stated to ensure that the rate performs its tasks, it is necessary that the regulatory system is independent, authoritative, equipped of incisive control instruments and of effective sanctioning power.

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il Servizio idrico integrato, inquadramento normativo generale. 3. Le modalità di affidamento dei servizi idrici prima e dopo il risultato referendario. 4. Corte Costituzionale sentenza del 20.7.2012, n. 199 sui servizi pubblici locali a rilevanza economica. 5. Competenza e natura giuridica del Sii, dalla sentenza della Corte Costituzionale 17.11.2010, n. 325 alla sentenza 21.3.2012, n. 62. 6. Cenni sul ruolo della tariffa e del sistema di regolazione nel Sii. 7. La dir. 2000/60/CE sulle acque; 8. Il principio del full cost recovery. 9. Conclusioni.

## 1. Introduzione<sup>1</sup>.

Le acque sono state oggetto di molteplici interventi legislativi che dal 1994<sup>2</sup> con la l. 5.1.1994, n. 36 (c.d. legge Galli)<sup>3</sup> ad oggi, ne

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

<sup>2</sup> La prima legge di carattere generale sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni (tra cui rientrava la *costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile*) è la l. n.103 del 1903, presentata dall'allora Ministro dell'Interno Giovanni Giolitti sul cd. municipalismo sociale. Detta legge nacque dalla duplice esigenza di dare una risposta efficace al moltiplicarsi dei bisogni collettivi e di sottrarre la gestione dei servizi pubblici di maggior rilievo sociale alle regole del mercato, attraverso l'assunzione diretta, tramite aziende organo prive di personalità giuridica, sottoposte al controllo prefettizio in caso di gravi e persistenti irregolarità. La legge, nello specifico, poneva un freno alla tendenza in atto, da parte dei Comuni, a concedere gli impianti e l'esercizio di questi servizi a imprenditori privati, per sottrarsi agli investimenti notevoli, e difficilmente sopportabili dalle finanze comunali, che l'erogazione dei servizi pubblici richiedeva soprattutto nelle grandi città. La legge 103/1903, confluita poi nel T.U. n. 2578 del 1925, rimasto in vigore fino al 1990, introduceva così la figura delle c.d. aziende municipalizzate, indicando una lunga serie di servizi (ma anche di beni), che i consigli comunali potevano deliberare di "*municipalizzare*", ossia di assumere tra i compiti facoltativi del proprio ente, stabilendo poi se amministrarli in via diretta (a cura degli stessi organi comunali), o darli in concessione a privati o ancora gestirli attraverso aziende speciali, prive di personalità giuridica autonoma, ma dotate di ampia autonomia amministrativa. La finalità originaria, legata all'intento temperato di migliorare i servizi e di collettivizzare gli utili, era però spesso fuorviata dallo scopo di offrire agli utenti servizi sottocosto, accollando l'onere dei maggiori costi alla collettività nazionale (essendo lo Stato costretto a intervenire a risanare i bilanci dei comuni dissestati), creando una crescente diffidenza verso la municipalizzazione. Per una disamina completa si veda M. A. SANDULLI, *Affidamento e gestione dei servizi pubblici locali alla luce del regolamento attuativo – Il Sii –*, Paradigma, Milano, 2011.

<sup>3</sup> Il Sii è stato definito per la prima volta dall'art. 4 co. 1, lett. f) della legge Galli come l'insieme dei servizi

hanno modificato la disciplina che riguarda l'organizzazione, la gestione e le modalità di affidamento del servizio idrico integrato (da ora in poi Sii), rispetto al regime dominicale.

Tutti gli interventi recenti del legislatore hanno un medesima finalità rappresentata dalla ricerca dell'efficienza e del risparmio di spesa pubblica, in quanto imposti dalle vicende economico-sociali che hanno caratterizzato ultimamente sia il nostro paese che altri stati membri dell'Unione Europea. In particolare, l'attuale stato di crisi nel quale versa il «*welfare-state*» si riflette, da un lato nella riduzione delle prestazioni fornite ai cittadini, dall'altro nella costante ricerca di modelli organizzativi che permettano agli enti locali di rispettare il patto di stabilità, e in generale i vincoli di finanza pubblica. Riguardo al Sii, la sfida che il legislatore prima e l'amministrazione poi devono affrontare consiste proprio nel mantenere un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali e il risparmio delle risorse pubbliche.

E' necessario fornire un quadro generale in materia di gestione del Sii dopo i recenti interventi legislativi, le sentenze della Corte Costituzionale ad essi relativi ed il referendum del 2011, al fine di mettere in evidenza come gli interessi sociali ed ambientali correlati ad un bene fondamentale come l'acqua possano essere maggiormente tutelati attraverso l'istituzione di un apparato regolatorio indipendente ed autorevole, dotato di strumenti di controllo incisivi e di potere sanzionatorio efficace.

pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. La portata innovativa delle norme introdotte con la Legge Galli si fondava sul fatto che essa ha segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità ad una gestione definita da criteri di efficienza, efficacia ed economicità, affidata ad operatori specializzati sul mercato.

## 2. Il Servizio idrico integrato, inquadramento normativo generale.

Le disposizioni in tema di “*Gestione delle Risorse Idriche*” sono contenute nel d.lgs. 03.04.2006, n. 152<sup>4</sup>, precisamente nella parte III, sez. III, agli artt. 141 e ss.

Il legislatore nel 2006 ha operato un lavoro di integrazione e di raccordo delle norme sulla gestione del servizio idrico integrato con le norme sulla difesa idrogeologica del suolo e sulla tutela delle acque dall'inquinamento. Rispetto all'impostazione della Legge Galli, il d.lgs. 3.4.2006, n. 152 ha introdotto una serie di ulteriori novità, si tratta delle nuove norme relative alle procedure per l'affidamento del Sii, in un'ottica di promozione della concorrenza e, quindi, di industrializzazione del sistema, anche al fine di sviluppare maggiori investimenti infrastrutturali. L'impianto del d.lgs. 3.4.2006, n. 152 per i profili che qui interessano è basato su due principi, e, precisamente, sull'obbligo della programmazione delle risorse idriche attraverso il Piano Regolatore Generale degli Acquedotti ed il Piano d'Ambito Ottimale e sull'organizzazione dei servizi idrici integrati secondo il ciclo integrato dell'acqua, attraverso l'integrazione verticale delle diverse fasi del ciclo in modo da conseguire un maggior sfruttamento delle economie di scala.

Secondo l'art. 141 per Servizio Idrico Integrato si intende l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue che deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie. In altre parole, il Codice prevede una gestione unitaria del servizio idrico che comprende tutte le competenze riguardanti il ciclo completo dell'acqua, con l'obiettivo di dare al sistema un assetto tecni-

<sup>4</sup> Il d.lgs. 3.4.2006, n. 152, riprende sostanzialmente la legge c.d. Galli; oggetto delle disposizioni contenute nella sezione III è la disciplina della gestione delle risorse idriche e del Sii per i profili che concernono la tutela dell'ambiente e della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni del Sii e delle relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane.

co ed economico ottimale.

Gli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), a norma dell'art. 147<sup>5</sup>, sono determinati dalle Regioni in base ai criteri stabiliti dalla legge Galli. In particolare, il co. 2 dell'art. 147, individua tre criteri per l'individuazione degli ATO, precisamente, il rispetto dell'unità del bacino idrografico o del *sub* bacino, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine in favore dei centri abitati interessati; l'unitarietà della gestione, e comunque il superamento della frammentazione verticale delle gestioni; l'adeguatezza delle dimensioni gestionali da definire sulla base di parametri fisici, demografici e tecnici.

L'art. 148<sup>6</sup> del d.lgs. 3.4.2006, n. 152 isti-

<sup>5</sup> Cfr. Art. 147, d.lgs 3.4.2006, n. 152:

147. Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato

1. I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36.

2. Le regioni possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi:

a) unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati;

b) unitarietà della gestione e, comunque, superamento della frammentazione verticale delle gestioni; (*lettera così modificata dall'art. 2, co. 13, d.lgs. n. 4 del 2008*)

c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici.

3. Le regioni, sentite le province, stabiliscono norme integrative per il controllo degli scarichi degli insediamenti civili e produttivi allacciati alle pubbliche fognature, per la funzionalità degli impianti di pretrattamento e per il rispetto dei limiti e delle prescrizioni previsti dalle relative autorizzazioni.

<sup>6</sup> Cfr. Art. 148, d.lgs 3.4.2006, n. 152:

148. Autorità d'ambito territoriale ottimale

1. L'Autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'art. 143, co. 1.

tuisce l'autorità d'ambito, struttura, costituita in ciascuna Ato, cui sono trasferite le funzioni spettanti agli enti locali, che sono obbligati a parteciparvi. L'autorità d'ambito è il centro di imputazione degli interessi concernenti l'organizzazione e la gestione del Sii<sup>7</sup>.

L'autorità d'ambito è dotata di personalità giuridica ed è compito delle Regioni e delle Province individuare le forme e i modi della cooperazione fra gli enti locali che ricadono nel medesimo Ato. La scelta del modello gestionale avverrà in base ai criteri stabiliti nel piano d'ambito, che ha proprio tra i suoi atti la definizione della «*struttura operativa mediante la quale il gestore assicura il servizio all'utenza e la realizzazione del programma degli interventi*», e nel rispetto della unitarietà della gestione<sup>8</sup>.

2. Le regioni e le province autonome possono disciplinare le forme ed i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le Autorità d'ambito di cui al comma 1, cui è demandata l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato.

3. I bilanci preventivi e consuntivi dell'Autorità d'ambito e loro variazioni [sono pubblicati mediante affissione ad apposito albo, istituito presso la sede dell'ente, e] sono trasmessi all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti e al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare entro quindici giorni dall'adozione delle relative delibere. (comma dichiarato parzialmente incostituzionale da Corte costituzionale n. 246 del 2009, nella parte in cui prevede l'affissione all'albo)

4. I costi di funzionamento della struttura operativa dell'Autorità d'ambito, determinati annualmente, fanno carico agli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, in base alle quote di partecipazione di ciascuno di essi all'Autorità d'ambito.

5. Ferma restando la partecipazione obbligatoria all'Autorità d'ambito di tutti gli enti locali ai sensi del comma 1, l'adesione alla gestione unica del servizio idrico integrato è facoltativa per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti inclusi nel territorio delle comunità montane, a condizione che gestiscano l'intero servizio idrico integrato, e previo consenso della Autorità d'ambito competente. (co. così sostituito dall'art. 2, co. 14, d.lgs. n. 4 del 2008).

<sup>7</sup> Si v. G. BOTTINO, *Art. 148. Autorità d'ambito ottimale*, in AA.VV., *Codice dell'ambiente. Commento al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, aggiornato alla legge 6 giugno 2008, n. 101*, Milano, 2008.

<sup>8</sup> Cfr. Art. 149, d.lgs. 03.04.2006, n. 152:

#### **149. Piano d'ambito**

1. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della parte terza del presente decreto, l'Autorità d'ambito

Le autorità d'ambito sono state oggetto di alcune riforme tese alla razionalizzazione degli enti pubblici e al contenimento della spesa pubblica: l'art. 2, c. 38, della legge 24.12.2007, n. 244, prevedeva che le Regioni procedessero alla rideterminazione degli Ato, valutando prioritariamente il territorio pro-

provvede alla predisposizione e/o aggiornamento del piano d'ambito. Il piano d'ambito è costituito dai seguenti atti: a) ricognizione delle infrastrutture; b) programma degli interventi; c) modello gestionale ed organizzativo; d) piano economico finanziario.

2. La ricognizione, anche sulla base di informazioni asseverate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, individua lo stato di consistenza delle infrastrutture da affidare al gestore del servizio idrico integrato, precisandone lo stato di funzionamento.

3. Il programma degli interventi individua le opere di manutenzione straordinaria e le nuove opere da realizzare, compresi gli interventi di adeguamento di infrastrutture già esistenti, necessarie al raggiungimento almeno dei livelli minimi di servizio, nonché al soddisfacimento della complessiva domanda dell'utenza. Il programma degli interventi, commisurato all'intera gestione, specifica gli obiettivi da realizzare, indicando le infrastrutture a tal fine programmate e i tempi di realizzazione.

4. Il piano economico finanziario, articolato nello stato patrimoniale, nel conto economico e nel rendiconto finanziario, prevede, con cadenza annuale, l'andamento dei costi di gestione e di investimento al netto di eventuali finanziamenti pubblici a fondo perduto. Esso è integrato dalla previsione annuale dei proventi da tariffa, estesa a tutto il periodo di affidamento. Il piano, così come redatto, dovrà garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario e, in ogni caso, il rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità della gestione, anche in relazione agli investimenti programmati.

5. Il modello gestionale ed organizzativo definisce la struttura operativa mediante la quale il gestore assicura il servizio all'utenza e la realizzazione del programma degli interventi.

6. Il piano d'ambito è trasmesso entro dieci giorni dalla delibera di approvazione alla regione competente, all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti e al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. L'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti può notificare all'Autorità d'ambito, entro novanta giorni decorrenti dal ricevimento del piano, i propri rilievi od osservazioni, dettando, ove necessario, prescrizioni concernenti: il programma degli interventi, con particolare riferimento all'adeguatezza degli investimenti programmati in relazione ai livelli minimi di servizio individuati quali obiettivi della gestione; il piano finanziario, con particolare riferimento alla capacità dell'evoluzione tariffaria di garantire l'equilibrio economico finanziario della gestione, anche in relazione agli investimenti programmati.

vinciale come Ato al fine di assegnare le funzioni in materia di Sii alle Province o, in caso di Ato di dimensioni maggiori, alle Regioni o alle Province interessate. In seguito, l'art. 1 *quinques* della legge 25.3.2010, n. 42, ha disposto la soppressione delle autorità d'ambito e ha assegnato alle Regioni il compito di attribuire con legge le loro funzioni, «*nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*»<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda le competenze, l'art. 141, c. 1, d.lgs. 03.04.2006, n. 152<sup>10</sup>, sancisce la competenza esclusiva statale per i profili dei servizi idrici inerenti le materie di tutela della concorrenza, tutela dell'ambiente, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e determinazione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane.

Questa ripartizione di competenze tra i diversi livelli di governo risulta essere una scelta del legislatore nazionale in virtù delle proprie competenze. La normativa europea stabilisce pochi principi in materia di servizi di interesse economico generale e in materia di servizi idrici, lasciando che gli Stati membri legiferino al fine di consentire la più efficiente erogazione di tali servizi<sup>11</sup>. L'art. 14, Tfu,

<sup>9</sup> Tale attribuzione dovrà avvenire entro il 31.12.2012 come stabilito dall'art. 13, co. 2, d.l. 29.12.2011, n. 216 (decreto mille proroghe). La Regione Veneto ha impugnato la norma che sopprimeva le autorità d'ambito lamentando la violazione della competenza regionale in materia di servizi pubblici locali; la Corte costituzionale, con la sentenza 13.4.2011, n. 128, ha affermato che la disciplina delle autorità d'ambito ricade nelle materie di competenza statale tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza, alla luce delle funzioni di razionalizzazione dell'uso delle risorse e di razionalizzazione del mercato svolti dalle autorità. Si v. considerato in diritto n. 2.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 141, co. 1, d.lgs 03.04.2006, n. 152: 141. Ambito di applicazione

1. Oggetto delle disposizioni contenute nella presente sezione è la disciplina della gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato per i profili che concernono la tutela dell'ambiente e della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni del servizio idrico integrato e delle relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane.

*omissis*

<sup>11</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, Libro bianco sui servizi di interesse generale, Com (2004) 374. Si v. ex multis D. GALLO, *I servizi di interesse economico*

l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali e il protocollo al Trattato di Lisbona n. 26, all'art. 1, sanciscono l'autonomia delle autorità nazionali, regionali e locali nell'organizzare tali servizi il più vicino possibile agli utenti, la necessità che la loro organizzazione tenga conto delle differenze tra i diversi servizi e tra i contesti nei quali i servizi vengono erogati e la garanzia di un elevato livello di qualità. Per quanto riguarda i servizi idrici, tale autonomia è stata ribadita dalla direttiva 2000/60/Ce in materia di acque<sup>12</sup>, che non specifica sulla natura economica del servizio<sup>13</sup>, ma fa riferimento al principio del recupero dei costi del servizio idrico, in base ad un'analisi economica<sup>14</sup>, qualora uno Stato

---

*generale. Stato, mercato, e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010; D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 1, 1 ss.; G. MARCOU, *Regolazione, servizi pubblici essenziali e diritti sociali nello spazio giuridico europeo*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli-Roma, 2010.

<sup>12</sup> Cfr. Direttiva 2000/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque. La direttiva rappresenta lo sforzo di superare il rapporto dicotomico tra sviluppo sostenibile e sviluppo economico, aprendo la strada verso l'affermazione di un concetto di sostenibilità multidimensionale, che comprende una dimensione ecologica (acqua intesa come risorsa naturale scarsa e vulnerabile, da trasmettere integra alle generazioni future); economica (acqua come risorsa economica da allocare secondo principi di efficienza); etica (acqua come bene essenziale del quale garantire l'accessibilità secondo criteri di giustizia sociale). Si v. P. URBANI, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, 2, 209 ss.; A. MASSARUTTO, G. MURARO, «*Il ruolo dell'analisi economica nella direttiva 2000/60*», in *Economia Pubblica – bimestrale di informazione a cura del CIRIEC*, fasc. 5- 6, 2006, Franco Angeli, Milano, p. 8 e ss.; F. LOPEZ. RAMO'N, *La planificación hidrológica en los Estados miembros de la Unión Europea tras la Directiva Marco del Agua*, in *Revista española de derecho administrativo*, julio- septiembre 2010, 147 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Direttiva 2000/60/Ce, considerando n. 15, seppur privo di valore cogente, afferma che:

La fornitura idrica è un servizio d'interesse generale, come indicato nella comunicazione della Commissione «*I servizi di interesse generale in Europa*», GU C 281 del 26.9.1996, pag. 3.

<sup>14</sup> Direttiva 2000/60/Ce, considerando n. 38:

membro optasse per un'organizzazione economica del servizio. La direttiva, definendo il servizio idrico come servizio di interesse generale, non specificandone la natura economica, lascia massima discrezionalità agli Stati membri nell'organizzazione del servizio, con-

---

*“Può risultare opportuno che gli Stati membri ricorrono a strumenti economici nell'ambito di un programma di misure. Il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi quelli ambientali e delle risorse, in relazione ai danni o alle ripercussioni negative per l'ambiente acquatico, dovrebbe essere preso in considerazione, in particolare, in base al principio «chi inquina paga». A tal fine, sarà necessaria un'analisi economica dei servizi idrici, basata sulle previsioni a lungo termine della domanda e dell'offerta nel distretto idrografico”.*

Dir. 2000/60/Ce, art. 9, Recupero dei costi relativi ai servizi idrici

1. Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga».

Gli Stati membri provvedono entro il 2010:

a che le politiche dei prezzi dell'acqua incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali della presente direttiva;

a un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici a carico dei vari settori di impiego dell'acqua, suddivisi almeno in industria, famiglie e agricoltura, sulla base dell'analisi economica effettuata secondo l'allegato III e tenendo conto del principio «chi inquina paga».

Al riguardo, gli Stati membri possono tener conto delle ripercussioni sociali, ambientali ed economiche del recupero, nonché delle condizioni geografiche e climatiche della regione o delle regioni in questione.

2. Nei piani di gestione dei bacini idrografici, gli Stati membri riferiscono circa i passi previsti per attuare il paragrafo 1 che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi ambientali della presente direttiva, nonché circa il contributo dei vari settori di impiego dell'acqua al recupero dei costi dei servizi idrici.

3. Il presente articolo non osta al finanziamento di particolari misure di prevenzione o di risanamento volte al conseguimento degli obiettivi della presente direttiva.

4. Gli Stati membri non violano la presente direttiva qualora decidano, secondo prassi consolidate, di non applicare le disposizioni di cui al paragrafo 1, secondo periodo, e le pertinenti disposizioni del paragrafo 2 per una determinata attività di impiego delle acque, ove ciò non comprometta i fini ed il raggiungimento degli obiettivi della presente direttiva. Gli Stati membri riferiscono sui motivi della applicazione incompleta del paragrafo 1, secondo periodo, nei piani di gestione dei bacini idrografici.

sentendo anche la possibilità che gli stessi possano farsi carico degli oneri di servizio. Nel caso in cui uno Stato membro opti per un'organizzazione economica del servizio, ne deriverà la vigenza delle norme comunitarie in materia di concorrenza.

Il legislatore nazionale ha voluto così rendere la gestione del servizio a carattere imprenditoriale, delimitando le competenze regionali, che possono intervenire, nei limiti assegnati dal legislatore statale, solamente per l'introduzione di misure volte a garantire una maggiore concorrenza o una maggiore tutela ambientale<sup>15</sup>. Il riparto di competenze delineato dal d.lgs. 3.4.2006, n. 152 prevede che le Regioni esercitino le funzioni e i compiti loro spettanti nell'ambito delle competenze costituzionalmente determinate, con particolare riferimento al governo del territorio<sup>16</sup>. Gli enti locali, attraverso le AATO, svolgono le funzioni di organizzazione del Sii, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe e di affidamento della ge-

---

<sup>15</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza 20.11.2009, n. 307, ha stabilito la legittimità di norme regionali volte ad aumentare la tutela della concorrenza anche oltre i livelli fissati dalla disciplina statale, nel caso di specie fissando un obbligo di affidare il servizio idrico integrato tramite gara. Sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni all'art. 117 Cost., con particolare riferimento alla tutela della concorrenza, si v. A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in Quad. cost., 2003, 1, 15 ss.; L. VIOLINI, *La “concorrenza” tra Stato e regioni nella disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali*, in Non profit, 2007, 4, 873 ss.

<sup>16</sup> Cfr. Art. 142, d.lgs 3.4.2006, n. 152:

142. Competenze

1. Nel quadro delle competenze definite dalle norme costituzionali, e fatte salve le competenze dell'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare esercita le funzioni e i compiti spettanti allo Stato nelle materie disciplinate dalla presente sezione.

2. Le regioni esercitano le funzioni e i compiti ad esse spettanti nel quadro delle competenze costituzionalmente determinate e nel rispetto delle attribuzioni statali di cui al comma 1, ed in particolare provvedono a disciplinare il governo del rispettivo territorio.

3. Gli enti locali, attraverso l'Autorità d'ambito di cui all'art. 148, co. 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, secondo le disposizioni della parte terza del presente decreto.

stione e del relativo controllo. Le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici sono state assegnate dall'art. 21, co. 19, d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito con modificazioni, nella l. 22.12.2011, n. 214, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas<sup>17</sup> (d'ora in avanti AeeG), in seguito alla soppressione dell'Autorità per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua<sup>18</sup> istituita dal d.l. 13.05.2011, n. 70<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Il d.P.C.M. 20.07. 2012 (pubblicato in gazzetta ufficiale il 3.10.2012) ha indicato le rispettive funzioni dell'AEEG e del Ministero dell'Ambiente;

Il Ministero continua ad esercitare le funzioni in materia di servizi idrici non trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e in particolare:

a) adotta gli indirizzi per assicurare il coordinamento ad ogni livello di pianificazione delle funzioni inerenti gli usi delle risorse idriche,

b) adotta gli indirizzi e fissa gli standard di qualità della risorsa ai sensi della Parte III del d.lgs 3.4.2006 n. 152 e delle Direttive Comunitarie;

c) definisce criteri per favorire il risparmio idrico, l'efficienza nell'uso della risorsa idrica e per il riutilizzo delle acque reflue;

d) definisce i criteri per la definizione del costo ambientale e del costo della risorsa per i vari settori d'impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori d'impiego e ai costi conseguenti a carico della collettività in attuazione del principio del recupero integrale del costo del servizio e del principio «*chi inquina paga*»;

e) definisce i criteri per la determinazione della copertura dei costi relativi ai servizi idrici, diversi dal servizio idrico integrato e da ciascuno dei singoli servizi che lo compongono nonché dai servizi di captazione e adduzione a usi multipli e dai servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per i vari settori d'impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori d'impiego e ai costi conseguenti a carico della collettività;

f) definisce gli obiettivi generali di qualità del servizio idrico integrato, sentite le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori;

g) può definire indirizzi per realizzare, attraverso una modulazione differenziata della tariffa, una perequazione solidaristica tra ambiti diversamente forniti di risorse idriche.

<sup>18</sup> Cfr. d.l. 06.12.2011, n. 201, convertito con modificazioni con l. 22.12.2011, n. 214, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 300 del 27.12.2011 - suppl. ord. n. 276, art. 21, co. 19.

<sup>19</sup> Il d.l. 13.05.2011, n. 70, art. 10, co. 14, individuava come compiti di regolazione e controllo, tra gli altri, la definizione e la verifica del rispetto dei livelli minimi di servizio, la predisposizione delle convenzioni tipo,

L'Autorità nel 2012, e precisamente il 28 dicembre, con la deliberazione 585/2012/R/IDR ha approvato il primo metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe da applicare per il 2012 e 2013. L'autorità, come da procedimento interno, ha provveduto inoltre a diffondere i documenti di consultazione (DCO)<sup>20</sup> a tutti i soggetti interessati, ha provveduto alla raccolta di osservazioni scritte ed alle audizioni collettive e individuali.

L'attività dell'AeeG nel 2013 si è intensificata, prevedendo il *Bonus sociale idrico*<sup>21</sup> e la restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13

la definizione delle componenti di costo per la determinazione della tariffa, la predisposizione del metodo tariffario, l'approvazione delle tariffe predisposte dalle autorità, la verifica della corretta redazione dei piani d'ambito, l'emanazione di direttive per la trasparenza della contabilità delle gestioni. La AeeG ha considerato questi compiti di regolazione e controllo in materia di servizi idrici già trasferiti in base al d. l. n. 1/2011 come affermato nei considerando della deliberazione 1.3.2012, Avvio di procedimento per l'adozione di provvedimenti tariffari e l'avvio dell'attività di raccolta dati e informazioni in materia di servizi idrici, 74/2012/R/IDR. Il d. l. n. 201/2011 prevede che il Governo, con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, individui la totalità delle funzioni trasferite.

<sup>20</sup> I provvedimenti dell'Autorità vengono adottati secondo procedure disciplinate dai propri regolamenti interni; in particolare è prevista la diffusione di documenti di consultazione (DCO) a tutti i soggetti interessati, la raccolta di osservazioni scritte e eventuali audizioni collettive e individuali. Infatti, l'autorità, prima di formalizzare il primo metodo tariffario, da maggio a novembre, ha posto in consultazione tre documenti: il DCO n. 204/12 (22.05.2012), in cui ha presentato le prime considerazioni in tema di regolazione tariffaria del servizio idrico; il DCO n.290/2012 (12.07.2012), in cui ha sottoposto a consultazione una più dettagliata proposta di metodologia tariffaria provvisoria; il DCO n.348/12 (02.08.2012), in cui ha trattato il tema dei contenuti della bolletta del servizio idrico.

<sup>21</sup> Per un maggior approfondimento, si veda la delibera 85/2013/R/idr, del 28.02.2013: il documento illustra i presupposti dell'intervento regolatorio e gli orientamenti dell'Autorità con riferimento alle modalità applicative del meccanismo di compensazione della spesa per la fornitura del servizio idrico sostenuta dagli utenti domestici economicamente disagiati.

giugno 2011<sup>22</sup>. In futuro, da una attenta analisi delle delibere, si potrà verificare se l'attività di regolazione della stessa soddisferà gli obiettivi richiesti dalla normativa comunitaria.

### 3. Le modalità di affidamento dei servizi idrici prima e dopo il risultato referendario.

Le modalità di affidamento della gestione del Sii<sup>23</sup> previste inizialmente all'art. 150, d.lgs. 3.4.2006 n. 152 (T.U. ambiente), sono state riformate per effetto della disciplina generale sull'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>24</sup>, di cui all'art.

<sup>22</sup> Per un maggior approfondimento, si veda la delibera 273/2013/R/idr, del 25.06.2013: Con la presente deliberazione vengono determinati i criteri attraverso cui gli Enti d'Ambito dovranno individuare gli importi di remunerazione del capitale investito da restituire agli utenti in relazione al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 a seguito del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011.

<sup>23</sup> Si v. V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in V. PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2011, 107 ss.

<sup>24</sup> Per un inquadramento generale della disciplina dei servizi pubblici locali, si v. E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, in *D. disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, p. 629 e ss. Le disposizioni dell'art. 23-bis si applicavano a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sia sulle norme relative ai singoli settori con esse incompatibili di fonte statale o regionale – come è previsto al co. 1 dell'art. 23 bis – sia sulle norme dell'art. 113 del d.lgs. 18.08.2000 n. 267 – come è espressamente previsto dal co. 11 dell'art. 23 bis. Sotto questo profilo, la formulazione dell'art. 23 bis differisce da quella del art. 113 T.U.E.L., il quale, come noto, stabiliva che le norme concernenti le modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali rientravano nella potestà legislativa esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza di cui all'articolo 117, co. 2, lett. e), della Costituzione ed erano “*inderogabili*” ed “*integrative*” delle disposizioni di settore, che conservavano quindi la loro valenza.

Il primo comma dell'articolo 23-bis stabiliva invece espressamente che le disposizioni contenute nei commi successivi “*disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria, favorendo la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione dei servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla*

23-bis del d.l. 25.06.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 06.08.2008, n. 133, modificato successivamente dall'art. 15 del d.l. 25.09.2009, n. 135, convertito nella l. 20.11.2009, n. 166<sup>25</sup> .

Il legislatore, per garantire un'ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, aveva scelto di superare il principio di equiordinazione<sup>26</sup> nelle modalità di affidamento del servizio. Tale norma, infatti, aveva stabilito che l'affidamento del servizio potesse avvenire in via ordinaria, tramite lo svolgimento di procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, e in via eccezionale, qualora ricorressero necessità di carattere economico,

*universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettere e (concorrenza) ed m (tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale collaborazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.*

*Il co. 11 dello stesso articolo 23-bis stabilisce a sua volta che l'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL), di cui al d.lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni del medesimo articolo.*

<sup>25</sup> L'art. 15 del d.l. 25.9.2009, n. 135 menzionava espressamente l'istituto dell'*in house providing* come modalità derogatoria di affidamento, il cui ricorso doveva essere giustificato sulla base di “*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*”. Il quadro normativo veniva poi completato con il Regolamento attuativo dell'art. 23 bis, d.P.R. 07.09.2010, n. 168.

<sup>26</sup> Il co. 5, art. 113 del Tuel (d.lgs. 18.8.2000 n. 267) stabiliva, infatti, che il servizio potesse essere conferito: a società di capitali private, individuate mediante gare pubbliche; a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato fosse però scelto mediante l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica; a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (cd. affidamento *in house*).

sociale, ambientale e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, a società a capitale interamente pubblico che possedesse i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo<sup>27</sup> per la gestione *in house*<sup>28</sup>.

Tale impostazione, non solo era incentrata su un sistema di regolazione precostituito *ex ante*, ma non affrontava le criticità e le debolezze palesate dal sistema di regolazione vigente, in quanto privo delle necessarie competenze tecniche, della necessaria indipendenza e dei necessari poteri sanzionatori e di controllo<sup>29</sup>.

Il legislatore, dopo il risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno del 2011, ha modificato l'assetto normativo brevemente illustrato. Come è noto, il referendum ha conseguito il risultato di abrogare l'art. 23 *bis* del d.l. 25.6.2008, n. 112, come modificato dall'art. 15 del d.l. 25.9.2009, n. 135, e l'art. 154 del d.lgs 3.4.2006 n. 152 (T.U. ambiente) nella parte in cui faceva riferimento

<sup>27</sup> Secondo i noti principi stabiliti in ambito comunitario, a partire dalla sentenza 18.11.1999, C-107/98, Teckal: totalitaria partecipazione pubblica, controllo analogo e realizzazione della maggior parte dell'attività in favore degli enti soci.

<sup>28</sup> Manca nell'ordinamento comunitario una specifica disciplina dell'istituto dell'*in house providing*, l'espressione è stata utilizzata per la prima volta nel Libro Bianco del 1998 Comunicazione della commissione europea, 11.03.1998, COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 889 con commento di PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, definiva gli «appalti *in house*» come quelli aggiudicati «all'interno» di una stessa amministrazione o tra una amministrazione e una società da questa controllata, rispondente ad uno schema che la stessa Commissione europea, nella *Comunicazione interpretativa sulle concessioni* del 12.04.2000, in GUCE, 29.04.2000, ha assimilato ad una delegazione interorganica, in presenza della quale si ammette la deroga all'applicazione del metodo competitivo.

Su questa riforma dei servizi pubblici locali si v. F. MERUSI, *Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove autonomie*, 2009, n. 2-3, 307 ss.; D. AGUS, *I servizi pubblici locali e la fiducia nella concorrenza*, *Giorn. dir. amm.*, 2010, 7, 464 ss.

<sup>29</sup> Cfr. ANEA, *Il governo pubblico del servizio idrico integrato*. Le proposte delle Autorità di Ambito in tema di regolazione e controllo, Roma, Anea, 2010; Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*. Anno 2009, Roma, 2010, 59.

all'adeguatezza della remunerazione del capitale investito. Tutto ciò ha "resettato" l'intera disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica elaborata nel corso degli ultimi dieci anni.

In merito alle modalità di affidamento del Sii, in attesa di una nuova disciplina nazionale, risulta oggi applicabile in via diretta la normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali (in particolare l'art. 106 del TFUE<sup>30</sup>) minime in tema di gara ad evidenza pubblica e la giurisprudenza sviluppata nel tempo dalla Corte di Giustizia e dagli organi di giustizia amministrativa interni, come stabilito dalla Corte costituzionale nella pronuncia relativa all'ammissibilità del primo quesito referendario<sup>31</sup>.

In altre parole, nel caso di ricorso al mercato, è rimasto l'obbligo di affidare il servizio attraverso una procedura competitiva ad evidenza pubblica, anche nel caso in cui gli enti locali decidano di affidare il servizio ad una società mista e debbano selezionare il socio privato, attraverso la cosiddetta gara a doppio oggetto (riguardante sia la qualità di socio che la gestione del servizio)<sup>32</sup>, in cui la società

<sup>30</sup> Art. 106 (*ex art.* 86 del TCE)

1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

<sup>31</sup> Corte cost. 26.1.2011, n. 24, considerato in diritto § 4.2.2, e dir. 2004/17/Ce che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. La Corte cost. ha confermato quanto aveva già anticipato nella sentenza 17.11.2010, n. 325, considerato in diritto § 6 e 6.1.

<sup>32</sup> Il modello è stato ammesso dalla Corte di Giustizia U.E., a tal proposito si veda, Corte Giust. U.E., sez. III, 15.10.2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a., in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2211, si v. anche commen-

viene costituita per una specifica missione in base a una gara che ha ad oggetto la scelta del socio e l'affidamento della missione medesima. A seguito del referendum, invece, non si deve più attribuire ai soci privati una quota di partecipazione della società mista non inferiore al 40%, purché non si determini una partecipazione del socio privato meramente simbolica che non gli consentirebbe di esercitare un'effettiva influenza sull'organizzazione, sulla direzione e il controllo del servizio<sup>33</sup>. Nel caso di un affidamento diretto, invece, gli enti locali devono conformarsi ai principi europei relativi all' *in house providing*<sup>34</sup>.

Tutto ciò ha portato ad un ritorno del principio di equiordinazione tra affidamento *in house* (sussistendo i presupposti richiesti dalla giurisprudenza europea) e affidamento mediante gara pubblica.

In generale, è, quindi, possibile affermare che è restata del tutto immutata la libertà dell'ente pubblico di scegliere tra le diverse opzioni gestionali, cioè fra il ricorso o al privato (in forma singola o associata) o a moduli societari misti ovvero all'autoproduzione (tramite l'affidamento *in house*).

Un aspetto che ha generato l'interessamento di molti studiosi della materia è la possibilità o meno di poter provvedere all'affidamento *in house* tramite l'azienda speciale. Una parte della dottrina<sup>35</sup> considera

---

to di G.F. NICODEMO, *Società miste, il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in Urb. e app., 2010, 2, 156 ss. Va rilevato che la decisione della Corte di Giustizia è stata anticipata dal legislatore italiano che, con il d.l. 25.09.2009, n. 135 - convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166 - ha previsto per la prima volta il modello della cosiddetta gara a doppio oggetto.

Il modello della gara a doppio oggetto ha avuto anche l'avallo iniziale della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 16.03.2009, n. 1555, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 705, commentata da G. FRACCASTORO e F. COLAPINTO, *I servizi pubblici fra società mista e in house providing*; sez. V, 13.02.2009, n. 824, in *Giurisd. amm.*, 2009, I, 214; sez. II, 18.04.2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 12, 611).

<sup>33</sup> La Corte costituzionale, con sentenza 01.02.2006, n. 29, ha giudicato, con queste motivazioni, legittima una legge della Regione Abruzzo che fissava la quota minima del socio privato al 40%.

<sup>34</sup> Si v. nota n. 22.

<sup>35</sup> In tal senso si v. A. LUCARELLI, *la sentenza della corte costituzionale n. 199/2012 e la questione*

questa forma organizzativa dei servizi pubblici locali compatibile sia con i principi europei dell' *in house providing* che con l'attuale normativa nazionale del Sii, contrariamente ad un'altra parte della dottrina<sup>36</sup>, che la considera incompatibile. Occorre segnalare che la corte Costituzionale<sup>37</sup> ha dichiarato che l'obbligo della struttura societaria per gli affidamenti *in house* era stato introdotto dall'art. 35, l. 28.12.2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio

---

*dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, Federalismi.it, 2012; A. CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in www.giustamm.it.

In particolare si v. la delibera del Consiglio comunale di Napoli del 26.10.2011 relativa alla trasformazione di Arin Spa nell'azienda speciale Acqua Bene Comune Napoli. Il Cda di Arin ha approvato tale trasformazione nel consiglio straordinario del 31.07.2012, con effetti giuridici a decorrere dal gennaio 2013. Si v. A. LUCARELLI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in *Analisi giur. economia*, 2010, 1, in part. 135-139. Sull'azienda speciale in generale si v. G. MARCHIANO, *L'azienda speciale. Disciplina attuale e ulteriori prospettive di riforma*, in G. SANVITI (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995, 249 ss.; F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali: modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, 2009, 25-36.

<sup>36</sup> Si v. G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Il foro amm. - Tar*, 2012, 2, 666.

<sup>37</sup> Cfr. corte cost. 17.11.2010, n. 325, considerando in diritto n. 6.2:

omissis

“Innanzitutto, va rilevato che – secondo quanto esposto supra al punto 6.1. – già l'art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448, nel sostituire l'art. 113 TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» (secondo la definizione dell'epoca; poi definiti «di rilevanza economica» per effetto dell'art. 14 del d.l. 30.09.2003, n. 269, modificativo, appunto, dell'art. 113 TUEL) ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali, da parte dell'ente pubblico. Lo stesso art. 35, al comma 8, aveva altresì imposto alle aziende speciali esistenti di trasformarsi in società di capitali entro il 31 dicembre 2002. L'esclusione della gestione diretta non è dunque innovativamente disposta, ma solo mantenuta, dall'art. 23-bis del d.l. 25.06.2008, n. 112, con la conseguenza che il denunciato contrasto con la Carta non è ipotizzabile rispetto alle norme censurate, ma solo, eventualmente, rispetto ai suddetti non censurati artt. 35 della l.28.12.2001, n. 448 e 14 del d.l. 30.09.2003, n. 269.”  
omissis

annuale e pluriennale dello Stato, Finanziaria 2002), e che tuttora vige il vincolo della struttura societaria per gli affidamenti *in house*, che non sarebbe stato abrogato né implicitamente dall'art. 23 *bis*, poiché le due norme non erano incompatibili<sup>38</sup>, né dal referendum, la cui finalità, secondo il giudice delle leggi, risiedeva nella mera abrogazione dell'art. 23-*bis*<sup>39</sup>. Appare evidente la necessità di un nuovo intervento normativo che restituisca coerenza e chiarezza alla materia.

#### 4. Corte Costituzionale sentenza del 20.7.2012, n. 199 sui servizi pubblici locali a rilevanza economica.

La disciplina relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata modificata a distanza di pochi mesi, a causa dei risultati del referendum abrogativo, con la manovra aggiuntiva varata dal Governo con il d.l. 13.08.2011, n. 138, recante "*Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo*", convertita in l. 14.9.2011, n. 148, pubblicata in G.U. il 16.9.2011.

L'art. 4 della l. 14.9.2011, n. 148, rubricato "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea*", racchiudeva la disciplina generale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'articolo, sulla scia delle precedenti disposizioni, prescriveva all'ente affidante l'obbligo di procedere, in via preliminare e con cadenza periodica, alla verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando i diritti di esclusiva<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> D.l. 25.06.2008, n. 112, art. 23 *bis*, co. 3 e 11. L'art. 23 *bis* abrogava, infatti, solo le disposizioni «*incompatibili*» dell'art. 113 del Tuel, nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate con il citato art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448. Il limite della forma societaria imposto dall'art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448 non potrebbe essere, dunque, incompatibile, ma semmai integrativo, rispetto alla disciplina dell'art. 23-*bis*.

<sup>39</sup> Corte cost. 26.1.2011, n. 24, considerato in diritto § 5.2.

<sup>40</sup> Vedi art. 4, coo. 1, 2, 3, 4:

Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea

1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei

Riguardo le modalità di affidamento dei servizi in cui sopra, la norma riproduceva l'impianto precedente, dell'art. 23 *bis*, prevedendo in via ordinaria che il conferimento avvenisse tramite procedura ad evidenza pubblica in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituiti, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici<sup>41</sup>.

Tra le novità che qui interessano, in conformità della volontà referendaria, vi era

---

servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito «*servizi pubblici locali*», liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

2. All'esito della verifica (di cui al co. 1) l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, (le ragioni della decisione e i benefici per la) comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

3. Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla l. 10.10.1990, n. 287.

4. La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

<sup>41</sup> Vedi co. 8, art. 4 l. 14.09.2011, n. 148:

8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

l'esclusione del Sii<sup>42</sup> dall'ambito di applicazione di questa disciplina generale dettata dalla norma, fatta eccezione per le norme in tema di incompatibilità<sup>43</sup>. Per quel che qui interessa, preme ricordare che, fatta eccezione per il Sii, la norma comportava un restringimento delle ipotesi in cui era consentito l'affidamento *in house*<sup>44</sup> rispetto alla disciplina europea, post referendaria.

Successivamente il legislatore ha modificato ulteriormente l'art. 4 in questione, emanando nuove norme tese a limitare ulteriormente la possibilità di ricorrere al modello di gestione *in house*, comprimendo ulteriormente anche la sfera di autonomia regionale. Il legislatore è intervenuto prima, con l'art. 9 della l. 12.11.2011, n. 183 "*Legge di Stabilità 2012*", specificando alcuni contenuti dell'art. 4 del d.l. 13.8.2011, n. 138, a distanza di un mese con l'art. 25 del d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito, con modificazioni, nella l.

<sup>42</sup> Il legislatore precedentemente con l'art. 23 bis aveva trattato i servizi pubblici locali di rilevanza economica, senza distinguere il Sii, generando l'abrogazione delle norme di settore che regolavano le modalità di affidamento del Sii e eliminando la possibilità di concessione del servizio ad una società partecipata direttamente e totalmente dagli enti locali come modalità di gestione ordinaria; L'art. 23 bis, comma 1, dichiarava abrogate le norme di settore incompatibili e l'art. 12 del d.P.R. 7.9.2010, n. 168, individuava come abrogato parte del d.lgs. 3.4.2006, n. 152.

<sup>43</sup> Vedi co. 34, art. 4 l. 14.09.2011, n. 148:

34. Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto (dai commi da 19 a 27), il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al d.lgs. 23.5.2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla l. 23.8.2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al d.lgs. 19.11.1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2.4.1968, n. 475. (E' escluso dall'applicazione dei coo. 19, 21 e 27 del presente articolo quanto disposto dall'art. 2, co. 42, del d.l. 29.12.2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla l. 26.2.2011, n. 10).

<sup>44</sup> Vedi co. 13, art. 4 l. 14.09.2011, n. 148:

13. In deroga a quanto previsto dai coo. 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta «*in house*».

24.03.2012, n. 27<sup>45</sup>, e successivamente con l'art. 53 del d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7.08.2012, n. 134, a cui si rinvia ad altra sede che affronti le problematiche riguardanti la categoria più ampia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e all'ampia dottrina che se ne è interessata<sup>46</sup>, pur ritenendo che le norme in questione abbiano qualche riferimento anche al Sii.

La Corte Costituzionale con sentenza del 20.07.2012, n. 199 ha cancellato definitivamente l'art. 4 d.l. 13.8.2011, n. 138 e successive modificazioni e integrazioni, ritenendo tale disposizione in contrasto con la volontà popolare espressa in occasione della consultazione referendaria del mese di giugno 2011. In altri termini, la Consulta ha bocciato l'intervento legislativo che ha inteso ripristinare nell'ordinamento la normativa abrogata dal corpo elettorale.

La Corte ha motivato l'incostituzionalità del relativo disposto con il fatto che esso detta una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la quale "*non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23 bis contenuto nel d.P.R.*

<sup>45</sup> Le modifiche sopravvenute con l'art. 25 d.l. 24.01.2012, n. 1 avevano limitato ulteriormente le ipotesi di affidamento dei servizi pubblici locali, per esempio riducendo a 200.000 euro la soglia entro cui potere effettuare gli affidamenti diretti o rendendo obbligatorio il dell'AGCM e comprimendo ancor di più le sfere di competenza regionale in materia di SPL di rilevanza economica.

<sup>46</sup> Cfr. A. SANTUARI, *Profili giuridici e assetti istituzionali della gestione del servizio idrico integrato*, www.giustamm.it, 2013; G. GUZZO, *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità*, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it, 2011; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, delegazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, 2009;

7.9.2010, n. 168”<sup>47</sup>.

Nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del Sii, risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23 *bis* del d.l. 25.6.2008, n. 112 e l'identità della *ratio* ispiratrice”. Pertanto, secondo i giudici costituzionali, l'articolo 4 del d.l. 13.08.2011, n. 138 viola il divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria, di cui all'articolo 75 della Costituzione.

In un momento storico in cui, anche attraverso la c.d. “*spending review*”, l'ordinamento giuridico ha previsto nuove restrizioni in capo alle società/aziende pubbliche gestiscono servizi a favore della comunità, la pronuncia in esame, al contrario, afferma che gli enti locali non sono più obbligati ad “*aprire al mercato*” le proprie partecipate. Pre-me evidenziare che l'art. 4, d.l. 13.8.2011, n. 138, e successive modifiche ed integrazioni,

<sup>47</sup> cfr. Corte cost. 20.07.2012, n. 199, considerato in diritto p. 5.2.1., che continuando afferma “*Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (co. 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23 bis (co. 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la àncora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23 bis – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sentenza 17.11.2010, n. 325), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.”*”

stabiliva un iter che avrebbe dovuto traghettare la gestione dei servizi pubblici locali dal radicato regime di monopolio alla concorrenza nel mercato, mediante un processo di liberalizzazione caratterizzato da un cronoprogramma stringente, nel quale gli Enti locali, sulla base di un'analisi di mercato e mediante l'adozione di un'apposita delibera quadro, avrebbero dovuto liberalizzare le attività economiche, oppure, in alternativa, procedere all'attribuzione di diritti di gestione in esclusiva secondo i coo. 1 e 8 dell'art. 4 d.l. 13.8.2011, n. 138, come modificato.

Al contrario, la sentenza 20.7.2012, n. 199 ribadisce la piena legittimità dell'ipotesi di gestione diretta del servizio pubblico da parte degli enti locali in conformità alla disciplina comunitaria e dei criteri stabiliti dalla Corte Europea di Giustizia.

### 5. Competenza e natura giuridica del Sii, dalla sentenza della Corte Costituzionale 17.11.2010, n. 325 alla sentenza 21.03.2012, n. 62.

Per approfondire la disciplina della gestione e dell'affidamento del Sii si deve passare necessariamente attraverso un'analisi, prima della natura giuridica e successivamente del riparto delle competenze, argomenti che sono stati oggetto, non solo di un vivissimo dibattito in dottrina<sup>48</sup> ma anche di importanti pronunce della Corte Costituzionale.

Riguardo la natura giuridica, secondo la Corte costituzionale<sup>49</sup> la nozione comunitaria

<sup>48</sup> Per un'analisi più approfondita di questi aspetti, tra i numerosi contributi in argomento cfr., ad esempio, L. CUOCOLO, *La corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, Giornale di diritto amministrativo, 5/2011, p. 484; D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in Dir. amm., 2010, 1 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in Dir. amm., 2010, 313 ss.; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. CHITI, G. GRECO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte speciale*, IV, Milano, 2007, 1791 ss. Con particolare riferimento al “servizio universale”, sul quale in questa sede non è possibile soffermarsi, cfr. G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, 101 ss.

<sup>49</sup> Vedi da ultimo Corte cost., 24.7.2009, n. 246; 23.4.2010, n. 142; 04.02.2010, n. 29; 17.11.2010, n. 325 e 21.3.2012, n. 62.

di Sieg corrisponde, ove limitata all'ambito locale, a quella interna di Spl di rilevanza economica. La corte sostiene che entrambe le nozioni sarebbero riferite a servizi resi mediante un'attività economica intesa in senso ampio, in quanto forniscono prestazioni necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini e che devono essere - di regola - affidati a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica.

Tutto ciò è stato confermato dalla Corte nella sentenza del 26.1.2011, n. 26, sull'ammissibilità del secondo quesito del referendum, che ha comportato l'obliterazione della remunerazione del capitale investito dalle componenti della tariffa del servizio idrico. La Corte, da un lato ha ritenuto che l'eliminazione del riferimento al criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito», perseguisse chiaramente la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua, ma contemporaneamente ha riaffermato che la qualificazione del Sii come servizio di rilevanza economica dipenda dall'obbligo della copertura dei costi tramite la tariffa<sup>50</sup>.

Ultimamente la Corte Costituzionale con

<sup>50</sup> Corte cost. 26.01.2011, n. 26, considerato in diritto n. 5.2:

Il quesito, benché formulato con la cosiddetta tecnica del ritaglio, presenta, d'altro canto, i necessari caratteri della chiarezza, coerenza ed omogeneità. Infatti, attraverso l'abrogazione parziale del comma 1 dell'art. 154, e, in particolare, mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito», si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua. Dunque il quesito incorpora l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo, cioè la puntuale ratio che lo ispira (sentenza n. 29 del 1987), in quanto dall'inciso proposto per l'abrogazione è dato trarre con evidenza «una matrice razionalmente unitaria» (sentenze n. 25 del 1981 e n. 16 del 1978).

Non si può condividere, al riguardo, l'ulteriore rilievo circa la presunta inidoneità del quesito a perseguire il fine di eliminare la remunerazione del capitale investito, non potendosi non tenere conto anche di quest'ultimo nella determinazione della tariffa di un servizio qualificato di rilevanza economica. Invero, il quesito in questione risulta idoneo al fine perseguito, perché, come sopra si è notato, coesistente alla nozione di «rilevanza» economica del servizio è la copertura dei costi (sentenza 17.11.2010, n. 325), non già la remunerazione del capitale.

la sentenza 21.3.2012, n. 62 è tornata a giudicare sulla disciplina del Sii, in particolare, per quel che interessa l'argomento di questo lavoro, sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di organizzazione e affidamento del servizio. La Corte, riaffermando la natura giuridica di Spl di rilevanza economica del Sii, ribadisce le tesi già precedentemente sostenute<sup>51</sup> circa la competenza statale in materia di organizzazione del Sii, rientrando fra le competenze statali esclusive in materia di tutela della concorrenza e di tutela dell'ambiente<sup>52</sup>, sulla quale i referendum non hanno prodotto effetti. La Corte precisa che alle Regioni spetta il compito di individuare quali enti o organi succedano alle soppresse autorità d'ambito territoriale ottimale<sup>53</sup>, ma non quello di scegliere la modalità di gestione

<sup>51</sup> La Corte Costituzionale dopo aver escluso che detti servizi possano essere ricondotti nell'ambito delle funzioni fondamentali degli enti pubblici, con la sentenza 20.11.2009, n. 307 e 27.07.2004, n. 272, ha confermato, con la sentenza del 17.11.2010, n. 325, che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali va ricondotta "all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, "tutela della concorrenza", prevista dall'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato".

Sempre nella sentenza 17.11.2010, n. 325, ormai divenuta la pietra miliare dei rapporti tra i diversi enti in materia di regolazione dei servizi pubblici locali in genere e del Sii in specie, che, significativamente, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la previsione regionale (art. 1, co. 1 della l. reg. Campania n. 2 del 2010), che prevedeva la competenza regionale a disciplinare il Sii come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio e il termine di decadenza degli affidamenti in essere; e, analogamente, ha ritenuto incostituzionale l'art. 4, commi 1, 4, 5, 6 e 14, della legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39, che attribuisce alla Giunta regionale e all'AATO una serie di competenze amministrative spettanti al COVIRI (successivamente CONVIRI) e che fa rinvio per l'affidamento del Sii a disposizioni dell'articolo 113, TUELL incompatibili con l'attuale 23-bis, d.l. 25.06.2008, n. 112.

<sup>52</sup> Cfr. art. 117 Cost., co. 2, lett. e) e s)

<sup>53</sup> Secondo l'art. 1, co. 1 *quinquies*, l. 25.03.2010, n. 42, che ha abolito le autorità d'ambito ed ha affidato alle Regioni il compito di individuare enti o organi a cui assegnare le funzioni già esercitate dalle stesse, ferma restando la competenza legislativa esclusiva statale ad individuare tali funzioni e a disciplinarne l'esercizio.

e di affidare il servizio. Infatti, la stessa ribadisce che l'esito referendario ha recato solamente una espansione dell'autonomia degli enti locali nella scelta della modalità di gestione del servizio e che la soppressione delle AATO non abbia comportato il trasferimento delle loro funzioni alle Regioni. La Corte, nello specifico, nega che la Regione Puglia possa affidare *ex lege* il servizio idrico ad un'azienda pubblica regionale, e che possa stabilire la successione di questa nei rapporti e nel patrimonio di Acquedotto Pugliese Spa, società costituita con decreto legislativo cui è stata affidata la gestione del Sii.

La decisione trae origine da due ricorsi (nn. 81 e 83 del 2011), successivamente riuniti<sup>54</sup>, proposti dal Presidente del Consiglio dei ministri, con i quali venivano sollevate questioni principali di legittimità costituzionale rispettivamente dell'art. 5, co. 6, lett. g)<sup>55</sup>, e dell'art. 11, co. 1<sup>56</sup>, della l. reg. Puglia 30.05.2011, n. 9 (Istituzione dell'Autorità idrica pugliese), nonché dell'art. 2, co. 1<sup>57</sup>,

<sup>54</sup> La corte, considerata la riferibilità delle questioni all'unico tema del Sii e identità delle parti, ha riunito i ricorsi, rinviando la questione relativa al trasferimento del personale in virtù dell'art. 11, co. 1 della l. reg. Puglia 30.05.2011, n. 9.

<sup>55</sup> Il co. 6, lettera g), dell'art. 5 stabiliva che il Direttore generale dell'«Autorità idrica pugliese» (autorità istituita dall'art. 1 della stessa legge regionale «per il governo pubblico dell'acqua» e dotata di personalità giuridica di diritto pubblico) «predispone lo schema di convenzione diretto a regolare i rapporti tra l'Autorità e il gestore del servizio idrico integrato, da sottoporre all'approvazione del Consiglio direttivo».

<sup>56</sup> Il co. 1 dell'art. 11 stabiliva che: «Il personale assunto a tempo indeterminato alla data del 1° gennaio 2010 presso ATO Puglia è trasferito all'Autorità idrica pugliese, che provvede all'inquadramento nello stesso profilo professionale e relative attribuzioni economiche».

<sup>57</sup> Il co. 1 dell'art. 2 stabilisce che «Il servizio idrico integrato della Puglia è affidato a un'azienda pubblica regionale che realizza la parte prevalente della propria attività con l'ente pubblico che la controlla, anche per beneficiare delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento del servizio e con l'obbligo del reinvestimento nel servizio di almeno l'80 per cento degli avanzi netti di gestione. Ai fini della presente legge, per avanzo netto di gestione si intende il risultato economico di esercizio del soggetto di cui all'articolo 5 [cioè l'Azienda pubblica regionale denominata «Acquedotto pugliese (AQP)», istituita da tale articolo] al

dell'art. 5<sup>58</sup> e dell'art. 9, co. 1<sup>59</sup>, della l. reg. Puglia 20.06.2011, n. 11 (Gestione del Sii. Costituzione dell'Azienda pubblica regionale «Acquedotto pugliese – AQP»).

La corte ha affermato che la disposizione impugnata può essere interpretata solamente nel senso che la Regione provvede all'affidamento diretto della gestione dei Sii all'azienda pubblica costituita, inibendo all'AATO di procedere ad una scelta, previa valutazione comparativa delle modalità di gestione e degli affidatari.

La Corte ribadisce in merito che, nonostante la soppressione delle autorità d'ambito, alle Regioni spetta solamente il compito di individuare enti o organi a cui assegnare i compiti precedentemente svolti dalle stesse autorità e che un'eventuale affidamento diretto *ex lege* del servizio sia da considerarsi in contrasto con le materie di competenza statale tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente.

Le funzioni delle autorità d'ambito di cui ai coo. primo e secondo dell'art. 150, del d.lgs 03.04.2006, n. 152, non sono venute meno con la soppressione delle autorità bensì sono state assegnate ad altri enti, individuati dalle Regioni. La legge regionale si deve limitare ad individuare l'ente o il soggetto che eserciti le funzioni prima spettanti all'autorità d'ambito e, quindi, anche la funzione di scelta del modello gestionale e del soggetto affidatario del servizio.

La Corte, nella sent. 21.03.2012, n. 62, ha ribadito quanto affermato precedentemente,

*netto degli ammortamenti, accantonamenti, interessi, imposte e tasse».*

<sup>58</sup> L'art. 5 istituisce l'Azienda pubblica regionale «Acquedotto pugliese (AQP)», stabilisce il subentro di tale azienda nel patrimonio e nei rapporti della s.p.a. Acquedotto pugliese, a suo tempo costituita, quale successore nei rapporti del disciolto «Ente autonomo per l'acquedotto pugliese», con d.lgs. 11.5.1999, n. 141 (Trasformazione dell'Ente autonomo acquedotto pugliese in società per azioni, a norma dell'articolo 11, co. 1, lett. b, della l. 15.3.1997, n. 59).

<sup>59</sup> Il co. 1 dell'art. 9, stabilisce che «Il personale in servizio presso l'Acquedotto pugliese S.p.A. alla data di costituzione dell'AQP transita nell'organico dell'AQP alla data della costituzione della medesima, conservando tutti i diritti giuridici ed economici acquisiti, senza ulteriori e maggiori oneri. Nell'attuazione di tale progetto sono assicurate le relazioni sindacali».

in particolare ha chiarito che non sono state soppresse le funzioni proprie delle AATO<sup>60</sup>,

<sup>60</sup> Cfr. considerando in diritto 3.2:

3.2. – Nel merito, occorre sottolineare che la disciplina dell'affidamento della gestione del Sii attiene, come più volte affermato da questa Corte, alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (ex plurimis, sentenze n. 187 del 2011; n. 128 del 2011; n. 17.11.2010, n. 325 del 2010; n. 142 del 2010; n. 307 del 2009; n. 246 del 2009). Nella specie, anche dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (con effetto dal 21 luglio 2011, ad opera dell'art. 1, commi 1 e 2, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, recante «*Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale 17.11.2010, n. 325, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*»), resta vigente il disposto del terzo periodo del co. 186 bis dell'art. 2 della l. n. 191 del 2009 (inserito dall'art. 1, co. 1 *quinquies*, del d.l. 25.1.2010, n. 2, convertito con modificazioni, dalla l. 26.3.2010, n. 42), in forza del quale alla legge regionale spetta soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle soppresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), «*nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*», e non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni affidando la gestione ad un soggetto determinato. Da ciò deriva, in particolare, che, in base alla normativa statale, la legge regionale deve limitarsi ad individuare l'ente od il soggetto che eserciti le competenze già spettanti all'AATO e, quindi, anche la competenza di deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato e di aggiudicare la gestione di detto servizio. Queste funzioni, infatti, erano attribuite all'AATO dai commi 1 e 2 dell'art. 150 del d.lgs. 03.04.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), i quali aggiungevano, rispettivamente, che la forma di gestione era deliberata «*fra quelle di cui all'articolo 113, co. 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267*», recante «*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*» (co. 1) e che l'aggiudicazione avveniva «*mediante gara [...] in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, co. 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 [...]*» (co. 2). Va precisato che la disciplina di cui ai richiamati commi 5 e 7 dell'art. 113 è stata delegata ed abrogata dal combinato disposto dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (in quanto «*incompatibili*» con tale art. 23 bis) e dell'art. 12, co. 1, lettera a), del d.P.R. 07.09.2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23 bis, co. 10, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133) e che, prima ancora, questa Corte, con sentenza n. 272 del 2004, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo e del terzo periodo del co. 7. Tuttavia tale abrogazione e l'indicata

cioè di deliberare le forme di gestione del Sii e di aggiudicare tale gestione, nel rispetto delle residuali norme nazionali di settore<sup>61</sup> e dei principi e delle disposizioni vigenti nel diritto dell'Unione Europea.

Tuttavia, pur essendovi, in sede di affidamento del Sii, una sostanziale equiparazione delle possibilità di ricorrere sia a moduli organizzativi basati sull'espletamento di procedure ad evidenza pubblica - affidamento a società di capitali ed a società miste - che al modello gestionale *in house providing*, la decisione da parte dell'ente locale va accompagnata da un'adeguata ed approfondita motivazione in ordine al rigoroso rispetto dei parametri comunitari<sup>62</sup>.

dichiarazione di illegittimità costituzionale hanno fatto venir meno soltanto il vincolo che i due commi abrogati imponevano alle AATO (e, pertanto, anche ai successori di queste, individuati con legge regionale) di adottare esclusivamente alcune specifiche forme di gestione e di rispettare particolari criteri e, perciò, non hanno soppeso la funzione propria delle AATO medesime di deliberare le forme di gestione del Sii e di aggiudicare tale gestione, nel rispetto dei principi e delle disposizioni vigenti nel diritto dell'Unione europea. In proposito, è appena il caso di sottolineare che i più volte menzionati co. 5 e 7 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 non hanno ripreso vigore a seguito della dichiarazione dell'avvenuta abrogazione dell'intero art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 per effetto dell'esito del referendum indetto con d.P.R. 23.3.2011. Come questa Corte ha più volte affermato, infatti, dall'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del decreto-legge n. 112 del 2008, non consegue la reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (sentenze n. 320 e n. 24 del 2011; sull'esclusione, di regola, dell'effetto retroattivo dell'abrogazione referendaria, ordinanza n. 48 del 2012).

<sup>61</sup> Costituite dalle parti rimaste in vigore del TUEL e degli artt. 147-158 del d.lgs. 3.4.2006, n.152 (Codice dell'Ambiente)

<sup>62</sup> Cfr. A. AZZARITI, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011*, in Istituzioni del federalismo, n. 3/2011, 551. Sulla gestione diretta dei servizi pubblici si veda anche Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, in Urb. App., n. 10/2009, 1176, punti 44-45-47, ove si rileva che: «*La Corte ha ricordato che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche*»; «*il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica*

Al riguardo, deve ricordarsi che l'Antitrust ha rilevato come i risultati referendari non possano essere visti come «una legittimazione del potere politico locale a occupare definitivamente con le aziende municipalizzate tutte le aree economiche: i principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa non sono stati messi in discussione. A quelle regole si devono attenere le aziende pubbliche. In caso di inefficienze e sprechi la via obbligata resta il ricorso al mercato e vigono ancora le norme del Trattato europeo sulle gare per la scelta del miglior affidatario»<sup>63</sup>. Le scelte in materia di affidamento del Sii, dunque, non possono mai prescindere dai principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa e l'affidamento diretto non dovrebbe essere causa di inefficienze.

La Corte ha ribadito due principi fondamentali, più precisamente, il primo inerisce al potere di scelta del modello di gestione del Sii che non può essere stabilito con legge regionale perchè in violazione di prerogative esclusive dello Stato, in quanto rientranti nella tutela della concorrenza e dell'ambiente, il secondo è il potere di scelta in ordine alle modalità di affidamento del Sii, che rimane di tipo amministrativo ed affidato alle nuove AATO.

In altri termini, la Consulta ritiene che non siano possibili, da parte del legislatore regionale, forme di "pubblicizzazione" della gestione del Sii attraverso forme di affidamento *ope legis* della gestione ad aziende pubbliche. Né il legislatore costituzionale, né quello comunitario vincolano, infatti, ad una gestione pubblica del Sii, lasciando pertanto gli enti liberi di scegliere tra le diverse opzioni gestionali.

## 6. Cenni sul ruolo della tariffa e del sistema di regolazione nel Sii.

Il sistema tariffario costituisce una delle principali problematiche connesse al Sii ed al sistema di regolazione, come servizio di rilevanza economica, che deve assolvere a mol-

teplici funzioni tra cui la protezione dei diritti fondamentali, che si connettono e dipendono da una regolare fruizione del servizio, la tutela della risorsa sotto l'aspetto ambientale e la salvaguardia delle generazioni future.

Il sistema tariffario è quindi il punto nevralgico del Sii, ed ha, come si evince dal Codice dell'Ambiente, tre scopi, che riflettono i principi fondamentali della disciplina dei servizi idrici, in particolare, la gestione sostenibile della risorsa (con il richiamo ai diritti delle generazioni future ed al criterio di solidarietà intergenerazionale)<sup>64</sup>, il risparmio idrico (riduzione dei consumi e razionalizzazioni degli usi)<sup>65</sup> e la priorità del consumo umano sugli altri usi<sup>66</sup>. Le divergenti esigenze da considerare sono: la sempre crescente domanda di un bene fondamentale, le esigenze economiche, che richiedono sempre più una gestione efficace ed efficiente e quelle ambientali, orientate alla tutela della qualità e al risparmio della risorsa.

Per queste contrapposte esigenze il sistema tariffario è strutturato su tre istituti, e precisamente il *price cap*<sup>67</sup>, idoneo alla cura delle

<sup>64</sup> Cfr. d.lgs. 3.4.2006, n. 152, art. 144, co. 2: «Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale».

<sup>65</sup> Cfr. d.lgs. 3.4.2006, n. 152, art. 144, co. 3: «La disciplina degli usi delle acque è finalizzata alla loro razionalizzazione, allo scopo di evitare gli sprechi e di favorire il rinnovo delle risorse, di non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici».

<sup>66</sup> Cfr. d.lgs. 3.4.2006, n. 152, art. 144, co. 4: «Gli usi diversi dal consumo umano sono consentiti nei limiti nei quali le risorse idriche siano sufficienti e a condizione che non ne pregiudichino la qualità».

<sup>67</sup> un meccanismo in base al quale il prezzo del bene finale è soggetto ad un tetto che consente di effettuare un adeguamento tariffario sottraendo al tasso d'inflazione l'incremento minimo di produttività dell'impresa. L'ente regolatore impone, quindi, al gestore che l'indice dei prezzi prescelto aumenti non più del tasso di crescita dei prezzi al dettaglio (*Retail price index*) al netto di una certa percentuale annua che tenga conto dei guadagni futuri di efficienza dell'impresa (X): per questo il metodo prende il nome di *RPI-X regulation*. Mediante tale metodo di aggiornamento tariffario, l'autorità pubblica determina il prezzo massimo applicabile dal gestore quale corrispettivo per la forn-

per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico».

<sup>63</sup> Agcm, Relazione annuale 2011, Presentazione del Pres. A. CATRICALÀ, 12.

esigenze sociali ma anche economiche ed ambientali, visto che tiene conto dell'efficienza e degli investimenti programmati, la tariffa a blocchi crescenti, predisposta con la finalità di ridurre i consumi e quindi anche alla tutela dell'ambiente e per ultimo i sussidi incrociati. Prima del referendum il nostro sistema tariffario comprendeva anche il modello del *rate of return*<sup>68</sup>, ossia una forma di regolazione che prevedeva un limite al saggio di rendimento sul capitale investito dalle imprese, ed il *revenue cap*<sup>69</sup>, ossia un modello che determinava un tetto massimo al profitto.

Questi modelli tariffari necessitano quindi di un regolatore forte. L'azione del regolatore deve essere diretta a temperare le distorsioni che si possono generare con qualsiasi metodo tariffario, per esempio evitare che investimenti non necessari o non opportuni possano essere favoriti dalla certezza di riceverne una cospicua remunerazione, oppure verificando che le stime della domanda siano il più coerenti possibile con la reale fornitura, in quanto il *revenue cap* presuppone una esatta determinazione del livello della domanda. In caso di errore nella stima iniziale della domanda e dei costi del servizio si possono determinare mancati ricavi che potrebbero determinare una riduzione degli investimenti o un aumen-

---

tura del servizio, operando un bilanciamento tra l'interesse degli utenti a pagare una tariffa contenuta e le esigenze dei fornitori di conseguire un profitto adeguato all'attività industriale posta in essere.

La politica tariffaria si sostanzierebbe, in questo modo, in una contrattazione dei margini di incremento delle tariffe a fronte di impegni da parte delle aziende in termini di investimenti da realizzare e qualità dei servizi da offrire, per cui dovrebbero essere previste precise penalità a fronte del mancato conseguimento dei livelli qualitativi pattuiti o degli investimenti previsti.

<sup>68</sup> Istituto previsto in Gran Bretagna per mettere da parte la *RPI-X regulation (price cap)* in ragione del fatto che l'industria avrebbe raggiunto la sua maturità e che i guadagni di efficienza sarebbero terminati, per cui bisognava prevedere una forma di rendimento del capitale investito dall'impresa.

<sup>69</sup> Nel *revenue cap* l'attività del regolatore è finalizzata alla determinazione del livello di profitto che il gestore può conseguire annualmente, che dovrebbe incentivare una riduzione dei costi piuttosto che un incremento dei volumi di vendita dei gestori.

to delle tariffe<sup>70</sup>.

Si può affermare che il sistema di regolazione è ben più importante della natura soggettiva del gestore, come dimostra il fatto che l'attività di imprese pubbliche e private è stata ugualmente inficiata dagli errori del regolatore<sup>71</sup>.

### 7. La direttiva 2000/60/CE sulle acque.

La direttiva 2000/60/CE<sup>72</sup> istituisce il quadro per un'azione comunitaria in materia di acque basata su un approccio integrato alla pianificazione e gestione della risorsa idrica. Tale direttiva sostituisce ed unifica tutte le precedenti normative di settore, ed indica una nuova linea di interventi al fine di assicurare

---

<sup>70</sup> Cfr. il risalente contributo di H. AVERCH e L. JOHNSON, *Behavior of the firm under regulatory constraint*, in *The American economic review*, 1962, 5, 1053 e ss., che descrive gli effetti diseconomici conseguenti all'adozione del metodo del *rate of return* senza un adeguato contrappeso regolatorio. Si veda anche, M. MORETTO e P. VALBONESI, *La regolamentazione dei prezzi, in I servizi idrici tra mercato e regole*, a cura di G. MURARO e P. VALBONESI, Roma, 2003, 99 e ss; ANEA, *La tariffa del servizio idrico integrato*, Roma, 2008, 3.

<sup>71</sup> Sull'eguale rendimento di società pubbliche e private nella gestione del servizio idrico, cfr. ex multis: K. GASSNER, A. POPOV e N. PUSHAK, *Does private sector participation improve performance in electricity and water distribution?*, Washington, 2009; D. HALL e E. LOBINA, *Water privatization, in Critical essays on the privatization experience*, Basingstoke, 2009; OECD, *Liberalisation and universal access to basic services*, Paris, 2006; D. SAAL e D. PARKER, *The impact of privatisation and regulation on the water and sewerage industry in England and Wales: a translog cost function model*, Birmingham, 2001; D. SAAL e D. PARKER, *Productivity and price performance in the privatized water and sewerage companies of England and Wales*, in *Journal of regulatory economics*, 2001, 1, 61 e ss.; S. MARTIN e D. PARKER, *The impact of privatisation: ownership and corporate performance in the UK*, London, 1997. Per una più ampia rassegna degli studi sul tema, cfr. W. MEGGINSON e J. NETTER, *From State to Market: a survey of empirical studies on privatization*, in *Journal of economic literature*, 2001, 321 e ss. e P. JACKSON, *The privatisation of the British public sector: an assessment of a policy innovation, in The privatisation of public utilities: the case of Italy*, a cura di M. BALDASSARRI, A. MACCHIATI e D. PIACENTINO, Basingstoke, 1997, 84 e ss.

<sup>72</sup> Direttiva 23 ottobre 2000, n. 60 "quadro per l'azione comunitaria in materia di acque", in G.U.C.E. n. L 327 del 22 dicembre 2000 (testo corretto con l'avviso di rettifica pubblicato nella G.U.C.E. n. L 17 del 19.1.2001).

la protezione dell'ambiente idrico, inteso nella sua totalità, nell'ambito del territorio comunitario<sup>73</sup>.

In tema di acque, per la prima volta una direttiva integra le esigenze ambientali con quelle economiche e sociali. Più in particolare, la direttiva si fonda sui principi di precauzione, prevenzione e del "*chi inquina paga*" (*polluter-pays principle*); obbligando alla protezione delle acque.

Il nuovo orientamento valorizza tutte le varie funzioni del bene acqua, riconoscendo, così, la coesistenza di diverse esigenze: si tutela l'aspetto sociale, legato alla protezione delle persone dai rischi per la sicurezza e per la salute; l'aspetto economico, poiché si prevede l'accesso efficiente della popolazione e delle attività produttive alle risorse; l'aspetto ambientale, o di sostenibilità intergenerazionale, che prevede la conservazione delle risorse e la difesa delle loro funzioni ecologiche.

In questo senso non è più sufficiente, come accadeva in passato, soffermarsi sulla composizione chimico-fisica del corpo idrico, o sul rispetto di determinati limiti di concentrazione di sostanze, ma è necessario tener conto anche della funzionalità ecologica dei corpi idrici che deve essere mantenuta e migliorata.

L'obiettivo globale, da raggiungere entro il 2015, è quello di ottenere un "*buono stato*" di tutte le acque dell'Unione europea, attraverso piani di gestione attuati a livello di singoli bacini idrografici<sup>74</sup>. Per raggiungere tale obiettivo, la direttiva parte da alcuni presupposti prioritari e complementari: l'acqua non conosce frontiere, l'acqua riguarda ognuno di noi, l'acqua è una risorsa fragile, l'acqua ha un costo e sulla necessità di attuare misure integrate e complementari, quali per esempio la partecipazione pubblica<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. G. CORDINI, "*La tutela dell'ambiente idrico in Italia e nell'Unione europea*", in Rivista giuridica dell'ambiente, fasc. 5, 2005, Giuffrè editore, Milano, pp. 716-717.

<sup>74</sup> V. A. MASSARUTTO, *L'acqua*, Il Mulino, 2008, p. 34.

<sup>75</sup> L'art. 14 della direttiva stabilisce che gli Stati membri devono promuovere la partecipazione attiva all'attuazione della direttiva di tutte le parti interessate (utenti, gestori dei servizi, associazioni ambientali, etc.) ed in particolare all'elaborazione, al riesame e

La direttiva ha come obiettivo generale quello di raggiungere un buono stato delle acque superficiali entro il 2015<sup>76</sup>, avendo come riferimento parametri ed indicatori ecologici, idrologici e chimico-fisici.

Si può affermare che con la direttiva 2000/60CE si è attuato un cambiamento riguardo le politiche idriche, che transitano dal

---

all'aggiornamento dei piani di gestione dei bacini idrografici. In tema di partecipazione, la direttiva quadro sulle acque è la prima direttiva europea che tiene conto dei principi della Convenzione di Aarhus e, in effetti, fra gli aspetti di maggior rilievo e significato, appare dirimente quello relativo all'"Informazione e consultazione pubblica", previsto dall'art. 14. Si veda la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, attuata con decisione 2005/370/CE del 17 febbraio 2005 (G.U.C.E L 124 del 17 maggio 2005, pp 1-3; G.U.C.E L 164M del 16 giugno 2006, pp 17- 19).

<sup>76</sup> La direttiva risulta sicuramente ambiziosa, dal momento che essa ha posto delle scadenze molto stringenti. Di seguito il cronoprogramma delle scadenze più importanti:

- 1) entro il 2003: identificazione dei bacini idrografici e attribuzione ai relativi distretti idrografici; identificazione delle autorità competenti;
- 2) entro il 2004: elaborazione di analisi per la definizione delle caratteristiche dei distretti idrografici e dell'impatto ambientale delle attività umane, analisi economica dell'utilizzo idrico e registro delle aree protette entro i distretti;
- 3) entro il 2006: armonizzazione del sistema di classificazione dello stato ecologico delle acque secondo parametri comuni all'interno dell'Unione europea; attivazione di sistemi di rete di monitoraggio dello stato delle acque superficiali, delle acque sotterranee e delle aree protette;
- 4) entro il 2009: definizione di un programma di misure che, tenendo conto dei risultati delle analisi, permetta il raggiungimento degli obiettivi ambientali fissati dalla direttiva; predisposizione di piani di gestione di bacini idrografici;
- 5) entro il 2010: definizione di una politica dei prezzi che tenga conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e di risorsa<sup>28</sup>;
- 6) entro il 2012: adozione di un programma di misure – di base e supplementari – applicabile ai distretti idrografici identificati;
- 7) entro il 2015: attuazione delle misure necessarie per impedire il deterioramento di tutti i corpi idrici superficiali e sotterranei, oltre che per impedire o limitare l'immissione di sostanze inquinanti nelle acque sotterranee<sup>29</sup>;
- 8) 2021: termine del secondo ciclo di gestione;
- 9) 2027: termine del terzo ciclo di gestione e termine ultimo per il raggiungimento degli obiettivi.

concetto di fabbisogno e realizzazione delle infrastrutture a carico della spesa pubblica ai concetti opposti di riduzione dei fattori di pressione, di efficienza nell'uso, di recupero integrale dei costi a carico degli utilizzatori (*full-cost recovery*).

Se al primo approccio poteva essere funzionale un modello decisionale accentrato e fondato sull'autorità pubblica, al secondo risulta essenziale un coinvolgimento attivo e propositivo di tutti gli attori sociali.

Come si è in precedenza accennato, la direttiva 2000/60/CE introduce principi e metodi economici nella gestione delle acque in Europa.

La direttiva considera, infatti, l'analisi economica come uno strumento imprescindibile di supporto delle decisioni.

Alla luce di quanto esposto, si può affermare che i principi economici chiave su cui si fonda la direttiva sono: la copertura integrale dei costi, in particolare, gli utenti (industrie, agricoltura, famiglie) dovranno sostenere integralmente i costi del servizio idrico ricevuto; e l'analisi economica, infatti la direttiva richiede che gli Stati membri utilizzino l'analisi economica nella gestione delle loro risorse idriche per valutare i costi generali delle alternative durante il processo decisionale.

Una delle innovazioni chiave della direttiva è la previsione di un prezzo per i servizi idrici che dovrà riflettere pienamente il valore del servizio fornito<sup>77</sup>.

Ai sensi della direttiva, il recupero dei costi si riferisce a vari elementi. I prezzi che gli utenti pagano dovrebbero fare riferimento ai costi operativi e di mantenimento della fornitura e del trattamento, dei costi per gli investimenti in infrastrutture e dei costi ambientali e di risorsa<sup>78</sup>, assoluta novità.

<sup>77</sup> Cfr. A. MASSARUTTO, *Per l'attuazione della direttiva Europea 2000/60 in Italia – Aspetti economici e gestionali, intervento presso: Dse, Università di Udine e Iefe, Università Bocconi, Milano 2003.*

<sup>78</sup> I costi ambientali sono definiti come i costi dei danni che l'uso delle risorse idriche impone all'ambiente, agli ecosistemi e a coloro che utilizzano l'ambiente (per esempio una riduzione della qualità ecologica degli ecosistemi acquatici, o la salinizzazione e degrado dei suoli produttivi). i costi di risorsa sono definiti come i costi di opportunità che altri utilizzi sostengono,

Le politiche di prezzo inefficaci hanno contribuito ad una cattiva gestione delle risorse idriche in molte aree. La Commissione Europea, nelle sue raccomandazioni, ha evidenziato la necessità di una piena implementazione della direttiva quadro e dell'attivazione di politiche di prezzo migliori, basate sul principio “*user pays*”<sup>79</sup>, che incoraggerà un uso efficiente dell'acqua e fermerà gli sprechi.

La direttiva rappresenta lo sforzo di superare il rapporto dicotomico tra sviluppo sostenibile e sviluppo economico, aprendo la strada verso l'affermazione di un concetto di sostenibilità multidimensionale, che comprende una dimensione ecologica (acqua intesa come risorsa naturale scarsa e vulnerabile, da trasmettere integra alle generazioni future); economica (acqua come risorsa economica da allocare secondo principi di efficienza); etica (acqua come bene essenziale del quale garantire l'accessibilità secondo criteri di giustizia sociale)<sup>80</sup>.

## 8. Il principio del *full cost recovery*.

Come già in parte anticipato, la direttiva auspica il ricorso al principio del *full cost recovery*, cioè alla copertura integrale dei costi tramite la tariffa; intesi sia come costi industriali (di gestione e di capitale) sia ambientali. Questo principio risponde alla necessità di alleggerire gli obblighi finanziari in capo al soggetto pubblico, in un momento storico in cui l'industria idrica deve far fronte a ingenti investimenti per il raggiungimento degli standard ambientali richiesti. Tutto ciò deve fare i conti con la struttura organizzativa del servizio idrico esistente, creata e mantenuta su una finanza derivata ed esogena; questa dovrà

---

derivanti dalla diminuzione della risorsa al di sotto del tasso naturale di rigenerazione o di recupero (ad esempio dovuti ad un eccesso di estrazione delle acque sotterranee).

<sup>79</sup> Lo *user pays principle* prevede che gli utilizzatori sopportino, oltre al costo di sfruttamento, anche quelli esterni; essi dovrebbero fornire all'utilizzatore delle risorse un incentivo ad economizzarne l'uso.

<sup>80</sup> Cfr. A. MASSARUTTO, G. MURARO, “*Il ruolo dell'analisi economica nella direttiva 2000/60*”, in *Economia Pubblica – bimestrale di informazione a cura del CIRIEC*, fasc. 5- 6, 2006, Franco Angeli, Milano, p. 8.

adeguarsi e conformarsi a una finanza di mercato, a dispetto dei “*fallimenti del mercato*” che ha caratterizzato il Sii fino ad oggi.

Gli aspetti più controversi riguardanti questo punto sono la presunta “mercificazione” della risorsa idrica, e la conseguente valutazione delle politiche secondo criteri meramente “*commerciali*”. In realtà, come già anticipato<sup>81</sup>, la direttiva afferma che “*l’acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale*”<sup>82</sup>, attribuendo all’acqua uno status diverso da quello dei comuni prodotti commerciali.

L’integrazione degli aspetti economici nella gestione dei bacini idrici è stato un aspetto caratterizzante la direttiva quadro 2000/60/CE fin dalle sue bozze iniziali. Come prima accennato, il principio del *full cost recovery*, in relazione con il principio “*chi inquina paga*” è stabilito dall’art. 9. Tramite questo principio gli utenti pagano al provider direttamente o attraverso qualsiasi tassa, addebito o leva fiscale, sostenuta direttamente o indirettamente, la copertura integrale e corretta dei costi dei servizi idrici. Questo principio, in correlazione al principio “*chi inquina paga*”, espleta tre funzioni economiche di base: di informazione, di governo, di finanziamento.

Una copertura integrale e corretta dei costi dei servizi idrici e il principio “*chi inquina paga*” hanno potenzialmente la capacità di informare gli utenti sui costi totali del loro consumo, oppure sui costi derivanti dalle loro attività come ad esempio i costi degli sprechi o degli scarichi che deteriorano la qualità delle acque<sup>83</sup>.

L’introduzione del principio di *full cost recovery*, essendo una novità nell’ambito del diritto ambientale dell’Unione europea, è stata altamente problematica, nel corso del procedimento legislativo, ed è tuttora difficile identificare una corretta interpretazione del te-

sto corrente.

Gli aspetti più dibattuti in merito alla copertura totale dei costi, il così detto *full cost recovery*, riguardano il grado di vincolatività di questo principio e la base su cui applicare il principio “*chi inquina paga*”<sup>84</sup>.

Il Consiglio<sup>85</sup> aveva ridotto significativamente il grado di vincolatività<sup>86</sup> del principio. Di contro, il Parlamento ha affermato il carattere vincolante del principio del *full cost recovery* pur stabilendo un generoso orizzonte temporale (2010)<sup>87</sup>.

Bisogna sottolineare come il Consiglio e il Parlamento non siano riusciti ad elaborare un testo comune nell’ambito dei processi di conciliazione. Sono state fatte, pertanto, confluire le singole proposte nell’articolo 9 della direttiva: la prima parte dell’articolo è vicina all’elaborazione del Consiglio, mentre la seconda parte va nella direzione degli emendamenti presentati dal Parlamento europeo.

Sostanzialmente, l’art. 9 della direttiva prevede due fasi: dal 2003 al 2010 gli Stati erano soggetti ad un “*obbligo affievolito*”, nel senso che essi erano tenuti a “prendere in considerazione” il suddetto principio, con la possibilità di arrivare ad un tasso di recupero dei costi anche significativamente al di sotto del 100%. A partire dal 2010, invece, l’applicazione di questo principio non è più *soft*, con la conseguenza che ogni tasso di copertura non vicino al 100% sarà in violazione

<sup>84</sup> 71 Cfr: M. KAIKA., B. PAGE, “*The EU Water Framework Directive: part 1. European policy-making and the changing topography of lobbying*”, in *European Environment*, fasc. 6, vol. 13, European Research Press, Shipley, 2003, pp. 314- 327.

<sup>85</sup> Consiglio Europeo, Common Position (EC) N. 41/1999, adottata dal Consiglio il 22 ottobre 1999 (with a view to the adoption of a Directive 1999/.EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for Community action in the field of water policy), Brussels, OJ (1999), C343/01.

<sup>86</sup> Per una disamina complete si v. L. DE VITO, *La normativa comunitaria in materia di acque.*, Amministrazione in cammino, LUISS, Roma.

<sup>87</sup> Parlamento Europeo, European Parliament legislative resolution on the common position adopted by the Council with a view to the adoption of a European Parliament and Council directive establishing a framework for Community action in the field of water policy, 9085/3/1999 –C5- 0209/1999 – 1997/0067(COD), A5-0027/2000, 16 February 2000; Brussels, OJ (2000) C339/136.

<sup>81</sup> Vedi par. n. 2.

<sup>82</sup> Considerando 1 della direttiva 2000/60/CE

<sup>83</sup> Cfr. UNNERSTALL, HERWIG, “*The principle of full cost recovery in the EU- Water frame work directive – Genesis and Content*”, in *Journal of Environmental Law*, vol. 19, n. 1, Oxford University Press, Oxford, p. 29.

dell'art. 9 (a meno che non si sia in presenza delle deroghe di cui ai paragrafi 3 e 4 dello stesso).

### 9. Conclusioni.

Il legislatore nazionale ha disciplinato il Sii come servizio a rilevanza economica, appropriandosi di numerose competenze relative ai profili di tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente che interessano il servizio per la sua gestione e per la conservazione dei corpi idrici nonché per la salvaguardia del territorio in generale. Ciò ha prodotto una compressione delle competenze delle Regioni testimoniata da un notevole contenzioso dinanzi alla Corte costituzionale, che, come abbiamo visto precedentemente, ha visto primeggiare lo Stato; gli enti locali, con le disposizioni dell'art. 23-bis, hanno visto restringere la loro autonomia circa la scelta delle modalità di gestione del servizio e di affidamento dello stesso. Autonomia di cui si sono riappropriati solamente successivamente all'esito del referendum, come già preannunciato dalla Corte in sede di giudizio di ammissibilità dei quesiti, ma che non ha significato la possibilità di un ritorno a moduli pubblicistici abrogati per la gestione del servizi idrico integrato.

Il quadro legislativo, adesso, prevede l'equiordinazione tra le diverse forme di gestione del servizio in linea con i principi del diritto europeo lasciando alle autorità nazionali, regionali e locali, l'organizzazione del servizio e di trovare il giusto bilanciamento tra l'organizzazione economica e la tutela della concorrenza e il raggiungimento delle finalità sottese all'erogazione dei servizi di interesse economico generale.

Come evidenziato dalla Corte nella sentenza 21.03.2012, n. 62 gli effetti abrogativi del referendum, hanno comportato il recupero dell'autonomia degli enti locali - riuniti negli enti e organi che sono succeduti alle autorità d'ambito - di scegliere tra ricorso al mercato e affidamento diretto, al fine di ottemperare più efficacemente la missione loro affidata, in linea con i principi fondativi del diritto pubblico europeo dell'economia.

Occorre sottolineare, comunque, che gli aspetti sociali connessi al regime delle acque possono essere garantiti maggiormente trami-

te una forte attività di regolazione a prescindere dalla natura soggettiva del gestore.

Un gestore pubblico, come la titolarità pubblica della proprietà<sup>88</sup>, non è, in quanto tale, garanzia di effettiva tutela degli interessi sociali e ambientali, se non opera all'interno di un regime normativo idoneo a tutelare questi interessi, bisogna invece conciliare gli interessi pubblici e sociali con il metodo imprenditoriale, orientando il profitto verso una funzione sociale, in modo da trasformare una parte dei benefici ottenuti da una buona *performance* imprenditoriale, nella gestione del servizio, in benefici sociali.

Tale orientamento sembra trovare conferma anche nella giurisprudenza costituzionale che ha ribadito che la libertà di concorrenza, anche in ambito dei servizi idrici, è finalizzata anche alla «protezione della collettività»<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Cfr. U. MATTEI, *BENI COMUNI un manifesto*, Edizioni Laterza, Bari, 2012; M. R. MARELLA, *Introduzione e cura, Oltre il pubblico e il privato Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona, 2012.

<sup>89</sup> In generale si veda C. cost., 16.12.1982, n. 223, considerato in diritto § 2, ribadita dalla decisione 22.07.2010, n. 270; riguardo i servizi idrici, si segnala la sentenza 24.07.2009, n. 246, con la quale la Corte, in ossequio al carattere tariffario del canone di depurazione (cui prima veniva riconosciuto carattere tributario), ha sanzionato l'illegittimità costituzionale dell'art. 155, c. 1, d.lgs. 03.04.2006, n. 152, nella parte in cui consentiva che il canone potesse esser richiesto anche qualora la fognatura fosse sprovvista di impianti di depurazione o tali impianti non fossero effettivamente funzionanti. All'apertura al sistema concorrenziale e alla affermazione del principio che la tariffa deve assicurare la copertura integrale dei costi di fornitura del servizio e' seguita logicamente l'affermazione del principio che la tariffa sia il corrispettivo del servizio reso. Nel precedente sistema di gestione, fondato sulla funzione fondamentale assolta dalle aziende speciali, il gestore poteva sempre riscuotere la tassa di depurazione, anche qualora, ad esempio, non avesse garantito effettivamente il servizio corrispondente o non fossero esistiti impianti di depurazione. Si veniva configurando, dunque, un rapporto sostanzialmente autoritativo tra gestore e cittadino, avverso il quale quest'ultimo non godeva di alcuna effettiva tutela. L'apertura ai principi concorrenziali del settore dei servizi idrici ha, invece, consentito di riequilibrare le relazioni tra utenza e fornitore: oggi la tariffa del servizio di depurazione può essere richiesta solo a condizione che tale servizio sia effettivamente prestato. Dall'applicazione dei principi concorrenziali sono derivate, dunque, conseguenze favorevoli per l'utenza. E' d'uopo, d'ogni modo, precisare che il legislatore ha reintrodotta l'obbligo di corrispondere alcune componenti tariffarie, anche in

Questo implica un generale ripensamento del sistema di regolazione, non più orientato ad una disciplina meramente imprenditoriale, bensì sensibile a nuovi obiettivi di intervento statale, con riferimento anche alla disciplina degli aspetti sociali del servizio<sup>90</sup>, la cui realizzazione è affidata a misure quali il divieto del distacco di alcune categorie di utenti<sup>91</sup>, i sistemi automatici di rimborso in caso di disservizio, l'ampliamento della tutela giurisdizionale<sup>92</sup>, l'introduzione di strumenti partecipativi per la gestione e la regolazione dei servizi idrici, un sistema sanzionatorio rigoroso ed efficace, la previsione di sussidi pubblici per garantire la sostenibilità della tariffa alle fasce deboli.

In conclusione, quindi, il perseguimento delle ambiziose finalità che il servizio è chiamato a soddisfare, necessita di un assetto istituzionale complesso e coerente, che sappia promuovere efficienza economica, equità sociale e tutela dell'ambiente e che non attribuisca alla natura soggettiva del gestore e alle modalità di affidamento del servizio carattere

---

mancanza di una effettiva prestazione del servizio, seppur in casi tassativi, con l'articolo 8 sexies del d.l. n. 208/2008. Sulla corrispettività della tariffa del servizio idrico, cfr., altresì, Tar Campania, Sa., sez. 1, 12.01.2009, n.24.

<sup>90</sup> Cfr. per la dottrina italiana A. GAMBINO, *Beni extra commercio*, Milano, 2004 e per quella straniera T. PROSSER, *The limits of Competition Law*, Oxford, 2005. Sulla difficile composizione di interessi economici e valori sociali, cfr. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

<sup>91</sup> A. GAMBINO, cit. La legislazione britannica conosce tale divieto: per Inghilterra e Galles cfr. Water Industry Act 1999, section 1 che modifica la section 61 del Water Industry Act 1991; per la Scozia, la cui esperienza è meno lineare, il precedente divieto assoluto è stato modificato da un regime di disconnections codes disciplinati dalla section 19 del Water Services etc. (Scotland) Act 2005.

<sup>92</sup> L'attuale sistema di tutele offerto agli utenti, certamente insufficiente, si compone di alcune azioni giurisdizionali esperibili presso la magistratura ordinaria ex artt. 139, 140 e 140-bis, d. lgs. n. 235/2006 (cd. Codice del consumo), di rimedi non giurisdizionali ex art. 27, d.lgs. n. 146/2007 (presso l'Autorità garante della concorrenza e mercato) ed ex art. 10 del d.P.R. 07.09.2010, n. 168 (procedura conciliativa presso la società di fornitura), e della residuale azione ripristinatoria esperibile presso il giudice amministrativo, disciplinata dal d.lgs. n. 198/2009.

risolutivo<sup>93</sup>.

Per concludere occorre sottolineare che, vista la rilevanza economica del Sii, come stabilito dal legislatore nazionale e più volte confermata dalla Corte costituzionale, la tariffa, ed i principi ivi contenuti di provenienza comunitaria, hanno un ruolo preponderante rispetto le tutele che oggi l'ordinamento richiede nei confronti di questa risorsa. Conseguentemente a quanto affermato, a parere di scrive, per far sì che la tariffa assolva i suoi compiti, occorre che vi sia una forte attività di regolazione, punto chiave per un efficace applicazione della normativa.

---

<sup>93</sup> Cfr. M. FRANZINI, *L'acqua: non solo questioni di efficienza, in Acqua. Fra incidenza sociale ed efficienza gestionale*, a cura di A. RICCABONI, Firenze, 2003, 59 e ss.

# THE STRUCTURAL AND FUNCTIONAL REORGANIZATION OF MUNICIPALITIES AND THE INTRODUCTION OF THE PRINCIPLE OF EQUILIBRIUM IN THE PAPER OF FINANCIAL CONSTITUTIONAL

di Francesco Palazzotto

*La riforma del 2012 si può dividere idealmente in tre macroaree: la prima parte si può identificare nel co. 1: novella dell'art. 14, commi 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, 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; 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. La legge costituzionale n. 1 del 20.04.2012 "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale". L'obiettivo della modifica costituzionale è di introdurre un preciso impegno in tema di disciplina di bilancio, collegandolo a un vincolo di sostenibilità del debito di tutte le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle regole in materia economico-finanziaria derivanti dall'ordinamento europeo.*

The reform of 2012 can be ideally divided into three main areas: the first part can be identified in subsection 1: amendment 14, subsections 27ss., of the decree law of 31.5.2010, n. 78 (converted into law on 30.7.2010, n. 122), in terms of the associated practice of the functions by Municipalities up to 5000 inhabitants; the second part in subsection 2 (as well as 5 and 6): amendment 16, subsections 1-16, decree law of 13.8.2011, n. 138 (converted into law on 14.9.2011, n. 148), in terms of special unions between the Municipalities up to 1000 inhabitants; the third part in subsection 3: amendment of paragraph 32 legislative decree 18.8.2000, n. 267, is the legal law in terms of unions between the municipalities. The constitutional law n. 1 of 20.4.2012 "Introduction of the principle of balanced budget in the Constitution."

*Summary: 1. Introduction 2. The reorganization of local associations from 2008 to today, 3. Associated functions by municipalities up to 5000 inhabitants; 4. The special connections between municipalities up to 1000 inhabitants; 5. The amendment of paragraph 32 legislative decree of 18 August 2000, no. 267, legal law in terms of unions between municipalities; 6. Paragraph 119 of the Constitution and the balanced budget; 7. Conclusions.*

## 1. Introduction.<sup>1</sup>

It's appropriate to briefly recall the general framework of the discipline that has concerned the system reform of local governments since the 1990 of the last century before proceeding with the analysis of the new discipline that has recently affected the structural and functional reorganization of Com-

mons, dictated by the necessity of facing the serious economic and financial emergency that at present affects almost all European countries, to the point of endangering the maintenance of the *welfare* system of the same. The affair of the Union of Municipalities is the emblem of the disciplinary changes made in the absence of a unit design that has given rise to an incoherent overlapping of discordant and conflicting models.

The first model, introduced by law 8 June

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

1990, no. 142<sup>2</sup>, moving from the need of contrasting the territorial fragmentation to deal with the phenomenon of the so-called Common dust, favored the aggregation and reorganization of Commons, but constituted the Union of Municipalities as a new and temporary local authority prior to the required fusion of the same<sup>3</sup>. The locale situation at the time was regarded as backward and immobilized in the parochialism, for which the legislature felt the need of promoting a coercive process of unification of the realities involved<sup>4</sup>. All this, finding resistance from the local population timorous of losing their identity, led to other organizational formulas for the realization of a plurality of functions or services different from the Unions, seeing their functionality to the fusion<sup>5</sup>.

The Unions of municipalities received a positive impulse only with the entry into force of law 3 August 1999, no. 265 (*Provisions relating to autonomy and laws of local*

*authorities, and amendments to the law of 8 June 1990, no.142*), later confirmed by the legislative decree 18 August 2000, no. 267 (TUEL), thanks to which the legislature promoted a model of local associations founded on the freedom of association between Municipalities, not preordained to the union, but that with a unified management of the functions and services, harnessing the benefits of the economies of scale and the national and regional incentives foreseen for this purpose, would have guaranteed the needs and interests to the small communities local<sup>6</sup>.

The affirmation of this model of associations not finalized to the union and the flexibility of the institute permitted by the discipline, as determined by TUEL, has had a serious negative effect over time. During this decade, we have realized new institutional models with new institutional decision-making bodies that have led to the overlapping and duplication of functions, duties and emoluments, no longer compatible with the short-term objectives of a balanced budget and of the respect of the Pact Stability imposed by the European Union. The Government, in fact, since 2009, has initiated a new work of reorganization and simplification of the associative realities carried out with a variety of interventions, but all solely characterized by the purpose of curbing public spending in order to relieve the country from the burden of deficit budget and public debt accumulated over the past years.

## 2. The reorganization of the local associations from 2008 to today.

The first attempt to reorganize the local associations, by state regulations, covered the Mountain Communities<sup>7</sup>.

At the same time the state legislature intervened on consortiums between municipali-

<sup>2</sup> For a diachronic view, see. M.S. GIANNINI (edited by.), *I Comuni*, Neri Pozza, Vicenza 1967; G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Cedam, Padova, 1969; A. ORSI BATTAGLINI, *Le autonomie locali nel l'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 1974; U. POTOTSCHNIG (ed.), *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.

<sup>3</sup> See item 26, l. 08.06. 1990, n. 142.

In doctrine see. M. BASSANI, Item 26 (*Unioni di comuni*), in V. ITALIA e M. BASSANI (with the coordination of ), *Le autonomie locali (law 08.06. 1990, n. 142)*, Giuffrè, Milano, 1990, 376 ss.

<sup>4</sup> The model introduced by l. 08.06. 1990, n. 142 was not successful, infact after a decade there was an increase of the Municipalities that passed from 8.088 to 8.103, cfr. S. MANGIAMELI, *La questione locale. Le nuove autonomie nell'ordinamento della Repubblica*, Donzelli ed., Roma, 2009.

Already M. S. GIANNINI had proposed a reduction of the Municipalities to 1.000, encouraging the autonomous system in the regions, cfr. M. S. GIANNINI, *Preface to S. MELONI, V. SANTANTONIO, L. TORCHIA, Le funzioni del governo locale in Italia*, vol. I: *Il dato normativo*, Milano 1988, 3.

<sup>5</sup> V. P. BILANCIA, *L'associazionismo obbligatorio dei comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, 2012, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>6</sup> A. CELOTTO, A. D'ALOIA, C. PIETROBELLI, G. VESPERINI (edited by), *I piccoli comuni nel sistema dei poteri locali. Profili problematici e proposte*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 44 ss.

<sup>7</sup> For the reconstruction given by the Constitutional Corte to the disciplines of mountain Communities and problems relating to the financing, v. N. VICECONTE, *Comunità montane e Corte costituzionale: nuovi nodi da sciogliere?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010.

ties.

Again as part of the downsizing and therefore, the curbing public spending, the state legislature with the subsection 186 paragraph two, law 23 December 2009, no. 191 (Finance Law 2010), as amended by decree law 25 January 2010, no. two, provides for the deletion of the consortiums of functions<sup>8</sup> between the local authorities, with exception of the mountainous catchments (BIM) according to paragraph one of the law 27 December 1953, no. 959, from 2011.

<sup>8</sup> In order to resolve the problem regarding the very narrow border between the figure of the consortium of functions and the consortium of services, see. Corte dei Conti, Lazio, 14.2.2011, n. 15, which states that << Should the activities of the consortium be exerted by means of administrative acts or conducts constituting an authoritative expression of the public administration's power, the nature of the activity put in place is a function, ie the concrete care of public interest aimed at achieving a typified purpose by law. The recipients of this power, by law directed to the care of public interests, are in a position of mere subjection, or at least, of legitimate interest. If, however, the action of public administration results in the pure provision of a service to the community, in the implementation of constitutional precepts pertaining to absolute individual rights such as the right to health or home care for the elderly or the disabled, we are in the presence of a>>.....<< The consortium nature of the service doesn't change if a non predominant fraction of the activity is managed according to administrative acts functional to this service, falling into the normal organization of a consortium of services the establishment of a type of administrative organizational unit with purposes serving an excellent performance of the public service itself. >>, the accounting Judge included but not limited to, in the consortia function << those organizational forms that provide for the joint management of registry services, automated information systems, functions of the local police and administration, collection of taxes and local taxes.> > and in the consortia services << consortia organizations that manage local public services of economic importance, local public services without economic importance and instrumental services with more than one local authority, such as the collection of municipal solid waste, the integrated water service (on this point cf. Constitutional Court sent. 325 of 3 November 2010), the wastewater treatment service, transportation service, maintenance of parks and gardens or municipal buildings. >>.

In doctrine see M.S. GIANNINI, *Il Pubblico Potere*, Bologna, 1986; F. CATTANEO, *part Servizio Pubblico*, Enc. Dir.; U. POTOTSCHING, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; F. MARUSI, *part Servizio Pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*; MIELE, *part Funzione Pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*

The matter, from 2008, in a very short span of time, has been the subject of several reforms all aimed at curbing public spending, but in the last two years, the reorganization of the state action of the associated municipal functions, due to the economic crisis unprecedented by dimensions and characteristics, has developed into a more incisive role.

The local government reorganization starts from the decree law 31 May 2010, no. 78 (converted with amendment into law 30 July 2010, no. 122) in view of adopting the most detailed legislative rules prepared by the *Charter of Local Self-Government*<sup>9</sup>. As provided by the decree, this reordering concerned both the exercise in associated form of the fundamental functions of the Municipalities with a population up to 5000 inhabitants, as defined provisionally by the proxy law on fiscal federalism, namely paragraph 21, subsection three, law 5 May 2009, no. 42<sup>10</sup>, and a role of the Regions in identifying, after hearing the municipalities concerned and according to the criteria of economy, efficiency and reduction of expenditure, the optimal and homogeneous territorial dimension per geographical area for the performance, in obligatorily associated form by the municipalities with territorial dimensions inferior to the optimal one, of the fundamental functions mentioned above.

Along the process of defining the ways and times that the decree conferred to the regional laws and to a decree of the President of the Council of Ministers and in view of the growing economic and financial crisis, the Government issued further measures to reorganize the local authorities, specifically, firstly the decree law 6 July 2011, no. 98 (converted with amendment into law 15 July

<sup>9</sup> XVI Legislature, A.S. n. 2259, Bill presented by the Minister for the simplification of legislation, currently before the Constitutional Affairs Committee of the Senate, *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*.

<sup>10</sup> V. C. cost. 7.6.2012, n. 148, point 8.1 legal considerations, which identifies the provisional nature of the law.

2011, no. 111) and immediately after the decree law 13 August 2011, no. 138 (converted with amendment into law 14 September 2011, no. 148). These measures suppressed the previous decree which were just taking place (decree law 31 May 2010, no. 78), but they were soon complemented by a further maneuver, necessary for a further reduction of the public *deficit* imposed by the European obligations, that made substantial changes to the decree law 31 May 2010, no. 78 (converted with amendment into law 30 July 2010, no. 122) the decree law 13 August 2011, no. 138 (converted with amendment in law 14 September 2011, no. 148) and legislative decree 18 August 2000, no. 267 (TUEL) through the enactment of decree law 6 July 2012 no. 95 (converted with amendment into law 7 August 2012, no. 135).

The reform performed on 2012 can be ideally divided into three main areas: the first part can be identified in the subsection one: amendment 14, subsections 27 ss., of decree law 31 May 2010, no. 78 (which became law 30 July 2010, no. 122), regarding the functions associated by municipalities up to 5000 inhabitants; the second part in the subsection two (as well as five and six): amendment of paragraph 16, subsections one-16, decree law 13 August 2011, no. 138 (converted into law 14 September 2011, no. 148), in terms of special partnerships between municipalities up to 1000 inhabitants; the third part in subsection three: amendment 32 legislative decree 18 August 2000, no. 267, which is the basic law in terms of partnerships between municipalities.

### 3. The associated management of the functions by Municipalities up to 5000 inhabitants.

Subsection 1. Let. a) paragraph 19, amending paragraph 14, subsection 27, decree law 31 May 2010, no. 78 (converted into law 30 July 2010, no. 122)<sup>11</sup>, provides a new, definitive and without specific purposes, list of

<sup>11</sup> The d.l. 31.5.2010, n. 78, had defined the fundamental functions of the commons for the purposes of the management in obligatorily associated form by reference to the l. 5.5.2009, no. 42 on fiscal federalism.

fundamental functions<sup>12</sup> of the Commons that replaces the provisional list contained in the law on fiscal federalism (paragraph 21, subsection three, law 5 May 2009, no. 42)<sup>13</sup>. In particular there are 10 functions<sup>14</sup> that, as observed by the research service of the Chamber<sup>15</sup>, with specific reference to the identification of the fundamental functions of Commons, paragraph 19 doesn't include coordinative dispositions neither of the provisions legislative decree 18 August 2000, no. 267, nor of the transitory identification of fundamental functions carried out by paragraph 21, law 5 May 2009, no. 42. As paragraph three of legislative decree 216/2010, under the regula-

<sup>12</sup> It should be pointed out that the identification of "fundamental functions" of the municipalities through decree-law is a finding made outside of a procedure connoted by the appropriate participation of the recipients, contrary to the provisions of the delegated law no. 131 of 2003 and, in many respects, even of the parliamentary forces, where the approval is marked by the issue of trust, in a logic of "emergency."

<sup>13</sup> See C. cost. 7.6.2012, n. 148, section 8.1 legal considerations that identifies the provisional nature of the law.

<sup>14</sup> The fundamental functions are provided by co. 1 lett. a) item 19, d.l. 6.7.2012 n. 95 (converted with amendment into l. 7.8.2012, n. 135), and precisely:

- a) the general organization of the administration, financial management, accounting and control;
- b) the organization of public services of general interest of the communal area, including the city's public transport services;
- c) cadastre, with the exception of the functions maintained at the State by law;
- d) the urban planning and building construction of the communal area as well as the participation in the territorial planning of supra-municipal level;
- e) activities in the communal area of civil protection planning and coordination of first aid;
- f) organization and management of the services of urban waste, start-up and disposal and recovery of the urban waste and recovery of additional taxes;
- g) design and management of the local system of social services and provision of its services to citizens, in accordance with item 118, fourth paragraph, of the Constitution;
- h) school construction, for the part not attributed to the competence of the provinces, organization and management of educational services;
- i) municipal police and local administrative police
- l) keeping records of civil status and population and tasks on registry services.;

<sup>15</sup> Research Department - Department institutions, known for the I Commission for Constitutional Affairs, n. 425, 1.8.2012, <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/COST425.htm>.

tions contained in it delegated for the determination of the costs and standard needs of municipalities, metropolitan cities and provinces, has established that the transitory individuation, as determined by the aforementioned paragraph 21, law 5 May 2009, no. 42, was to refer to "up to the date of entry into force of state-law for the identification of the fundamental functions of municipalities, metropolitan cities and provinces," therefore we must retain that the transitory identification is surpassed by paragraph 19 on which we must now refer to for the determination of costs and standard needs of the Commons, therefore we can affirm that the fundamental functions of the Commons are today those listed in the subsection one, as above.

Subsection one lett. b) paragraph 19, which replaces the subsection 28 of the decree law 31 May 2010, no. 78 as converted, provides that all municipalities with a population of up to 5000 inhabitants, or up to 3000 inhabitants if they belong or belonged to mountain communities, must obligatorily exert in association, by means of unions of municipalities (as governed by paragraph 32 legislative decree 18 August 2000, no. 267) or convention (as governed by paragraph 30 legislative decree 18 August 2000, no. 267), almost all the fundamental functions<sup>16</sup>. This law excludes the municipality of Campione d'Italia and municipalities whose territory corresponds entirely to that of one or more islands.

The reform aims at reconciling the discipline of the obligation with the new definition of the fundamental functions and innovations in terms of unions and conventions.

Registry, electoral and statistical services are excluded from this obligation; but services which involve the use of information and communication technologies (implementation and management of technological infrastructures, network data, fonia, databases, software applications, software licenses, computer training and consultancy in the field

<sup>16</sup> Nothing prevents, of course, that the same municipalities can also opt for other joint exercises in addition to the fundamental ones, as well as services, or that Commons with a greater population can adhere, free to determine to which functions they bestow.

of computer science). Ultimately, paragraph 19, subsection seven, decree law 6 July 2012 no. 95 repeals the special provisions laid down by paragraph 15, subsections 3-bis e ss., of the digital administration code. Therefore, also the cooperation between municipalities in the ICT (Information & Communication Technologies), if concerning the fundamental functions, must comply with paragraph 14 decree law n. 78 of 2010.

The subsection 1 lett. e) paragraph 19, which substituted the subsection 31-ter and quarter paragraph 14, decree law 31 May 2010, no. 78 significantly alters the timing previously planned<sup>17</sup>; in fact, the law provides that three of the fundamental functions listed must be put into use as associated forms before 1 January 2013, the remaining functions, within 1 January 2014. Paragraph 31-quater, instead, states that, if the municipalities concerned let the above mentioned ultimate date and the ultimate date assigned by the Prefect expire, the substitute power of the Government will be activated as provided by paragraph 8, law 5 June 2003, no. 131.

As in the past, the associated forms must be carried out in territorial areas of << optimal and homogeneous territorial dimension per geographical area for the practice, in obligatorily associated form of the fundamental functions by the municipalities >> (paragraph 14, subsection 30, decree law 31 May 2010, no. 78 as converted and amended) that, in matters of paragraph 117, third and fourth subsections, shall be defined by the Regions, heard the municipalities involved in the CAL (Council of Local Self-Government). We are, in fact, in a historical moment in which the associated management, which has always been promoted on the basis of voluntary assessments by the municipalities involved, must now confront (adapt, if it's the case) itself to specific regulatory laws. The Regions, in fact, in defining geographical areas, may derogate the limit population of 10,000 inhabitants provided by paragraph 14, subsection 31, decree law 31 May 2010, no. 78 as con-

<sup>17</sup> The previous chrono program stipulated that the associated managements should perform at least two of the fundamental functions within 30 September 2012 and the others within 30 September 2013.

verted and amended version, but only if carried out within the three months prior to January 1, 2013, that is, by October 1, 2012, expiry date. It should be noted that the municipalities can't retain even in part the functions that must be entirely transferred to the modules of cooperation.

According to the provisions of the amended, the modules accepted are only two, the union and the convention, as provided by subsection 1, lett. b) paragraph 19 of the amendment. Unchanged remains subsection 29 of the paragraph 14, of the decree law 31 May 2010, no. 78, according to which << *the same function can't be performed by more than one associative form* >>.

The municipalities with a population of up to 5000 inhabitants, in order to fulfill the above mentioned obligation, may therefore or give rise to a union of municipalities so-called ordinary ex-paragraph 32 legislative decree 18 August 2000, no. 267, qualified as a local authority of government, distinct and separate from the Municipalities that contribute to its formation, "*with own ability to address local politician*," or use the convention, regulated by paragraph 30 legislative decree aforementioned, *mutatis mutandis*. (as it is compatible).

The functions and services of the associated management through an agreement or union, in the light of the new formulation of the above fundamental functions, can relate mainly to: the Town Clerk, the local Police, social services and welfare, education, public works, the Single Desk for Productive Activities, financial services, protection of the territory and environment, staff, collection and disposal of waste, public housing, roads and transport, planning and land use planning, tributes, cultural services, civil protection, statistical services and technological information, accounting and budgeting, procurements and contracts, economic development, tourism, vocational training and the Ombudsman. It should be noted that the convention can also regulate cooperative projects between Municipalities, that per size and availability of human resources and instrumental resources, possess characteristics that are

very different from each other<sup>18</sup>.

It doesn't seem that the regional legislators had had the permission of elaborating the original cooperative modules, additional or alternative compared to those of the decree law n. 95. In fact, it states that the regions, in determining the geographical areas of cooperation, can consider the performance of the latter exclusively << *according to the forms of association referred to in subsection 28* >> paragraph 14 as amended, union and convention. This limitation marks a matter of discontinuity respect to the Charter for Autonomy, according to which the Regions seemed to have some margin for the construction of institutes for alternative cooperation.

As established by the amendment, mentioned above, the union considers the constitution of a new corporate body possessing its own offices, distinct from those of the associated common, so it is expected that associated management is carried out through the institution of the convention and not by the union, at least at the beginning. It should be noted that the Institution of the Convention is characterized by a high level of adaptability and flexibility. The Municipalities in fact, can stipulate more than one Convention for the joint management of one or more functions and participate, at the same time, to other associative forms, contrary to what was provided for the unions by paragraph 32 of the legislative decree 18 August 2000, no. 267, as amended by decree law 6 July 2012, no. 95, which provides that small commons can participate only to one union of municipalities. The law in question, however, doesn't preclude to the unions the possibility of drawing up conventions with each other or with single municipalities. The convention can concern both the joint management of a single service or of multiple services.

The convention, according to the new subsection 31 *bis* introduced in the paragraph 14 of the decree law 31 May 2010, no. 78, must

<sup>18</sup> The previous version of item 14, co. 31, d.l. 31.5.2010, n. 78 conv. into l. 30.7.2010, n. 122, fixed the minimum demographic limit of 10,000 inhabitants or the other introduced at the regional level not only for the unions of c.d. municipalities, but also for the convention.

have at least a three-year duration and is applied as it is compatible to paragraph 30 of legislative decree 18 August 2000, n. 267<sup>19</sup>, expired this period <<if within the date of expiry the participating municipalities haven't proved that they have achieved significant levels of effectiveness and efficiency in management, according to procedures stipulated with decree of the Interior Minister, to be adopted within six months, heard the State-City and local governments, the Municipalities concerned are obliged to perform the fundamental functions exclusively through union of Municipalities. >>.

The associated management, promoted through a convention, is a body without a legal head, therefore, the political powers remain in the bodies of the individual municipalities and the strategic leading of a union is assigned to the Conference of Mayors, management body for the achievement of the established objectives. The operative management of the specific accorded activities is instead left to the Individual Heads of the associated services, whose work is legally traceable, even in this case, to the individual Municipalities represented. The Municipal Secretaries of the contracted Municipalities, finally, ensure the connection and coordination between the Municipalities, with particular reference to the implementation of the programs and the objectives agreed. For what concerns the staff the law provides both the

<sup>19</sup> 30 Conventions

1. In order to carry out in a coordinated manner certain functions and services, local authorities can draw up special agreements with one another.

2. The agreements must establish the purposes, duration, forms of consultation with the contracting bodies, their finances, mutual obligations and guarantees.

3. For the management of fixed-term or a specific service for the execution of works the State and the region, in matters within its competence, can provide for mandatory conventions between local authorities, prior finding of a disciplinary-type. The agreements referred to in this article may also include the establishment of joint offices, working with staff seconded from the participating

4. bodies, to which entrust the practice of public functions in place of the bodies participating to the agreement, precisely the proxy of functions by bodies participating to the agreement in favor of one of them, that works in place and instead of the delegating bodies.

sharing of staff, work spaces and instruments with the creation of a single office, or that the staff remains operative in the common to which it belongs.

According to paragraph 30, legislative decree 18 August 2000, no. 267 the convention must contain a minimum required content that allows the identification of the purpose, duration, forms of consultation of the contracting bodies, their financial relationships and their mutual obligations and guarantees.

According to paragraph 42, legislative decree 18 August 2000, no. 267, the approval of the draft convention is responsibility of the municipal councils of bodies wishing to join the convention<sup>20</sup>.

With the Spending review, the main effort of the legislature seems to have been to transform the unions of municipalities into bodies at zero cost in fact, the law states that the bodies of the same must be formed by << no new or additional cost for the public Finances, by directors in charge of the associated municipalities and they can't receive additional salaries, tokens and allowances or emoluments >>.

#### **4. The special unions between Municipalities up to 1000 inhabitants.**

As mentioned above, the second part of the provision subject of this comment, subsections two, five and six of paragraph 19 of the decree law 6 July 2012 no. 95 amends paragraph 16, decree law 13 August 2011, no. 138, converted with amendments by law n. 14 September 2011, no. 148. The amendment rules the unions of the so-called very small Towns with a population of up to 1000 inhabitants.

The main novelty is that for Municipalities with a population of up to 1000 inhabitants, a new path for the joint management of the functions has been outlined, in fact, they <<can >> now, with full respect for their autonomy, and not <<any more >> as established before, manage their functions by spe-

<sup>20</sup> The draft agreement.

<http://www.fpcgilbergamo.it/index.php/autonomie-locali/260-l-esercizio-associato-di-funzioni-e-di-servizi-tramite-convenzione-ed-il-personale-interessato>.

cial unions, regulated by paragraph 16, decree law 13 August 2011, no. 138 as converted and amended, in alternative to the provisions of paragraph 14, decree law 31 May 2010, n. 78 as converted and amended.

Finely, municipalities up to 1000 inhabitants may decide, as part of their autonomy, if effectively manage only the fundamental functions in an associated way, of which to the amended paragraph 14, decree law 31 May 2010, n. 78 as amended by the conventions or the union, or all the functions and services by special union in derogation to paragraph 32, subsection 3 and 6, legislative decree no. 18 August 2000, no. 267, ex-paragraph 16, subsection two and ss, decree law 13 August 2011, no. 138 as converted and lastly amended or one or more conventions ex-paragraph 30 of the legislative decree 18 August 2000, no. 267.

The Municipalities that exert in associated form all the functions and public services through special unions, by way of derogation as provided by subsection three and six, paragraph 32 of the legislative decree 18 August 2000, no. 267, will have applied the rules laid down by the amendment, which provides that: to the unions are also entrusted to deal with competencies in the field of economic and financial programming and management accounting as well as the taxing rights on local taxes, the resident population of the union, calculated pursuant to paragraph 156, subsection two, legislative decree 18 August 2000, no. 267, must be according to law higher than 5000 inhabitants or 3000 if the municipalities belong or belonged to mountain communities; the municipalities, by resolution of their respective municipal councils will have to present to the Region a proposal of aggregation of the respective union within six months from the date of entry into force of decree law 6 July 2012 no. 95; within 31 December 2013, the Region will provide to sanction the establishment of the unions in the territory, even if the municipal councils haven't presented their proposal, being able to vary the demographic threshold of the special unions by bringing it even below to that provided by paragraph 16 decree law 13 August 2011, no. 138, as amended by decree law 6 July 2012

no. 95, as mentioned above; the bodies of the union are the council, the president and the executive council; the council is composed by all the mayors of the union and for the first application by two municipal councilors for each of them. The counselors are elected from among the members of their respective municipal councils within 20 days from the date of the union institution and ensure that one of them belongs to the opposition. The council is entitled to the powers conferred by the legislative decree no. 18 August 2000, no. 267; within 30 days from the date of the establishment of the union, the council is summoned in law and elects the president of the union between the mayors of the municipalities involved; up to this date the competences of the union are carried out by the mayor of the municipality member having the highest number of inhabitants; the President, in charge for two and a half years and renewable, is vested by the powers of the mayor paragraph 50, legislative decree no. 18 August 2000, no. 267, it being understood in head of the mayors of each municipality that are members of the union the powers of paragraph 54 of the same unique text, and subsequent amendments; the city council, charged with the competences provided for in legislative decree no. 18 August 2000, no. 267, is composed by the President and the assessors appointed by the President from among the mayors that compose the council, in total, number not exceeding that for the municipalities with corresponding population<sup>21</sup>; within 20 days of the institution of the union the council lays down the rules for the mode of operation of its bodies and regulates its relationships; municipalities can also perform the functions utilizing one or more conventions pursuant to paragraph 30, legislative decree no. 18 August 2000, no. 267, of at least a three-year duration, subject to the need to prove within the expiry term for the joint management of the functions the achievement of significant levels of effectiveness and effi-

<sup>21</sup> The council "forfeits upon termination of the respective President," final item 16, comma. 9, decree law 13.8. 2011, no. 138 converted into law 14.9.2011, n. 148, as amended by item 19, comma 2, decree law 6.7.2012, n. 95 converted into law 7.8.2012, n. 135.

ciency. Otherwise it passes to the union; from the day of the proclamation of the elected the councils of the municipalities that are part expire by law; with reference to the Stability Pact it is confirmed that the Municipalities that opt for the union ex-paragraph 16, decree law 13 August 2011, no. 138 will be subject to the Stability Pact from 2014; all the human and instrumental resources related to the functions and services are transferred to the union of municipalities so-called special, as well as their financial relations resulting from the financial statements.

This so-called special union doesn't seem feasible for Municipalities that have a resident population of over 1000 inhabitants, also because this special discipline is an explicit derogation to the legislative decree no. 18 August 2000, no. 267; however, subsection four, paragraph 19, decree law 6 July 2012, no. 95 as converted establishes that the municipalities up to 5000 inhabitants that are already part of a union must opt, *<<where the necessary conditions exist>>*, for the discipline of paragraph 14 of the decree law 31 May 2010, no. 78, or for the special union of paragraph 16 of the decree law 13 August 2011, no. 138.

#### **5. The amended paragraph 32 legislative decree no. 18 August 2000, no. 267, basic law in terms of unions between municipalities.**

The third and final part of paragraph 19 subsection three amends paragraph 32 legislative decree no. 18 August 2000, no. 267, i.e. the basic law in terms of unions between municipalities.

Reformed is paragraph 32, legislative decree no. 18 August 2000, no. 267 (union of municipalities) and among the main changes is: a) The union of Municipalities mainly formed by Mountain towns, is called the union of mountain Communities and can also carry out the specific skills for the protection and promotion of the mountain assigned to implement paragraph 44, subsection 2 of the Constitution and of the laws in favor of mountain areas; b) Each one of the Municipalities may participate to only one union, it is expected that the unions of municipalities

can draw up special conventions among themselves or with individual Municipalities; c) The detail identifies the organs of the union and the modalities of their constitution. The president must be chosen from among the mayors of the associated Municipalities, the council must be formed by the members of the executive of the associated Municipalities, and the City Council must be composed by a number of councilors, elected by each council of the associated Municipalities among its members, no greater than that provided for the Municipalities with a population equal to that of the overall institution, guaranteeing the representation of minorities and ensuring, where possible, the representation of each Municipality; d) As in the previous paragraph 32 legislative decree no. 18 August 2000, no. 267 the option for an institution of second degree is confirmed, the statute identifies the functions carried out by the union and the corresponding resources and no longer the discipline of the organs of the Union; e) The union continues to have regulatory and statutory autonomy and are applied to it "mutatis mutandis, (as it is compatible), the principles provided for the ordering of Commons, with particular regard to the status of administrators, to finance and accounting, to the staff and organization"; f) The municipalities confer to the union the human and instrumental resources necessary to carry out its duties. New constraints have been introduced on staff costs: in fact, subject to the restrictions provided by law, the expenditure incurred for the staff union mustn't, in first application, exceed the sum of the costs of staff previously incurred by each participating municipality; in addition, it provides that, through specific measures of rational organization and a strict planning of requirements, progressive cost savings must be ensured regarding the staff; g) It is confirmed that the union competes with, revenue from taxes, fees and contributions on services entrusted to it; h) Municipalities with populations of up to 5000 inhabitants already part of a union may opt for, if there are the conditions for the rules provided by paragraph 14, decree law 31 May 2010 or for that of paragraph 16, decree law 13 August 2011, no. 138.

Finally, it should be noted that problems could arise on the compatibility of certain laws with the existing limits of legislative state power in terms of associative forms, as stated by the Constitutional Court<sup>22</sup> on the mountain communities.

## 6. Paragraph 119 of the Constitution and the balanced budget.

Paragraph 119 of the Constitution had been replaced by the constitutional law n. 3/2001.

It has recently been further modified by the constitutional law 20 April 2012, no. 1, concerning the introduction of the principle of balanced budget<sup>23</sup> in the Constitution Charter.

The new paragraph 119 reformulates the system of financing of the local authorities<sup>24</sup>,

<sup>22</sup> See Constitution Court, 27.7.2009, n. 237 and 21.3.2011, n. 91. The Court held that the guarantee of the presence of minorities in the board of the community, as laid down in the amended subsection 3, para. 32 of the tuel, does not fall within the legislative powers of the State, as this field abides to the regulations of associative associations, residual matter within the competence of the regions and not in the matter of the coordination of public finance.

<sup>23</sup> Reference is made to the appropriate law to be approved by an absolute majority of the members of each House with in February 28, 2013 - defined "legge quadro di contabilità" - "framework law for accounting" - the definition of the content of the budget law, of the criteria aimed at ensuring the balance between income and expenditure budgets and debt sustainability of the complex of public administrations. This law should define: verifications, checks, maximum limits of negative variances, rules on spending.

<sup>24</sup> The first subsection of the article is for the allocation of financial autonomy of income and expenditure of the municipalities, provinces, metropolitan cities and regions. The second subsection gives to these local authorities the opportunity to set and apply "its own taxes and revenues, in harmony with the Constitution and the principles of coordination of public finance and the tax system", moreover, these bodies, have "share in the tax revenues referable to their territory." In the third subsection is laid out for the establishment of an "equalization fund with no allocation constraints for the territories with less fiscal capacity per inhabitant." Still, the fourth subsection, states that the resources deriving from sources contained in the preceding subsections, that is their own taxes, sharing and equalization fund, allow municipalities, provinces, metropolitan cities and regions, to "fully finance the public functions attributed to them." The fifth subsection stipulates that the "State allocates additional resources and

with the intention of strengthening its financial autonomy<sup>25</sup>.

The structure of the amended paragraph, configures a precise regulatory model that presents four macro fundamentals areas.

The first, object of the first four subsections, outlines the terms of financing of the activities of the local authorities. In particular, the regions and local authorities must stand on their own finance, which is funding their own costs with the resources taken from their own community.

However, the coordination of public finance and the tax system is - as established by paragraph 117, subsection three, of the Constitution - field of concurrent legislation, the State / Regions, therefore, the principles of this matter will be dictated by the state.

As a result, the Regions and local authorities can introduce new taxes and fees, only if they are prescribed by the state legislation. In addition, paragraph 119 introduces the principle of "territoriality of taxation", according to which, the revenue collected from a territory, according to certain rules established by state law, must remain, at least in part, in the production area.

The resources of which the bodies of the territorial government dispose according to the constitutional law, are of three kinds: own

*carries out special interventions*" to specific local authorities in order to "promote economic development, social cohesion and social solidarity, to remove economic and social imbalances, to facilitate the effective exercise of the rights of the person, or to provide for purposes other than the normal performance of their duties ". Finally, the sixth subsection, closes the article by providing that municipalities, provinces, metropolitan cities and regions have "its own assets, allocation according to the general principles determined by the law of the State," they may also "borrow only to finance investment costs", "state guarantees are still excluded on loans " that are contracted by these local authorities.

<sup>25</sup> It is observed that, even if the current constitution is applied, for which implementing rules are still pending, or whether the proposed reforms will be approved by the center-right, more than half of all the taxes collected in Italy, more or less 57 %, will go to local authorities, regions in the first place but also provinces and municipalities, which means assigning to the outskirts a gigantic amount of resources, about 127 billion euro. See M. ESPOSITO, *Chi paga la devolution?*, Bari, 2003, p. 83 et seq.

taxes, share in the state taxes attributable to its territory of relevance, shares of the equalization fund which serve to meet the needs of the less-advantaged, that is, according to the law, with a lower fiscal capacity per inhabitant.

The second subsection five of the paragraph, specifies an activity of financial intervention of the State to supplement the ordinary resources of the local authorities. The State may adopt measures to compensate for the less advantaged territorial situations by an equalization fund.

In addition, the State allocates additional resources and performs special interventions in favor of specific Regions and local authorities to promote economic development, social cohesion and solidarity, to remove economic and social imbalances, to facilitate the effective exercise of the rights of the person, etc.. This additional resource is related ultimately to achieve solidarity and development that integrates and adds but by no means replace, since it is planned to safeguard the fundamental rights guaranteed in the preceding subsections.

The third macro area, subsection 6, regulates, among other things, with the general rule the 'autonomous' debt capacity of local authorities limiting it to the costs of investment. The Regions and local authorities can resort to indebtedness only to finance their expenditures of investments, but not to finance current expenditure. It excludes State guarantees on loans from these institutions.

The Constitutional Law 1/2012 states that the resorted to debt - permitted (as mentioned above) exclusively to finance investment expenditure - is subject to the contextual definition of amortization schedules.

The fourth macro area, regards the financial autonomy and the fulfillment of the ties dictated by the European Union. In particular, the amendment of 2012 introduces the principle that the financial autonomy of Municipalities Provinces, Metropolitan Cities and Regions, it is ensured in compliance with the balance of the related financial statements, furthermore, the principle of concurrence of the Regions and local bodies has also been constitutionalized for the fulfillment of eco-

nomic and financial constraints deriving from the European Union.

It is clear that the legislature's intention was mainly to expand the financial autonomy of the Regions and local authorities<sup>26</sup>, but in the respect of the balance of the related financial statements.

In this perspective it is useful to make a first reflection on the mechanisms of the financial aspects (particularly in terms of revenue) that are drawn in the new relationship between state and local authorities: called *fiscal federalism*.

The model drafted by new paragraph 119 of the Constitution provides for a specific constraint, which is defined in the fourth subsection of paragraph 119, which establishes that *"the resources derived from the sources referred to in the preceding subsections enable municipalities, provinces, metropolitan cities and regions to fully finance the public functions attributed to them."*

This law, reaffirming the indispensable principle, of the need that the standard resources available are adequate to the financial requirements resulting from the operation, to the normal level, of the functions assigned to each local authority, requires the Legislature to build a financial system such that each body (applying the standard rate of tax and the standard level of tariffs) is in a position to provide the administered local community an appropriate level of services.

Which is the appropriate level of services, and most importantly, who is entitled to deliberate on the matter, results from paragraph 117 (subsection 2, letter m) where it is said that the State has exclusive legislative powers in the *"determination of the essential levels of services concerning civil and social rights that must be guaranteed throughout the national territory"*, and in which it is written (subsection two, letter p) that it falls for the exclusive legislation of the state the discipline of the *"the fundamental functions of Municipalities, Provinces and Metropolitan Cities."*

<sup>26</sup> See F. GALLO, *First observations on the new para. 119 of the Constitution*, in *Review tax*, No. 2, 2002, p. 589 et seq. where it is argued that the revision of the new para. 119 led to a considerable expansion of local financial autonomy.

So, at first reading, it seems that paragraph 119 inspires its overall identification of the ways in which, from the point of view of financial feasibility, the autonomy of the local authorities is carried out subordinating it, according to the quoted subsection four, to safeguard the rights which, constitutionally, must be guaranteed to all citizens. From this point of view, please note that with reference to the principle of sufficiency of resources, the citizen's right to benefits relating to "*civil and social rights*", assumes constitutional significance, not only by virtue as provided for in the aforementioned paragraph 117, subsection two lett. m). It is in fact the foundation in the fundamental principles set out in the opening words of the Constitution and in the series of constitutional rights which are the concrete specification of those principles. It is known that among the latter are the two prominent principles of freedom and equality and that from each one of them comes a distinct sequence of constitutional rights: civil rights and social rights.

Ultimately, it is evident that when competence to provide the services in question is attributed to the local authorities, the competence and supervision to ensure the homogeneity of the essential performance on the entire national territory is entrusted by the Constitution exclusively to the legislation of the state.

## 7. Conclusions.

Law no. 1 of 20 April 2012 "*Introduction of the principle of the balanced budget in the Constitution*" was definitely in-second-deliberation approved by the Senate (17 April 2012) and the Chamber of Deputies (6 March 2012), with a majority of two thirds of the members.

The aim of the constitutional amendment is to introduce a clear commitment in terms of budgetary discipline, connecting it to a bond of debt sustainability of all the public authorities, in the respect of the rules in economic and financial matters deriving from Europe.

The changes other than paragraph 81 also concerned paragraphs 97, 117 and 119 of the Constitution.

In particular, the rules have been specified on the public finances and the preparation of financial statements, which must be balanced, it is the State's duty to ensure the balance between the incoming and the costs of its budget, while taking into account the changing phases - adverse or favorable - of the economic cycle.

A possible derogation to the principle in question is expected to cope with the effects of the economic cycle and exceptional occurrences, in the latter case it requires the approval of the absolute majority of the members of each House, so as to circumscribe the cases (such as natural disasters).

The principle of budgetary balance and public debt sustainability becomes an obligation for public authorities, pursuant to paragraph 97 of the Constitution.

The harmonization of public accounts becomes exclusive discipline of the State and no longer subject to concurrent legislation between State and Regions, pursuant to paragraph 117, subsection two.

The obligation in question also involves the local authorities, in particular their financial independence is ensured in compliance with the balance of the related financial statements, in addition, municipalities, Metropolitan Cities, Provinces and Regions are involved in the observance of the economic flows arising from 'sorting of the European Union. Regarding the recourse to indebtedness of bodies mentioned above, there is need of contextual definition of repayment plans, and on condition that for the complex of institutions of each region is respected budgetary balance. The independent body to whom are delegated the functions of analysis, assessment and evaluation is provided at the Chambers. The latter, is entrusted the function of public financial control, particularly with regard to the balance between revenue and expenditure, as well as the quality and effectiveness of government expenditure.

These provisions will be applied from the financial year relating to 2014.

Finally it should be noted that all of the latest interventions made by the state legislature, as is clear from what is stated above, have only one direction, namely the contain-



ment of public spending in order to fulfill its obligations towards the European Union.

The legislature, though in view of saving, as evidenced by the constitutional amendments, underlines that the services and func-

tions of the citizens must be guaranteed, so this will involve for the public administration the pursuit of a single objective, that is, a management more and more efficient, effective and economic.

«.....GA.....»

# PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE: DEVONO ESSERE PUBBLICATE ON LINE LE CONVENZIONI - QUADRO VOLTE A DISCIPLINARE LE MODA- LITÀ DI ACCESSO AI DATI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.**

*Si invitano le P.A. che utilizzano l'applicativo "Amministrazione Trasparente" distribuito dalla Gazzetta Amministrativa per conto della Funzione pubblica, a pubblicare on line nelle apposite sezioni le convenzioni-quadro volte a disciplinare le modalità di accesso ai dati. In tal senso nelle nuove linee guida per la stesura di convenzioni per la fruibilità di dati delle pubbliche amministrazioni (art. 58 co. 2 del CAD), a pag. 8 "Raccolta e disponibilità del dato" si ribadisce che le pubbliche amministrazioni prima di procedere alla raccolta di nuovi dati, sono tenute a verificare se le informazioni di cui hanno bisogno possano essere acquisite mediante l'accesso a dati già in possesso di altre pubbliche amministrazioni o soggetti pubblici, in ottemperanza alle norme sulla "fruibilità di dati" previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale. A tal fine, in attuazione anche delle recenti disposizioni in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni (d. lgs. 14.3.2013, n. 33), le pubbliche amministrazioni devono rendere conoscibili le diverse tipologie di dati che possono essere fruibili da altre pubbliche amministrazioni, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale delle convenzioni-quadro volte a disciplinare le modalità di accesso ai dati. In linea con le previsioni di cui all'art. 35, co. 3, lett. b) del citato d. lgs. 33/2013 dette convenzioni quadro devono es-*

*sere pubblicate nella sezione denominata "Amministrazione trasparente", seguendo la struttura delle sottosezioni contemplata in allegato al medesimo provvedimento e di seguito riportata: sotto sezione 1° livello "Attività e procedimenti" sotto sezione 2° livello "Dichiarazioni sostitutive e acquisizione d'ufficio dei dati". Unitamente alle convenzioni quadro le amministrazioni provvedono altresì a pubblicare le informazioni di cui alle lettere a) e c) dello stesso art. 35, co. 3. (G.A. "Amministrazione Trasparente" nota a Linee guida fruibilità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni, 29.7.2013).*

«..... GA.....»

### **ELABORATO DALLA FUNZIONE PUBBLICA IL PIANO NAZIONALE ANTI-CORRUZIONE**

*Il Ministro Gianpiero D'Alia ha trasmesso alla CIVIT la proposta di Piano Nazionale Anticorruzione elaborata dal Dipartimento della Funzione pubblica che ora dovrà essere approvato dalla CIVIT. Destinatari sono tutte le P.A. di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001. Per le regioni, gli enti del S.S.N., gli enti locali e gli enti ad essi collegati alcuni adempimenti attuativi saranno definiti attraverso intese in sede di Conferenza unificata (art. 1, coo. 60 e 61, l. 190/2012). Per il personale in regime di diritto pubblico (art. 3 del d.lgs. 165/2001), dovranno essere assicurate iniziative e misure di prevenzione analoghe a quelle previste per il personale contrattualizzato. Le Autorità amministrative indipendenti, gli enti pubblici economici, gli enti*

di diritto privato in controllo pubblico, le società partecipate e le società da esse controllate (art. 2359 c.c.) sono destinatari per le parti in cui sono espressamente indicati. Il Piano è diviso in tre Sezioni: 1) Prima sezione: sono esposti gli obiettivi strategici e le azioni da implementare a livello nazionale. La responsabilità è in capo al Dipartimento della funzione pubblica e degli altri soggetti istituzionale che operano per la prevenzione a livello nazionale. 2) Seconda sezione: è dedicata all'illustrazione della strategia di prevenzione a livello decentrato ossia a livello di singola amministrazione e contiene le direttive alle pubbliche amministrazioni per l'applicazione delle misure di prevenzione tra cui quelle obbligatorie per legge. 3) Terza sezione: contiene indicazioni circa la comunicazione dei dati e delle informazioni al D.F.P. e la finalizzazione dei dati successivamente alla raccolta, per il monitoraggio e lo sviluppo di ulteriori strategie (**Ministero per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, comunicato del 12.7.2013**).

«..... GA.....»

## **TRASPARENZA, CALENDARIO DELLE PROSSIME SCADENZE A CARICO DELLE AMMINISTRAZIONI**

Tutte le scadenze per le P.A. emergenti dalle norme sulla "Trasparenza Amministrativa" sono indicate in sintesi dalla Civit che con apposito documento precisa che: 1) a Settembre/Dicembre 2013 (CIVIT indicherà la data) l'OIV dovrà procedere alle attestazioni mirate sull'assolvimento di specifiche categorie di obblighi di pubblicazione in alcune tipologie di amministrazione; 2) 31.12.2013 l'OIV dovrà Attestare l'assolvimento degli obblighi di pubblicazione per il 2013 (CIVIT renderà disponibile la nuova griglia che sostituisce quella relativa al 2012 allegata alla delibera 4/2012); 3) 31.1.2014 le Amministrazioni dovranno Adottare il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016; 4) entro il 28.2.2014 il Responsabile della trasparenza (solo per le amministrazioni statali e gli enti pubblici non economici nazionali) dovrà inserire sul Portale della trasparenza il Programma triennale

2014-2016 e compilare la scheda illustrata nell'allegato 3 alle Linee Guida per l'aggiornamento del Programma; 5) entro 28.2.2014 l'OIV (solo per le amministrazioni statali e gli enti pubblici non economici nazionali) dovrà procedere alla rilevazione e comunicazione degli esiti dei riscontri effettuati sull'avvio del ciclo della trasparenza 2014 attraverso la compilazione della scheda illustrata nell'Allegato 4; 6) entro il 31.12.2014 a carico dell'OIV è prevista l'attestazione sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione per il 2014 (**CIVIT - Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche**).

«..... GA.....»

## **TRASPARENZA: ENTRO IL 28 LUGLIO ON LINE LE SITUAZIONI PATRIMONIALI DI MINISTRI, VICE MINISTRI E SOTTOSEGRETARI**

Il sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, Filippo Patroni Griffi ha adottato una apposita circolare indirizzata a tutti i Ministri, a tutti i Vice Ministri e a tutti i Sottosegretari affinché, in ottemperanza delle normative sulla trasparenza, pubblicino, sul sito istituzionale, tutti i dati sulla loro situazione patrimoniale. L'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 14.3.2013 prevede infatti che le pubbliche amministrazioni pubblicino entro tre mesi dalla elezione (28 aprile-28 luglio) o dalla nomina dei titolari di incarichi politici i seguenti documenti e informazioni: • L'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo; • il curriculum; • i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici; • i dati relativi all'assunzione di altre cariche presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti; • gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi spettanti; • le dichiarazioni previste dalla legge per il coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado ove gli stessi vi consentano (**Presidenza del Consiglio dei Ministri, Sot-**

**tosegretario di Stato nota prot. 2327 del 16.5.2013).**

«..... GA.....»

**IL D.LGS N. 39/2013 SULLA INCOMPATIBILITÀ E/O INCONFERIBILITÀ DEGLI INCARICHI NELLE P.A. E NEGLI ENTI PRIVATI IN CONTROLLO PUBBLICO SI APPLICA ANCHE AGLI INCARICHI PREESISTENTI ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLE NUOVA NORMATIVA**

*La CIVIT chiarisce che il d.lgs. n. 39/2013 può far rimuovere da cariche ed incarichi coloro che versano in condizione di incompatibilità e/o inconferibilità dal momento della sua entrata in vigore e non ha effetto retroattivo. La delibera in questione interviene a risolvere un problema interpretativo rappresentato da molti amministrazioni di seguito indicate: QUESITI: "1. Nota del 24.5.2013 del Segretario generale del Comune di Pesaro, in merito all'applicabilità delle disposizioni in materia di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n.39/2013. 2. Nota del 2.5.2013 del Direttore generale dell'UPI, con la quale si chiede alla Commissione un parere in ordine all'interpretazione delle norme del d.lgs. n. 39/2013 relative all'incompatibilità degli incarichi. In particolare si chiede "se l'incompatibilità sopravvenuta debba portare alla decadenza dell'incarico o se debba prevalere il principio del tempus regit actum, per il quale gli incarichi in essere andrebbero a scadenza con la normativa previgente in tema di incompatibilità". 3. Nota in data 30.5.2013, con la quale il Comune di Canegrate (Milano) chiede il parere della Commissione in ordine all'applicabilità dell'art. 12, coo. 3 e 4, del d.lgs. n. 39/2013 "alle situazioni già consolidate" al momento della data di entrata in vigore della norma. 4. Nota del 21.5.2013 del Segretario generale della Città di Massafra, con la quale si chiede "se le cause di incompatibilità e di inconferibilità di incarichi presso pubbliche amministrazioni", di cui al d.lgs. n. 39/2013, "abbiano effetto retroattivo". 5. Nota del 24.5.2013 di un consigliere*

*della Provincia di Lecce, con la quale si chiede alla Commissione "se le cause di incompatibilità previste dal d.lgs. n. 39/2013 (...) si applicano agli incarichi ricoperti dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto (...) oppure se i predetti motivi di incompatibilità debbano essere contestati, con l'entrata in vigore della norma in questione, a prescindere dalla data di conferimento dell'incarico/i". 6. Nota in data 27.5.2013, con la quale il Segretario generale del Comune di Foggia chiede il parere della Commissione in ordine all'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 39/2013, ove si tratti di cariche assunte in epoca anteriore all'entrata in vigore della norma e a tutt'oggi rivestite. 7. Nota del 4.6.2013, con la quale il Segretario generale del Comune di Bari chiede alla Commissione un parere ai sensi dell'art. 16, co. 3, del d.lgs. n. 39 del 2013, in merito alla decorrenza della disciplina posta dall'art. 12 dello stesso decreto. 8. Nota del 5.6.2013 del Segretario generale della Provincia di Milano, con la quale si chiede, tra l'altro, di conoscere l'avviso della Commissione in ordine all'applicabilità delle norme del d.lgs. n. 39/2013 alle nomine e agli incarichi/cariche già conferiti alla data di entrata in vigore del citato decreto. 9. Nota del 14.6.2013 del Segretario generale del Comune di Gaeta (Latina) con la quale si chiede alla Commissione se "l'incompatibilità disposta dal nuovo decreto legislativo debba portare alla decadenza degli incarichi o se debba prevalere il principio tempus regit actum per il quale gli incarichi consolidati andrebbero a scadenza con la normativa previgente sul tema". 10. Nota del 30.5.2013, con la quale il Segretario generale della Provincia di Ancona chiede di conoscere e le disposizioni relative all'inconferibilità, ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. d) del d.lgs. n. 39/2013 debbano essere applicate anche agli incarichi in corso all'entrata in vigore del citato decreto. 11. Nota del 20.6.2013 del Dirigente della Ripartizione II della Regione autonoma Trentino-Alto Adige, con la quale si chiede, tra l'altro, "quali determinazioni adottare in riferimento agli incarichi attualmente in corso attribuiti precedentemente all'entrata in vigore del citato d.lgs. n. 39/2013, anche alla luce delle*

condizioni di incompatibilità introdotte dal decreto medesimo". 12. Nota del 10.6.2013 con cui il Segretario generale del Comune di Pisticci (Matera) chiede alla Commissione un parere in ordine alla eventuale sussistenza di cause di incompatibilità, ai sensi del d.lgs. n. 39/2013, tra l'incarico di assessore comunale e quello di dirigente a tempo indeterminato presso l'ATER, con particolare riferimento all'efficacia temporale delle richiamate norme." Tenuto conto di quanto previsto dall'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 39/2013, la Civit ha espresso il seguente avviso: "Va, in primo luogo, precisato che il problema dell'applicabilità delle disposizioni in esame si pone, comunque, a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 39/2013, e non della legge n. 190/2012, stante la chiara formulazione sul punto dei coo. 49 e 50 dell'art. 1 di detta legge, che affidano al legislatore delegato l'adozione di uno o più decreti legislativi "diretti a modificare la disciplina vigente. Ciò premesso, la Commissione ritiene che il d.lgs. n. 39/2013 non pone alcun problema di retroattività e, conseguentemente, di violazione dell'invocato principio tempus regit actum. Le norme del decreto – in particolare, gli artt. da 4 a 8 – non incidono sulla validità del preesistente atto di conferimento degli incarichi, mentre ben può la legge sopravvenuta disciplinare ipotesi di incompatibilità tra incarichi e cariche con il conseguente obbligo di eliminare la situazione divenuta contra legem attraverso apposita procedura. Gli incarichi e le cariche presi in esame dalla nuova disciplina sul punto, infatti, comportano l'espletamento di funzioni e poteri che si protraggono nel tempo (quali, ad esempio, atti di gestione finanziaria, atti di amministrazione e gestione del personale, ecc.). Trattandosi di un "rapporto di durata", dunque, il fatto che l'origine dell'incarico si situa in un momento anteriore non può giustificare il perdurare nel tempo di una situazione di contrasto con la norma, seppur sopravvenuta. Deve concludersi, pertanto, nel senso che la nuova disciplina è di immediata applicazione. Ne deriva che non è in questione l'applicazione del principio della irretroattività della legge, quanto piuttosto l'eventuale differimento dell'efficacia delle norme sulla incompatibilità, che avrebbe richiesto una

possibile ma necessariamente espressa previsione da parte del legislatore. Ma ciò non è avvenuto. A conferma della soluzione ora esposta si deve rilevare come già nella legge delega sia prevista l'applicabilità delle disposizioni in tema di incompatibilità anche ad ipotesi di incarichi preesistenti. L'art. 1, co. 50, lett. e) della l. n. 190/2012 affida, infatti, al legislatore delegato la disciplina dei casi di incompatibilità tra gli incarichi di cui alla lett. d) del citato decreto (gli incarichi amministrativi di vertice, nonché gli incarichi dirigenziali, anche conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, e gli incarichi di direttore generale, sanitario e amministrativo delle ASL e delle aziende ospedaliere, nonché gli incarichi di amministratore di enti pubblici ed enti di diritto privato in controllo pubblico) già conferiti e lo svolgimento di attività retribuite o no presso enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione che ha conferito l'incarico, o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività professionale sono regolati dall'amministrazione. L'art. 1, co. 50, lett. f) della citata legge, inoltre, affida al legislatore delegato la disciplina dei casi di incompatibilità tra gli incarichi di cui alla lett. d) del citato decreto (gli incarichi amministrativi di vertice, nonché gli incarichi dirigenziali, anche conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione e gli incarichi di direttore generale, sanitario e amministrativo delle ASL e delle aziende ospedaliere, nonché gli incarichi di amministratore di enti pubblici ed enti di diritto privato in controllo pubblico) già conferiti e l'esercizio di cariche negli organi di indirizzo politico. Nello stesso senso si devono richiamare gli artt. 9, co. 1, 12, co. 1 e 15, co. 1 del d.lgs. n. 39/2013, che fanno riferimento ai casi di assunzione e mantenimento dell'incarico incompatibile o divenuto tale. L'art. 9, comma 1, prevede, infatti, che gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, che comportano poteri di vigilanza e controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto priva-

to regolati o finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico, sono incompatibili con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o ente pubblico che conferisce l'incarico. L'art. 12, co. 1, a sua volta, sancisce che gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, della carica di componente dell'organo di indirizzo nella stessa amministrazione o nello stesso ente pubblico che ha conferito l'incarico, ovvero con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, della carica di presidente e amministratore delegato nello stesso ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico. L'art. 15, co. 1, del resto, presuppone tale ipotesi nel prevedere che: "il responsabile del piano anticorruzione di ciascuna amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgenza delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità." La soluzione adottata dal legislatore secondo l'interpretazione ora prospettata non contrasta, d'altra parte, con il richiamato principio della tutela dell'affidamento. Si deve rilevare, infatti, che tale soluzione si ispira chiaramente a principi di ragionevolezza, perché il protrarsi di situazioni di incompatibilità oggettivamente in contrasto con la nuova disciplina finirebbe col differire nel tempo la sua efficacia e, quindi, il perseguimento della finalità di prevenzione della corruzione che il legislatore ha attribuito alla disciplina in esame, e creerebbe una disparità di trattamento tra i dirigenti a cui è stato conferito l'incarico prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 39/2013 e i dirigenti a cui è stato conferito successivamente. Si può concludere osservando come sul piano sistematico l'interpretazione ora esposta ben si coordina con la disciplina dell'immediata applicabilità espressamente prevista dall'art. 3 del d.lgs. n. 39/2013 in tema di inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione richiamata nella nota." (CIVIT - Commissione Indipendente

per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche).

«..... GA.....»

## DISEGNO DI LEGGE "SEMPLIFICAZIONI", SINTESI DEI CONTENUTI FONDAMENTALI

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge in materia di semplificazioni, su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, Giampiero D'Alia, che contiene una serie di misure di semplificazione che completano il quadro degli interventi di sburocratizzazione dell'amministrazione, avviati con il cd. decreto-legge "Fare", approvato sabato scorso dal Consiglio dei Ministri. Si tratta di norme funzionali alla riduzione degli oneri amministrativi e informativi a carico di cittadini e imprese e utili per il rilancio dell'economia e l'ammodernamento del Sistema Paese. Si tratta, inoltre, di misure di semplificazione a costo zero che, in coerenza con precisi impegni assunti in sede comunitaria, permettono, come richiesto anche dalle maggiori associazioni imprenditoriali, di ridurre gli oneri amministrativi gravanti sulle imprese. La Presidenza del Consiglio precisa i contenuti fondamentali individuandoli tra l'altro come segue: A) semplificazione per i cittadini. 1) Rilascio, a richiesta dell'interessato, dei titoli di studio in lingua inglese, in maniera tale da poterli utilizzare all'estero senza necessità di costose traduzioni asseverate; 2) Riunificazione degli adempimenti relativi al cambio di residenza e al pagamento del tributo comunale sui rifiuti e sui servizi. Si evitano ai cittadini inutili duplicazioni burocratiche e si previene l'evasione tributaria; 3) Procedure del Pubblico Registro Automobilistico (PRA): I cittadini non dovranno più comunicare al PRA le perdite di possesso per furto ed i cambi di residenza, che verranno acquisiti d'ufficio. Fine del fenomeno delle intestazioni fittizie dei veicoli, perché sarà necessario produrre l'atto sottoscritto non solo dal venditore ma anche dall'acquirente per procedere al passaggio di proprietà. Ogni variazione riguardante la proprietà del veicolo verrà

immediatamente e gratuitamente comunicata dal PRA all'interessato con e-mail o sms. Entro il 31 dicembre di ogni anno, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa con la Conferenza unificata, approverà l'Agenda dei lavori per la semplificazione delle norme e delle procedure contenente le linee di indirizzo condivise tra Stato, Regioni, Province Autonome e Autonomie locali, sulle modalità, anche temporali, di attuazione delle misure di semplificazione vigenti. Questo consentirà di programmare e coordinare l'attività di semplificazione. L'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni per consentire lo scambio dei dati contenuti nelle diverse banche-dati. La norma risulta fondamentale per dare concreta attuazione al principio secondo il quale le pubbliche amministrazioni non possono chiedere ai cittadini e alle imprese documentazione relativa a dati e informazioni di cui sono già in possesso. B) semplificazione per le imprese: 1) tutor d'impresa. Il ddl introduce inoltre la figura di un tutor per le imprese che le segue passo passo nella loro attività, dall'inizio alla conclusione dei procedimenti. Nello specifico: informa sulle normative ad hoc che si possono applicare e su tutti gli adempimenti necessari per l'esercizio dell'attività produttiva. Il tutor garantisce l'osservanza delle migliori prassi amministrative e delle disposizioni in materia di semplificazione. Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione e Ministro dello Sviluppo Economico curano ogni anno, in collaborazione con le Regioni, l'ANCI, Unioncamere e le associazioni di imprese, la pubblicazione delle migliori prassi amministrative sul portale [www.impresa-inungiorno.gov.it](http://www.impresa-inungiorno.gov.it). 2) Lavoro. Per semplificazione degli adempimenti in materia di sorveglianza sanitaria, si prevede che la visita medica precedente alla ripresa del lavoro sia effettuata soltanto nel caso in cui la patologia sia correlata ai rischi professionali. Si elimina l'obbligo a carico del datore di lavoro di inviare all'INAIL le certificazioni mediche di infortunio sul lavoro e di malattia professionale poiché la comunicazione verrà fatta direttamente dal medico. 3) Beni Culturali. L'uscita temporanea dall'Italia di beni cultu-

rali non esposti, ma richiesti da accordi culturali con istituzioni museali straniere consente di ricevere un corrispettivo per lo sfruttamento economico di tali beni per un periodo che non può essere superiore a dieci anni; Per adeguarsi alle mutate prassi del settore cinematografico, si amplia la possibilità di depositare la copia del film presso la Cineteca nazionale per l'ottenimento dei contributi, oltre che mediante negativo della pellicola originale, anche in versione digitale. Si facilita il "found raising" sul territorio, anche di modico valore, da destinare a interventi di tutela dei beni culturali o paesaggistici, analogamente a quanto avviene in altri Paesi europei. In tal modo, nel caso delle donazioni di scopo per interventi di tutela del patrimonio culturale, si consente ai funzionari delegati del Ministero per i beni e le attività culturali di acquisire direttamente e utilizzare immediatamente le somme destinate a interventi specifici, mediante l'accensione di appositi conti correnti presso istituti bancari o altri soggetti autorizzati, eliminando il versamento delle somme in conto entrata dello Stato e la loro successiva riassegnazione allo stato di previsione della spesa del Ministero per i beni e le attività culturali. 4) Edilizia. Si semplifica la realizzazione di varianti ai permessi di costruire che non costituiscono variazioni essenziali, assoggettandole alla SCIA. Ciò può avvenire a condizione della conformità alle prescrizioni urbanistico-edilizie e dell'avvenuta acquisizione degli atti di assenso in materia ambientale e paesaggistica, nonché di quelli previsti dalle altre norme di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e in particolare delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie e di quelle relative all'efficienza energetica. Tali segnalazioni costituiscono parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruire dell'intervento principale e possono essere presentate prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori. 5) Appalti. Si modifica il codice dei contratti pubblici, semplificando le procedure per agevolare la partecipazione alle gare da parte delle piccole e medie imprese. In particolare, si prevede che le stazioni appaltanti devono motivare le ragioni della mancata suddivisione dell'appalto in

lotti; l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici vigilerà sul rispetto di tale adempimento. Al fine di promuovere lo sviluppo del partenariato pubblico privato, si riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di far ricorso a centrali di committenza, anche per l'affidamento dei contratti di concessione di lavori. Si prevede che, in caso di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al concessionario, gli enti finanziatori del progetto possono evitare la risoluzione designando una società che, in un termine non inferiore a 120 giorni, subentri nella concessione al posto del concessionario. Al fine di ridurre l'overdesign delle opere infrastrutturali ferroviarie e stradali, si prevede che l'introduzione di nuove norme nazionali non fondate su standard comuni europei di sicurezza ferroviaria deve essere limitata al minimo e subordinata ad una analisi economica di impatto sul sistema ferroviario che tiene conto dei relativi sovraccosti oltre che alla stima dei tempi necessari alla loro implementazione. 6) Privacy. La norma sulla privacy assume particolare importanza, in quanto, al pari di quanto avviene in altri Paesi UE, viene stabilito che, ai fini del trattamento dei dati personali previsto dal Codice della privacy, qualsiasi imprenditore, anche individuale, è considerato e trattato come persona giuridica: quindi, escluso dal trattamento dei dati personali ivi previsto. 7) Ambiente. Viene semplificata una serie di procedimenti nel pieno rispetto degli standard comunitari al fine di assicurarne l'accelerazione, fermi restando i livelli di tutela. Tra l'altro vengono affrontati i problemi della messa in sicurezza e della bonifica con il duplice fine di difendere l'ambiente e recuperare aree, anche ai fini produttivi, e vengono semplificati alcuni passaggi burocratici dei procedimenti di VIA, di VAS e AIA. 8) Settore agricolo e agroindustriale. Si escludono dall'obbligo di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali gli imprenditori agricoli che effettuano direttamente il trasporto di rifiuti pericolosi e non pericolosi di propria produzione e, in agricoltura, si prevede la possibilità di assunzioni collettive di lavoratori da parte di gruppi di imprese facenti capo allo stesso gruppo o riconducibili ad uno stesso proprietario ovvero ad uno stesso

nucleo familiare. Inoltre, si facilita la tenuta della contabilità degli imprenditori agricoli, consentendo agli imprenditori agricoli obbligati alla tenuta del registro di carico-scarico di delegare la tenuta degli stessi alla cooperativa agricola di cui sono soci. 9) Salute. In materia di influenza aviaria, si riducono gli obblighi di informazione per le aziende avicole familiari. Si snelliscono le procedure autorizzative per l'installazione delle apparecchiature a risonanza magnetica. 10) Semplificazione in materia fiscale. Il pacchetto di misure è volto ad agevolare il rapporto tra fisco e contribuenti attraverso un uso più diffuso degli strumenti informatici ed evitando duplicazioni di documentazione. Tra le principali novità: - Successioni: quando il valore dell'eredità non supera i 75.000 euro i beneficiari sono esonerati dalla dichiarazione se si tratta di coniuge o parenti in linea retta e se l'eredità non comprende immobili o diritti reali immobiliari. Attualmente la soglia per l'esonero è fissata in 50 milioni di lire; - Rimborso crediti d'imposta: si stabilisce che gli interessi sui rimborsi in conto fiscale siano erogati contestualmente al rimborso stesso senza che il contribuente debba presentare apposita istanza; - Spese di rappresentanza: viene portato a 50 euro (da 25,82 euro) il valore unitario degli omaggi per cui è ammessa la detrazione Iva. In questo modo il valore per la detrazione Iva viene uniformato a quello della deducibilità ai fini delle imposte sui redditi; - Ammortamento finanziario: si prevede l'eliminazione della preventiva autorizzazione per poter dedurre quote di ammortamento finanziario in caso di concessioni relative alla costruzione e all'esercizio di opere pubbliche; - Imprese di spettacoli: viene uniformata la percentuale di detrazione forfettaria dell'iva per le operazioni di sponsorizzazione con quella prevista per le spese di pubblicità. In questo modo si riduce il contenzioso dovuto alla difficoltà di distinguere le due categorie; - Società tra professionisti: ad esse si applica, anche ai fini Irap, il regime fiscale delle associazioni senza personalità giuridica costituite tra persone fisiche. La norma è volta a risolvere alcune incertezze interpretative. - Spese di vitto e alloggio dei professionisti: la disposizione specifica che queste spese sostenute direttamente dal committente

non costituiscono compensi in natura per i professionisti che ne usufruiscono. Inoltre sulle Deleghe normative e di semplificazioni, il disegno di legge contiene una delega per il riassetto normativo e la codificazione nelle materie del pubblico impiego e della documentazione amministrativa, nonché una delega regolamentare per la riduzione degli oneri regolatori a carico di cittadini e imprese e dei termini dei procedimenti. Contiene, inoltre, deleghe di settore, in materia ambientale, di beni culturali e di istruzione (**Consiglio dei Ministri n. 10 del 19.6.2013**).

«..... GA.....»

#### **ANTICORRUZIONE: CHIARIMENTI DELLA CIVIT SULLA ROTAZIONE DEGLI INCARICHI IN CASO DI DIPENDENTE SOSPESO A SEGUITO DI CONDANNA NON DEFINITIVA**

È stato chiesto alla Commissione come garantire la rotazione degli incarichi nelle ipotesi di sospensione di cui all'art. 4, l. n. 97 del 2001 del dipendente dal servizio a seguito di condanna non definitiva, qualora la dotazione organica non consenta di operare la rotazione” Risposta: La Commissione ha espresso l'avviso secondo cui, nelle ipotesi di sospensione del dipendente dal servizio a seguito di condanna non definitiva, qualora la dotazione organica non consenta di operare la rotazione degli incarichi dei dirigenti, l'amministrazione procederà ad affidare l'incarico ad un funzionario o, in subordine, si avvarrà di soggetto esterno all'amministrazione stessa (**CIVIT - Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche**).

«..... GA.....»

#### **DICHIARATA L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 63 DEL D. LGS 18.8.2000, N. 267 (TUEL), NELLA PARTE IN CUI NON PREVEDE L'INCOMPATIBILITÀ TRA LA CARICA DI PARLAMENTARE E QUELLA DI SINDACO DI UN COMUNE CON POPOLAZIONE SUPERIORE AI 20.000**

#### **ABITANTI**

Questo il dispositivo della sentenza n. 120 depositata dalla Corte Costituzionale in data 5.6.2013. La vicenda prende le mosse dall'azione popolare promossa da cittadini elettori nei confronti del Sindaco di Afragola, per accertare la sussistenza in capo ad esso della causa di incompatibilità (per contemporanea assunzione all'esito delle rispettive elezioni tenutesi entrambe nel mese di aprile del 2008) tra tale carica e quella di senatore della Repubblica italiana e dichiararne la decadenza dalla prima. Viene quindi sollevata dal Tribunale di Napoli apposita questione di legittimità costituzionale dell'art. 63 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, «in combinato disposto con l'art. 70 del d.lgs. n. 267/2000, nella parte in cui il suddetto art. 63, nel sancire le cause di incompatibilità, non prevede l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di Sindaco di un Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti, non consentendo così l'esercizio dell'azione popolare, per la lesione degli artt. 3, 51, 67 e 97 della costituzione nonché del principio di ragionevolezza in riferimento agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. n. 53/1960 [recte: n. 60/1953] come dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla sentenza n. 277 del 2011 della Corte costituzionale», «nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti». La Corte ha affermato che in assenza di una causa normativa (enucleabile all'interno della legge impugnata ovvero dal più ampio sistema in cui la previsione opera) idonea ad attribuirne ragionevole giustificazione, la previsione della non compatibilità di un munus pubblico rispetto ad un altro preesistente, cui non si accompagna, nell'uno e nell'altro, una disciplina reciprocamente speculare, si pone in violazione della naturale corrispondenza biunivoca della cause di ineleggibilità e di incompatibilità, che vengono ad incidere necessariamente su entrambe le cariche coinvolte dalla relativa previsione, anche a prescindere dal dato temporale dello svolgimento dell'elezione. Tanto più, allorquando «la regola della esclusione “unidirezionale” viene in concreto fatta dipendere, quanto alla

sua effettiva operatività, dalla circostanza - meramente casuale - connessa alla cadenza temporale delle relative tornate elettorali ed alla priorità o meno della assunzione della carica elettiva “pregiudicante” a tutto vantaggio della posizione del parlamentare; da ciò la lesione non soltanto del canone di uguaglianza e ragionevolezza ma anche della stessa libertà di elettorato attivo e passivo» (sentenza n. 277 del 2011; nonché sentenza n. 67 del 2012). Pertanto, la sussistenza di un’identica situazione di incompatibilità derivante dal cumulo tra la carica di parlamen-

tare nazionale e quella di sindaco di Comune con popolazione superiore a ventimila abitanti – in assenza di un peculiare motivo (e-nucleabile all’interno delle disposizioni impugnate ovvero nel più ampio sistema in cui esse operano) idoneo ad attribuirne ragionevole giustificazione ed a prescindere dal momento di assunzione delle cariche medesime - porta (stante l’assoluta identità di ratio) alla declaratoria di illegittimità costituzionale della mancata specifica previsione di tale incompatibilità nella norma impugnata (**Corte Costituzionale, 5.6.2013 n.120**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: AMBITO OGGETTIVO ED ECCEZIONI

dell'Avv. Antonio Cordasco e della Dott.ssa Laura Corallo

*Attività della pubblica amministrazione: provvedimento amministrativo - motivazione.*

*Activities of the public administration: administrative measure - motivation.*

*Sommario: 1. Introduzione. 2. Esame analitico e ambito applicativo della disciplina. 3. Eccezioni all'obbligo di motivazione. 4. Conclusioni.*

### **1. Introduzione.**

Il principio dell'obbligatorietà della motivazione dei provvedimenti amministrativi rappresenta la più alta espressione e concretizzazione dei principi di trasparenza, correttezza, partecipazione e buon andamento, che caratterizzano l'azione amministrativa e trovano fondamento nell'art. 97 della Costituzione.

La funzione espletata dalla motivazione costituisce la fase più importante nella formazione del provvedimento amministrativo che si concretizza nella rappresentazione, ai soggetti terzi investiti dagli effetti del provvedimento, non solo delle risultanze istruttorie acquisite dalla P.A. ma altresì del fondamento, in fatto e in diritto, del provvedimento finale.

La motivazione, oltre alla funzione conoscitiva appena descritta, costituisce altresì un penetrante strumento di controllo per i soggetti terzi, al fine di verificare, la correttezza, logicità, ritualità e veridicità del giudizio espresso dalla P.A. e la completezza dell'iter istruttorio espletato dalla stessa amministrazione.

La disciplina dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, seppur ha ricevuto espressa regolamentazione soltanto nel 1990 con la l. 241 sul procedimento amministrativo, ha origini risalenti.

La giurisprudenza, muovendo dall'obbligo di motivazione di cui all'art. 111 Costituzione, sesto comma, relativo ai soli provvedimenti giudiziari, ha infatti operato un'interpretazione estensiva di tale obbligo, evocandolo anche per i provvedimenti amministrativi, elaborando quindi, quale conseguenza del mancato rispetto di tale obbligo motivazionale, le sintomatiche figure dell'eccesso di potere, quale vizio afferente la motivazione del provvedimento amministrativo.

L'opera interpretativa elaborata dalla giurisprudenza è stata recepita dal legislatore nella legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90) che all'art. 3 sancisce l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi.

La materia è stata peraltro disciplinata da fonti sovranazionali, quali l'art. 41, co. 2, della Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E e l'art 253 del Trattato CE.

In particolare, il citato art. 41, co. 2, nel riprendere quanto previsto già dall'art. 253 del Trattato CE, impone l'obbligatorietà della motivazione nei provvedimenti amministrativi al fine di garantire una buona amministrazione, riprendendo un principio già affermato e noto nella giurisprudenza.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee (Seconda Sezione), 1.10.2009, nella causa C-370/07, ha chiarito che "*secondo una giurisprudenza costante, l'obbligo di motiva-*

zione, sancito all'art. 253 CE, implica che tutti gli atti di cui trattasi contengano un'esposizione dei motivi che hanno indotto l'istituzione ad emanarli, in modo che la Corte possa esercitare il proprio controllo e che sia gli Stati membri sia i terzi interessati conoscano le condizioni nelle quali le istituzioni comunitarie hanno fatto applicazione del Trattato (sentenza 17.5.1994, causa C-41/93, Francia contro Commissione, Racc. pag. I-1829, punto 34). Dalla giurisprudenza della Corte deriva che l'obbligo di indicare il fondamento giuridico di un atto fa parte dell'obbligo di motivazione (v., in particolare, sentenze Commissione/Consiglio, cit., punto 9, e 20.9.1988, causa 203/86, Spagna/Consiglio, Racc. pag. 4563, punti 36-38).

La Corte ha anche affermato che l'esigenza di certezza del diritto fa sì che qualsiasi atto che miri a produrre effetti giuridici debba trarre la propria forza vincolante da una disposizione del diritto comunitario che dev'essere espressamente indicata come fondamento giuridico e che prescrive la forma giuridica di cui il provvedimento dev'essere rivestito (sentenza 16.6.1993, causa C-325/91, Francia contro Commissione, Racc. pag. I-3283, punto 26). ..... Invero, tale obbligo (motivazionale), che è giustificato segnatamente dal controllo giurisdizionale che deve poter essere esercitato dalla Corte, dev'essere applicato ad ogni atto che può formare l'oggetto di un ricorso di annullamento. Secondo una giurisprudenza costante, costituiscono atti impugnabili ai sensi dell'art. 230 CE tutti i provvedimenti adottati dalle istituzioni intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti, a prescindere dalla loro forma (sentenze AETS, cit., punto 42; 11.11.1981, causa 60/81, IBM/Commissione, Racc. pag. 2639, punto 9, e 17.7.2008, causa C-512/06 P, Athinaiki Techniki/Commissione, Racc. pag. I-5829, punto 42). Ne consegue che, in linea di principio, ogni atto avente effetti giuridici è soggetto all'obbligo di motivazione".

L'impostazione comunitaria è conforme con l'orientamento assunto dalla giurisprudenza nazionale, dal quale si ricava che la normativa disciplinante l'obbligo di motivazione è finalizzata a proteggere molteplici

sfere giuridiche, da un lato infatti si pone a garanzia del privato cittadino, avendo concesso allo stesso un potente strumento di controllo nei confronti dell'attività della p.a., e dall'altro lato, in ossequio all'art. 24 cost., viene tutelata la P.A., alla quale viene concesso uno strumento di tutela per poter dimostrare agevolmente, nel caso in cui sorgano controversie o contestazioni aventi ad oggetto il proprio operato, la correttezza, trasparenza e ritualità del provvedimento finale e la corrispondenza dello stesso con i fatti dell'iter istruttorio espletato.

## 2. Esame analitico e ambito applicativo della disciplina.

Ad oggi la disciplina della motivazione del provvedimento amministrativo è dettata dall'art. 3 l. 241/90, il quale innanzitutto non si limita a sancire un generale ed astratto obbligo della motivazione per ogni provvedimento amministrativo, ma detta i presupposti necessari della motivazione.

Invero l'art. 3 sopracitato, estendendo il proprio ambito applicativo a tutti i provvedimenti amministrativi, ha superato la distinzione elaborata in dottrina tra provvedimenti a carattere discrezionale, per i quali si rendeva necessaria una motivazione e provvedimenti vincolati, per i quali, invece, non registrandosi alcuna attività discrezionale da parte della P.A., non era necessario assolvere all'onere motivazionale.

Tale ripartizione è stata eliminata dal dettato normativo, che fa riferimento a tutti i provvedimenti amministrativi ed è stato recepito dal Giudice Amministrativo, il quale ha avuto modo di precisare che "la natura asseritamente vincolata del provvedimento, facendo venir meno ogni margine di apprezzamento discrezionale, non esonera però l'Amministrazione dall'obbligo di esplicitare i presupposti del diniego, corredando l'atto di un congruo supporto motivazionale la cui assenza non può essere valutata alla stregua di mero vizio formale" (Cfr. TAR Piemonte, sez. I, sen. N. 3501/2005).

Tuttavia si sono registrati orientamenti contrari che continuano a sostenere la non necessità della motivazione per i provvedimenti vincolati, essendo sufficiente una mera giusti-

ficazione, ciò in quanto il provvedimento a natura vincolata “non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale” (CdS, IV, 1.10.2007, n. 5049; 10.12.2007, n. 6344; 31.8.2010, n. 3955; V, 7.9.2009, n. 5229).

Premesso ciò è doveroso soffermarsi sugli elementi di fatto e le ragioni di diritto, espressamente indicati al co. 1 dell'art. 3, che devono essere contenuti nella motivazione del provvedimento amministrativo.

E' di immediata percezione quale sia la differenza tra presupposti di fatto e ragioni di diritto, i primi infatti attengono ad un fatto, stabilito e accertato sulla base di elementi informativi, quali le fonti ed i mezzi di prova, acquisiti dalla p.a. nell'iter istruttorio che precede il momento dell'emissione del provvedimento finale; i secondi attengono al complesso normativo utilizzato dalla P.A. a sostegno della propria decisione finale.

Tuttavia, per quanto i due elementi attengono a due realtà ben distinte tra loro, autorevole dottrina (Carnelutti) ha avuto modo di precisare che se si considera che il comando giuridico è un fatto, dal quale occorra che sia stabilita l'esistenza, la differenza tra ragione di diritto e ragione di fatto appare alquanto ridimensionata: la ragione di diritto riguarda un tale fatto, che è un comando giuridico, la ragione di fatto riguarda, al contrario un tale fatto, che non è comando giuridico.

A prescindere dalle disquisizioni di carattere teorico, i fatti, che costituiscono il punto di partenza dell'attività amministrativa, non possono essere considerati certi dalla P.A. se non prima di aver espletato apposito iter istruttorio finalizzato a valutare dapprima l'esistenza o meno di tali fatti e successivamente la loro conformità alla legge.

Ne deriva che, in seno alla motivazione del provvedimento emesso, la ragione di fatto non può limitarsi all'indicazione di una mera raccolta di dati ed informazioni ma deve essere il risultato di un'approfondita valutazione operata dalla pubblica amministrazione, formata da una sequenza procedimentale logico-giuridica la quale, attraverso l'identificazione,

verificazione ed elaborazione del fatto, ne predispone la valutabilità ai fini della decisione finale.

Per quanto attiene le ragioni giuridiche, la pubblica amministrazione dovrà riportare le norme ed i principi di diritto applicati nel caso concreto.

Le ragioni di fatto e le ragioni di diritto devono essere riportate in modo tale da non lasciare nessun margine di arbitrio, irrazionalità ed illogicità nell'operato della P.A..

Da quanto detto emerge che l'art. 3 fornisce una disciplina puntuale e precisa in materia di motivazione, tuttavia nel caso concreto non si può addivenire allo stesso modello motivazionale per tutti i provvedimenti amministrativi, non esistendo infatti uno schema rigido, fisso ed immutabile, valevole per ogni tipo di provvedimento.

Su tale ultimo aspetto la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la profondità dell'impianto giustificativo muta con riferimento al variare degli effetti dell'atto, dei suoi destinatari, dell'incidenza dell'interesse pubblico perseguito sugli interessi privati (Cfr. CdS, VI, 23.11.2002, n. 6444; CdS, V, 4.4.2006, n. 1750).

La necessità di contemperare l'impianto motivazionale dell'atto amministrativo con le specifiche caratteristiche del provvedimento adottato dalla P.A., si accorda con il principio di speditezza dell'attività della pubblica amministrazione, considerato infatti che non per tutti i provvedimenti è necessaria una dettagliata motivazione, lasciando quindi alla Pubblica Amministrazione un margine di valutazione circa l'impianto motivazionale da adottare nel provvedimento finale.

Invero lo stesso art. 3 al co. 3 prevede una figura atipica di motivazione, la cosiddetta motivazione per relationem che non ha le caratteristiche indicate al primo comma. Tale figura si esplicita allorquando le ragioni della decisione contenute nel provvedimento finale si ricavano da atti utilizzati dalla P.A. nella fase istruttoria purché questi atti vengano allegati nel provvedimento finale o siano comunque conosciuti dal soggetto terzo.

La giurisprudenza si è molto soffermata sulla *ratio* di tale previsione, ritenendo che “la motivazione del provvedimento ammini-

strativo è tesa a consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico e giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un dato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad esso conferito dalla legge e facendo valere, eventualmente nelle opportune sedi, le proprie ragioni. Pertanto, la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla pubblica amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento, e ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 cost. (CdS, IV, 30.5.2005, n. 2770; conformemente id., 14.2.2005, n. 435; id. V, 20.10.2004, n. 6814). Ove quindi la decisione amministrativa risulti motivata, nel senso giuridico e nella decisione tecnica, dalla lettura non del solo provvedimento, ma degli atti del procedimento comunque noti o conoscibili dal privato, le doglianze sul difetto di motivazione dell'atto conclusivo non possono essere accolte". (CdS, IV, 30.11.2009, n. 7502). Tale orientamento, avallato dalla giurisprudenza successiva, muovendo dall'esigenza di speditezza e celerità dell'attività della P.A., esalta l'obbligo motivazionale imposto dall'art. 3, non tanto quale obbligo formale, bensì quale dovere sostanziale, per cui laddove la motivazione sia contenuta in atti istruttori utilizzati dalla p.a. e conosciuti o conoscibili dal terzo, l'amministrazione stessa può fare rinvio a questi nel provvedimento finale.

Tuttavia, al fine di evitare un uso improprio da parte della p.a. di tale particolare motivazione, la giurisprudenza ha precisato che "il provvedimento amministrativo preceduto da atti istruttori o da pareri può ritenersi adeguatamente motivato per *relationem* anche con il mero richiamo ad essi, giacché tale richiamo sottintende l'intenzione dell'Autorità emanante di farli propri, assumendoli a causa giustificativa della determinazione adotta-

ta, ma a condizione che dal complesso degli atti del procedimento siano evincibili le ragioni giuridiche che supportano la decisione, onde consentire al destinatario di contrastarle con gli strumenti offerti dall'ordinamento e al giudice amministrativo, ove investito della relativa controversia, di sindacarne la fondatezza (CdS, IV, 3.8.2010, n. 5150; id., IV, 23.11. 2002, n. 6444)" (Cfr. CdS, VI, n. 1156/2011).

Per cui la motivazione per *relationem*, seppur normativamente riconosciuta e ammessa in via unanime dalla giurisprudenza, deve essere utilizzata con le opportune garanzie, permettendo quindi sempre al terzo destinatario del provvedimento, di poter evincere le ragioni di fatto e giuridiche del provvedimento.

### 3. Eccezioni.

L'obbligo di motivazione, sancito dall'art. 3, co. 1, si estende a tutti i provvedimenti amministrativi, ad eccezione di quelli tassativamente indicati nel successivo co. 2 dello stesso art. 3.

Per cui sono soggetti all'obbligo di motivazione tutti gli atti della pubblica amministrazione che esprimano il suo potere autoritativo e che possano modificare la sfera del soggetto privato inciso dal provvedimento stesso.

Pertanto, sono esclusi dal generale obbligo di motivazione, gli atti politici, gli atti privatistici e tutti gli atti che non contengono i requisiti qualificanti il provvedimento. Le eccezioni a tale onere, previste dal co. 2 dell'art. 3, riguardano gli atti normativi e a carattere generale e ciò in quanto tali atti non possono incidere negativamente su situazioni soggettive o interessi concreti del privato.

In particolare, tra gli atti di contenuto generale devono essere menzionati gli atti di pianificazione urbanistica, per i quali la giurisprudenza ha precisato che "*Le delineate caratteristiche delle scelte urbanistiche escludono, d'altronde, la necessità di una specifica motivazione che tenga conto, anche solo eventualmente, delle aspirazioni dei cittadini, essendo al riguardo sufficiente il semplice riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto di piano*" (*ex pluribus*, CdS, IV,



14.12.2002, n. 6297; 6.2.2002, n. 664; 17.1.2002, n. 250; 19.1.2000, n. 245; 8.2.1999, n. 121; 9.7.1998 n. 1073).

Ne deriva che l'attività di pianificazione urbanistica, non potendo ledere la sfera privata, è svincolata dall'obbligo di motivazione, pur tuttavia nei casi in cui tale attività pianificatoria si incontri in qualche modo con la sfera privata dei cittadini, incidendo sulle c.d. aspettative qualificate, allora i provvedimenti necessitano della motivazione secondo le regole previste dall'art. 3 co. 1, l. 241/90; su tale punto il Giudice Amministrativo specifica che *"l'obbligo di una puntuale motivazione è stato ritenuto sussistente, ai fini del legittimo uso del jus variandi quando, le nuove scelte incidono su aspettative qualificate del privato"* (CdS, A.P. 22.12.1999, n. 24; IV, 9.7.2002, n. 3817; 27.5.2002, n. 2899; 20.11.2000, n. 6177; 12 marzo 1996, n. 301) (Cfr. CdS, n. 2827/2003).

Per cui rimangono soggetti all'obbligo di motivazione: la stipulazione di una convenzione di lottizzazione; una sentenza dichiarativa dell'obbligo di disporre, la convenzione urbanistica; un giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia; la decadenza di un vincolo preordinato all'espropriazione, e anche la variante di un piano urbanistico; l'onere di motivazione per le citate ipotesi si rende necessario per rendere noto al privato le ragioni di interesse pubblico che prevalgono sugli interessi privati e che possano giustificare la riqualificazione urbanistica.

Orbene, oltre alle ipotesi normativamente indicate dal co. 2 dell'art. 3 L. 241/90, vi sono taluni tipi di provvedimenti amministrativi i quali anche se non indicati, non sempre sono soggetti all'obbligo di motivazione, tra questi sono ricompresi gli atti organizzativi.

Per tale tipologia di atti la giurisprudenza ha delineato una distinzione tra *"atti di microorganizzazione"*, riferibili all'area della cosiddetta gestione dei rapporti di lavoro ed assunti dagli organi preposti alla gestione dei rapporti di lavoro" e gli atti di *"macroorganizzazione"* che hanno *"la funzione di delineare le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici e di indirizzo politico - amministrativo, di definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, di individuazione e*

*ripartizione delle risorse, ecc.- ricadono nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo"* (Cfr. TAR Lombardia n. 2426/2003).

La distinzione è di fondamentale rilevanza sotto il profilo della motivazione, soprattutto a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, ciò in quanto per gli atti di microorganizzazione, la motivazione si è resa necessaria *"ai fini della individuazione del giudice competente, in seguito all'introduzione del d. lgs. n.80/1998, sulle controversie in materia di pubblico impiego, giacchè, mentre la loro presenza non incide ai fini della devoluzione della giurisdizione al Giudice Ordinario"*; mentre i cd atti di macroorganizzazione sono esenti dall'obbligo di motivazione in quanto *"emanati nell'esercizio di un potere caratterizzato da ampia discrezionalità e finalizzati al raggiungimento degli obiettivi programmatici e delle finalità proprie dell'Amministrazione non necessitano di puntuale e specifica motivazione, ricadendo nell'ipotesi di esenzione di cui al co. 2 dell'art. 2 della l. n.241/90"* (Cfr. TAR Lombardia n. 2426/2003).

A ciò si aggiunga che la privatizzazione del pubblico impiego ha comportato, tra le varie conseguenze, anche la sottrazione dei provvedimenti emessi dalla p.a. in qualità di datore di lavoro agli oneri motivazionali. Ed infatti, esclusa l'ipotesi in cui la p.a. emetta atti o provvedimenti di carattere amministrativo, per gli atti di gestione del personale o di organizzazione del datore di lavoro pubblico non si applicano le regole sancite dalla L. 241/90, tra cui, per quel che qui ci interessa, l'obbligo di motivazione di tali atti, essendo qualificati come atti di diritto privato anche se provenienti da un soggetto pubblico.

A conferma di quanto detto giova menzionare quanto previsto dalla l. n. 165/2001, la quale all'art. 5 co. 2 sancisce espressamente che *"le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro"*.

Tuttavia l'esigenza di chiarezza e di trasparenza che contraddistingue l'attività della P.A. da quella del privato ha consentito di bi-

lanciare la libertà riconosciuta all'amministrazione quale datore di lavoro e le garanzie di trasparenza e buon andamento dell'attività della P.A.. Ed invero l'art. 19, co. 1 *bis* introdotto con la Legge Brunetta ha previsto che *"L'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta"*.

Tale norma ha avuto effetti di non poco rilievo, avendo in alcuni casi determinato la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale per non aver rispettato tale dettato normativo.

A prescindere da tale considerazione, rimane invariata la circostanza secondo cui gli atti adottati dalla P.A. in qualità di datore di lavoro, non sono soggetti alle norme sul procedimento amministrativo.

#### **4. Conclusioni.**

L'istituto della motivazione è divenuto ancor più importante a seguito della sentenza costituzionale n. 204/2004, la quale ha ristretto i confini dell'indagine da parte del Giudice Amministrativo ai soli atti amministrativi.

Tale sentenza ha avuto effetti dirompenti atteso che ha determinato l'insiducabilità, da parte del Giudice Amministrativo, dei comportamenti della P.A., limitando quindi l'indagine giudiziale ai soli atti amministrativi. E' doveroso precisare che rimangono escluse fattispecie tassativamente previste, quale

l'ipotesi del silenzio, per le quali è riconosciuta la giurisdizione sul comportamento della P.A.. Tali ipotesi sono del tutto eccezionali, essendo infatti individuate dalla legge e non derogano la regola appena espressa che limita l'oggetto dell'indagine, da parte del Giudice, agli atti della P.A..

In siffatto contesto la motivazione, elemento essenziale dell'atto amministrativo, riveste un ruolo centrale ai fini della valutabilità, da parte del giudice, della liceità o meno dell'operato della p.a., costituendo un ausilio per lo stesso Giudice al fine di emettere il giudizio.

Tuttavia, come sopra analizzato, la disciplina indicata dall'art. 3 l. 241/90, per quanto possa apparire analitica e dettagliata, permette alcune deroghe all'obbligo motivazionale, verificandosi infatti non poche ipotesi in cui taluni provvedimenti amministrativi, seppur non rientranti nelle eccezioni dell'art. 3 co. 2 l. 241/90, non assolvano all'obbligo motivazionale (basti pensare alla controversa questione dei provvedimenti vincolati).

Tra l'altro anche la giurisprudenza talvolta ha giustificato, confermandone la validità, atti con evidenti lacune motivazionali.

Pertanto, sarebbe auspicabile una regolamentazione delle diverse tipologie di provvedimenti, accordandosi con i principi di speditezza dell'azione amministrativa che possa maggiormente garantire l'obbligo di motivazione, prevedendo altresì sanzioni che, oltre che invalidare il provvedimento, possano fungere da deterrente per la P.A. all'elusione di tale onere.

# L'INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DAL "DANNO DA RITARDO" (ART. 2 BIS L. 241/90) ALL'"INDENNIZZO DA RITARDO" (ART. 28 DEL D.L. 21.6.2013, N. 69, CONVERTITO DALLA L. 9.8.2013, N. 98)

dell'Avv. Riccardo Gai

*Lo sviluppo della tutela del privato nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione: accanto al "danno da ritardo" (art. 2 bis l. 241/90) il legislatore introduce l'"indennizzo da ritardo" (art. 28 del d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. dalla l. 9.8.2013, n. 98).*

The development of the protection of private person against the inertia of public administration: next to the "delay damage" (art. 2 bis l. 241/90) the legislator introduces the "indemnity for delay" (art. 28 d.l. 21.6.2013, n. 69, converted from l. 9.8.2013, n. 98).

*Sommario: 1. L'inerzia della pubblica amministrazione ed il danno da ritardo: una tematica in continua evoluzione. 2. L'art. 28 del d.l. 69/2013: l'indennizzo da ritardo ed i rapporti con la tutela risarcitoria ex art. 2 bis della l. 241/90. 3. I possibili scenari futuri.*

## **1. L'inerzia della pubblica amministrazione ed il danno da ritardo: una tematica in continua evoluzione.**

L'inerzia della pubblica amministrazione, ed il conseguente danno che il privato subisce a causa del ritardo nella conclusione del procedimento, rappresentano una questione nodale, affrontata a più riprese dalla giurisprudenza e dalla dottrina senza che, tuttavia, si sia giunti a risposte univoche e soddisfacenti.

Il dovere di conclusione del procedimento (iniziato ad istanza di parte o d'ufficio) ed i termini per la conclusione sono disciplinati dall'art. 2 della l. 241/90, e sin dall'entrata in vigore della norma ci si è interrogati su quale fosse il bene della vita da essa tutelato: se si trattasse, cioè, di un interesse finale al conseguimento di un provvedimento favorevole nei tempi stabiliti; o se fosse, più semplicemente, un "mero" interesse alla tempestiva conclusione del procedimento, indipendentemente dall'esito favorevole o sfavorevole per il privato.

Da questa dicotomia, la dottrina ha coniato due distinte figure di "danno da ritardo".

i) La prima è il danno da ritardo "qualificato", ovvero coincidente con l'elisione del bene della vita sostanziale, oggetto dell'istanza del privato, cagionato dall'infruttuoso de-

corso del termine procedimentale. In altre parole è il danno derivante dal non poter svolgere l'attività, astrattamente consentita dall'ordinamento, ma impedita o ritardata dall'inerzia dell'amministrazione. Tale ipotesi ricorre, ad esempio, nel caso dell'emanazione in ritardo di un provvedimento favorevole: essa può integrare il presupposto fattuale della responsabilità per illecito della P.A., unitamente al rilievo che il privato non ha conseguito nei termini dovuti il bene della vita.

Oppure, altra ipotesi consiste nella mancata emanazione di un provvedimento vincolato, non essendovi dubbi sulla spettanza del bene della vita e dunque non potendo l'amministrazione negarlo tramite il suo comportamento inerte. Anche in tal caso, chiaramente, non viene risarcito l'interesse procedimentale, ma la violazione del bene della vita.

ii) La seconda figura è il danno da "mero ritardo", che si determina in relazione al solo verificarsi dell'infruttuoso decorso dei termini procedurali, ossia nel caso di mancata adozione di un provvedimento, prescindendo del tutto dalla circostanza che si tratti di un provvedimento favorevole o sfavorevole. Ed infatti, la risarcibilità del danno da mero ritardo dipende dalla risposta alla questione se

il privato abbia o meno diritto alla conclusione del procedimento, qualunque esito abbia. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha sempre ammesso la possibilità di ottenere il risarcimento per il ritardo "qualificato" mentre si è spesso divisa con riferimento al danno da "mero" ritardo.

A dirimere la controversia era intervenuta in un primo momento la decisione n. 7 del 15.9.2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha ritenuto che l'interesse legittimo pretensivo potesse essere tutelato con la tecnica del risarcimento del danno solo quando avesse ad oggetto interessi sostanziali, e non solo strumentali. Secondo tale arresto, dunque, il tempo non sarebbe un bene di per sé rilevante, considerando anche che non si rinveniva all'epoca alcuna disposizione normativa che tutelasse l'interesse alla certezza dei tempi procedurali.

Ciò fino all'introduzione dell'art. 2 bis della l. 241/90 (ad opera della l. 69/2009), in cui il legislatore ha previsto che "le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Sembrava, quindi, che il legislatore avesse finalmente inteso riconoscere espressamente la risarcibilità del mero interesse "procedimentale" al rispetto da parte della P.A. dei termini stabiliti per l'adozione dei provvedimenti amministrativi.

In sostanza, appariva ormai superato l'orientamento dell'Adunanza Plenaria che ammetteva la risarcibilità del danno da ritardo nei soli casi in cui emergesse, o per effetto della successiva azione dell'amministrazione o anche sulla base di un giudizio prognostico *ex post*, l'effettiva spettanza dell'atto richiesto dal privato.

Tuttavia, alquanto sorprendentemente, l'entrata in vigore di questa nuova disposizione non è servita ad indirizzare le pronunce dei giudici amministrativi in un'unica direzione (ovvero quella di ritenere il valore "tempo" quale bene della vita). Vi sono, infatti, pronunce che paiono recepire l'intento del legislatore: "L'art. 2 bis, co. 1, della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 69/2009, sta-

*bilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti equiparati sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino; in base a tale disposizione, si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica"*<sup>1</sup>; altre che, invece, aderiscono al "vecchio" orientamento, per cui "il ritardo nell'emanazione di un atto amministrativo è 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"<sup>2</sup>.

La questione è assai rilevante, implicando un'approfondita indagine sulla natura stessa dei rapporti "procedimentali" fra P.A. e privati.

Infatti, il riconoscimento della risarcibilità del danno "da mero ritardo", presupponendo l'esistenza di un interesse giuridicamente differenziato e tutelabile in giudizio, legato al mero rispetto delle norme che fissano la durata del procedimento, va necessariamente ricondotto allo schema dell'illecito contrattuale, ovvero a quello del "contratto sociale qualificato", contrastando la tesi maggioritaria secondo cui la responsabilità della P.A. per lesioni di interessi legittimi ha natura extracontrattuale. Anche se, obiettivamente, è lo stesso art. 2 bis - parlando di "inosservanza dolosa o colposa" del termine, a ricondurre la responsabilità della P.A. nell'alveo di quella aquiliana.

Ad ogni modo, la novella legislativa del 2009 non ha, evidentemente, sortito gli effetti sperati, considerando che sul piano applicativo non si è ancora presa una posizione defini-

<sup>1</sup> Cds, V, 28.2.2011, n. 1271

<sup>2</sup> Cds., IV, 7.3.2013, n. 1406; v. anche Cds, IV, 23.3.2010, n. 1699.

tiva sulla risarcibilità del danno per il mero decorso del tempo. Se, come abbiamo visto, vi sono sentenze che sposano la tesi secondo cui il legislatore avrebbe ormai definitivamente riconosciuto la risarcibilità del danno da inosservanza del termine di conclusione del procedimento, a prescindere dall'effettiva spettanza del provvedimento richiesto, ve ne sono altre in cui è riaffermato l'opposto principio della Plenaria del 2005.

In una situazione di così grave incertezza, pare auspicabile e necessario un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, perché esamini i principi a suo tempo enunciati alla luce della normativa sopravvenuta e dirima, finalmente, il contrasto giurisprudenziale in essere, al fine di eventualmente conciliare lo schema dell'illecito extracontrattuale con la risarcibilità del danno da mero ritardo.

## **2. L'art. 28 del d.l. 69/2013: l'indennizzo da ritardo ed i rapporti con la tutela risarcitoria ex art. 2 bis della l. 241/90.**

Nell'intricato contesto appena delineato, il legislatore è intervenuto introducendo nell'ordinamento una nuova figura di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione: il cd. indennizzo da ritardo.

La previsione è contenuta nel "decreto del fare" (d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. dalla l. 9.8.2013, n. 98), che all'art. 28 dispone: "*La pubblica amministrazione procedente o, in caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni, quella responsabile del ritardo e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, della l. 7.8.1990, n. 241, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo iniziato ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, corrispondono all'interessato, a titolo di indennizzo per il mero ritardo, una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo con decorrenza dalla data di scadenza del termine del procedimento, comunque complessivamente non superiore a 2.000 euro*".

Lo stesso articolo - al co. 9 - ha altresì modificato l'art. 2 bis della l. 241/90, inserendo un ulteriore comma: "*1 bis. Fatto salvo*

*quanto previsto dal co. 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 2, della l. 23.8.1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento*".

Va detto che, per ora, l'ambito applicativo della norma è assai ristretto, considerando che il co. 10 ne circoscrive l'applicazione "*in via sperimentale e dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa iniziati successivamente alla medesima data di entrata in vigore*".

Posto che la norma è in vigore da pochi giorni e che, quindi, manca la prassi applicativa cui fare riferimento in concreto, l'interrogativo di fondo concerne il momento in cui scatta il diritto all'indennizzo e - soprattutto - in quale rapporto esso si ponga rispetto alla tutela risarcitoria ex art. 2, co. 1, l. 241/90.

Stando al tenore letterale della norma in esame, tale indennizzo sarebbe dovuto una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento. Sarà pertanto l'interessato a dover attivare il potere sostitutivo, sia per ottenere l'emanazione del provvedimento, sia per ottenere l'indennizzo richiesto (co. 2). A fronte di un'ulteriore inerzia del funzionario titolare del potere sostitutivo, l'istante potrà decidere di attivare lo strumento giurisdizionale previsto dall'art. 117 c.p.a. (ricorso avverso il silenzio), nel quale può confluire la richiesta di indennizzo.

Ad un primo esame, sembrerebbe quindi che l'ottenimento dell'indennizzo sia subordinato alla proposizione dell'azione avverso il silenzio; diversamente ritenendo, si dovrebbe affermare la possibilità di proporre un'autonoma istanza di indennizzo al pari dell'autonoma azione di condanna al risarcimento del danno ex art. 30, co. 4, c.p.a. Dan-

do adito a quest'ultima ipotesi, automaticamente si esclude la sussistenza di una pregiudiziale intesa quale necessità del previo esperimento dell'azione avverso il silenzio (in mancanza di un provvedimento espresso) ovvero dell'azione di annullamento in caso di provvedimento tardivo sfavorevole.

Pertanto, si prospettano due possibilità di scelta per l'interessato: una tutela amministrativa stragiudiziale (attraverso l'attivazione del potere sostitutivo in capo al funzionario individuato dall'organo di governo ex art. 2, co. 9 bis e 9 ter della l. 241/90) ovvero la tutela giurisdizionale dinanzi il giudice amministrativo.

Il legislatore sembra, dunque, aver predisposto una corsia preferenziale costituita dalla tutela amministrativa, certamente più snella e semplificata rispetto a quella giurisdizionale, destinata quest'ultima a rappresentare una *extrema ratio*. Il ricorso al giudice, in effetti, è disincentivato dal co. 6 dell'art. 28, in cui è previsto che se il ricorso è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento, il giudice condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due a quattro volte l'importo del contributo unificato.

E' comunque evidente che l'indennizzo da ritardo abbia una portata molto più ristretta rispetto al risarcimento previsto all'art. 2 bis, co. 1, della l. 241/90, ed assai meno soddisfattiva per il privato (contemplando un ristoro massimo di € 2.000,00). Si tratta infatti di rimedi non alternativi, ma complementari tra loro. La valutazione dell'indennizzo, infatti, prescinde dall'illegittimità del silenzio serbato dalla P.A., così come esula da qualsiasi indagine sull'elemento soggettivo (colpa o dolo). Il che riconduce la fattispecie nell'ambito della responsabilità contrattuale, ricadendo nell'alveo dell'"*obbligazione sociale*" di cui si è parlato *sub par.* 1, che obbliga la P.A. nei confronti del privato a concludere il procedimento nei tempi stabiliti.

Sotto un certo punto di vista, quindi, e con tutti i limiti applicativi di cui si è parlato, l'indennizzo previsto dall'art. 28 d.l. 69/2013 potrebbe servire a ristorare - almeno in parte -

quel danno da mero ritardo sulla cui risarcibilità la giurisprudenza è ancora divisa.

### 3. Possibili scenari futuri.

L'ultimo comma dell'art. 28 d.l. 69/2013 stabilisce che decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione e sulla base del monitoraggio relativo alla sua applicazione, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co.2, della l. 23.8.1988, n. 400, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, di cui all'art.8 del d.lgs. 28.8.1997, n. 281, e successive modificazioni, dovranno essere stabiliti la conferma, la rimodulazione, anche con riguardo ai procedimenti amministrativi esclusi, o la cessazione delle disposizioni, nonché eventualmente il termine a decorrere dal quale le disposizioni ivi contenute saranno applicate, anche gradualmente, ai procedimenti amministrativi diversi da quelli relativi all'avvio dell'attività di impresa.

Se, da un lato, l'approccio "*sperimentale*" voluto dal legislatore potrà consentire di estendere l'indennizzo da ritardo a tutti i procedimenti amministrativi in genere, dall'altro potrebbe negare - qualora il governo non adottò gli appositi regolamenti - la reale ed effettiva applicazione della norma.

Non va dimenticato, infatti, che già in passato il legislatore aveva introdotto la figura dell'indennizzo da ritardo, tramite la legge delega 15.3.1997, n. 59 (cd. legge "*Bassanini*"), ma in quella circostanza la cattiva sorte che ebbe l'Esecutivo dell'epoca non ne consentì l'introduzione nel nostro ordinamento.

In conclusione, l'auspicabile generalizzata applicazione dell'istituto garantirebbe certamente maggiore efficienza, e servirebbe a responsabilizzare ulteriormente i pubblici funzionari, dal momento che gli stessi risponderebbero in prima persona del ritardo nella conclusione del procedimento, e sarebbero quindi maggiormente incentivati al rispetto dei termini. Il co. 7 dell'art. 28, infatti, dispone che la pronuncia di condanna a carico dell'amministrazione è comunicata, a cura della Segreteria del giudice che l'ha pronunciata, alla Corte dei conti al fine del controllo



di gestione sulla pubblica amministrazione, al  
Procuratore regionale della Corte dei Conti  
per le valutazioni di competenza, nonché al

titolare dell'azione disciplinare verso i dipen-  
denti pubblici interessati dal procedimento  
amministrativo.

«.....GA.....»

# ESERCIZIO DELLA REVOCA NEL CASO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DI APPALTI PUBBLICI

dell'Avv. Enrico Gai

*È illegittima la revoca di un provvedimento di aggiudicazione definitiva che da tempo ha esaurito i suoi effetti a seguito della stipula del contratto d'appalto e dell'avvio della sua esecuzione.*

The revocation of a final award measure which is no longer effective after the execution of the tender contract and the beginning of its performance is unlawful.

*Sommario: 1. Premessa. La revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies l.n. 241/90. 2. La configurazione del potere di revoca in relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva. 3. La revoca dell'aggiudicazione definitiva a seguito dell'intervenuta stipulazione del contratto di appalto.*

## **1. Premessa. La revoca ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241/90.**

Com'è noto la revoca appartiene al novero dei provvedimenti c.d. di secondo grado e costituisce espressione del potere di autotutela della P.A. finalizzato alla rimozione degli effetti di un precedente provvedimento amministrativo per ragioni di opportunità derivanti da una rimodulazione o diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

Diversamente dall'annullamento d'ufficio, che comporta la rimozione di un atto affetto da vizi di legittimità con effetto retroattivo (efficacia *ex tunc*), la revoca determina la cessazione degli effetti del provvedimento soltanto *pro futuro* (efficacia *ex nunc*), facendo salvi gli effetti prodotti in precedenza.

La revoca ha trovato espresso riconoscimento da parte del legislatore nella legge sul procedimento amministrativo soltanto a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 15/2005, la quale ha codificato (v. Capo IV bis) le figure tipiche di autotutela precedentemente oggetto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, tra cui la revoca, che trova ora la propria specifica disciplina nell'art. 21 quinquies della l.n. 241/90.

L'art. 21 quinquies stabilisce in particolare che *“per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che*

*lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti”* (co. 1).

Dalla norma si ricava pertanto che il primo presupposto per l'esercizio del potere di revoca è che il provvedimento da rimuovere sia ad *“efficacia durevole”*, ossia un provvedimento destinato a produrre i propri effetti nel tempo e non già in via istantanea, limitatamente ad uno specifico momento; l'altro presupposto richiede la presenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o di mutamento della circostanze di fatto esistenti al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado (revoca per sopravvenienza), ovvero una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (revoca per ripensamento o *ius poenitendi*).

Inoltre, incidendo su provvedimenti legittimi, la revoca deve essere adottata tenendo conto anche dell'affidamento incolpevole nel frattempo ingenerato nel destinatario del provvedimento originario, soprattutto nel caso in cui quest'ultimo sia stato adottato molto tempo prima<sup>1</sup>.

La carenza di uno dei suddetti presupposti determina l'illegittimità dell'esercizio della revoca e può anche comportare l'obbligo di risarcimento del danno a favore del soggetto inciso dal provvedimento di revoca nel caso in cui ricorrano gli elementi costitutivi della

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* CdS, V, 18.1.2011, n. 283

responsabilità della P.A. *ex art.* 2043 o anche nella diversa ipotesi di violazione dei canoni della correttezza e della buona fede (responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337), laddove dal provvedimento originario sorga l'obbligo della P.A. di stipulare un contratto (come nel caso dell'aggiudicazione definitiva di appalti pubblici).

Fatta salva l'ipotesi di risarcimento del danno nei termini anzidetti, va comunque rilevato che l'art. 21 *quinquies*, nell'ultima parte del co. 1, prevede in via generale la possibilità di indennizzo a favore del soggetto leso dalla revoca conforme ai presupposti di legge (revoca legittima), stabilendo che *“Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”*.

I parametri di quantificazione dell'indennizzo sono stati previsti soltanto nella particolare ipotesi regolata al co. 1 *bis* (introdotto nell'art. 21 *quinquies* dall'art. 13, co. 8 *duodevicies* del d. l. 31.1.2007, n. 7, convertito con modifiche dalla l. n. 40/2007). Tale comma si occupa infatti della determinazione dell'indennizzo con specifico riferimento ai casi in cui la revoca di un atto ad efficacia durevole o istantanea riguardi un atto originariamente non compatibile con l'interesse pubblico e incida su rapporti negoziali, limitando in tali casi l'indennizzo al solo danno emergente. In particolare la norma in questione prevede che *“Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”*.

L'introduzione del co. 1 *bis* ha creato non poche difficoltà interpretative a causa del riferimento agli atti ad efficacia istantanea, non essendo tale tipologia di atti ricompresa nella definizione della revoca elaborata al co. 1. In realtà, la possibilità di incidere con la revoca

su provvedimenti ad efficacia istantanea appare inconciliabile con la configurazione della revoca come provvedimento ad efficacia *ex nunc*, comportando per forza di cose la necessità di retroagire al momento di adozione dell'atto i cui effetti si sono ormai esauriti a seguito dell'insorgere del vincolo negoziale.

Ulteriore difficoltà interpretativa deriva dalla prevista possibilità di incidere con la revoca su *“rapporti negoziali”*, ovvero in un ambito per definizione sottratto al potere autoritativo della P.A..

In realtà la norma in questione sconta un vizio d'origine, essendo stata inserita all'interno dell'art. 21 *quinquies* per adattare lo strumento della revoca ad una esigenza particolare, consistente nella ritenuta necessità di procedere alla revoca delle concessioni rilasciate dall'Ente Ferrovie dello Stato S.p.a. alla T.A.V. S.p.a. (art. 13, co. 8 *quinquiesdecies*, d.l. 7/2007).

Tanto è vero che nell'ambito della stessa disposizione di legge che ha introdotto il citato comma 1 *bis*, è previsto che gli effetti delle revoche delle concessioni rilasciate a T.A.V. S.p.a. si estendono a tutti i contratti stipulati dalla stessa con i *general contractors* (art. 13, co. 8 *sexiesdecies*, d.l. 70/2007).

Il legislatore ha pertanto deciso di porre nel nulla i vecchi contratti sottoscritti da T.A.V., emanando una legge-provvedimento di revoca degli stessi ed evitando in tal modo di esercitare il diritto di recesso espressamente riconosciuto al concedente dalle convenzioni che regolavano i rapporti con i contraenti generali: da qui la scelta di carattere politico - economico di contenere la misura dell'indennizzo entro i limiti del solo danno emergente attraverso la previsione del comma 1 *bis*, senza però considerare le possibili incongruenze con il fine proprio della revoca.

## **2. La configurazione del potere di revoca in relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva degli appalti pubblici.**

L'esatta delimitazione dei confini del potere di revoca assume una particolare rilevanza in relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva delle gare di appalti pubblici, essendo tale provvedimento funzionalmente destinato a cessare i propri effetti al momento dell'intervenuta stipula del contratto di appal-

to con l'aggiudicatario individuato all'esito della procedura di gara.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva, come configurato dall'art. 11 d.lgs. n. 163/2006, assume una diversa connotazione rispetto alla disciplina anteriore al codice dei contratti. Nella norma in questione, infatti, la fase privatistica della stipula del contratto è oggi nettamente distinta da quella pubblicistica di scelta del contraente. In particolare il co. 7 stabilisce che *"l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta"*, superando così ogni diversa interpretazione che in precedenza si era sviluppata sulla scorta dell'art. 16, r.d. n. 2440/1923, secondo cui il processo verbale di aggiudicazione equivaleva ad ogni effetto al contratto e l'eventuale successiva stipulazione poteva considerarsi come mero atto ricognitivo di un accordo già perfettamente valido ed efficace tra le parti. All'aggiudicazione definitiva pertanto deve ora riconoscersi natura meramente provvedimento, mentre sul piano privatistico essa rileva soltanto quale proposta irrevocabile dell'offerta formulata dall'aggiudicatario sino alla stipula del contratto.

Sempre l'art. 11 del codice, al co. 9, precisa poi che *"Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario"*.

La norma innanzi richiamata riveste particolare significato ai fini della questione trattata, in quanto se da un lato ribadisce una netta distinzione tra l'atto conclusivo del procedimento di gara e il contratto di appalto, dall'altro la formulazione letterale della stessa sembrerebbe delimitare l'estensione dei poteri di autotutela dell'amministrazione riguardanti l'aggiudicazione definitiva solamente alla fase antecedente alla stipula del contratto.

Per quanto riguarda l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva occorre precisare che questa è subordinata alla verifica del possesso dei requisiti prescritti dal codice (art. 11, co. 8), secondo le modalità indicate dal combina-

to disposto dagli artt. 12, co. 1 e 48, co. 2, del codice dei contratti.

Diversamente dall'aggiudicazione provvisoria, produttiva di effetti instabili o interinali, l'aggiudicazione definitiva viene generalmente qualificata come provvedimento ad efficacia durevole. La giurisprudenza consolidata, invero, riconosce la possibilità di indennizzo soltanto nel caso di revoca (legittima) dell'aggiudicazione definitiva, proprio sul presupposto che si tratti di atto ad efficacia durevole.

Difatti, la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non faccia seguito quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, espressamente previsto e disciplinato dagli artt. 11, co. 11, 12 e 48, co. 2, del d.lgs. 163/2006, idoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione<sup>2</sup>.

La giurisprudenza ritiene infatti che non debba essere riconosciuto il diritto all'indennizzo qualora la procedura di evidenza pubblica sia bloccata alla fase dell'aggiudicazione provvisoria, poiché in tal caso manca l'adozione di un provvedimento amministrativo ad *"efficacia durevole"*, caratteristica questa da attribuire soltanto all'aggiudicazione definitiva<sup>3</sup>.

Debbono tuttavia essere registrate posizioni dottrinarie che attribuiscono al provvedimento di aggiudicazione definitiva efficacia istantanea (Garofoli - Ferrari).

### **3. La revoca dell'aggiudicazione definitiva a seguito dell'intervenuta stipulazione del contratto di appalto.**

Alcune problematiche applicative sono sorte in relazione a provvedimenti di revoca di aggiudicazione definitiva intervenuti successivamente alla stipula di contratti d'appalto.

Partendo dal principio consolidato che l'aggiudicazione definitiva ha efficacia durevole ma comunque limitata all'intervenuta

<sup>2</sup> CdS, VI, 19.1.2012, n. 195; CdS, VI, 27.7.2010, n. 4902; CdS, V, 15.2.2010, n. 808

<sup>3</sup> cfr. CdS, III, 11.7.2012, n. 4116; CdS, III, 24.5.2013, n. 2838; CGA Regione Sicilia, 25.1.2013, n. 47; vedi anche, TAR Toscana, I, 12.6.2012, n. 1154.

stipulazione del contratto, ci si è chiesti se il potere di revoca sia configurabile anche in fase contrattuale e in quali limiti.

Come rilevato al precedente par. 1, l'efficacia *ex nunc* della revoca (*"inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti"*) lascia presupporre che questa possa essere legittimamente esercitata soltanto in relazione a provvedimenti che continuano a produrre i propri effetti nel tempo (*"ad efficiacia durevole"*).

Ove infatti si ammettesse la possibilità di incidere con la revoca su provvedimenti non più efficaci, dovrebbe inevitabilmente riconoscersi alla revoca efficacia retroattiva, contraddicendo tuttavia la natura stessa dell'istituto e la chiara indicazione del co. 1 della legge.

Relativamente al contratto d'appalto, inoltre, occorre tener conto delle norme che espressamente ne regolano le sorti, individuabili da un lato nella disciplina generale prevista dall'art. 21 *sexies* della l. n. 241/90 che disciplina il recesso della P.A. dai contratti pubblici limitandone la possibilità ai solo casi previsti dal contratto o dalla legge e, dall'altro, nella disciplina specifica del recesso stabilita dall'art. 134 del Codice dei Contratti, il quale prevede che *"La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite"* (co. 1).

Ne consegue che un volta stipulato il contratto di appalto l'amministrazione è vincolata al rispetto dello stesso, salva la facoltà di esercitare il recesso unilaterale previsto dall'art. 134 cit. e con l'obbligo di provvedere all'indennizzo dell'appaltatore nella misura indicata dalla norma; cosicché laddove l'Amministrazione intenda per qualsiasi motivo sottrarsi al vincolo contrattuale con l'appaltatore, non potrà fare a meno di esercitare il recesso secondo le modalità prescritte dall'art. 134.

In tale prospettiva, dunque, il potere di revoca della P.A. appare inconciliabile non soltanto con un intervento retroattivo sul provvedimento di aggiudicazione definitiva che ha ormai esaurito la propria efficacia, ma anche

con l'unica modalità prevista dalla legge per sciogliersi dal contratto (il recesso).

Resta tuttavia da verificare se tale impostazione sia compatibile con la previsione del co. 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, laddove si ammette la possibilità che la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea *"incida su rapporti negoziali"*.

Ferme restando le perplessità sopra espresse in merito alla possibilità di revocare un provvedimento ad efficacia istantanea (si pensi, ad esempio, ad un decreto di espropriazione), occorre comunque valutare se il riferimento ai provvedimenti ad efficacia durevole incidenti su rapporti negoziali possa coinvolgere anche i provvedimenti di aggiudicazione definitiva che abbiano dato luogo alla stipula del contratto di appalto.

Un orientamento giurisprudenziale isolato e più risalente sembra tendenzialmente ammettere tale possibilità, rilevando che *"Va infatti ritenuta fuorviante l'impostazione che vorrebbe far derivare dall'esistenza del contratto l'insussistenza del potere di revoca o non aggiudicazione (con conseguente pregiudizialità del giudizio sull'esistenza del contratto rispetto a quello sulla legittimità del controllo esercitato sugli atti di gara). Il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica infatti sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge, per effetto della revoca legittima (art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990) un diritto all'indennizzo derivante dai principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata ed affidato alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo"*<sup>4</sup>.

Tale orientamento tuttavia non convince, in quanto si fonda su asserzioni prive del necessario supporto argomentativo e oltretutto appare irrilevante ai fini della questione esaminata, in quanto si trattava di revoca di aggiudicazione provvisoria a seguito di procedura negoziata, laddove l'insorgenza del vincolo contrattuale era ipotizzata soltanto dalla società ricorrente attraverso una domanda di accertamento dell'esistenza del contratto, che peraltro esulava dalla giurisdizione del G.A.

<sup>4</sup> CdS, Sez. VI, 17.3.2010, n. 1554.

In questo caso, dunque, l'assunto del giudice rappresenta chiaramente un *obiter dictum*, privo di effettiva rilevanza ai fini della soluzione del caso pratico.

La successiva evoluzione giurisprudenziale conduce a conclusioni diverse e certamente più coerenti con il complessivo quadro normativo sopra tracciato.

Al riguardo va dapprima registrata una sentenza del Giudice Amministrativo, nella quale pur dando atto dell'intervenuta stipula del contratto, è stata ritenuta legittima la revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta dalla P.A. ed esclusa la configurabilità del diritto di recesso *ad nutum* ai sensi dell'art. 134 del codice, in quanto l'applicazione di tale norma "*presuppone l'avvio dell'esecuzione del contratto, mentre, nella fattispecie in esame, l'amministrazione non ha mai provveduto alla consegna dei lavori, né la società ricorrente ha mai chiesto tale consegna*"<sup>5</sup>.

Si tratta pertanto di una lettura interpretativa che, valorizzando il dato testuale dell'art. 134 del codice pone una precisa linea di confine all'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione definitiva, coincidente con l'avvenuta consegna e l'avvio dei lavori (in effetti l'indennizzo previsto in caso di recesso è parametrato al pagamento dei "*lavori eseguiti*" e del valore dei utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite).

Tale chiave di lettura è stata da ultimo condivisa da una più recente decisione del giudice amministrativo<sup>6</sup>, in cui la vicenda ateneva sempre ad un caso di revoca di aggiudicazione definitiva disposta per sopravvenute mutate esigenze e sulla base della ritenuta sussistenza di un prevalente interesse pubblico; in tale fattispecie, tuttavia, non soltanto l'aggiudicazione risaliva a ben sette anni prima, ma anche il contratto era stato stipulato da oltre sei anni e i lavori pattuiti erano stati consegnati e parzialmente eseguiti dall'appaltatore.

Argomentando sulla base dell'art. 11 del codice (in particolare dei coo.7 e 9), per cui l'aggiudicazione definitiva rappresenta un atto ad efficacia durevole ma comunque limita-

ta all'intervenuta stipula del contratto, nel caso di specie il G.A. ha ritenuto che la revoca fosse illegittima proprio perché "*la revoca è stata adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare i suoi effetti, laddove nel caso di specie il contratto è stato stipulato nel 2006 e l'esecuzione delle relative prestazioni è stata già a suo tempo avviata*"; al riguardo è stato infatti precisato che la revoca, avendo efficacia *ex tunc*, incide sul "*momento funzionale*" del rapporto e non sul suo "*momento genetico*" e quindi presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione.

Siffatta interpretazione - secondo il TAR Lazio - non trova neppure ostacolo nel disposto di cui al co. 1 *bis* del citato art. 21 *quinquies*, laddove si fa riferimento agli atti amministrativi ad efficacia durevole che incidono su rapporti negoziali "*e ciò in quanto per tali rapporti si intendono eventuali contratti accessivi al provvedimento revocato, il cui caso classico è costituito dalla revoca di una c.d. concessione-contratto*", mentre la norma in questione non trova applicazione "*nelle ipotesi di contratti legati al provvedimento da un nesso di presupposizione, quale è il caso del provvedimento di aggiudicazione e del successivo contratto di appalto, ove il provvedimento presupposto abbia esaurito i propri effetti con la stipulazione del contratto e l'avvio di esecuzione delle prestazioni*".

Il giudice ha invece ritenuto che nella fattispecie l'unico strumento idoneo a disposizione della Stazione Appaltante per sciogliersi dal vincolo contrattuale fosse il recesso di cui all'art. 134 del codice dei contratti, come peraltro "*emerge chiaramente dall'art. 21 *sexies* della l. n. 241 del 1990, in cui è indicato che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto*"; tale convincimento risulta inoltre corroborato dal richiamo alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 391 del 11.1.2011, in cui si afferma chiaramente che la revoca dell'aggiudicazione "*non rientra nell'ambito del generale potere di recesso contrattuale della P.A., ma costituisce tipica espressione di potestà autoritativa a carattere*

<sup>5</sup> CdS, VI, 27.11.2012, n. 5993

<sup>6</sup> TAR Lazio, II *ter*, 6.3.2013, n. 2432

di autotutela in presenza di interesse pubblico”, delineando in tal modo un netta cesura tra fase pubblicistica, caratterizzata dalla possibilità per la PA di esercitare poteri autoritativi di autotutela, e fase privatistica, caratterizzata dalla possibilità di agire solo iure privatorum, attraverso il potere di recesso contrattuale previsto dall’art. 134 cit.

Nella sentenza in questione, inoltre, il TAR Lazio ha affermato la giurisdizione del G.A. sul presupposto che la *causa petendi* del giudizio riguardava la carenza di potere in concreto ai fini del legittimo esercizio del potere di revoca (il ricorrente lamentava infatti la mancanza di uno dei suoi presupposti, ovvero il provvedimento ad efficacia durevole); di conseguenza, la situazione giuridica soggettiva di cui si è chiesta la tutela non era un

diritto soggettivo, bensì un interesse legittimo. L’orientamento del TAR Lazio appare certamente coerente con le norme di sistema che regolano i poteri della PA nelle distinte fasi di selezione del contraente e di svolgimento delle prestazioni dedotte nel contratto di appalto; si tratta inoltre di interpretazione condivisibile anche per ragioni di giustizia sostanziale, in quanto volta ad evitare che la P.A., esercitando la revoca in luogo del recesso, possa sciogliersi dal vincolo contrattuale riconoscendo all’appaltatore un indennizzo limitato al solo danno emergente (quello previsto dal co. 1 *bis* dell’art. 21 *quinquies*), anziché il maggiore indennizzo previsto dall’art. 134 del codice, che oltre al danno emergente prevede il pagamento del decimo dell’importo delle opere non eseguite.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Consiglio di Stato, Sez. V, 30.9.2013 n. 4321

**Diritto di accesso - presupposti - nozione di situazione giuridicamente rilevante - individuazione - coincidenza tra il concetto di interesse al ricorso giurisdizionale con quello al diritto di accesso - esclusione.**

**Diritto di accesso - presupposti - valutazione della P.A. sulla sussistenza di un interesse concreto, attuale e differenziato all'accesso - limiti - individuazione.**

**Diritto di accesso - soggetti legittimati - individuazione - sussistenza di un interesse personale e concreto, serio e non emulativo, a conoscere atti già posti in essere nonché a partecipare alla formazione di quelli successivi - sufficienza.**

**Diritto di accesso - organizzazione sindacale - istanza concernente la generalità dell'attività posta in essere in riferimento alle dotazioni organiche, alla programmazione triennale ed annuale delle risorse umane ed all'affidamento delle strutture dirigenziali - inammissibilità.**

*L'esercizio dell'azione per l'accesso agli atti della P.A. può essere posto in essere anche sulla base di un interesse di contenuto tale da non legittimare la proposizione dell'azione per l'annullamento di un provvedimento amministrativo; infatti, non esiste coincidenza tra il concetto di interesse al ricorso giurisdizionale con quello al diritto di accesso, dovendosi ritenere autonoma la nozione di "situazione giuridicamente rilevante" ex art. 22 della l. n. 241/1990, nel senso che la legittimazione all'accesso spetta a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto della domanda di ostensione abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica.*

*In tema di accesso agli atti amministrativi, il limite di valutazione della P.A. sulla sussistenza di un interesse concreto, attuale e differenziato all'accesso (che è pure il requisito di ammissibilità della relativa azione) si sostanzia unicamente nel giudizio estrinseco sull'esistenza di un legittimo e differenziato bisogno di cono-*

*scenza in capo a chi richiede i documenti, purché non preordinato ad un controllo generalizzato ed indiscriminato sull'azione amministrativa, espressamente vietato dall'art. 24, co. 3 della l. n. 241/1990. La legittimazione all'accesso ai documenti amministrativi è consentita a chiunque possa dimostrare che il provvedimento o gli atti endoprocedimentali abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti anche nei suoi confronti ed il relativo diritto, purché non diretto a siffatto controllo generalizzato, può essere esercitato anche indipendentemente dall'esistenza di una lesione immediata della posizione giuridica del richiedente, essendo invece sufficiente un interesse personale e concreto, serio e non emulativo, a conoscere gli atti già posti in essere e a partecipare alla formazione di quelli successivi.*

*E' inammissibile il ricorso proposto per l'annullamento del silenzio-rigetto formatosi sull'istanza di accesso agli atti formulata da una associazione sindacale, nel caso in cui l'interesse a rendere effettiva l'attivazione della procedura di concertazione nell'ottica della valorizzazione dei dirigenti interni in termini obiettivi e di retribuzione nel processo di riorganizzazione delle direzioni regionali, non sia stato fatto valere con riferimento a provvedimenti già individuati e singolarmente idonei a ledere la posizione soggettiva della organizzazione sindacale o quelle degli iscritti ad essa, ma con riguardo alla generalità della attività posta in essere in riferimento alle dotazioni organiche, alla programmazione triennale ed annuale delle risorse umane ed all'affidamento delle strutture dirigenziali.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.9.2013 n. 4821

**Diritto di accesso - a cartella esattoriale - sussistenza - eccezione relativa a procedimento tributario - irrilevanza.**

*A norma dell'art. 26 del d.P.R. n. 602 del 1973 è fondata l'istanza del contribuente, avanzata nei confronti del concessionario della riscossione, finalizzata ad accedere alle cartelle esattoriali ed alle relative intimazioni, sul presup-*

posto di non avere mai ricevuto le corrispondenti notificazioni; infatti, l'avvenuto deposito degli estratti di ruolo non è sufficiente a considerare assolti gli obblighi di accesso, richiedendosi l'integrale produzione di ciascuna cartella esattoriale con relative notifiche al fine di consentire all'interessato di avere certezza in ordine al complessivo ammontare ed alle relative causali delle pretese fiscali o tributarie a suo nome, non costituendo poi giusta ragione del diniego di accesso ad una cartella esattoriale il fatto che si tratta di un procedimento tributario (atteso che l'art. 24 della l. n. 241 del 1990 va inteso nel senso che l'inaccessibilità agli atti di cui trattasi sia temporalmente limitata alla fase di pendenza del procedimento tributario, non rilevandosi esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento con l'adozione del procedimento definitivo di accertamento dell'imposta dovuta sulla base degli elementi reddituali che conducono alla quantificazione del tributo).

Consiglio di giustizia amministrativa,  
13.9.2013 n. 746

**Atto amministrativo - annullamento d'ufficio - art. 21 nonies, co. 1, l. 241 del 1990 - ratio - Motivazione sull'interesse pubblico e comparazione con l'interesse del privato - nel caso di situazione consolidata - necessità - sussiste.**

**Atto amministrativo - annullamento d'ufficio - art. 21 nonies, co. 1, l. 241 del 1990 - necessità per la P.A. di ricercare possibili soluzioni che evitino sacrifici unilaterali - nel caso di affidamento del privato - sussiste.**

L'art. 21 nonies, co. 1, della L. 241 del 1990 conferma la dimensione tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio che, rifuggendo da ogni automatismo, deve essere espressione di una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, dei quali occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di ritiro; pertanto, ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, l'esercizio del potere di autotutela rimane subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del

titolo illegittimo (fattispecie in tema di procedimento autorizzativo dell'installazione di cartelloni pubblicitari).

L'affidamento dei privati derivante da provvedimenti emessi dalla P.A. sulla base di errori di valutazione imputabili alla P.A. stessa impone a quest'ultima non soltanto una puntuale ricognizione di tutti gli interessi coinvolti, ma soprattutto la ricerca di possibili soluzioni di compatibilità che evitino sacrifici unilaterali, e rispetto alle quali l'annullamento, secondo la logica della disciplina che ne tratta, appare veramente come *extrema ratio*, soluzione che si giustifica soltanto dopo la prova che nessun'altra soluzione o diversa composizione di interessi può essere prodotta.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 19.9.2013 n. 1971

**Demanio marittimo - concessione - istanza - sospensione del procedimento - in attesa dell'adozione del piano comunale delle coste - illegittimità.**

Se è vero che la P.A. vanta un'ampia discrezionalità amministrativa nel rilascio di concessioni demaniali, sussistendo il persistente potere della P.A. stessa di regolare l'uso del territorio marittimo e costiero, deve comunque considerarsi illegittimo il provvedimento col quale l'Amministrazione, non ricorrendo alcuna ipotesi di misura di salvaguardia, dispone la sospensione di ogni determinazione in ordine alla domanda di concessione demaniale, rinviandola all'adozione del piano comunale delle coste, non essendo previsto alcun potere soprassessorio in ordine alla definizione del procedimento avviato con un'istanza del privato.

TAR Lazio, Sez. I bis, 28.8.2013 n. 7991

**Diritto di accesso - associazioni di consumatori e utenti - interesse fatto valere - generico interesse ad evitare spese inutili - inconfigurabilità.**

**Diritto di accesso - istanza - del Codacons - nei confronti degli atti riguardanti le spese sostenute dallo Stato per il rientro in Italia di due militari arrestati all'estero - rigetto - illegittimità.**

Non sussiste il diritto di accesso delle Associazioni di consumatori e utenti qualora l'interesse fatto valere delle Associazioni stesse consista nel generico interesse ad "evitare spese inutili"; infatti, in tal caso l'interesse fatto valere non coincide con quello proprio delle categorie rappresentate (utenti, consumatori, ecc.) dal-

*l'Associazione - che non subiscono alcun pregiudizio particolare e specifico - bensì con quello ad evitare un danno alle finanze pubbliche e la lesione all'interesse di cui è portatrice la generalità dei cittadini-contribuenti la cui tutela è attribuita ad organo di rilevanza costituzionale (la Corte dei conti) - oltre che agli organi di vigilanza sull'attività degli enti interessati - sui quali dette Associazioni pretenderebbero di esercitare prerogative di fatto in regime di supplenza.*

*E' legittimo il diniego espresso dal Ministero della Difesa in merito all'istanza di accesso avanzata dal Codacons, tendente ad ottenere copia degli atti riguardanti le spese sostenute dallo Stato per il rientro in Italia di due militari italiani arrestati all'estero, in attesa della definizione della questione della giurisdizione su fatto penale avvenuto in acque internazionali su nave battente bandiera italiana (nella specie, si trattava del noto caso internazionale dei due militari fucilieri della Marina Militare arrestati in India); in tal caso, infatti, non è ravvisabile alcun interesse diretto attuale e concreto alla conoscenza della documentazione in parola al fine di tutelare l'interesse della categoria rappresentata dall'Associazione istante, e ciò in considerazione del fatto che trova piena applicazione il principio secondo cui il "diritto di accesso" delle Associazioni di consumatori e utenti non può estendersi sino a ricomprendere gli atti relativi a qualsiasi attività di tipo pubblicistico che si rifletta economicamente, in modo diretto o indiretto, sui cittadini - dovendo, al contrario, essere commisurata a quegli atti che siano idonei a interferire con specificità e immediatezza sulla posizione dei consumatori e degli utenti.*

#### TUEL

Consiglio di Stato, Sez. III, 24.9.2013 n. 4687  
**Sindaco - ordinanze - in tema di industrie insalubri - allevamento suinicolo - emissione di esalazioni maleodoranti - prescrizioni del Sindaco per eliminarle od attenuarle - a seguito di istruttoria della ASL - legittimità - persistenza delle esalazioni - successivo provvedimento che dispone la chiusura dell'allevamento - legittimità.**

*Sono legittimi i provvedimenti adottati dal Sindaco di un Comune nei confronti di un'azienda suinicola costituiti dapprima da un'ordinanza contingibile ed urgente, adottata ex artt. 50 e*

*54 del d.lgs. 267/2000, con la quale il Sindaco stesso ha individuato, sulla base degli accertamenti della ASL, gli accorgimenti tecnici da introdurre per eliminare le esalazioni nocive dell'allevamento suinicolo (irrorazione e nebulizzazione di sostanze igienizzanti; somministrazione di alimenti per migliorare la digeribilità dei mangimi), e poi, dopo avere riscontrato un'intensa percepibilità di effluvi maleodoranti, a comprova della scarsa efficacia degli interventi di attenuazione delle esalazioni, ha disposto la chiusura dell'allevamento (con immediato divieto di reinstallo).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.9.2013 n. 4680  
**Comuni e province - elezioni - premio di maggioranza - nel caso di elezione del Sindaco al ballottaggio - disciplina di cui all'art. 73, co. 10, secondo periodo, TUEL - questione di legittimità costituzionale - manifesta infondatezza.**

*E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, co. 10, secondo periodo, del d.lgs. 18.8.2000 n. 267 (secondo cui "qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al secondo turno, alla lista o al gruppo di liste ad esso collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del co. 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi. I restanti seggi vengono assegnati alle altre liste o gruppi di liste collegate ai sensi del co. 8"), eccepita in riferimento agli artt. 2 e 3 della costituzione, sotto il profilo della sua pretesa irragionevolezza, in quanto le liste che al primo turno hanno ottenuto un esiguo risultato elettorale possono comunque conseguire, in base alla norma citata, un premio di maggioranza pari al 60% dei seggi, purché il candidato sindaco venga proclamato eletto.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.9.2013 n. 4403  
**Diritto di accesso - dei Consiglieri comunali e provinciali - previsto dall'art. 43 del T.U.E.L. - verso atti di aziende ed enti dipendenti dal Comune - limiti - individuazione - diritto di accedere agli atti di una società mista con quota minoritaria comunale - non sussiste - fattispecie nella Regione Trentino Alto Adige.**

L'art. 43, co. 2, del d.lgs. n. 267/2000 (e, nella Regione Trentino Alto Adige, l'omologo art. 13 del d.P.Reg. 1.2.2005 n. 3/L), circoscrivono il diritto di accesso dei Consiglieri comunali agli atti e provvedimenti, e relativa documentazione e informazioni, riferibili all'Ente, e quindi a tutti gli organi e gli uffici comunali, nonché alle aziende ed enti dipendenti dal Comune; viceversa va escluso che il Consigliere comunale possa esercitare l'accesso nei confronti di società mista, sia pure a prevalente partecipazione di capitale pubblico, della quale il Comune di appartenenza detenga una limitata quota di capitale sociale, tale da non poterne assicurare il controllo, in modo tale che, nemmeno mediamente, la conoscenza di profili generali di gestione dell'attività della società possa ritenersi afferente alla sfera di un sindacato per dir così dire "ispettivo" espresso mediante le prerogative conoscitive riconosciute in relazione all'espletamento del mandato elettivo (Nella fattispecie un Consigliere comunale di Trento aveva chiesto di accedere agli atti della Autostrada del Brennero S.p.A., la quale non è società controllata dal Comune di Trento, che detiene appena il 4,2319% del suo capitale sociale, né opera in sfera d'attività di competenza comunale e/o comunque locale, non esercendo alcun servizio pubblico locale e svolgendo, invece, attività in concessione relativa alla costruzione e gestione di reti autostradali, e quindi di reti infrastrutturali).

TAR Molise, Sez. I, 17.9.2013 n. 527

**Sindaco - ordinanze - prevenzione del randagismo - ordinanza con la quale è stato disposto il divieto assoluto di somministrare cibo ai cani randagi in tutto il territorio - illegittimità.**

*E' illegittima, in quanto contraria ai principi di cui alla l. 14.8.1991 n. 281, recante norme quadro in materia di animali d'affezione e pre-*

*venzione del randagismo - che reca in se una robusta tutela degli animali addomesticabili viventi in ambiente antropizzato, ivi compresi i cani randagi - l'ordinanza con la quale il Sindaco, al fine di prevenire il randagismo, ha disposto che non sia più somministrato cibo ai cani randagi in tutto il territorio comunale (nella specie, si trattava del Sindaco del Comune di Campobasso); infatti, privare i cani randagi del cibo somministrato da occasionali fornitori della strada equivale a ridurli alla fame, a costringerli a rovistare tra i rifiuti od, addirittura, a diventare aggressivi per procurarsi cibo, e questo rappresenterebbe un trattamento crudele di detti animali, non conforme ai principi della suddetta legge.*

TAR Veneto, Sez. I, 24.9.2013 n. 1131

**Comuni e province - consiglieri comunali - decadenza dalla carica - assenze ingiustificate per nove sedute consecutive - nel caso di tardiva contestazione - illegittimità.**

*E' illegittima la delibera con la quale il Consiglio comunale ha dichiarato la decadenza dalla carica di un Consigliere comunale che, senza giustificato motivo, si è assentato per nove sedute consecutive, nel caso in cui, mentre la normativa interna dell'Ente locale dispone che la decadenza si verifica dopo cinque assenze ingiustificate dell'amministratore, il Consiglio comunale ha contestato tali assenze soltanto dopo che l'interessato ne ha effettuate nove; infatti, è principio generale dell'ordinamento quello per cui le contestazioni del fatto illecito, in genere, devono avvenire in un termine ravvicinato, con la conseguenza che, avendo la P.A. atteso che l'interessato incorresse in nove assenze prima di formulare la relativa contestazione, ha ingenerato l'affidamento secondo cui tali assenze fossero da ritenere automaticamente giustificate, ed ha così pregiudicato anche la difesa del Consigliere.*

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 29.5.2013, n. 106

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 7, co. 1, l. reg. Sicilia 15.5.1991, n. 27 (Interventi a favore dell'occupazione) - art. 3 cost. - accoglimento.**

*La norma impugnata stabiliva che, per poter usufruire dei benefici previsti dall'art. 23 della l. 11.3.1988, n. 67 (che prevedeva una riserva di posti da attribuire tramite pubblici concorsi a favore di soggetti che per un periodo non inferiore a centottanta giorni avessero partecipato alla realizzazione dei progetti di utilità collettiva disciplinati dall'art. 23 della l. 11.3.1988, n. 67) il periodo di 180 giorni di occupazione nei progetti di pubblica utilità doveva essere maturato al 31.10.1995.*

*La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che l'introduzione del suddetto termine non era stata giustificata da alcuna motivazione e aveva provocato quindi una irragionevole disparità di trattamento. I soggetti interessati, infatti, avrebbero potuto trovarsi nella eguale possibilità di usufruire di una disciplina diretta a promuovere l'occupazione, favorendo in modo arbitrario alcuni a danno di eventuali altri che, ancora iscritti nelle liste di collocamento, avrebbero potuto anch'essi beneficiare della riserva per tutto il periodo in cui la disciplina censurata è rimasta in vigore, con conseguente violazione dell'art. 3 cost. La Corte ha a tale proposito ribadito che il legislatore può e deve fissare un termine certo per delimitare l'ambito soggettivo di applicazione di una disciplina, specialmente con riferimento alla riserva di posti nei pubblici concorsi, ma il modo in cui detto termine è stabilito non può essere irragionevolmente discriminatorio. V. precedenti conformi: C. cost., 23.2.1996, n. 43; 16.7.1999, n. 310; 29.10.2002, n. 430; 18.1.2013, n. 3. (Red. Alesia Auriemma).*

Corte costituzionale, 22.5.2013, n. 105

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1 l. reg.**

**Abruzzo 5.4.2012, n. 16 (Modifiche alla l. reg. Abruzzo 14.9.1999, n. 77, Norme in materia di organizzazione e rapporti di lavoro della Regione Abruzzo, ed alla l. reg. Abruzzo 23.3.2000, n. 43, Contributo al Circolo d'Arte e Cultura "Il Quadrivio" di Sulmona per l'organizzazione del Premio Sulmona) - Art. 97 cost. - accoglimento.**

*La norma impugnata attribuisce agli enti della regione Abruzzo il potere di conferire incarichi dirigenziali ai dipendenti inquadrati nella qualifica impiegatizia di categoria D senza l'espletamento di un apposito concorso. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della suddetta norma per violazione dell'art. 97 cost, chiarendo che le funzioni di direzione delle strutture fondamentali dell'apparato burocratico, quali quelle di livello dirigenziale, devono essere attribuite a soggetti muniti di adeguate competenze; il che è assicurato dal fatto che i soggetti cui quegli incarichi siano affidati abbiano avuto accesso alle relative funzioni a seguito di apposita selezione comparativa (Red. Massimiliano G. Maffei).*

Corte Costituzionale, 22.5.2013, n. 104

**Bilancio e contabilità pubblica - sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3 l. reg. Abruzzo, 17.07.2012, n. 33 (Modifiche all'art. 29 della legge regionale 10.1.2012, n. 1 «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione Abruzzo. Legge finanziaria 2012», norme in materia di rimborso ai cittadini affetti da patologie oncologiche e provvedimenti finanziari riguardanti le Comunità Montane) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

*La Corte ha accolto il ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma regionale che dispone l'assunzione a carico del bilancio regionale di oneri aggiuntivi per garantire un livello di assistenza supplementare ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti a livello na-*

zionale. Ad avviso della Corte, infatti, la norma de qua si poneva in contrasto con l'art. 117, co. 3, cost., non rispettando gli obiettivi di risanamento previsti dal Piano di rientro dal disavanzo sanitario e ponendosi, dunque, in aperta violazione con il principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria, da considerarsi principio di coordinamento della finanza pubblica. La Corte ha a tale riguardo ricordato che il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari, ribadendo quindi che, nel caso di specie, tanto l'art. 1, co. 796, lett. b), della l. 27.12.2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2007), quanto l'art. 2, co. 80 e 95, della successiva l. 23.12.2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2010), possono essere qualificati come espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica. Precedenti conformi: C. cost., 10.3.2010, n. 100; 14.4.2010, n. 141; 7.3.2011, n. 78; 4.4.2011, n. 123; 9.5.2011, n. 163; n. 28.4.2012, n. 91; 25.2.2013 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 29.5.2013, n. 102  
**Governo del territorio - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 14 l. Reg. Lombardia 27.2.2007, n. 5 - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

La norma regionale impugnata ha introdotto misure di salvaguardia al fine di non compromettere il potenziamento dell'aeroporto di Brescia Montichiari; in particolare, ha stabilito che sono vietati, nell'ambito territoriale limitrofo all'aeroporto, interventi edificatori fino all'entrata in vigore del Piano territoriale regionale d'area (PTRA) di Montichiari e, in ogni caso, non oltre il 30.6.2011. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., ritenendo che il legislatore regionale aveva stabilito una durata temporale delle misure di salvaguardia eccedente quella fissata dalla norma statale, la quale prevede, invece (all'art. 12, co. 3, d.P.R., n. 380/2001), che le misure di salvaguardia

non possano avere efficacia oltre tre anni dalla data di adozione dello strumento urbanistico, ovvero oltre cinque anni nell'ipotesi in cui lo strumento urbanistico sia stato sottoposto dall'amministrazione competente all'approvazione entro un anno dalla conclusione della fase di pubblicazione. Quanto alla necessità di rispettare il suddetto d.P.R. da parte del legislatore regionale, la Corte ha precisato che si tratta di una norma che deve considerarsi come principio fondamentale in materia di attività governo del territorio, al quale il legislatore regionale deve attenersi ai sensi dell'art. 117 co. 3, cost. (Red. Francesco Corvisieri)

Corte costituzionale, 29.5.2013, n. 101  
**Governo del territorio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 5 l. reg. Toscana, 31.1.2012, n. 4 - art. 117, co. 3, Cost. - accoglimento.**

Le norme censurate intervengono nell'ambito della disciplina delle costruzioni nelle zone sismiche, dettando specifiche disposizioni ai fini del conseguimento dell'accertamento di conformità nei casi di lavori edilizi realizzati nelle zone sismiche e nelle zone a bassa sismicità, consentendo l'accertamento di conformità alla normativa tecnico-sismica vigente soltanto al momento della realizzazione delle opere e non anche al momento della presentazione dell'istanza e prevedendo altresì la possibilità di accedere all'accertamento di conformità anche per le opere realizzate in difformità dalla normativa tecnica vigente al momento della loro realizzazione. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., ritenendola in contrasto con quanto stabilito dall'art. 36, d.P.R. 6.6.2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), da considerarsi principio fondamentale della materia governo del territorio e, quindi, vincolante per il legislatore regionale ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost.. La Corte ha infatti rilevato che, secondo la normativa statale, la conformità delle opere deve sussistere sia al momento della presentazione della domanda, sia al momento della realizzazione dell'intervento edilizio per il quale si richiede l'accertamento, non essendo sufficiente che la suddetta conformità sussista solo al momento della realizzazione dell'intervento (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 23.5.2013, n. 97

**Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - Art. 4, co. 2 e 10, d.l. 2.3.2012, n. 16 (Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento) conv. nella l. 26.4.2012, n. 44 - Artt. 36, 43 l. cost. 26.2.1948, n. 2 (Statuto speciale della Regione Sicilia), artt. 119 e 120, Cost. - Accoglimento parziale.**

*La Regione siciliana ha promosso una questione di legittimità costituzionale in delle disposizioni di cui in epigrafe, che hanno ad oggetto la semplificazione della fiscalità locale. In particolare, la prima di esse dispone l'estensione a tutto il territorio nazionale e la modifica in tributo proprio delle Province, dell'imposta sulle assicurazioni contro la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore. La seconda, dispone, invece, l'abrogazione dell'accisa sull'energia elettrica dovuta ai Comuni per le utenze ad uso domestico e alle Province per le utenze ad uso non abitativo, al fine di uniformare gli enti locali delle Regioni ad autonomia differenziata e quelli delle Regioni ad autonomia ordinaria. Allo stesso tempo, è previsto che le Regioni reintegrino agli enti medesimi le risorse recuperate per effetto del minor concorso delle stesse alla finanza pubblica. Ad avviso della ricorrente, regolando la destinazione di un'imposta regionale, le norme di cui sopra menomerebbero le competenze regionali in materia di entrate tributarie.*

*Per quanto attiene alla prima disposizione, la Corte ha accolto il ricorso per violazione dello Statuto della Regione Sicilia, chiarendo che il tributo in questione, pur essendo riqualficato dalla norma statale come un tributo proprio derivato provinciale, si configura come un tributo erariale riscosso nel territorio siciliano e rientra, pertanto, nell'ambito di applicazione dell'art. 36 del suddetto Statuto, il quale stabilisce che spettano alla Regione i tributi erariali riscossi all'interno del proprio territorio. La Corte ha chiarito che solo la Regione siciliana ha quindi il potere di devolvere le somme derivanti da tali entrate alle Province.*

*Per quanto concerne la seconda disposizione, la Corte ha respinto il ricorso chiarendo che la disposizione de qua debba essere attribuita alla materia "sistema tributario e contabile dello Stato" attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. La Corte ha peraltro chiarito*

*che il tributo in questione non rientra neppure nella previsione dell'art. 36 dello Statuto regionale essendo esclusi dall'ambito di applicazione di tale norma le c.d. imposte di produzione, tra cui devono essere ascritte le accise. V. precedenti conformi: C. Cost. 26.9.2003, n. 296; 26.1.2004, n. 37; 25.10.2005, n. 397; 14.7.2009, n. 216; 26.3.2010, n. 123 (Red. Francesca Fontanarosa).*

Corte costituzionale, 20.5.2013, n. 93

**Regioni - ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2, co. 1, lett. c), 3, co. 4, 5, co. 1, lett. c), e co. 10, 8, co. 4, 9, co. 2, lett. d), 12, co. 1, lett. c) ed e), e 13, nonché degli allegati A1, A2, B1 e B2, l. reg. Marche 26.3.2012, n. 3 (Disciplina regionale della valutazione di impatto ambientale - VIA) - artt. 117, co. 1 e co. 2, lett. s), cost. - Accoglimento.**

*Le norme impugnate disciplinano le modalità di presentazione e concessione della valutazione di impatto ambientale regionale. La Corte ha accolto il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e ha dichiarato l'illegittimità delle norme de quibus per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., perché nell'individuare i criteri per identificare i progetti da sottoporre a valutazione di impatto ambientale regionale o provinciale e a verifica di assoggettabilità regionale o provinciale, non tenevano conto di tutti i criteri indicati nell'allegato III della direttiva 13.12.2011, n. 2011/92/UE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati - codificazione).*

*La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate anche per violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di ambiente ex art. 117, co. 2, lett. s), cost., da un lato, perché, prescrivendo al richiedente di corredare la domanda con la copia dell'avviso da pubblicare a mezzo stampa, si porrebbe in contrasto con quanto stabilito dall'art. 23, co. 1, d.lgs. 3.4.2006, n. 152, che al contrario, impone che la pubblicazione a mezzo stampa sia contestuale alla presentazione dell'istanza di VIA; dall'altro, perché, contrariamente a quanto previsto dalla normativa statale di riferimento, esclude la necessità di rilievi geofisici per le VIA richieste per attività di ricerca di idrocarburi liquidi e gassosi in terraferma (Red. Gabriele Magrini).*

Corte costituzionale, 24.4.2013, n. 79

**Coordinamento finanza pubblica - gestione del servizio sanitario - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, co. 4 e 5, 4, co. 6, 7, 8, 5, co. 11; 6, co. 2, lett. c) e d), 15, co. 6 e 13 l. reg. Campania 10.7.2012, n. 19 (Istituzione del registro tumori della Regione Campania) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

*La norma impugnata ha istituito sette registri tumori: quattro provinciali e tre sub provinciali, costituiti uno per ogni Azienda sanitaria locale della Regione Campania, nonché un registro tumori infantili istituito presso il dipartimento di prevenzione di una delle ASL della Regione. La Corte ha accolto il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. La Corte ha infatti chiarito che l'introduzione dei suddetti registri e la previsione della nomina dei relativi soggetti responsabili interferirebbe con l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo sanitario di competenza del Commissario ad acta nominato dal Governo ai sensi dell'art. 4, co 2 d.lgs. 159/2007 a seguito dell'inadempimento da parte della Regione dell'accordo sul Piano di rientro dai disavanzi sanitari 2007-2009 stipulato in data 13 marzo 2007. Infatti, il contenuto del suddetto piano di rientro deve considerarsi principio fondamentale di contenimento della spesa pubblica sanitaria, vincolante per le Regioni ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost. Inoltre, le stesse disposizioni nell'affidare la nomina dei responsabili del detto registro all'Assessorato regionale alla sanità, dispongono nuovi incarichi professionali, non rispettando i vincoli posti dal Piano, in violazione sempre dell'art. 117, co.3 cost. Prec. conformi: C. Cost., 23.2.2001, n. 78; 14.6.2007, n. 193; 18.2.2010, n. 52; 21.3.2001, n. 91; 12.5.2011, n. 163; 25.5.2012, n. 131; 26.2.2013, n. 28 (Red. Antonella Zella).*

Corte costituzionale, 24.4.2013, n. 76

**Istruzione - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 8 l. reg. Lombardia n. 7 del 18.4.2012 (Misure per la crescita, lo sviluppo e l'occupazione) - art. 117, co. 2, lett. g), cost. - accoglimento.**

*La disposizione censurata consentiva alle istituzioni scolastiche di «organizzare concorsi differenziati a seconda del ciclo di studi, per*

*reclutare il personale docente con incarico annuale necessario a svolgere le attività didattiche annuali e di favorire la continuità didattica», ammettendo a partecipare a tali selezioni soltanto «il personale docente del comparto scuola iscritto nelle graduatorie provinciali ad esaurimento». La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, ritenendo che, nel riconoscere a ciascun istituto scolastico statale la possibilità di bandire i concorsi per il reclutamento dei docenti precari con incarico annuale, disciplinava la materia del pubblico impiego, riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. g), cost. La Corte ha a tal proposito ribadito che nell'attuale quadro normativo, il personale scolastico è alle dipendenze dello Stato e non delle singole Regioni; e, pertanto ogni intervento normativo finalizzato a dettare regole per il reclutamento dei docenti non può che provenire dallo Stato, nel rispetto della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, co. 2, lett. g), cost., trattandosi di norme che attengono alla materia dell'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato. V. precedenti conformi: C. cost., 27.1.2005, n. 35; 7.6.2012, n. 147 (Red. Alessia Auriemma)*

Corte costituzionale, 23.4.2013, n. 73

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 2, l. Reg. Puglia 15.5.2012, n. 11 (Misure urgenti per l'accelerazione della determinazione delle dotazioni organiche delle aziende ed enti del servizio sanitario regionale e di tutela assistenziale) - artt. 97 e 136, cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso, con due diversi ricorsi successivamente riuniti e decisi congiuntamente dalla Corte, una questione di legittimità costituzionale sulle norme indicate in epigrafe, in riferimento agli artt. 3, 117, co. 3, e 97 cost. La prima delle norme impuginate prevedeva che gli enti del servizio sanitario regionale, nelle more del completamento delle procedure per la copertura dei posti vacanti, si avvalsero, a tempo determinato e senza oneri aggiuntivi rispetto al livello di spesa sostenuto per la medesima voce di costo nell'esercizio 2011, del personale selezionato in base all'esito delle procedure indicate all'art. 3, co. 40, della l. reg. Puglia 31.12.2007, n. 40 (Disposizioni per la forma-*

zione del bilancio di previsione 2008 e bilancio pluriennale 2008-2010 della Regione Puglia), dichiarate costituzionalmente illegittime con sentenza n. 42 del 2011. La Corte, ritenuta la questione fondata, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata per violazione dell'art. 97 cost. Ad avviso della Corte, infatti, l'utilizzazione delle graduatorie formatesi all'esito di procedure non rispondenti al principio del pubblico concorso contrasta con la citata disposizione costituzionale, sia quando il fine perseguito è quello di assumere personale a tempo indeterminato, sia quando l'intendimento è, come nel caso oggetto di giudizio, quello di instaurare o prorogare contratti a tempo determinato. La Corte, pronunciandosi sulla questione, ha, inoltre, rammentato che il ricorso a procedure dichiarate costituzionalmente illegittime rappresenta una violazione del giudicato costituzionale ex art. 136 cost. Il giudicato costituzionale deve infatti ritenersi violato non solo quando il legislatore emana una norma che costituisce una mera riproduzione di quella già ritenuta lesiva della Costituzione, ma anche laddove la nuova disciplina miri a perseguire e raggiungere, sia pure indirettamente, esiti corrispondenti V. precedenti conformi: C. cost., 30.5.1963, n. 73; 6.7.1966, n. 88; 19.7.1983, n. 223; 31.10.2012, n. 245 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 8.4.2013, n. 70

**Regioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 5, co. 2, l. reg. Campania 12.5.2012, n. 13 (Interventi per il sostegno e la promozione della castanicoltura e modifiche alla legge regionale 27.1.2012, n. 1 - "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012") - art. 97 cost. - accoglimento.**

In seguito a ricorso promosso in via principale dal Presidente del Consiglio dei ministri, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 2, l. reg. Campania 12.5.2012, n. 13 (Interventi per il sostegno e la promozione della castanicoltura e modifiche alla legge regionale 27.1.2012, n. 1 - "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della regione Campania - Legge finanziaria regionale 2012") per violazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. In particolare, la Corte, richiamando

anche la sua precedente giurisprudenza in materia, ritiene che la norma de qua, che aveva differito il termine abrogativo della norma in materia di distanze per la costruzione di aerogeneratori, si ponga in contrasto con l'art. 97 cost., dal momento che il fenomeno della riviviscenza di norme abrogate, se non giustificato da specifici interessi, determina incertezza e frammentarietà del quadro normativo evidenziando un uso irrazionale della discrezionalità legislativa che non assicura il buon andamento della pubblica amministrazione. Precedenti conformi: C. cost., 15.12.2010, n. 364; 12.1.2012, n. 13 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 12.4.2013, n. 65

**Tutela della concorrenza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 3 e 4 l. reg. Veneto 27.12.2011, n. 30 (Disposizioni urgenti in materia di orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio e disposizioni transitorie in materia di autorizzazioni commerciali relative a grandi strutture di vendita e parchi commerciali) - Artt. 117, co. 1 e 2, lett. e), cost. - accoglimento.**

La norma impugnata detta una serie di limitazioni e restrizioni degli orari e delle giornate di apertura e di chiusura al pubblico delle attività di commercio al dettaglio, violando, secondo il ricorrente, l'art. 117, co. 2, lett. e), cost., che riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia della tutela della concorrenza. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117 co. 2, lett. e), cost., chierendo, da un lato, che la disciplina degli orari degli esercizi commerciali deve essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato; dall'altro, che nel caso di specie, la norma impugnata si pone in contrasto con la disciplina statale di riferimento e, in particolare, con l'art. 3, co. 1, lett. d-bis), del d.l. 14.7.2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, nella l. 4.8.2006, n. 248, così come modificato dall'art. 31, co. 1, del citato d.l. n. 201 del 2011, che ha stabilito che le attività commerciali e di somministrazione di alimenti e bevande siano svolte senza il limite del

*rispetto degli orari di apertura e di chiusura, dell'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio (Red. Giustino Lo Conte).*

Corte costituzionale, 25.3.2013, n. 51

**Coordinamento finanza pubblica - gestione del servizio sanitario - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - delibera legislativa disegno di legge n. 483/2012 dell'Assemblea regionale siciliana (Promozione ricerca sanitaria) - art. 117, co. 3 cost. - accoglimento.**

*Il Commissario dello Stato per la Regione siciliana ha impugnato la delibera legislativa indicata in epigrafe, nella parte in cui si prevede che il legislatore regionale, anziché procedere al reperimento delle risorse necessarie al finanziamento dei nuovi oneri, si limiterebbe ad inserire una nuova finalità per l'utilizzo di risorse già vincolate dal piano di rientro. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, chierendo che la suddetta tecnica di copertura non è conforme a quanto stabilito dall'art. 17 l. 31.12.2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), da intendersi come principio fondamentale del coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art. 117, co. 3 cost., in quanto finalizzato alla tutela dell'unità economica della Repubblica e, dunque, applicabile anche alle Regioni a statuto speciale. La Corte ha poi ribadito che l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute e, in particolare, nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa; pertanto, il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente, per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari Prec. conformi: C. cost., 18.2.2010, n. 52; 12.5.2011, n. 163; 18.4.2012, n. 91 (Red. Antonella Zella).*

Corte costituzionale, 15.03.2013, n. 38

**Commercio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 6 l. prov. autonomia di Bolzano 16.3.2012, n. 7 (Liberalizzazione dell'attività commerciale) - artt. 41, 117, co. 2, lett. e), cost. e artt. 4, 5, 8 e 9 dello Sta-**

**tuto del Trentino-Alto Adige, di cui al d.P.R. 31.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) - Accoglimento**

*La norma impugnata autorizza la Giunta provinciale ad emanare «appositi indirizzi in materia di orari di apertura al pubblico degli esercizi di vendita al dettaglio». La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità della norma per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. chiarendo che la previsione di vincoli di orario per gli esercizi economici deve essere ricondotta alla materia tutela della concorrenza, attribuita dalla norma costituzionale appena richiamata alla potestà legislativa esclusiva statale. V. in particolare, supra, C. Cost, 12.4.2013, n. 65 (Red. Giustino Lo Conte)*

Corte costituzionale, 8.3.2013, n. 36

**Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 2, co. 3, 3, co. 4, 6, 7 e 4, co. 48, l. reg. Sardegna n. 6 del 2012 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione - legge finanziaria 2012) - artt. 3, 117, co. 2, l. e), l), Cost.; art. 10 l. cost. n. 3/2001; l. cost. n. 3/ 1948 (Statuto speciale per la Sardegna) - accoglimento parziale.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato varie disposizioni della legge regionale indicata in epigrafe. La Corte ha suddiviso le censure sollevate in cinque gruppi. Il primo gruppo concerne l'art. 2, co. 3, della suddetta legge regionale: tale disposizione prevede la possibilità per l'assessore competente in materia di bilancio di integrare il fondo per la non autosufficienza, prelevando risorse dal fondo sanitario regionale. La Corte ha respinto il ricorso chiarendo che la norma impugnata non determina una lesione dei livelli essenziali delle prestazioni, e quindi dell'art. 117, co. 2, l. m), come argomentato dal ricorrente, bensì è funzionale alla loro attuazione. La norma, inoltre, non risulta neanche lesiva dell'art. 4, l. h) dello Statuto speciale, che disciplina la competenza legislativa concorrente in materia di assistenza pubblica: fatta salva, infatti, la competenza esclusiva dello Stato per quanto concerne i livelli essenziali, rimane di competenza della Regione l'ambito materiale dell'assistenza e dei servizi sociali. Il secondo gruppo di censure concerne l'art. 3, co. 4, della legge impugnata, il quale prevede la possibilità di trattativa di-*

retta per la vendita di immobili sottoposti a sdemanializzazione e che siano già detenuti da privati. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma ritenendola lesiva sia delle disposizioni costituzionali a tutela della concorrenza che vincolano anche le Regioni, (art. 117, co. 2, l. e) cost.); sia, del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost., configurando la norma de qua un trattamento privilegiato a favore del privato detentore di un bene, il quale non è però portatore di un interesse qualificato meritevole di una tutela rafforzata. Il terzo gruppo di censure concerne l'art. 3, co. 6, della medesima legge, il quale dispone che, a partire dal 2012, la spesa per le missioni dei dipendenti regionali non possa essere superiore all'80 per cento della spesa sostenuta per l'anno 2009. Tale norma, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non risulta, secondo la Corte, lesiva dell'art. 6 del d.l. n. 78 del 2010 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito nella legge n. 122 del 2010, il quale prevede una riduzione del 50 per cento di dette spese: la norma interposta, infatti, risulta costituire un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, ma lascia libera la Regione di darvi attuazione in modo graduato e differenziato nelle varie leggi di spesa. La questione risulta, quindi, non fondata. Il quarto gruppo di censure concerne l'art. 3, co. 7, il quale consente al personale dipendente della Regione l'uso di mezzo proprio per lo svolgimento delle missioni. La Corte ha

dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost., chiarendo che il trattamento economico dei dipendenti pubblici rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile.

L'ultimo gruppo di censure riguarda l'art. 4 della medesima legge impugnata, il quale consente alle imprese regionali di partecipare ai lavori pubblici sulla base di requisiti diversi rispetto a quelli stabiliti dalla disciplina statale di riferimento, ossia il d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce).

La Corte ha accolto sul punto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. e dell'art. 3, lett. e), dello Statuto regionale, chierendo che la disposizione impugnata risulta lesiva della competenza legislativa statale in materia di concorrenza e non può essere ricondotta alla competenza legislativa regionale in materia di lavori pubblici ai sensi di cui all'art. 3 lett. l. e), dello Statuto regionale. V. precedenti conformi: C. cost., 21.11.2006, n. 391; 7.3.2008, n. 50; 23.5.2008, n. 168; 4.12.2009, n. 322; 12.2.2010, n. 45; 17.3.2010, n. 101; 15.7.2010, n. 254; 17.11.2010, n. 325; 7.4.2011, n. 114; 20.4.2011, n. 144; 10.6.2011, n. 184; 7.12.2011, n. 328; 30.3.2012, n. 74; 4.6.2012, n. 139; 20.7.2012, n. 203; 30.7.2012, n. 211; 19.12.2012, n. 296 (Red. Marta Capecciotti).

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### **DOMANDA**

*Parere in materia di legittimazione passiva del Ministero della Salute nei giudizi aventi ad oggetto la concessione di benefici ai sensi della l. n. 210/92 - stato della giurisprudenza dopo la sentenza Cass. SS.UU. n. 12538/11 - nuova valutazione (Parere prot. 13/04/2013-165064 P, Avv. Estensore Marina Russo- Avvocato Generale Michele Dipace)*

### **RISPOSTA**

*Con il presente parere si torna ad affrontare, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi dopo la pronuncia della Cassazione SS.UU. 12538/11, la nota questione del difetto di legittimazione passiva del Ministero nei giudizi aventi ad oggetto il diritto all'indennizzo ex lege 210/92, la cui istanza amministrativa sia stata presentata in epoca successiva al trasferimento di funzioni e compiti amministrativi alle Regioni. Si ricorda che, sull'argomento, la Scrivente si è espressa con parere prot. 326253 del 18.10.2011 (allegato in copia per comodità di consultazione) [n.d.r. Rass. 2011, IV, 259], ove si auspicava un riesame da parte della Corte di Cassazione dell'orientamento espresso dalle SS.UU. con la sentenza sopra menzionata. A tal fine ed in coerenza con il suddetto parere, la Scrivente ha continuato - come già ampiamente noto a codesta Amministrazione - a sostenere nei giudizi pendenti (anche) innanzi alla Suprema Corte la tesi secondo la quale le SS.UU avrebbero - sì - affermato la legittimazione passiva del Mini-*

*stero, ma limitatamente alle sole domande d'accertamento, e non anche a quelle di condanna. Si è già avuto modo di rappresentare (in particolare, si veda la nota n. 472486 del 29.11.2012 ct 5226/07 avv. Marina Russo) che le argomentazioni fino ad oggi esposte a sostegno di tale impostazione sono state sistematicamente disattese dalla Suprema Corte Sez. lav., la quale - pur senza farsi carico di esplicitarne le ragioni - ha continuato a conformarsi pedissequamente alla pronuncia delle SS.UU (ex multis, sent. nn. 4469/12, 22898/11), come pure è puntualmente avvenuto da parte dei giudici di merito. Finalmente - anche a seguito delle reiterate insistenze della difesa di parte pubblica in occasione della discussione orale di numerosi giudizi sull'argomento - la Sezione lavoro con sentenza 12506/12, già costì trasmessa in allegato alla richiamata nota n. 472486 del 29.11.2012, ha per la prima volta affrontato - sia pur molto sinteticamente le questioni proposte dall'Avvocatura ai fini dell'interpretazione della sent. 12538/11 nel senso indicato dal citato parere prot. 326253 del 18.10.2011. La Cassazione peraltro, nella sentenza 12506/12, ha completamente disatteso le posizioni esposte dalla Scrivente, concludendo che la sentenza delle SS.UU. "non distingue affatto tra azioni di mero accertamento e di condanna", confermando perciò ancora una volta che il Ministero è legittimato a contraddire anche rispetto a giudizi concernenti istanze amministrative successive alla data di trasferimento di funzioni e compiti*

*amministrativi alle Regioni nei quali siano avanzate domande di condanna al pagamento del beneficio. In considerazione di tutto quanto sopra, e benché l'orientamento della Suprema Corte continui a destare perplessità, anche in quanto sostanzialmente evasivo rispetto alle argomentazioni della difesa di parte pubblica, la Scrivente abbandonerà la tesi difensiva di cui al parere 326253 del 18.10.2011, tanto nei giudizi di merito quanto nei giudizi di legittimità, posto che essa andrebbe pressoché certamente incontro ad ulteriore insuccesso, con un aggravio di attività processuale sostanzialmente improduttiva, ed anzi foriera di maggiori spese per l'amministrazione. Si rammenta inoltre che, nel summenzionato parere, la Scrivente prospettava - a superamento della problematica connessa all'orientamento giurisprudenziale*

*delle SS.UU. - possibili soluzioni normative od amministrative. Sullo stato delle stesse si sono richieste aggiornate notizie nella già richiamata nota n. 472486 del 29.11.2012, rimasta peraltro ad oggi inevasa, ciò che lascia intendere che non constino novità sul punto.*

*L'amministrazione in indirizzo ben potrà, comunque, ancora valutare la praticabilità delle soluzioni suggerite dalla Scrivente, che - allo stato - sembrano costituire la sola strada in concreto praticabile per il superamento dei problemi posti dalla giurisprudenza, ormai consolidatasi in senso sfavorevole all'Amministrazione. Sulla questione, nella seduta del 5.4.2013, è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità. L'Avvocato estensore Marina Russo  
L'AVVOCATO GENERALE Michele Dipace.*

«.....GA.....»

# USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **LA DISTANZA DI DIECI METRI FRA PARETI FINESTRATE DI EDIFICI FRONTEGGIANTI È INDEROGABILE E DETERMINA LA DISAPPLICAZIONE DEGLI STRUMENTI URBANISTICI CONTRASTANTI**

*Nella vicenda in esame il Consiglio di Stato è chiamato a dirimere la questione se il rilascio del titolo ad aedificandum, con cui si autorizza l'esecuzione di lavori di recupero di un sottotetto, comporti o meno la violazione del limite di distanza di dieci metri tra fabbricati vicini, di cui all'art. 9 del d.m. n.1444/68. Nel risolvere la problematica concreta il Collegio si sofferma ad evidenziare come il decreto ministeriale n. 1444 del 2.4.1968, in tema di rispetto delle distanze di vicinato, ha una valenza direttamente precettiva, sino a comportare la disapplicazione degli strumenti urbanistici, anche di tipo regolamentare, con esso contrastanti (CdS, IV 27.10.2011 n. 5759). In particolare, sottolinea il Collegio che la prescrizione di cui all'art. 9, che fissa la distanza di dieci metri fra pareti finestrate di edifici fronteggianti, in quanto volta a salvaguardare imprescindibili esigenze igienico-sanitarie, ha natura tassativa ed inderogabile ( ex plurimis CdS, IV 12.6.2009 n. 3094). Aggiunge poi che un preciso orientamento sia della Cassazione (Cass. Sez. Civ., Sez. II 30.4.2012 n.6604), sia di questo Consiglio di Stato (CdS, IV 22.1.2013 n.844) ha avuto modo di affermare come la regola del rispetto della distanza dei dieci metri, di cui all'art. 9 del d.m. n.1444/68, si riferisce esclusivamente a pareti munite di finestre qualificabili come vedute e non ricomprende anche quelle su cui si aprono finestre cosiddette lucifere. Ciò che rileva, insomma, è che il soggetto non ha la possibilità di "inspicere" nell'altrui prospiciente*

*proprietà; e se così è, non v'è luogo all'applicazione della norma ex art. 9 citato (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 4.9.2013, n. 4451).*

«..... GA.....»

### **ESENZIONE PARZIALE DAL CONTRIBUTO URBANISTICO PER LE CASE DI CURA PRIVATE**

*In materia di pagamento del contributo urbanistico, il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha precisato che l'attività sanitaria, se svolta da soggetto non istituzionalmente dovuto, presenta i caratteri oggettivi dell'industrialità, con la conseguenza che relativamente alla concessione edilizia spetta la parziale esenzione dal contributo di costruzione. Tale sentenza, peraltro fa applicazione dell'orientamento giurisprudenziale a tenore del secondo cui alla concessione edilizia relativa ad un immobile destinato a casa di cura privata spetta la parziale esenzione dal contributo urbanistico, prevista dall'art. 10 della l. 28.1.1977 n. 10, per le concessioni relative a costruzioni o impianti destinati ad attività industriali o artigianali dirette alla trasformazione di beni ed alla prestazione di servizi. Tanto dal momento che "l'attività imprenditoriale diretta alla prestazione di servizi sanitari è a pieno titolo un'attività industriale, giusta la definizione di attività industriale che si ricava dall'art. 2195 c.c." (CdS, V, 16.1.1992, n. 46 e 12.6.2007, n. 6328). (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 26.8.2013, n. 4267).*

«..... GA.....»

### **IMPIANTI DI TELEFONIA CELLULA-**

**RE: IL PARERE PREVENTIVO DELL'ARPA NON È NECESSARIO PER AVVIARE I LAVORI, MA SOLO PER ATTIVARE L'IMPIANTO**

*E, data la natura procedimentale della disposizione, non si può sostenere (né, del resto, lo sostiene l'appellante), che la disposizione statale esprima un principio prevalente sulla disposizione regionale di dettaglio. Né che quest'ultima sia sospetta di incostituzionalità per irragionevolezza o difetto di potestà legislativa, posto che lo stretto collegamento tra la valutazione dell'ARPA (quale organismo preposto alla verifica del rispetto dei limiti di inquinamento elettromagnetico), e quella generale del Comune sui profili di compatibilità urbanistica e territoriale dell'intervento da realizzare, appare funzionale ad una più rigorosa e concreta tutela ambientale, senza comportare (stante la previsione di un termine per l'effettuazione della verifica) un ingiustificato aggravio del procedimento autorizzatorio. La fondatezza del rilievo ostativo basato sull'incompletezza documentale, vincolante ai fini dell'inibizione degli effetti della d.i.a. e preclusiva di una valutazione della compatibilità dell'intervento con i parametri della pianificazione urbanistica e territoriale, rende irrilevante, ex art. 21 octies, della l. 241/1990, ogni profilo di partecipazione procedimentale. Così come non arrivano ad assumere rilevanza, le censure concernenti il rispetto di detti parametri di compatibilità (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 10.7.2013, n. 3692).*

«..... GA.....»

**L'OPERA PUÒ DEFINIRSI PRECARIA SOLO QUANDO È DESTINATA A SODDISFARE SCOPI CRONOLOGICAMENTE DELIMITATI**

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha ribadito il principio già sancito (così CdS, V, 2.5.2001, n. 2471), secondo il quale l'opera solo quando è destinata a soddisfare scopi cronologicamente delimitati. Se l'opera, per le sue caratteristiche oggettive, è destinata a*

*soddisfare esigenze prolungate nel tempo, non se ne può sostenere la precarietà. Sulla base di tale principio il Collegio ha ritenuto non convincenti in senso contrario le argomentazioni di parte appellante relative alla occasionalità degli eventi come matrimoni, feste ed altro, in occasione delle quali verrebbe sfruttato il locale ristorante. Tali osservazioni, che riguardano il ristorante ma anche gli altri locali menzionati nella sentenza sono stati ritenuti sufficienti al rigetto dell'appello e ciò assume valore dirimente ed assorbente, considerando altresì che la parte appellante non si premura di sostenere tale precarietà, invero non dimostrabile, per tutte le opere per le quali il primo giudice ha ravvisato un eccesso evidente (il doppio) della volumetria consentita. In tale contesto, relativo anche i locali- spogliatoio, la palestra, i locali termali, assume valore addirittura secondario il computo o meno dei locali adibiti a porticato, in relazione al quale, peraltro, va aggiunto come la giurisprudenza, anche penale (tra tante Cass. Penale, III, 19.2.2004, n.6930) ne abbia affermato la natura di costruzione, ai fini della necessità del titolo abilitativo. Il motivo dell'eccesso di volumetria è stato ritenuto sufficiente a ritenere immune dalle censure contestate l'atto di annullamento impugnato in primo grado, anche per la ragione che, in caso di atto sorretto da una pluralità di motivi, è sufficiente la resistenza di uno solo di essi (nella specie, l'evidente eccesso di volumetria) a far ritenere valido l'atto impugnato (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 10.7.2013, n. 3659).*

«..... GA.....»

**L'ANNULLAMENTO DELL'AUTORIZZAZIONE PAESISTICA NON È SOGGETTO ALL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE PREVENTIVA DEL PREAVVISO DI RIGETTO DI CUI ALL'ART. 10 BIS DELLA L. 241 DEL 1990**

*Il Consiglio di Stato conferma con la sentenza in esame il proprio orientamento in materia di rapporti intercorrenti fra la fase sub-procedimentale che può concludersi con l'annullamento dell'autorizzazione rilasciata*

ai fini paesaggistici e la doverosità dell'attivazione del preavviso di cui all'art. 10 bis, cit.. In particolare è stato osservato che la disposizione di cui all'art. 10 bis della l. 241 del 1990, in tema di cd. preavviso di rigetto non trova applicazione quando vi sono specifiche regole procedurali, sulla durata massima di una fase 'di riesame' di un precedente atto favorevole. In particolare, l'annullamento dell'autorizzazione paesistica - pur se disposto ai sensi dell'art. 159 del d.lgs. 42 del 2004 - non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della l. 241 del 1990, in quanto costituisce esercizio, entro un termine decadenziale, di un potere che intercorre tra autorità pubbliche e integra piuttosto una fase ulteriore, di secondo grado, la quale determina la caducazione del precedente atto abilitativo (in tal senso: CdS, VI, 11.6.2012, n. 3401). Sotto altro aspetto, si è osservato che il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, non si applica al sub-procedimento volto all'annullamento, in tempi stretti e perentori, dell'autorizzazione paesaggistica, sub specie di riesame di quell'atto da parte dell'autorità statale e si configura come una fase di riscontro della già ritenuta possibilità giuridica di mutare lo stato dei luoghi. Ne deriva che il preavviso di diniego - finalizzato ad aprire una fase, anche non breve, di possibile confronto endoprocedimentale - è di per se stesso incompatibile con la stretta tempistica del vaglio delle condizioni di legittimità di un atto abilitante già rilasciato e produttivo di taluni effetti (CdS, VI, 24.9.2012, n. 5063) (**Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9.7.2013, n. 3616**).

«..... GA.....»

**LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL BENE QUALE PERTINENZA, SULLA BASE DELLA NOZIONE CIVILISTICA, È IRRILEVANTE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO DOVE RILEVA SOLO IL DIVERSO CONCETTO DI PERTINENZA URBANISTICA**

Nell'ambito delle opere edilizie, la semplice ristrutturazione si verifica ove gli interventi, comportando modificazioni esclusivamente interne, abbiano interessato un edificio del quale sussistano (e, all'esito degli stessi, rimangano inalterate) le componenti essenziali, quali i muri perimetrali, le strutture orizzontali, la copertura, mentre è ravvisabile la ricostruzione allorché dell'edificio preesistente siano venute meno, per evento naturale o per volontaria demolizione, dette componenti, e l'intervento si traduca nell'esatto ripristino delle stesse operato senza alcuna variazione rispetto alle originarie dimensioni dell'edificio, e, in particolare, senza aumenti della volumetria, né delle superfici occupate in relazione alla originaria sagoma di ingombro. In presenza di tali aumenti, si verte, invece, in ipotesi di nuova costruzione, da considerare tale, ai fini del computo delle distanze rispetto agli edifici contigui come previste dagli strumenti urbanistici locali, nel suo complesso, ove lo strumento urbanistico rechi una norma espressa con la quale le prescrizioni sulle maggiori distanze previste per le nuove costruzioni siano estese anche alle ricostruzioni, ovvero, ove una siffatta norma non esista, solo nelle parti eccedenti le dimensioni dell'edificio originario.

Deriva da quanto precede, pertanto - anche con riguardo alla l. n. 457 del 1978 e all'art. 31 di questa - che la semplice constatazione dell'aumento di superficie e di volumetria è sufficiente a rendere l'intervento edilizio non riconducibile al paradigma normativo della ristrutturazione e all'esonero dall'osservanza delle distanze legali previsto per detto tipo di interventi (Cass. Civ., Sez. Un., 19.10.2011, n. 21578). Nella fattispecie, dunque, i lavori abusivi eseguiti dai ricorrenti sono da classificare come opere ex novo, e non ristrutturazione, in quanto parte del fabbricato preesistente è stato conglobato nel nuovo manufatto, che si configura quindi come un organismo edilizio diverso, con dimensioni maggiori sia in pianta che in altezza e con conseguente incremento della volumetria.

Inoltre, il Collegio osserva, sulla scorta di un'ormai consolidata giurisprudenza, che i beni che hanno civilisticamente natura pertinente non sono necessariamente tali ai fini

dell'applicazione delle regole proprie dell'attività edilizia; la nozione di pertinenza in ambito edilizio ha infatti un significato più circoscritto e si fonda sulla mancanza di autonomia destinazione e autonomo valore del manufatto pertinenziale, sul suo non incidere sul carico urbanistico, sulle ridotte dimensioni, tali da non alterare in modo significativo l'assetto del territorio, caratteristiche queste la cui sussistenza deve essere dimostrata dall'interessato e che non ricorrono palesemente nel manufatto oggetto del provvedimento di demolizione (cfr. CdS, IV, n. 4573 del 2010). Pertanto, la sentenza penale prodotta in giudizio dall'appellante, relativa alla diversa qualificazione giuridica del bene quale pertinenza, sulla base della nozione civilistica, è irrilevante nel giudizio amministrativo, ove rileva, come detto, il diverso concetto di pertinenza urbanistica (ex multis: CdS, VI, 28.1.2013, n. 496) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 11.6.2013, n. 3221**).

«..... GA.....»

**E' ONERE DEL RICHIEDENTE IL CONDONO EDILIZIO PROVARE CHE L'OPERA SIA STATA COMPLETATA ENTRO LA DATA UTILE FISSATA DELLA LEGGE, NON ESSENDO A TAL FINE SUFFICIENTE LA SOLA DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO NOTORIO**

*Ai fini del condono edilizio la realizzazione dell'opera abusiva, alla data del 31.12.1993, è identificabile se l'immobile è già eseguito, sia pure al rustico in tutte le sue strutture essenziali, fra le quali devono essere comprese le tamponature che sono necessarie per stabilire la relativa volumetria e la sagoma ester-*

*na (CdS, V, 18.11.2004, n. 7547), aggiungendosi che, per quanto riguarda le opere interne o quelle non destinate ad uso non residenziale, la loro ultimazione è da ricollegare al loro completamento funzionale, inteso nel senso della sussistenza delle opere indispensabili a rendere effettivamente possibile l'uso per il quale sono state realizzate (o l'uso diverso da quello a suo tempo assentito o incompatibile con l'originaria destinazione d'uso, nel caso di mutamento di quest'ultimo) (CdS, IV, 9.2.2012, n. 683; 9.5.2011, n. 2750; V, 21.5.1999, n. 587; 18.11.2004, n. 7547; 23.5.2005, n. 2578; 4.10.2007, n. 5153). Posto poi che la distinzione tra ultimazione a rustico e completamento funzionale deve essere eseguita in concreto e non in astratto, non essendo sufficiente la qualificazione della parte a determinare oggettivamente il contenuto dei lavori eseguiti (CdS, V 18.12.2002, n. 7021), sempre ai fini del condono edilizio, è stato sottolineato che è onere del richiedente il condono edilizio provare che l'opera sia stata completata entro la data utile fissata della legge, non essendo a tal fine sufficiente la sola dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, che deve essere supportata da ulteriori riscontri documentali, eventualmente indiziari, purché altamente probanti (CdS, IV, 6.6.2001, n. 3067; così del resto anche V, 14.3.2007, n. 1249, secondo cui la prova del completamento dell'edificio entro la data prevista dalla legge può essere validamente fornita, in alternativa alla dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, attraverso la produzione della documentazione, munita di data certa, delle fatture e delle bolle di accompagnamento dei materiali necessari per la realizzazione dell'opera) (**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3.6.2013, n. 3034**).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA SANATORIA “GIURISPRUDENZIALE” AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA SENTENZA 101/2013 SULLA L.R. TOSCANA, IL “PRINCIPIO DELLA DOPPIA CONFORMITÀ” E LA L.R. EMILIA ROMAGNA

degli Avvocati Livio Lavitola ed Andrea Di Leo

*Con la sentenza del 27.2.2013 n. 101, la Corte Costituzionale - sia pur con espresso riferimento solo alla doppia conformità alla normativa tecnico-sismica - ha affermato che la regola oggi contenuta nell'art. 36 del Testo Unico dell'Edilizia (e, prima, nell'art. 13 della l. n. 47/1985) è da considerarsi principio della legislazione statale, come tale non derogabile dalla normativa regionale. La pronuncia della Corte, pertanto, risulta di interesse sia nell'ambito del dibattito - sempre vivo - sulla c.d. “sanatoria giurisprudenziale”, sia in quanto porta all'attenzione un ulteriore profilo problematico, rappresentato dalla conformità a Costituzione di quelle norme regionali (attualmente vigenti) che hanno codificato l'istituto pretorio.*

In its judgment of 27 February 2013 n. 101, the Constitutional Court - albeit with express reference only to the double accordance with technical and seismic - said today that the rule contained in Art. 36 of the Housing Act (and, earlier, in art. 13 of Law no. 47/1985) is considered the principle of state law, and as such can not be waived by the regional regulations. The Court's ruling, therefore, is of interest both in the debate - still alive - on cd “Jurisprudential amnesty”, both as it brings attention a further problematic profile, represented by conformity with the Constitution of the regional standards (currently in force) that have codified the institute praetorian.

*Sommario: 1. Il dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, sulla sanatoria giurisprudenziale. 2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale e la sentenza 101/2013. 3 Le legislazioni regionali in materia di accertamento di conformità. In particolare: il “caso” della l.r. Emilia Romagna. 4. Considerazioni conclusive.*

### **1. Il dibattito sulla “sanatoria giurisprudenziale” (e la possibile convivenza dell'istituto pretorio con quello di diritto positivo).**

Con l'istituto dell'accertamento di conformità, oggi disciplinato dall'art. 36 del T.U. dell'Edilizia, il legislatore ha inteso disporre la “sanabilità” della mancanza di un titolo abilitativo che il privato da un lato avrebbe (dovuto e) potuto ottenere prima di porre in essere l'intervento o e che, dall'altro, è in grado di ottenere al momento in cui presenta l'istanza. In altre parole, ai fini della sanatoria in parola, l'opera né deve essere stata abusiva

al momento della realizzazione né deve esserlo “attualmente”.

L'abuso è quindi solo formale e non anche sostanziale<sup>1</sup>.

Diversa, invece, l'ipotesi nella quale l'intervento edilizio, abusivo al tempo di rea-

<sup>1</sup> N.ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Roma, 2007, p. 902: “sono abusi formali quelli posti in essere da soggetti che hanno realizzato opere conformi alle norme di legge, di piano, di regolamento, ma in assenza di titolo abilitativo”, mentre “sono abusi sostanziali quelli compiuti in contrasto con le norme di disciplina”.

lizzazione, sia divenuto successivamente conforme alla normativa urbanistico-edilizia: in questo caso, infatti, un profilo di abuso sostanziale è ravvisabile, ma solo con riferimento “*al passato*”, non già “*al presente*”.

È qui che si innesta il problema che si intende approfondire in questa sede: quello della sanabilità di un’opera sorta abusivamente ma poi divenuta conforme ai successivi strumenti urbanistici.

Tale eventualità, infatti, se era pacificamente riconosciuta prima dell’entrata in vigore dell’art. 13 della l. n. 47/1985, è attualmente oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Prima dell’introduzione dell’istituto dell’accertamento di conformità ad opera dell’art. 13 della l. n. 47 del 1985, davanti al problema della possibilità (anzi, obbligatorietà) di provvedere alla demolizione di un’opera, sorta in contrasto con la pianificazione, ma conforme alla vigente disciplina urbanistica, si affermò in dottrina e giurisprudenza l’idea che è improprio ed illogico disporre la rimozione di qualcosa che immediatamente dopo potrebbe essere assentito e ricostruito in maniera del tutto identica.

Tale opinione, che trovò adesione nella giurisprudenza sin dagli anni sessanta<sup>2</sup>, “*parve naturale espressione di un principio esistente*”<sup>3</sup>.

In particolare, secondo tale impostazione, laddove l’opera, teoricamente da sanzionare, sia rispondente alle norme edilizie vigenti “*è ammissibile per il principio di conservazione dei valori economici oltre che giuridici, che l’autorità comunale intervenga emanando in sanatoria un atto che consenta il legittimo*

*mantenimento dell’opera costruita*”<sup>4</sup>.

Altro importante argomento a favore della necessità del rilascio del titolo postumo “*è stato quello, dirimente, della assoluta omogeneità concettuale con il titolo rilasciato ex ante (...) della cui doverosità (...) non era e non è possibile dubitare*”; in altre parole cioè occorre guardare al “*primato della pianificazione conformativa: la abusività dell’opera perché non costruita senza previo titolo abilitativo non può compromettere la sua sostanziale attuale conformità alla scelta legittimamente concretizzata nello strumento vigente*”<sup>5</sup>.

Il dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si è acceso con l’introduzione dell’art. 13 della l. n. 47/1985 che ha disciplinato espressamente la sanatoria per accertamento di conformità, poi riprodotta nell’art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Ovviamente, se in assenza di una disciplina della regolarizzazione postuma il ricorso ai principi generali non ha determinato particolari criticità interpretative, al contrario, l’intervento di una disciplina che, ai fini della sanatoria, richiede la doppia conformità ha stimolato una riflessione sulla compatibilità con la c.d. sanatoria giurisprudenziale, che richiede solo la conformità sopravvenuta, senza dare rilievo, invece, alla originaria abusività sostanziale.

A fronte di coloro i quali, in dottrina, hanno continuato e continuano a sostenere la necessità della permanenza dell’istituto pretorio nell’ordinamento<sup>6</sup>, altri hanno osservato che i sostenitori della (permanenza) della sanatoria impropria ometterebbero di considerare la precisa scelta operata dal legislatore con la introduzione dell’istituto dell’accertamento di

<sup>2</sup> Tra le sentenze più risalenti, si segnala CdS, V, 27.3.1965, n. 71.

<sup>3</sup> B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della c.d. «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, RGE, 2/2004, p. 163, ove l’A. riferisce che la non sanzionabilità di simili opere suscitò consenso anche in dottrina: tanto che si pronunciarono in senso favorevole anche autori come A.M. Sandulli e F. Benvenuti che, nel contesto della L. n. 1150/1942, avevano rilevato come l’intervento costruttivo abusivo “*non poteva avere nell’ordinamento, in differentemente, lo stesso trattamento, sia che fosse conforme sia che fosse difforme dalla normativa vigente*”.

<sup>4</sup> G. FERRERO, *Sanatoria in tema di licenze edilizie*, RGE, 2/1968, p. 68.

<sup>5</sup> B. GRAZIOSI, cit., p. 165.

<sup>6</sup> Ad es. si v. G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, p. 1162, ove si rileva che “*non si può non rilevare come appare sostanzialmente logica la sanatoria di un edificio realizzato in contrasto con le norme vigenti al momento della richiesta di sanatoria (...), sicché esso dovrebbe essere demolito o essere soggetto comunque a sanzione per poter poi essere ricostruito nella stessa identica forma e consistenza, con ingiustificato danno, oltre che per il responsabile, anche per la collettività*”.

conformità, la cui *ratio* risiederebbe anche nel “*fine di scongiurare improprie e sviate varianti urbanistiche ad hoc mirate alla regolazione di illeciti edilizi*”<sup>7</sup>.

La contrapposta tesi, dunque, prende anch'essa in considerazione il tema del “*primato della pianificazione conformativa*”, ma da un punto di vista diverso, come si coglie dalle parole di un altro autore secondo cui “*in presenza della c.d. sanatoria pretoria, l'intervento del legislatore era precipuamente sollecitato anche dalla necessità di far sì che fossero le opere a conformarsi alle previsioni dei piani urbanistici e non piuttosto la pianificazione a doversi adeguare agli abusi già consumati*”<sup>8</sup>.

Un ulteriore argomento contrario alla sanatoria giurisprudenziale si rinviene nella tesi secondo la quale l'introduzione dell'art. 13 della L. n. 47/1985 rappresenterebbe la “*chiusura del sistema positivo*”: la scelta del legislatore di rilasciare il titolo edilizio in sanatoria solo nelle ipotesi di abusi meramente formali (i casi, cioè, di doppia conformità) determinerebbe l'esclusione non solo di qualunque possibile interpretazione estensiva, ma anche della permanenza nel sistema della sanatoria fino ad allora pacificamente ricono-

<sup>7</sup> P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica e accertamento di conformità*, in RGE, 1/2004, p. 1410; tale riflessione, in una prospettiva di analisi economica del diritto amministrativo, viene condivisa anche da L. VIOLA, *Governo del territorio e analisi economica del diritto amministrativo: il caso dell'accertamento di conformità*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). L'idea di una *ratio* anche “preventiva” ha trovato adesione presso il giudice amministrativo che ha ritenuto che “*la cosiddetta "sanatoria giurisprudenziale" è incompatibile con la sopravvenuta disciplina della sanatoria introdotto dalla legge n. 47 del 1985 che, con il requisito di ammissibilità della sola doppia conformità al piano regolatore generale, ammettendo pertanto la sanatoria soltanto per le opere realizzate senza concessione ma conformi alla disciplina vigente sia al momento della realizzazione del manufatto sia al momento della richiesta del provvedimento di sanatoria, ha inteso impedire il rischio di eventuali pratiche di salvataggio in sede locale di forme di abusivismo edilizio mediante modifiche a posteriori dello strumento urbanistico*” (TAR Emilia-Romagna, Bo, III, 15.1.2004, n. 16).

<sup>8</sup>S. VINTI, *L'accertamento di conformità per opere realizzate in assenza di permesso o in violazione della normativa sulla DIA*, RGE, 2/2004, p.144.

sciuta come operante<sup>9</sup>.

Al contrario, le tesi favorevoli alla sanatoria giurisprudenziale muovono dall'assunto che l'istituto in esame, fino all'introduzione dell'accertamento di conformità, costituisca un principio non discusso, di applicazione ritenuta “*scontata*”.

A partire da tale considerazione si è messo in dubbio che il legislatore con l'art. 13 della l. n. 47/1985 avesse realmente voluto intervenire a modificare - anzi: ad “*abrogare*” - la sanatoria giurisprudenziale.

In tal senso si osserva in primo luogo che non sussistono elementi testuali per sostenere una simile sovrapposizione ed abrogazione: l'art. 13 è rubricato “*accertamento di conformità*” e non “*sanatoria*”, ciò essendo dovuto all'intento di “*non ingenerare una confusione terminologica tra gli istituti che il legislatore intendeva mantenere diversi sul piano degli effetti sostanziali*”<sup>10</sup>.

In secondo luogo, viene posto in evidenza che l'introduzione dell'accertamento di conformità non innova tanto sotto il punto di vista degli effetti amministrativi (regolarizzazione postuma), quanto piuttosto risponde alla necessità di prevedere la non punibilità penale nelle ipotesi di abusi meramente formali (ai sensi dell'art. 22 della l. n. 47/85, oggi art. 45 del T.U.E.).

Quello che si teorizza, quindi, non è la possibilità di interpretare estensivamente l'art. 13 (e, oggi, l'art. 36 del d.P.R. 380/2001) fino a farvi rientrare ipotesi nelle quali non sussiste la doppia conformità, bensì, più semplicemente, la coesistenza, su piani diversi, dei due istituti: quello positivo, che ha rilevanti effetti penali, per questo sottoposto al ricorrere del requisito restrittivo della doppia conformità; e quello generale, ricavabile dai principi del sistema, il quale unicamente rappresenta una causa di legittimazione postuma delle opere, sia pure solo sotto il

<sup>9</sup> S. VINTI, cit..

A sostegno di tale soluzione alcuni ritengono che militi anche il principio di tipicità degli atti amministrativi: così P.F. GAGGERO, cit., p. 1409, rileva che non sarebbe, infatti, consentito alla p.a. adottare un provvedimento che non trovi copertura in una norma che le attribuisca il relativo potere.

<sup>10</sup> B. GRAZIOSI, cit., pp. 168 ss.

punto di vista amministrativo (rimanendo, infatti, perseguibile il responsabile dell'abuso per la fattispecie penale)<sup>11</sup>.

Prese, quindi, in esame le due diverse opzioni interpretative, si impone una riflessione.

Come visto, mentre per una tesi la disciplina dell'accertamento di conformità esclude l'applicabilità della sanatoria giurisprudenziale, per l'altra i due istituti semplicemente coesistono, essendo volti a disciplinare situazioni differenti e producendo effetti distinti nell'ordinamento.

Quel che pare da escludere è la possibilità di un'interpretazione della disciplina positiva tale da ricomprendere "al suo interno" anche l'istituto "generale", benché anche tale tesi trovi – come si vedrà a breve – sostegno in giurisprudenza.

In tal senso, infatti, depone chiaramente il dato normativo: ai fini dell'adozione del provvedimento ex art. 36 del T.U. risulta essenziale che l'intervento sia conforme alla disciplina urbanistica vigente al tempo della realizzazione nonché al tempo di proposizione della domanda.

Il dibattito, ad oggi, è ancora aperto anche in giurisprudenza, malgrado si stia affermando sempre di più l'orientamento da ultimo esaminato contrario all'istituto pretorio.

Tra le recenti decisioni che si collocano nell'orientamento restrittivo, si segnala CdS, IV, 26.4.2006, n. 2306 "con la l. n. 47 del 1985 è entrata in vigore una disciplina esaustiva e puntuale delle ipotesi di sanatoria, anche ai fini amministrativi, che non lascia alcun margine interpretativo. Secondo tale impostazione, il principio di conservazione dei valori (...) deve quindi retrocedere dinanzi al principio costituzionale di legalità, che impone la necessaria e stretta osservanza della disciplina dettata dalla legge". Pertanto, prosegue la decisione, "la concessione in sanatoria è un provvedimento tipico, che elimina l'antigiuridicità dell'abuso, estinguendo il potere repressivo dell'amministrazione, con la conseguenza che il suo ambito di applica-

zione non può che essere specificamente disciplinato dalla normativa, non risultando consentito l'esercizio, da parte dell'amministrazione, di un potere di sanatoria che vada oltre i limiti imposti dal Legislatore".

Come è evidente, cardini, quindi, della tesi giurisprudenziale in esame sono tutte le osservazioni condivise, come visto in precedenza, da parte della dottrina: l'eshaustività della disciplina positiva, il principio di legalità e di tipicità dei poteri amministrativi, argomenti, questi, già presi in considerazione in precedenza.

Tuttavia, il Consiglio di Stato individua un'ulteriore ragione che confermerebbe l'impossibilità di ammettere, oggi, la sanatoria giurisprudenziale. Nelle sentenza citata infatti si legge "il T.U. n. 380 del 2001, continuando a postulare (art. 36) l'accertamento di duplice conformità nei termini già divisati dall'art. 13 della l. n. 47 del 1985, non ha recepito la possibilità di sanatoria di cui si discute, nonostante che la possibilità di riconoscere a livello normativo l'ammissibilità, entro certi limiti, di tale istituto giurisprudenziale fosse stata espressamente prospettata tra l'altro dall'Adunanza Generale di questo Consiglio di Stato nel parere all'uopo reso in data 29.3.2001<sup>12</sup>. Non avendo il Legislatore, per le ragioni indicate nella Relazione, ritenuto di poter valorizzare tale opzione, deve concludersi - per le esposte ragioni testuali e sistematiche - nel senso che il provvedimento di sanatoria in esito ad accertamento di conformità può essere rilasciato solo al ricorrere del duplice presupposto richiamato all'art. 36 del T.U. n. 380 del 2001 in materia edili-

<sup>12</sup> Il riferimento è a quanto aveva avuto modo di osservare l'Adunanza Generale nel parere n. 52/2001, laddove in esso si osserva che: "pur non potendosi, in astratto, contestare la necessità del duplice accertamento di conformità, nella prassi l'applicazione del principio viene disattesa, ritenendosi illogico ordinare la demolizione di un quid che, allo stato attuale, risulta conforme alla disciplina urbanistica vigente e che, pertanto, potrebbe legittimamente ottenere, a demolizione avvenuta, una nuova concessione. Al riguardo valuti l'amministrazione se non sia opportuno, in casi del genere, prevedere una forma di sanatoria che, ferma restando la sanzione penale per l'illecito commesso, sia subordinata al pagamento di un'oblazione maggiore rispetto a quella che si richiede nell'ipotesi di duplice conformità".

<sup>11</sup> Del medesimo avviso anche R. CACCIN, *Le varie figure di sanatoria nella disciplina urbanistica: osservazioni critiche sullo spazio di efficacia di ciascuna*, RGE 2/1986, p. 126 e P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2002, p. 128.

zia”.

Dunque, il ragionamento del Consiglio di Stato nella sentenza in esame è: se il legislatore, nonostante il parere dell’Adunanza Generale, ha ritenuto di non disciplinare espressamente l’istituto pretorio, da ciò ne consegue che questo è “*abrogato*”.

Più recentemente, infine, il G.A. ha confermato il proprio orientamento contrario alla sanatoria impropria, da ultimo, ad esempio, con la sentenza del TAR Lazio, Roma, II *ter*, 11.6.2013, n. 5832<sup>13</sup>.

In senso opposto continua a muoversi altra (pur minoritaria) parte della giurisprudenza.

Così, di recente, CdS, VI, 7.5.2009, n. 2835, ha affermato che: “*il principio normativo della “doppia conformità”, infatti, è riferibile all’ipotesi ragionevolmente avuta di mira dal legislatore, desumibile cioè dal senso obiettivo delle parole utilizzate dall’art.13 della legge n.47 del 1985, ovvero dal vigente art. 36 del d.P.R. 6.6.2001, n.380, ipotesi che è quella di garantire il richiedente dalla possibile variazione in senso peggiorativo della disciplina edilizia, a seguito di adozione di strumenti che riducano o escludano, appunto, lo jus aedificandi quale sussistente al momento dell’istanza. Quindi, la tipicità del provvedimento di accertamento in sanatoria, quale espressione di disposizione avente carattere di specialità, va rigorosamente intesa come riferimento al diritto “vigente”, (V 29.5.2006, n. 3267), e commisurata alla finalità di “favor” obiettivamente tutelata dalla previsione, in modo da risultare conforme al principio di proporzionalità e ragionevolezza nel contemperamento dell’interesse pubblico e privato.*

*La norma, infatti, non può ritenersi diretta a disciplinare l’ipotesi inversa dello jus superveniens edilizio favorevole, rispetto al momento ultimativo della proposizione dell’istanza. In effetti, imporre per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente “conforme”, una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria, lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, poiché per un solo intervento, che sarebbe comunque legittimamente realizzabile, si dovrebbe avere un dop-*

*pio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza, contrastante con il principio di proporzionalità, di un significativo aumento dell’impatto territoriale ed ambientale, (altrimenti considerato in termini più ridotti alla luce della “ratio” della norma in tema di accertamento di conformità)”.*

Si tratta di un’interpretazione che, invece di militare nel senso della “*convivenza*” tra l’istituto pretorio e quello “*legale*”, addirittura cerca di desumere la sopravvivenza del primo dalla stessa previsione normativa<sup>14</sup>.

Secondo tale impostazione, quindi, l’art. 36 non escluderebbe affatto (ma addirittura legittimerebbe) il rilascio del titolo, pur in presenza di un intervento sorto in maniera sostanzialmente abusiva (la norma, infatti, mirebbe a garantire il privato dalla variazione in *peius* della disciplina edilizia, quale sussistente al momento dell’istanza).

Corollario di ciò è l’illegittimità del provvedimento della p.a. che respinga una domanda di titolo postumo per un edificio, sorto in maniera “*sostanzialmente abusiva*”, ma conforme agli strumenti urbanistici vigenti.

In giurisprudenza è ravvisabile tuttavia un ulteriore orientamento, secondo il quale, se è vero che, a seguito dell’intervento del legislatore, non è possibile concedere il provvedimento di sanatoria in assenza della doppia conformità, tuttavia le ragioni alla base della sanatoria giurisprudenziale potranno “*emergere*” in sede sanzionatoria. In tal senso è così stato osservato che “*se da un lato non è possibile, né necessario, forzare una norma espressa o i principi dell’ordinamento in tema di sanatoria, dall’altro lato la Pubblica Amministrazione è comunque titolare di un potere autonomo e ampiamente discrezionale relativo alla conseguente e connessa, pur se distinta, attività sanzionatoria, nell’ambito della quale si inserisce la conseguenza, nel caso in esame denunciata come irrazionale, della demolizione. Al riguardo, proprio l’autonomia del procedimento sanzionatorio e l’obbligo di motivazione connesso costituiscono il momento in cui l’ordinamento consente di valutare l’applicazione della sanzio-*

<sup>13</sup> Si veda anche CdS, IV, 21.12.2012, n. 6657.

<sup>14</sup> Tra le recenti pronunce favorevoli alla sanatoria giurisprudenziale anche: CdS, V, 21.10.2003, n. 6498, TAR Abruzzo, Pe, 30.5.2007, n. 583.

ne conforme all'ordinamento, rimettendo pertanto la concreta individuazione della sanzione alla determinazione discrezionale della stessa Amministrazione"<sup>15</sup>.

Analogo ragionamento viene svolto da CdS, V, 29.5.2006, n. 3267, laddove, dopo aver affermato la legittimità del provvedimento con cui venga negata una sanatoria per accertamento di conformità *ex art. 36*, rispetto alla sanatoria giurisprudenziale rileva che “*si tratta, tuttavia, del più generale istituto della concessione postuma - diverso dalla sanatoria per accertamento di conformità specificamente disciplinata dall'art. 13 della l. 28.2.1985 n. 47 - al quale, ove, come nella specie, di esso il privato non si sia a suo tempo avvalso, non è consentito al giudice fare ricorso, sostanzialmente esercitando in tal modo un potere di cui l'amministrazione ben può ancora far uso*”.

Dunque: distinzione e non incompatibilità tra i due istituti, ferma rimanendo l'impossibilità di far rientrare all'interno della sanatoria *ex art. 36* (istituto “speciale”) la sanatoria giurisprudenziale (istituto “generale”).

## 2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale e la sentenza n. 101/2013.

La Corte Costituzionale in tre sentenze (l'ultima delle quali è la n. 101/2013, dalla quale prende spunto il presente contributo) ha avuto modo di prendere posizione in ordine alla portata della “regola” della doppia conformità, regola che, secondo la Corte, assurge in realtà a vero e proprio principio.

La prima sentenza da prendere in esame è la n. 370 del 31.3.1988.

In tale sentenza (di rigetto) - che scaturisce dalla q.l.c. dell'art. 13 della l. n. 47/1985 nella parte in cui ricollega al rilascio della concessione in sanatoria l'effetto di estinzione dei reati urbanistici - il Giudice delle leggi ha avuto modo di rilevare come la disposizione in parola “*accoglie la sanatoria propria, non quella impropria: (...)*”: conseguentemente “*l'accertamento in sanatoria, di cui all'art. 13 della legge, riguarda anche, e soprattutto, la conformità agli strumenti urbanistici delle*

*opere realizzate, già all'epoca della costruzione delle opere stesse. È da sottolineare, pertanto, la particolare natura della sanatoria ex art. 13 della legge in discussione: tal sanatoria presuppone l'accertamento, a seguito di riesame "ora per allora" dell'illiceità delle opere, l'intrinseca "giustizia" sostanziale delle opere stesse (conformi agli strumenti urbanistici già nel momento della loro costruzione) e vien concessa appunto a causa dell'accertata inesistenza del danno urbanistico. La mancanza di tale danno conduce, in conseguenza, anche all'estinzione del reato urbanistico*”.

Con la sentenza 13.5.1993, n. 231, la Corte - sempre con riferimento ad aspetti “penalistici” - ha invece sancito l'illegittimità della legge della Provincia autonoma di Trento n. 22/1991, nella parte in cui prevedeva la possibilità di ottenere la sanatoria pur in assenza della “doppia conformità”.

Anche in questo caso il profilo oggetto del giudizio era quello “penalistico”: ed infatti la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma provinciale in quanto, incidendo sull'applicabilità delle cause di estinzione del reato, la disposizione interferiva nella “materia penale”, riservata alla legislazione statale.

Se nelle due decisioni appena esaminate il punto di vista era quello del “diritto penale” (nella sentenza 370/1988 sulla legittimità dell'effetto estintivo conseguente alla sanatoria e nella decisione n. 231/1993 le “interferenze” tra la sanatoria amministrativa e gli effetti sulla estinzione del reato), nell'ultima pronuncia (la n. 101/2013) viene in rilievo esclusivamente il “regolamento di confini” tra potestà legislativa regionale e statale in materia di governo del territorio, come tale non derogabile dal legislatore regionale.

La disposizione oggetto del giudizio di legittimità costituzionale (l'art. 118 co. 1 e 2 della l.r. Toscana n. 1 del 2005, così come modificato dalla l.r. n. 4 del 2012) consentiva il rilascio del titolo in sanatoria per interventi privi della doppia conformità alla normativa tecnica sismica.

La Corte - precisato che anche la normativa sismica concorre ad integrare il parametro della conformità urbanistica - ha affermato che la “regola” della doppia conformità co-

<sup>15</sup> Tar Piemonte, 18.10.2004, n. 2506.

stituisce in realtà un vero e proprio “*principio*” dettato dalla normativa statale in materia di governo del territorio.

Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti che “*come è evidente dal contenuto letterale della norma, tale principio risulta finalizzato a garantire l’assoluto rispetto della “disciplina urbanistica ed edilizia” durante tutto l’arco temporale compreso tra la realizzazione dell’opera e la presentazione dell’istanza volta ad ottenere l’accertamento di conformità*”. Per confortare tale interpretazione, la Corte richiama il prevalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa e ricorda come questa abbia chiarito che “*la sanatoria in questione - in ciò distinguendosi da un vero e proprio condono - è stata deliberatamente circoscritta dal legislatore ai soli abusi “formali”, ossia dovuti alla carenza del titolo abilitativo, rendendo così palese la ratio ispiratrice della previsione della sanatoria in esame, “anche di natura preventiva e deterrente”, finalizzata a frenare l’abusivismo edilizio, in modo da escludere letture “sostanzialiste” della norma che consentano la possibilità di regolarizzare opere in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, ma con essa conformi solo al momento della presentazione dell’istanza per l’accertamento di conformità*”.

La decisione - al di là della specifica norma dichiarata incostituzionale - ha un’indubbia rilevanza sistematica, per almeno tre ordini di ragioni.

Innanzitutto perché afferma la natura di “*principio*” della regola della doppia conformità.

A tal proposito, peraltro, nel constatare che la Corte aderisce, in buona sostanza, all’idea della funzione anche “*preventiva*” del meccanismo della doppia conformità (in quanto finalizzato ad evitare fenomeni patologici, quali varianti urbanistiche *ad hoc*, ottenute da chi abbia posto in essere interventi abusivi), si deve notare come tale impostazione influisca anche sul tema – prima accennato – della natura della sanzione edilizia.

Si è già osservato, infatti, che l’idea della “*sanabilità*” di interventi edilizi la cui conformità sia solo sopravvenuta può trovare la

sua *ratio* nella funzione della sanzione edilizia del “*ripristino*”, che, ad avviso di parte della dottrina (si v. *infra* §.1), risponde non a fini meramente “*punitivi*” (caratteristica, ad esempio delle sanzioni penali) ma ad esigenze di tutela della conformazione degli interventi edilizi alla pianificazione urbanistica, ovviamente “*vigente*”.

Altro profilo di interesse è la circostanza che la Corte aderisce all’interpretazione in virtù della quale sussisterebbe l’assoluta inconciliabilità tra l’istituto positivo e quello “*pretorio*”, così chiudendo la strada anche all’ipotesi “*mediana*” di cui si è riferito nel precedente §.

Infine, lo specifico profilo che ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità della norma della l.r. Toscana - ossia l’indebita invasione, ad opera della norma regionale, della competenza legislativa statale in materia di principi sul governo del territorio - conduce a svolgere alcune riflessioni in ordine al destino di quelle norme regionali che, come si vedrà, hanno espressamente codificato la sanatoria “*giurisprudenziale*”.

### **3. Le legislazioni regionali in materia di accertamento di conformità. In particolare: il “*caso*” della l.r. Emilia Romagna.**

Come appena riferito, la decisione n. 101/2013 esclude per le Regioni la possibilità di codificare la sanatoria “*impropria*”; opzione che, comunque, ad oggi era stata “*esercitata*” solamente in due casi, il più significativo dei quali è quello della l.r. n. 23/2004 dell’Emilia Romagna<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Anche la l. n. 21 del 2004 della Regione Umbria si segnala per una parziale apertura ammettendo, all’art. 18 “*l’accertamento di conformità relativo ad interventi realizzati alla data di entrata in vigore della l.r. 1/2004 non conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, ma che risultino conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia ed agli strumenti urbanistici vigenti e non in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati, al momento dell’entrata in vigore della stessa legge regionale*”. Tale strumento, tuttavia, non rappresenta un istituto ordinario (come nel caso della legge della Regione Emilia-Romagna), essendo previsto che la possibilità di beneficiare di tale sanatoria è condizionata alla presentazione della relativa istanza entro 120 giorni dall’entrata in vigore della legge stessa. La medesima legge, invece, all’art. 17 consente la sanatoria im-

Infatti, la legge regionale in parola dispone all'art. 17, co. 2, che *“fatti salvi gli effetti penali dell'illecito, il permesso e la SCIA in sanatoria possono essere altresì ottenuti, ai soli fini amministrativi, qualora l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda”*.

Già prima dell'intervento della Corte Costituzionale si era svolto un dibattito, in dottrina, sulla legittimità costituzionale di norme regionali non in linea con il principio della doppia conformità.

Così, muovendo dall'assunto (ormai difficilmente sostenibile alla luce della pronuncia della Consulta) che l'istituto pretorio sia conaturato al sistema e non si ponga in conflitto con l'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001, si era affermato che non poteva profilarsi alcun dubbio di legittimità costituzionale: anzi, la norma sarebbe stata addirittura inutile, in quanto ripetitiva *“di un istituto vigente e, quanto meno per il diritto urbanistico, imprescindibile”*<sup>17</sup>.

Altri, invece, ritenendo che la legislazione statale avesse *“abrogato”* la sanatoria giurisprudenziale sin dal 1985, sollevavano dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di norme non in linea con l'art. 36 del testo unico.

Queste, infatti, rappresenterebbero una *“evidente difformità dai principi ricavabili dalla legislazione statale”*<sup>18</sup>, ponendosi quindi in contrasto con il criterio di riparto delle competenze legislative contenuto nell'art. 117, co. 3, cost. Infine, sempre avendo a mente la disposizione della l.r. dell'Emilia Romagna, si deve osservare come l'espressa salvezza degli *“effetti penali dell'illecito”* - verosimilmente sancita per evitare l'invasione della potestà legislativa statale in materia penale - non sposti la questione: infatti, la sentenza n. 101/2013 (diversamente dalla n. 231/1993) si

propria senza limiti di tempo per i soli cambi di destinazione d'uso, i quali devono essere conformi alla sola disciplina vigente.

<sup>17</sup> B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della c.d. «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, RGE, n. 2/2004; p. 172.

<sup>18</sup> S. MARTINO, *Commento all'art. 36*, in *Codice dell'edilizia*, a cura di P. DE LISE E R. GAROFOLI, Roma, 2008, p. 463.

appunta esclusivamente sul profilo *“amministrativo”*, affermando che nessuna sanatoria può darsi - vigente l'art. 36 del testo unico - di opere non munite della *“doppia conformità”*.

Ad oggi, pertanto, è difficile nutrire dubbi in ordine all'illegittimità costituzionale dell'art. 17 della l.r. emiliana.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Si è accennato, nel §1, di come, nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, tra gli argomenti portati a favore della sanatoria impropria vi siano riflessioni in ordine a canoni di *“giustizia sostanziale”*.

Ci si riferisce al principio di conservazione dei valori economici e giuridici, nonché alla considerazione della illogicità di ordinare la demolizione di un'opera conforme alla disciplina urbanistica vigente che potrebbe legittimamente ottenere, a demolizione avvenuta, un nuovo titolo.

Si deve registrare, in particolare, come, avendo riguardo a tali parametri, la giurisprudenza, dinanzi a rilievi di illegittimità costituzionale dell'art. 36 del t.u. dell'Edilizia, abbia avuto rilevato che la regola della doppia conformità *“non risulta in contrasto con i principi costituzionali del buon andamento e sulla pianificazione urbanistica”* in quanto *“in attuazione del principio di legalità e per evitare che i consigli comunali possano subire condizionamenti e pressioni da parte di chi abbia realizzato opere abusive, il legislatore ha radicalmente precluso che il costruttore di opere abusive possa avvalersi delle sopravvenute modifiche dello strumento urbanistico, anche se le opere realizzate sine titolo di per sé risultino conformi allo strumento sopravvenuto”*<sup>19</sup>.

In conclusione, anche prendendo atto di come tali profili vengano ormai ritenuti inidonei a porre in discussione la regola di cui all'art. 36 del t.u. dell'Edilizia, non resta che prendere atto di come la sentenza n. 101 del 2013 della Corte costituzionale sia da considerare come la chiusura dell'annoso dibattito

<sup>19</sup> CdS, IV, 17.9.2007, n. 4838 nonché, da ultimo, CdS, V, 11.6.2013, n. 3220, ove si afferma la manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 36 del t.u. con riferimento all'art. 97 Cost.



sul tema della sanatoria giurisprudenziale, istituito quindi espunto dal nostro ordinamento.

Sarà, pertanto, interessante verificare se, con riferimento alla legge della Regione Emi-

lia Romagna, vi sarà una “*spontanea*” adesione da parte della Regione ovvero se la questione tornerà, ancora una volta, alla Corte Costituzionale.

«.....GA.....»

# LA NUOVA RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA A SEGUITO DELLA LEGGE N. 98/2013: DEMO-RICOSTRUZIONE E INTERVENTI DI “RIPRISTINO”

degli Avvocati Livio Lavitola ed Andrea Di Leo

*Nell’ambito delle “semplificazioni in materia edilizia”, l’art. 30 della l. 9.8.2013, n. 98 (recante la conversione, con modificazioni, del d.l. 21.6.2013, n. 69, c.d. Decreto del “fare”) ha innovato la disciplina della ristrutturazione edilizia, innovando l’art. 3, co. 1, lett. d) del T.U.E.. L’intervento legislativo “rivoluziona” ed amplia notevolmente l’ambito di applicazione della ristrutturazione edilizia “leggera” (realizzabile tramite SCIA), rimuovendo due limiti (la sagoma e l’impossibilità di considerare i “ruderi” come organismo edilizio esistente ai fini della ristrutturazione), fino ad oggi considerati come veri e propri “confini” tra la nozione di ristrutturazione e quella di nuova costruzione. Il contributo, pertanto, si propone di esaminare l’impatto della modifica normativa e le possibili implicazioni, non solo sotto il punto di vista del “diritto dell’edilizia”.*

As part of the "simplifications in construction", art. 30 of the Law of 9.8.2013, n. 98 (regarding the conversion, with amendments, of Decree-Law of 21.6.013, n. 69 cd Decree of the "to do") has innovated the discipline of building renovation, innovating the art. 3, paragraph 1, lett. d) of the Consolidated Housing. The legislative intervention "revolutionary" and considerably broadens the scope of the building renovation "lightweight" (achievable through SCIA), removing two limits (the shape and the inability to consider the "ruins" as a body of existing buildings for the purpose of restructuring), up to now considered as real "boundaries" between the notion of restructuring and that of new construction. The contribution, therefore, is to examine the impact of regulatory change and possible implications, not only from the point of view of the "right building".

*Sommario: 1. La “demo-ricostruzione” prima del c.d. Decreto del fare. 2. La “rivoluzione” contenuta nel c.d. Decreto del fare. 3. Profili problematici.*

## 1. La “demo-ricostruzione” prima del c.d. Decreto del fare.

L’art. 3, lett. d) del d.P.R. n. 380 del 2001, recante la definizione degli interventi edilizi, prima dell’intervento legislativo qui in commento, prevedeva che costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia anche<sup>1</sup> “quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni neces-

sarie per l’adeguamento alla normativa antisismica”. Alla luce di tale norma la giurisprudenza aveva affermato che la demolizione e ricostruzione fosse da considerarsi quale attività di ristrutturazione edilizia leggera, da non qualificare come “nuova costruzione”<sup>2</sup> lad-

<sup>1</sup> Costituiscono ristrutturazione edilizia innanzi tutto gli interventi «rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell’edificio, l’eliminazione, la modifica e l’inserimento di nuovi elementi ed impianti»

<sup>2</sup> Si suole distinguere tre tipologie di ristrutturazione: a) “pesante”, la quale conduce ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal preesistente: questa è soggetta a permesso di costruire. b) “leggera”, il cui risultato mantiene il “tipo” edilizio immutato: subordinata a DIA/SCIA.; c) “demolizione e ricostruzione”: è su questa fattispecie che incide l’intervento legislativo qui in commento. Quanto ai titoli, si segnala solo che - antecedentemente all’intervento legislativo in esame - per tale tipo di ristrutturazione ove la ricostruzione fosse “fedele”, era richiesta la DIA, ove si pervenisse invece ad un organismo edilizio, in tutto o in

dove restino immutate volumetria e sagoma. Invece, laddove “vi sia un mutamento della sagoma, debbono ravvisarsi gli estremi della nuova costruzione”<sup>3</sup>. Addirittura ha avuto modo di statuire il TAR Puglia, Ba, II, 11.11.2010, n. 3902, che anche quando “l’inserimento di nuovi volumi e le modifiche della sagoma possano essere dipesi (...) dalla “esigenza tecnica edilizia rappresentata negli atti progettuali e rispondente alle necessità connesse all’ingente consistenza degli interventi di recupero strutturale previsti nei progetti assentiti”, nondimeno le opere in parola ricadono sotto la disciplina del successivo art. 10 del T.U. 380/2001, secondo cui, ove il risultato finale dell’attività demolitoria-costruttiva non coincida, per volumetria o sagoma, con il manufatto preesistente, l’intervento deve essere qualificato come “nuova costruzione”.

Una sia pur minima “tolleranza” si riscontrava in ordine alla collocazione dell’edificio ricostruito: la c.d. circ. Lunardi (circ. M.I.T. 7.8.2003, n. 4147) ammetteva il “diverso posizionamento dell’edificio” finalizzato ad “adeguarsi alle disposizioni contenute nella strumentazione urbanistica vigente per quanto attiene allineamenti, distanze e distacchi”.

Secondo TAR Sicilia, Ct, 6.10.2011, n. 2417, proprio richiamando la circolare suddetta, “è possibile, sia pure in maniera del tutto limitata, anche la traslazione dell’area originaria”. La giurisprudenza, comunque, riconosceva tale opzione in maniera limitata, tant’è che secondo TAR Piemonte, I, 19.5.2004, n. 872 “la norma è chiara nell’indicare che in caso di ristrutturazione dell’edificio non possa mai esserci modifica della sagoma. Risulta altresì evidente che la sagoma di un edificio venga modificata nel caso di diverso posizionamento dell’edificio stesso all’interno del terreno. Tale interpretazione è poi quella proposta anche dalla Circolare del Ministero delle Infrastrutture del 7-8-2003, citata dal ricorrente, che all’art. 4 punto 1 che espressamente afferma che “non si ritiene possibile che l’esclusione del riferimento

parte, differente, era necessario il permesso di costruire.

<sup>3</sup> da ultimo CdS, IV, 12.2.2013, n. 844 nonché TAR Puglia, Lecce, III, 5.7.2013, n. 1125

all’area di sedime possa consentire la ricostruzione dell’edificio in altro sito ovvero posizionarlo all’interno dello stesso lotto”.

Il G.A. mostrava così di tollerare “traslazioni” non significative, ammettendo che “una modesta roto-traslazione della sagoma dell’edificio, rispetto all’ubicazione originaria, deve considerarsi come una mera variante minore e non essenziale”<sup>4</sup>.

Proprio in ordine alla necessità che gli interventi di ristrutturazione tramite demolizione e ricostruzione mantenessero ferma la sagoma, si era registrato anche un perentorio intervento della C. cost., con la sentenza 23.11.2011, n. 309.

Infatti, il Giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 27, co. 1, lett. d) ultimo periodo della legge della Regione Lombardia 11.3.2005, n. 12, nella parte in cui escludeva l’applicabilità del limite della sagoma alle ristrutturazioni edilizie mediante demolizione e ricostruzione. Invero, stante il principio enucleabile dall’art. 3 del d.P.R. n. 380/2001 (vigente anteriormente alla modifica normativa qui in commento), un intervento di demolizione e ricostruzione che non rispetti la sagoma<sup>5</sup> dell’edificio preesistente configura un intervento di nuova costruzione e non di ristrutturazione edilizia.

Inoltre, in base al testo dell’art. 3 del T.U. ante Decreto del fare, la giurisprudenza era del tutto pacifica nell’escludere che “la ricostruzione di un rudere possa essere ascritta ad ipotesi di ristrutturazione edilizia e men che meno di risanamento conservativo, integrando in sostanza un’attività di nuova costruzione, attesa la mancanza di elementi sufficienti a testimoniare le dimensioni e le caratteristiche dell’edificio da recuperare”<sup>6</sup>. La regola, peraltro, non soffriva eccezioni nemmeno laddove il privato, tramite mezzi di prova (catastali, fotografici, tecnici, etc.) fosse in grado di individuare gli elementi atti a testimoniare le caratteristiche del preesistente fabbricato (TAR Lazio, I, 15.7.2009, n. 700).

<sup>4</sup> CdS, V, 3.8.2004, n. 5429; 22.1.2003, n. 249.

<sup>5</sup> Intendendosi per sagoma la conformazione planivolumetrica della costruzione e il suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale

<sup>6</sup> CdS, VI, 15.9.2006 n. 5375; TAR Puglia, Le, III, 5.7.2013, n. 1125; TAR Camp., Na, 9.11.2009 n. 7049.

Sempre il G.A. ha ritenuto necessario che l'intervento di ricostruzione sia contestuale a quello di demolizione: *“la ratio della ragionevole prossimità del tempo della ricostruzione a quello della demolizione, criterio privo di riscontro positivo ma costantemente presente nella giurisprudenza, va infatti individuata nell'esigenza di assicurare un rapporto di necessaria strumentalità dell'abbattimento alla successiva ricostruzione”* (CdS, IV, 7.9. 2004, n. 5791, nonché TAR Lombardia, Mi, IV, 18.1.2011, n. 222). Si affermava, quindi, in linea di principio, l'impossibilità di ricostruire edifici diruti (privi di elementi strutturali idonei a poter identificare la preesistente sagoma e consistenza) tramite una ristrutturazione edilizia *“leggera”*: simili interventi erano da considerarsi nuova costruzione.

Come osservato in dottrina, *“il problema dell'ammissibilità della ricostruzione fedele di edifici crollati da tempo risiede nella circostanza che la ristrutturazione mediante demo-ricostruzione non sconta i limiti sopravvenuti di edificazione dello strumento urbanistico, ossia viene condotta nel rispetto delle volumetrie originali, quindi senza dover tenere conto delle distanze o dei distacchi che andrebbero rispettati in caso di nuova costruzione”*<sup>7</sup>. Nella *“prassi”* degli strumenti urbanistici locali si registrano, tuttavia, norme che consentono la ricostruzione di edifici crollati in epoca risalente, a condizione che il privato offra una rigorosa prova della preesistenza e della consistenza del fabbricato da *“ristrutturare”*. Simili previsioni - benché considerate legittime - sono però state sempre qualificate come eccezionali, rispetto alla fattispecie della demo-ricostruzione.

È il caso delle norme di piano prese in esame da TAR Lombardia, Bs, I, 9.12.2010, n. 4808 e da CdS, IV, 30.5.2005, n. 2822: la possibilità di riedificare un edificio crollato da tempo, *“è da considerare non ordinaria”*, ed è pertanto corretto che l'amministrazione, in simile ipotesi, *“si preoccupi di assicurarsi che la ricostruzione comporti la fedele riproduzione di quello che esisteva in origine, an-*

*che con riferimento alla distribuzione degli spazi interni”*. Quanto all'onere che ricade su chi intenda avvalersi di previsioni del genere, *“non può ritenersi che sia sufficiente al privato provare la preesistenza dell'edificio e che eventuali difficoltà probatorie, di ordine oggettivo (quale la mancanza di testimonianza catastale) possano essere superate da elementi indiziari o presuntivi”*, infatti a fronte di una disposizione che *“abilita a un intervento non ordinario, (...), quale è consentire la ricostruzione di edifici da tempo crollati”* è doveroso che la stessa richieda *“che la ricostruzione sia assolutamente fedele alla preesistenza e richiede a tal fine elementi certi (testimonianze catastali o notarili, queste ultimi tali da consentire l'identificazione esatta dell'immobile)”*, con la conseguenza che *“l'intervento sarà consentito se oggettivamente il privato sia in grado di provare la fedele corrispondenza della ricostruzione con il preesistente”*. Tali arresti giurisprudenziali offrono elementi di particolare interesse, sui quali si tornerà in sede di analisi della novella normativa.

## **2. La *“rivoluzione”* contenuta nel c.d. Decreto del fare.**

Su tale quadro interviene il legislatore con il c.d. *Decreto del fare* (il d.l. n. 69 del 21.6.2013, convertito dalla l. n. 98 del 9.8.2013). All'art. 30, avente ad oggetto *“semplificazioni in materia edilizia”*, si dispone l'abrogazione del limite della sagoma e si prevede che tra gli interventi di ristrutturazione sono ricompresi anche *“quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza”*: conseguentemente la demolizione e ricostruzione con mutamento di sagoma e il ripristino degli edifici crollati o demoliti sono soggetti, oggi, alla presentazione della DIA/SCIA. Tuttavia, laddove la demo-ricostruzione ovvero il ripristino incidano su immobili vincolati, il rispetto della sagoma resta presupposto per la qualificazione dell'intervento come ristrutturazione edilizia (leggera) e, quindi, condizione per realizzare lo stesso senza permesso di costruire (fermi rimanendo tutti gli obblighi relativi

<sup>7</sup> S.GATTO COSTANTINO – P.SAVASTA, *Manuale dell'urbanistica, dell'edilizia e dell'espropriazione*, Roma, 2012, p. 414.

all'acquisizione dei preventivi titoli di cui al d.lgs. n. 42/2004)<sup>8</sup>. L'intervento legislativo - si legge dagli atti parlamentari<sup>9</sup> - è finalizzato a "favorire la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente ed evitare ulteriore consumo del suolo". In tale ottica - quindi - il legislatore ha da un lato rimosso il limite della sagoma e, dall'altro, mantenuto quello del volume, atteso che il consumo del suolo - in termini di carico urbanistico - è effettivamente determinato dalla cubatura realizzata, la quale deve restare invariata.

Ancor più innovativa è l'inclusione tra gli interventi annoverati nella ristrutturazione edilizia leggera, come tali soggetti a SCIA, di quelli volti al ripristino di edifici non più materialmente esistenti. Infatti, come visto *supra* §.1, tali interventi erano pacificamente considerati come nuova costruzione e non come ristrutturazione edilizia, in ragione della carenza "materiale" di un organismo edilizio preesistente e dotato degli elementi idonei a determinarne la consistenza (secondo la giurisprudenza: mura perimetrali, strutture orizzontali e copertura).

Inoltre, anche il ripristino, così come la demo-ricostruzione, può essere posto in essere con la modifica della sagoma.

Ciò in quanto l'ultimo periodo del novellato art. 3, co. 1, lett. d) del Testo Unico precisa che gli interventi in parola, ove realizzati in area vincolata, devono comunque mantenere invariata la sagoma dell'edificio preesistente: il che, *a contrario*, rappresenta un indice evidente della possibilità, in assenza di vincoli, di porre in essere un ripristino mutando la sagoma dell'edificio preesistente.

### 3. Profili problematici.

La novella normativa, che costituisce una vera e propria rivoluzione sia per la demo-ricostruzione, sia, soprattutto, per l'inclusione del "ripristino" di edifici crollati tra gli interventi di ristrutturazione edilizia, suscita di-

verse riflessioni. Quanto al superamento del limite costituito dalla sagoma, il primo rilievo è che si è effettivamente di fronte ad una "mutazione genetica" dell'istituto della demo-ricostruzione, sol che si ricordi come la C. Cost., con la sentenza n. 309/2011, avesse ritenuto il requisito dell'invarianza della sagoma come aspetto dirimente tra la nozione di nuova costruzione e quella di ristrutturazione edilizia (leggera).

Una ulteriore considerazione, consequenziale, attiene al problema - accennato nel §.1 - della possibilità di traslazione del manufatto "ricostruito" sul lotto, variando quindi la posizione del manufatto preesistente. Come visto, anche su tale aspetto l'interpretazione giurisprudenziale è stata sempre piuttosto rigida, ammettendosi cambiamenti solo marginali dell'area di sedime dell'edificio ricostruito. Con la novella normativa la questione è destinata a perdere di importanza.

Anzi, muovendo dal presupposto che "la sagoma di un edificio venga modificata nel caso di diverso posizionamento dell'edificio stesso all'interno del terreno" (TAR Piemonte, n. 872/2004), potrà addirittura sostenersi che, abrogato il requisito della sagoma, sia conseguentemente venuto meno anche l'obbligo di sostanziale mantenimento del "nuovo" edificio nello stesso "punto" del lotto. Ad ogni modo, anche a non voler ammettere tale conclusione "estrema", all'atto pratico la verifica della corrispondenza del precedente e del nuovo posizionamento dovrà essere svolta secondo parametri diversi da quelli sino ad oggi utilizzati, atteso che, evidentemente, due edifici con sagoma diversa sono difficilmente sovrapponibili (un criterio - ma siamo nel campo delle ipotesi - potrebbe essere quello della necessità che l'edificio ricostruito debba, almeno parzialmente, ricadere nell'area prima ingombrata dal precedente). Altro nodo problematico attiene alle conseguenze "civilistiche" sia della nuova demo-ricostruzione, sia della ristrutturazione tramite "ripristino" di edifici crollati.

Infatti, il giudice civile, nelle controversie concernenti il diritto del confinante di demolire e ricostruire un fabbricato mantenendolo a distanze inferiori a quelle previste dagli strumenti urbanistici locali, si richiama pro-

<sup>8</sup> L'applicabilità della nuova ristrutturazione edilizia per demo-ricostruzione e ripristino incontra limiti anche nelle zone A: v. *infra* nota n. 14.

<sup>9</sup> Si v. su sito web della Camera dei Deputati il documento: «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia - d.l. 69/2013 - A.C. 1248 - Volume I - Schede di lettura», p. 28.

prio alle definizioni del testo unico dell'edilizia (ed alla correlata giurisprudenza amministrativa) al fine di distinguere ciò che è "nuova costruzione" (come tale tenuta al rispetto delle distanze regolamentari) da ciò che costituisce "ristrutturazione edilizia" (con il diritto al mantenimento di una collocazione anche "in deroga") (Cass. Civ., II, 13.6.2013, n. 14902 nonché 2.3.2010, n. 4961). Se tale modo di ragionare aveva senz'altro senso nel vigore della previgente disciplina della ristrutturazione edilizia, la nuova formulazione dell'art. 3, co. 1, lett. d) del T.U., nella parte in cui ascrive alla ristrutturazione edilizia la ricostruzione con modifica della sagoma e il ripristino di edifici crollati, sembrerebbe mal conciliarsi con la logica "civilistica".

Anche in rapporto al diritto penale sembrano porsi problemi di coordinamento (o, comunque, importanti novità): sino ad ora la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia con modifica della sagoma ovvero di ripristino di edifici diruti (in assenza del permesso di costruire, sino ad oggi necessario) ha avuto rilevanza ai fini dell'art. 44 del Testo Unico dell'edilizia. Allo stato, invece, ricadendo nel regime della SCIA/DIA, si dovrebbe trarre la conseguenza della loro irrilevanza penale, trattandosi di interventi soggetti solo alle sanzioni amministrative.

La nuova disciplina del ripristino di edifici crollati o demoliti determina altresì notevoli problemi applicativi. L'aspetto principale attiene alla "prova" della preesistenza. Infatti, il legislatore non si è preoccupato di dare indicazioni in ordine alle modalità per accertare e dimostrare la "preesistente consistenza" dell'edificio da "ripristinare".

A tal proposito pare possano risultare utili le indicazioni che la giurisprudenza (richiamata *infra* §1) ha offerto in ordine all'applicazione di quegli strumenti urbanistici che consentono tali operazioni di recupero (fino ad oggi "eccezionali"). Pertanto, non potrà ritenersi sufficiente la mera prova indiziaria o presuntiva della preesistenza; per contro, occorreranno testimonianze catastali o notarili, tali da consentire l'identificazione esatta dell'immobile. Su tale profilo, si osserva, sarebbe stato senz'altro opportuno un mag-

giore sforzo normativo, attesa l'indubbia portata della possibilità riconosciuta dalla norma.

Un'ultima annotazione concerne gli effetti "urbanistici" della ristrutturazione tramite ripristino degli edifici crollati o demoliti.

La disposizione, infatti, ha una portata notevole, giacché di fatto, tramite il riconoscimento della possibilità di riutilizzare volumi sino ad oggi considerati come "inesistenti", va ad incidere in maniera significativa sull'assetto del territorio.

Ed infatti il pianificatore, all'atto della ricognizione dell' "esistente", ha sempre avuto la possibilità di considerare lotti ove ricadono edifici diruti come "satuti" o, comunque, non edificabili. Oggi, con la possibilità di recupero di edifici demoliti ovvero crollati, il legislatore ha riconosciuto cubature realizzabili anche su lotti fino ad ora considerati privi di capacità edificatoria: infatti tali ripristini non sono da considerare come "nuova edificazione", ancorché sia indubbio che il ripristino di fabbricati da tempo non considerati come "organismi edilizi esistenti" determini un effettivo aumento del carico urbanistico (differentemente dalla ristrutturazione vera e propria, ove un organismo esiste con il connesso peso insediativo)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Verosimilmente, è alle problematiche "urbanistiche" legate a tale nuovo istituto che si deve la peculiare disciplina di cui al nuovo art. 23 bis (rubricato "autorizzazioni preliminari alla segnalazione; certificata di inizio attività e alla comunicazione dell'inizio dei lavori". Infatti, se abbiamo già visto che la SCIA per interventi che modificano la sagoma in zone vincolate è esclusa direttamente dal nuovo art. 3, co. 1, lett. d), quanto alle zone omogenee A (e quelle equipollenti in base alle leggi regionali), il c.4 dell'art. 23 bis, prevede che "i comuni devono individuare con propria deliberazione, da adottare entro il 30.6.2014, le aree nelle quali non è applicabile la segnalazione certificata di inizio attività per interventi di demolizione e ricostruzione, o per varianti a permessi di costruire, comportanti modifiche della sagoma"; in caso di inerzia è prevista la deliberazione di un Commissario nominato dal Ministero delle Infrastrutture. Inoltre, si prevede, in deroga al meccanismo ordinario della SCIA che "nelle restanti aree interne alle zone omogenee A) (...) gli interventi (...) non possono in ogni caso avere inizio prima che siano decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della segnalazione». Ad ogni modo fintanto che non sia adottata la deliberazione in parola «non trova applicazione per le predette zone omogenee A) la segnalazione certificata di inizio attività con modifica della sagoma".



In tal senso, l'innovazione normativa pare non sposarsi al meglio con il fine, dichiarato

dal legislatore, di “evitare ulteriore consumo del territorio”.

«.....GA.....»

# GRANDI IMPIANTI SENZA AUTORIZZAZIONE E COMPROMISSIONE AMBIENTALE PAESAGGISTICA CONTINUATA

dell'Avv. Sergio Fifi

*Nel caso di impianti fotovoltaici di grandi dimensioni realizzati senza "autorizzazione unica" (art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003), la compromissione di paesaggio e ambiente è "continuata", non esaurendosi dopo la realizzazione del manufatto. Permangono, pertanto, i presupposti e le condizioni per l'irrogazione o il mantenimento della misura cautelare del sequestro giudiziario preventivo disciplinato dall'art. 321 c.p.p.*

In the case of large-scale PV plants made without "single authorization" (Article 12 of 2003 Legislative Decree no. 387), "continuous" landscape and environment impairment happens, not running out after the construction of the building. There remain, therefore, the conditions and the conditions for the imposition or maintenance of the injunction, the court has quote governed by Code of Criminal Procedure Art. 321.

*Sommario: 1. Il Concetto. 2. Il sequestro. 3. Il crimine che giustifica la misura. 4. Tra la D.I.A. (recte, P.A.S.) e l'art. 12. 5. La dir. U.E.. 6. La burocrazia "negli" impianti fotovoltaici. 7. Perché un procedimento unico. 8. In conclusione.*

## 1. Il concetto.

È intervenuta la Terza Sezione Corte di Cassazione penale con sentenza 13.5.2013, n. 20403, riformando la decisione di merito che aveva annullato il sequestro di alcuni impianti fotovoltaici scientemente frazionati per eludere le soglie dell'autorizzazione unica alla costruzione e rientrare nella più "semplice" D.I.A.<sup>1</sup> *ratione temporis* vigente.

Il Tribunale, che, peraltro, seguiva un certo risalente orientamento della stessa Cassazione, aveva ritenuto che, una volta realizzato l'impianto, pur esistendo il reato di costruzione abusiva<sup>2</sup> - poiché, essendo gli impianti venuti in considerazione di grandi dimensioni, si rendeva necessaria l'autorizzazione unica e non la Denuncia - cadevano le esigenze cautelari a base del sequestro: nessun ulteriore danno all'ambiente può essere fatto.

Non la pensa più così il Giudice di legittimità: per l'art. 12, d.lgs. n. 387 del

29.12.2003 l'autorizzazione unica è "titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto".

La compromissione di paesaggio e ambiente è "continuata" in quanto non si esaurisce dopo la realizzazione del manufatto. L'assenza dell'autorizzazione unica assume rilevanza anche in corso di esercizio dell'impianto fotovoltaico.

Permangono, dunque, anche le esigenze cautelari; la misura privativa reale andava mantenuta.

## 2. Il sequestro.

La Suprema Corte chiarisce quale sia la finalità del sequestro giudiziario contemplato dall'art. 321 del c.p.p., 1° cui comma chiarisce che "quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto moti-

<sup>1</sup> Denuncia di Inizio Attività, oggi sostituita ex d.lgs. del 3.3.2011, n. 28 dalla P.A.S. - Procedura Abilitativa Semplificata

<sup>2</sup> Art. 44, d.P.R. 6.6.2001, n. 380

vato<sup>3</sup>”.

Quale tipica misura di natura cautelare, l’emanazione di un sequestro preventivo richiede, dunque, in modo indefettibile, la sussistenza di due requisiti: il *fumus commissi delicti* ed il *periculum in mora*.

Per quanto attiene al primo, è da notare come il sequestro preventivo non è finalizzato all’accertamento di un possibile reato, ma presuppone la commissione di un reato, sia pure accertato in via incidentale - parlando di *fumus*, ovviamente, il legislatore non pretende la presenza di un accertamento positivo del reato da parte del giudice, ma, quanto meno, la presenza di indizi gravi (che abbiano, cioè, una certa rilevanza), precisi (forniscano elementi concreti) e concordanti (che vadano tutti nella medesima direzione) -, nella sua astratta configurabilità: è, cioè, imprescindibile che storicamente si sia verificato un fatto avente i connotati dell’illecito penale, ancorché non sia necessario che il fatto-reato sia attribuito al soggetto nei cui confronti viene adottato il provvedimento, potendo essere emesso anche nei confronti di terzi estranei, prevalendo l’interesse a tutelare le più generali esigenze di prevenzione sociale e tutela della collettività.

Il *periculum in mora* (pericolo derivante dal ritardo di un intervento dell’autorità preposta) legittimante, ai sensi del co. 1 della norma in esame, il sequestro preventivo, deve intendersi non come generica ed astratta eventualità, ma come concreta, imminente ed elevata possibilità, desunta dalla natura del bene e da tutte le circostanze del fatto, che il bene assuma carattere strumentale rispetto all’aggravamento e alla protrazione delle conseguenze del reato ipotizzato o all’agevolazione della commissione di altri reati. Nel determinare le situazioni di pericolo da ritardo si è posto un dubbio interpretativo circa il significato della dizione “*aggravare o protrarre le conseguenze*” e cioè se queste ultime vadano o no identificate con l’evento del reato. La giurisprudenza opta per la seconda lettura dell’inciso, in quanto afferma che dopo la cessazione della condotta, il giudice può

<sup>3</sup> Prima dell’esercizio dell’azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.

sempre disporre il sequestro; il pericolo dunque va inteso in senso oggettivo, come probabilità di danno futuro, sicché non è di ostacolo all’adozione della misura il fatto che il reato sia già consumato<sup>4</sup>.

La definizione della nozione di cosa pertinente al reato va operata in relazione alla concreta vicenda oggetto del procedimento: in linea generale, può dirsi che è cosa pertinente al reato non solo quella che è servita per commettere il reato, ma anche quella indirettamente legata alla fattispecie illecita, in quanto strutturalmente funzionale alla possibile reiterazione dell’attività criminosa. Poiché, in astratto, ogni cosa può servire per commettere reati futuri, la sequestrabilità a fini preventivi va limitata alle cose munite di una pericolosità intrinseca, ossia una specifica e strutturale strumentalità rispetto a possibili illeciti futuri.

Il sequestro preventivo funzionale alla confisca disciplinato dal 2° comma dell’art. 321 c.p.p. costituisce figura autonoma e specifica, distinto rimedio rispetto a quello regolato dal primo comma. La particolarità di tale mezzo cautelare risiede nel fatto che per la sua applicabilità non occorre necessariamente la sussistenza dei presupposti previsti dal primo comma per il sequestro preventivo tipico (pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato, ovvero, agevolare la commissione di altri reati), ma basta il requisito della confiscabilità, la quale non è subordinata alla pericolosità sociale dell’agente. In altri termini, questa figura di sequestro non sottende alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose medesime le quali, proprio perché confiscabili sono di per sé oggettivamente pericolose, indipendentemente dal fatto che si versi in materia di confisca obbligatoria o facoltativa.

Poiché il sequestro penale è un atto di coercizione reale mediante il quale, ai fini probatori, determinate cose mobili o immobili vengono temporaneamente sottratte alla disponibilità altrui ed assoggettate ad una speciale custodia in materia ambientale il sequestro non sempre corrisponde agli scopi dettati

<sup>4</sup> Cass. 18.1.1999, rv. 212151

dalla norma, ovvero, far cessare il pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato, atteso che in tal caso, le conseguenze dello specifico reato ambientale, ad esempio paesaggistico, consiste nell'offesa all'equilibrio del paesaggio in relazione alla realizzazione di impianti fotovoltaici che consentono l'esercizio di produzione di energia.

La stessa sezione della Suprema Corte penale rimanda alle finalità del sequestro preventivo effettuato dalla polizia giudiziaria già espresse in altre occasioni<sup>5</sup>, ovvero, il sequestro ha la finalità di limitare *“il godimento e l'uso del bene che costituisce il prodotto del reato già consumato”* e che l'aggravamento del carico urbanistico costituisce *“protrazione delle conseguenze del reato”*.

Pertanto, anche per quanto sommariamente indicato prima in tema di presupposti e condizioni del sequestro preventivo, pure gli impianti fotovoltaici in parola, in qualità di impianti produttivi, comportano la necessità di specifico provvedimento cautelare per interrompere la continuità della gestione. Ciò è di estremo interesse, giacché l'esercizio degli impianti in oggetto produce conseguenze che si riflettono anche nei rapporti pubblicistici: dalla produzione di energia derivano erogazioni di sovvenzioni pubbliche legate.

### 3. Il crimine che giustifica la misura.

Il sequestro giudiziario degli impianti in oggetto si fonda sull'ipotesi di violazione degli artt. 44 lett. b) del t.u. edilizia e 44 lett. c) e 181 del d.lgs. n. 42 del 22.1.2004, poiché l'opera insisteva in una zona a vocazione agricola sottoposta a tutela paesaggistica. È stata, invece, esclusa la configurazione del reato più grave di lottizzazione urbanistica, pure contemplato dalla citata lett. c) dell'art. 44.

il provvedimento trova supporto con riferimento agli impianti in esame nella disciplina degli artt. 104 e 104 bis delle disposizioni di attuazione al c.p.p., che per gli impianti produttivi prevede espressamente la nomina di un amministratore e, dunque, concilia il provvedimento di sequestro con la continuità

della gestione.

Il Tribunale ha come detto annullato il sequestro in ossequio ad un vecchio orientamento della stessa Suprema Corte, per cui il reato era istantaneo. L'errore censurato è stato emettere il provvedimento ablativo della misura cautelare omettendo di considerare che il rilascio dell'autorizzazione unica regionale, oggi, *“costituisce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato”*: l'assenza dell'autorizzazione priva, dunque, di legittimità anche la fase di gestione dell'impianto incriminato. Per questo persiste un pericolo di aggravamento o quanto meno protrazione delle conseguenze da reato che deve essere fronteggiato con il sequestro. Anche il fatto che si siano conclusi i lavori non fa venire meno le esigenze cautelari, la cui esistenza deve essere verificata in concreto in relazione all'impatto ambientale prodotto<sup>6</sup>.

Secondo la sentenza n. 20403 della Corte, l'esercizio dell'impianto di produzione di energia di tipologia come quella in esame non costituisce fattore riconducibile alla mera presenza fisica dell'impianto nelle sue articolazioni, né è paragonabile a quello di un manufatto: *“non solo gli interventi di controllo e manutenzione comportano accessi e presenza di persone, ma deve considerarsi che l'estensione degli impianti, la produzione e conduzione di energia elettrica, gli effetti sull'ambiente propri di un'ampia estensione di materiali tecnologici sene tutti elementi che depongono per la permanenza di una compressione permanente dei beni protetti”*; conta non soltanto il carico urbanistico, ma anche il bene paesaggio e, più in generale, il bene *“equilibrio ambientale”*. Si tratta di una decisione di grande momento, poiché segna il passaggio da una concezione statica della realizzazione di un manufatto ad una concezione dinamica della struttura, che ne contempla il funzionamento.

### 4. Tra la D.I.A. (recte, P.A.S.) e l'art. 12.

Per gli impianti (fotovoltaici, nel caso che occupa) minori, la modesta incidenza degli interventi sul bene paesaggio e ambiente ren-

<sup>5</sup> si veda, tra l'altro, Sez. III, 25.1.2007, n. 8441

<sup>6</sup> sul punto, cfr. Cass. Pen., III, 17.10.2012, n. 44494

de sufficiente, ai fini della tutela, una semplice D.I.A.

Lo scorso 30.3.2011, invero, con il decreto per le energie rinnovabili, n. 28 del 3.3.2011, è entrata in vigore la Procedura Abilitativa Semplificata - P.A.S. Gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili potranno essere approvati grazie a questa nuova procedura semplificata. È stata introdotta una semplificazione per l'installazione di impianti fotovoltaici ed eolici della potenza massima di 1 MWp: è possibile ricorrere ad un processo simile ad una D.I.A. per la loro realizzazione. Anche le richieste in fase di approvazione alla data del 30/03/2011 potranno essere convertite in P.A.S., con istanza del richiedente. Il decreto rimanda alle Regioni la procedura finale di ricezione delle richieste ed emissione del provvedimento. La P.A.S., semplificando, è, dunque, la D.I.A. dell'energia. Ai sensi del d.lgs. n. 112 del 98, è delegata alle Province l'autorizzazione alla costruzione ed all'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica al di fuori della competenza statale (compresi gli impianti alimentati a fonti rinnovabili).

La realizzazione e installazione di un impianto fotovoltaico di grandi dimensioni, superiore, perciò, a 1 Mwp, esige, invece, oggi, la richiesta e il rilascio dell'autorizzazione unica ambientale, in ossequio all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 di attuazione della dir. 2001/77/CE, relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

### 5. La Direttiva U.E.

Il procedimento unico a carico della regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla stessa è emanazione della Direttiva Europea là dove, tra gli scopi che gli Stati membri devono raggiungere attraverso il quadro legislativo e regolamentare, si legge *“razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo”*, nonché *“ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo”* all'aumento delle fonti energetiche rinnovabili e *“garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie*

per le fonti energetiche rinnovabili”<sup>7</sup>.

È compito dell'autorizzazione menzionata, infatti, tenere conto delle caratteristiche complessive della zona a vocazione agricola al fine di tutelare il paesaggio rurale.

L'autorizzazione unica deve avere come riferimento il rispetto della normativa in tema di ambiente, di paesaggio e di patrimonio storico ed è *“titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto”*<sup>8</sup>. Tale è il pregiudizio al cui pericolo si sottopone il paesaggio, infatti, che la carenza di suddetto elemento non cessa di rilevare con il completamento dell'impianto (o degli impianti), ma si protrae anche in corso di esercizio, per cui le esigenze cautelari alla base del sequestro non vengono meno. Si parla, tecnicamente, di compromissione ambientale continuata. L'autorizzazione ai sensi del d.lgs. 387/03 è relativa alla costruzione e all'esercizio tanto dell'impianto di produzione di energia elettrica, quanto delle opere connesse e delle infrastrutture indispensabili in conformità al progetto approvato e nei termini ivi previsti; dove occorre, costituisce anche dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere attraverso un procedimento e, appunto, un'autorizzazione unica. Unica perché il procedimento dovrà concludersi con un unico provvedimento autorizzativo comprendente tutte le autorizzazioni ed i nulla osta necessari al fine di costruire ed esercire l'impianto.

### 6. La burocrazia “negli” impianti fotovoltaici.

Il precetto contenuto nel co. 3 dell'art. 12 afferma in maniera inequivoca come riferimento dell'autorizzazione unica debba essere non altro che il rispetto della normativa in tema di ambiente, di paesaggio e di patrimonio storico artistico. Detta affermazione supera il mero riferimento all'assetto urbanistico del territorio e al concetto di *“carico urbanistico”*, mettendo in relazione il rilascio dell'autorizzazione a realizzare e gestire l'impianto non solo coi tradizionali beni tutelati dall'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, ma anche con i beni sopra indicati. Così non fos-

<sup>7</sup> si veda l'art. 6 della dir., dedicato alle procedure amministrative

<sup>8</sup> art. 12, co.4

se, non si comprenderebbe la ragione di una procedura autorizzativa che, per gli impianti di capacità maggiore di 1 MW elettrico<sup>9</sup>, comporta il coinvolgimento di plurime Amministrazioni.

La citata normativa indica i requisiti di installazione e posizione in funzione degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili. In particolare, l'art. 12, co. 3 prevede espressamente che *"...gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico"*.

Il reato di lottizzazione abusiva è ipotizzabile anche con riferimento agli impianti fotovoltaici realizzati in assenza della prescritta autorizzazione (pur se nel caso di specie è stato escluso), allorché per le dimensioni dell'impianto, in relazione alla superficie residua del territorio, non risulti salvaguardata la sua utilizzazione agricola e si determini, quindi, lo stravolgimento dell'assetto ad esso attribuito dagli strumenti urbanistici. La sottrazione dell'impianto – il cui esercizio è anche esso soggetto ad autorizzazione<sup>10</sup> – al controllo delle amministrazioni competenti ad accertare le sue compatibilità con l'assetto del territorio e il rispetto delle altre condizioni previste dal co. 7 determina la protrazione della lesione dell'interesse protetto dalla norma e giustifica, di per sé, l'applicazione della misura cautelare. Così conclude la Sez. III della Cassazione con sentenza dell'8.4.2013, n. 15988.

### **7. Perché un procedimento unico.**

La procedura regolata secondo quanto disposto dal d.lgs. 387 del 2003 e successive modifiche intervenute e dal d.lgs. 3.3.2011, n. 28, prevede una conclusione del procedimen-

to in 90 giorni dal ricevimento dell'istanza, fatti salvi i tempi previsti da specifiche leggi di settore, dopo la ricezione dei pareri di tutte le amministrazioni coinvolte, a qualsiasi titolo, nell'autorizzazione.

Come espressamente indicato al paragrafo 10.1 del d.m. 10.9.2010, in tutti i casi per cui non sussistono le condizioni di applicazione della semplice comunicazione o della P.A.S.<sup>11</sup>, sarà necessario avviare il procedimento unico così come normato dall'art.12 del d.lgs. n. 387 del 2003 e ss.mm.ii.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 12, tanto per dire, occorre dotarsi, per la realizzazione di un impianto, ad esempio eolico, di: nulla osta dello Stato Maggiore della Difesa; certificato di prevenzione incendi; autorizzazione alla costruzione e all'esercizio dell'elettrodotti; atti di Sottomissione al Ministero delle Comunicazioni; autorizzazioni allo svincolo idrogeologico; nulla osta paesaggistico; nulla osta idrogeologico; specifica autorizzazione se i terreni sono gravati da uso civico; procedura di screening ambientale; eventuale Valutazione di Impatto Ambientale; valutazione di incidenza (in caso di aree incluse in Siti di Interesse Comunitario); concessione ad edificare. In vigore il nuovo articolato, tutti i procedimenti di valutazione dell'iniziativa elettrica - da intendersi non solo impianti da realizzare *ex novo*, ma anche modifiche, potenziamenti, rifacimenti e riattivazioni di impianti esistenti, comprese infrastrutture e impianti connessi a quello oggetto di procedimento - si svolgono nel contesto unitario di una Conferenza di Servizi, all'uopo convocata dalla Regione entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta della nuova *"autorizzazione unica"*. Il procedimento unico, dunque, è, in realtà regolato, anziché dal citato art. 12, dal capo IV della l. n. 241 del 1990, artt. 14 e seguenti, intitolati, per l'appunto, alla conferenza. Restano esclusi il procedimento di rilascio della concessione di derivazione dell'acqua e il procedimento espropriativo.

Alla conferenza possono (più correttamente, devono) essere invitate a partecipare solo le amministrazioni che, prima dell'entrata in

<sup>9</sup> sulla persistenza di tale limite si veda l'art. 6, co.9 d.lgs. 3.3.2011, n. 28

<sup>10</sup> art. 12, co.3. d.lgs. n. 387 del 2003

<sup>11</sup> vedi paragrafo precedente

vigore del d.lgs. n. 387 del 2003, avrebbero dovuto rilasciare per l'impianto un nulla osta, un'autorizzazione e via enumerando.

Il procedimento unico include anche quella verifica di conformità del progetto alla disciplina urbanistica che normalmente si esprime con il rilascio del permesso di costruire, già concessione edilizia. Poiché nulla lascia intendere, né, tanto meno, alcuna norma dispone espressamente che l'autorizzazione unica possa costituire variante al piano regolatore generale le cui prescrizioni fossero incompatibili con l'impianto, il progetto dovrà, per forza di cose essere conforme o, appunto, compatibile con il piano e detta conformità andrà verificata in via preliminare. Per questo, in caso di discrasia, occorrerà adeguare il progetto, non avendo senso, in mancanza, attendersi un parere favorevole dall'amministrazione comunale in proposito. È nondimeno vero che, l'art. 12, individua ampie zone, quelle rurali, in cui, comunque, la maggior parte degli impianti da fonti di energia rinnovabile può essere localizzata.

#### **8. In conclusione.**

Vi è compromissione ambientale continuata in caso di installazione di impianto fotovoltaico di grandi dimensioni senza autorizzazione unica. L'autorizzazione deve tenere

conto delle caratteristiche complessive della zona a vocazione agricola al fine di tutelare il paesaggio rurale. Essa deve avere come riferimento il rispetto della normativa in tema di ambiente, di paesaggio e di patrimonio storico. È dunque, necessario accertare che vi sia l'autorizzazione unica prima del rilascio di qualsiasi permesso per ogni singolo impianto. Ove manchi, occorre verificare che non ci siano più impianti sotto la soglia di 1 MW che, sostanzialmente connessi, facciano scattare, comunque, la necessità di un'autorizzazione unica. La violazione deve considerarsi configurata sia nel caso di una pluralità di soggetti societari, finalizzata ad aggirare la normativa in materia di necessità dell'Autorizzazione unica, sia nel caso di sostanziale realizzazione da parte di più società di un unico impianto di energia elettrica di origine fotovoltaica, fittiziamente frazionato (come ipotizzato in specie), deve ravvisarsi la violazione contestata. Si impone, inoltre, la valutazione dell'ipotetica compromissione del paesaggio e dell'ambiente in modo "continuato", visto che, questo, non si limita alla realizzazione dell'impianto e connessa fase. Se e solo se con il rilascio del permesso sono state verificate le norme di cui sopra, è possibile scongiurare la sospensione della gestione a posteriori.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - URBANISTICA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 25.6.2013, n. 3458  
**P.R.U. - approvazione - dovere di soccorso - sussiste.**

**Accordo di programma - proroga - disciplina applicabile - è quella civilistica - conferenza di servizi - non è necessaria.**

*È legittima l'adozione di un programma di riabilitazione urbana ai sensi dell'art. 27, l. 166/02 con contestuale richiesta di integrazione e/o modificazione del progetto presentato, trattandosi di attività espressiva del dovere di soccorso immanente nel sistema e del quale è stata fatta larga applicazione in tema di iniziative edificatorie o programmatiche, laddove la alternativa tra approvazione in toto del progetto così come presentato, ovvero la reiezione del medesimo implicherebbe volta per volta una costosa ed inutile attività reiterativa.*

*Non è illegittima la proroga dell'accordo di programma disposta dopo la scadenza del relativo termine, trovando applicazione, per effetto dell'art. 11, co. 2, l. 241/90 i "principi del codice civile in materia di obbligazioni in quanto compatibili", tra i quali l'art. 1457 cod.civ. e la giurisprudenza sullo stesso stratificata, che ammette la concedibilità della proroga anche nell'ipotesi di clausola che preveda la risoluzione di diritto del contratto in caso di mancata prestazione entro il termine pattuito, purché la proroga stessa venga concessa dalla parte nel cui interesse il termine era stato pattuito (Cass. civ., II, 7.5.1987, n. 4226); e che addirittura afferma (cass. civ., II, 16.2.95, n. 1674; 14.7.89, n. 3293) che la reiterata concessione di una proroga può financo valere ad escludere, in via ermeneutica, la essenzialità del termine stabilito negozialmente, a dispetto delle espressioni perentorie contenute nel negozio ("entro e non oltre" etc).*

*L'adozione della proroga ad un accordo di programma non deve essere adottata in conferenza di servizi, la quale deve essere convocata per verificare la possibilità di concordare l'ac-*

*cordo, ma non per introdurre una marginale modifica del contenuto del medesimo.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 25.6.2013, n. 3476  
**Roma Capitale - nuovo PRG - mancata compensazione - a discapito di alcuni soggetti di un comprensorio - illegittimità.**

*È illegittima la delibera del Consiglio Comunale di Roma, di adozione del Nuovo P.R.G., laddove nega ad alcuni dei soggetti di un comprensorio unitario l'applicabilità del principio della compensazione edificatoria, dovendo lo stesso trovare applicazione a tutte le aree soggette a deminutio di edificabilità.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.5.2013, n. 2848  
**Strumenti urbanistici attuativi - impugnazione - termini - decorrenza.**

*In base ad una consolidata giurisprudenza, in caso di impugnazione di strumenti urbanistici attuativi, quali piani di lottizzazione o piani di recupero, da parte di soggetti terzi perché non direttamente contemplati in essi, quali i confinanti, il termine per l'impugnazione decorre dall'ultimo giorno di pubblicazione della deliberazione di approvazione nell'albo del comune.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.5.2013, n. 2442  
**Aree asservite - successivo frazionamento - irrilevanza - calcolo - in ipotesi di trasformazioni urbanistiche peggiorative - necessità di guardare ai nuovi indici - sussiste.**

*La sopravvenuta normativa di P.R.G. non può che interessare le aree libere, con esclusione di tutte le aree comunque già utilizzate a scopo edificatorio, ancorché le stesse si presentino fisicamente "libere" da immobili. Ed infatti, in ipotesi di realizzazione di un manufatto edilizio la cui volumetria è calcolata sulla base anche di un'area asservita o accorpata, ai fini edificatori deve essere considerata l'intera estensione interessata, con l'effetto che anche l'area ac-*

corpata non è più edificabile anche se è oggetto di frazionamento o di alienazione separata dalle aree su cui insistono i manufatti. Inoltre, la verifica dell'esistenza o meno di sufficiente capacità edificatoria dell'area sulla quale si chiede il rilascio del titolo ad aedificandum va fatta sulla base del nuovo strumento urbanistico vigente al momento della richiesta dell'assenso a costruire, non potendosi far valere situazioni di "favore" sulla scorta della normativa edilizia esistente all'epoca dell'edificazione di preesistenti edifici.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 18.4.2013, n. 2158  
**PRG - previsioni normative e grafiche - contrasto - prevalgono le prime.**

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è concorde nel ritenere che in ipotesi di contrasto tra le prescrizioni grafiche e le prescrizioni normative del piano regolatore, prevalgono queste ultime, in quanto in sede di interpretazione degli strumenti urbanistici le risultanze grafiche possono solo chiarire e completare quanto è normativamente stabilito nel testo, ma non possono sovrapporsi o negare quanto risulta da questo.

TAR Veneto, Sez. II, 9.5.2013, n. 677

**Pianificazione - vincolo alla proporzionalità distributiva degli oneri e dei vincoli - non sussiste.**

La scelta amministrativa sottesa all'esercizio del potere di pianificazione di settore deve obbedire solo al superiore criterio di razionalità nella definizione delle linee dell'assetto territoriale, nell'interesse pubblico alla sicurezza delle persone e dell'ambiente, e non anche ai criteri di proporzionalità distributiva degli oneri e dei vincoli, con la conseguenza che in relazione ad essa non può prospettarsi una disparità di trattamento.

Le scelte urbanistiche non necessitano di una specifica motivazione se non nel caso in cui vadano ad incidere negativamente su posizioni giuridicamente differenziate ravvisabili unicamente nell'esistenza di piani e/o progetti di lotizzazione convenzionati già approvati o situazioni di diverso regime urbanistico accertate da sentenze passate in giudicato.

«.....GA.....»

## - EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.5.2013, n. 2394  
**Edificazione residenziale in zona agricola - legislazione regionale - necessità che l'istante sia imprenditore agricolo a titolo principale - è legittima.**

**P.R.G. - procedimento di formazione - legislazione regionale - approvazione - delega alla Giunta e non al Consiglio - legittimità.**

È legittima la previsione di P.R.G. che, conformemente alla legislazione regionale, per la legittimazione agli interventi edilizi di nuova costruzione, ricostruzione o ampliamento per uso abitativo in zona agricola, esige nel richiedente la qualità di imprenditore agricolo a titolo principale, trovando solida giustificazione nell'esigenza di impedire lo snaturamento delle caratteristiche dell'area (in termini Corte Cost., 16/5/95, n. 167; 23/6/1988, n. 709).

È legittima la norma di legge regionale che attribuisca la competenza per la approvazione della variante allo strumento urbanistico alla Giunta Provinciale e non al Consiglio, poiché il t.u.e.l. regola inderogabilmente i rapporti tra Giunta e Consiglio in ordine alle materie proprie dell'ente locale, ma non assurge a norma di principio fondamentale della materia urbanistica, con la conseguenza che la Regione che ritenga di delegare alla Provincia l'approvazione dei piani urbanistici non è vincolata al rispetto del relativo schema organizzatorio.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 24.6.2013, n. 1622

**PdC - impugnazione - termini - decorrenza.**

**Distanze - d.m. 1444/68 - autorimessa di modeste dimensioni - si applica - balconi - vanno computati.**

*La decorrenza del termine decadenziale in materia edilizia non può essere di norma fatta coincidere con la data in cui i lavori hanno avuto inizio, in quanto, come la giurisprudenza ha già specificato, per l'impugnazione dei titoli abilitativi edilizi il termine inizia a decorrere da quando la costruzione realizzata riveli in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica. Ne deriva che, in mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori, il termine per l'impugnazione decorre con il completamento dei lavori. Peraltro, la verifica della "piena conoscenza" dell'atto lesivo da parte del ricorrente, al fine di individuare la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur se sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche. Essa deve risultare quindi, incontrovertibilmente, da elementi oggettivi, ai quali il giudice deve riferirsi, nell'esercizio del suo potere di verifica di ufficio della eventuale irricevibilità del ricorso, ovvero rigorosamente indicati dalla parte che eccepisca l'irricevibilità del ricorso introdotto del giudizio.*

*La disciplina relativa alle distanze legali di cui all'art. 9, d.m. 1444/1968 rileva anche nei confronti della parete di un'autorimessa di ridotte dimensioni.*

*Nel calcolo delle distanze legali di cui all'art. 9, d.m. 1444/68 si computano anche i balconi poiché questi, estendendo in superficie il volume edificatorio, costituiscono corpo di fabbrica, con la conseguenza che un regolamento edilizio che stabilisca un criterio di misurazione della distanza tra edifici che non tenga conto dell'estensione del balcone, è contra legem.*

TAR Basilicata, Sez. I, 21.6.2013, n. 366

**Piano città - applicabilità - mutamenti di destinazione d'uso - va esclusa.**

*È legittimo il diniego di permesso di costruire ai sensi dell'art. 5, co. 9, d.l. 70/11, conv. con l. 106/2011 (cd. Piano Città, il quale prevede espressamente l'obiettivo di riqualificare le aree urbane degradate con connessi premi di volumetria e/o di superficie) con atterraggio della volumetria di un capannone industriale su ter-*

*reni che non presentino le caratteristiche di area urbana degradata e finalizzato alla realizzazione di un fabbricato residenziale.*

TAR Lazio, Sez. II bis, 3.6.2013, n. 5538

**PdC - rilascio - lotto intercluso - obbligo di accertamento - necessità.**

*È illegittimo il diniego di permesso di costruire per mancanza del piano attuativo richiesto dalle norme di piano regolatore (ipotesi alla quale è da assimilare la decadenza dello stesso), ove l'Amministrazione non abbia condotto puntuali accertamenti sulla concreta situazione dei luoghi in ordine allo stato di urbanizzazione dell'area e alla dotazione di opere di urbanizzazione.*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 15.5.2013, n. 1271

**Zona agricola - attività di ristorazione - incompatibilità.****Destinazione d'uso - accertamento - risultanze catastali - rilevanza - è residuale.**

*Integra abusivo mutamento di destinazione d'uso lo svolgimento dell'attività di ristorazione in immobile destinato ad attività agrituristica, posto che l'attività di agriturismo presuppone un nesso di connessione con l'attività svolta dall'imprenditore agricolo, nesso che è del tutto estraneo all'attività di ristorazione.*

*Per l'individuazione della destinazione d'uso di un immobile occorre avere riguardo agli strumenti urbanistici di pianificazione o di attuazione della pianificazione, nell'ambito delle categorie generali di uso urbanistico previste dalle norme vigenti, a nulla rilevando l'impiego che in concreto ne fa il soggetto utilizzatore, per cui solo in caso di assenza o indeterminazione del titolo edilizio detta destinazione è ritraibile dalla classificazione catastale attribuita in sede di primo accatastamento o da altri documenti probanti.*

TAR Campania, Na, Sez. II, 3.5.2013, n. 2281

**PdC - formazione - silenzio assenso - presupposti - attestazione di conformità edilizia.**

*Non può ritenersi formato il silenzio assenso sulla domanda di permesso di costruire laddove il progettista abbia omissso di attestare la compatibilità dell'intervento con la strumentazione urbanistica locale, in quanto la procedura semplificata consente lo snellimento dell'azione amministrativa solo sul presupposto che la stessa sia stata messa nelle condizioni di cono-*

scere nella sua completezza tutti gli elementi necessari al fine di valutare l'assentibilità dell'intervento.

TAR Campania, Sa, Sez. I, 16.4.2013, n. 890  
**PdC - impugnazione - termini - decorrenza - cartellonistica di cantiere - irrilevanza.**  
**PdC. - impugnazione - legittimazione - vicinitas - sufficienza.**

**Asservimento - opponibilità ai terzi acquirenti - sussiste.**

**Aree asservite - calcolo - in ipotesi di trasformazioni urbanistiche peggiorative - necessità di guardare ai nuovi indici - sussiste.**

*La decorrenza del termine per ricorrere in sede giurisdizionale avverso atti abilitativi dell'edificazione si ha, per i soggetti diversi da quelli cui l'atto è rilasciato (ovvero che in esso sono comunque indicati) dalla data in cui si renda palese ed oggettivamente apprezzabile la lesione del bene della vita protetto, la qual cosa si verifica quando sia percepibile dal controinteressato la concreta entità del manufatto e la sua incidenza effettiva sulla propria posizione giuridica, a nulla rilevando l'esposizione della cartellonistica di cantiere.*

*In materia di impugnazione del permesso di costruire, il possesso del titolo di legittimazione alla proposizione del ricorso per l'annullamento di una concessione edilizia, che discende dalla c.d. vicinitas, cioè da una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, esime da qualsiasi indagine al fine di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione.*

*L'inedificabilità dell'area asservita o accorpata ovvero la sua avvenuta utilizzazione a fini*

*edificatori, costituisce una qualità obiettiva del fondo, come tale opponibile ai terzi acquirenti, e produce l'effetto di impedirne l'ulteriore edificazione oltre i limiti consentiti, a nulla rilevando che la proprietà dell'area sia stata trasferita ad altri, che l'edificazione sia direttamente ascrivibile a questi ultimi, che manchino specifici negozi giuridici privati diretti all'asservimento o che l'edificio insista su una parte del lotto catastalmente divisa. Diversamente opinando, gli indici (di densità territoriale, di fabbricabilità territoriale e di fondiaria) del piano urbanistico sopravvenuto, che conformano il diritto di edificare, si rivelerebbero vani e privi di significato, in quanto le aree sulle quali sono stati operati frazionamenti verrebbero ad esprimere una cubatura maggiore di quella consentita alla stregua delle sopravvenute previsioni, in relazione a tutta la loro estensione considerata dal nuovo piano, con la conseguenza di pregiudicare la stessa finalità della strumentazione, di permettere un ordinato sviluppo del territorio.*

*Se il proprietario di un immobile non ha realizzato tutta la volumetria consentita dagli indici edificatori e questi cambiano in pejus nel corso del tempo, il medesimo deve subirne le conseguenze, che consistono nel fatto che la quantità di asservimento del terreno rimasto libero verrà calcolata sulla base dei nuovi indici. Ciò in quanto i limiti entro cui un'area può essere edificata si riferiscono non all'edificazione ulteriore rispetto a quella esistente al momento dell'approvazione (dello strumento urbanistico), ma all'edificazione complessivamente realizzabile sull'area. Se così non fosse, si verificherebbe l'effetto perverso di consentire l'edificabilità di aree già impegnate da preesistenze, in contrasto con gli indici di piano in vigore.*

«.....GA.....»

## - ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.6.2013, n. 3220  
**Sanatoria giurisprudenziale - ammissibilità - va esclusa.**

*Il più consolidato orientamento esclude l'ammissibilità della cd. "sanatoria giurispru-*

*denziale", in quanto introduce un atipico atto con effetti provvedimenti, al di fuori di qualsiasi previsione normativa, in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa e di tipicità dei poteri dell'amministrazione, po-*

teri che non possono essere surrogati dal giudice, pena la violazione del principio di separazione dei poteri e pena l'invasione nelle sfere di attribuzioni riservate all'amministrazione.

L'art. 13, l. 47/85, e oggi l'art. 36 d.P.R. 380/01, che richiedono per la sanatoria delle opere realizzate senza concessione che l'opera sia conforme tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della realizzazione dell'opera, quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria, è infatti una disposizione la cui ratio è legata al contrasto all'inerzia dell'Amministrazione, al fine di evitare che a colui che ha richiesto la sanatoria sia opposta una modificazione della normativa urbanistica successiva alla presentazione della domanda.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.6.2013, n. 3034

**Condono - opere abusive - completamento - requisiti - onere probatorio.**

**Condono - certificato di abitabilità - derogabilità a fonti di livello primario - esclusione - conformità edilizia dell'opera - è necessaria.**

Ai fini del condono edilizio la realizzazione dell'opera abusiva, alla data del 31 dicembre 1993, è identificabile se l'immobile è già eseguito, sia pure al rustico, in tutte le sue strutture essenziali, fra le quali devono essere comprese le tamponature che sono necessarie per stabilire la relativa volumetria e la sagoma esterna. Viceversa, per quanto riguarda le opere interne o quelle non destinate ad uso non residenziale, la loro ultimazione è da ricollegare al loro completamento funzionale, inteso nel senso della sussistenza delle opere indispensabili a rendere effettivamente possibile l'uso per il quale sono state realizzate (o l'uso diverso da quello a suo tempo assentito o incompatibile con l'originaria destinazione d'uso, nel caso di mutamento di quest'ultimo). È inoltre onere del richiedente il condono edilizio provare che l'opera sia stata completata entro la data utile fissata della legge, non essendo a tal fine sufficiente la sola dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, che deve essere supportata da ulteriori riscontri documentali, eventualmente indiziari, purché altamente probanti.

Il rilascio del certificato di abitabilità di un fabbricato conseguente al condono edilizio può legittimamente avvenire in deroga solo a norme regolamentari e non anche quando siano carenti le condizioni di salubrità richieste da fonti normative di livello primario, in quanto la disciplina del condono edilizio, per il suo caratte-

re eccezionale e derogatorio, non è suscettibile di interpretazioni estensive e, soprattutto, tali da incidere sul fondamentale principio della tutela della salute con evidenti riflessi sul piano della legittimità costituzionale.

Dopo il d.P.R. 425/94 il rilascio del certificato di abitabilità è condizionato non solo alla salubrità degli ambienti, ma anche alla conformità edilizia dell'opera.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.5.2013, n. 2541

**Opera abusiva - valutazione - necessità di una considerazione unitaria.**

**Condono - ai sensi del d.l. 269/03 - domanda - effetti sul precedente procedimento repressivo - sospensione - non è automatica.**

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, l'opera edilizia abusiva va identificata, ai fini della concessione in sanatoria, con riferimento all'unitarietà dell'edificio realizzato restando irrilevante il suo preteso frazionamento in distinte porzioni.

Ai sensi dell'art. 32, co. 25, d.l. 269/03, la sospensione del procedimento repressivo dell'abuso edilizio in pendenza della domanda di condono non opera quale effetto automatico connesso alla presentazione della domanda ma risulta subordinato alla astratta sanabilità delle opere abusivamente eseguite.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 6.6.2013, n. 2989

**Condono - vincolo archeologico - natura assoluta - in mancanza di saggi preventivi - va esclusa.**

**Giudicato penale di demolizione - revocabilità - va sempre ammessa.**

È illegittimo il diniego opposto dalla soprintendenza alla richiesta di saggi archeologici propedeutici alla valutazione della condonabilità delle opere poiché, secondo la giurisprudenza, il vincolo di inedificabilità connesso alla presenza di testimonianze archeologiche non è astrattamente qualificabile come assoluto, riguardando soltanto le costruzioni che in qualsiasi modo snaturano o comunque danneggiano i reperti fissi al suolo o affioranti a meno che, in concreto, l'interesse archeologico, lungi dal rimanere circoscritto ad alcuni resti presenti nell'area, si correli al luogo nel suo complesso, quale sede di una pluralità di reperti tale da testimoniare uno specifico assetto storico di insediamento. Detta conclusione è valida anche

nelle ipotesi di condono edilizio ai sensi del d.l. 269/03, poiché il relativo sistema consente la sanatoria delle opere realizzate su aree vincolate in due ipotesi, previste disgiuntivamente, costituite: a) dalla realizzazione delle opere abusive prima dell'imposizione dei vincoli (e in questo caso trattasi della mera riproposizione di una caratteristica propria della disciplina posta dalle due precedenti leggi sul condono con riferimento ai vincoli di inedificabilità assoluta di cui all'articolo 33, co.1, della l.n. 47/1985); b) dal fatto che le opere oggetto di sanatoria, benché non assentite o difformi dal titolo abilitativo, risultino comunque conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici.

La sanzione dell'ordine di demolizione sfugge alla regola del giudicato penale ed è sempre riesaminabile in sede esecutiva al fine di una eventuale revoca, che è consentita in presenza di determinazioni della P.A. o del giudice amministrativo incompatibili con l'abbattimento del manufatto, ovvero quando sia ragionevolmente prevedibile, in base ad elementi concreti e specifici, che tali provvedimenti saranno adottati in breve tempo, non potendo la tutela del territorio essere rinviata indefinitamente.

TAR Campania, Na, Sez. IV, 5.6.2013, n. 2895  
**Condono e sanatoria - domanda - effetti sul precedente provvedimento repressivo - sospensione - non è automatica - eccezioni.**

Quanto ai rapporti tra procedimento repressivo e procedimento di condono, nell'ipotesi di istanza ai sensi della l. 47/85, si applica l'art. 43 dell'indicata legge, che prevede che l'acquisizione gratuita ai beni del Comune di un manufatto abusivo determina una situazione inconciliabile con la sanatoria soltanto quando all'immissione nel possesso sia seguita o la demolizione dell'immobile abusivo ovvero la sua utilizzazione a fini pubblici, con la conseguenza che, entro questi limiti temporali, il sopravvenire della domanda di condono determina la sopravvenuta inefficacia dei provvedimenti repressivi e acquisitivi.

Nell'ipotesi del secondo e terzo condono, invece, si applica l'art. 39, co. 19, l. 724/94, espressamente richiamato anche dal d.l. 269/03, che prevede espressamente che l'interessato abbia diritto ad ottenere l'annullamento del provvedimento di acquisizione e la cancellazione della relativa trascrizione presentando presso i competenti uffici una ulteriore istanza contenente un certificato dal quale risulti la presentazione della domanda di condono. In questo caso, pertanto, l'ordinanza di acquisizione non diviene inefficace per effetto della presentazione della domanda di sanatoria, presupponendo la sua rimozione un'espressa ulteriore istanza dell'interessato.

La presentazione di un'istanza di accertamento di conformità, infine, ha automatico effetto caducante sulla precedente ordinanza di demolizione, rendendola inefficace.

In questi casi l'Amministrazione, a seguito del rigetto dell'istanza di accertamento di conformità, per procedere a sanzionare l'abuso deve emettere una nuova ordinanza di demolizione, essendo venuti automaticamente meno gli effetti della precedente ordinanza, né potrà procedere all'adozione di un provvedimento di acquisizione dell'area sulla scorta di una ordinanza di demolizione ormai non più in essere.

TAR Toscana, Sez. III, 3.5.2013, n. 711  
**Condono o sanatoria - domanda - effetti sulla precedente ordinanza di demolizione - è inefficace.**

La giurisprudenza dei TAR è ormai costante nel ritenere che a seguito della presentazione di domanda di condono o sanatoria l'amministrazione deve comunque ripronunciarsi, con provvedimento favorevole alla domanda o, in caso di diniego, con un nuovo provvedimento sanzionatorio, e che l'esercizio della facoltà di regolarizzare la propria posizione da parte del privato impedisce l'esercizio del potere repressivo dell'amministrazione, almeno fino a quando la stessa non si pronuncia in senso negativo sulla istanza medesima.

## - PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 16.5.2013, n. 2666  
**Autorizzazione - pregresso parere favorevole sullo strumento urbanistico - vincolo al rilascio - va escluso.**

*È legittimo il diniego di autorizzazione paesaggistica del singolo intervento edilizio, anche a fronte di precedente parere favorevole reso dal medesimo Ministero sullo strumento attuativo, poiché diverse sono la funzione esercitata e l'oggetto della valutazione nella quale la funzione si concreta. Ed infatti, la funzione programmatica propria del piano urbanistico, anche di dettaglio, è prettamente rivolta all'ordinato sviluppo del tessuto esistente, con la costituzione di parametri validi per il futuro sviluppo del territorio. La funzione propria della tutela dei valori paesaggistici è, invece, rivolta per definizione a preservare l'esistente, una volta che dell'esistente sia riconosciuta la portata espressiva di quei valori. Quanto poi all'oggetto della valutazione, nel primo caso – cioè, nel contesto del piano attuativo – è la compatibilità dell'espansione programmata con i tutelati valori paesaggistici espressi dal territorio preso in considerazione, e dunque riguarda solo ciò che del piano attuativo è l'oggetto essenziale (es. opere di urbanizzazione); nel secondo caso – cioè, riguardo ai singoli manufatti – è, invece, la coerenza del concreto intervento edilizio o urbanistico con il pregio riconosciuto all'area destinata ad accoglierlo e con le eccellenze che vi insistono, e la valutazione è volta ad evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del valore paesaggistico protetto. Diversamente, del resto, si cancellerebbe, contro la legge (la quale vuole sia valutato e legittimato ogni singolo intervento) la necessità dell'autonoma autorizzazione per ogni singola edificazione.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.5.13, n. 2541  
**Compatibilità paesaggistica - valutazione - lesioni pregresse - rilevanza - va esclusa - epoca di introduzione del vincolo - è irrilevante.**

*Per la pacifica giurisprudenza, in materia di tutela delle bellezze panoramiche, l'esistenza di una anteriore lesione arrecata alla zona non rappresenta, da sola, un motivo sufficiente a dispensare dalla verifica riguardante la realizzabilità o la sanabilità di un'opera; anzi,*

*l'eventuale danno pregresso produce la necessità di una indagine ancor più accurata, per scongiurare un maggiore, più grave e definitivo turbamento, dei valori tipici dei luoghi.*

*In sede di rilascio della concessione in sanatoria per opere ricadenti in zone sottoposte a vincolo, l'esistenza del vincolo va valutata al momento in cui deve essere presa in considerazione la domanda di condono, a prescindere dall'epoca della sua introduzione e, quindi, anche per le opere eseguite anteriormente all'apposizione del vincolo in questione.*

TAR Campania, Na, Sez. I, 25.6.2013, n. 1429  
**Compatibilità paesaggistica - diniego - per i volumi tecnici - è illegittimo.**

**Compatibilità paesaggistica - accertamento postumo - divieto - incompatibilità comunitaria - non sussiste.**

*È illegittimo il parere negativo opposto dalla Soprintendenza alla domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica di volumi tecnici perché, se è vero che occorre avere ben presente la diversità degli interessi tutelati in ambito urbanistico ed in quello paesaggistico, diversità che induce a distinguere e a non sovrapporre le relative normative, non si può tuttavia ignorare che sia la disciplina in materia urbanistico-edilizio sia quella concernente il paesaggio hanno riguardo alla cura, per profili differenti ma tra loro complementari, di uno stesso elemento che consiste nel territorio. La saldatura tra i due aspetti è d'altronde confermata dal concetto di "governo del territorio", introdotto dalla l. cost. 3/2001, inclusivo del complesso delle discipline che individuano e graduano gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli interventi ammissibili sul territorio, risorsa per definizione limitata. Con questo concetto, la materia urbanistica evolve verso una nozione più ampia che coinvolge tutto ciò che attiene all'uso del territorio ed alla localizzazione di impianti ed attività. Non è condivisibile la posizione di recente assunta dal TAR Sicilia, Pa, Sez. I, ord. 10.4.2013, n. 802, con cui è stata rimessa alla C.G.E. la questione pregiudiziale relativa alla circostanza se l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. ed il principio di proporzionalità come principio generale del diritto dell'U.E., ostino all'applicazione di una normativa nazionale che -*

come l'art. 167, co. 4, lett. a, d.lgs. 42/04 - esclude la possibilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria per tutti gli interventi edilizi comportanti incremento di superfici e volumi, indipendentemente dall'accertamento in concreto della compatibilità di tali interventi ai valori di tutela paesaggistica dello specifico sito considerato.

La norma, infatti, ha un evidente profilo sanzionatorio-punitivo che, ancorché vada a scapito della facoltà edificatorie connesse al diritto di proprietà, costituisce una prerogativa intangibile del legislatore nazionale, in ossequio alla salvaguardia del bene paesaggio, assistito da previsione di rango costituzionale e a precise ragioni logico-giuridiche.

Ed invero, per quanto riguarda l'attività edilizia senza titolo o in difformità da questo, l'amministrazione locale non ha che da svolgere un controllo di conformità tra la singola costruzione abusiva e le previsioni contenute nei piani di programmazione e nella regolamentazione edilizia comunale (regolamento edilizio e norme tecniche di attuazione); simile riscontro postumo è invece inimmaginabile in tema di paesaggio, per il quale l'amministrazione competente deve svolgere un giudizio che non si riduce ad un riscontro deduttivo di conformità ma implica una valutazione di merito, sugli aspetti anche estetici, valutazione che potrebbe essere irrimediabilmente compromessa nel

momento in cui il nuovo volume è già venuto ad esistenza.

TAR Friuli Venezia Giulia, 14.6.2013, n. 338  
**Autorizzazione - pregresso parere favorevole sullo strumento urbanistico - vincolo al rilascio - va escluso.**

È legittimo il diniego di autorizzazione paesaggistica in contrasto con un precedente parere favorevole alla variante urbanistica della medesima Soprintendenza perché non può essere ritenuta identica e sovrapponibile la funzione esercitata dall'autorità preposta alla tutela del vincolo in occasione dell'esame di un piano urbanistico con quella svolta nell'esame del singolo intervento.

Invero la natura del piano, su cui è intervenuto il parere del Soprintendente cui parte ricorrente si richiama, è di carattere programmatico, volto all'ordinato sviluppo del tessuto esistente, onde la valutazione di detta autorità investe, in generale, la compatibilità dell'espansione programmata con i valori paesaggistici del territorio preso in considerazione. Tale parere, quindi, non può sostituire, contro l'art. 146, d. lgs. 42/2004, la valutazione del singolo intervento, che presuppone un'autonoma autorizzazione, dato che debbono essere considerate le singole caratteristiche costruttive, il concreto inserimento nel tessuto esistente, le dimensioni e l'ubicazione dell'edificio.

«.....GA.....»

## - ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.5.13, n. 2825  
**Retrocessione - presupposti - valido compimento del procedimento espropriativo - dichiarazione di inservibilità del bene espropriato.**

**Retrocessione - istanza - silenzio - in ipotesi di definitivo accertamento accessione invertita - inconfigurabilità.**

L'istituto della retrocessione, sia in base alla l. 2359/1865, sia ai sensi degli artt. 46 e 47, d.P.R. 327/01 presuppone il valido compimento di un procedimento espropriativo, fino alla sua corretta conclusione con il decreto di espro-

prio, e quindi il prodursi dell'effetto estintivo/acquisitivo del diritto di proprietà. La dichiarazione di inservibilità del bene espropriato per la realizzazione di opera pubblica ha quindi valenza costitutiva, per i soggetti espropriati o per i loro aventi causa, del diritto soggettivo alla retrocessione.

L'istituto della retrocessione è incompatibile con l'accessione invertita: se si è realizzata, non vi è stata espropriazione e, quindi, non può esservi retrocessione (l'area non può non essere stata dichiarata come "irreversibilmente trasformata"); se invece si richiede la retroces-

sione, non si può che essere in presenza di un bene in precedenza espropriato e, in tutto o in parte, non utilizzato per le finalità di interesse pubblico legittimanti la precedente espropriazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.5.2013, n. 2432  
**Vincoli - destinazione ad ambito residenziale di conservazione - natura espropriativa - va esclusa.**

*Non costituisce vincolo espropriativo la destinazione ad ambito residenziale di conservazione nella quale sono ammessi interventi edilizi di manutenzione straordinaria, ristrutturazione edilizia e demolizione e ricostruzione, integrando tale misura un'ipotesi di conformazione del diritto di proprietà che, lungi dall'incidere sul medesimo, consente anche l'esercizio di talune possibilità edificatorie, sia pure connesse alla preesistenza di volumi già edificati.*

C.G.A.R.S., 30.4.2013, n. 432  
**Acquisizione sanante - usucapione - applicabilità.**

**Valore venale - destinazione verde pubblico e viabilità - in ipotesi di fitta edificazione - determinazione - riferimento aree limitrofe edificate - è legittimo.**

*A seguito della introduzione dell'art. 42 bis, d.P.R. 327/01, la trasformazione illegittima del fondo seguita alla realizzazione dell'opera pubblica non determina né l'acquisto della proprietà dell'area in capo alla p.a. procedente, né la cessazione dell'illecito, e la situazione antigiusdica 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 questo mutato contesto gioca un ruolo importante l'istituto dell'usucapione ventennale, la quale estingue non solo ogni sorta di tutela reale spettante al proprietario del fondo ma anche quelle obbligatorie tese al risarcimento dei danni subiti, poiché retroagendo l'acquisto a titolo originario al momento dell'iniziale esercizio della relazione di fatto con il fondo altrui, viene meno "ab origine" il connotato di illiceità del comportamento della P.A. che occupava "sine titulo" il bene poi usucapito.*

*È legittima la determinazione del valore venale di aree a verde pubblico e a viabilità effettuata tenendo conto della consistente edificazione di*

*zona e dunque della indispensabilità di dette aree quali strutture di servizio, conseguentemente equiparate alle limitrofe aree ove si sono realizzate costruzioni a più livelli di discreta cubatura.*

TAR Campania, Na, Sez. V, 21.6.2013, n. 3224  
**Acquisizione sanante - usucapione - applicabilità.**

**Valore venale dell'area - destinata a sede stradale e fasce di rispetto - determinazione - riferimento a area inedificabile - è legittimo.**

*Il comportamento tenuto dall'amministrazione, la quale abbia emanato una valida dichiarazione di p.u. ed un legittimo decreto di occupazione d'urgenza senza tuttavia emanare il provvedimento definitivo di esproprio nei termini previsti dalla legge, deve essere qualificato come "illecito permanente", nella cui vigenza non decorre la prescrizione, salvo l'acquisto della proprietà, per usucapione ventennale del bene, eventualmente maturata dall'ente pubblico.*

*Ai fini della determinazione del valore venale del bene espropriato devono ritenersi non edificabili le aree che, anche se caratterizzate da una buona ubicazione e dalla presenza di opere di urbanizzazione limitrofe, siano identificate dallo strumento urbanistico come "sede stradale e fasce di rispetto".*

TAR Campania, Na, Sez. II, 3.5.2013, n. 2281  
**Vincoli - destinazione ad attrezzature sportive - natura espropriativa - va esclusa.**

*Non costituisce vincolo espropriativo la destinazione ad attrezzature scolastiche ed a scuola elementare, non sussistendo alcun impedimento a che alle necessità scolastiche si provveda mediante soluzioni locative, anziché proprietarie, realizzabili, dunque, ad iniziativa privata o promiscua pubblico - privata.*

TAR Campania, Na, Sez. V, 16.4.2013, n. 1985  
**Acquisizione sanante - usucapione - applicabilità.**

*Il comportamento tenuto dall'Amministrazione, la quale abbia emanato una valida dichiarazione di pubblica utilità ed un legittimo decreto di occupazione d'urgenza senza tuttavia emanare il provvedimento definitivo di esproprio nei termini previsti dalla legge, deve essere qualificato come "illecito permanente", nella cui vigenza non decorre la prescrizione, salvo l'acquisto della proprietà per usucapione ventennale del bene, eventualmente maturata*

dall'ente pubblico, in presenza dei presupposti di cui all'art.1158 c.c. (possesso ininterrotto,

non violento, non clandestino, da oltre un ventennio).

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO PENALE -

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 7.5.2013, n. 19501

**Abuso d'ufficio - rilascio concessione in sanatoria - palesemente illegittima - reato - sussiste.**

*Va confermata la condanna per abuso d'ufficio nei confronti del tecnico che abbia illegittimamente rilasciato una concessione in sanatoria per ristrutturazione edilizia con modifica della sagoma e dell'area di sedime, così procurando*

*un vantaggio ingiusto a soggetti che avevano violato palesemente norme poste a tutela del paesaggio, del suolo e dell'equilibrio geologico di un determinato territorio, non ottemperando al dovere, impostogli dal ruolo ricoperto nell'ente territoriale, di controllare che il lavoro o l'opera vengano eseguiti nel rispetto delle norme che sovrintendono la materia, siano leggi, regolamenti o altri regolamenti amministrativi.*

«.....GA.....»

## - AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Consiglio di Stato, sez. V, 17.7.2013, n. 3890

**Autorizzazione ambientale - proroga - legittimità - EMAS.**

*È illegittimo il diniego alla proroga dell'autorizzazione ambientale per un impianto di smaltimento di rifiuti non pericolosi in quanto può beneficiare del periodo di validità di 8 anni dell'autorizzazione ambientale, giusto il disposto dell'art. 29 octies, co. 2, t.u. ambientale d.lgs. n. 152/2006, la società che ha conseguito la registrazione EMAS ai sensi del regolamento CE 761/2001 (sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit EMAS).*

*al proprietario (o detentore) del fondo stesso in ragione della sua sola qualità, ma in mancanza di adeguata dimostrazione da parte dell'amministrazione procedente, sulla base di una istruttoria completa e di una esauriente motivazione (quand'anche fondata su ragionevoli presunzioni o su condivisibili massime d'esperienza), dell'imputabilità soggettiva della condotta.*

TAR Lazio, Sez. I ter, 15.7.2013, n. 6997

**VIA - rinnovazione - modifiche sostanziali.**

*Con specifico riferimento alle "modifiche sostanziali" cui è riconnesso l'obbligo di rinnovazione della VIA, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che deve trattarsi di modifiche che comportano la realizzazione di un'opera radicalmente diversa da quella già esaminata, che comporti il peggioramento dell'impatto dell'opera sull'ambiente, in caso contrario, pur in presenza di modifiche ai progetti, non sussiste l'obbligo della rinnovazione della VIA; le modifiche progettuali sono infatti un'evenienza assai frequente, e spesso sono determinate non*

soltanto dall'evoluzione tecnologica - che consente di ottenere migliori risultati utilizzando tecnologie diverse da quelle indicate al momento della valutazione del progetto preliminare - ma anche dall'attuazione di precisi obblighi imposti dalle Amministrazioni a tutela dell'ambiente. Pertanto, la diversa distribuzione degli elementi costitutivi dell'impianto derivante dalle modifiche progettuali non può costituire automaticamente una "modifica sostanziale" che comporta la rinnovazione del procedimento di VIA se le modifiche non comportano ulteriori problematiche ambientali

TAR Puglia, Le, Sez. I, 7.6.2013, n. 1360

**Direttiva Habitat - diffida Provincia - SIC.**

*Al fine di contribuire a salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali, nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio europeo degli Stati membri, il legislatore comunitario ha emanato la Direttiva Habitat 92/43/CEE, la quale ha istituito (art. 3) una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione, denominata "Natura 2000". Questa rete, formata dai siti in cui si trovano tipi di habitat naturali elencati nell'allegato I e habitat delle specie di cui all'allegato II, deve garantire il mantenimento ovvero, all'occorrenza, il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, dei tipi di habitat naturali e degli habitat delle specie interessati nella loro area di ripartizione naturale.*

*Alla luce di detta normativa è legittima la diffida da parte della Provincia ad astenersi dalla prosecuzione dell'attività di spandimento di fanghi su suoli siti ricadenti in area SIC, ed essendo pertanto prevista, senza eccezioni di sorta, la preventiva valutazione di incidenza, ai sensi degli artt. 5-6 d.P.R. n. 357/97.*

TAR Toscana, Sez. II, 30.5.2013, n. 883

**Rifiuti - discarica - deposito incontrollato - materiali eterogenei.**

*Trattasi di una vera e propria discarica abusiva, e pertanto conseguentemente legittimo il procedimento amministrativo finalizzato alla messa in sicurezza, alla bonifica e al ripristino dell'area, un deposito incontrollato di rifiuti inerti di varia natura derivanti dall'attività di*

*demolizioni e costruzioni edili e costituita da infissi, porte in legno, materiale ferroso, cavi elettrici e pneumatici usati che, a prescindere dalla pericolosità di alcuni di essi, per la loro eterogeneità e la loro natura non potrebbero essere impiegati ulteriormente in altro ciclo produttivo se non attraverso operazioni di trattamento e di recupero. Né tale potrebbe essere considerata l'asserita attività di livellamento del terreno che, anche a prescindere dai profili autorizzatori ad essa connessi, trattandosi di attività edilizia non libera, non potrebbe essere posta in essere utilizzando materiali di tale natura, anche in parte qualificati come rifiuti pericolosi.*

TAR Toscana, Sez. II, 30.5.2013, n. 879

**Rifiuti - obblighi di rimozione - rapporto di fatto con l'area.**

*L'art. 192 del d.lgs. n. 152/2006 è stata interpretata nel senso che, per le sottese esigenze di tutela ambientale, tra i soggetti potenzialmente responsabili va annoverato chiunque si trovi con l'area interessata in un rapporto, anche di mero fatto, tale da consentirgli - e per ciò stesso imporgli - di esercitare una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa essere adibita a discarica abusiva di rifiuti nocivi per la salvaguardia dell'ambiente, ben potendo il requisito della colpa postulato dalla norma consistere nell'omissione delle cautele e degli accorgimenti che l'ordinaria diligenza suggerisce ai fini di un'efficace custodia. Il rapporto di fatto esistente tra il sito e l'attività svolta (il taglio del bosco) e i rifiuti rinvenuti, è tale da escludere come del tutto implausibile la riconducibilità di tale condotta ad altri soggetti e, in ogni caso, dovendosi ricondurre la responsabilità degli interessati all'omissione di un'adeguata attività di vigilanza e custodia dei luoghi dove i rifiuti sono stati abbandonati.*

TAR Emilia R, Pr, Sez. I, 23.5.2013, n. 186

**V.A.S. - giudizio di compatibilità ambientale - sussistenza prima dell'approvazione.**

*Lo scopo della V.A.S. consiste nella verifica degli impatti derivanti sull'ambiente naturale da strumenti urbanistici generali; in particolare, l'aggettivo "strategica" evidenzia*

*l'aspetto caratterizzante dell'istituto, costituito dalla significativa anticipazione della valutazione delle possibili conseguenze ambientali negative dell'azione amministrativa conseguenti alla progettazione e adozione di piani e dei programmi. Tale valutazione ha quindi la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di piani e programmi, assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile. Assicura, inoltre, che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un'equa distribuzione dei vantaggi connessi all'attività economica. Considerato che l'iter di*

*formazione degli strumenti urbanistici si articola, di regola, nelle diverse fasi dell'adozione e dell'approvazione, il giudizio di compatibilità ambientale deve essere compiuto nella fase preparatoria dello strumento di pianificazione. In ogni caso esso deve sussistere prima della relativa approvazione, infatti la giurisprudenza è abbastanza concorde nel ritenere che, ai fini della legittimità dell'atto di approvazione, è sufficiente che la valutazione ambientale strategica degli atti di pianificazione territoriale e di destinazione dei suoli sia effettuata prima dell'approvazione del piano.*

*Tuttavia la posposizione di tale valutazione, non può risolversi in una mera formalità, priva del contenuto sostanziale imprescindibile che la normativa comunitaria e la legislazione nazionale che l'ha recepita hanno inteso attribuirle.*

«.....GA.....»

**PARERI**

Avvocatura dello Stato

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

**DOMANDA**

*Problematiche circa l'affidamento di difesa all'Ufficio Legale interno dell'Autorità Portuale di Genova e non all'Avvocatura dello Stato (Prot. 11/04/2013-161108 P, Avv. Generale dello Stato Michele Dipace - Avv. dello Stato estensore Maurizio Borgo).*

**RISPOSTA**

*Si riscontra la nota del 7.2.2013, prot. n. 5540, con la quale codesta Avvocatura Distrettuale ha sottoposto alle valutazioni della Scrivente la nota dell'Autorità Portuale di Genova del 6.2.2013, prot. n. 2721 con la quale il predetto Ente ha recisamente contestato le tesi sostenute da questo Generale Ufficio in ordine alla organicità ed esclusività del patrocinio c.d. autorizzato dell'Avvocatura dello Stato. Al proposito, si evidenzia come le argomentazioni, svolte dall'Autorità Portuale di Genova, non possano, in alcun modo, essere condivise. In primo luogo, deve evidenziarsi che la sentenza del TAR del Lazio, Sez. III, n. 4640/09, menzionata dal predetto Ente - secondo la quale il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, una volta autorizzato, non opererebbe ex se ma necessiterebbe di una previa istanza dell'Autorità rivolta all'Avvocatura dello Stato - risulta smentita dalla successiva sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 9.2.2010, n. 647 ove si afferma che, anche con riferimento all'ipotesi di patrocinio autorizzato, "non occorre mandato, né deliberazione".*

*A quanto sopra, si aggiunga che non è possibile affermare, come fatto dall'Autorità Portuale di Genova, che i caratteri della organicità ed esclusività siano predicabili, con riferimento al patrocinio autorizzato, ai soli fini di escludere il ricorso ad avvocati del libero foro e non anche a quelli facenti parte dell'Ufficio legale interno dell'Ente. Il carattere della organicità del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato deve essere, infatti, inteso proprio nel senso che fra l'ente patrocinato e l'Avvocatura erariale si instaura una vera e propria immedesimazione; da ciò consegue che anche gli avvocati appartenenti all'Ufficio legale interno, che esercitano lo ius postulandi quali avvocati iscritti all'albo speciale, non possono patrocinare (al pari degli avvocati del libero foro) l'Ente, proprio in ragione dell'autorizzazione concessa a questo ultimo di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (nel senso che la previsione di un ufficio legale all'interno di un ente pubblico (nel caso di specie, una Regione) "non solo non esclude ma è logicamente compatibile con il patrocinio" dell'Avvocatura dello Stato (si veda Corte Appello Campobasso, sentenza 25.10.2012, n. 293). Da ultimo, si segnala che l'istituzione di un Ufficio legale interno non può essere considerato, di per sé, quale "caso speciale" che, ai sensi dell'art. 43, co. 5, del R.D. n. 1611/33, consente di derogare al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; il riferimento, contenuto nella predetta disposizione, deve essere inteso, invece, come riferi-*

to alle singole controversie ovvero anche (come giustamente osservato da codesto Ufficio distrettuale) a categorie di controversie su particolari materie, per le quali l'Autorità Portuale, previo accordo con l'Avvocatura dello Stato, ben potrà adottare la delibera motivata, da sottoporre al Ministero vigilante al fine di non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato. In tale senso, la Scrivente si è già espressa con parere, di cui alla nota del 24.10.2011, prot. n. 332607, reso dal Comitato Consultivo in relazione all'Autorità Portuale di Piombino, osservando che "Nulla osta, tuttavia, a che una tale (sempre necessaria) delibera riguardi non un'unica controversia, bensì un gruppo ben definito e omogeneo di giudizi (casi comunque "speciali"), nell'ipotesi in cui non si possa ricorrere – ad esempio, per impossibilità dell'amministrazione di fornire adeguato supporto, o altre motivate ragioni - agli strumenti "ordinari" individuati negli artt. 2 e 3 del T.U. n. 1611/33. ...Lo strumento della delibera di "carattere generale" potrà dunque essere attivato laddove, in considerazione dell'Autorità giudiziaria dinanzi alla quale i giudizi pendono (natura del Giudice; sua ubicazione), dell'oggetto delle cause (non particolare rilevanza economica e/o giuridica; ripetitività), dei tempi del giudizio, il ricorso a patro-

cinatore privato assicurati in determinati casi e in presenza di peculiari circostanze di fatto (a titolo meramente esemplificativo, la contiguità con l'amministrazione e con il Foro, tali da rendere più celere e agevole l'istruttoria e più facile la presenza in udienza) una più pratica difesa della parte pubblica e si risolve, in ultima analisi, in una soluzione pienamente conforme all'interesse pubblico". Al riguardo è possibile che venga dichiarata, - con riferimento alle controversie pendenti per le quali deve essere escluso il subentro dell'Avvocatura dello Stato nella relativa trattazione - la nullità degli atti processuali sottoscritti dagli avvocati dell'Ufficio Legale dell'Autorità Portuale di Genova, per carenza di ius postulandi (cfr., in tale senso, ma con riferimento al mandato conferito dall'Autorità Portuale di Gioia Tauro ad un professionista del libero foro, CdS, VI, 12.11.2009, n. 5653). Il presente parere - in ordine al quale è stato sentito il Comitato Consultivo che, nella seduta del 5.4.2013, si è espresso in conformità - viene esteso, per conoscenza, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, cui è attribuita la vigilanza sulle Autorità Portuali, ai fini delle valutazioni di competenza. L'Avvocato Generale dello Stato, Michele Dipace - Avvocato dello Stato Estensore Maurizio Borgo.

«.....GA.....»

# UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **IN ITALIA SONO PRESENTI 3.764.236 CITTADINI NON COMUNITARI REGOLARI**

Al 1.1.2013, in base ai dati forniti dal Ministero dell'Interno, sono regolarmente presenti in Italia 3.764.236 cittadini non comunitari. L'Istat nel comunicato fornito in data odierna precisa inoltre che tra il 2012 e il 2013 il numero di cittadini non comunitari regolarmente soggiornanti è aumentato di circa 127 mila unità. I paesi di cittadinanza più rappresentati sono Marocco (513.374), Albania (497.761), Cina (304.768), Ucraina (224.588) e Filippine (158.308). I minori presenti in Italia rappresentano il 24,1% degli stranieri non comunitari regolarmente soggiornanti, mentre nel 2012 essi costituivano il 23,9%. Continua a crescere la quota di soggiornanti di lungo periodo (passano da 1.896.223 nel 2012 a 2.045.662 nel 2013) che costituiscono la maggior parte dei cittadini non comunitari regolarmente presenti (54,3%). La quota di soggiornanti di lungo periodo sul totale è particolarmente elevata nelle regioni del Centro-Nord. Netta è stata la diminuzione di nuovi ingressi di cittadini stranieri non comunitari: durante il 2012 sono stati rilasciati 263.968 nuovi permessi, quasi il 27% in meno rispetto all'anno precedente. La diminuzione dei nuovi arrivi ha interessato gli uomini (-33%) più delle donne (-19,5%). Si riducono notevolmente i nuovi permessi rilasciati per lavoro (-43,1%); si contraggono, anche se in misura minore (-17%), le nuove concessioni per famiglia. I permessi rilasciati per asilo e motivi umani-

tari, passano da 42.672 nel 2011 a 22.916 nel 2012. Nel 2012 hanno rappresentato l'8,7% dei nuovi flussi, mentre l'anno precedente erano il 16,2% del totale.. Per ulteriori informazioni cliccare sul portale [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (ISTAT, comunicato del 30.7.2013).

«..... GA.....»

### **ANTITRUST AVVIA UN'ISTRUTTORIA NEI CONFRONTI DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE PER POSSIBILE RESTRIZIONE DELLA CONCORRENZA**

Con una circolare sulle tariffe minime e un parere sui siti internet che propongono prestazioni professionali con compensi ridotti avrebbe limitato l'autonomia dei singoli professionisti, questo emerge dal Comunicato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha deciso di avviare un'istruttoria per verificare se il Consiglio Nazionale Forense abbia messo in atto due distinte intese finalizzate a limitare l'autonomia dei singoli avvocati nella determinazione dei compensi e nella ricerca di nuova clientela. Alla base della decisione dell'Antitrust due distinti comportamenti messi in atto dal CNF: 1) la pubblicazione, sul sito istituzionale del Consiglio, delle tariffe ministeriali, ormai abrogate, accompagnate da una circolare emanata nel 2006 in base alla quale l'avvocato che richiede un compenso inferiore al minimo tariffario può comunque essere sanzionato in base al codice

deontologico. Secondo l'Autorità il comportamento del CNF non troverebbe giustificazione neanche nei 'parametri' citati dall'articolo 13 della riforma forense del 2012 visto che tali parametri non possono comunque trasformarsi in tariffe minime obbligatorie. 2) il parere n. 48/2012 reso dal Consiglio in base al quale l'utilizzo, da parte degli avvocati, di siti internet che propongono ai consumatori associati sconti sulle prestazioni professionali, confligge con il divieto di accaparramento della clientela sancito dall'art. 19 del codice deontologico forense. Secondo l'Antitrust tale parere, inibendo l'impiego di un nuovo canale di distribuzione e stigmatizzando l'offerta di servizi incentrata sulla convenienza economica, potrebbe essere idoneo a limitare la concorrenza tra professionisti. Il parere era stato rilasciato a proposito della piattaforma Amica Card, circuito a disposizione di aziende e professionisti (tra cui avvocati) che intendono promuovere i propri servizi tramite internet, a fronte del pagamento di un canone mensile; i consumatori-utenti, sottoscrivendo (gratuitamente o a pagamento) la tessera AmicaCard, possono acquistare, a condizioni agevolate, i servizi reclamizzati sul circuito direttamente dai professionisti ad esso aderenti. L'istruttoria dovrà concludersi entro il 31.10.2014. Per accedere alla pagina web ed approfondire l'argomento cliccare sul portale [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 30.7.2013**).

«..... GA.....»

**L'ERASMUS DIVENTA PLUS, DAL 2014 SI AMPLIANO LE OPPORTUNITÀ PER STUDENTI UNIVERSITARI, SCUOLE PROFESSIONALI, MA ANCHE FOR-**

## **MATORI, INSEGNANTI, TIROCINANTI E GIOVANI LAVORATORI**

Si chiamerà Erasmus plus o Erasmus +, avrà un budget di circa 16 miliardi di euro e sosterrà per 7 anni, dal 2014 al 2020, le attività di mobilità e cooperazione per oltre 4 milioni di persone. L'accordo sul Nuovo programma europeo a supporto dell'istruzione, la formazione, gioventù e sport è stato annunciato dalla Presidenza irlandese e ha ricevuto il via libera 'formale' dal recente Consiglio europeo del 27 e 28 giugno, durante il quale i capi di Stato e di governo dei Ventisette hanno stabilito che il programma "dovrà essere pienamente operativo da gennaio 2014".

Il Dipartimento delle Politiche Europee precisa che Erasmus + riunisce in un unico programma attività precedentemente oggetto di una serie di programmi separati e comprende anche azioni nel nuovo settore di competenza europea, lo sport. Nello specifico saranno finanziate opportunità di studio, formazione, insegnamento e volontariato internazionali. Destinatari del programma saranno studenti universitari e delle scuole professionali, ma anche formatori, insegnanti, tirocinanti e giovani lavoratori. Erasmus, che ha spento 25 candeline nel 2012, è uno dei fiori all'occhiello dell'Unione Europea, uno straordinario programma di mobilità che ha permesso a più di 230mila studenti ogni anno di muoversi e studiare in un Paese UE diverso dal proprio. Ora, con Erasmus +, le aspettative si alzano: secondo le prime proiezioni, il numero di persone che riceverà una borsa di studio dall'UE sarà quasi il doppio rispetto al passato, moltiplicando così le opportunità di formazione e di lavoro per i giovani europei. Per accedere alla pagina web ed approfondire l'argomento cliccare sul portale [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (**Presidenza del Consiglio dei Ministri, 3.7.2013**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# L'EQUILIBRIO "RINFORZATO" DEI BILANCI PUBBLICI

della Dott.ssa Rosa Valicenti

*La l. n. 243 del 24.12.2012 (c.d. legge rinforzata), dispone l'attuazione dei principi costituzionali di equilibrio dei bilanci pubblici, introdotti dalla legge cost. n. 1 del 2012 in relazione ai diversi livelli di governo, definendo le regole sostanziali e i meccanismi di controllo in base ai parametri europei.*

Law n. 243 of 24.12.2012 (so-called reinforced law), provides execution of the constitutional principles about balanced budget, required by constitutional law n. 1 of the 2012, in reference to different levels of government, defining substantial rules and control mechanisms based on european parameters.

*Sommario: 1. L'art. 81 e le regole di bilancio. 2. Il patto di stabilità e crescita e le regole di bilancio europee. 3. La riforma costituzionale e la legge di attuazione. 4. La riserva di legge costituzionale e la riserva di legge "rinforzata". 5. Le regole sostanziali. 5.1 Le regole per il complesso della P.A.: l'equilibrio di bilancio, la sostenibilità del debito e le regole sulla spesa. 5.2. Le regole per Regioni ed enti locali: pareggio di bilancio, golden rule, vincoli sulla spesa, concorso all'equilibrio generale dell'intera P.A.. 5.3 La regola per gli Enti pubblici non territoriali: pareggio di bilancio. 5.4 Le regole per lo Stato: equilibrio di bilancio, debito sostenibile e vincolo sulla spesa. 6. Meccanismi e controlli per assicurare l'effettività delle regole. 6.1 Verifica ex post e misure di correzione e monitoraggio. 6.2 Introduzione di un organismo di controllo indipendente: l'Ufficio Parlamentare di bilancio. 6.3 Controllo della Corte dei Conti. 6.4 Ruolo della Corte costituzionale. 7. Riflessioni conclusive.*

Il 24.12.2012 è stata approvata la c.d. legge rinforzata, recante *Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, co. 6 della Costituzione* (G.U. n.12 del 15.1.2013), che entrerà in vigore l'1.1.2014.

A tali norme è stato affidato il compito di attuare e riempire di contenuto i principi (necessariamente ampi e generali) già introdotti dalla recente revisione costituzionale degli articoli 81, 97, 117 e 119 della Carta fondamentale da parte della legge cost. n. 1 del 2012, individuando le regole di bilancio di carattere sostanziale.

### **1.L'art. 81 e le regole di bilancio.**

Fino alla recente riforma la Costituzione italiana non conteneva, quantomeno in ma-

niera esplicita, principi di carattere sostanziale, né tantomeno regole precise in relazione agli obiettivi ed equilibri di finanza pubblica. L'art. 81, relativo al bilancio dello Stato, ha ricevuto differenti interpretazioni nel corso degli anni ed è stato oggetto di un certo dibattito soprattutto negli anni cinquanta. In base ad un orientamento più rigoroso il co. 4, (*ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*), sarebbe stato inserito dai Costituenti allo scopo di salvaguardare l'equilibrio del bilancio dello Stato e da ciò si desumeva quindi, in via interpretativa, il riferimento a un principio sostanziale di equilibrio del bilancio<sup>1</sup>. Secondo

<sup>1</sup> Per la tesi che riteneva potersi rinvenire il principio del pareggio tendenziale di bilancio da una interpreta-

altro orientamento, basato su un'interpretazione letterale del dettato normativo, il co. 4 si limiterebbe a prescrivere il *c.d. pareggio del saldo incrementale*<sup>2</sup>. L'obbligo della copertura finanziaria delle leggi di spesa (distinte e successive rispetto alla legge di bilancio), sarebbe stato introdotto al fine di preservare l'equilibrio tra entrate e uscite deciso nella legge di bilancio ma nulla vietava che tale equilibrio potesse essere conseguito mediante ricorso a entrate derivanti dal ricorso al mercato (cioè dall'indebitamento).

A partire dagli anni Sessanta, ha prevalso, sia in dottrina sia nella giurisprudenza costituzionale, un'interpretazione della norma che, utilizzando argomentazioni giuridiche di carattere formale, ha ritenuto non riscontrabili vincoli di carattere contenutistico rispetto all'equilibrio finanziario da perseguire, ma esclusivamente limiti di carattere procedurale, lasciando piena discrezionalità al Governo e al Parlamento circa la possibilità e l'entità del ricorso all'indebitamento per finanziare la

---

zione rigorosa del comma 4 si vedano: G. PELLA, *Il quarto comma dell'art. 81 della Costituzione della Repubblica*, in Comitato Nazionale per la celebrazione del primo decennale della Costituzione, *Studi sulla Costituzione*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1958, p. 511; recentemente C. FORTE, *La riforma del bilancio in Parlamento*, Napoli, Ed. Scient. 1992, 107; G. BOGNETTI *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit*, in *Nomos*, 3, 2008; L. GIANNITI, *Il pareggio di bilancio nei lavori della Costituente*, 2011. Secondo una interpretazione che ha utilizzato argomentazioni giuridiche di carattere formale, non sono riscontrabili vincoli di carattere contenutistico rispetto all'equilibrio finanziario ma esclusivamente limiti di carattere procedurale, che lasciano piena discrezionalità al Governo e al Parlamento circa l'an e il quantum del ricorso all'indebitamento per finanziare la spesa pubblica. In tal senso S. BUSCEMA, *Bilancio*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, p. 398; A. MACCANICO, *L'art. 81 della Costituzione nel sistema delle garanzie costituzionali della spesa pubblica*, in Comitato Nazionale per la celebrazione del primo decennale della Costituzione, *Studi sulla Costituzione*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1958, p. 546; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 159; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Il mulino, 1996, p. 94; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 115; G. RIVOCCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione Italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007, p. 221.

<sup>2</sup> M. LECCISOTTI, A. PEDONE, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 65.

spesa pubblica<sup>3</sup>.

A partire dagli anni Ottanta si sono registrati svariati tentativi di revisione dell'art. 81, con l'obiettivo di introdurre limiti e regole di tipo procedurale e sostanziale, allo scopo di porre un freno al progressivo deterioramento dei conti pubblici<sup>4</sup>. Dall'esame delle diverse proposte che presentavano contenuti e soluzioni assai diverse è possibile desumere che, in generale è stata avvertita da diversi anni l'esigenza di porre regole e vincoli procedurali e sostanziali più stringenti a livello costituzionale, allo scopo di limitare la discrezionalità del Parlamento e del Governo in ordine alle decisioni finanziarie<sup>5</sup>.

## 2. Il patto di stabilità e crescita e le regole europee.

Nella seconda metà degli anni Novanta la questione delle regole dei bilanci pubblici è stata affrontata, a livello europeo, ai fini della convergenza delle economie dei Paesi aderenti all'unione monetaria. Il Consiglio europeo di Amsterdam del 15.6.1997 ha approvato il Patto di Stabilità e di crescita che, in adempimento dei principi introdotti dal Trattato di Maastricht e dal Protocollo sui disavanzi eccessivi, ha introdotto regole di tipo numerico in relazione al disavanzo di bilancio e al debito pubblico dei paesi membri e rappresenta, tuttora, lo strumento di coordinamento dei conti pubblici dei paesi dell'area Euro<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Sentenza Corte Cost. n. 1 del 1966 che ha ammesso il ricorso all'indebitamento per la copertura delle spese, rilevando che l'approvazione con la legge di bilancio di un equilibrio tra entrate e spese, non esclude l'ipotesi di un disavanzo.

<sup>4</sup> Si fa riferimento alla Commissione bicamerale Bozzi nella IX legislatura (Atto C. S. n. 3 presentato il 29.1.1985); al disegno di legge costituzionale A.S. 2974 (Andreotti-Martinazzoli) presentato il 7.7.1985 durante la X legislatura; alle proposte della Commissione bicamerale Iotti - De Mita (A. C. 3597 e A. S. 1789 presentato 11.1.1994) durante la XI legislatura; la Commissione bicamerale D'Alema (A. C.S. 3931-A e 2583-A presentato il 4.11.1997) durante la XIII legislatura;

<sup>5</sup> Per un più puntuale esame delle proposte elaborate sia consentito rinviare a R. VALICENTI, *Pareggio di bilancio e Costituzione* in *Gazzetta amministrativa* n. 4, 2011 p. 173.

<sup>6</sup> Il Patto di Stabilità e Crescita, che dal 1997 ha costituito lo strumento di coordinamento dei conti pubblici dei paesi dell'area Euro, è stato modificato nel 2005 e,

Le regole fiscali europee risultano molto differenti dagli scarni principi, peraltro desumibili solo in via interpretativa dall'art. 81 cost. In primo luogo presentano natura quantitativa e numerica e hanno ad oggetto parametri precisi (l'indebitamento netto e lo stock di debito pubblico) considerati in relazione al PIL (disavanzo di bilancio inferiore al 3% del PIL e debito inferiore al 60% del PIL). In secondo luogo, il rispetto dei parametri previsti è valutato a consuntivo, cioè sui risultati effettivamente conseguiti e non soltanto sulla previsione iniziale di bilancio. Terza fondamentale differenza è che l'ambito soggettivo di applicazione della regola è costituito dall'intera pubblica amministrazione e non soltanto dallo Stato che costituisce solo uno dei livelli di governo. Ulteriore sostanziale distinzione è costituita dalla previsione di specifiche sanzioni in caso di mancato conseguimento dei parametri previsti.

A seguito dell'introduzione delle regole europee mediante i regolamenti comunitari che hanno efficacia diretta nell'ordinamento nazionale, la discussione interna sull'ipotesi di modifica dell'art. 81 ha perso valore e si è spostata sulla questione del rapporto tra norme costituzionali e norme europee sulla finanza pubblica<sup>7</sup>.

Nel 2009, a causa della crisi economica e finanziaria dei paesi europei, è stato intrapreso a livello comunitario un dibattito per la predisposizione di un nuovo quadro di *governance* economica dell'UE<sup>8</sup>. All'interno di tale

---

soprattutto negli anni 2010 - 2011 (semestre europeo, patto *euro plus*, *six pack*, *fiscal compact*) in seguito alla crisi economica finanziaria del 2009. Per un approfondimento sul Patto di Stabilità e di Crescita, sui suoi fondamenti teorici, sui vantaggi e le criticità si rinvia a G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007, p. 380; si vedano, inoltre, G. DELLA CANANEA, *Il patto di Stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. Dir. Fin. e Scien. Fin.*, 4, 2001.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione approfondita sul dibattito della dottrina si rinvia a N. LUPO "Costituzione e bilancio" LUISS, Roma 2007, p. 9.

<sup>8</sup> Cfr. R. BIFULCO *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione* in *Rivista Aic*, 2012, p. 4; R. MICCÙ, *Costituzionalizzare l'Economia all'epoca della crisi*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica* a cura di F. ANGELINI, M. BENVENUTI, Napoli, Jovene 2012; G. NAPOLITANO *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della Go-*

discussione si è proceduto alla definizione di regole sostanziali più rigorose e di procedure di coordinamento più stringenti e, in tale contesto, si è segnalata l'esigenza di una espressa previsione, in ciascun ordinamento nazionale, di regole interne volte ad assicurare con maggiore coerenza il rispetto dei parametri fissati dall'Unione europea.

Sino a quel momento le disposizioni europee non avevano mai espressamente previsto l'obbligo di recepire normativamente negli ordinamenti nazionali i limiti relativi al disavanzo e al debito fissati a livello europeo, ma avevano lasciato ai governi degli stati membri la responsabilità circa il perseguimento di tali obiettivi, prevedendo procedure sanzionatorie che si sono rivelate poco efficaci.

Di fatto, l'esperienza degli ultimi anni (in particolare il caso della Grecia) ha evidenziato la insufficienza dell'adozione di disposizioni normative a livello europeo per l'effettivo coordinamento delle politiche di bilancio dell'UEM. In tale ottica il "*Patto euro plus*" ha previsto l'impegno degli Stati aderenti a recepire nell'ordinamento interno le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita. Sotto il profilo dello strumento giuridico da adottare, l'accordo lascia agli Stati membri la facoltà di scelta ma richiede espressamente che ne venga assicurata la natura vincolante e sufficientemente forte, citando ad esempio la norma costituzionale o, in alternativa, la normativa quadro. È in tutti i modi espressamente richiesto l'utilizzo di norme sovraordinate nella gerarchia delle fonti nazionali rispetto alla legge ordinaria.<sup>9</sup>

Con la *direttiva sui quadri nazionali di bilancio*, inoltre, si è previsto l'obbligo di inse-

---

*vernance economica europea* in *Uscire dalla crisi*, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, Il Mulino, 2012; G.L. TOSATO *L'impatto della crisi sulle istituzioni dell'Unione*, in *Il fiscal Compact*, Roma, Edizioni nuova cultura 2012; R. VALICENTI *L'adeguamento della legge di contabilità e finanza pubblica alla nuova "governance economica europea"* in *Gazzetta Amministrativa* n. 3, 2011, p. 185.

<sup>9</sup> Accordo internazionale tra i Capi di Stato o di governo della zona euro sottoscritto l'11.3.2011 e recepito dal Consiglio europeo del 24-25 marzo, cui hanno aderito anche alcuni paesi non euro. Sotto il profilo giuridico, non ha in sé natura vincolante ma costituisce un impegno politico per ciascun Paese aderente al Patto.

rire negli ordinamenti nazionali “regole numeriche”, non soltanto “principi” di equilibrio, per assicurare l’osservanza degli obblighi in materia di bilancio fissati dal Trattato e modalità di controllo effettivo e tempestivo eseguito da organismi indipendenti o comunque dotati di autonomia funzionale rispetto alle autorità nazionali di bilancio (art. 6).<sup>10</sup>

Da ultimo, il *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla Governance dell’UE* (c.d. *Fiscal Compact*) ha previsto il recepimento negli ordinamenti nazionali delle regole fiscali europee “tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente - preferibilmente costituzionale” (art. 3 par. 2). Alla Corte di Giustizia è stata, inoltre, affidata la competenza a valutare, ed eventualmente sanzionare, il mancato adeguamento dell’ordinamento interno alle regole europee (art. 8 co. 2 *Fiscal compact*).<sup>11</sup>

Nessuna delle fonti citate ha richiesto in maniera perentoria l’adozione di modifiche di livello costituzionale, ma ha lasciato al legislatore nazionale, in base allo specifico sistema delle fonti interne, la scelta dello strumento giuridico-normativo ritenuto opportuno, purché di *natura vincolante e sufficientemente forte*, in grado di assicurare l’effettivo rispetto delle regole previste dal Patto di stabilità e di Crescita.

### 3. La riforma costituzionale e la legge di attuazione.

Nel 2011, in un contesto caratterizzato da crisi economica, instabilità dei mercati finanziari e incremento dei tassi di interesse del debito pubblico, il governo italiano ha presentato il disegno di legge costituzionale per l’introduzione del principio del “pareggio di

*bilancio*”.<sup>12</sup>

La scelta dello strumento giuridico della revisione costituzionale è sembrata opportuna, non essendo nel nostro ordinamento previste leggi organiche o di sistema, sovraordinate rispetto alle leggi ordinarie, come in altri contesti europei<sup>13</sup>. L’iter legislativo della riforma costituzionale e delle successive norme di attuazione è stato caratterizzato da inusuale velocità della discussione parlamentare (nonostante le procedure aggravate), da uno scarso dibattito di carattere pubblico e da una risonanza alquanto inesistente sulla stampa e sui mezzi di informazione<sup>14</sup>. Le motivazioni di tale celerità sono in parte da ricercare nella necessità di contrastare i turbolenti andamenti dei mercati finanziari e in parte nella scarsa consapevolezza circa la rilevanza di un complesso di norme destinate ad incidere in maniera sostanziale sui processi di decisione fi-

<sup>12</sup> Il disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 8.9.2011 divenuto Atto Camera 4620 del 2011. Nella medesima legislatura sono state avanzate altre proposte di iniziativa parlamentare, con analogo oggetto: A.C. 4250, A.C. 4525, A.C. 4526, A.C. 4594, A.C. 4607, A.C. 4596, A.C. 4646. La discussione di tali proposte è stata abbinata a quella del disegno di legge presentato dal Governo.

<sup>13</sup> In senso critico rispetto alla scelta dello strumento della revisione costituzionale si veda M. LUCIANI *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *www.astrid-online.it*, 6.2.2013, p. 22.

<sup>14</sup> In tal senso si veda BRANCASI, *L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, sul sito *www.forumcostituzionale.it*, 2012 che osserva, in maniera critica, che “la Costituzione è cosa molto delicata, da maneggiare con cura e con attenta riflessione e che, principalmente, mal si presta ad operazioni cui i governi e i Parlamenti si accingano sotto la spinta dei mercati”; nello stesso senso D. CABRAS, *Il pareggio di bilancio in Costituzione: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica* nella stessa rivista, 27.1.2012, osserva che “L’iter parlamentare accelerato del provvedimento è dipeso dalla grave crisi economica e finanziaria internazionale in corso e dalla volontà di fornire un’immagine solida ed affidabile del Paese, come richiesto anche dai partner europei (v. *Patto euro plus del 25.3.2011*), a partire dalla Germania”; R. PEREZ, *Dal bilancio in pareggio all’equilibrio tra entrate e spese* in *Giornale di diritto amministrativo* n. 10, 2012, p. 929, osserva che “sorprende la rapidità con cui una LC di tale rilevanza è stata approvata. Questa velocità è derivata dalla necessità – chiarissima nella discussione parlamentare - di dare una risposta immediata e precisa ai mercati finanziari”.

<sup>10</sup> Direttiva del Consiglio relativa ai requisiti sui quadri di bilancio n. 2011/85/UE.

<sup>11</sup> Si tratta di un Accordo di diritto internazionale sottoscritto tra 25 stati membri dell’UE il 2 marzo 2012. Non è stata possibile la sottoscrizione con metodo comunitario, a causa della opposizione di Gran Bretagna e Repubblica Ceca. Sulla legittimità di tale trattato sono stati avanzati dubbi, per una ricostruzione delle problematiche connesse si rinvia a G.L. TOSATO *L’impatto della crisi sulle istituzioni dell’Unione*, op. cit. p. 15; R. Miccù, *Costituzionalizzare l’Economia all’epoca della crisi*, op. cit. p.567.

nanziaria, sulle politiche di bilancio nazionali, sull'assetto delle relazioni tra i diversi livelli di governo e, in definitiva, sui diritti dei cittadini<sup>15</sup>. La legge costituzionale n. 1 del 2012 ha introdotto principi di carattere generale riguardanti i bilanci delle pubbliche amministrazioni e non precise regole fiscali di carattere numerico o quantitativo, rinviando la definizione dei contenuti di tali principi ad una successiva legge di attuazione da approvare con maggioranze rinforzate e comunque in conformità all'ordinamento comunitario.

I meccanismi introdotti sono rivolti a rendere maggiormente vincolanti e cogenti regole sostanziali in parte già esistenti nell'ordinamento europeo (e quindi direttamente efficaci nell'ordinamento interno), ma anche regole nuove e più severe (come i vincoli sulla spesa).

Anticipando brevemente il contenuto della presente riflessione, è possibile affermare che tali disposizioni rendono ancor più evidente il processo di cessione della sovranità nazionale nella materia della politica di bilancio - tradizionalmente riservata agli Stati nazionali - in favore del livello di governo europeo, come già avvenuto negli anni novanta in relazione alla sovranità sulla politica monetaria<sup>16</sup>.

La l. n. 243 del 24.12.2012 ha disposto le norme di attuazione della riforma costituzionale, individuando il contenuto dei principi di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito. L'esame delle disposizioni normative della legge c.d. rinforzata sarà condotto allo scopo principale di individuare i principali elementi di novità introdotti dalla riforma costituzionale e dalla recente legge di attuazione, in conformità a quanto disposto in sede europea.

#### **4. La riserva di legge costituzionale e la riserva di legge "rinforzata".**

Una prima rilevante innovazione si apprezza sotto il profilo formale e consiste nel rafforzamento dei principi e delle regole fondamentali della finanza pubblica, nell'ambito

del sistema delle fonti normative<sup>17</sup>.

Le motivazioni che hanno condotto a tale scelta sono da ricercare, come già evidenziato, nella esigenza emersa soprattutto in sede europea, di definire un nucleo stabile di principi e di regole, sottratti alla libera e mutevole disponibilità della decisione politica dei governi e dei parlamenti nazionali.

Il legislatore nazionale ha così affidato a norme di carattere costituzionale e ad una legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi membri, il compito di individuare rispettivamente i principi e le regole fondamentali in materia di finanza pubblica.

Tali regole sarebbero per larga parte già direttamente operanti nell'ordinamento nazionale, ma la recente riforma ha inteso conferire loro una struttura sistematica e coordinata e, al contempo, dotarli di una maggiore forza (in parte costituzionale e in parte rafforzata) e una più elevata resistenza rispetto alle ordinarie leggi di spesa.

In precedenza si era discusso circa la peculiare natura della legge di contabilità pubblica rispetto alle altre leggi ed era stata posta, da parte di alcuni autori, l'esigenza di riconoscere a tali norme una particolare resistenza passiva nei confronti delle leggi equiordinate<sup>18</sup>.

In realtà, sul piano formale la l. 196/2009 ma anche la 468/1978 sono state qualificate come leggi ordinarie e, come tali, continua-

<sup>17</sup> N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, Relazione al Convegno "Costituzione e pareggio di bilancio", tenutosi il 18.5.2012 alla Luiss Guido Carli, in corso di pubblicazione ne *Il Filangieri. Quaderno 2011*, Napoli, Jovene, 2012, reperibile al sito [www.astroid.eu](http://www.astroid.eu).

<sup>18</sup> G. VEGAS, *Il nuovo bilancio pubblico, il Mulino*, 2010, p. 52, sostiene che "... la legge di contabilità, ancorché introdotta nell'ordinamento giuridico secondo le modalità ordinarie di approvazione parlamentare.... non può essere derogata se non in particolari condizioni da una fonte equiordinata... non ogni legge posteriore riveste idonee caratteristiche per poter disporre modifiche o abrogazioni della legge di contabilità. Le modifiche possono essere attuate infatti esclusivamente da quelle che non la applicano direttamente. Ciò significa che essa può essere modificata da una legge che si ponga direttamente l'obiettivo della sua variazione, ma non in una normale legge di spesa o di entrata o da parte della legge di bilancio o da quella di stabilità. In sostanza la legge di contabilità fa parte della categoria delle leggi sulla formazione delle leggi."

<sup>15</sup> I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi*, sulla rivista *Costituzionalismo.it*, 2012.

<sup>16</sup> N. D'AMICO, *I rapporti tra la nuova legge costituzionale e il Fiscal Compact*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 10 del 2012 p. 937.

mente modificate e derogate da leggi e, molto spesso, da decreti legge successivi.

Il nuovo articolo 81 cost. al sesto comma prevede che: *il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.*

La norma contiene una riserva di legge costituzionale, per quanto attiene ai principi, nonché una riserva di legge da approvare a maggioranza assoluta (c.d. legge rinforzata) per quanto riguarda il contenuto fondamentale della materia.

Sotto il profilo della gerarchia delle fonti, dunque, i principi e le norme fondamentali della contabilità pubblica risultano in larga parte affidati, oltre che alle norme costituzionali (art. 81, 97, 119), alla legge di rango costituzionale (art. 5 l. 1/2012) e alla legge approvata a maggioranza rinforzata (l. 243/2012)<sup>19</sup>.

Le fonti in esame sono inderogabili da parte della legislazione ordinaria (e quindi anche dalla decretazione d'urgenza e delegata) in

<sup>19</sup> L'art. 5 coo. 1-3 della l. cost. n. 1 del 2012 riserva, in particolare, al peculiare strumento della legge rinforzata la competenza a disciplinare, per il complesso delle pubbliche amministrazioni: a) le verifiche preventive e consuntive sugli andamenti di finanza pubblica; b) l'accertamento delle cause degli scostamenti rispetto alle previsioni; c) l'intervento con misure di correzione; d) la definizione delle gravi situazioni che consentono il ricorso all'indebitamento; e) le regole sulla spesa a salvaguardia degli equilibri di bilancio e per assicurare la riduzione del debito pubblico; f) l'istituzione presso le Camere di un organismo indipendente con compiti di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio; g) le modalità attraverso le quali lo Stato, nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali; l'art. 5 prevede, inoltre, che la legge rinforzata debba disciplinare: a) il contenuto della legge di bilancio dello Stato; b) la facoltà degli enti territoriali di ricorrere all'indebitamento; c) le modalità attraverso le quali i citati enti territoriali concorrono alla sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni.

base al meccanismo della riserva di legge ed al criterio gerarchico. Tale materia, nei limiti individuati dall'art. 81 co. 6 e dall'art. 5 della l.cost. 1/2013, non può essere regolata con legge ordinaria in quanto coperta da una "riserva di legge costituzionale" e da una "riserva di legge rinforzata".

In particolare, la legge rinforzata è stata configurata dalla dottrina quale fonte "super-primaria"<sup>20</sup> e quale norma interposta nei giudizi di costituzionalità, per violazione dell'art. 81.<sup>21</sup> Sotto il profilo della forma di governo sono introdotti limiti formali e sostanziali rispetto al potere dell'Esecutivo e del Parlamento in materia di decisione finanziaria, ciò comporta una modifica dei meccanismi di funzionamento della democrazia e, in particolare, un cambiamento di ruolo della mediazione politica nazionale nella decisione dell'utilizzo delle risorse comuni<sup>22</sup>.

### 5. Le regole sostanziali.

Sotto il profilo sostanziale, la l. 243 definisce i contenuti di tre fondamentali regole di bilancio individuate dalle norme costituzionali:

- 1) equilibrio di bilancio
- 2) sostenibilità del debito pubblico
- 3) regole sulla spesa

La valenza innovativa attiene non tanto al contenuto delle regole di bilancio, che dovrebbero già in larga misura ritenersi operanti

<sup>20</sup> M. PASSALACQUA, *Pareggio di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 12; esprime qualche dubbio al riguardo di tale qualificazione R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della l. 24.12.2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 6/2013. L'Autore ne sottolinea "la competenza riservata e limitata per diretta volontà costituzionale. allo scopo di evitare di comprimere il rilievo del principio maggioritario di cui all'art. 64 co.3 cost. che qualifica il procedimento legislativo ex art. 72 come ordinario nell'ambito della forma di governo in vigore.

<sup>21</sup> G. SCACCIA "La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio" in *Rivista AIC*, n. 3, 2012 su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>22</sup> R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione*, op. cit., p. 5; N. D'AMICO, *I rapporti tra la nuova legge costituzionale e il Fiscal Compact*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 10 del 2012 p. 937.

all'interno dell'ordinamento nazionale in forza dell'integrazione tra ordinamento interno e ordinamento europeo, ma alla loro sistematizzazione ed esplicitazione e alla previsioni di strumenti e meccanismi applicativi volti ad assicurare alle medesime una maggiore coerenza e forza vincolante.

La maggiore coerenza e precisione delle regole sostanziali e la definizione di procedure applicative e di controlli più efficaci dovrebbe portare a conseguire quei risultati di bilancio (in termini di disavanzo, di debito pubblico e di spesa) che negli anni precedenti (nonostante il Patto di Stabilità e Crescita) non sono stati raggiunti in molti dei paesi dell'area Euro.

Tali parametri, purtroppo, diventano ancora più difficili e pesanti da conseguire (in termini di costi sociali per la riduzione dei servizi ai cittadini e alle imprese) a causa dell'andamento recessivo dell'economia. Per l'Italia desta particolare preoccupazione la difficoltà di conseguimento dei parametri sul debito pubblico<sup>23</sup>.

Sotto il profilo costituzionale si evidenzia una particolare tensione tra le norme di rigore introdotte (ed ora in fase di attuazione) e la parte prima della Carta, dedicata alla garanzia e tutela dei diritti civili e sociali dei cittadini<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Nel triennio 2011- 2013 secondo il Documento di Economia e Finanza (nota di aggiornamento al DEF del settembre 2012) si è registrato un miglioramento del disavanzo, cioè del saldo dell'indebitamento netto strutturale (-3,6 nel 2011; -0,9 nel 2012; 0,2 nel 2013) al di sotto del parametro del 3% previsto dal PSC e vicino al pareggio di bilancio; Il livello del debito pubblico risulta invece molto lontano dal parametro del 60% (del PIL) previsto in sede europea. Nel triennio 2011-2013 si è registrato un incremento da 1.907.748 milioni di euro (120,7% del PIL) del 2011 a 2.010.744 milioni (127% del PIL) del 2013.

<sup>24</sup> Sul tema cfr. I. CIOLLI *I diritti sociali al tempo della crisi*, sulla rivista *Costituzionalismo.it*, 2012. Con riferimento all'introduzione della nuova regola di bilancio in Germania R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, op.cit.: "Per la volatilità delle vicende finanziarie che condiziona gli obiettivi da raggiungere e rende anche difficile l'individuazione delle misure per conseguirli. Si tratta di obiettivi fondati su congiunture, destinate a durare nel tempo, per un periodo limitato. Essi sono influenzati da teorie economiche, a loro volta collegate agli andamenti incerti e mutevoli dell'economia, da lasciare, per questa loro

Sotto il profilo economico, si segnala un forte contrasto teorico circa il maggior o minor peso da attribuire alla questione della sostenibilità del debito e dell'equilibrio dei bilanci, soprattutto nei periodi di bassa crescita o di recessione, rispetto alle esigenze di sostegno allo sviluppo<sup>25</sup>.

In disparte questi profili, per i quali si rinvia ad una diversa sede di riflessione,<sup>26</sup> e tornando alla legge 243, i principi e le regole di bilancio sono definiti in relazione a quattro dimensioni istituzionali distinte, seppur tra loro connesse:

- il complesso delle Amministrazioni Pubbliche (art. 97 cost. e capo II e III della l. 243), inteso come aggregato di tutte le pubbliche amministrazioni (Stato, Regioni, enti territoriali e non territoriali), come conto consolidato della PA;
- le Regioni e degli Enti locali, (art. 119 Cost. e capo IV l. 243) intesi in una dimensione singola (artt. 9 e 10 della legge 243) e in una dimensione aggregata (art. 12 legge 243)
- gli Enti pubblici non territoriali (art. 97 e capo V l. 243) intesi nella dimensione singola;
- lo Stato (art. 81 e capo VI, l. 243) come ente singolo.

*variabilità alla legislazione ordinaria, correndo altrimenti il rischio di consegnare alla Costituzione una visione limitata della politica economica, bisognosa di una costante revisione".*

<sup>25</sup> Nella Lettera di 8 Nobel a Obama: «Contrari» al pareggio bilancio, in astrid-online.it, in riferimento all'introduzione del pareggio di bilancio nella Costituzione degli Stati Uniti, si legge che: "un emendamento sul pareggio di bilancio avrebbe effetti perversi in caso di recessione. Nei momenti di difficoltà economica diminuisce il gettito fiscale e aumentano alcune spese tra cui i sussidi di disoccupazione. Questi ammortizzatori sociali fanno aumentare il deficit, ma limitano la contrazione del reddito disponibile e del potere di acquisto. Chiudere ogni anno il bilancio in pareggio aggraverebbe le eventuali recessioni.... (omissis)...nell'attuale fase dell'economia è pericoloso tentare di riportare il bilancio in pareggio troppo rapidamente. I grossi tagli di spesa e/o gli incrementi della pressione fiscale necessari per raggiungere questo scopo, danneggerebbero una ripresa già di per sé debole".

<sup>26</sup> Si rinvia in proposito a quanto già precedentemente evidenziato in R. VALICENTI "Pareggio di bilancio e costituzione" op.cit.

In relazione alla dimensione aggregata dell'intera P.A. (che è quella immediatamente e direttamente rilevante in sede Europea) e al bilancio dello Stato, il legislatore ha scelto di non inserire nel testo regole numeriche né parametri quantitativi, ma di operare un *rinvio mobile* ai parametri fissati in ambito europeo in modo che, in caso di eventuali variazioni, risultasse non necessario adeguare ulteriormente la normativa nazionale.

La tecnica legislativa del rinvio rende maggiormente evidente, anche ai non addetti ai lavori, l'evoluzione raggiunta nel processo di cessione della sovranità nazionale nell'ambito della politica di bilancio, innescata dalle riforme europee degli anni 2010-2011 (semestre europeo, patto *euro plus, six pack, fiscal compact*). Allo stato membro residua la possibilità di concorrere in sede europea alla definizione degli obiettivi di bilancio e poi di ripartire sul piano nazionale, tra i diversi sottosettori, gli obiettivi fissati in sede UE.

Per gli enti territoriali e per gli enti pubblici non territoriali sono fissati, invece, parametri precisi per i saldi, molto vicini al concetto di pareggio.

### **5.1 Le regole per il complesso della PA: l'equilibrio di bilancio, la sostenibilità del debito e le regole sulla spesa.**

Le regole di bilancio del capo II si riferiscono all'art. 97 cost. cioè a tutte le amministrazioni pubbliche<sup>27</sup> che, ai fini del Patto di stabilità e di crescita e delle sue successive modifiche, confluiscono in un unico conto denominato *conto economico consolidato della P.A.*<sup>28</sup>

L'aggregato della P.A. rispetta il *principio dell'equilibrio di bilancio* quando, sia in fase di programmazione sia in fase di consuntivo,

<sup>27</sup> Le P.A. (art. 2 lett. a) sono *gli enti individuati... in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale.*

<sup>28</sup> Il conto consolidato (art. 2 lett. b) è *formato dagli aggregati contabili delle entrate e delle spese di tali amministrazioni, classificati in conformità alle modalità stabilite dall'ordinamento dell'Unione europea* (cioè in base al sistema di contabilità nazionale SEC '95).

il saldo di bilancio del conto consolidato (il c.d. indebitamento netto della P.A.) è coerente con il conseguimento dell'Obiettivo di Medio Termine (MTO) stabilito in sede europea<sup>29</sup>.

Tale saldo di bilancio è individuato annualmente, nei documenti di programmazione nazionali (documento di economia e finanza e nota di aggiornamento al DEF) per l'intero aggregato e per i tre sottosettori della pubblica amministrazione (stato centrale, enti territoriali, enti previdenziali)<sup>30</sup>.

La rigidità della regola è temperata da alcuni elementi di flessibilità, già previsti dalle regole europee:

- 1) il saldo è calcolato in termini strutturali;
- 2) è ammissibile lo scostamento dall'obiettivo di medio termine, in caso di eventi eccezionali;

Il calcolo del saldo in termini strutturali viene condotto apportando al saldo nominale due correzioni: quella che consente di tenere in considerazione gli effetti prodotti sul saldo dall'andamento del ciclo economico (di segno positivo in caso di ciclo economico negativo e di segno inverso in caso di ciclo economico positivo) e quella che considera le entrate e le spese *una tantum*. Ciò significa che in caso di ciclo negativo, come quello attuale, l'equilibrio si intende conseguito anche in caso di disavanzo nominale superiore rispetto al limite previsto, mentre in caso di ciclo eco-

<sup>29</sup> L'obiettivo di medio termine costituisce un parametro del disavanzo di bilancio previsto nel regolamento 1466/1997 (patto di stabilità e crescita) in base alla recente riforma apportata dal c.d. *six pack* del 2011. L'art. 2 *bis* del predetto regolamento individua, nel range compreso tra il -1% del PIL e il pareggio del bilancio, gli obiettivi specifici calcolati in base alla posizione di ciascuno degli stati membri (e ad alcuni indicatori specifici quali il tasso di crescita potenziale, il rapporto debito/PIL, l'ammontare delle passività implicite legate all'invecchiamento della popolazione). Il trattato sul c.d. *Fiscal compact*, (art. 3 par. 1 lett. A) e B), entrato in vigore il 1.1.2013, restringe ulteriormente allo 0,5% del PIL il limite superiore massimo del disavanzo di bilancio compatibile con una posizione di equilibrio.

<sup>30</sup> Per l'Italia il Documento di programmazione per il 2014 indica per l'OMT un saldo strutturale pari a 0 (pareggio). Si veda *Documento di Economia e Finanza 2013 – Sezione I Programma di Stabilità* p. 26 su [www.mef.gov.it](http://www.mef.gov.it) nella sezione dedicata ai documenti di finanza pubblica.

nomico positivo, al contrario, per conseguire l'equilibrio del bilancio può essere necessario garantire un saldo strutturale più elevato di quello nominale<sup>31</sup>. Gli eventi eccezionali sono previsti dall'art. 6, co. 2: a) grave recessione economica b) eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato (inclusi i conflitti e le gravi calamità naturali, purché presentino rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese).

In tali casi lo scostamento dall'obiettivo di saldo è autorizzato, secondo una procedura alquanto complessa, che lascia comunque una certa discrezionalità alle autorità di bilancio nazionali, nella definizione dell'*an* e del *quantum*. I soggetti coinvolti sono il Governo, che predispone la richiesta di autorizzazione, la Commissione europea, che deve essere preventivamente sentita, le Camere, che deliberano a maggioranza assoluta. In presenza di tali condizioni il Governo aggiorna l'obiettivo programmatico, allo scopo di utilizzare maggiori risorse (aumento di spesa o riduzioni di entrata) per finalità specificamente individuate e destinate a fronteggiare la situazione eccezionale e, nel contempo, definisce il piano di rientro verso l'obiettivo iniziale. Anche in riferimento alla regola sul debito, il legislatore adotta la tecnica del rinvio, disponendo che la P.A. (cioè l'aggregato di tutte le amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato dell'ISTAT) rispetta il *principio della sostenibilità del debito pubblico* quando il rapporto tra debito e PIL è coerente con i parametri europei, richiamati nei documenti di programmazione nazionale<sup>32</sup>. Questa norma apparentemente neutra e poco

rilevante, a causa della grave situazione del debito pubblico in Italia, produrrà effetti molto consistenti in termini di interventi di finanza pubblica. Sempre in conformità all'ordinamento europeo viene disciplinata una *regola sulla spesa* delle pubbliche amministrazioni, che consiste in un vincolo imposto al tasso annuo di crescita della spesa, considerato in rapporto al tasso di crescita potenziale del PIL<sup>33</sup>. L'introduzione di espliciti vincoli sul livello della spesa risulta nuova nel contesto europeo. In Italia l'attenzione si era già posta da alcuni anni, senza peraltro grossi risultati concreti, mediante le varie operazioni di c.d. *spending review*.

## 5.2. Le regole per Regioni ed Enti locali: pareggio di bilancio, golden rule, vincoli sulla spesa, concorso all'equilibrio generale dell'intera P.A..

Per le Regioni e per gli enti locali il capo IV della l. 243, a differenza di quanto rilevato in riferimento all'equilibrio del complesso della P.A., la regola è definita in maniera diretta e precisa, quale pareggio. I singoli enti locali (Regioni, Province e Comuni) si considerano in equilibrio di bilancio quando in fase previsionale e in fase di consuntivo tanto il saldo della parte corrente (differenza tra entrate e spese correnti) quanto il saldo complessivo di bilancio (differenza tra entrate e spese complessive) non sono negativi (cioè sono positivi o pari a zero)<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Per ulteriori approfondimenti circa il saldo di bilancio corretto per il ciclo si rinvia alla tav. III.8 e alla relativa spiegazione contenuta nel *Documento di Economia e Finanza 2013 - Sezione I Programma di Stabilità* p. 27 e ss. op. cit.

<sup>32</sup> Attualmente la regola prevista in proposito in sede europea dispone che il debito non debba superare il 60% del PIL. L'art. 2 del regolamento 1467/1997 (come modificato dal reg. 1177/2011 nell'ambito del c.d. six pack) e il trattato del c.d. Fiscal compact (art. 4) prevedono che in caso di mancato raggiungimento di tale soglia, è necessaria una diminuzione dell'eccedenza di debito al ritmo di 1/20 all'anno. Per maggiori approfondimenti si rinvia al *Documento di Economia e Finanza 2013 - Sezione I Programma di Stabilità* p. 34 e ss. op. cit.

<sup>33</sup> L'art. 5 del Regolamento 1466/97 (come modificato dal reg. 1175/2011 nell'ambito del c.d. six pack) prevede oltre all'analisi e valutazione del raggiungimento del saldo di bilancio complessivo (entrate - spese) anche la valutazione circa il tasso di crescita della spesa. Tale tasso è rapportato al tasso di crescita potenziale del PIL, in maniera diversa a seconda che il paese risulti virtuoso (avendo conseguito l'obiettivo di bilancio a medio termine) o meno. Nel primo caso, infatti la spesa può crescere allo stesso tasso della crescita potenziale del PIL, nel secondo caso deve mantenersi ad un tasso inferiore, tale da assicurare un avvicinamento adeguato all'obiettivo di bilancio di medio termine.

<sup>34</sup> Già precedentemente alla attuale riforma analoghe disposizioni, a livello di legislazione ordinaria, sono previste dall'art. 162 co. 6 d.lgs. 267/2000 (T.U.E.L.): *Il bilancio di previsione è deliberato in pareggio finanziario complessivo. Inoltre le previsioni di competenza relative alle spese correnti sommate alle previsioni di competenza relative alle quote di capitale del-*

La regola presenta una dimensione temporale ultra annuale. Va applicata in fase di previsione (nella predisposizione del bilancio annuale) e poi constatata in fase di rendiconto. Gli eventuali disavanzi, accertati a consuntivo, comportano l'obbligo di predisporre misure di correzione nella programmazione di bilancio seguente, al fine di conseguire il recupero del disavanzo nel triennio successivo.

Gli eventuali avanzi di bilancio devono essere destinati all'estinzione dell'indebitamento.

Sin qui, in estrema sintesi, la regola di bilancio prevista in riferimento alla dimensione singola di ciascun ente.

A questa si aggiungono disposizioni che riguardano la dimensione collettiva degli enti territoriali (sottosettore degli enti locali nel conto economico consolidato della P.A.) che prevedono l'intervento dello Stato in funzione di coordinamento della finanza pubblica.

Il rispetto del pareggio può non essere sufficiente, in quanto alla legge dello Stato (art. 9 co. 4) è riservata la possibilità di prevedere ulteriori obblighi (quindi saldi positivi) per il concorso al conseguimento degli obiettivi complessivi della P.A. di cui già sopra si è detto. Tale disposizione sembra riproporre il meccanismo già utilizzato del c.d. patto di stabilità interno. L'intervento dello Stato è previsto, al contrario in senso favorevole, nelle fasi avverse del ciclo economico o in caso di eventi eccezionali per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni<sup>35</sup> e per assicurare le funzioni fondamentali mediante l'utilizzo di un Fondo straordinario appositamente costituito. Il meccanismo di finanziamento del fondo è esplicitamente regolato dall'art. 11 della l. 243 ed è rappresentato, essenzialmente da risorse derivanti dall'indebitamento consentito per la correzione del

---

*le rate di ammortamento dei mutui e dei prestiti obbligazionari non possono essere complessivamente superiori alle previsioni di competenza dei primi tre titoli dell'entrata e non possono avere altra forma di finanziamento, salvo le eccezioni previste per legge. Per le comunità montane si fa riferimento ai primi due titoli delle entrate.*

<sup>35</sup> I livelli essenziali delle prestazioni, previsti dalla l. 42/2009, non sono stati ancora definiti. Fino al momento della definizione, tale norma appare priva di efficacia.

saldo, in considerazione degli effetti del ciclo economico sfavorevole<sup>36</sup>.

Specularmente, nelle fasi favorevoli del ciclo economico gli enti locali sono chiamati a contribuire alla sostenibilità del debito pubblico mediante trasferimenti al Fondo per l'ammortamento dei titoli di stato. Le modalità della contribuzione sono determinate con legge dello Stato, sentito il parere della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica.

La regola sull'indebitamento per gli enti locali contenuta nel nuovo art. 119 cost. conferma la possibilità di utilizzare il ricorso al debito solo per finanziare spese di investimento (golden rule) e individua due ulteriori condizioni: la contestuale definizione di piani di ammortamento e il rispetto dell'equilibrio di bilancio per il complesso degli enti di ciascuna Regione. Si consente dunque, inserendo un elemento di flessibilità della regola fiscale sull'indebitamento, una sorta di compensazione regionale, tra enti che realizzano avanzi di bilancio ed enti che ricorrono all'indebitamento per finanziare spese di investimento<sup>37</sup>. La legge di attuazione (art. 10) delinea il meccanismo per assicurare l'equilibrio "regionale" assegnando un ruolo di coordinamento alla Regione. La norma rinvia, inoltre alla legge dello Stato (art. 10 co.1) e ad un d.P.C.M., adottato di intesa con la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica (art. 10 co. 5), le ulteriori modalità di attuazione delle operazioni di indebitamento. Sembra trovare conferma l'indirizzo, già intrapreso negli ultimi anni, verso la regionalizzazione degli equilibri di finanza territoriale.

Gli enti locali dunque, oltre ad osservare l'equilibrio di bilancio nella singola dimensione di ente, sono chiamati a concorrere alla

---

<sup>36</sup> Non risulta, al momento, stimata la possibile entità di tale fondo, ma sembra difficile immaginare che possa essere idoneo a soddisfare con ampiezza le esigenze degli enti locali in difficoltà, soprattutto qualora la situazione risulti generalizzata.

<sup>37</sup> Sullo specifico tema dell'equilibrio regionale dell'indebitamento e sul ruolo della regione in tal senso sia consentito rinviare a R. VALICENTI "Equilibrio di bilancio e coordinamento della finanza pubblica delle autonomie territoriali" in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012.

dimensione aggregata del complesso delle pubbliche amministrazioni a livello nazionale (art. 9 co. 5) nonché alla dimensione dell'equilibrio regionale.

Anche il concorso alla sostenibilità del debito pubblico (art. 12 della l. 243 in attuazione dell'art. 5 co. 2 lett. c) della legge cost. 1/2012) degli enti locali, nelle fasi favorevoli del ciclo economico, si declina in una dimensione aggregata e di singolo ente, secondo modalità da definire ulteriormente con legge dello Stato e con d.P.C.M. adottato sentito il parere della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica e l'intervento delle Commissioni parlamentari.

Come già rilevato in relazione alle limitazioni e ai vincoli imposti ai decisori politici nazionali, è evidente che, a cascata, sui livelli di governo regionali, e soprattutto locali, sono imposte limitazioni assai incisive e penetranti. La previsione di nuovi e ulteriori meccanismi di coordinamento della finanza Stato-Regioni - enti locali, sembra destinata ad amplificare le difficoltà delle relazioni finanziarie intergovernative già evidenziate in un sistema di federalismo fiscale incompleto e caratterizzato dalla assenza di forme istituzionali e paritarie di collaborazione tra centro e periferia, come la seconda camera eletta su base regionale<sup>38</sup>. La legislazione ordinaria, inoltre, negli ultimi due anni ha imposto misure di stabilizzazione e di controllo<sup>39</sup> che pongono ulteriore rallentamento al difficile processo di attuazione del federalismo fiscale e inducono alla riflessione sulla effettiva configurazione dell'autonomia politica dei livelli di governo sub statuali in una situazione emergenziale legata alla crisi economica e finanziaria.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Così, F. COVINO, *Le autonomie territoriali in Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI, M. BENVENUTI, op. cit., p. 335.

<sup>39</sup> In particolare, per i risvolti che qui interessano, si segnala brevemente il d.lgs. n. 149/2011 sui Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni e il d.l. 174/2012 sui controlli finanziari e contabili.

<sup>40</sup> M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e titolo V della Parte II della costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale in federalismi.it* n. 24/2012; F. COVINO, *Le autonomie territoriali*, cit. p. 333.

### **5.3 La regola per gli Enti pubblici non territoriali: pareggio di bilancio.**

I principi molto scarni relativi a tali enti, sembrano inseriti nella legge rinforzata per ragioni sistematiche, in quanto non rientrano, in base ad una stretta interpretazione, nell'elenco delle materie dell'art. 5 della legge costituzionale n. 1/2012. In base all'art. 97 cost. tutte le pubbliche amministrazioni sono tenute ad assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

La legge rinforzata ha stabilito quali siano le pubbliche amministrazioni (art. 2 lett. a) destinatarie di tali principi, facendo riferimento alla nozione sostanziale accolta dall'ordinamento europeo e, in Italia disciplinata dalla legge di contabilità e finanza pubblica (l. 196/2009 art. 1 co.2). All'interno di tale categoria sono inclusi gli enti pubblici diversi dallo Stato e dagli enti territoriali, dunque enti pubblici, università, società pubbliche, nazionali o locali e tutti i soggetti individuati dall'ISTAT come *enti non market*, secondo i criteri determinati in maniera alquanto dettagliata dalle fonti europee. Riguardo a tali enti, l'unica regola espressamente disposta è quella del pareggio del bilancio, cioè del saldo finale non negativo (pareggio o avanzo) del bilancio del singolo ente, considerato sia in sede preventiva che a consuntivo. Non è previsto alcun riferimento all'osservanza di vincoli di spesa, né a limitazioni particolari per il ricorso all'indebitamento.

Ciò si spiega in considerazione del fatto che, non essendo tali enti provvisti di autonomia costituzionale, è possibile un rinvio alla legge ordinaria dello Stato per la previsione di ulteriori criteri di equilibrio e meccanismi di correzione degli eventuali disavanzi (art. 13 co. 3).

### **5.4 Le regole per lo Stato: equilibrio di bilancio, debito sostenibile e vincolo sulla spesa.**

La regola di equilibrio del bilancio dello Stato, analogamente alla regola relativa all'aggregato della P.A. già precedentemente analizzata, è determinata non in maniera diretta ma indirettamente, in considerazione dell'obiettivo generale rilevante ai fini euro-

pei. Ciò si può spiegare in considerazione del fatto che il bilancio dello Stato rappresenta una parte assai consistente e cospicua del conto economico della P.A., rilevante ai fini delle regole europee. Il bilancio dello Stato si considera in equilibrio quando il valore del saldo netto da finanziare, sia in sede di previsione che a consuntivo, è coerente con l'obiettivo del conto consolidato della P.A., così come definito dal documento di programmazione nazionale, al fine di assicurare il conseguimento dell'obiettivo di medio termine europeo. La legge di bilancio stabilisce il valore del saldo netto da finanziare considerato coerente.

Il Governo, pertanto, con un procedimento a cascata quantifica nel Documento di programmazione annuale ad aprile, l'obiettivo di saldo dell'aggregato della PA (indebitamento netto del conto consolidato) che sia conforme ai criteri europei (Obiettivo di medio termine) e successivamente, ad ottobre, nel disegno di legge di bilancio dello Stato, definisce l'obiettivo di saldo per lo Stato (saldo netto da finanziare) a sua volta compatibile con l'obiettivo aggregato. Oltre alla regola dell'equilibrio, il bilancio dello Stato è soggetto al vincolo sulla spesa individuato nei documenti di programmazione finanziaria e di bilancio (art. 5 co. 3), nei termini già precedentemente riferiti. A ciò si ricollega la previsione, per il bilancio dello Stato della sperimentazione del bilancio "a base zero" che dovrebbe portare ad una netta revisione e riprogrammazione della spesa dello Stato, una assai radicale e tassativa *spending review*.

In conseguenza della abrogazione dell'attuale terzo comma dell'art. 81 cost., la legge di bilancio acquista carattere "sostanziale", assorbendo l'attuale legge di stabilità. L'art. 15 della legge 243 delinea il contenuto fondamentale della nuova legge di bilancio (ex art. 81 co. 6 cost.) e rinvia per l'ulteriore dettaglio ad una legge ordinaria dello Stato.

Si renderà dunque necessario un intervento modificativo della legge di contabilità (l. 196/2009) che, al momento, disciplina tale materia.

## **6. Meccanismi e controlli per assicurare la effettività delle regole.**

Oltre a sistematizzare e definire i principi e le regole sostanziali di bilancio, già in linea di massima operanti nell'ordinamento nazionale, come sopra evidenziato, le norme costituzionali e la legge rinforzata innovano in maniera rilevante la materia della finanza pubblica, definendo una serie di meccanismi volti ad assicurare la effettività dei principi e delle regole. E' su questo piano che la riforma costituzionale e la relativa legge di attuazione apportano novità di apprezzabile rilievo sotto il profilo procedurale e sostanziale.

Si rende maggiormente rilevante il controllo ex post dei risultati e delle cause degli eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi di bilancio programmati, sono disposte procedure di rientro o correzione dalle eventuali inadempienza alle regole.

A ciò si aggiungono sistemi di monitoraggio dell'andamento della finanza pubblica, una nuova autorità di controllo e il potenziamento di funzioni di organi di controllo già esistenti, come di seguito meglio illustrato.

### **6.1 Verifica ex post e misure di correzione e monitoraggio.**

Assai rilevante è l'introduzione nell'ordinamento contabile interno della verifica *ex post* del conseguimento dell'equilibrio programmato (che di fatto già avveniva in sede europea) e soprattutto ancor più considerevole e innovativa risulta la previsione di meccanismi di correzione per i casi di scostamenti (art. 8) dall'equilibrio prefissato.

Il meccanismo viene utilizzato in tutti i livelli di governo, e tanto in relazione ai singoli bilanci quanto in relazione alla dimensione aggregata (cfr. art. 8 per l'aggregato della P.A., art. 9 co. 2 per le regioni e gli enti locali, art. 13 co. 3 per gli enti non territoriali).

Sotto tale profilo dovrebbero assumere maggiore importanza i rendiconti (bilanci consuntivi), già previsti e minutamente disciplinati dall'ordinamento contabile per tutti i livelli di governo, ma scarsamente valorizzati e considerati per il raffronto con i dati previsionali, quanto meno sul fronte interno.

A livello di UE, invece, il Patto di Stabilità e di Crescita già prevedeva, sin dalle sue origini, una fase di valutazione a consuntivo dell'avvenuto rispetto degli equilibri pro-

grammati, la possibilità di recuperare negli anni successivi e l'eventuale innesco della procedura di infrazione con le relative sanzioni, in caso di perdurante inadempimento delle regole. La maggiore valorizzazione dei rendiconti, sul piano dell'ordinamento interno, si inserisce nell'ottica di una maggiore accountability, trasparenza e responsabilità dei decisori politici e degli amministratori nei confronti dei cittadini nei vari livelli di governo. Il meccanismo di correzione, senza entrare nei dettagli tecnici, presuppone una dimensione ultra annuale degli equilibri di bilancio e il recupero degli scostamenti nelle annualità successive.

## 6.2 Introduzione di un organismo di controllo indipendente: l'Ufficio Parlamentare di bilancio.

Ad un organismo indipendente, a rilevanza costituzionale (art. 5 lett. f della legge cost. 1/2012) è affidata l'analisi e la verifica degli andamenti generali di finanza pubblica e la valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio. La legge 243 (artt. 16 e 17) definisce la composizione e la governance dell'autorità, mediante una serie di previsioni volte a tutelarne l'indipendenza e l'autonomia organizzativa e finanziaria.

I compiti assegnati all'Ufficio Parlamentare di bilancio si sostanziano essenzialmente nella verifica e valutazione sulle previsioni (macroeconomiche e di finanza pubblica) elaborate dal Governo nella fase di programmazione e bilancio (DEF e legge di bilancio), sugli andamenti di finanza pubblica in corso di esercizio, sul conseguimento degli obiettivi a consuntivo e, in generale, nella vigilanza sull'osservanza delle regole di bilancio.

Altra funzione rilevante assegnata è quella di valutare l'impatto macroeconomico e finanziario (sui bilanci) dei provvedimenti legislativi di maggiore rilievo. Tale ultima attribuzione sembra ricollegarsi alla procedura di quantificazione e copertura degli oneri derivanti dalle leggi di spesa, limitatamente ai provvedimenti di maggiore rilevanza. Un terzo soggetto che interviene, in posizione di autonomia, nel ciclo della copertura, oltre all'organo tecnico governativo (Ragioneria Generale dello Stato) e delle commissioni

parlamentari<sup>41</sup>.

Le funzioni attribuite all'organismo in esame (art. 18) sono prevalentemente di natura consultiva, a beneficio delle Commissioni Bilancio parlamentari (audizioni e referti) e di natura informativa a beneficio della collettività generale, mediante la pubblicazione dei rapporti e delle analisi prodotte (co. 4).

Sebbene non esplicitamente previsto, si può inoltre presumere che naturali interlocutori e destinatari delle analisi e dei rapporti di tale organismo saranno la Commissione Europea e, in generale, le istituzioni comunitarie coinvolte nella governance economica europea. Nei confronti del Governo, all'autorità è riconosciuto il potere di chiedere giustificazioni (in caso di divergenze sulle previsioni, sul conseguimento degli obiettivi, sulla generale osservanza delle regole) a condizione della richiesta di un terzo dei componenti di una commissione parlamentare di finanza pubblica. L'Esecutivo rimane comunque nella facoltà di confermare le proprie valutazioni ove non ritenga di conformarle alle richieste dell'Ufficio parlamentare di bilancio (art. 18 co. 3).

Alla luce della disciplina delineata nella legge 243 è possibile confermare che la funzione dell'organismo in questione si colloca, per lo più, sul piano della moral suasion, non essendo dotato di poteri impeditivi o di veto particolarmente incisivi, come già rilevato in dottrina<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Riguardo ai servizi di bilancio parlamentari, attualmente esistenti presso Camera e Senato, non è prevista alcuna soppressione nella legge in esame, essendo peraltro tale materia riservata ai regolamenti parlamentari. Non risulta al momento chiaro se tali servizi saranno soppressi, in quanto incorporati nel nuovo organismo, o se continueranno comunque a svolgere le attuali funzioni.

<sup>42</sup> Anteriormente alla approvazione della legge rinforzata, sono stati espressi dubbi sulla efficienza di tale organismo, in considerazione delle caratteristiche già delineate nell'art. 5 lett. f) della l. cost. n. 1/2012. R. BIFULCO, *Jefferson, Madison...* op.cit., p. 8: "... non pare in grado di costituire un serio deterrente a eventuali sforamenti sia per i limitati poteri attribuiti all'organismo in questione, sia per la collocazione dell'organismo che, chiamato a controllare le Camere, è collocato presso di esse". In senso analogo G. LOCONTE, *L'organismo indipendente di monitoraggio della finanza pubblica*, in *Giornale di diritto ammini-*

La responsabilità politica della decisione di bilancio rimane dunque nella sfera del potere esecutivo e legislativo, ma un nuovo organismo, a rilevanza costituzionale, può intervenire allo scopo di assicurare una maggiore trasparenza sulle procedure di decisione finanziaria e sulla osservanza delle regole sostanziali. Quanto questo nuovo organismo potrà essere in grado di conseguire obiettivi apprezzabili, dipenderà comunque dall'auto-revolezza che i componenti nominati sapranno acquisire anche nell'ambito del contesto europeo, dalla consapevolezza dei membri del parlamento e dalla partecipazione dei cittadini elettori.

### 6.3 Controllo della Corte dei Conti.

Se alla Autorità indipendente è assegnata una funzione di controllo di tipo "macro" e di carattere statistico ed economico, sulle previsioni e sugli equilibri dell'intero aggregato della PA e dello Stato, alla Corte dei conti è riconosciuto, nell'ambito del nuovo sistema, un ruolo di controllo (già in larga parte esercitato in base alle norme previgenti) di natura finanziaria e contabile, dunque più "micro" e puntuale, sui singoli bilanci di regioni, enti locali ed enti non territoriali, oltre che dello Stato in base all'art. 100 cost.. Sempre nell'ottica di assicurare maggiore effettività alle regole di bilancio è potenziata la funzione di controllo della Corte di Conti sui bilanci regionali e, in particolare, è introdotta la procedura di parifica del rendiconto del bilancio regionale, analogamente a quanto già avviene per il rendiconto dello Stato e delle Regioni a statuto speciale.

A pochi giorni di distanza dall'approvazione della legge rinforzata, è stato convertito in legge (n. 213/2012) il d.l. 174/2012 che ha previsto una serie di misure di potenziamento del ruolo delle sezioni regionali di controllo della C. conti sulla finanza pubblica di regioni ed enti locali, tra le quali la parificazione del rendiconto regionale (art. 1 co. 5).

Tali disposizioni, pur non essendo direttamente previste nell'art. 5 della legge costituzionale, si inseriscono organicamente in un

---

strativo, 10/2012, p. 941, esprime "seri dubbi in merito all'efficienza di tale organismo".

quadro normativo precedente che già assegna alla magistratura contabile un ruolo di controllo e coordinamento della finanza pubblica anche sui livelli regionali e locali.

La Corte dei conti è stata infatti definita, in diverse pronunce del giudice costituzionale<sup>43</sup>, organo di rilevanza costituzionale posto a servizio dello Stato-comunità e garante imparziale dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico nel suo complesso, in posizione di ausiliarità non più soltanto rispetto a Governo e Parlamento nazionale, come previsto all'art. 100 cost., ma anche della assemblee elettive regionali e locali<sup>44</sup>. Il ruolo di controllo della magistratura contabile, seppure tralasciato nella discussione della riforma costituzionale, non sembra essere messo in discussione nel nuovo sistema.

Sotto un profilo generale, infatti, essendo dalle nuove norme assegnata una maggiore rilevanza ai risvolti finanziari e contabili dell'attività amministrativa e legislativa dei vari livelli di governo, è implicito un rafforzamento del ruolo dei soggetti preposti a tale controllo.

In particolare, per ciò che riguarda l'attività legislativa statale e ora anche regionale, si segnala la possibilità per la Corte dei conti, nell'ambito del giudizio di parifica del bilancio, di sollevare il giudizio di legittimità costituzionale.<sup>45</sup>

Sotto il profilo della accessibilità al giudizio costituzionale, sul piano procedurale si amplia la legittimazione attiva della Corte dei conti a proporre la questione di costituzionalità nei confronti delle leggi regionali, in virtù della sopracitata introduzione del giudizio di parificazione sui bilanci regionali.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Tra le molteplici pronunce della Corte costituzionale in tal senso si segnalano, in particolare, le sentenze n. 29/1995 e 267/2006.

<sup>44</sup> Per una recente ricostruzione del ruolo di controllo della Corte dei conti A. ODDI, *La corte dei conti*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI e M. BENVENUTI, op. cit., p. 421.

<sup>45</sup> Nel giudizio di parifica, che è condotto secondo procedure di carattere giurisdizionale, la corte dei conti è considerato giudice a quo, legittimato a sollevare il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

<sup>46</sup> Sul tema della difficoltà di accedere al giudizio di costituzionalità per violazione dell'art. 81 cost. si rinvia a N. LUPO, "Costituzione e bilancio" LUISS, Roma, 2007, p. 149.

Tale legittimazione è riconosciuta alla magistratura contabile non solo quando svolge funzione di tipo giurisdizionale nell'ambito del giudizio di parificazione dei rendiconti (statali e ora anche regionali) ma anche nell'ambito della funzione di controllo preventivo di legittimità svolta sugli atti del governo. Nel caso in cui provvedimenti governativi fossero emanati in base a leggi non conformi ai nuovi principi costituzionali, la corte dei conti potrebbe impedire l'efficacia dell'atto, denegando il visto e la conseguente registrazione e, inoltre, proporre il giudizio di costituzionalità della norma di legge presupposta.

#### 6.4 Ruolo della Corte costituzionale.

Pur non essendo prevista nell'ambito della riforma costituzionale, e neppure in sede di legge rinforzata, alcuna modifica al ruolo della Corte costituzionale in materia, la riforma delle regole dei bilanci pubblici (il rispetto dell'equilibrio, la sostenibilità del debito pubblico, il ricorso all'indebitamento) che assumono la natura sostanziale di parametro costituzionale, saranno oggetto di valutazione da parte della suprema Corte, con un conseguente e potenziale ampliamento del suo ruolo in tale ambito di materie.

Si può ipotizzare che la Corte verrà chiamata a dirimere conflitti in ordine alla violazione del comma 6 dell'art. 81 cost., che, come già evidenziato, ha introdotto nell'ambito del sistema delle fonti normative una doppia riserva, di legge costituzionale e di legge "rinforzata" in ordine, rispettivamente, ai principi e alle regole fondamentali della finanza pubblica<sup>47</sup>. Le leggi ordinarie statali e le leggi regionali che prevedono disposizioni in materia di finanza pubblica non compatibili con i principi contenuti nelle norme costituzionali (della costituzione e della legge costituzionale n. 1 del 2012) e con le norme (non solo sostanziali, ma anche procedurali) contenute nella legge rinforzata, potrebbero essere sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale, sotto il profilo della violazione della riserva di legge. Anche le disposizioni della legge rinforzata potranno assumere la natura

di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità per violazione dell'art. 81 cost..

Riguardo alla possibilità di dedurre i vizi sostanziali, consistenti nella violazione del principio di equilibrio, si nutrono forti perplessità, soprattutto in ordine alle disposizioni della legge di bilancio statale.

Recentemente la Corte cost. si è pronunciata in relazione all'art. 81 cost., soprattutto nei contenziosi Stato-Regioni in relazione a norme statali o regionali che producevano effetti sulla finanza regionale, con una incidenza sull'equilibrio delle finanze pubbliche e sul rispetto dei vincoli comunitari. Molto scarni sono stati invece gli interventi in relazione a leggi statali di spesa che non incidessero sui bilanci regionali e soprattutto in relazione alla legge di bilancio statale, che non ha mai costituito oggetto di scrutinio costituzionale<sup>48</sup>. Il tema è complesso e richiede, senza dubbio, una trattazione approfondita. In questa sede è appena il caso di accennare alla difficoltà di concepire una pronuncia di illegittimità costituzionale avente ad oggetto la legge di bilancio statale, così come intesa sino ad ora, in senso formale. Alla luce della revisione costituzionale che ha abolito il terzo comma dell'art. 81, introducendo una legge di bilancio in senso sostanziale (di cui sopra si è detto), non si può a priori escludere la possibilità di valutare la costituzionalità di singole norme contenute nella legge di bilancio, così come fino ad ora è avvenuto per le ordinarie leggi di spesa e per la legge finanziaria o di stabilità. In relazione al controllo sostanziale del rispetto della regola sull'equilibrio di bilancio si segnala la difficoltà, per la Corte, di utilizzare gli strumenti giuridici, in relazione ad un giudizio di tipo quantitativo e di carattere economico e contabile. In sede di accertamento di tale vizio, come è stato efficacemente evidenziato, *a venire in rilievo non sono i contenuti precettivi della legge, ma solo le previsioni attraverso le quali quei precetti sono tradotti in cifre, oneri finanziari*<sup>49</sup>. Non

<sup>47</sup> Si veda in proposito il paragrafo 4.

<sup>48</sup> Sullo specifico tema si rinvia a G. SCACCIA, "La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio" in *www.rivistaaic.it*, n. 3, 2012.

<sup>49</sup> G. SCACCIA, op. cit. il quale, oltre alle difficoltà che ineriscono all'accertamento del vizio, segnala anche il problema degli effetti di una simile pronun-

a caso tale tipo di valutazione è stata demandata all'organismo tecnico e indipendente del costituendo Ufficio Parlamentare di Bilancio che però, come già rilevato, non dispone di sostanziali poteri impeditivi o demolitori.

In linea generale, a prescindere dalle novità introdotte dalle citate riforme, è possibile segnalare che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto sempre maggiore rilevanza al problema della sostenibilità finanziaria dei diritti e alle esigenze di equilibrio dei bilanci pubblici<sup>50</sup>. In particolare, in recenti sentenze del 2012 (nn. 70, 115 e 192) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali per violazione dell'art. 81 co. 4, Cost. in carenza della previsione di adeguata copertura finanziaria.

La sentenza n. 70 del 2012 risulta particolarmente interessante in quanto ha dichiarato l'illegittimità della legge di bilancio della regione Campania per carenza della copertura finanziaria, a causa dell'utilizzo dell'avanzo di amministrazione presunto, a rendiconto non approvato. La decisione evidenzia un maggiore rigore interpretativo del principio del pareggio sotto il profilo dell'obbligo di copertura che viene esteso anche alla legge di bilancio, che secondo l'interpretazione prevalente in dottrina, costituiva l'unica legge non soggetta a tale obbligo, diversamente dalle leggi di spesa. Tale interpretazione ha anticipato il superamento della distinzione tra legge di bilancio e leggi di spesa, poi affermata nella riforma dell'art. 81 con l'abrogazione del

---

cia di incostituzionalità della legge di bilancio e conclude rilevando la sostanziale insanzionabilità giuridica della regola del pareggio.

<sup>50</sup> Sin dagli anni novanta la Corte costituzionale ha parlato di diritti finanziariamente condizionati, riconoscibili nell'ambito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi costituzionali rilevanti, tra i quali emerge il contenimento della spesa pubblica e in considerazione dei limiti oggettivi che il legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento. Tra le tante, sentenze Corte Cost. n. 455 del 1990, n. 40 del 1991, n. 180 del 1992; n. 247 del 1992; e più di recente n. 200 del 2005, n. 213 del 2008, n. 100 del 2010 e n. 272 del 2011. In dottrina I. CIOLLI, op. cit; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.4, 2011. L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*.

terzo comma.

Alcuni autori hanno evidenziato come la Corte costituzionale in tali pronunce abbia recepito il principio dell'equilibrio di bilancio, già a Costituzione invariata, interpretando in maniera più rigorosa, rispetto ai precedenti, la norma costituzionale già esistente<sup>51</sup>.

Ciò dimostra che un principio di equilibrio era già immanente nel nostro ordinamento già prima della attuale riforma costituzionale, seppur in maniera non chiara ed incontrovertibile, come evidenziato in apertura del presente scritto. Tale considerazione non può però indurre a ritenere che l'affermazione espressa del principio nella carta costituzionale e l'introduzione di precise regole e meccanismi di controllo - che nel presente lavoro si è cercato di illustrare nella loro complessità - fosse superflua o che gli stessi risultati sarebbero stati conseguibili semplicemente mediante una più rigorosa interpretazione di astratti principi da parte del giudice delle leggi.

## 7. Riflessioni conclusive.

La riforma costituzionale e la recente legge di attuazione introducono, in maniera espressa e direttamente vincolante nell'ordinamento nazionale, principi e regole fiscali di carattere sostanziale, già operanti nell'ordinamento europeo, che negli ultimi due anni sono stati oggetto di modifica e rafforzamento per contrastare la crisi economica e finanziaria nell'ambito dell'unione monetaria.

Lo sforzo di sistematizzare le regole dei bilanci pubblici, conferirgli valenza costituzionale, imporre più penetranti vincoli ai decisori politici dei vari livelli di governo nazionali, prevedere nuovi meccanismi di controllo e correzione delle finanze pubbliche, pone le premesse normative per una inversione di tendenza nella programmazione e gestione delle risorse collettive che si auspica risulti proficua nei prossimi anni.

Al momento i meccanismi delineati sono caratterizzati da una certa flessibilità che permette di tenere in conto, solo in maniera

---

<sup>51</sup> G. RIVOCCHI *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e Legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.3, 2012 in relazione alla sentenza Corte Cost. 70/2012;

assai marginale, della grave situazione economica in essere, fissando equilibri di bilancio meno stretti di quelli ordinari (che saranno comunque applicabili in condizioni economiche e finanziarie migliori). Nonostante tale flessibilità, le regole risultano attualmente severe, rigorose e comporteranno, a cascata sui vari livelli di governo, conseguenze ulteriormente restrittive sulle politiche economiche e sociali. Il controllo dei disavanzi e la riduzione del debito pubblico costituiscono esigenze, di per sé inderogabili e imprescindibili per evitare o arginare la crisi dell'euro, ma la sempre più grave situazione economica e le necessità di sostegno e rilancio del sistema economico pongono la discussione sulla opportunità di sospensione o allentamento delle regole previste, allo scopo di favorire interventi anticiclici da concordare in sede europea.

Sotto tale ultimo profilo si possono percepire segnali di inversioni di tendenza, anche da parte di autorevoli economisti - che occupano ruoli di rilievo nell'ambito del Fondo Monetario Internazionale - i quali evidenziano come le politiche restrittive adottate in tempi molto brevi e in fase di riduzione della domanda stiano producendo effetti recessivi sull'economia, che aggravano la situazione delle finanze pubbliche<sup>52</sup>. La tecnica adottata dal legislatore italiano, che non inserisce parametri numerici precisi, né nella norma costituzionale, né nella legge di attuazione, ma opera un rinvio mobile all'ordinamento europeo, se da un lato disorienta l'interprete nazionale in quanto evidenzia il completo spostamento della decisione dal piano nazionale a quello europeo, dall'altro lato consente di adeguare facilmente i meccanismi interni ad eventuali (e forse auspicabili) modifiche dei parametri e, in generale, delle politiche negoziate in sede europea<sup>53</sup>. Una così rilevante li-

mitazione di sovranità nazionale sollecita, sotto un profilo di diritto costituzionale *post* nazionale,<sup>54</sup> la riflessione circa la necessità di proseguire nel percorso di integrazione in una prospettiva federale, affrontando le questioni sottese e, in particolar modo il *deficit* di democraticità che attualmente caratterizza il funzionamento delle istituzioni sovranazionali.<sup>55</sup> Anche sotto il profilo economico, si evidenzia la difficoltà di gestione della crisi finanziaria ed economica, a causa dei limiti strutturali insiti nella costruzione istituzionale europea, che rappresenta un'area economica e monetaria imperfetta in quanto dotata di strumenti incompleti rispetto a quelli tradizionalmente detenuti dagli Stati nazionali<sup>56</sup>.

---

mento 2013 approvata dal Consiglio dei Ministri del 21.3.2013.

<sup>54</sup> R. BIFULCO *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione*, op. cit.; G. RIVOCCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione Italiana e vincoli europei*, op.cit. p. 386.

<sup>55</sup> P. BILANCIA *La nuova Governance dell'euro zona: alla ricerca del demos* in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI, M. BENVENUTI, op. cit., p. 19; P. TRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in europa?* In *Quaderni Cost.* 4/ 2011; R. DI MARIA *aspettando la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio: brevi considerazioni sulla natura giuridico-economica del medesimo e rilievo di alcune questioni ancora aperte sulla sua potenziale ricaduta, a livello sia interno che sovranazionale* in *forumcostituzionale.it*; A. PADOA-SCHIOPPA, *Un pericoloso mix di sottocultura e protezionismo* in *ISPI Commentary* sul sito [www.ispionline.it](http://www.ispionline.it), 22 marzo 2013.

<sup>56</sup> A. PREDIERI, *L'unione economica monetaria*, in *Associazione Italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999. La Costituzione europea*, Cedam, Padova 2000; M. DEgni - DE IOANNA, *La voragine. Inghiottiti dal debito pubblico*, 2012; M. RAITANO *Le ragioni economiche della crisi attuale* in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI, M. BENVENUTI, op.cit., p. 42.

---

<sup>52</sup> O. BLANCHARD - D. LEIGH *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, in *IMF working paper* sul sito [www.imf.org](http://www.imf.org), gennaio 2013.

<sup>53</sup> In tale ottica si può considerare la richiesta negoziata dal Governo Italiano e condivisa in sede Europea, in ordine ad un allentamento dei vincoli del Patto di stabilità e di crescita, allo scopo di consentire il pagamento dei debiti commerciali delle Pubbliche amministrazioni. Si veda in tal senso la *Relazione al Parla-*

## GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia CE, VIII Sez., 17.10.2013 - (C-344/12,).

### **Violazione diritto comunitario - condanna Repubblica Italiana.**

... 25. La Commissione ritiene che la Repubblica italiana non abbia rispettato, da un lato, l'obbligo d'informazione previsto all'articolo 4 della decisione 2010/460 e, dall'altro, l'obbligo di recupero imposto dagli art. 2 e 3 di tale decisione. Essa considera, di conseguenza, che tale Stato membro non abbia preso tutte le misure idonee a garantire l'esecuzione della decisione 2010/460, in violazione dell'articolo 288 TFUE. 26. Quanto all'obbligo di recupero imposto dagli art. 2 e 3 della decisione 2010/460, la Commissione sostiene che la Repubblica italiana ha ammesso, nella sua lettera del 25.5.2010, di non aver richiesto all'Alcoa il rimborso dell'aiuto percepito. Dato che i ricorsi di annullamento non hanno effetto sospensivo, la Commissione ritiene che la Repubblica italiana non potesse addurre a giustificazione della propria inerzia il ricorso pendente nella citata causa T-177/10. 27. Per quanto riguarda l'esistenza di un asserito recupero parziale dell'aiuto di cui trattasi per un ammontare pari a circa EUR 53 milioni attraverso un'operazione di «compensazione», la Commissione sottolinea, anzitutto, che questo punto è stato sollevato dalla Repubblica italiana in maniera sintetica e imprecisa solamente nella sua lettera del 24.9.2010. Essa sostiene, inoltre, che le spiegazioni fornite dalla Repubblica italiana nel corso del presente procedimento non consentono tuttora di comprendere la natura di tale operazione. Infine, essa afferma che, in ogni caso, un recupero parziale non sarebbe sufficiente a far venir meno l'inadempimento all'obbligo di recupero dell'intero aiuto contemplato dalla decisione 2010/460. 28. La Commissione osserva che la Repubblica italiana non ha fatto valere, nel corso del procedimento precontenzioso, un'impossibilità assoluta di recuperare l'aiuto di cui trattasi. Le sue lettere del 25.5.2010 e del 3.11.2010 con-

terrebbero solo generici riferimenti alle ripercussioni economiche e sociali che detto recupero provocherebbe. 29. Infine, quanto alla circostanza secondo cui le autorità italiane avrebbero attivato, il 14.6.2012, una garanzia fornita dalla società controllante dell'Alcoa per un importo di circa EUR 250 milioni, la Commissione ritiene che tale misura tardiva non equivalga a un recupero e non faccia venir meno la violazione degli art. 2 e 3 della decisione 2010/460. 30. La Repubblica italiana sostiene di aver proposto una soluzione alternativa alle modalità di esecuzione previste dalla decisione 2010/460, in considerazione dell'impossibilità assoluta di recuperare gli aiuti di cui trattasi. Essa afferma di essere riuscita, dopo soli sei mesi dalla decisione 2010/460, a recuperare circa EUR 53 milioni tramite compensazione, circostanza di cui la Commissione non ha tenuto conto. 31. Inoltre, tale Stato membro ricorda di aver subordinato, fin dall'inizio dell'apertura della fase d'indagine formale, l'esecuzione delle misure di cui trattasi alla presentazione di una garanzia della società controllante dell'Alcoa al fine di garantire il recupero effettivo dell'aiuto nel caso in cui questo fosse stato dichiarato illegale. Pertanto, ben prima della decisione 2010/460, la Repubblica italiana avrebbe già adottato una misura concreta ed effettiva per recuperare le somme erogate. 32. Con decisione del 4.7.2012 il Consiglio di Stato avrebbe respinto i ricorsi dell'Alcoa contro le decisioni che imponevano la garanzia in parola. La Repubblica italiana ritiene, di conseguenza, che fosse legittimo attendere l'esito del procedimento dinanzi al Consiglio di Stato prima di attivare tale garanzia. D'altronde, la Repubblica italiana ricorda che il Tribunale non si è ancora pronunciato nel merito sul ricorso nella citata causa T-177/10, circostanza che riveste una certa importanza (sentenza del 26.6.2003, Commissione/Spagna, C-404/00, Racc. pag. I-6695, punto 45). 33. Peraltro, il 20.7.2012 l'Alcoa avrebbe proposto un rimborso dell'aiuto frazionato in

cinque rate di circa EUR 50 milioni ciascuna. Il 30.10.2012 l'Alcoa avrebbe pertanto versato all'incirca EUR 50 milioni. Di conseguenza, l'importo recuperato ammonterebbe già a circa EUR 103 milioni. Alla luce di tali circostanze, non si potrebbe addebitare alla Repubblica italiana di non aver intrapreso azioni concrete in vista del recupero dell'aiuto di cui trattasi.

34. Infine la Repubblica italiana sottolinea le conseguenze del recupero sull'impiego a livello nazionale e ritiene utile portare a conoscenza della Corte gli elementi seguenti, vale a dire, da un lato, che la proroga delle condizioni tariffarie concesse all'Alcoa era dovuta al costo elevato dell'energia elettrica, in particolare in Sardegna, e, dall'altro, che la Commissione aveva inizialmente riconosciuto che la tariffa agevolata per la fornitura di elettricità di cui beneficiava l'Alcoa non costituiva un aiuto di Stato.

35. Secondo la Repubblica italiana, l'intransigenza della Commissione è incompatibile con il suo dovere di leale cooperazione. L'esecuzione delle decisioni di recupero rientrerebbe nella responsabilità condivisa della Commissione e degli Stati membri. Qualora uno Stato membro incontri difficoltà imprevedibili nella fase del recupero e proponga appropriate modifiche alla decisione della Commissione, quest'ultima, nel rispetto delle regole del Trattato FUE, sarebbe tenuta a collaborare in buona fede per superare le difficoltà.

36. La Repubblica italiana sottolinea di aver portato a conoscenza della Commissione le difficoltà di attuazione della decisione 2010/460 e di avere, in buona fede, avviato le operazioni di esecuzione di tale decisione procedendo alla compensazione di un debito di EUR 53 milioni nei confronti dell'Alcoa.

Giudizio della Corte

37. Occorre ricordare che la soppressione di un aiuto illegale mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegalità e che tale conseguenza non può dipendere dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso (v. sentenza del 14.4.2011, Commissione/Polonia, C-331/09, Racc. pag. I-2933, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).

38. Di conseguenza, secondo costante giurisprudenza della Corte, lo Stato membro destinatario di una decisione che gli impone di recuperare aiuti illegali è tenuto, ai sensi dell'art. 288 TFUE, ad adottare ogni misura idonea ad assicurare l'esecuzione di ta-

le decisioni. Esso deve giungere a un effettivo recupero delle somme dovute (sentenze del 5.10.2006, Commissione/Francia, C-232/05, Racc. pag. I-10071, punto 42, e Commissione/Polonia, cit., punto 55).

39. In caso di decisione che dichiara l'illegalità e l'incompatibilità di un aiuto, il recupero del medesimo, ordinato dalla Commissione, avviene alle condizioni previste all'art. 14, paragrafo 3, del regolamento n. 659/1999 (sentenza del 20.10.2011, Commissione/Francia, C-549/09, punto 28).

40. Ai sensi della suddetta disposizione, il recupero va effettuato, come emerge altresì dal considerando 13 di tale regolamento, senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione (sentenza del 20.10.2011, Commissione/Francia, cit., punto 29).

41. Come già dichiarato dalla Corte, un recupero tardivo, successivo ai termini impartiti, non può soddisfare i requisiti del Trattato (sentenze del 22.12.2010, Commissione/Italia, C-304/09, Racc. pag. I-13903, punto 32, e del 14.7. 2011, Commissione/Italia, C-303/09, punto 30).

42. A tale riguardo, da costante giurisprudenza della Corte emerge che la data di riferimento per l'applicazione dell'art. 108, par. 2, secondo comma, TFUE è quella prevista nella decisione di cui si fa valere la mancata esecuzione o, eventualmente, quella che la Commissione ha fissato successivamente (v. sentenze del 1.6.2006, Commissione/Italia, C-207/05, punto 31, nonché Commissione/Polonia, cit., punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

43. Nel caso di specie, conformemente all'art. 3, par. 1, della decisione 2010/460, la Repubblica italiana era tenuta a garantire il recupero «immediato ed effettivo» dell'aiuto di cui trattasi. Detto Stato membro disponeva a tale scopo, ai sensi del par. 2 del medesimo articolo, di un termine di quattro mesi dalla notifica della decisione suddetta.

44. Poiché la decisione 2010/460 è stata notificata alla Repubblica italiana il 20.11.2009, il termine impartito per il recupero dell'aiuto illegalmente percepito dall'Alcoa scadeva quindi il 20.3.2010.

45. Orbene, è pacifico che, a tale data, detto Stato membro non aveva ancora recuperato l'intero aiuto di cui trattasi.

46. Peraltro, dalle

memorie della Repubblica italiana emerge che il procedimento di recupero dell'aiuto di cui trattasi era ancora aperto dopo la proposizione del presente ricorso, ossia più di due anni e mezzo dopo la notifica della decisione 2010/460. 47. Una simile situazione è manifestamente inconciliabile con l'obbligo di tale Stato membro di giungere ad un'esecuzione immediata ed effettiva della suddetta decisione (v., in tal senso, sentenza del 14.7.2011, Commissione/Italia, cit., punto 32). 48. Per quanto riguarda i motivi presentati dalla Repubblica italiana a propria difesa, occorre rilevare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, il solo mezzo di difesa che uno Stato membro può opporre ad un ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione sulla base dell'art. 108, par. 2, TFUE è quello dell'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione di cui trattasi (v., in particolare, sentenze del 20.9.2007, Commissione/Spagna, C-177/06, Racc. pag. m I-7689, punto 46; del 13 novembre 2008, Commissione/Francia, C-214/07, Racc. pag. I-8357, punto 44, e del 14 luglio 2011, Commissione/Italia, cit., punto 33). 49. La condizione relativa all'esistenza di un'impossibilità assoluta di esecuzione non è soddisfatta quando lo Stato membro convenuto si limita a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche, politiche o pratiche che l'esecuzione della decisione presenta, senza intraprendere alcuna vera iniziativa presso le imprese interessate al fine di recuperare l'aiuto e senza proporre alla Commissione modalità di esecuzione alternative della decisione che avrebbero consentito di superare tali difficoltà (v. sentenze del 5.5.2011, Commissione/Italia, C-305/09, Racc. pag. I-3225, punto 33 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 14.7.2011, Commissione/Italia, cit., punto 34). 50. La Corte ha altresì dichiarato che uno Stato membro che, in occasione dell'esecuzione di una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato, incontra difficoltà impreviste e imprevedibili o si renda conto di conseguenze non considerate dalla Commissione deve sottoporre tali problemi alla valutazione di quest'ultima, proponendo appropriate modifiche della decisione di cui trattasi. In tal caso, in forza della regola che impone agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione doveri reciproci di leale coopera-

zione, regola che informa in particolare l'art. 4, par. 3, TUE, lo Stato membro e la Commissione devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà, nel pieno rispetto delle disposizioni del Trattato e, in particolare, di quelle relative agli aiuti (citate sentenze del 22.12.2010, Commissione/Italia, punto 37 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 14.7.2011, Commissione/Italia, punto 35). 51. A tale riguardo, occorre sottolineare che, tanto nei suoi contatti con la Commissione prima della proposizione del presente ricorso quanto nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte, la Repubblica italiana non ha mai fatto valere un'impossibilità assoluta di esecuzione della decisione 2010/460. Tale Stato membro si è limitato a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche o pratiche che l'attuazione della suddetta decisione presentava, nonché la propria intenzione di giungere a una soluzione negoziata con l'Alcoa. 52. Dato che la Repubblica italiana non ha adottato, entro il termine impartito, le misure necessarie per recuperare presso il beneficiario l'aiuto contemplato dalla decisione 2010/460, la censura di tale Stato membro relativa all'asserita mancanza di cooperazione da parte della Commissione risulta inconferente (v., in tal senso, sentenza del 1.3.2012, Commissione/Grecia, C-354/10, punto 78). 53. Da quanto sopra affermato risulta che il presente ricorso è fondato nella parte in cui la Commissione imputa alla Repubblica italiana di non aver adottato, entro il termine stabilito, tutte le misure necessarie a recuperare integralmente l'aiuto concesso in base al regime di aiuti di cui trattasi, che è stato dichiarato illegale ed incompatibile con il mercato comune dalla decisione 2010/460. 54. Tenuto conto della conclusione enunciata al punto precedente, non occorre statuire sul capo delle conclusioni della Commissione diretto a far condannare la Repubblica italiana per non averla informata delle misure menzionate in detto capo, dato che tale Stato membro non ha, appunto, proceduto all'esecuzione della decisione 2010/460 entro il termine stabilito (v. sentenza del 22.12.2010, Commissione/Italia, cit., punto 57 e giurisprudenza ivi citata). 55. Di conseguenza, occorre dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo adottato, entro il termine stabilito, tutti i provvedimenti necessari per re-

*cuperare presso il beneficiario l'aiuto di Stato dichiarato illegale ed incompatibile con il mercato comune dall'art. 1 della decisione 2010/460, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli art. 2 e 3 di tale decisione. Sulle spese 56. Ai sensi dell'art. 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha chiesto la condanna della Repubblica italiana, che è risultata soccombente, quest'ultima dev'essere condannata alle spese. Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) di-*

*chiara e statuisce: 1) La Repubblica italiana, non avendo adottato, entro il termine stabilito, tutti i provvedimenti necessari per recuperare presso il beneficiario l'aiuto di Stato dichiarato illegale ed incompatibile con il mercato comune dall'art. 1 della decisione 2010/460/CE della Commissione, del 19.11.2009, relativa agli aiuti di Stato C 38/A/04 (ex NN 58/04) e C 36/B/06 (ex NN 38/06) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Alcoa Trasformazioni, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli art. 2 e 3 di tale decisione. 2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.*

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### **DOMANDA**

*Sull'affidamento della gestione del Fondo per il sostegno finanziario dell'internalizzazione del sistema produttivo (Fondo Pubblico di Venture Capital - FVC) (Parere prot. 258903 del 12.6.2013, AL 42778/12, Avv. Marina Russo).*

### **RISPOSTA**

*Con la nota in riferimento, l'Amministrazione in indirizzo richiede il parere della Scrivente sulla questione in oggetto, articolando tre quesiti: 1. Se l'affidamento della gestione del FVC debba avvenire attraverso una gara ad evidenza pubblica, ovvero con procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. 163/06; 2. Se l'entrata in vigore del suddetto Codice abbia determinato l'abrogazione tacita delle previgenti norme che individuano in SIMEST il gestore del Fondo, e se il Codice stesso valga quale chiave interpretativa delle norme riguardanti la medesima materia entrate in vigore successivamente, o se - invece - sia corretto procedere alla disapplicazione delle norme che prevedono l'affidamento a SIMEST della gestione del FVC per contrasto con l'ordinamento comunitario; 3. Se - ai fini dell'affidamento della gestione con gara - occorra l'adozione di una norma di rango primario.*

*Tanto premesso, la Scrivente rende il seguente parere. I) Sembra utile premettere alcuni cenni relativi alla finalità ed al funzionamento del FVC, nonché al quadro normativo che lo riguarda. I.1) La finalità del FVC è quella*

*di sostenere l'internazionalizzazione delle imprese italiane. Ciò avviene attraverso l'acquisizione, alimentata attraverso il FVC, di quote partecipative nel capitale delle società che intendono svolgere attività su mercati esteri. Il FVC è e resta di proprietà ministeriale, ed è gestito da SIMEST secondo un sistema c.d. "rotativo"; ciò significa che le quote acquisite devono essere nuovamente cedute entro un determinato numero di anni, così che il FVC si autoalimenti attraverso il prezzo comprensivo delle eventuali plusvalenze ricavate dalla vendita delle partecipazioni azionarie alle imprese. Il solo compenso percepito per la gestione del FVC da Simest è, dunque, quello pagato dal MISE come previsto nella convenzione. I.2) Sono tuttora formalmente vigenti le norme di legge che prevedono, rispettivamente: - l'affidamento a SIMEST della "gestione degli interventi di sostegno finanziario all'internazionalizzazione del sistema produttivo di cui alla l. 24.4.1990, n. 100" , (art. 25 del d.lgs. 143/1998); - l'autorizzazione alla costituzione di SIMEST nonché l'inserimento, fra i suoi compiti, della gestione, in base ad apposite convenzioni, dei fondi "di cui al comma 1 dell'art. 25 del d.lgs. 31.3.1998, n. 143, nonché i fondi rotativi di cui all'art. 5, co. 2, lett. c), della l. 21.3.2001, n. 84, e quelli istituiti ai sensi dell'art. 46 della l. 12.12.2002, n. 273" (l. 100/90 art. 1 coo. 1 e 2 lett. h-quinquies, introdotto dall'art. 7 co. 2 l. 56 del 31.3.2005). I fondi ivi menzionati sono quelli poi confluiti, per effetto dell'art. 1 co. 932 della legge Finanziaria 2007, nel Fondo Uni-*

co oggetto del quesito in esame. La persistente vigenza delle norme sopra richiamate ha altresì trovato recente conferma nell'art. 23-bis del d.l. 95/12, conv. in l. 135/12, che - attribuendo a Cassa Depositi e Prestiti il diritto di opzione per l'acquisto delle partecipazioni statali in SIMEST - ha altresì previsto (al co. 5) che quest'ultima continui a svolgere le attività già affidatele in base alle norme legislative e regolamentari vigenti, nonché "... ad osservare le convenzioni con il Ministero dello Sviluppo Economico già sottoscritte o che verranno sotto-scritte con il Ministero in base alla normativa di riferimento". II) Venendo ai quesiti sottoposti da codesta Amministrazione all'esame della Scrivente, si osserva quanto segue. II.1) L'art. 25 d.lgs 143/1998 descrive l'attività affidata a SIMEST come la gestione degli interventi di sostegno finanziario all'internazionalizzazione del sistema produttivo, mentre la Convenzione recante il disciplinare del rapporto precisa, nelle premesse, che oggetto della stessa è la novazione dei pregressi rapporti convenzionali relativi alla gestione di "interventi di venture capital e/o l'acquisizione di partecipazioni aggiuntive" e, all'art. 3, che l'attività del gestore è finalizzata all'"acquisizione e successiva cessione delle partecipazioni", e comprende altresì tutta una serie di attività collaterali e strumentali, quali la promozione e cura del contenzioso, lo studio dei mercati di riferimento, l'operatività dei fondi e l'amministrazione della relativa liquidità, la tenuta delle scritture dei Fondi, la stipula di contratti, la valutazione dei piani aziendali ecc.. Le attività sopra descritte potrebbero, prima facie, sembrare riconducibili alla definizione di "servizi finanziari" contenuta nel Codice dei Contratti. Tuttavia, ad un più approfondito esame, sembra che il servizio di gestione dei FVC di cui SIMEST è titolare ex lege vada, invece, sottratto all'ambito di applicazione del Codice stesso, trattandosi di un servizio prestato da un'amministrazione aggiudicatrice in favore di un'altra, sulla base di un diritto esclusivo previsto da norme legislative (quelle, tuttora vigenti, richiamate sopra, al punto I.2) che non sembrano presentare profili di possibile contrasto con il trattato (cfr. art. 19 co. 2 del codice). Ciò in ragione degli

argomenti che qui di seguito si espongono. II.2) Debbono tenersi nella debita considerazione sia la natura pubblicistica dei soggetti parte del rapporto, quali sono il Ministero e SIMEST (ambedue "amministrazioni aggiudicatrici" ex art. 3 co. 25 del Codice, in quanto amministrazione dello Stato il primo, ed organismo di diritto pubblico il secondo), sia la riserva ex lege dell'attività di gestione del FVC, sia - infine - le specifiche peculiarità proprie di detta attività. II.2.a) Quanto al primo dei summenzionati profili, occorre considerare, quanto alla natura pubblicistica di SIMEST che quest'ultima presenta i tratti distintivi propri dell'"organismo di diritto pubblico" tale essendo, ex art. 3 co. 26 del codice, "qualsiasi organismo anche in forma societaria istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". SIMEST, infatti, è un soggetto: -dotato di personalità; -il cui capitale azionario è detenuto al 76% da Cassa Depositi e prestiti (la cui natura di organismo di diritto pubblico è stata espressamente riconosciuta dal CdS con sent. 550/2007); -che opera "per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale", quale l'internazionalizzazione delle imprese. Né deve dubitarsi che quest'ultima attività sia priva di carattere industriale o commerciale: invero, benché la stessa si svolga a scopo di lucro ed in regime di concorrenza e benché, secondo la giurisprudenza nazionale e comunitaria, tali circostanze possano rilevare come indizi del carattere commerciale di un'attività (si vedano CdS 2764/08 e 1913/08 e C-229/99 e 260/99, che hanno escluso la finalità di interesse pubblico di alcuni enti fieristici, in quanto perseguono essenzialmente fini di sostegno all'iniziativa economica privata), detti indizi

non hanno tuttavia carattere necessariamente decisivo ai fini della connotazione dell'attività stessa: il carattere commerciale infatti ben può essere escluso in presenza di un interesse pubblico prevalente, come ritenuto dal Consiglio di Stato (sent. n. 6835/11) sempre con riferimento ad una s.p.a. fieristica, in ragione della prevalenza, nel caso esaminato, dell'interesse pubblico perseguito da detta s.p.a., emergente dalla prevalenza del ritorno di immagine di cui il territorio beneficia per effetto dell'organizzazione di manifestazioni commerciali. La giurisprudenza comunitaria (C-360/96) ha, a sua volta, escluso il carattere commerciale di un'attività in ragione del solo fatto che il soggetto opera in un regime concorrenziale, laddove si versi in una situazione in cui l'operatore potrebbe essere indotto a subire perdite economiche per perseguire una determinata politica, condizione - quest'ultima - che puntualmente ricorre nel caso oggetto del presente parere (sul che si dirà oltre, al punto II.2.b). Ciò posto, appare evidente come l'internazionalizzazione delle imprese effettivamente corrisponda proprio ad un interesse pubblico, che assume carattere di prevalenza. Essa, infatti - oltre a rilevare come mezzo per l'attuazione della politica industriale nazionale - soprattutto costituisce diretto strumento di politica estera, tant'è vero che, secondo l'art. 2 l. 100/90, "Il Ministro del commercio con l'estero, sentiti il direttore generale della Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione (SACE), il direttore generale del Mediocredito centrale e il direttore generale dell'Istituto nazionale per il commercio estero e sulla base degli indirizzi generali stabiliti dal Comitato interministeriale per la politica economica estera (CIPES), all'uopo allargato al Ministro delle partecipazioni statali, anche con riferimento a specifiche iniziative di rilevante interesse nazionale, formula le linee direttrici per gli interventi della SIMEST S.p.a., con particolare riguardo ai settori economici, alle aree geografiche, alle priorità e ai limiti degli interventi, e ne verifica il rispetto. In ogni caso gli interventi della società devono essere basati su rigorosi criteri di validità economica delle iniziative partecipate. 2. Con deliberazione del Comitato interministeriale per la program-

mazione economica potranno essere individuati Paesi o aree geografiche di interesse prioritario ai fini degli interventi della SIMEST S.p.a. ...". Si tratta, insomma, di finalità pubbliche che trascendono il mero interesse privato degli imprenditori che accedono ai finanziamenti, e che - in quanto attingono non solo alla politica economica ed industriale del Paese, ma anche a quella estera - rivestono interesse generale e rientrano fra le attribuzioni fondamentali ed esclusive dello Stato. Quanto alla prevalenza del fine pubblico, essa non può essere negata, sol che si considerino le sostanziali restrizioni che esso impone alla libera iniziativa economica di SIMEST, sul che si dirà subito infra, al punto II.2.b). II.2b) Venendo al secondo profilo indicato al punto II.2), cioè la riserva ex lege (artt. 25 d.lgs 143/98, l. 100/90) dell'attività affidata a SIMEST ed il particolare oggetto della stessa, si osserva che la rilevanza in termini di politica estera di detta attività, meglio descritta al punto che precede, implica che SIMEST - pur operando in regime di concorrenza (in quanto le attività elencate all'art. 1 della l. 100/909 non sono suo esclusivo appannaggio) ed a scopo di lucro - non possa tuttavia essere equiparata agli altri operatori del mercato: non solo, infatti, come già evidenziato, essa subisce un pesante condizionamento da parte dello Stato quanto ad individuazione delle priorità, dei limiti e dei settori degli interventi, tale da poter ridurre anche significativamente il margine di lucro conseguibile rispetto a quello ottenibile da un soggetto che si muova liberamente sul mercato, ma è anche soggetta ad ulteriori, precise condizioni e limitazioni, quali la durata (otto anni) delle partecipazioni assunte nelle imprese finanziate ed il relativo ammontare (art. 5 co. 2 lett. C. l. 84/01), il limite massimo della partecipazione percentuale che essa può acquisire nelle imprese partecipate (art. 1 co. 2 lett. h-bis l. 100/90). III) Le suesposte considerazioni inducono a ritenere che l'affidamento della gestione del FVC operi su di un piano ben distinto rispetto a quello del Codice dei Contratti, ricorrendo nella specie tutti i requisiti cui l'art. 19 co. 2 del medesimo condiziona l'esclusione dal proprio campo applicativo dei cosiddetti appalti "interni". Come detto, infatti, la gestio-

*ne del FVC costituisce oggetto di un diritto esclusivo riservato ex lege da un'amministrazione aggiudicatrice ad un'altra; né le norme che riservano detta gestione a SIMEST sembrano presentare profili di possibile incompatibilità con il Trattato U.E.: ciò proprio in considerazione della diretta funzionalità, meglio descritta in precedenza, dell'attività svolta da SIMEST ad una prerogativa esclusiva dello Stato, qual è la gestione della politica estera, oltre che delle forti limitazioni alla libera iniziativa imprenditoriale di SIMEST che tale funzionalità comporta. La risposta della Scrivente ai quesiti di cui sopra è pertanto la seguente:  
Non sussistono i presupposti per dar luogo*

*alla disapplicazione, né per ritenere l'intervenuta abrogazione, delle norme che riservano a SIMEST la gestione dei FVC; Pertanto - alla scadenza della Convenzione attualmente in essere con SIMEST - non si dovrà ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del FVC, bensì dovrà procedersi al rinnovo della convenzione stessa, restando tuttora valido e vigente il sistema di affidamento ex lege del servizio in via riservata a SIMEST.*

*Il suesposto parere è stato sottoposto all'approvazione del Comitato Consultivo della Scrivente che, nelle sedute del 19.4.2013 e 31.5.2013, si è espresso in conformità.*

«.....GA.....»

# CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **DURC: I PRIMI CHIARIMENTI DEL MINISTERO DEL LAVORO SULLE SEMPLIFICAZIONI INTRODOTTE CON IL "DECRETO DEL FARE"**

*La Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con apposita circolare interviene a chiarire le novità introdotte dall'art. 31 del d.l. n. 69/2013 (conv. da l. n. 98/2013). Tale norma ha apportato alcune modifiche alla disciplina in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. n. 163/2006 e al d.P.R. n. 207/2010, al fine di rendere più celere lo svolgimento dei rapporti contrattuali tra i privati e la Pubblica Amministrazione. Tra le novità si segnala: l'avvenuta estensione a tutte le "tipologie" di DURC della possibilità di rilascio del DURC "in presenza di una certificazione (...) che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto"; Nessun obbligo della richiesta del DURC solo in caso di lavori privati di manutenzione in edilizia realizzati senza ricorso a imprese direttamente in economia dal proprietario dell'immobile; obbligo di acquisizione d'ufficio del DURC da parte della stazione appaltante e rimodulazione della procedura di intervento sostitutivo per irregolarità nei versamenti contributivi, prevedendo l'obbligo di attivazione direttamente da parte dei soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), del Regolamento di attuazione del codice dei contratti (d.P.R. n. 207/2010). Prosegue poi il Ministero precisando che il DURC "in corso*

*di validità" deve essere acquisito: "a) per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. i), del d. lgs. 12.4.2006, n. 163; b) per l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'art. 11, co. 8, del d. lgs. n. 163 del 2006; c) per la stipula del contratto; d) per il pagamento degli stati avanzamento dei lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture; e) per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione, e il pagamento del saldo finale". A far data dal 21.8.2013 per tutte le ipotesi anzidette il DURC ha validità di 120 giorni dalla data del rilascio; Si precisa che con l'art. 31, co. 5, il Legislatore ha dunque operato tre "raggruppamenti" in relazione alle fasi del contratto e dei DURC che per esse devono essere richiesti. Il primo raggruppa le fattispecie elencate alle lettere a), b) e c) del comma 4 e comprende i DURC richiesti fino alla stipula del contratto. La validità quadrimestrale del Documento riguarda in primo luogo il DURC relativo al co. 4, lett. a) espressamente considerato utile, se in corso di validità, anche per le ipotesi contemplate alle lettere b) e c). In pratica i soggetti di cui all'art. 3, co. 1 lett. b), del d.P.R. n. 207/2010, tenuti ad acquisire il DURC, devono utilizzare il medesimo Documento - in corso di validità, ossia nell'ambito di 120 giorni dalla data del suo rilascio - ai fini della attestazione della regolarità contributiva anche per le ipotesi di cui alle lettere b) e c) e quindi fino alla stipula del contratto. Va tuttavia precisato che, con specifico riferimento al DURC acquisito ai fini di cui alla lett. a) ("per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, co.*

*1, lett. i), del d. lgs. 12.4.2006, n. 163”), la durata di 120 giorni di validità decorre, evidentemente, non dalla data del rilascio ma dalla data, indicata nel Documento, di verifica della dichiarazione sostitutiva. Peraltro, in sede di conversione del d.l. n. 69/2013, è stato altresì previsto che il DURC acquisito per le predette fattispecie, se in corso la validità, è utilizzato anche per contratti pubblici di lavori, servizi e forniture diversi da quelli per i quali è stato espressamente acquisito. Ferma restando l'immediata operatività di tale disposizione in relazione all'utilizzo del DURC da parte della medesima stazione appaltante, maggiori potenzialità applicative della norma potranno realizzarsi a seguito di modifiche di carattere procedurale ed informatico attivabili dagli Istituti e dalle Casse edili. Il secondo raggruppamento si riferisce alle fasi successive alla stipula del contratto, elencate alle lettere d) e e), ad esclusione, tuttavia, della fase correlata al pagamento del saldo finale. La formulazione del co. 5 consente di ritenere che, dopo la stipula del contratto, il DURC vada acquisito non già a partire dal momento appena successivo alla conclusione del contratto ma solo al concreto verificarsi delle ipotesi di cui alle lettere d) ed e), con esclusione di quello previsto, come sopra detto, per il pagamento del saldo finale. Pertanto, viene meno l'esigenza per le stazioni appaltanti di acquisire un numero di DURC pari al numero dei SAL o delle fatture relative ad ogni procedura contrattuale e per ciascuna delle attestazioni e certificati elencati nelle predette lettere d) ed e). Unica eccezione, si ribadisce, è costituita dal DURC previsto per la fase del pagamento del saldo finale, ossia per ogni pagamento che definisce i rapporti tra appaltante e appaltatore (ultima fattura). In caso di subappalto, invece, il comma 6 richiede l'acquisizione di un DURC in corso di validità relativo ai subappaltatori ai fini del rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 118, co. 8, del d.lgs. n. 163/2006, nonché nei citati casi previsti dall'art. 31, co. 4 lett. d) ed e), del d.l. n. 69/2013." Per visualizzare il testo integrale della circolare cliccare su "Accedi al provvedimento" (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali Direzione generale per l'Attività Ispettiva Prot. 37/0015563).*

«..... GA.....»

## **LA TRASMISSIONE DEI DATI SUI CONTRATTI PUBBLICI ALL'AVCP ASSOLVE ANCHE L'OBLIGO DI TRASMISSIONE ALLA CIVIT**

*Con comunicato congiunto CIVIT-Avcv in ordine alla trasmissione dei dati sui contratti pubblici si è reso noto che è stata conclusa l'intesa tra Civit-Autorità Nazionale Anticorruzione e Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici per la semplificazione degli obblighi a carico delle amministrazioni. In particolare con la trasmissione dei dati sui contratti pubblici all'AVCP secondo quanto previsto dalla delibera della stessa Autorità n. 26/2013 si intende assolta anche la trasmissione alla CIVIT ai sensi dell'art. 1 co. 27 della l. 190/2012. In tal modo ai destinatari degli obblighi di pubblicazione e di trasmissione si evita la duplicazione di oneri relativamente alla trasmissione di dati (Comunicato congiunto CIVIT-Avcv del 25.6.2013).*

«..... GA.....»

## **POSTICIPATO AL 31.1.2014 IL TERMINE PREVISTO PER LA TRASMISSIONE ALL'AUTORITÀ DEI DATI E DELLE INFORMAZIONI DI CUI ALLA LEGGE ANTICORRUZIONE EX ART. 1 CO. 32 L. N. 190/2012**

*Alla luce del complesso iter normativo, iniziato con l'entrata in vigore della legge 190 del 2012 (28.11.2012) e terminato da ultimo soltanto con l'adozione del d.lgs. 33 del 2013 (20.4.2013) il termine di natura ordinatoria inizialmente previsto per la trasmissione all'AVCP dei dati e delle informazioni di cui all'art. 1 co. 32 è stato posticipato al 31.1.2014, dovendo riguardare tutte le procedure indette da dicembre 2012. Per accedere al comunicato del Presidente del 13.6.2013 che - ai fini di una più dettagliata e completa indicazione dei dati e delle informazioni da fornire ad opera delle amministrazioni interessate l'Autorità - contiene al-*

*tresi una serie di chiarimenti concernenti le prime indicazioni operative già fornite nella richiamata deliberazione n. 26/2013, cliccare sul titolo sopra linkato su [www.gazzetta-amministrativa.it](http://www.gazzetta-amministrativa.it) (AVCP, comunicato del 13.6.2013).*

«..... GA.....»

**APPALTI PUBBLICI: LE TABELLE MINISTERIALI RECANTI IL COSTO DELLA MANODOPERA NON SONO INDEROGABILI E SVOLGONO SOLO UNA FUNZIONE DI PARAMETRO DI RIFERIMENTO DAL QUALE È POSSIBILE DISCOSTARSI IN SEDE DI GIUSTIFICAZIONI DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA**

*L'art. 88 del d. lgs. 163/2006, secondo la più consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, impone che la stazione appaltante esamini “gli elementi costitutivi dell’offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite”, sicché la relativa verifica di congruità deve essere condotta “non con la rimodulazione delle voci di offerta ma sulla base delle spiegazioni ricevute dalla aggiudicataria” (Cons. St., sez. V, 9.12.2008, n. 6126), escludendo di conseguenza che tale verifica sia svincolata dai dati forniti dalla concorrente. Poco giova allora all’appellante richiamare personali stime di mercato, sostenendo l’anomalia dell’offerta sol perché determinate voci di prezzo si discostano da quelli medi di mercato, rappresentati dall’appellante in una propria unilaterale rielaborazione della tabella dei costi. Le stesse tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera non sono inderogabili (CdS, V, 28.6.2011, n. 3865), esprimendo solo una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di giustificazioni dell’anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa. Per accedere al sito della Gazzetta Ufficiale e acquisire il testo per esteso del provvedimento cliccare sul portale [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 4.9.2013 n. 4431).*

«..... GA.....»

**FARMACIE: IL CONSIGLIO DI STATO RISOLVE LE PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE DELL'ART. 5 D.P.C.M N. 298/1994 CONCERNENTE IL PUNTEGGIO DA ASSEGNARE, NEI CONCORSI PER SEDI FARMACEUTICHE, IN RELAZIONE AI TITOLI DI ESERCIZIO PROFESSIONALI**

*Nella sentenza in esame il punto centrale della controversia è la corretta interpretazione della disposizione concernente il punteggio da assegnare, nei concorsi per sedi farmaceutiche, in relazione ai titoli di esercizio professionali. L’interessato non ha dedotto che vi sia stato errore nell’individuare, storicamente, la qualità e la durata dei periodi di servizio professionale prestato, né che vi siano stati errori di calcolo; ha invece dedotto che il criterio indicato dalla normativa vigente era stato mal applicato perché mal interpretato. La disposizione oggetto della contestazione è il regolamento approvato con d.P.C.M n. 298/1994, art. 5, co. 3, del seguente tenore: «Ai fini della valutazione dell’esercizio professionale, sono assegnati i seguenti punteggi: a) per l’attività di titolare e direttore di farmacia aperta al pubblico: punti 0,5 per anno per i primi dieci anni; 0,2 per anno per i secondi dieci anni; b) per l’attività di collaboratore di farmacia aperta al pubblico: punti 0,45 per anno per i primi dieci anni; 0,18 per anno per i secondi dieci anni (...)». La commissione giudicatrice, nel caso di specie, ha applicato queste norme intendendo che le espressioni “primi dieci anni”, “secondi dieci anni” si debbano intendere come riferite rispettivamente ai primi e ai secondi dieci anni di attività professionale. In altre parole, ai servizi svolti nei primi dieci anni di attività si assegnano i punteggi più elevati, a quelli svolti nei secondi dieci anni i punteggi meno elevati, in entrambi i casi riferendosi al tipo di attività esercitata in quel periodo di tempo. L’interessato ha invece sostenuto (e il TAR ha condiviso la sua tesi) che si debba valutare prioritariamente l’attività di livello più elevato, a punteggio pieno fino al massimo di dieci anni, e poi a punteggio ridotto per il tempo eccedente i dieci anni; se*

*in tal modo non si totalizzano venti anni, per il periodo residuo si valuta l'attività di livello meno elevato, con gli stessi criteri; e così via, fermo in ogni caso il limite di venti anni complessivi. Il Consiglio di Stato osserva che la disposizione in esame (art. 5, co. 3, del regolamento) è formulata in modo non chiarissimo e si presta a diverse interpretazioni, ciascuna delle quali tuttavia presenta inconvenienti e aspetti critici. In questa luce la soluzione sostenuta dall'interessato e recepita dal TAR può apparire non priva di una sua plausibilità, pur se, come detto, presenta ugualmente qualche aspetto critico. Nondimeno, non si può prescindere dal fatto che la giurisprudenza di questo Consiglio si è da tempo pronunciata in senso conforme al modo di procedere adottato dalla Regione Campania. A tal fine il Collegio richiama la massima della decisione del Consiglio di Stato, sezione V, n. 7350/2005, del seguente tenore: «Nel concorso per l'assegnazione di sedi farmaceutiche di nuova istituzione la valutazione dei titoli di esercizio professionale, secondo le previsioni dell'art. 5 d.P.C.M. n. 298 del 1994 e precisamente i due decenni di riferimento cui la norma concede i punteggi differenziati, ha carattere premiale a favore delle posizioni di servizio utili in quanto acquisite entro il primo ventennio d'attività e, nell'ambito del ventennio, di quelle ottenute nel primo decennio, che ha diritto al punteggio più elevato rispetto al secondo, per qualunque delle attività considerate: ciò vuol dire che l'attività meglio considerata sul piano del punteggio, se esercitata nel secondo decennio, a partire dall'anno di inizio del primo dei servizi utili a punteggio, vale di meno proprio perché acquisita in un tempo più lontano dal principio dell'attività professionale». In senso analogo si era già pronunciata la IV Sezione con decisione n. 5497/2004. Alla luce di queste massime, e' stato accolto l'appello e, in riforma della sentenza appellata, rigettato il ricorso proposto in primo grado. (Consiglio di Stato, sentenza del 29.7.2013).*

«..... GA.....»

#### **L'INDICAZIONE IN SEDE DI OFFERTA DEGLI ONERI AZIENDALI DI**

#### **SICUREZZA, NON SOGGETTI A RIBASSO VA EFFETTUATA ANCHE IN MANCANZA DI INDICAZIONI NELLA LEX SPECIALIS DI GARA**

*Alla stregua dei principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. V, 23.7.2010 n. 4849, 8.2.2011 n. 846 e 29.2.2012 n. 1172, nonché III, 3.10.2011 n. 5421): - l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, costituisce - sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3 bis, e 87, co. 4, del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 ss.mm.ii. all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare; - stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, resta irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignoranza legis; - poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante (ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 3.7.2013 n. 3565).*

«..... GA.....»

#### **INFORMATIVA PREFETTIZIA: IL MERO RAPPORTO DI PARENTELA CON SOGGETTI PREGIUDICATI O CONTIGUI AD AMBIENTI CRIMINALI UNITO AD ALTRI PUÒ ESSERE IDONEO AD INTEGRARE IL PRESUPPOSTO DEL TENTATIVO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA**

*L'informativa prefettizia, di cui agli art. 4 d.lgs. 29.10.1994 n. 490 e 10 d.P.R. 3.6.1998 n. 252, è funzionale alla peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente*

*contro rischi di infiltrazione mafiosa, idonei a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la P.A., determinando l'esclusione dell'imprenditore, sospettato di detti legami, dal mercato dei pubblici appalti e, più in generale, dalla stipula di tutti quei contratti e dalla fruizione di tutti quei benefici, che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività.”(CdS, VI, 17.7.2006, n. 4574).*

*Di conseguenza, la misura è adottabile sulla base di accertamenti sommari e probabilistici, che non raggiungono, né possono raggiungere, le certezze che scaturiscono dai*

*giudizi penali; ed è irrilevante la preesistenza di pregiudizi penali o procedimenti pendenti per reati di mafia così come sono irrilevanti le risultanze negative dei certificati penali delle persone interessate all'indagine (CdS, VI, 3.3.2010, n. 1254).*

*Tuttavia, è altrettanto essenziale, in un sistema di legalità, non attribuire valore esclusivo al mero rapporto di parentela con soggetti pregiudicati o contigui ad ambienti criminali; tale elemento, però, unito ad altri può essere idoneo ad integrare il presupposto del tentativo di infiltrazione mafiosa (CdS, 7.11.2006 n. 6536) (Consiglio di Stato, Sez. sentenza 30.5.2013 n. 2941).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE E IL DOVERE DI SOCCORSO ISTRUTTORIO: CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI E RINVIO ALL'ADUNANZA PLENARIA

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*L'art. 4, co. 2, lett. d), del d.l. 11.5.2011, n. 70, convertito in legge il 12 luglio e in vigore dal 13.7.2011, ha introdotto l'art. 46, co. 1 bis, il quale prevede il principio di tassatività delle clausole di esclusione nelle gare di appalto.*

Article. 4, co. 2, letter. d) of the Decree Law 11.5.2011, n. 70, which became law on July 12 and in force since 13 July 2011, introduced art. 46, para. 1a, which provides for the mandatory nature of the principle of exclusion clauses in tenders.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il principio di tassatività.*

### **1.Premessa.**

Come noto agli operatori del diritto, l'art. 4, co. 2, lett. d), del d.l. 11.5.2011, n. 70, convertito in legge il 12 luglio e in vigore dal 13.7.2011, ha introdotto l'art. 46, co. 1 bis, il quale prevede il principio di tassatività delle clausole di esclusione nelle gare di appalto, principio secondo il quale *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. Dunque, deve ritenersi illegittima l’esclusione di una ditta da una gara solo per*

*irregolarità di carattere formale nelle presentazione della domanda di partecipazione”*,

### **2.Il Principio di tassatività.**

Tale principio porrebbe fine, almeno teoricamente, alle iniziative delle stazioni appaltanti tese a inserire nella *lex specialis* adempimenti ulteriori da eseguire per la presentazione dell'offerta, con evidente violazione del principio di non aggravamento del procedimento.

Questo teoricamente poiché, in realtà, nel periodo antecedente l'entrata in vigore del decreto sviluppo i giudici amministrativi hanno applicato, e in alcuni casi continuano a preferire una lettura della norma più restrittiva.

A tal proposito, di recente, la sesta sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla sentenza del TAR Campania - Napoli n. 1888/2012 relativamente alla questione di diritto concernente la retroattività o meno del principio di tassatività delle clausole di esclusione e l'ambito di applicazione del correlato dovere di soccorso istruttorio, ritenendo che l'argomento potesse rappresentare fonte di contrasti giurisprudenziali, rimette la que-

stione all'Adunanza Plenaria con ordinanza n. 2681 del 17.5.2013.

L'ordinanza di rimessione trae origine da una disposizione della *lex specialis* che, con riferimento ad una gara - indetta nel 2011 - per la concessione di uno specchio acqueo prospiciente il porto di Napoli per l'ormeggio di un bacino galleggiante di proprietà privata, dispone di allegare all'offerta economica, a pena di esclusione, anche la copia fotostatica del documento d'identità del soggetto sottoscrittore. Le imprese partecipanti alla gara sono solamente due; mentre la prima omette di presentare copia fotostatica del documento d'identità nella documentazione da depositare a pena di esclusione a corredo dell'offerta tecnica ed economica, la seconda omette di presentare il medesimo documento esclusivamente nella documentazione da depositare a corredo dell'offerta tecnica. La società prima partecipante, aggiudicatasi provvisoriamente la gara, viene poi esclusa a causa della mancata produzione del documento d'identità nell'offerta economica, adempimento previsto dal bando a pena di esclusione e quindi essenziale per aggiudicarsi la gara medesima.

Tale aspetto, motivo essenziale dell'impugnazione presentata dalla società originariamente aggiudicataria avverso la sentenza del Tar, ad avviso dei giudici di palazzo Spada, solleva la questione dei limiti entro i quali è possibile prevedere, in sede di bando, cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle oggetto di una specifica previsione legislativa e la questione strettamente connessa del perimetro del c.d. dovere di soccorso istruttorio disciplinato dall' art. 46, co. 1 del d.lgs. n. 163/2006, inteso come il *“potere-dovere della stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, di sollecitare i concorrenti che partecipano alla gara a porre rimedio ad eventuali dimenticanze, sviste o errori di carattere formale o documentale”*.

In tal senso, osservano i giudici di secondo grado nell'ordinanza, si assiste, in giurisprudenza, alla contrapposizione fra due diversi orientamenti: il primo, più tradizionale e restrittivo, si è formato nel regime anteriore all'entrata in vigore del decreto sviluppo (d.l. 70/2011), il quale, come sopra osservato, ha modificato l'art. 46 del codice degli appalti

inserendo il co. 1bis. Tale orientamento, in sostanza, non riconosce l'esistenza di un principio di tassatività delle cause di esclusione in materia di procedure ad evidenza pubblica, consentendo, in tal modo, alle stazioni appaltanti di inserire nella legge di gara la previsione di adempimenti ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge o dal regolamento. La stazione appaltante, in questo modo, diviene titolare di un vero e proprio potere discrezionale nell'individuazione delle cause di esclusione e unica affidataria del contemperamento dell'interesse alla massima partecipazione alle procedure di gara con quello alla speditezza dell'azione il tutto, comunque, conformato al principio di proporzionalità ed adeguatezza. A corroborare tale interpretazione restrittiva del principio di tassatività delle clausole di esclusione interviene una lettura piuttosto limitata del c.d. dovere di soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, istituito disciplinato dall'art. 6, co. 1, lett. b), della l. n. 241/1990 e poi richiamato, con particolare riferimento alle gare di appalto, dall'art. 46, co. 1 del d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale *“nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documento e dichiarazioni presentati”*. Il dovere di soccorso istruttorio, dunque, secondo l'interpretazione restrittiva che discende da questo primo orientamento, si traduce nella *“preclusione di qualsiasi forma di integrazione documentale attesa la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura ad evidenza pubblica con riguardo alla presentazione delle offerte, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A., ma anche del principio della par condicio di tutti i concorrenti nel divieto”*.

Tale preclusione troverebbe la sua piena ragion d'essere nel principio di autoresponsabilità in capo ai partecipanti alla gara, principio secondo il quale ciascun offerente ha il dovere di assumersi le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. In questo senso inteso, l'art. 46, co. 1, del codice degli appalti, non può dive-

nire strumento per supplire alla violazione di adempimenti procedurali o all'omessa allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione, non essendo consentito a nessuna impresa di completare la domanda di partecipazione in un momento successivo al termine finale stabilito dal bando. Diversamente si configurerebbe una *palese violazione del principio della par condicio*<sup>1</sup>.

Orbene, tale orientamento giurisprudenziale, considerato prevalente, in presenza di una clausola inequivoca prevista a pena di esclusione propende per l'automatica esclusione della partecipante in virtù della scelta effettuata a monte dall'Amministrazione, escludendo qualsiasi forma di integrazione documentale. La *ratio* sottesa è quella di anteporre il principio di speditezza dell'azione a quello della massima partecipazione alla gara.

Il secondo orientamento, contrapposto al primo e diffuso, in particolare, nella giurisprudenza di secondo grado, preferisce un'interpretazione più ampia del principio di tassatività delle clausole di esclusione e potere di regolarizzazione documentale, ovvero il dovere di soccorso istruttorio come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme. Naturalmente quanto appena affermato postula che i vizi cui dovrebbe sopperire un'eventuale regolarizzazione documentale successiva alla scadenza del termine previsto dal bando, siano meramente formali.

Esemplificando, la mera previsione nella *lex specialis* della necessità di produrre un determinato documento o una determinata dichiarazione, sebbene richiesta a pena di esclusione, non sarebbe di per sé sufficiente a esonerare la stazione appaltante dall'obbligo di soccorso istruttorio, ovvero dal richiedere all'impresa partecipante di provvedere a integrare la documentazione o a produrre una dichiarazione.

Naturalmente, tale lettura estensiva si applicherebbe solo ed esclusivamente - giova ribadirlo - nei casi in cui i vizi che si presentano siano di ordine formale, in alcun modo

pregiudicando, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta.

In conclusione, la stazione appaltante, quand'anche nel bando sia espressamente prevista la sanzione dell'esclusione per l'inservanza di alcune previsioni, è tenuta comunque a procedere ad una richiesta di regolarizzazione documentale anteponendo l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti alla speditezza dell'azione.

Tale orientamento, dal Collegio pienamente condiviso, presenta l'indiscutibile pregio di evitare quell'eccessivo formalismo che, a dire del medesimo, spesso caratterizza il contenzioso in materia di contratti pubblici e che di frequente presta il fianco a una vera e propria "caccia all'errore" da parte dell'amministrazione. Questo comporterebbe che un mero vizio di forma non può tradursi nell'illegittimità del provvedimento adottato.

La posizione antitetica di questi due orientamenti, secondo il Collegio, potrebbe essere terreno di contrasti giurisprudenziali ed è per questo motivo che i giudici di secondo grado hanno deciso di rimettere la questione all'Adunanza plenaria alla quale si chiede di pronunciarsi, considerato che il principio di tassatività delle clausole di esclusione è stato introdotto di recente dal d.l.n. 70/2011, circa: 1) *“la retroattività del principio stesso, ovvero se è possibile parlare di tassatività delle clausole di esclusione anche per il periodo antecedente la riforma introdotta dal decreto sviluppo; 2) se, in particolare, debbano ritenersi illegittime, per la violazione di tale principio, le clausole che impongono a pena di esclusione adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa; 3) se, ed in che misura, ove si dovesse, al contrario, concludere per la validità di dette clausole “atipiche” di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all’art. 46, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006, invitare il concorrente, prima di disporre l’esclusione, ad una “regolarizzazione” documentale, consentendogli l’eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui*

<sup>1</sup> CdS, V, 18.2.2013, n. 974; *idem*, V, 5.12.2012, n. 6248; V, 25.6.2007, n. 3645; *idem*, VI, 23.3.2007, n. 1423; *idem*, V, 20.5.2002, n. 2717.



*l'omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente".* La questione quindi rima-

ne ancora aperta, non essendosi ancora pronunciata in merito l'Adunanza Plenaria, che dovrà fornire una regola interpretativa che dia certezza all'operato delle stazioni appaltanti.

«.....GA.....»

# AVVALIMENTO: IL GIUDICE AMMINISTRATIVO RIVEDE LA POSIZIONE GIURISPRUDENZIALE SULLA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ

dell'Avv. Michele De Cilla

*La risposta della giurisprudenza recente alla problematica connessa all'avvalimento della certificazione di qualità.*

The response of recent case law related to the issue of all'avvalimento certification of quality.

*Sommario: 1. Premessa. 2. L'avvalimento della certificazione di qualità.*

## 1. Premessa.

L'avvalimento rimane, ancora oggi, uno degli istituti giuridici più controversi della contrattualistica pubblica, i cui contorni si vanno continuamente delineando anche alla luce di un continuo approfondimento in sede giurisprudenziale.

Sulla scia di tale indagine, il TAR del Lazio, sede di Roma, con la recentissima sentenza del 24.4.2013 n. 4126 ha avuto modo di interrogarsi sull'opportunità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità, individuando, all'esito dell'esame, ulteriori limiti all'operatività dell'istituto.

## 2. L'avvalimento della certificazione di qualità.

La vicenda in questione riguardava l'aggiudicazione di un contratto di fornitura secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla cui procedura di gara aveva partecipato una impresa che, carente del requisito richiesto nella *lex specialis* di gara, si era avvalsa della certificazione di qualità di altra impresa ausiliaria.

Ebbene, il Tribunale amministrativo adito, con un'argomentazione in netto contrasto con la giurisprudenza finora formatasi sull'avvalimento della certificazione di qualità, richiamando la determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici del 1.8.2012, n. 2<sup>1</sup>, secondo cui "*l'intima correlazione tra*

*l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità*", ha ritenuto "*preferibile interpretare l'art. 49 del codice dei contratti pubblici nel senso che l'avvalimento della certificazione di qualità non sia consentito ad eccezione delle ipotesi in cui la stessa sia compresa nell'attestazione SOA*".

La *ratio* della pronuncia va rinvenuta nell'esigenza di assicurare il possesso del requisito richiesto - *sub specie* dello standard di qualità produttiva e aziendale - solo ed esclusivamente in capo all'offerente, posto che la certificazione di qualità, essendo volta ad assicurare che l'impresa svolga il servizio, la fornitura o i lavori secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, deve essere ricondotta nel novero dei requisiti di ordine soggettivo di affidabilità che dovrebbero, in via di principio, essere posseduti da chi esegue effettivamente la prestazione.

Ma l'aspetto forse più interessante dell'orientamento interpretativo adottato, fa leva sul dato normativo nazionale e comunitario.

La stessa Autorità di Vigilanza, nella richiamata determinazione, osserva, infatti, che la norma nazionale, nel recepire l'istituto dell'avvalimento come delineato dalla disci-

<sup>1</sup> In linea con precedenti pareri dell'AVCP:10.12.2008, n.254; 20.5.2009, n.64; 5.5. 2011, n.80; 19.5.2011, n.97.

plina comunitaria, all'art. 49 del codice dei contratti ne circoscrive l'applicabilità ai soli requisiti di carattere economico - finanziario e tecnico - organizzativo, ovvero alla certificazione SOA, ossia ai requisiti di carattere oggettivo, senza includere nella medesima possibilità i requisiti di ordine generale o di moralità, che, invece, sono - e devono essere - posseduti da ciascun partecipante senza possibilità di appello all'istituto dell'avvalimento.

L'argomento decisivo, idoneo a sottrarre la certificazione di qualità dal novero dei requisiti potenzialmente oggetto di avvalimento, sembra essere proprio la sistematica normativa, atteso che la certificazione non è compresa nè tra i requisiti concernenti la capacità tecnico - organizzativa, nè tra quelli inerenti la capacità economico - finanziaria (di cui agli artt. 41 e 42 del codice), bensì è disciplinata nell'art. 43: in altre parole, il fatto che la norma sia collocata all'infuori della disciplina sul possesso dei requisiti di carattere oggettivo vale a sottrarre la medesima dall'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento.

Del resto, la differenziazione normativa, come osservato dalla sentenza in commento, è presente già nella normativa comunitaria, laddove diverse sono le disposizioni che attengono alla garanzia della qualità ed alla gestione ambientale, rispetto a quelle che prevedono la possibilità di ricorrere all'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti di carattere economico - finanziario e tecnico - professionale disciplinati agli artt. 47 e 48 della dir. 2004/18/CE, posto che la relativa disciplina è collocata nei successivi artt. 49 e 50 della medesima Direttiva.

L'impostazione derivante dal dato logico - sistematico, tuttavia, sembra mostrare una evidente lacuna, se solo si consideri che l'argomento è suscettibile di essere applicato 'a contrario', nel qual caso si dovrebbe opinare che, non rientrando la certificazione di qualità neanche nel novero dei requisiti di cui all'art. 38 del codice, ma essendo collocata in una norma a parte, non è scontato che la medesima non possa essere oggetto di avvalimento.

Peraltro, l'ammissibilità dell'avvalimento anche della certificazione di qualità è stata

predicata da parte di talune pronunce giurisprudenziali precedenti (di cui la sentenza in commento da' ampio riscontro, pur tuttavia ritenendo di discostarsene), che hanno osservato come "la formulazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, in materia di avvalimento, è molto ampia e non prevede alcun divieto di utilizzare tale istituto anche per la certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo quest'ultima ai requisiti di capacità tecnica, non rilevando, in contrario, che la certificazione di qualità è requisito immanente l'impresa. Invero, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto"<sup>2</sup>, ed inoltre rilevando che, pur non potendo trascurare "l'evidente difficoltà pratica di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività"<sup>3</sup>, "la disciplina dell'articolo 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali, di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, mentre il requisito della certificazione di qualità - in quanto connesso ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività è conforme ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza - dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere (pur sempre) tecnico- organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento" (TAR Basi-

<sup>2</sup> CdS, V, 23.10.2012, n. 5408

<sup>3</sup> CdS, III, 18.4. 2011, n. 2344

licata, 3.5.2010, n. 224).

Dunque, posto che l'argomento logico - sistematico presenta delle evidenti criticità, sembra più attendibile quella interpretazione che, prediligendo il carattere sostanziale della norma, secondo cui la certificazione di qualità va intesa come *"ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità"*, osserva che, ove l'operatore economico non soddisfi detto requisito, ovvero la capacità di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere non solo agli standard richiesti dalle norme, ma altresì - e nel modo migliore - alle richieste della stazione appaltante, non sarà possibile far ricorso all'avvalimento, altrimenti *'svuotando'* la competenza e il livello qualitativo della produttività e rendendo l'azienda un mero involucro privo di adeguata professionalità, ma da riempire, di volta in volta, con le certificazioni possedute da altre aziende.

In effetti, quanto detto sembra avvalorato anche a voler considerare l'aspetto relativo all'esecuzione del contratto, in cui non è affatto da dare per scontato che l'avvalimento implichi un coinvolgimento dell'ausiliario solo in termini di aumento delle garanzie patrimoniali per la stazione appaltante.

Anzi, alla luce della nozione comunitaria dell'avvalimento, delle più recenti indicazioni giurisprudenziali nazionali, ed anche dell'art.

88, co. 1, del d.P.R. 207/2010, sembra essere invalsa una lettura dell'istituto in termini maggiormente operativi, cioè tali da implicare un effettivo coinvolgimento dell'ausiliario in sede di esecuzione dell'appalto.

Se così fosse, consentire l'avvalimento anche per quanto concerne quei requisiti garantistici di un determinato standard aziendale, quali la certificazione di qualità o la gestione ambientale, significherebbe, di fatto, ed alle estreme conseguenze, non solo consentire alla stazione appaltante di operare la verifica di qualità in capo all'ausiliaria - come del resto, già avviene - ma, conseguentemente, di fare affidamento sui processi produttivi dell'impresa ausiliaria piuttosto che dell'ausiliata, attraverso non soltanto la messa a disposizione delle maestranze e dell'attrezzatura tecnica posseduta, ma altresì del proprio know-how aziendale, per tutti quei processi produttivi che giustificano l'attribuzione del certificato di qualità.

Diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione di considerare che l'intero impianto normativo (peraltro di derivazione comunitaria) relativo alla qualificazione degli operatori economici per la partecipazione alle pubbliche gare è tale da non garantire alla stazione appaltante il perseguimento dell'interesse pubblico cui è finalizzata la procedura di affidamento del contratto con riferimento all'avvalimento.

«.....GA.....»

# L'OPERATIVITÀ AGGREGATIVA DELLE RETI D'IMPRESA NELL'AMBITO DEI CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO

dell'Avv. Andrea Grappelli

*Con il presente commento si affronta, nei suoi aspetti generali, il tema dei contratti di rete e del processo di innovazione nel settore degli appalti pubblici a seguito dell'inserimento della lettera e-bis) al co. 1 dell'art. 34 del d.lgs. 163/06 smi. Le differenti modalità di strutturazione del contratto di rete incidono in modo rilevante ai fini della partecipazione e qualificazione dei retisti. In relazione alla tipologia di contratto di rete, la Stazione appaltane dovrà porre una particolare attenzione nella verifica del rispetto delle formalità di mandato, sottoscrizione della domanda di partecipazione e di offerta da parte dei retisti, nonché dei loro requisiti. Il tema individua ulteriori spunti di riflessione in merito alla futura operatività dei contratti di rete anche in relazione all'istituto del subappalto e del distacco del personale.*

With this commentary is faced, in its general aspects, the issue of network contracts and the process of innovation in the field of public procurement following the insertion of the letter-bis) in paragraph 1 of art. 34 of Legislative Decree no. 163/06 liability. The different modes of structuring the network contract have a considerable impact for participation and qualification of retisti or network operators. Depending on the type of network contract, the Station appaltane will pay considerable attention in the verification of compliance with the formalities of office, signing the application form and supply by retisti or network operators, as well as their requirements. The theme identifies some additional insights on the future operation of network contracts in relation to the institution of subcontracting and staff secondment.

*Sommario: 1. Introduzione. 2. L'evoluzione normativa del contratto di rete. 3. Le caratteristiche del contratto. 4. Il richiamo normativo nel Codice dei Contratti. 5. Le modalità di partecipazione alle gare d'appalto. 6. La qualificazione della rete ai fini della partecipazione alle gare d'appalto. 7. Profili giuslavoristici e subappalto. 8. Conclusioni.*

## **1.Introduzione.**

Con l'introduzione dei contratti di rete nel nostro panorama normativo nazionale, si è voluto ampliare la modalità aggregativa ed il sistema produttivo delle piccole e medie imprese, con lo specifico interesse di accrescere la loro competitività ed innovatività.

Il Legislatore italiano ha inserito questa nuova tipologia di contratti nel rispetto degli obiettivi comunitari, riscontrabili anche nel "Small Business Act" volti a sfruttare in modo più organico il potenziale di crescita ed innovazione delle PMI.

L'analisi di tale figura contrattuale non può prescindere dal fatto che la "rete di impresa" è volta a garantire una cooperazione per il raggiungimento delle finalità fissate, e

precisamente la volontà di creare un nuovo strumento diretto allo scambio d'informazioni e/o prestazioni nonché l'esercitare effettivamente una attività d'impresa comune durevole e continuativa.

## **2.L'evoluzione normativa sul contratto di rete.**

L'avvio del processo di innovazione normativa è avvenuto con l'art. 6 bis della l. n. 133/2008, di conversione del d.l. n. 112/2008, e quindi dalla l. n. 33/99 diretta ad offrire *Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi*, nonché - sempre nello stesso anno - dalla l. n. 99/2009 (cd "Legge Sviluppo") che ha abrogato il precedente art. 6 bis (cit.) apportando significative correzioni alla discipli-

na del contratto di rete.

La rapida evoluzione normativa non si è quindi arrestata, tutt'altro, ed alle modifiche fin qui introdotte hanno fatto seguito - tra le più rilevanti - quelle di natura fiscale nonché di responsabilità patrimoniale, enunciate dalla l. n. 122/2010, la l. n. 134/2012. Nel 2012, sono intervenuti in modo riorganizzativo sul tema anche il c.d. "Decreto Sviluppo bis" (l. n. 221/2012) e la legge di Stabilità 2013 (l.n. 224 del 24.12.2012).

Con la l. n. 99/2013 (legge di conversione del d.l. n. 76/2013) sono state recepite le modifiche degli istituti sul distacco dei lavoratori e sulla co-datorialità.

A tale fermento normativo, non poteva non fare eco l'intervento di autorevoli operatori del settore che si sono adoperati nel chiarire le peculiarità normative ed applicative di questa nuova tipologia contrattuale.

Si sono distinte in particolare l'AVCP (con atto di segnalazione n. 2/2012 e la Determinazione n. 3/2013), la Banca d'Italia, l'ABI, nonché il MEF (nota del 9.08.2013) e da ultimo anche il Ministero del Lavoro (circolare n. 35/2013), che in più occasioni hanno avuto modo di intervenire, ponendo addirittura l'attenzione su tematiche che hanno contribuito a modificare la disciplina di settore, e le norme connesse alla partecipazione di soggetti aggregati alle procedure di gara dirette all'aggiudicazione di contratti pubblici.

L'articolato e repentino sviluppo normativo di tale nuovo strumento aggregativo - connotato da numerose modifiche ed aggiustamenti in fase applicative - ha portato in particolare l'AVCP ad intervenire incisivamente sul tema, riorganizzando le novità introdotte dal Legislatore e districandosi tra la neo figura contrattuale ed il rigido proceduralismo proprio della normativa sui contratti pubblici e delle modalità di partecipazione alle gare da parte delle reti di impresa.

### 3. Le caratteristiche del contratto.

Il contratto di rete, per potersi definire tale, deve essere strutturato come uno strumento di cooperazione che impone alle imprese partecipanti l'obbligo di indicare un programma comune diretto ad accrescere la loro capacità innovativa.

Quando si parla di "programma comune" ci si riferisce al fatto che con tale forma di aggregazione non si utilizza l'associazione per perseguire individualmente un proprio specifico interesse (come avviene nel caso delle ATI), bensì con questa nuova forma contrattuale l'attenzione dei partecipanti deve essere concentrata, in via principale, sull'accrescimento collettivo oltre che individuale, connesso a sviluppare mezzi più radicati di competitività sul mercato.

A questo strumento di aggregazione possono ricorrere solo imprese iscritte presso la Camera di Commercio; dal contratto di rete non nasce, obbligatoriamente, un nuovo soggetto giuridico e quindi non viene necessariamente creato un nuovo soggetto passivo a livello tributario.

Si ritiene che le caratteristiche tecniche delle reti di impresa, seppur per molteplici aspetti vicine alle ATI, siano altresì simili ai consorzi; rispetto a quest'ultimi, in particolare, si ravvisa una uguale modalità di gestione delle iscrizioni presso la Camera di Commercio, che deve avvenire ai sensi dell'art. 2612 del c.c. (cfr. sul punto MEF nota del 9.8.2013). Tuttavia, ciò che caratterizza e differenzia, in generale, le reti di impresa dalle altre figure aggregative, è data dalle loro finalità perseguite, dall'indipendenza e maggior flessibilità gestionale.

Quando si parla di flessibilità ci si riferisce alla possibilità di individuare, in base alle specifiche esigenze, differenti livelli di aggregazione che vanno dalla collaborazione generale al più specifico impegno di scambio di informazioni no, nonché al compimento di vere e proprie attività.

In merito all'aspetto dell'iscrizione alla Camera di Commercio (obbligatoria per le reti di impresa), è stato ritenuto che l'efficacia del contratto di rete inizi a decorrere dal giorno dell'avvenuta ultima iscrizione di tutti i reteisti.

Nelle sue forme costitutive può essere prevista (ma non è obbligatorio) l'istituzione di un fondo patrimoniale comune disciplinato nel rispetto degli artt. 2614 e 2615 del c.c..

E' un contratto a struttura aperta non caratterizzato da particolari vincoli di contenuto ma da redigersi per atto pubblico o scrittura

privata autenticata, oppure con atto firmato digitalmente (a norma degli artt. 24 e 25 del d. lgs. n. 82/2005, CAD) o con firma elettronica autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale, nonché deve essere pubblicizzato sul Registro delle Imprese presso cui ciascun partecipante al contratto di rete è iscritto.

Il contenuto del contratto, pur avendo una tipologia aperta, deve essere rispettoso degli oggetti sociali dei rispettivi partecipanti.

Il contratto, principalmente, regola gli aspetti organizzativi, patrimoniali e di responsabilità (interne tra le imprese partecipanti e nei confronti di terzi), anche mediante la redazione di specifici allegati al contratto stesso.

Ogni contratto di rete, per garantire una maggior stabilità del proprio rapporto associativo, deve anche avere una regolamentazione della sua *governance*; quest'ultima può trovare la propria miglior esplicitazione nella costituzione di un "*organo comune*" al quale viene affidata la direzione delle attività contrattualmente stabilite. L'organo comune può essere costituito da un soggetto unico o da una pluralità di soggetti.

A livello generale - come in seguito meglio esplicitato - se la rete è dotata di soggettività giuridica, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete, mentre se la rete ne è priva, allora, l'organo comune agisce nella sua veste di "mandatario comune" dei retisti.

Attualmente, non esistendo modelli tipici, è lasciato agli operatori di settore la massima libertà di strutturare l'organizzazione contrattuale come verrà ritenuto più opportuno ai fini e del programma comune di crescita.

#### **4. Il richiamo normativo nel Codice dei Contratti.**

Con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici, il legislatore - con la l. n. 221/2012 - è intervenuto novellando il testo dell'art. 34 del d.lgs. n.163/2006 e smi; con l'inserimento della lett. *e bis*) al co. 1 dell'art. 34, infatti, sono state ampliate le categorie di soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici, quindi adesso vi rientreranno anche le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'art. 3, co. 4 *ter*, del d.l.n. 5/2009.

#### **5. La partecipazione alle gare d'appalto.**

Ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, vi è l'obbligo del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 d. lgs. n.163/06 smi, nonché per espresso richiamo normativo, le imprese retiste devono sottostare alle disposizioni di cui all'art. 37 del d. lgs. cit.

La modalità di partecipazione alle gare di appalto è fortemente condizionato dalla strutturazione della Rete d'impresa, essendo il mandato (per la partecipazione alla gara e la firma dell'offerta) connesso alla soggettività giuridica, o meno, della Rete.

Nel caso in cui la Rete decida di acquistare la soggettività giuridica, l'organo comune agirà in rappresentanza della rete; laddove non venga acquisita, l'organo comune agirà in rappresentanza dei partecipanti (anche individuali) al contratto di rete "*salvo che sia diversamente disposto*".

La strutturazione, come chiarito in modo puntuale dall'AVCP nella sua determinazione n.3/2013, può essere di tre tipi, vi sono: A) le *reti dotate di un organo comune con potere di rappresentanza, ma non dotate di soggettività giuridica*; B) le *reti dotate di organo comune privo di potere di rappresentanza, oppure del tutto sprovviste di organo comune*; C) le *reti dotate di organo comune e di soggettività giuridica*.

Nell'ipotesi A) l'organo comune può essere mandataria:

se è in possesso dei requisiti di qualificazione;

- se il contratto di rete è stato redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente (a norma dell'art. 25 del CAD)

se il contratto di rete contiene un mandato specifico per presentare domande di partecipazione o offerte (per tutte o solo per alcune specifiche tipologie di gare).

Al fine di avvalersi di tale rappresentanza, è necessario che il mandato venga confermato, per ogni specifica gara, mediante la sottoscrizione della domanda o dell'offerta da parte delle imprese retiste.

Nell'ipotesi B), si rientra nelle modalità di partecipazione tipiche dei raggruppamenti costituiti o dei raggruppamenti costituendi. In questa ipotesi si applica la disciplina generale

già nota in merito alle forme associative costituite o costituende.

Pertanto, nel caso di contratto di rete redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o firmata in via digitale (ai sensi dell'art. 25, CAD), la forma del mandato deve essere quella di una *scrittura privata non autenticata* sottoscritta dagli operatori economici aderenti alla rete.

Mentre nel caso in cui il contratto di rete non sia stato redatto nelle forme sopra descritte, allora il mandato deve avere la forma di una *scrittura privata autenticata*.

Nel rispetto delle regole generali, se si rientra nella ipotesi di una *aggregazione costituenda*, l'offerta o la domanda di partecipazione, deve essere sottoscritta dalle retiste che sono interessate a partecipare a quella gara d'appalto. Altresì, come noto, nell'offerta deve essere presentato anche l'impegno, sottoscritto, per cui in caso di aggiudicazione della gara verrà conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una delle reteiste partecipanti, ai fini della stipula del contratto.

Nell'ipotesi C), è necessario che il programma comune, indicato nel contratto di rete, preveda la possibilità di una partecipazione congiunta delle retiste alle procedure di gara. L'organo comune è quindi dotato di un potere vincolante per tutte le retiste alla procedura di gara per cui si sta partecipando.

In fase di gara, ai fini della verifica di tale potere è necessario allegare alla domanda di partecipazione alla gara o all'offerta, copia autentica del contratto di rete.

### **6. La qualificazione della rete ai fini della partecipazione alle gare d'appalto.**

In merito alla qualificazione della rete di impresa per la partecipazione ad una gara d'appalto, viene applicata una disciplina differenziata a seconda della strutturazione della Rete.

La qualificazione della rete, nel caso si rientri nelle ipotesi A e C (di cui ai paragrafi precedenti), è così distinta:

per i lavori:

la disciplina è quella dettata dall'art. 37, coo. 3 e 13 del d.lgs. n.163/06 e smi.

Le quote di partecipazione si riferiscono all'aggregazione tra le imprese reteiste che

partecipano all'appalto.

Vi è l'obbligo di una corrispondenza sostanziale tra le quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori

L'offerta deve specificare le quote di partecipazione all'aggregazione, le quali devono corrispondere alle quote di qualificazione e d'esecuzione.

In merito alla ripartizione delle quote tra mandante e mandataria vengono applicate quelle dettate dall'art. 37, co. 6 (per i raggruppamenti di tipo verticale) ed art. 37, co. 11 (opere aventi un notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica);

- per i servizi e le forniture:

trovano applicazione le norme contenute nel co. 4 dell'art. 37.

In questo caso l'offerta, ai fini di una sua corretta formulazione, deve specificare le parti del servizio o della fornitura che verranno eseguite dai singoli retisti partecipanti alla gara.

La qualificazione della rete, nel caso si rientri nelle ipotesi B, e quindi l'aggregazione delle imprese partecipa nella forma di un vero e proprio RTI, trova applicazione la disciplina dettata dall'art. 37.

### **7. Profili giuslavoristici e subappalto.**

Negli anni sono sorte varie interpretazioni su come coordinare l'istituto del subappalto con quello del distacco dei lavoratori.

Infatti, con riferimento ai consorzi d'impresa, si è visto il proliferare di differenti posizioni interpretative da parte della giurisprudenza di settore.

Con l'introduzione di questa nuova forma aggregativa si ritiene, che si avranno interessanti risvolti anche sul rapporto tra i contratti di rete e l'istituto del subappalto, (disciplinato dall'art. 118 del d.lgs. n.163/06 smi), il tutto in relazione all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 smi (come modificato ed integrato dal d.lgs.n. 76/2013) che disciplina nello specifico il distacco del personale e la codatorialità (cfr. Ministero del Lavoro circolare n. 35/2013).

Sul punto, le associazioni di categorie, infatti hanno già avuto modo di esprimere il loro punto di vista e sottolineare che sarebbe opportuno un intervento del legislatore al fine

di condividere l'idea per cui l'aggiudicatario possa ricorrere all'utilizzo del personale distaccato da altra impresa (non partecipante alla gara) - ma con cui sia stato stipulato un contratto di rete - senza che ciò determini un potenziale ed eventuale rischio di violazione della disciplina sul subappalto.

Data la novità normativa che vede coinvolta più normative di settore altamente complesse, si ritiene che fino a quando non dovesse intervenire un chiaro ed inequivoco indirizzo interpretativo, questo tema porterà a molteplici sviluppi applicativi, i quali indubbiamente dovranno essere valutati ed inquadrati singolarmente e di volta in volta, in base alla fattispecie concreta.

### **8. Conclusioni.**

Le modalità applicative dei contratti di rete nell'ambito del codice dei contratti di appalto,

avranno un innegabile sviluppo positivo ai fini della competitività in questo settore, nonché offrirà la possibilità di valorizzare le qualifiche specialistiche delle imprese reteiste.

L'elemento che maggiormente va a condizionare le modalità di partecipazione all'appalto delle imprese reteiste nonché di qualificazione ai fini delle gara, è la *strutturazione* della rete, che può essere di differenti tipi.

L'evoluzione normativa del 2012 e quella dettata da ultimo con la legge di Stabilità del 2013, anche grazie la sollecitazione degli operatori del settore, ha contribuito a definire un quadro di riferimento più preciso, ed inoltre ha permesso di evidenziare le potenzialità operative che questa nuova modalità aggregativa è in grado di offrire agli operatori economici.

«.....GA.....»

# PARTECIPAZIONE DELLE RETI DI IMPRESA ALLE PROCEDURE DI GARA PER L'AGGIUDICAZIONE DI CONTRATTI PUBBLICI AI SENSI DEGLI ARTICOLI 34 E 37 DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

*Determinazione n. 3 del 23 aprile 2013 dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture. Indicazioni sulla partecipazione alle gare delle reti di imprese.*

No determination. 3 of 23 April 2013 of the Authority for the Supervision of Public Contracts of Works, Services and Supplies. Information on participation in the tender business networks.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Indicazioni generali sulla partecipazione alle gare. 2.1. Rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica. 2.1.1. Modalità di partecipazione. 2.1.2. Qualificazione. 2.2. Rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o reti sprovviste di organo comune. 2.2.1. Modalità di partecipazione. 2.2.2. Qualificazione. 2.3. Rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica. 2.3.1. Modalità di partecipazione. 2.3.2. Qualificazione. 3. La fase esecutiva.*

## **1. Premessa.**

Il d.l. n. 5 del 2009, convertito dalla l. n. 33 del 2009, ha introdotto nel nostro ordinamento il cd. contratto di rete, definito come quel contratto con cui “*più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa*”.

L'Autorità era già intervenuta in tema di contratti di rete esaminando alcune problematiche giuridiche ed applicative derivanti dalla partecipazione alle procedure di gara delle reti di impresa auspicando proposte di modifica legislativa al riguardo, soprattutto con riferimento al fatto che tali aggregazioni potessero essere inserite nel novero dei soggetti ai quali poter affidare i contratti pubblici, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163. Tali intendimenti sono stati recepiti da

legislatore con il d.l. 18.10.2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese). In particolare, ora, l'art. 34, co. 1, lett. e *bis*) del codice dei contratti, ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, aggiungendo che si applicano le disposizioni dell'art. 37. Tale ultima norma, che riguarda i raggruppamenti temporanei (RTI) ed i consorzi ordinari di concorrenti, ribadisce che «*le disposizioni di cui al presente articolo trovano applicazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete*». Posto che il legislatore lascia, quindi, all'interprete il compito di chiarire quali siano i limiti di compatibilità tra le ordinarie regole vevoli per RTI e consorzi e le specificità proprie del contratto di rete, l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire alcune prime indicazioni circa le concrete modalità di partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara, al fine di superare eventuali criticità applicative.

## **2. Indicazioni generali sulla partecipazione alle gare.**

Come si è visto, il contratto di rete non è finalizzato alla creazione di un soggetto giuridico distinto dai sottoscrittori ma alla collaborazione organizzata di diversi operatori economici, allo scambio di informazioni e prestazioni, all'esercizio in comune di una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa, per cui la declinazione del meccanismo di partecipazione deve tener conto di tali peculiari caratteristiche. Tale precipua figura postula, quindi, un'attenta considerazione della volontà negoziale delle parti contraenti, le quali devono pattiziamente decidere di contemplare la partecipazione congiunta alle procedure di gara nell'oggetto del contratto di rete – pienamente riconducibile alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, per espressa previsione dell'art. 3, co. 4 *ter*, lett. d) del citato d.l. n. 5/2009 - e nel contempo, di norma, prevedere una durata dello stesso contratto che sia commisurata agli obiettivi programmatici e, in ogni caso, ai tempi di realizzazione dell'appalto. Pertanto, la partecipazione congiunta alle gare deve essere individuata come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune. La modalità partecipativa sarà, quindi, necessariamente diversa a seconda del grado di strutturazione proprio della rete, avuto riguardo anche all'oggetto della specifica gara. Detta distinzione risulta ancor più necessaria alla luce delle modifiche apportate all'art. 3 del d.l. n. 5/2009 dal citato d.l. n. 179/2012. Il novellato co. 4 *ter* di tale articolo - ferma restando la possibilità che il contratto preveda l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune - precisa che, in detta evenienza, il contratto di rete *“non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte”*. Quest'ultimo, nel disciplinare l'iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese, dispone che, se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede e con tale iscrizione *“la rete acquista soggettività giuridica”* (art. 3, co. 4 *quater*, d.l. n. 5/2009).

Ai fini dell'acquisto della soggettività giuridica, però, *“il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata*

*autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'art. 25 del d.lgs. 7.3.2005, n. 82”*. L'acquisto della soggettività giuridica, continua l'Autorità, non è priva da conseguenze sul piano della partecipazione alle procedure di gara, giacché comporta una parziale sovrapposizione del contratto di rete con fattispecie già note a livello normativo e, in particolare, con le forme consortili. Rispetto a tali fattispecie, tuttavia, il contratto di rete, pur con soggettività giuridica, continua a presentare una maggiore flessibilità: si pensi, in proposito, alla necessità dello scopo mutualistico proprio dei consorzi con attività esterna o alle restrizioni di carattere organizzativo e patrimoniale derivanti dalla strutturazione secondo i tradizionali schemi societari. È, altresì, vero che le parti, con la costituzione dell'organo comune, dimostrano di voler attenuare la caratteristica di estrema flessibilità propria della rete, privilegiando una maggiore stabilità del rapporto associativo. Si rammenta, infatti, che *ex art. 3, co. 4 ter, lett. e)*, del d.l. n. 5/2009, se il contratto di rete prevede l'istituzione di un organo comune per l'esecuzione del contratto, esso deve specificare il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto, nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. È, poi, previsto che l'organo comune agisca in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica o, in assenza della soggettività e *“salvo che sia diversamente disposto”* nel contratto, in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, *“nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni (...)”* (art. 3, co. 4 *ter*, lett. e).

Quindi, l'Autorità ipotizza che, in forza dell'inciso *“salvo che sia diversamente disposto”*, l'organo comune, in assenza di soggettività giuridica, possa essere autorizzato ad agire per conto delle imprese ma in nome proprio. In sintesi, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete, nel caso in cui acquisti soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, salvo che sia diversamente disposto nello stesso. Con spe-

cifico riferimento alla partecipazione alle gare, pertanto, qualora la rete si sia dotata di un organo comune di rappresentanza, ben può essere conferito espressamente anche il potere di presentare domande di partecipazione od offerte per tutte o determinate tipologie di procedure di gara. Quanto alla qualificazione, è, in ogni caso, necessario che tutte le imprese della rete che partecipano alla procedura di gara siano in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice e li attestino in conformità alla vigente normativa. Ciò a prescindere dalla tipologia e dalla struttura della rete. In ogni caso, con riferimento ai requisiti speciali di partecipazione, essendo stata l'aggregazione tra gli aderenti al contratto di rete "strutturalmente" assimilata dal codice al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), trovano applicazione le regole in tema di qualificazione previste dall'art. 37 del codice e dagli artt. 92 e 275 del Regolamento per gli appalti di lavori, servizi e forniture; dall'art. 90, co. 1, lett. g) del codice e dall'art. 261, co. 7, del Regolamento per quanto riguarda i servizi di ingegneria e architettura. Le aggregazioni si dovranno strutturare secondo la tipologia dei raggruppamenti orizzontali e verticali in conformità alle disposizioni dell'art. 37 del codice. In linea generale, sussiste, inoltre, il divieto di partecipazione alla gara, anche in forma individuale, delle imprese che già partecipano per mezzo della rete.

In conclusione: occorre effettuare una differenziazione, ai fini della partecipazione alle gare, a seconda del diverso grado di strutturazione della rete; è necessario considerare la forma assunta dal contratto di rete (che può essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente e deve essere iscritto nel registro delle imprese presso le Camere di commercio); inoltre, nel caso di acquisto della soggettività giuridica, è esclusa la possibilità di redigere l'atto con mera firma digitale.

## **2.1. Rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica.**

### **2.1.1. Modalità di partecipazione.**

Nel caso di rete priva di soggettività giuridica ma dotata di organo comune con potere di

rappresentanza, quest'ultimo può svolgere il ruolo di mandataria, laddove in possesso dei necessari requisiti di qualificazione e qualora il contratto di rete rechi il mandato allo stesso a presentare domande di partecipazione o offerte per tutte o determinate tipologie di procedure di gara. In ogni caso, la volontà di tutte o parte delle imprese retiste di avvalersi di una simile possibilità, per una specifica gara, deve essere estrinsecata all'atto della partecipazione, mediante la sottoscrizione della domanda o dell'offerta affinché la stessa possa dirsi vincolante nei confronti della stazione appaltante. È, altresì, necessario, ribadisce l'Autorità, che il contratto di rete sia stato redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per atto firmato digitalmente al fine di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante circa l'identità delle imprese retiste. In altri termini, qualora il contratto di rete sia stato redatto con mera firma digitale non autenticata ai sensi dell'art. 24 del CAD, il mandato nel contratto di rete non può ritenersi sufficiente e sarà obbligatorio conferire un nuovo mandato nella forma della scrittura privata autenticata anche ai sensi dell'art. 25 del CAD. L'eventuale revoca del mandato per giusta causa, poi, giusta quanto previsto dall'art. 37, co. 15, del codice, non avrà effetto nei confronti della stazione appaltante.

Qualora tali condizioni siano rispettate, l'organo comune stipulerà il contratto in nome e per conto dell'aggregazione di imprese retiste. Qualora, invece, l'organo comune non possa svolgere il ruolo di mandataria (ad esempio perché privo di adeguati requisiti di qualificazione, neanche ricorrendo all'istituto dell'avvalimento *ex art. 49 del Codice*) sarà sempre possibile ricorrere alla soluzione prospettata di seguito per le reti prive di organo di rappresentanza.

### **2.1.2. Qualificazione.**

Per la qualificazione nel settore dei lavori pubblici, trovano applicazione le regole dettate dall'art. 37, coo. 3 e 13, del codice, che impongono una corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori. Le quote di partecipazione sono da riferirsi all'"*aggregazione*" tra le imprese retiste che

partecipano all'appalto. Conseguentemente, al fine di permettere alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione, devono essere specificate nell'offerta, a pena di esclusione, le rispettive quote di partecipazione all'aggregazione, che devono corrispondere alle quote di qualificazione e d'esecuzione. Valgono, altresì, le ulteriori disposizioni in tema di ripartizione tra mandataria e mandanti in caso di raggruppamenti di tipo verticale (art. 37, co. 6) nonché quelle in tema di opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (art. 37, co. 11), così come integrate dalle applicabili disposizioni del Regolamento. Per i servizi e le forniture, il riferimento è al co. 4 dell'art. 37, per cui nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici retisti.

## **2.2. Rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o reti sprovviste di organo comune.**

### **2.2.1. Modalità di partecipazione.**

Nell'ipotesi che il contratto di rete escluda il potere di rappresentanza, per cui l'organo comune agisce in nome proprio, l'aggregazione delle imprese retiste partecipa nella forma del raggruppamento, costituendo o costituito, con applicazione integrale delle relative regole, salvo le seguenti specificazioni in ordine alla forma del mandato. Infatti, al fine di non gravare di oneri eccessivi le imprese che hanno già sottoscritto il contratto di rete, il mandato può avere, alternativamente, la forma di: (a) scrittura privata non autenticata sottoscritta, anche digitalmente, dagli operatori economici aderenti alla rete, purché il contratto di rete sia stato redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o firmata digitalmente ai sensi dell'art. 25 del CAD; la scrittura non autenticata dovrà essere prodotta unitamente alla copia autentica del contratto di rete; (b) scrittura privata autenticata, nel caso di contratto di rete redatto in forme diverse da quelle sub a).

### **2.2.2. Qualificazione.**

In tal caso, dal momento che l'aggregazione delle imprese retiste partecipa nel-

la forma di un vero e proprio RTI, si applica la disciplina prevista dall'art. 37.

## **2.3. Rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica.**

### **2.3.1 Modalità di partecipazione.**

In questo caso, l'aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete parteciperà alla gara a mezzo dell'organo comune, esso stesso parte della rete e qualora in possesso dei requisiti di qualificazione previsti per la mandataria.

Conseguentemente, la domanda o l'offerta presentata dall'organo comune, assieme alla copia autentica del contratto di rete, costituiscono elementi idonei ad impegnare tutte le imprese partecipanti al contratto di rete, salvo diversa indicazione in sede di offerta. In ogni caso, come previsto per i Consorzi, l'organo comune potrà indicare, in sede di offerta, la composizione della aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete che partecipa alla specifica gara; alle imprese indicate è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara. Per quanto riguarda le formalità di partecipazione alla gara, l'Autorità ricorda che per la rete dotata di soggettività giuridica è espressamente esclusa la possibilità di redigere il contratto di rete con mera firma digitale ai sensi dell'art. 24 del CAD (cfr. art. 3, co. 4 *quater*, ultimo periodo, d.l. n. 5/2009).

Si dovrà, quindi, stipulare il contratto mediante atto pubblico, scrittura privata autenticata, ovvero atto firmato digitalmente a norma dell'art. 25 del CAD, vale a dire con firma elettronica o altro tipo di firma avanzata autenticata da notaio o altro pubblico ufficiale, salva sempre la produzione del contratto di rete in copia autentica all'atto della partecipazione alla gara, in quanto da esso emergono i poteri dell'organo comune a presentare l'offerta/domanda ed a sottoscrivere il relativo contratto. Qualora le suesposte condizioni siano rispettate, l'organo comune stipulerà il contratto in nome e per conto dell'aggregazione di imprese retiste.

### **2.3.2 Qualificazione.**

Valgono, in merito, le medesime regole esposte per la rete dotata di organo comune

con potere di rappresentanza ma priva di soggettività giuridica.

Anche in tale ipotesi, le quote di partecipazione sono da riferirsi all'“*aggregazione*” tra le imprese retiste che partecipa all'appalto.

### 3. La fase esecutiva

In sede di esecuzione del contratto sussisterà la responsabilità solidale dell'aggregazione di imprese retiste che ha partecipato alla gara nei confronti della stazione appaltante, del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale dell'impresa che svolge il ruolo

di mandataria. Tale responsabilità non è, dunque, estesa ai soggetti che, seppur sottoscrittori del contratto di rete, non abbiano partecipato alla specifica procedura di gara tramite l'aggregazione. Il citato art. 37, co. 5, deve intendersi quale norma speciale prevalente su pattuizioni o norme volte a limitare detta responsabilità nei confronti della stazione appaltante. Con riguardo all'eventuale recesso o estromissione dal contratto di rete, in fase di partecipazione, trova applicazione la disciplina generale dettata dal combinato disposto dei coo. 9, 18 e 19 dell'art. 37 del codice. Dunque l'eventuale recesso o l'estromissione dal contratto di rete non possono, in alcun caso, essere opposti alla stazione appaltante.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Tiziana Molinaro e della Dott.ssa Valentina Napolitano

Consiglio di Stato, Sez. III, 5.7.2013 n. 3580

**1-2. Contratti della P.A. - rinnovo o proroga del contratto di appalto - nel caso in cui siano stati previsti da apposita norma del capitolato speciale relativo alla gara con cui è stato conferito l'appalto e siano adeguatamente motivati - legittimità.**

**3. contratti della P.A. - appalto del servizio di brokeraggio assicurativo - rinnovo del contratto di appalto - in applicazione di una apposita norma del capitolato speciale - sulla base della valutazione positiva dell'attività svolta dal broker - per il periodo previsto da detta norma - legittimità.**

*1. Il rinnovo espresso dei contratti non è impedito dall'art. 23 della l. 18.4.2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), né l'art. 57 d.lgs. 12.4.2006, n. 163, né dai principi comunitari consolidati in materia contrattuale, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia "ab origine" prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione. 2. Solo per un periodo predeterminato e con adeguata motivazione, che dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale, è possibile la deroga alla regola del divieto di proroga del contratto scaduto, anche se prevista nella lex specialis, 3. La delibera che ha rinnovato il contratto di appalto (nella specie si trattava dell'appalto del servizio di brokeraggio assicurativo) per un triennio, è legittima nel caso in cui tale proroga sia stata prevista "ab origine" dal Capitolato speciale, motivando la scelta sulla base della valutazione positiva dell'attività svolta dal broker, per volume e qualità, nel triennio precedente, e dopo aver ponderato la convenienza di continuare il rapporto alle medesime condizioni contrattuali in essere e contenendo la durata, così come previsto dal Capitolato speciale, nel termine di ulteriori tre anni.*

Consiglio di Stato, Sez. III, 3.7.2013 n. 3565

**1-2. Contratti della P.A. - offerta - indicazione in essa degli oneri aziendali di sicurezza - obbligo - discende direttamente dalla legge - mancata espressa indicazione nel bando di tale obbligo - irrilevanza - integrazione di tale indicazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante - impossibilità - mancata indicazione degli oneri - esclusione dalla gara - necessità.**

*1. L'indicazione, in sede di offerta, degli oneri aziendali di sicurezza non soggetti a ribasso, costituisce un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3 bis, e 87, co. 4, del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 ss.mm.ii., sia nel comparto dei lavori, che in quelli dei servizi e delle forniture, per consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare. Tale indicazione ha natura legale, pertanto resta irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis. Poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante (ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti. 2. Non sono idonee a rimuovere l'onere di legge imposto dagli artt. 86, co. 3 bis, e 87, co. 4, del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 ss.mm.ii., le eventuali ambiguità del bando e l'insufficienza della formulazione della richiesta di chiarimenti, in ordine alla necessità di individuare ed esplicitare puntualmente e separatamente i costi di sicurezza. Pertanto ne consegue l'esclusione dalla gara di una impresa che non abbia assolto detto onere.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.6.2013 n. 3230

**1. Contratti della P.A. - bando e lettera d'invito - di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - clausola del disciplinare secondo cui l'offerta economica "dovrà esprimere, in cifre ed in lettere, un unico ribasso percentuale sull'importo a base d'asta" - interpretazione.**

**2. Contratti della P.A. - aggiudicazione - annullamento in s.g. - risarcimento dei danni per equivalente monetario - in favore della ditta che aveva diritto a conseguire l'appalto - dimostrazione del presupposto della colpa della P.A. - non occorre.**

**3. Contratti della P.A. - aggiudicazione - annullamento in s.g. - risarcimento dei danni per equivalente monetario - mancato utile d'impresa - dimostrazione del suo esatto ammontare - va fornito dalla ditta interessata - mancata dimostrazione - decurtazione del 30% dell'utile forfettario (del 10% a b.a., al netto del ribasso) - va operata - ragioni.**

*1. Deve ritenersi, nel caso in cui la lex specialis di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa disponga che l'offerta economica "dovrà esprimere, in cifre ed in lettere, un unico ribasso percentuale sull'importo a base d'asta" e che, al momento dell'apertura delle buste, sarà data "lettura dei ribassi con attribuzione dei relativi punteggi", che la disciplina di gara leghi sul piano formale l'attribuzione del punteggio previsto per la valutazione delle offerte alla percentuale di ribasso e non al prezzo derivante dal ribasso. 2. Nel caso di annullamento in s.g. di una gara di appalto, il risarcimento dei danni alla ditta che aveva diritto a conseguire l'appalto è collegato eziologicamente all'illegittimità dell'azione amministrativa, senza che debba indagarsi il carattere colpevole o meno di tale azione. 3. Nel caso di annullamento in s.g. di una gara di appalto, il risarcimento dei danni alla ditta che aveva diritto a conseguire l'appalto, in difetto di apposita dimostrazione del suo preciso ammontare, che compete alla impresa interessata, va decurtato di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, considerato che l'impresa stessa potrebbe aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi. In tal caso, laddove l'impresa interessata non fornisca la dimostrazione dell'ammontare preciso dei danni, sembra equo stabilire una detrazione dal risarcimento del mancato utile d'impresa nella misura del 30%.*

Consiglio di Stato, Sez. III, 10.6.2013 n. 3146

**1. Contratti della P.A. - gara - dichiarazioni sostitutive prescritte - presentazione di una dichiarazione priva della prima pagina (nella quale avrebbero dovuto essere indicate le generalità del firmatario, la specificazione della qualità in cui firmava tale modello, l'elencazione dei dati relativi all'impresa) - ove risulti che comunque la dichiarazione presentata contenga le dichiarazioni relative a tutti gli impegni assunti, nonché la firma in calce del legale rappresentante, corredata da timbro della ditta - esclusione della ditta interessata - illegittimità.**

**2. Contratti della P.A. - gara - dichiarazioni sostitutive prescritte - mancata menzione delle sanzioni penali previste per il caso di false dichiarazioni - non costituisce un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni stesse ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.**

*1. L'esclusione da una gara di una ditta che ha presentato una dichiarazione sostitutiva richiesta dal bando che mancava della prima pagina (che avrebbe dovuto recare le generalità del firmatario, la specificazione della qualità in cui firmava tale modello e l'elencazione dei dati relativi all'impresa), è illegittima ove risulti che comunque la dichiarazione presentata contenga le dichiarazioni relative a tutti gli impegni assunti, nonché la firma in calce del legale rappresentante, corredata da timbro della ditta, non potendosi tale dichiarazione ritenersi incompleta perché integrata (nella specie, per espressa previsione della lettera di invito) dai dati contenuti nella istanza di partecipazione e da quelli ricavabili dagli altri documenti inseriti nella busta contenente i documenti di gara; con l'effetto che, in tal caso, non vi è neppure bisogno del c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, essendo irrilevante il fatto che mancava nel documento in questione la parola "dichiara" che era inclusa nella prima pagina del modello. 2. Il mancato richiamo, nelle dichiarazioni sostitutive, delle sanzioni penali previste per il caso di false dichiarazioni, non è un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni stesse ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, in quanto la qualificazione come falso, e le relative conseguenze penali, prescindono dall'avvenuto uso in concreto della formula, mentre la ignoranza della legge penale comunque non scusa il falso dichiarante, sia che abbia invocato per iscritto l'art. 76 del*

d.P.R. n. 445/2000, sia che non lo abbia invocato. In effetti l'art. 48 del T.U. n. 445/2000 non richiede, a pena d'invalidità, che il soggetto si impegni esplicitamente a rendere una dichiarazione veritiera, e neppure che si dichiari consapevole delle sanzioni penali previste per le false dichiarazioni; al contrario, è la P.A. che deve richiamare le sanzioni penali, nel momento in cui invita il privato a rendere le dichiarazioni e gli fornisce il relativo modello (peraltro facoltativo).

TAR Campania, Na, II, 13.9.2013 n. 4264  
**Contratti della P.A. - gara d'appalto - avvalimento - omessa chiara indicazione delle risorse che vengono in concreto messe a disposizione dall'ausiliaria - obbligo di disporre l'esclusione.**

...una ditta che ha fatto ricorso all'avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento di un appalto, deve essere esclusa dalla gara qualora né dal contratto di avvalimento né dalla dichiarazione di impegno della ausiliaria, risultino le risorse che l'impresa ausiliaria ha in concreto messe a disposizione; in caso di avvalimento, è necessario, infatti, che l'impresa ausiliaria si impegni espressamente e chiaramente a fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva "prestata", al fine di garantire alla stazione appaltante l'effettività della messa a disposizione, in relazione all'esecuzione dell'appalto, delle sue risorse e del suo apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, ovvero del requisito di esperienza specifica nel settore, che parimenti è misura di capacità tecnica ed economica.

TAR Abruzzo, Pe, I, 11.9.2013 n. 458  
**Contratti della P.A. - appalto - esclusione dalla gara - per presentazione di una offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto dal capitolato speciale - se detta previsione non sia espressamente sanzionata con l'esclusione - non può essere disposta.**

E' legittima da parte della stazione appaltante l'ammissione a partecipare alla gara di un concorrente che ha presentato l'offerta tecnica di un numero di pagine superiore a quello richiesto dal bando se la *lex specialis* di una gara di appalto non abbia espressamente previsto di sanzionare con l'esclusione l'inosservanza, da

parte di un concorrente, della previsione del capitolato speciale secondo cui l'offerta tecnica deve essere composta da un numero massimo di pagine; infatti, in alcun modo può essere esclusa dalla gara l'impresa che abbia presentato la relazione illustrativa dell'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto dal bando, se tale inosservanza non sia da questo prevista a pena di esclusione.

TAR Toscana, I, 10.9.2013 n. 1260  
**Contratti della P.A. - aggiudicazione in favore di una ditta che ha presentato l'offerta tecnica priva di sottoscrizione - illegittimità - ragioni - necessità che l'esclusione dalla gara delle offerte non sottoscritte sia prevista da una espressa previsione della *lex specialis* - non sussiste.**

Se una ditta ha presentato l'offerta tecnica priva di sottoscrizione è illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto alla stessa; infatti, la sottoscrizione dell'offerta tecnica assolve la funzione di garantire provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta stessa e ne costituisce elemento essenziale ai fini della sua ammissibilità sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, con la conseguenza che la sua mancanza pregiudica la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione delle offerte non sottoscritte, una espressa previsione della legge di gara.

TAR Puglia, Ba, I, 27.8.2013 n. 1256  
**Contratti della P.A. - gara - dichiarazione relativa al possesso del requisito della moralità professionale - ex art. 38, co. 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 - nel caso di società costituita da tre soci di cui due al 40% e uno al 20% - esclusione per mancata presentazione - illegittimità - ragioni - circostanza che nella domanda di partecipazione la ditta interessata abbia indicato, erroneamente, un socio di maggioranza - irrilevanza.**

Il provvedimento con cui viene esclusa da una gara di appalto una ditta per non aver presentato la dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. b), del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (dichiarazione circa il possesso del requisito della c.d. moralità professionale dell'impresa), è illegittimo se relativo al socio di maggioranza, qualora si tratti di società composta da tre soci di cui due al 40% e uno al 20%; in tal caso, infat-

ti, deve escludersi la configurabilità dell'obbligo della predetta dichiarazione non configurandosi alcuna possibilità di condizionamento in concreto delle determinazioni societarie da parte di uno dei soci. Pertanto, a nulla rileva che la ditta interessata, nella domanda di partecipazione, abbia indicato, per mero errore materiale, il nominativo di uno dei tre soci quale socio di maggioranza.

TAR Sicilia, Ct, IV, 26.8.2013 n. 2200

**Giustizia amministrativa - ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara di appalto - proposto da una società che non ha partecipato alla gara e che soltanto in seguito ha acquistato una ditta concorrente alla gara stessa - nel caso in cui la società istante abbia ommesso di informare tempestivamente la stazione appaltante di essere in possesso di tutti i requisiti di moralità professionale ex art. 38, del d.lgs. n. 163 del 2006 - inammissibilità per difetto di legittimazione processuale.**

*Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara di appalto da una società che non ha partecipato alla gara e soltanto in seguito ha acquistato una ditta concorrente alla gara medesima, tale ricorso è da considerarsi inammissibile, per difetto di legittimazione processuale del ricorrente, qualora, a seguito di tale acquisto, la medesima società abbia ommesso di informare tempestivamente la stazione appaltante di essere in possesso di tutti i requisiti di moralità professionale ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, limitandosi solamente ad allegare i certificati dei carichi pendenti e dei casellari giudiziali dei propri rappresentanti; in tal caso, infatti, risulta omessa la presentazione di tutte le numerose documentazioni (o dichiarazioni) che completano i requisiti di moralità dell'impresa, che non sono affatto limitati alle sole pendenze "penali", ma investono anche ulteriori rilevanti aspetti. Con la conseguenza che la mancata allegazione delle dette circostanze, non permettendo neanche la valutazione, da parte della stazione appaltante della mera possibilità di subingresso, non attribuisce alla società interessata neanche la titolarità a promuovere il ricorso giurisdizionale, e, quindi, la legittimazione processuale.*

TAR Lazio, Roma, III quater, 7.8.2013 n. 7873

**Giustizia amministrativa - ricorso avverso il provvedimento di esclusione da una gara di appalto - proposto oltre il termine di trenta**

**giorni dalla comunicazione della esclusione effettuata tramite PEC - nel caso in cui nel bando di gara sia prescritta l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC), ai fini di tutte le comunicazioni inerenti la procedura di evidenza pubblica - irricevibilità - va dichiarata.**

*Qualora vi sia un gara al termine della quale il provvedimento di esclusione dalla stessa sia stato formalmente comunicato alla ditta interessata tramite posta elettronica certificata (PEC), e qualora il bando prescriva espressamente, nei confronti dei concorrenti, l'obbligo di indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) sull'istanza di ammissione alla gara, a pena di esclusione, in quanto tutte le comunicazioni relative alla gara saranno effettuate al predetto indirizzo, ex art. 79 co. 5 quinquies del d.lgs. n. 163 del 2006, il ricorso giurisdizionale avverso il suddetto provvedimento di esclusione da una gara di appalto è da considerarsi irricevibile se proposto oltre il termine decadenziale di trenta giorni ex art. 120 c.p.a. dalla relativa comunicazione.*

TAR Veneto, I, 7.8.2013 n. 688

**1. Contratti della P.A. - gara d'appalto - esclusione - perché la domanda di partecipazione è stata presentata in ritardo rispetto al termine perentorio previsto dalla lex specialis - legittimità - circostanza che il termine per la presentazione delle offerte indicato dal bando scade in un giorno festivo - irrilevanza.**

**2. Bando - clausola che permette ai partecipanti di avvalersi del servizio postale in aggiunta ad altre forme di presentazione della domanda - rischi di un eventuale ritardo nella presentazione dell'offerta in tal caso - ricadono sull'offerente che ha effettuato la scelta di utilizzare il servizio postale.**

*1. E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto perché la domanda di partecipazione è pervenuta il giorno feriale seguente a quello festivo di scadenza indicato nel bando è da considerarsi legittimo. 2. Qualora il bando di gara attribuisca agli interessati la facoltà di avvalersi del servizio postale in aggiunta ad altre forme di presentazione della domanda, i rischi di un eventuale ritardo nella presentazione dell'offerta ricadono sull'offerente che ha effettuato la scelta su tale, specifica, modalità di trasmissione.*

TAR Sicilia, Ct, Sez. IV, 11.7.2013 n. 2005  
**Giustizia amministrativa - risarcimento del danno - derivante da responsabilità precontrattuale della P.A. - a seguito di revoca in autotutela gli atti di una gara di appalto per sopravvenuta mancanza di adeguata copertura finanziaria - nel caso di ingiustificato indugiare della stazione appaltante nel richiedere il mutuo alla cassa dd.pp. pur avendo in origine deciso di fronteggiare sia pure solo parzialmente con tale strumento l'impegno finanziario relativo alla gara - domanda - può essere accolta - ragioni.**

*La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A., subito da una ditta risultata aggiudicataria di una gara di appalto, a seguito della revoca in autotutela degli atti della medesima gara, disposta dall'Amministrazione per sopravvenuta mancanza di adeguata copertura finanziaria, va accolta nel caso in cui detta carenza di copertura finanziaria sia stata determinata dal fatto che la stazione appaltante ha ingiustificatamente indugiato nel richiedere il mutuo alla Cassa DD.PP., pur avendo in origine deciso di fronteggiare, sia pure solo in parte, con tale strumento di finanziamento, l'impegno finanziario relativo alla procedura di evidenza pubblica. In tal caso, infatti, sussiste la colpa della P.A., per essere addivenuta alla conclusione di una procedura di affidamento di lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria; e ciò sul rilievo che tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole di correttezza e buona fede cui è tenuta anche la P.A. nella fase precontrattuale.*

TAR Lazio, Rm, Sez. I, 9.7.2013 n. 6798

**1. Contratti della P.A. - cauzione definitiva - funzione - individuazione - sua costituzione - va richiesta dopo l'aggiudicazione definitiva della gara.**

**2. Contratti della P.A. - aggiudicazione provvisoria - revoca - per mancata costituzione della cauzione definitiva nei termini fissati dalla p.a. appaltante - illegittimità.**

**3. Contratti della P.A. - gara - garanzie all'uopo previste - cauzione provvisoria - va prodotta in sede di gara - cauzione definitiva**

**- va prodotta dopo l'aggiudicazione definitiva.**

*1. L'art. 113, co. 5 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 prevede che, negli appalti pubblici, la cauzione definitiva sia preordinata alla copertura degli oneri per il mancato o inesatto adempimento, differenziandosi, dunque, nettamente da quella della cauzione provvisoria, alla quale l'art. 75, comma 6, assegna la garanzia per la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, con consequenziale previsione dello svincolo automatico al momento della sottoscrizione dell'atto negoziale. Pur non statuendolo espressamente, dunque, il legislatore ha collocato la cauzione definitiva, sulla base della funzione alla stessa attribuita, in una fase connessa con quella della stipula del contratto e, pertanto, successiva a quella della aggiudicazione provvisoria, coincidente con l'affidamento definitivo. 2. Si considera illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, dopo avere chiesto la produzione della cauzione definitiva entro il termine di 7 giorni dall'aggiudicazione provvisoria (anziché dopo l'aggiudicazione definitiva), in quanto la cauzione definitiva è stata prodotta con ritardo rispetto al termine fissato, ha revocato l'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta. L'imposizione della trasmissione della cauzione definitiva successivamente alla aggiudicazione provvisoria non può comportare l'estromissione dalla procedura di gara di una società presentante la migliore offerta e malgrado la prestazione di una elevata diligenza, con conseguente alterazione dei meccanismi della concorrenza. 3. Nell'attuale sistema normativo l'offerta deve essere corredata da una cauzione provvisoria (che copre il rischio della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario) e dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva; l'aggiudicatario provvisorio deve comprovare i requisiti di partecipazione; l'aggiudicatario definitivo deve presentare la cauzione definitiva, che copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento.*

TAR Lombardia, Bs, Sez. II ord. 5.7.2013 n. 341  
**Contratti della P.A. - commissione aggiudicatrice - illegittima composizione - rilevata con sentenza del G.A. - rinnovazione parziale della gara - mediante l'integrazione della composizione della commissione - possibilità - sussiste anche nel caso in cui sia già inter-**

**venuta la valutazione delle offerte di partecipanti alla selezione.**

*Qualora il G.A, con sentenza, ritenga illegittima la nomina di un membro della Commissione aggiudicatrice, l'amministrazione appaltante potrà procedere al rinnovo parziale degli atti di gara, emendando unicamente il vizio rilevato, anche nel caso in cui sia già intervenuta la valutazione delle offerte di partecipanti alla selezione, alla luce di quanto statuito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 26.7.2012 n. 30, la quale ha valorizzato i principi di conservazione degli atti giuridici e di economicità dell'azione amministrativa.*

**TAR Campania,Na,Sez. VIII, 4.7.2013 n. 3459 Contratti della P.A. - gara - per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti - aggiudicazione - in favore di una ditta che al fine di dimostrare il possesso del requisito della iscrizione all'albo dei gestori ambientali ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento - legittimità - ragioni.**

*Il provvedimento con il quale il Comune ha disposto l'aggiudicazione di una gara di appalto per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti in favore di una ditta che, al fine di dimostrare il possesso del requisito della iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 è legittimo. L'avvalimento si estende anche alla iscrizione ad un albo specialistico quale, appunto, l'Albo nazionale dei gestori ambientali. L'art. 50, co. 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, infatti, estende l'applicazione delle disposizioni dettate in tema di avvalimento dell'attestazione SOA ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture e quindi, così come è consentito per l'attestazione SOA, l'avvalimento è analogamente consentito anche per l'iscrizione all'Albo de quo, ossia per l'abilitazione a svolgere una determinata attività (nella specie, in virtù del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dall'art. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006).*

**TAR Campania,Na,Sez.VIII,21.6.2013 n. 3261 Contratti della P.A. - appalti di servizi - servizio di tesoreria comunale - rinnovo mediante affidamento in via diretta - senza il preventivo esperimento di una gara - nel caso in cui siano state concordate ed approvate**

**la modifica e l'integrazione di più clausole della convenzione in precedenza stipulata con conseguente modifica dell'assetto contrattuale originariamente posto a base di gara - illegittimità - ragioni.**

*La deliberazione con la quale un Ente locale ha disposto il rinnovo, per un periodo di quattro anni - identico a quello coperto dalla precedente convenzione - del servizio di tesoreria nei confronti del medesimo operatore economico già aggiudicatario del servizio, in via diretta, senza previo espletamento di una gara pubblica, è illegittima nel caso in cui l'amministrazione comunale, con la delibera di rinnovo, ha altresì concordato ed approvato la modifica e l'integrazione di più clausole della convenzione in precedenza stipulata, così modificando l'assetto contrattuale originariamente posto a base di gara. L'intervenuta modifica dell'assetto contrattuale determinato nella originaria convenzione, induce ad escludere la ravvisabilità nella specie di una sorta di "proroga" della convenzione originariamente stipulata, peraltro ammessa dalla legge per il solo tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara, mentre il rinnovo è avvenuto per un periodo di ulteriori quattro anni, pari a quello del precedente accordo negoziale*

**TAR Lombardia, Mi, I, 14.6.2013 n. 1552**

**1-2. Contratti della P.A. - gara - requisito della regolarità tributaria - ex art. 38, comma 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici - casi in cui sussiste - individuazione.**

**3. Contratti della P.A. - gara - requisito della regolarità tributaria - ex art. 38, co. 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici - presentazione all'amministrazione finanziaria di una istanza di autotutela o di sgravio - non fa venire meno l'irregolarità fiscale - circostanza che l'istanza di sgravio sia stata accolta parzialmente - irrilevanza.**

**4. Contratti della P.A. - gara - requisito della regolarità tributaria - ex art. 38, co. 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici - valutazione della gravità dell'inadempimento dell'obbligazione tributaria - necessità - mancanza - illegittimità - fattispecie.**

*1. Sussiste la "regolarità fiscale", requisito richiesto per la partecipazione alle gare di appalto dall'art. 38, co. 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici, quando, alternativamente, a carico dell'impresa non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi*

per decorso del termine di impugnazione ovvero, in caso d'impugnazione, la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato e, in caso di violazioni tributarie accertate, la pretesa dell'Amministrazione finanziaria risulti, alla data di richiesta della certificazione, integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata; inoltre, non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale. 2. Il requisito della regolarità fiscale, richiesto per la partecipazione alle gare di appalto, si ritiene sussistente qualora, sia pur in presenza di una violazione definitivamente accertata, il contribuente sia stato ammesso a regolarizzare la sua posizione in forza di condono, concordato o rateizzazione. 3. La presentazione di una istanza di autotutela o di sgravio all'amministrazione finanziaria non rientra tra le situazioni che consentono di ritenere la pretesa fiscale non ancora definitivamente accertata. Pertanto, il debito tributario di una impresa facente parte di una r.t.i. nei confronti dell'Amministrazione finanziaria al momento della domanda di partecipazione, fa venir meno il requisito della regolarità fiscale, a nulla rilevando che l'impresa interessata, prima della presentazione della domanda, aveva inoltrato all'Agenzia delle en-

trate un'istanza di sgravio della cartella esattoriale. Nè è rilevante che l'istanza di sgravio sia stata in seguito accolta parzialmente. Ciò non fa venir meno il definitivo accertamento della violazione, ma dimostra, anzi, che alla data di presentazione della domanda per la partecipazione alla gara, il concorrente escluso versava in una situazione di irregolarità tributaria per quanto riguarda gli importi che non sono stati oggetto di autotutela.

4., Ai fini del possesso del requisito della regolarità fiscale previsto dall'art. 38, co. 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici, isolate omissioni di scarso rilievo non possono giustificare l'esclusione da una pubblica gara, in quanto inidonee ad incidere negativamente sull'affidabilità e solidità finanziaria della singola impresa. La stazione appaltante, di volta in volta, dovrà accertare in concreto la rilevanza della violazione. È quindi illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di una a.t.i. che faccia riferimento al ritardo nell'adempimento della obbligazione tributaria da parte di una impresa facente parte dell'a.t.i. stessa, essendo necessario verificare se, alla luce delle circostanze, la mora sia indice di una effettiva situazione di inaffidabilità finanziaria e professionale della stessa, oppure se il suo non rilevante importo e il fatto che la stessa avesse pagato il debito non appena venuta a conoscenza dell'esito della istanza di sgravio, potessero condurre a conclusioni diverse.

«.....GA.....»

**- SERVIZI PUBBLICI -**

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.10.2013, n. 5069  
**ATI - obbligo tra le parti - servizio - singole imprese - riparto di esecuzione - quota di riparto - prestazioni.**

*Il Consiglio di Stato (cfr. CdS, Ad. plen., 13.6.2012 n. 22) ha chiarito come già sotto l'imperio dell'art. 11, co. 2 del d.lgs. 17.3.1995 n. 157, poi trasfuso nel citato art. 37, co. 4 del d.lgs. 163/2006, l'obbligo d'indicare, in sede di presentazione dell'offerta, le "parti" di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato persegua lo scopo di permettere alla stazione appaltante di verificare la serietà dell'impegno e dell'idoneità delle imprese raggruppate a svolgere effettivamente le "parti" di servizio indicate. Ed è fatto presente altresì che, proprio per gli appalti diversi da quelli di lavori, l'obbligo di esatta corrispondenza tra quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione già vigeva solo per la fase esecutiva dell'appalto. Questo Consiglio ha precisato quindi (cfr. CdS, Ad. Plen., 5.7.2012 n. 26) che l'obbligo di cui al citato art. 37, co. 4, circa la specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate o raggruppande, si deve considerare legittimamente assolto in caso sia d'indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra loro, sia d'indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese.*

*E ciò in ossequio al principio della tassatività delle cause di esclusione, oggidi sancito dal successivo art. 46, co. 1 bis, donde l'impossibilità di reputare incongrue o illegittime le dichiarazioni di riparto tra le predette imprese sol perché non ne rechino la puntigliosa suddivisione in valori ed in percentuali, dovendo tener conto anche dell'oggetto del servizio e della complessità, o meno, della relativa esecuzione.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.10.2013, n. 4979  
**Concessione di servizi - non grava sul concessionario l'alea di errori progettuali**

**dell'amministrazione - non preventivabili al momento della partecipazione alla procedura di aggiudicazione.**

*Con l'appello in esame sono riproposte innanzi al Consiglio di Stato le questioni, decisive ai fini della risoluzione della controversia, di interpretazione della volontà contrattuale espressa dalle parti litiganti relativamente ad un contratto di concessione di un complesso natatorio comunale. Il TAR ha posto a base della statuizione di rigetto della domanda del ricorrente - che chiedeva il riconoscimento dei lavori da essa svolti in esecuzione del rapporto, non previsti nel capitolato speciale ed a suo dire riconosciuti dall'amministrazione concedente - il principio in virtù del quale l'alea delle opere extra-capitolato deve essere necessariamente essere fatta gravare sul concessionario, tanto in ragione della funzione tipica del contratto, quanto in considerazione del fatto che le opere necessarie erano in esso descritte a mero titolo esemplificativo e non tassativo. Il Consiglio di Stato ha ritenuto non corretto il ragionamento del Giudice di primo grado in ordine alla funzione tipica dello strumento concessorio. Infatti, si afferma che se è vero che lo strumento concessorio si connota per la traslazione dall'ente pubblico concedente al soggetto privato concessionario del rischio economico derivante dalla gestione di un bene avente attitudine produttiva, è del pari incontestabile che quest'ultimo soggetto non può essere esposto ad un'alea indeterminata, tale da alterare la naturale funzione commutativa del contratto. Non è in altri termini sostenibile che tutti i rischi contrattuali ricadano indiscriminatamente sul gestore privato, in particolare quelli imputabili all'amministrazione concedente, responsabile di carenze progettuali, che il privato partecipante alla procedura competitiva per l'aggiudicazione del contratto può in piena buona fede ignorare. Ad opinare in questo senso, infatti, verrebbe meno la stessa ragione di una procedura competitiva alla quale partecipano imprese private aspiranti concessionarie, selezionate - come nel caso di*

specie – attraverso l’offerta di un canone da corrispondere all’amministrazione. In particolare, sarebbe impossibile o comunque inutile qualsiasi stima circa la convenienza economica del contratto, la quale costituisce la ragione fondamentale in forza della quale soggetti imprenditoriali concorrono per l’aggiudicazione di contratti pubblici. Sotto questo profilo il Collegio non riscontra alcuna differenza tra concessione ed appalto. Come infatti ampiamente noto, e da ultimo precisato dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 7.5.2013, n. 13), la concessione di servizi, al quale schema è riconducibile il contratto oggetto del presente giudizio, costituisce il base all’art. 3, co. 12, del codice di cui a. d.lgs. n. 163/2006 “il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”. Entrambi sono quindi riconducibili allo schema generale di cui all’art. 1321 c.c., differenziandosi per il fatto che in un caso l’amministrazione riceve direttamente dal contraente privato servizi strumentali ai propri fini, mentre nell’altro detto contraente eroga i servizi alla collettività in sostituzione dell’ente pubblico. Entrambi, quindi, hanno una causa ai sensi del n. 2) della citata disposizione codicistica, data dalla funzione economico-sociale dello scambio che con essi si attua tra le parti contraenti, escludendosi che detto scambio possa in concreto non verificarsi, come avviene, lecitamente, per i contratti aleatori. Resta dunque fermo che anche la concessione deve essere economicamente appetibile, altrimenti venendo frustrato lo scopo di attrarre l’intervento del privato. In forza di tali considerazioni, sostenere che sul concessionario gravi anche l’alea di errori progettuali dell’amministrazione non preventivabili al momento della partecipazione alla procedura di aggiudicazione significa appunto rendere vano ogni valutazione circa la convenienza economica in ordine all’offerta del canone di concessione da corrispondere all’amministrazione, ed in ultima analisi sull’equilibrio economico tra l’esborso in questione ed il risultato netto ritraibile dalla

gestione del servizio in concessione. Anche sul piano della stretta equità, la soluzione qui avversata determina un ingiustificato sacrificio economico per una parte del rapporto contrattuale, cui vengono accollati i rischi inerenti la sfera organizzativa dell’altra parte. Sotto questo profilo giova ricordare che nel contratto d’appalto civilistico le variazioni necessarie del progetto sono poste a carico dell’appaltatore nei limiti di un sesto del valore dell’appalto (art. 1660, co. 2, c.c.), laddove in caso di superamento di tale soglia, lo stesso è facoltizzato a svincolarsi dal contratto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.9.2013, n. 4403

**Consiglieri comunali - accesso ai documenti delle società miste - negato - se il Comune ha una limitata quota di capitale sociale.**

"Deve escludersi che il consigliere comunale possa esercitare l’accesso nei confronti di società mista, sia pure a prevalente partecipazione di capitale pubblico, della quale il comune di appartenenza detenga limitata quota di capitale sociale, tale da non poterne assicurare il controllo". E’ questo il principio sancito dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza attenzionata con la quale, in riforma della sentenza del TAR, ha respinto il ricorso proposto in primo grado da un consigliere comunale del Comune di Trento avverso il diniego di accesso opposta dalla Società Autostrade Brennero S.p.A., ai documenti relativi alle tessere di libera circolazione autostradale con indicazione dei beneficiari, dell’ente che effettua il pagamento finale, nonché degli importi totali fatturati. Il giudice amministrativo trentino aveva fondato il riconoscimento del diritto d’accesso richiamando l’art. 13 del d.P.Reg. 1.2.2005 n. 3/L, ossia del decreto del Presidente della Regione Autonoma Trentino Alto Adige recante il "Testo unico delle leggi regionali sull’ordinamento dei comuni della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige", disposizione sovrapponibile a quella dell’art. 43 co. 2 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (recante "Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali"), emanata in funzione della riserva di competenza normativa di cui al precedente art. 1 co. 2. Aveva quindi il TAR escluso poi che potesse assumere rilievo preclusivo o ostativo

la natura giuridica del destinatario della richiesta di ostensione della documentazione richiesta, e superando i rilievi difensivi della società Autostrada del Brennero S.p.A. con l'osservazione "che la dipendenza di enti o aziende prevista dall'art. 43, co. 2, del d.lgs. n. 267/2000, è rinvenibile anche nel caso in cui l'ente o l'azienda non sia, interamente o per la maggior parte, controllata dall'ente pubblico, essendo rilevante ai fini dell'ostensibilità de qua, che vi sia denaro pubblico impegnato in un'attività aziendale". Cassate dal Consiglio di Stato le suddette conclusioni in quanto l'art. 13 del d.P.Reg. 1.2.2005 n. 3/L, non meno che l'omologo art. 43 co. 2 del d.lgs. n. 267/2000 circoscrivono il diritto di accesso dei consiglieri comunali agli atti e provvedimenti, e relativa documentazione e informazioni, riferibili all'ente, e quindi a tutti gli organi e gli uffici comunali, nonché alle aziende ed enti dipendenti dal comune, "non appare pertinente il richiamo, contenuto nella sentenza, a precedente orientamento della Sezione autonoma di Bolzano, come espresso nella sentenza 4.1.2011, n. 1, confermata dalla VI Sezione di questo Consiglio con sentenza n. 2434 del 19.4.2011, quest'ultima invocata dall'appellata nelle proprie deduzioni. In quella fattispecie, infatti, si trattava di diniego d'accesso, opposto dal Presidente della Provincia Autonoma di Bolzano a consiglieri provinciali, relativo a un contratto stipulato tra la Società Elettrica Altoatesina per azioni, partecipata per il 93,88% dalla predetta Provincia, e la società Edison S.p.A. per la costituzione di altra società (Hydros S.r.l.) cui venivano conferite centrali idroelettriche della Edison e partecipazioni azionarie detenute da S.E.L. S.p.A. in altre due centrali, con assunzione da parte di S.E.L. S.p.A. di quota azionaria di maggioranza nella nuova compagine societaria così creata. Come chiarito dalla VI Sezione S.E.L. S.p.A. ha "...natura di società a scopo vincolato per espressa previsione normativa e statutaria, essendo stata costituita...in funzione della gestione del passaggio delle centrali idroelettriche di grande derivazione e delle relative concessioni (nuove e/o rinnovate), ...a un ente controllato dalla Provincia...", non potendosi revocare in dubbio che essa sia

società controllata assumendo rilievo, oltre al controllo amministrativo, "...anche in quello conseguente all'acquisizione del pacchetto di maggioranza della società stessa o, comunque, della quota di capitale sociale idonea in concreto ad assicurarne il controllo". Nel caso di specie, al contrario, Autostrada del Brennero S.p.A. non è società controllata dal Comune di Trento, che detiene appena il 4,2319% del capitale sociale, né opera in sfera d'attività di competenza comunale e/o comunque locale, non esercendo alcun servizio pubblico locale e svolgendo, invece, attività in concessione relativa alla costruzione e gestione di reti autostradali, e quindi di reti infrastrutturali, quanto all'autostrada A22 peraltro per convenzione con Anas S.p.A. Essa quindi non può qualificarsi in alcun modo come ente o azienda dipendente dal Comune, nemmeno nel senso chiarito, con riguardo a società a partecipazione controllata, dalla ricordata sentenza della VI Sezione n. 2434/2011. Sotto altro aspetto, conclude il Collegio è evidente che la pur innegabile ampia connotazione dello speciale diritto d'accesso riconosciuto ai consiglieri degli enti territoriali, e in specie comunali e provinciali, misura la propria estensione oggettiva in relazione alle prerogative connesse al mandato elettivo riferite all'attività propria di organi, uffici, enti e aziende che esplicano attività amministrative e/o anche di natura imprenditoriale nei settori precipui dell'attività istituzionale comunale o provinciale, in quanto funzionali a verificare "...la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale" (così, tra le tante, CdS, V, 17.9.2010, n. 6963), o in altri termini "...verificando e controllando il comportamento degli organi istituzionali decisionali del comune..." (così, questa Sezione, 21.8. 2006, n. 4855). In base quindi a tali coordinate esegetiche, viene esclusa dal Consiglio di Stato la possibilità che il consigliere comunale possa esercitare l'accesso nei confronti di società mista, sia pure a prevalente partecipazione di capitale pubblico, della quale il comune di

*appartenenza detenga limitata quota di capitale sociale, tale da non poterne assicurare il controllo, di tal che, nemmeno mediamente, la conoscenza di profili generali di gestione dell'attività della società possa ritenersi afferente alla sfera di un sindacato per dir così ispettivo espresso mediante le prerogative conoscitive riconosciute in relazione all'espletamento del mandato elettivo.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.9.2013, n. 4339

**Servizio - illuminazione pubblica - servizio pubblico locale - enti locali - testo unico.**

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha respinto il motivo di gravame proposto dal Comune di Prato che investe il capo della sentenza di primo grado che ha configurato il servizio di pubblica illuminazione come servizio pubblico locale, traendone il corollario dell'applicabilità della disciplina posta ratione temporis dall'art. 23 bis, co. 9, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, in merito ai divieti*

*di acquisire la gestione di servizi ulteriori e di partecipare alle pubbliche gare posti a carico dei soggetti destinatari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali.*

*Il Collegio ha sul punto richiamato l'orientamento giurisprudenziale che qualifica il servizio di illuminazione pubblica in termini di servizio pubblico locale, in ragione della qualificabilità in tali termini, ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, dei servizi di cui i cittadini usufruiscono uti singuli e come componenti della collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (CdS, V, 3.5.2012, n. 2537; Id., 29.2.2012, n. 1173; Id., 25.11.2010, n. 9231, ove si puntualizza che la subordinazione al pagamento di un corrispettivo, rilevante ai fini della distinzione tra la figura dell'appalto e quella della concessione in seno al codice dei contratti pubblici, non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al T.U. degli enti locali).*

«.....GA.....»

**- CONCORRENZA -**

dell'Avv. Anna Romano

Corte di Giustizia CE, Sez. III, sentenza 11.7.2013 C-440/11 P

**Antitrust - società controllata - responsabilità.**

*Nell'ipotesi in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata, che ha violato le norme dell'Unione in materia di concorrenza, esiste una presunzione semplice secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata. La Commissione deve provare che la totalità o la quasi totalità del capitale della controllata sia detenuto dalla controllante: in tal caso, la società controllante è solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato.*

*E' inconferente il fatto che l'ente che detiene la totalità o la quasi totalità del capitale di un altro ente o che controlla la totalità o la quasi totalità delle quote sociali di tale altro ente sia costituito nella forma giuridica di una fondazione piuttosto che di una società. Quel che rileva è l'effettivo esercizio, da parte dell'ente controllante, di un'influenza determinante sull'autore dell'infrazione.*

Corte di Giustizia CE, - Grande Sezione - sentenza 18.6.2013 C- 681/11

**Errore - rilevanza - ai fini dell'applicazione di una sanzione.**

*L'impresa che ha violato l'art. 101 del TFUE non può sottrarsi all'inflizione di un'ammenda qualora l'infrazione derivi da un errore sulla legittimità del suo comportamento conseguente ad un parere giuridico di un avvocato o ad una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza. L'art. 101 TFUE nonché gli artt. 5 e 23, par. 2, del regolamento n. 1/2003 devono essere interpretati nel senso che, se viene dimostrata l'esistenza di un'infrazione all'art. 101 TFUE, le autorità nazionali garanti della*

*concorrenza possono, in via eccezionale, limitarsi a constatare tale infrazione senza infliggere un'ammenda nel solo caso in cui l'impresa abbia partecipato a un programma nazionale di clemenza.*

Corte di Giustizia, CE, Sez. II, sentenza 13.6.2013 C-287/12

**Le misure adottate dall'Italia in relazione all'operazione Cai-Alitalia non costituiscono aiuto di Stato.**

*Gli impegni assunti volontariamente da uno Stato a seguito della notifica di una misura da parte della Commissione formano parte integrante della misura notificata se adottati al fine di fornire chiarimenti. E' dunque legittima la decisione con cui la Commissione, pur prendendo atto degli impegni assunti volontariamente da uno Stato, dichiara l'assenza di un aiuto di Stato.*

*Le misure adottate dall'Italia in relazione alla vendita dei cespiti di Alitalia non costituiscono aiuto di Stato non essendoci alcuna continuità economica tra Cai, Compagnia aerea italiana, e Alitalia. L'offerta di Cai comprende solo alcuni dei beni di Alitalia e riguarda solo l'attività di trasporto aereo di passeggeri, ragion per cui Cai non è il successore economico di Alitalia.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.8.2013 n. 4085

**Pratiche commerciali scorrette - accettazione degli impegni.**

*La comunicazione di avvio del procedimento deve consentire al destinatario di apprestare difese pertinenti. Essa pertanto deve precisare fin dall'inizio le norme che si ipotizzano violate, o comunque deve indicare i fatti addebitati ed il relativo contesto normativo in modo da consentire al professionista (che si suppone edotto del quadro giuridico in cui opera) di rendersi conto della violazione di norme ulteriori. E' possibile infatti che solo all'esito dell'istruttoria risultino puntualizzate definitivamente tutte le norme in effetti violate. Ai sensi dell'art. 27, co. 7 del codice del consumo (e quindi dell'art. 8 del regolamento dell'Autorità sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette), gli impegni producono il rilevante e*

definitivo effetto di precludere l'accertamento dell'infrazione in quanto sia chiara la volontà di cessare l'infrazione e siano utili a tal fine i comportamenti cui ci si vincola.

Per valutare la proporzionalità di una sanzione, si possono considerare la non contestata assenza di precedenti procedimenti a carico per pratiche commerciali scorrette, l'intervenuto ristoro dei danni subiti dagli acquirenti e l'avvio di una pratica operativa che, pur non qualificabile quale "impegno" in senso proprio, pone le premesse per comportamenti idonei, assumendo tutto ciò quale contesto per una ulteriore valutazione dello specifico elemento delle condizioni economiche delle società in questione, come altresì disposto dal citato art. 11 della l. n. 689 del 1981.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 21.5.2013 n. 2722  
**Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.**

In ragione della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi dell'AGCM, al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi alle valutazioni espresse dall'Autorità, salvo che per le sanzioni pecuniarie, sulle quali è consentito dalla legge un controllo più penetrante. Come osservato dalla giurisprudenza, infatti, il giudizio dell'Autorità trova come parametri di riferimento non regole scientifiche non opinabili, ma valutazioni, anche di natura prognostica, a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci.

TAR Lazio, Sez. I, 5.8.2013 n. 7837  
**Il reiterato inadempimento agli obblighi contrattuali può integrare una pratica commerciale scorretta.**

In presenza di un preordinato e seriale venir meno agli obblighi negoziali contrattuali, si è ben lungi da un singolo inadempimento, od inesatto adempimento reprimibile in via (esclusivamente) negoziale ai sensi degli artt. 1176, 1453 del codice civile, ma, ove sussista il pericolo di uno sviamento della scelta commerciale del consumatore, la fattispecie integra pienamente (anche) quella della pratica commerciale scorretta. La condotta con la quale si impedisce al correntista di interrompere il proprio rapporto contrattuale con la Banca, dilazionando in modo ingiustificato i tempi di chiusura del conto, agisce sul piano della libera determinazione da parte del consumatore di dirigere la propria

scelta contrattuale nei confronti di un altro professionista ed è, dunque, sanzionabile ai sensi del codice del consumo.

L'elemento materiale della pratica commerciale scorretta può estrinsecarsi anche in condotte soggettivamente identificabili, non essendo necessario che la pratica si diriga contro una consistente percentuale di consumatori, o clienti, dell'impresa, ovvero che si concretizzi in condotte reiterate nel tempo, potendo tale dato tutt'al più rilevare quale criterio di valutazione della gravità oggettiva della condotta e del grado di colpevolezza in sede di determinazione dell'entità della sanzione.

TAR Lazio, Sez. I, 2.8.2013 n. 7826  
**L'abuso di posizione dominante ed il mercato rilevante.**

Diversamente da quanto accade in altre fattispecie di illeciti anticoncorrenziali, quali le intese restrittive, per le quali la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso, nella fattispecie di abuso di posizione dominante la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un prius, costituendo un elemento costitutivo dell'illecito la stessa configurazione del mercato rilevante in relazione al quale la condotta ascritta all'impresa assume i tratti dell'abuso di posizione dominante

L'esistenza di una posizione dominante non può essere rivelata esclusivamente da una situazione di monopolio o di quasi monopolio, essendo propria anche dei mercati che consentano l'applicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale, in quanto ciò che rileva al riguardo è la possibilità dell'impresa che la detiene di influire notevolmente sulle modalità della predetta concorrenza, e comunque di comportarsi senza doverne tenere necessariamente conto e subirne per questo un pregiudizio. E' illegittimo per difetto di istruttoria, di motivazione e travisamento di fatti il provvedimento sanzionatorio dell'Agcm laddove esso dà in più parti per scontato un fatto - ovvero la realizzazione da parte di Esselunga nel comune di Vignola di una grande struttura di vendita (ossia con superficie superiore ai 2.500 mq), che si sarebbe posta in diretta concorrenza con l'unico altro punto vendita di grandi dimensioni attivo nel Comune, di proprietà di Coop -, che

scontato non è perché subordinato all'esito di altri procedimenti

TAR Lazio, Sez. I, 18.7.2013 n. 7273

#### **Il conflitto di competenza Agcom - Agcm.**

*La disciplina nel settore delle comunicazioni elettroniche, attualmente contemplata dal Regolamento e dalla Delibera sul PNN, è articolata, esauriente ed assistita da un robusto e specifico apparato di accertamento e sanzionatorio, la cui gestione è affidata ad organi all'uopo preposti, segnatamente l'AgCom. E' a tale plesso normativo che occorre dunque fare riferimento per verificare, anche per il profilo della tutela consumeristica, la correttezza del comportamento dei soggetti a vario titolo intervenuti nella commercializzazione dei cd. servizi a sovrapprezzo. Deve pertanto essere risolto in favore dell'Agcom il conflitto di competenza con l'Agcm, essendo l'AgCom preposta alla cura e alla salvaguardia dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche; e tanto, sulla base di fonti normative che, da un lato, inequivocabilmente le conferiscono competenza esclusiva in materia, dall'altro ne disciplinano in dettaglio i poteri di intervento*

TAR Lazio, Sez. I, 4.7.2013 n. 6596

#### **La trasparenza delle informazioni pubblicitarie.**

*La scorrettezza di una pratica commerciale in ordine alla reale composizione di un prodotto non è sanata dalla possibilità per il consumatore di ottenere, anche in un momento immediatamente successivo, ulteriori dettagli informativi, laddove il messaggio promozionale, attraverso il suo contenuto non trasparente, determinato dalle modalità di presentazione del prodotto, risulta già idoneo, nella sua decettività, ad agganciare il consumatore al prodotto.*

*E' ingannevole presentare come composto da sola frutta (e, quindi, senza zucchero aggiunto) un prodotto che in realtà contiene un ingrediente (il succo di frutta concentrato) che molti ritengono assimilabile, quanto ad effetti, allo zucchero. Un messaggio di tal genere restringe la libertà di scelta del consumatore in ordine alle sue decisioni di acquisto.*

TAR Lazio, Sez. I, 10.6.2013 n. 5796.

#### **La maggiorazione per il tardivo pagamento di una sanzione pecuniaria dell'AGCM.**

*La maggiorazione per il ritardo nel pagamento prevista a carico dell'autore di un illecito amministrativo, cui sia stata inflitta una sanzione pecuniaria, non ha funzione risarcitoria come nel caso degli interessi moratori, o corrispettiva, ma riveste carattere di sanzione aggiuntiva, nascente al momento in cui diviene esigibile la sanzione principale. Per tale ragione, essa presuppone la ricorrenza di taluni elementi sia oggettivi (la esigibilità della sanzione principale, il ritardo rispetto ai termini di pagamento indicati nel provvedimento sanzionatorio) che soggettivi (imputabilità e volontarietà del ritardo stesso).*

TAR Lazio, Sez. II, 6.5.2013 n. 4451

#### **La legittimazione dell'AGCM ex art. 21 bis l. 287/1990.**

*L'esercizio dell'azione ex art. 21 bis l.287/1990 deve essere necessariamente preceduta da un'attività amministrativa procedimentalizzata, essendo il "procedimento" paradigma comune sia alle autorità amministrative tradizionali che indipendenti. Come nel settore delle intese e degli abusi di posizione dominante, l'Autorità agisce in contraddittorio con le imprese, così è logico ritenere che, nei confronti degli eventuali abusi di potere regolatorio, e/o provvedimento, compiuti da soggetti pubblici ad essa parordinati (siano essi espressione dello Stato - apparato ovvero, come pure è possibile, altre Autorità indipendenti), essa operi attraverso un'attività procedimentalizzata con cui contestualizza e concretizza la propria valutazione circa la regola giuridica da applicare al caso concreto. In tal modo, essa concorre direttamente alla formazione e al mantenimento, di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza, promuovendo il sindacato del giudice amministrativo, indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali e/o collettivi, lesi dall'attività amministrativa.*

#### **Procedimenti AGCM**

#### **AGCM, Segnalazione AS1073, 4.9.2013 sulla gestione dei rifiuti urbani nella regione Lazio.**

*Con segnalazione del 4.9.2013, l'AGCM ha segnalato alla Regione Lazio alcuni profili distorsivi della concorrenza circa il sistema di regolamentazione dei rifiuti urbani. In particolare, l'Autorità ha rilevato che lo sviluppo del-*

la raccolta differenziata nel Lazio è largamente insoddisfacente e che gli impianti da biomasse trattano un quantitativo di rifiuti urbani indifferenziati inferiore alla capacità massima autorizzata. Per tale ragione, l'Autorità ha invitato la Regione ad adottare misure volte ad incentivare la raccolta differenziata, così da favorire a valle l'apertura dei mercati di recupero della materia.

**AGCM, Segnalazione AS1072, 27.8.2013 sull'affidamento delle attività commerciali all'interno del sedime aeroportuale.**

Con segnalazione del 27.8.2013 al Ministero dei Trasporti ed all'ENAC, l'Autorità ha svolto alcune considerazioni in merito all'affidamento da parte del gestore aeroportuale a terzi dello svolgimento di attività commerciali all'interno del sedime aeroportuale. In proposito l'AGCM ha affermato che il gestore aeroportuale dovrebbe selezionare l'affidatario delle attività commerciali attraverso procedure ad evidenza pubblica, al fine di consentire un'ampia partecipazione di operatori e un efficace confronto competitivo.

**AGCM, Protocollo d'intesa con l'IVASS, 2.8.2013**

L'AGCM e l'IVASS hanno firmato un Protocollo di cooperazione da attuarsi anche mediante lo scambio delle informazioni e dei dati acquisiti nell'esercizio delle funzioni ad esse attribuite, nel rispetto dei principi di autonomia e indipendenza.

In particolare il Protocollo intende favorire lo sviluppo della cooperazione attraverso:

- il coordinamento degli interventi istituzionali nei settori di comune interesse, scambio di pareri, indagini conoscitive, segnalazioni agli organi legislativi, iniziative comuni in materia di enforcement, vigilanza e controllo, ivi inclusa la possibilità di ispezioni congiunte;
- la costituzione di gruppi di lavoro volti ad affrontare profili di criticità del mercato della Rc auto o definire questioni riguardanti la tutela del consumatore;
- la possibilità di definire attraverso successivi protocolli le modalità per la reciproca collaborazione nello svolgimento di specifiche funzioni e attività.

**AGCM, provvedimento n. 24501 del 31.7.2013**

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 31 luglio 2013, ha avviato un'istruttoria per verificare se la costituzione dell'Unione mutualistica tra i notai del Veneto possa costituire un'intesa restrittiva della concorrenza. Obiettivo dell'Unione sarebbe quello di mettere in comune una parte dei proventi dei notai associati per poi ripartirla tra i medesimi in quote uguali: in questo modo i singoli notai, indipendentemente dall'attività svolta, si vedrebbero garantito mensilmente un reddito minimo da parte dell'associazione (e quindi, nella sostanza, da parte dei propri concorrenti).

**AGCM, provvedimento n. 24461 del 24.7.2013**

L'AGCM ha sanzionato le società Perfetti Van Melle Italia S.r.l.u.s. e Perfetti Van Melle S.p.A. per la diffusione di alcuni messaggi promozionali, su svariati supporti, relativamente ai prodotti alimentari Happydent white complete, Vivident Xylit (nelle distinte versioni white e green mint), Daygum Protex (e anche nelle distinte versioni Herbs white con aloe vera e Strawberry Juice), Daygum XP e Mentos pure white. Tali messaggi accreditavano e presentavano i prodotti ai consumatori come idonei ad assicurare un'adeguata pulizia e protezione della bocca e dei denti: il chewing gum veniva accostato allo spazzolino al fine di suggerire un'immediata assimilazione/sostituibilità tra i due, tale da generare errore nei consumatori.

**AGCM, provvedimento 21.6.2013**

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha avviato un'istruttoria per possibile intesa restrittiva della concorrenza nei confronti di sei imprese operanti nel settore dello smaltimento delle acque reflue in Lombardia e Piemonte. Secondo l'AGCM, le società CRE, ALAN, SANGALLI, ECOTRASS, VAR e REDAELLI potrebbero avere realizzato un disegno spartitorio delle gare svoltesi nelle Regioni Lombardia e Piemonte dal 2008 al 2012, basato su un insieme di condotte quali la scelta di non partecipare alle gare stesse per mandarle deserte o per favorire, di volta in volta, una delle imprese concorrenti, o la decisione di partecipare presentando una identica offerta economica, a fini ripartitori o, ancora, partecipando in associazione con concorrenti (in ATI o per il tramite dell'avvalimento) al solo fine di ripartirsi l'appalto.

**AGCM - Relazione annuale presentata il 18.6.2013**

*E' stata presentata presso la Camera dei Deputati la relazione sull'attività svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel 2012.*

**AGCM, provvedimento 11.6.2013**

*L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha sanzionato Moby, Snav, Grandi Navi Veloci e Marinvest per un'intesa restrittiva della concorrenza finalizzata all'aumento dei prezzi dei biglietti nella stagione estiva 2011 sulle rotte da e per la Sardegna. Più in particolare, l'AGCM ha accertato un parallelismo di condotte, nella stagione estiva 2011, da parte di Moby, GNV e SNAV, che hanno tutte applicato incrementi significativi dei prezzi, generalmente superiori al 65%.*

*L'intesa, durata dall'inizio di settembre 2010, fino almeno alla fine del mese di settembre del 2011 (per Snav fino a maggio 2011), è stata attuata da imprese che complessivamente detengono quote di mercato molto elevate sulle rotte interessate dall'istruttoria.*

**AGCM, Segnalazione 11.6.2013**

*L'AGCM ha inviato una segnalazione al Governo e al Parlamento per la rimozione dei vincoli normativi regionali e nazionali che ostacolano l'ingresso di impianti più efficienti nella distribuzione dei carburanti e attuare un massiccio piano di ristrutturazione della rete. L'Autorità rileva che in Italia le condizioni generali di svolgimento del servizio determinano livelli di prezzo più elevati della media europea (c.d. "stacco"), nonché standard qualitativi della rete inferiori rispetto a quelli dei principali Paesi europei (in termini di erogato medio per impianto).*

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### DOMANDA

*Appalto di opere pubbliche: modalità di cessione del credito vantato verso una P.A. (Parere prot. 82016 del 21.2.2013, AL 12228/11, Avv. Enrico De Giovanni).*

### RISPOSTA

*Con riferimento alla richiesta di parere data-  
ta 21.12.2012 si osserva quanto segue. La  
giurisprudenza della Suprema Corte ritiene,  
costantemente, che il principio generale reca-  
to dall'art. 9 della l. 20.3.1865, nr. 2248, All.  
E, secondo cui la cedibilità del credito vanta-  
to verso una P.A. è sottoposta alla previa ac-  
cettazione da parte di quest'ultima, opera so-  
lo fino al momento in cui il contratto è in cor-  
so e cessa con la conclusione del rapporto  
contrattuale che, in tema di appalto di opere  
pubbliche, può ritenersi realizzata a seguito  
dell'espletamento e dell'approvazione da col-  
laudo. (cfr., ex multis, C. Cass. sez. 1<sup>a</sup>, sent.  
11475 dell'8.5.2008). Nel caso di specie,  
quindi, la norma, nella parte in cui richiede  
l'assenso alla cessione, non risulta, effettiva-  
mente, applicabile. Resta tuttavia applicabi-  
le, nella fattispecie, l'art. 69 del r.d.  
18.11.1923, nr. 2440 secondo il quale "le  
cessioni ... relative a somme dovute dallo  
Stato ... debbono essere notificate  
all'Amministrazione ... cui spetta ordinare il  
pagamento". Si rileva peraltro che recente-  
mente la necessità della notifica alle P.A. de-  
gli atti di cessione del credito con riferimento  
al settore dei contratti relativi ai lavori pub-  
blici è stata ribadita dall'art. 117 del d. lgs.  
163 del 2006 (cfr. co. 2: "2. Ai fini  
dell'opponibilità alle stazioni appaltanti che  
sono amministrazioni pubbliche, le cessioni*

*di crediti devono essere stipulate mediante  
atto pubblico o scrittura privata autenticata e  
devono essere notificate alle amministrazioni  
debitrici"), disposizione che comunque non  
ha abrogato il citato art. 9 l. 2248/1865 e che  
non esclude l'applicazione degli artt. 69 e 70  
del r.d. 18.11.1923, nr. 2440 (cfr. C. Cass.  
sez. I, sent. n. 19571/07), e ciò a prescindere  
da ogni considerazione, ultronea in questa  
sede, circa l'applicabilità al caso in esame  
della norma speciale di cui al citato art. 117.  
Fermo quanto sopra, si osserva che anche la  
L. s.p.a., che afferma di essere la cessionaria  
del credito controverso, da quanto emerge  
dalla nota a cui si dà riscontro sembra in so-  
stanza riconoscere la necessità della notifica  
dell'atto di cessione all'amministrazione ce-  
duta, ma pretende che essa riguardi non  
l'atto di cessione del credito in quanto tale,  
ma possa validamente esercitarsi per equiva-  
lente attraverso "un atto pubblico ricognitivo  
della scrittura privata di compravendita del  
21.3.2012, da redigere a cura di un Notaio,  
nel quale non verrà riportato il prezzo  
d'acquisto". La pretesa esposta dalla citata  
società non è meritevole di accoglimento.  
Il combinato disposto degli artt. 69 e 70 del  
citato r.d. 2440/23, infatti, va interpretato, a  
giudizio della Scrivente, in termini puntuali e  
rigorosi, trattandosi di norme intese ad ap-  
prestare una tutela speciale e peculiare al  
pubblico interesse. L'art. 69, infatti, oltre a  
statuire il ricordato obbligo di notificazione,  
tratta, in modo strettamente connesso al tema  
della notifica, della forma dell'atto di cessione,  
specificando (co. 3), che "le cessioni ...  
devono risultare da atto pubblico o da scrit-  
tura privata, autenticata da notaio" (disposi-*

zione che trova sostanziale conferma nel citato art. 117 del d. lgs. 163 del 2006, che si richiama qui sempre nei sensi sopra segnalati); siffatta previsione va interpretata non solo nel senso che l'atto di cessione va redatto nelle predette modalità, ma anche nel senso che esso debba "risultare" da atto pubblico o da scrittura privata autenticata, notificato alla P.A.. L'uso del verbo "risultare" appare palesemente inteso a far sì che la P.A. possa direttamente e immediatamente verificare l'atto di cessione nella sua veste documentale e giuridica originale (ancorché per copia conforme notificata), accertando così che esso sia effettivamente redatto nelle forme e con i contenuti di legge e non presenti vizi o comunque contenuti che possano determinarne la nullità, annullabilità o inefficacia: solo in tal modo la cessione potrà "risultare" da atto pubblico o scrittura privata autenticata e la norma in esame potrà spiegare i propri effetti. Inoltre l'art. 70 specifica i contenuti necessari dell'atto di cessione, che evidentemente vanno verificati da parte dell'amministrazione all'atto della notifica. A ciò si aggiunga che anche in tutte le altre norme citate appare evidente il nesso tra l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata recante la cessione e la notifica, che deve palesemente riguardare l'atto stesso e non un suo equivalente. Non si ritiene, quindi, che i contenuti del contratto di cessione possano risultare aliunde, cioè attraverso un altro e diverso documento in cui vengono riportati, per di più in modo parziale, i contenuti del contratto di cessione. Pertanto la società che afferma di essere cessionaria del credito dovrà notificare a codesta Amministrazione copia conforme dell'atto di cessione, a nulla rilevando la pendenza del giudizio. Pertanto allo stato ogni eventuale trattativa volta a soluzione transattiva dovrà essere svolta solo con "La M. s.c.a.r.l."; qualora in futuro dovesse intervenire la notifica della cessione del credito e tale cessione risulti validamente eseguita, ogni conseguente rapporto dovrà aver luogo solo verso la cessionaria. Sul predetto parere si è espresso in senso conforme il Comitato Consultivo in data 13.2.2013.

«..... GA.....»

## **DOMANDA**

*Interpretazione art. 1, co. 19 e segg., L. 190/2012 in materia di arbitrato dei lavori pubblici (Parere prot. 109574 dell'11.3.2013, AL 1035/13, Avv. Ettore Figliolia).*

## **RISPOSTA**

*Con riferimento al quesito di cui alla nota che si riscontra, inerente alla corretta interpretazione da riservarsi all'art. 1 comma 19 e segg. della l. n. 190/2012 del 6.11.2012, entrata in vigore il 28.11.2012, che detta "una nuova disciplina in materia di arbitrato dei lavori pubblici, prevedendo in via generale la nullità delle clausole compromissorie non previamente autorizzate, con provvedimento motivato, dall'organo di governo dell'amministrazione", si ritiene di dover valutare quanto segue. Preliminarmente deve evidenziarsi, in via generale, che la Corte di Cassazione ha già avuto modo di chiarire in materia di clausole compromissorie incise da sopravvenuti divieti legislativi in punto di deferimento ad arbitri di controversie con la Pubblica Amministrazione, che dette clausole non sono da considerarsi retroattivamente nulle ma, similmente alla disciplina concernente i casi analoghi di rapporti di durata, le stesse debbono ritenersi esclusivamente inefficaci dal momento in cui è, appunto, legislativamente stabilito il predetto divieto. Ed invero, alla stregua del principio costituzionale di portata generale di cui all'art. 102 cost., sulla base del quale l'esercizio della funzione giurisdizionale è devoluto a magistrati ordinari istituiti ai sensi delle norme sull'ordinamento giudiziario, la facoltà per le parti di compromettere ad arbitri la risoluzione di una controversia costituisce espressione dell'autonomia delle parti stesse, sicché la sopravvenienza legislativa recante la proibizione per le parti medesime del ricorso all'arbitrato non si risolve in una indebita compressione del diritto di difesa sancito dall'art. 24, co. 1, cost., residuando pur sempre in capo alle stesse parti la possibilità di adire gli organi della giurisdizione ordinaria, onde conseguire piena tutela giurisdizionale alle situazioni soggettive di titolarità ex art. 113 cost. (Sez I, 27.4.2011, n. 9394). Quindi, ha ritenuto la Corte di Cassazione, e proprio in materia di sopravvenuto divieto legislativo*

alla compromissione ad arbitri delle controversie con la Pubblica Amministrazione, che, in carenza di specifiche norme di natura transitoria di salvezza delle precedenti pattuizioni convenzionali, non vi è la possibilità sul piano giuridico di opinare la perpetuazione dell'efficacia delle previste clausole compromissorie, posto che l'intervento normativo in parola ha proprio lo scopo di sancirne l'inefficacia per il futuro, e senza che possa porsi alcun problema di retroattività o di ragionevolezza rispetto ad una ipotizzata deroga all'art. 11 delle Preleggi. Tali principi, tra l'altro, risultano in piena sintonia con la giurisprudenza (Cass. Civ., sez. III, 26.1.2006, n. 1689) che ha statuito che laddove intervenga nel corso di un rapporto contrattuale una nuova disposizione di legge che regoli il rapporto stesso in maniera difforme rispetto alla pattuizione originaria, questa non potrà più produrre effetti che non siano quelli già prodottisi, in quanto, ai sensi dell'art. 1339 c.c, lo "ius superveniens" prevale sulle previsioni contrattuali espressione dell'autonomia delle parti. Orbene, alla stregua di quanto testé considerato, la sopravvenienza della norma di legge di cui all'art. 1, co. 19, l. n. 190/2012, che prevede che "Le controversie sui diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazioni e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è stata indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli", deve essere interpretata come diretta a porre, rispetto all'originario contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del rapporto obbligatorio, essendo appunto assente una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa, sicché la clausola compromissoria contrattualmente prevista risulta sostanzial-

mente interdotta nella relativa operatività.

La condivisibilità di tale interpretazione, trova, ad avviso di questo G.U., conforto nella particolare rilevanza che il legislatore attribuisce agli interessi di titolarità delle committenze pubbliche e dei quali risulta permeata la materia relativa agli appalti di opere pubbliche, anche in ragione dell'elevato valore delle relative controversie e della conseguente entità dei costi che il ricorso all'arbitrato comporta per le amministrazioni interessate, e rispetto ai quali stessi interessi l'autonomia privata legittimamente può essere compresa posto che, si ripete, in capo alle parti private permane pur sempre la facoltà di adire gli organi della giurisdizione ordinaria per conseguire il riconoscimento delle proprie istanze.

Quindi, la prescrizione contenuta nel sopracitato co. 19, che impone la previa autorizzazione motivata da parte dell'"organo di governo" per il deferimento ad arbitri della risoluzione della vertenza, ovvero per l'inclusione della clausola compromissoria nel bando o nel contratto, ovvero per il ricorso all'arbitrato, introducendo un ragionevole limite all'autonomia privata, interdice lo spettro di efficacia delle disposizioni del regolamento pattizio sul punto, tutte le volte in cui detta autorizzazione dell'organo di governo medesimo non intervenga coerentemente con la previsione normativa in rassegna. Ciò premesso, va ora osservato che la nuova disciplina di cui al citato co. 19 è assistita da una disposizione regolante il regime transitorio laddove, al successivo co. 25, è espressamente previsto che: "Le disposizioni di cui ai coo. 19 e 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della entrata in vigore della presente legge", sicché si pone il problema interpretativo su quale sia il significato da attribuirsi alla proposizione di "arbitrati conferiti o autorizzati", onde individuare la corretta condotta che la committenza deve tenere rispetto alle vigenti fattispecie contrattuali in cui è presente la clausola compromissoria ed in cui la parte privata abbia instato per il deferimento ad arbitri della controversia, ma senza che si sia ancora costituito il collegio arbitrale antecedentemente all'entrata in vigore della presente legge, e cioè alla data del 28.11.2012. Eb-

*bene, detta previsione, alla luce del dato oggettivo che anteriormente all'entrata in vigore della legislazione in esame non era consentito individuare alla stregua di alcun specifico dato normativo dette tipologie di arbitrati (conferiti o autorizzati), sembra potersi interpretare nel senso di "incarichi conferiti o autorizzati", per cui i primi devono intendersi quelli in cui l'Ente abbia operato la designazione dell'arbitro anteriormente alla data di entrata in vigore della legge in rassegna, e non quindi l'avvenuta costituzione del collegio arbitrale, posto che, da un lato, il legislatore non ha fatto nessun specifico riferimento a tale ulteriore fase della procedura di che trattasi e, dall'altro lato, a prescindere dalla costituzione stessa, con detto conferimento dell'incarico arbitrale si è comunque radicato un interesse giuridicamente rilevante nei confronti del soggetto nominato che il legislatore stesso ha ritenuto evidentemente non suscettibile di compressione.*

*Per converso, per arbitrati "autorizzati", l'esegesi del comma in rassegna probabilmente consente di prescindere da una lettura in combinato disposto con il precedente comma 19, comma questo che, per la prima volta, qualifica il concetto di "arbitrato autorizzato", a ragione del già menzionato dato del precedente silenzio del codice degli appalti, del codice civile e della precedente normativa di settore di tale tipologia arbitrale. Ed allora, alla stregua della esposta superiore esegesi, dovendosi la locuzione "arbitrati autorizzati", di cui al citato co. 25, intendersi come "incarichi arbitrali autorizzati", può opinarsi che gli stessi siano quelli per i quali, prima dell'entrata in vigore della l. n. 190/12, e cioè prima del 28.11.2012, sia intervenuto il consenso dell'Ente di appartenenza dell'arbitro, se del caso da parte dell'Organo di autogoverno.*

*Siffatta interpretazione, non solo non eccede il limite di "ragionevolezza" di cui si è detto, dato che non determina alcuna indebita compressione del diritto di difesa costituzionalmente tutelato dall'art. 24, ma nemmeno si pone in contrasto con l'art. 111, co. 2, cost.*

*("Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata") e con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ed in particolare, appunto, con il diritto a un tempo ragionevole di durata del processo. In altre parole, l'intervento del legislatore sugli arbitrati "conferiti o autorizzati", e cioè degli "incarichi conferiti o autorizzati", prima dell'entrata in vigore della legge in rassegna, parrebbe mirare sostanzialmente ad evitare che il diritto costituzionalmente tutelato a un tempo ragionevole di durata del processo possa venire lesa in tutti quei casi in cui l'esercizio dell'azione di difesa si sia comunque realizzato mediante il conferimento dell'incarico di arbitro, ovvero mediante l'autorizzazione all'espletamento dell'incarico de quo da parte dell'Ufficio o dell'Organo competente, per cui una diversa interpretazione del contesto che privasse di effetti giuridici tale operato potrebbe risolversi in un grave pregiudizio a carico delle parti private, ed eventualmente per la stessa parte pubblica. Dunque, tutto ciò premesso e in ordine alla richiesta di parere inerente alle "istanze arbitrali" che codesta Anas riferisce che "in data 27.11.2012 sono state notificate", è opinione di questo G.U. che le predette istanze siano utilmente declinabili alla stregua delle considerazioni espresse nella presente consultazione, tenuto conto del sopravvenuto quadro normativo, non risultando, dagli atti qui trasmessi, intervenuta, anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 190/2012, alcuna nomina arbitrale né rilasciata alcuna autorizzazione all'espletamento dell'incarico di che trattasi. Il quesito poi inerente alla nomina degli arbitri rispetto alla previsione dei coo. 23 e 24 del più volte citato art. 1 della l. 190/2012 rimane evidentemente assorbito dalle precedenti considerazioni testè espresse nella presente consultazione. Sulle questioni di cui al presente parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato.*

# PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **PENSIONAMENTI NELLA P.A. IN CASO DI SOPRANNUMERO: PUBBLICATA LA CIRCOLARE DELLA FUNZIONE PUBBLICA SUI PENSIONAMENTI IN DEROGA**

*E' in attesa di registrazione da parte della Corte dei conti la circolare del 29.7.2013 con la quale la Funzione Pubblica dirama alle P.A. indicazioni omogenee per l'attuazione dell'art. 2 del d.l. n. 95 del 2012, convertito in l. n. 135 del 2012, c.d. "Spending review". La norma consente l'accesso speciale al pensionamento attraverso l'esodo volontario in caso di dimissioni del dipendente o la risoluzione unilaterale del rapporto da parte dell'amministrazione. Sostanzialmente in tali casi si applica il regime di accesso e di decorrenza del trattamento pensionistico previgente alla riforma operata con la l. n. 214/2011. Per approfondimenti cliccare su [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (**Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, circolare 3 del 29.7.2013**).*

«..... GA.....»

### **PUBBLICATO SULLA GAZZETTA UFFICIALE IL DECRETO CHE INDIVIDUA I LAVORATORI SVANTAGGIATI**

*Il 2.7.2013 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 153 il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali del 20.3.2013 con il quale sono individuati i cosiddetti 'lavoratori svantaggiati', in applicazione dei principi stabiliti dal regolamento comunitario CE n. 800/2008. (**Ministero del Lavoro, comunicato del 3.7.2013**).*

«..... GA.....»

### **DAL 1.7.2013 LE COMUNICAZIONI ALL'INAIL SOLO ON LINE**

*Avviata il 1° luglio la digitalizzazione totale dei servizi, l'Inail farà infatti ricorso esclusivo ai servizi telematici nelle comunicazioni con le aziende. Nel rispetto di quanto disposto dal decreto della Presidenza del consiglio dei ministri del 22.7.2011, dunque, l'Istituto – come tutti i soggetti operativi nella pubblica amministrazione del Paese – adotta con pienezza operativa un programma generale di informatizzazione all'insegna dell'innovazione, della trasparenza e della sburocratizzazione. Obbligo di invio telematico anche per le denunce di infortunio, di malattia professionale e di silicosi e asbestosi. Secondo quanto sancito dal dpcm del 22.7.2011, quindi, dal 1 luglio la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti tra imprese e amministrazioni pubbliche deve avvenire esclusivamente in via telematica. L'istituto nel comunicato stampa precisa che particolare rilievo assume, in questa fase, le denunce di infortunio per le quali l'Inail ha rilasciato in produzione, dal febbraio 2013, una versione aggiornata del servizio online di denuncia/comunicazione di infortunio (anche al fine di recepire le disposizioni del Testo unico per la sicurezza, che tuttavia non sono ancora in vigore riguardo alla comunicazione a fini statistici per gli infortuni con prognosi di almeno un giorno escluso quello dell'evento). Il servizio di invio telematico per i datori di lavoro è, inoltre, obbligatorio anche per le*

denunce di malattia professionale e di silicosi e asbestosi, con le modalità descritte dalla circolare Inail 34 del 27.6.2013. Dalle strutture del territorio massima disponibilità nel sostegno all'utenza. Le strutture territoriali dell'Istituto, in considerazione della novità dell'obbligo esclusivo di presentazione della denunce degli eventi lesivi in via telematica, adotteranno tutte le iniziative informative più idonee per agevolare gli utenti nella fase di passaggio all'utilizzo esclusivo delle modalità telematiche assicurando, peraltro, la massima disponibilità per consentire all'utenza di effettuare gli adempimenti nei termini previsti. La consulenza del Contact center e di "Inail Risponde". Per ogni dubbio, l'Inail ricorda che il proprio Contact center multicanale erogherà agli utenti, come di consueto, tutte le informazioni necessarie attraverso il numero verde gratuito 803.164, da telefono fisso, e il numero 06.164.164 per chiamate da telefono mobile. È a disposizione degli utenti anche il servizio "Inail Risponde" (nell'area Contatti del portale) per richiedere informazioni o chiarimenti sull'utilizzo dei servizi online e per approfondimenti normativi e procedurali (INAIL, comunicato del 1.7.2013).

«..... GA.....»

### **CODICE DI COMPORTAMENTO DEI DIPENDENTI PUBBLICI: PUBBLICATO IN GAZZETTA UFFICIALE IL REGOLAMENTO**

In G.U. n.129 del 4.6.2013 è stato pubblicato il Decreto del Presidente della Repubblica 16.4.2013, n. 62 "Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 del d.lgs. 30.3.2001, n.

165". Il codice di comportamento definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare. Le previsioni del Codice sono peraltro integrate e specificate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni (Decreto del Presidente della Repubblica n. 62 del 12.4.2013).

«..... GA.....»

### **PRECISAZIONI DELLA CIVIT IN ORDINE ALL'INDAGINE SUL BENESSERE ORGANIZZATIVO**

La Commissione nella seduta del 29.5.2013, in relazione ai modelli per la realizzazione di indagini sul personale dipendente volte a rilevare il livello di benessere organizzativo e il grado di condivisione del sistema nonché la rilevazione della valutazione del proprio superiore gerarchico, ha precisato che: 1. il superiore gerarchico va individuato nel superiore che al singolo dipendente assegna gli obiettivi e successivamente ne valuta la performance individuale; 2. le amministrazioni, con riferimento alle domande con la polarità negativa (A.04, A.05, A.09, B.04, B.07, H.05), devono dare precise indicazioni in occasione della somministrazione dell'indagine sulla compilazione del questionario e ne devono tener conto successivamente in sede di analisi dei dati e della loro elaborazione; 3. ai sensi dell'art. 20, co. 3 del d.lgs. 33/2013, le singole amministrazioni devono pubblicare i risultati dell'indagine sui propri siti istituzionali, oltre che trasmetterli alla CIVIT.

Per maggiori informazioni su [www.gazzetta-amministrativa.it](http://www.gazzetta-amministrativa.it) (Civit, comunicato del 3.6.2013).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA NELL'AMBITO DEI TRASFERIMENTI NELLE FF.AA. E NELLA FORZE DI POLIZIA

dell'Avv. Fabrizio Casella

*Nei provvedimenti di trasferimento dei militari, se non vi siano a monte del trasferimento, ragioni discriminatorie, vessatorie o macroscopicamente incongrue o illogiche, data l'ampia discrezionalità dell'Amministrazione, prevale l'interesse pubblico che presiede ai provvedimenti di utilizzo del personale.*

In the measures transfer milestones, if there are upstream of the transfer, reasons discriminatory, harassing or grossly incongruous or illogical, given the wide discretion of the Administration, the public interest prevails that governs the use of measures of staff.

*Sommario: 1. La discrezionalità amministrativa. 2. La discrezionalità amministrativa tecnica. 3. La discrezionalità amministrativa nell'ambito dei trasferimenti degli appartenenti alle FFAA. I trasferimenti d'autorità. 4. Limiti alla discrezionalità amministrativa. Profili di illogicità, incongruità, contraddittorietà.*

### **1. La discrezionalità amministrativa.**

Prima di passare alla disamina della discrezionalità amministrativa in tema di trasferimenti nelle FFAA e di polizia, è opportuno dare una sua definizione. Infatti con il termine discrezionalità amministrativa si definisce il potere della pubblica amministrazione di adottare una decisione effettuando, in base alla legge, una scelta fondata sulla ponderazione di un interesse pubblico primario con interessi secondari, pubblici, privati, o collettivi.

Tale "potere" comunque, non può tradursi in arbitrio e per fare in modo che questo non accada, lo stesso incontra due limiti. In primo luogo, le leggi hanno previsto procedimenti che la pubblica amministrazione è tenuta a seguire prima di adottare la scelta discrezionale. La discrezionalità amministrativa consta, dunque, di due fasi, la prima è quella ricognitiva dei vari interessi coinvolti e la seconda è quella che, sulla base della ponderazione comparativa degli stessi, procede alla scelta provvedimentoale. In particolare, la

ponderazione fra più interessi va effettuata tenendo conto delle osservazioni che i soggetti coinvolti dalla scelta formulano nell'ambito del procedimento.

In secondo luogo, si è progressivamente ampliato il controllo del giudice, in particolare del giudice amministrativo, sull'esercizio della discrezionalità.

Pur non potendosi sostituire alla valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione, il giudice verifica se il potere discrezionale sia stato esercitato correttamente.

Tale controllo giurisdizionale si concretizza nel giudizio sull'eccesso di potere: il giudice verifica, fra l'altro, se l'amministrazione abbia esattamente rappresentato i fatti posti a base della decisione, se abbia rispettato i canoni della logicità e della non contraddizione, o le regole di parità di trattamento, se abbia condotto un'istruttoria completa tenendo in adeguata considerazione tutti gli interessi in gioco.

In sostanza la discrezionalità amministrativa non può trasmodare nell'arbitrio ed è vincolata al limite costituito dal perseguimento dell'interesse pubblico rispondente alla causa del potere esercitato, nonché dal rispetto dei criteri di ragionevolezza, imparzialità e logica e da un'informazione esatta e completa da conseguirsi attraverso un'adeguata istruttoria.

Diversa dal concetto di discrezionalità amministrativa, è la decisione vincolata, che si verifica quando l'amministrazione non ha margini di scelta e tutto è predeterminato dalla norma di legge.

Le decisioni vincolate, in realtà, sono poche. Può farsi l'esempio di un'autorizzazione che deve essere rilasciata sulla base dell'accertamento di requisiti o di presupposti certi.

## **2. La discrezionalità tecnica.**

Dalla discrezionalità amministrativa si distingue la cosiddetta discrezionalità tecnica, la quale si presenta quando non si abbia una scelta dell'amministrazione basata su una ponderazione fra interessi. In questo caso l'Amministrazione adotta una decisione applicando regole tecniche o conoscenze specialistiche, come quelle della medicina, della storia dell'arte, dell'economia, per es. quando procede a un accertamento medico, o decide se un immobile è di interesse storico e artistico, o valuta se vi sia un cartello fra imprese o altro illecito che violi la concorrenza.

Anche le decisioni adottate con discrezionalità tecnica sono soggette ad un controllo giurisdizionale: negli ultimi anni - anche grazie all'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo - il sindacato su tali decisioni si è fatto particolarmente penetrante, giungendo a sindacare la stessa adeguatezza e coerenza del parametro tecnico adottato (il fenomeno è particolarmente rilevante per le valutazioni tecniche poste in essere dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato).

## **3. La discrezionalità amministrativa nell'ambito dei trasferimenti degli appartenenti alle FFAA. I trasferimenti d'autorità.**

I provvedimenti di trasferimento d'autorità vertono nella tipologia degli ordini, e sono adottati molto spesso dalle Amministrazioni militari, in relazione ad esigenze strettamente organizzative.

Siffatte esigenze sono poi connotate da un'ampia discrezionalità, a fronte delle quali, la posizione del singolo militare, quanto alle sue esigenze personali e professionali è senz'altro recessiva, con la conseguenza che dette scelte possono avvenire solo nei limiti della oggettiva irrazionalità delle stesse.

I limiti di cui sopra, si riverberano evidentemente sul piano della motivazione dell'ordine stesso, non rinvenendosi a carico dell'amministrazione uno specifico onere motivazionale, risultando sufficiente l'esternazione, nel provvedimento, delle esigenze di servizio.<sup>1</sup>

In sostanza i provvedimenti di trasferimento d'autorità sono qualificabili come ordini, rispetto ai quali l'interesse del militare a prestare servizio in una sede piuttosto che in un'altra, assume una rilevanza di mero fatto, che non abbisogna di una particolare motivazione né di particolari garanzie di partecipazione preventiva, quale è quella di cui all'art. 7 l. 241/90.<sup>2</sup>

La non necessità della motivazione del provvedimento di trasferimento dipende dalla circostanza che, in tale ambito, l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente su altri eventuali interessi del militare.

Comunque, in ogni caso, proprio in virtù dei limiti alla discrezionalità menzionati nel primo capitolo, l'ordinamento militare non si trova in una posizione di separatezza ed isolamento e quindi sottratto ai principi ed alle regole dell'ordinamento repubblicano, né quindi è impermeabile al sindacato del Giudice, qualora non vi siano appunto ragioni discriminatorie, o profili di incongruità ed irrazionalità (Cds, IV, 10.6.2010, n. 3695). Addirittura anche in presenza di trasferimenti a domanda, gli atti che definiscono tali istanza, quanto alla normativa di riferimento, subiscono alcuni limiti, nel senso che ad essi non

<sup>1</sup> In tal senso cfr. Cds, IV, n.4651/09.

<sup>2</sup> Cfr. Cds, IV, 25.6.2010, n.4102; Cds, IV, 21.5.2010, n.3227; Cds, IV, 24.04.2009, n. 2642.

appare applicabile *tout court*, la normativa di tipo garantista dettata dalla legge sul procedimento amministrativo.

#### **4. Limiti alla discrezionalità amministrativa. Profili di illogicità, incongruità, contraddittorietà.**

Come già riferito nei precedenti capitoli, la discrezionalità amministrativa non può tradursi in arbitrio ma incontra, evidentemente, dei limiti che possono formare oggetto di censura e pertanto valutabili dal Giudice.

A tal proposito, una recente sentenza del TAR Lazio n. 356/12, sede di Latina, ha annullato un provvedimento di diniego al trasferimento per situazioni straordinarie di un militare della guardia di finanza per difetto di motivazione. Ed invero il militare in questione, a seguito del diniego del Comando Generale della GdF, al suo trasferimento, impugnava tale provvedimento per difetto di motivazione.

Infatti, nonostante i pareri del Comando Regionale ed Interregionale fossero tutti unanimamente positivi al trasferimento del militare presso una sede nella provincia di Napoli, il Comando Generale rigettava la richiesta senza però esporne i motivi.

Per tale ragione, con l'impugnativa del provvedimento di diniego, si censurava l'operato dell'amministrazione resistente sotto il profilo del difetto di motivazione per illogicità ed irrazionalità poiché non ha enunciato i motivi per cui il Comando Generale della GdF, nonostante i pareri positivi dei vari Comandi sottostanti, non aveva concesso il trasferimento richiesto.

Pertanto, proprio sulla base di tale macroscopico profilo di illogicità il TAR Lazio sede di Latina annullava il provvedimento di rigetto permettendo, al militare, di essere trasferito nell'ambito della Provincia di Napoli per poter continuare ad assistere la madre disabile.

«.....GA.....»

# I CONTROLLI AMMINISTRATIVI NELLA VALUTAZIONE E NELLA GESTIONE DEL RISCHIO CORRUTTIVO

dell'Avv. Carmine Medici

*Nello studio degli strumenti finalizzati a prevenire la corruzione, il tema dei controlli amministrativi ha assunto un'importanza predominante, dal momento che, il buon funzionamento del sistema dei controlli costituisce una garanzia per la legalità dell'azione amministrativa. Il tema dei controlli è stato, quindi, ripreso dalla Commissione interministeriale che ha formulato le linee di indirizzo per la predisposizione del Piano nazionale anticorruzione, approvato dalla CIVIT con delibera n. 72/2013, e dovrà essere ripreso e sviluppato dalle singole pubbliche amministrazioni nei Piani triennali di prevenzione della corruzione.*

In the study of the means to prevent corruption, the issue of administrative controls brought to the fore, since the proper functioning of the control system provides a guarantee for the legality of administrative action. The theme of the controls was, therefore, taken by the Interministerial Commission, which formulated the guidelines for the preparation of the National Anti-Corruption Plan, approved by the CIVIT with resolution no. 72/2013, and must be taken up and developed by the individual governments in the three-year plans for the prevention of corruption.

*Sommario: 1. Introduzione. La “corruzione amministrativa”. 2. I controlli amministrativi nella politica di contrasto ai fenomeni di corruzione amministrativa. 3. I controlli di legittimità ed il controllo successivo di regolarità amministrativa negli enti locali. 4. I controlli interni nella valutazione e nella gestione del rischio corruttivo. 5. Il raccordo dei controlli di regolarità amministrativa e le misure di prevenzione della corruzione. 6. La segnalazione dall'esterno di episodi di corruzione e cattiva amministrazione e l'attivazione di controlli specifici.*

## **1. Introduzione. La “corruzione amministrativa”.**

Costituisce oramai un'acquisizione pacifica quella per cui la diffusione dei fenomeni di corruzione, non solo nella pubblica amministrazione ma nella stessa società civile, abbia assunto dimensioni tali da non poter essere più adeguatamente contrastati in sede giudiziaria.

Si è venuto così affermando nel linguaggio giuridico un significato del termine “corruzione” più ampio ed inclusivo rispetto a quello riferito, nell'ambito della repressione penale, a specifiche figure di reato, ciò nella consapevolezza che gli episodi di corruzione, come tradizionalmente intesi, non esauriscono la rappresentazione del più vasto contesto della cattiva amministrazione (*maladministration*) nel cui ambito sono maturati.

Come evidenziato dalla Corte dei Conti, nel discorso di apertura dell'anno giudiziario 2013, la corruzione si è venuta trasformando da «fenomeno burocratico/pulviscolare» a «fenomeno politico amministrativo sistemico», tale da pregiudicare, proprio per il suo carattere “sistemico”, il prestigio, l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione, compromettendone la legittimazione, per la perdita di fiducia da parte dei cittadini, e producendo danni, diretti ed indiretti, all'economia del Paese.

Così nel diritto amministrativo, la nozione di corruzione si è venuta identificando con la descrizione dei fenomeni di cattiva amministrazione, che comprendono, secondo la definizione contenuta nel Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.), approvato con delibera della CIVIT dell'11.9.2013, n. 72, le “varie situazioni in cui, nel corso dell'attività ammini-

*strativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati".*

Le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 *ter* c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui - a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo» (v. § 2.1.).

La più ampia definizione della corruzione in chiave amministrativa, che consente di valorizzare il carattere sistemico del fenomeno, risulta funzionale alla sua finalità di costituire la base per una risposta non più fatta, come ha ancora evidenziato la Corte dei Conti, *"di soli puntuali, limitati, interventi - circoscritti, per di più, su singole norme del codice penale - ma... articolata ed anch'essa sistemica"*.

Come ricordato nel P.N.A., *"la diffusione e gli effetti del fenomeno corruttivo sono stati oggetto di vari studio anche relativi al nostro Paese. Gli approfondimenti, i dati e le statistiche in materia hanno messo in luce uno scostamento tra corruzione reale e corruzione percepita, che evidenzia il carattere sommerso del fenomeno, ed i notevoli effetti che il fenomeno corruttivo produce sull'economia e sulla crescita"*.

Proprio per i suoi rilevanti effetti sul sistema delle economie, il tema della prevenzione ha da tempo assunto rilievo sovranazionale (...).

Complessivamente, le indicazioni provenienti dalle organizzazioni soprannazionali evidenziano l'esigenza di perseguire i tre seguenti obiettivi principali nell'ambito delle strategie di prevenzione:

- ridurre le opportunità che si manifestino casi di corruzione;
- aumentare la capacità di scoprire casi di corruzione;
- creare un contesto sfavorevole alla corruzione».

Nel recepire i predetti obiettivi, è stata approvata dal Parlamento la l. 6.11.2012, n. 190, recante *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*.

In definitiva, sulla base della più ampia ed inclusiva nozione di corruzione in chiave amministrativa, è venuta emergendo nell'ordinamento positivo una funzione amministrativa, di natura trasversale ad ogni altra funzione amministrativa, di prevenzione dei fenomeni di corruzione come dinanzi intesi, la cui finalità generale, chiaramente perseguita, è quella di restituire fiducia ai cittadini ed agli operatori economici nella pubblica amministrazione, rinnovandone la legittimazione secondo le esigenze del moderno Stato democratico e di diritto.

## **2. I controlli amministrativi nella politica di contrasto ai fenomeni di corruzione amministrativa.**

Nello studio degli strumenti finalizzati a prevenire la corruzione, il tema dei controlli amministrativi ha assunto un'importanza predominante, dal momento che, il buon funzionamento del sistema dei controlli costituisce una garanzia per la legalità dell'azione amministrativa.

Invero, con le riforme degli anni novanta, sono scomparsi i controlli preventivi di legittimità (interni ed esterni) fino ad allora esistenti, fatta eccezione di quelli della Corte dei Conti su specifiche tipologie di atti delle amministrazioni statali.

Con riferimento agli enti locali, basterà ricordare la soppressione del parere preventivo di legittimità del Segretario comunale sulle proposte di deliberazione di cui all'art. 53 della l. 8.6.1990, n. 142, nonché la scomparsa del controllo esterno effettuato dai CO.RE.CO..

Come già rilevato in questa Rivista, *"la soppressione dei predetti controlli è stata determinata dal progressivo affermarsi della logica dell'amministrazione "di risultato", rispetto alla quale forme di controllo sui soli profili di legittimità degli atti amministrativi è apparsa del tutto superata, dal momento che atti pur formalmente legittimi potevano costituire espressione di poteri discrezionali*

*non correttamente esercitati rispetto ai canoni di efficacia, efficienza ed economicità ai quali deve essere improntata l'organizzazione e l'azione amministrativa. Le funzioni di controllo interno sono state, quindi, orientate, almeno nelle intenzioni del legislatore, verso la verifica del raggiungimento di obiettivi prestabiliti, in un ottica di ottimale utilizzo delle risorse impiegate ed assicurando l'economicità della gestione e, quindi, la sostenibilità e l'implementazione dei servizi pubblici in relazione alle risorse disponibili; in questo contesto, si colloca anche la valutazione dei dirigenti, finalizzata a verificare il grado di conseguimento degli obiettivi e le competenze professionali dimostrate durante l'espletamento dell'incarico. Lo spostamento dell'attenzione sulla gestione amministrativa ha lasciato in ombra i profili di legittimità degli atti attraverso i quali l'attività amministrativa si compie, che, tuttavia, costituisce una connotazione ineludibile dell'azione amministrativa che ne può compromettere anche i risultati, come avviene nei non rari casi in cui la realizzazione di importanti opere pubbliche finisce per essere compromessa da procedure di gara illegittime, oggetto di contenziosi giudiziari dall'esito incerto e tali da vanificare il proficuo utilizzo delle risorse impiegate»<sup>1</sup>.*

Tuttavia, come ancora rilevato, *“costituisce un'acquisizione pacifica che il limite della disciplina dei controlli interni di cui al d.lgs. n. 286/1999 era costituito dalla mancanza di ogni garanzia di autonomia organizzativa ed indipendenza di giudizio rispetto agli organi politici, con il pericolo che gli esiti dell'attività di controllo fossero condizionati in funzione del gradimento dei predetti organi politici. D'altra parte, se nel settore privato i controlli interni rispondono direttamente ai consigli di amministrazione ed al management e sono di nomina strettamente fiduciaria, questo avviene perché gli stessi assecondano un'esigenza propria della struttura produttiva, quale quella di ridurre le perdite e aumentare i profitti. Nel settore pubblico, i controlli interni rispondono a logiche*

*non sempre coerenti con l'indirizzo politico espresso dalle diverse maggioranze, soprattutto quando non in linea con i canoni di buona amministrazione, per cui l'esigenza di autonomia e indipendenza degli organi preposti allo svolgimento di funzioni di controllo appare del tutto ineludibile, dovendo essere l'organizzazione e l'azione amministrativa costantemente sottoposta ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost.”<sup>2</sup>. L'attenzione sul tema dei controlli interni, quali strumenti intesi a prevenire i fenomeni di corruzione ed illegalità nella pubblica amministrazione, trova emersione nella legislazione degli ultimi cinque anni, a partire dal d.lgs. 27.10.2009, n. 150, che ha ridefinito il sistema dei controlli, con particolare riferimento ai sistemi di misurazione e valutazione della performance organizzativa ed individuale.*

In questo primo intervento normativo, l'esigenza di assicurare il buon funzionamento del sistema dei controlli quale garanzia per la legalità e l'integrità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, trova immediato riscontro nella previsione di un *“controllo sui controlli”*, essendo demandato agli organismi indipendenti di valutazione il monitoraggio sul *“funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni”*, elaborando *“una relazione annuale sullo stato dello stesso”* (v. art. 14, co. 4, lett. a).

La materia dei controlli interni ha, poi, di recente formato oggetto di un altro intervento normativo specificamente dedicato alle autonomie territoriali, quale quello contenuto nel d.l. 10.10.2012, n. 174, conv., con mod., dalla l. 7.12.2012, n. 213, con il quale il Governo è, tra l'altro, intervenuto sul T.U.E.L., approvato con d.lgs. 18.8.2000, n. 267, modificando la disciplina dei controlli interni negli enti locali.

Il d.l. n. 174 cit., che ha preceduto di un mese l'approvazione della l. n. 190/2012, sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, è a quest'ultima accomunata dalla stessa preoccupazione di fondo, quale quella

<sup>1</sup> ESPOSITO M., *Il controllo di regolarità amministrativa ed il ruolo del Segretario comunale*, § 2, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 4-2012.

<sup>2</sup> ESPOSITO M., *op. cit.*, § 5.

di rivitalizzare il circuito dei controlli interni, da orientare maggiormente al contrasto dei fenomeni di illegalità e di recupero di efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

### **3. I controlli di legittimità ed il controllo successivo di regolarità amministrativa negli enti locali.**

Con specifico riferimento ai controlli interni nell'ambito degli enti locali, assume preminente rilievo la riforma della disciplina del controllo di regolarità amministrativa, attraverso la quale è stato sostanzialmente reintrodotto un vero e proprio controllo di legittimità, da espletarsi nella fase successiva alla formazione dell'atto ed al momento in cui lo stesso ha prodotto i suoi effetti.

Tradizionalmente, il controllo di regolarità amministrativa e contabile, scomparsi negli enti locali gli altri controlli di legittimità, è stato concepito come competenza tipica dei responsabili dei servizi finanziari e dei revisori dei conti, da esercitare con riferimento a specifici e determinati atti amministrativi e finalizzato ad assicurare la legittimità dei procedimenti di spesa.

Nelle amministrazioni locali la tipologia di controllo in questione è stata sempre svolta attraverso il parere di regolarità tecnica e contabile di cui all'art. 49 del T.U.E.L.

Nel riformare la disciplina del controllo interni, il d.l. n. 174/2012 è intervenuto, in primo luogo, sui controlli preventivi e, nel modificare l'art. 49 cit., ha previsto che il parere del responsabile di ragioneria sulle proposte di deliberazione di giunta e consiglio comunale che non siano mero atto di indirizzo deve essere richiesto qualora l'approvazione della proposta "comporti riflessi diretti o indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'ente", obbligando gli organi di governo ed indirizzo politico a fornire "adeguata motivazione nel testo della deliberazione" nell'ipotesi in cui decidessero di non conformarsi al parere, assumendo così l'integrale responsabilità delle conseguenze dannose dell'atto deliberativo.

In secondo luogo, il legislatore, nel novellare l'art. 147 del T.U.E.L., ha isolato il controllo di regolarità amministrativa e contabile dalle altre forme di controllo interno (quali il

controllo di gestione, il controllo strategico e la valutazione dei dirigenti), dedicandogli il primo comma, secondo cui «*gli enti locali, nell'ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, individuano strumenti e metodologie per garantire, attraverso il controllo di regolarità amministrativa e contabile, la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa*».

Quindi, ha introdotto, con il nuovo art. 147-bis, una disciplina specifica e del tutto innovativa del controllo successivo di regolarità amministrativa (e non anche contabile), svolto secondo «*le modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del segretario*» e che ha per oggetto «*le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento*» (v. co. 2).

Quanto al controllo contabile già previsto dall'art. 153, co. 4, del T.U.E.L., lo stesso è oggi arricchito dell'ulteriore funzione di controllo degli equilibri finanziari di cui ai nuovi artt. 147, co. 2, lett. c), e 147 *quinquies*, svolto sotto la direzione e il coordinamento del responsabile del servizio finanziario e mediante la vigilanza dell'organo di revisione, con il coinvolgimento attivo degli organi di governo, del direttore generale, ove previsto, del segretario e dei responsabili dei servizi, secondo le rispettive responsabilità.

Come già rilevato in questa Rivista, «*le vicende del controllo di regolarità amministrativa nell'ordinamento degli enti locali - originariamente inserito nel d.d.l. sulla Carta delle autonomie locali, di recente confluito nel d.d.l. sul contrasto alla corruzione ed ai fenomeni di illegalità nella pubblica amministrazione per poi essere inserito, unitamente alle altre forme di controlli interno, nel d.l. n. 174/2012, quale più appropriata sede materiae - ed i connotati specifici che la forma di controllo in esame ha assunto nella disciplina di cui al nuovo art. 147 bis del T.U.E.L., lasciano emergere, nello specifico contesto considerato, un processo di progressiva emancipazione del controllo di regolarità amministrativa rispetto alla forma tradizionale del controllo di regolarità amministrativa e contabile, quale forma di controllo specifi-*

*camente riservata ai procedimenti di spesa, assumendo propriamente la valenza di un vero e proprio controllo di legittimità dell'azione amministrativa.*

Tuttavia, rispetto ai tradizionali controlli di legittimità, il controllo di regolarità amministrativa di cui all'art. 147 *bis* non è finalizzato solo a verificare la legittimità formale degli atti ma anche la trasparenza del procedimento in base al quale gli stessi sono stati adottati ed alla correttezza, sul piano dell'efficacia, efficienza ed economicità, delle soluzioni adottate (cfr. art. 1 della l. 7.8.1990, n. 241, e succ. int. mod).

Conseguentemente, appare del tutto coerente la scelta del legislatore di affidare la direzione di questa forma di controllo al segretario comunale e provinciale, anche in considerazione della sua collocazione in posizione sovraordinata rispetto ai dirigenti e responsabili dei servizi (cfr. art. 97, co. 4, del T.U.E.L.), pur rimanendo gli stessi direttamente responsabili, in via esclusiva, della realizzazione degli obiettivi, della correttezza amministrativa, e della efficienza e dei risultati della gestione (v. art. 107, co. 6).

L'autonomia dei dirigenti e dei responsabili dei servizi nell'espletamento dell'incarico è assicurata dalla periodicità del controllo amministrativo e dalla circostanza per cui gli atti sottoposti a controllo sono *“scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento”* (art. 147 *bis*, co. 2), ciò al fine di evitare che l'esercizio delle funzioni di controllo di traducano, se esercitate in maniera mirata e sull'intera gestione, in funzioni di amministrazione attiva, che è, invece, affidata all'esclusiva responsabilità dei dirigenti e responsabili di servizio.

D'altra parte, per la stessa ragione, in caso di esito negativo del controllo di regolarità amministrativa, al segretario non sono attribuiti poteri di intervento in via diretta, potendo lo stesso fornire ai dirigenti e responsabili dei servizi interessati *«direttive cui conformarsi in caso di riscontrate irregolarità»*, ciò che appare più coerente con le funzioni di sovrintendenza dell'attività dei dirigenti di cui all'art. 97, co. 4.

E proprio in virtù delle predette funzioni e del ruolo che lo stesso ricopre nell'orga-

nizzazione dell'ente locale, assume particolare rilievo la partecipazione del segretario alle altre forme di controllo (cfr. art. 147, co. 4) ed il suo coinvolgimento nel controllo sugli equilibri finanziari (cfr. art. 147 *quinquies*).

L'evoluzione del controllo di regolarità amministrativa in direzione di un vero e proprio controllo di legittimità, per di più non limitato ai soli profili della legittimità formale degli atti ma esteso anche alla trasparenza e correttezza dell'attività oggetto di verifica, e il conferimento di una siffatta forma di controllo al segretario comunale e provinciale, comportano una valorizzazione di questa figura quale punto di riferimento per la legalità dell'azione amministrativa<sup>3</sup>

#### **4. Il controlli interni nella valutazione e nella gestione del rischio corruttivo.**

Il tema del buon funzionamento dei sistemi dei controlli interni assume preminente rilievo nelle *“Linee di indirizzo”* del Comitato interministeriale istituito con d.P.C.M. 16.1.2013 per la predisposizione del Piano nazionale anticorruzione (P.N.A.).

In particolare, nel definire *“le linee guida per la predisposizione dei Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione”*, il P.N.A. dovrà assicurarne un contenuto minimo, *“che corrisponda all'obiettivo ineludibile dell'individuazione preventiva della aree di attività amministrativa maggiormente esposte al rischio della corruzione (c.d. mappatura del rischio)”* (v. § 4).

Quindi, il P.T.P.C. dovrà essere articolato intorno ad alcuni punti essenziali, quali *«il monitoraggio, per ciascuna attività, del rispetto dei termini di conclusione del procedimento»* e *“la rilevazione, in rapporto al grado di rischio, delle misure di contrasto (procedimenti a disciplina rinforzata, controlli specifici, particolari valutazioni ex post dei risultati raggiunti, particolari misure nell'organizzazione degli uffici e nella gestione del personale addetto, particolari misure di trasparenza sulle attività svolte) già adottate, ovvero l'indicazione delle misure che il Piano prevede di adottare o direttamente adotta”*; ancora, nell'*«individuazione*

<sup>3</sup> ESPOSITO M., op. cit., §4.

delle misure di carattere generale che l'amministrazione ha adottato o intende adottare per prevenire il rischio di corruzione», il P.T.P.C. dovrà introdurre «adeguate forme di controllo specificamente dirette alla prevenzione e all'emersione di vicende di possibile esposizione al rischio corruttivo» (v. § 5).

In conformità alle "Linee di indirizzo" del Comitato interministeriale, è stato adottato il P.N.A., come già ricordato di recente approvato dalla CIVIT, quale Autorità nazionale anticorruzione, con delibera 11.9.2013, n. 72, il quale, nell'ambito degli obiettivi strategici ed azioni di livello nazionale, tra i quali quello della creazione di "un contesto sfavorevole alla corruzione" (v. § 2.3.), tra le azioni e misure di prevenzione da introdurre ed implementare a livello decentrato da parte delle singole amministrazioni, prevede che "gli strumenti già previsti o già in uso presso ciascuna amministrazione per finalità di prevenzione dell'illegalità, come le ispezioni, tutti i controlli di varia natura, l'esercizio della vigilanza, debbono essere valorizzati, coordinati e sistematizzati rispetto alle nuove misure previste dalla legge, dal presente P.N.A. o dai P.T.C.P [Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione: *n.d.a.*] (v. § 3.1.).

Il tema dei controlli interni assume rilievo, nell'ambito del P.N.A., non solo con riferimento alla "gestione del rischio", intesa come "l'insieme delle attività coordinate per guidare e tenere sotto controllo l'amministrazione con riferimento al rischio" (v. All. 1, § B.1.2.), ma anche con riferimento alla valutazione del rischio, da effettuare per ciascun processo o fase di processo mappato (così come definito dall'All. 1, § B.1.2.1., su cui v. *infra*), con particolare riferimento alla fase di "analisi del rischio", consistente "nella valutazione della probabilità che il rischio si realizzi e delle conseguenze che il rischio produce (probabilità e impatto) per giungere alla determinazione del livello di rischio" (v. § B.1.2.2.).

In particolare, "la stima della probabilità tiene conto, tra gli altri fattori, dei controlli vigenti. A tal fine, per controllo si intende qualunque strumento di controllo utilizzato dalla P.A. che sia utile per ridurre il rischio (e, quindi, sia il sistema dei controlli legali, come il controllo preventivo e il controllo di

gestione, sia gli altri meccanismi di controlli utilizzati nella p.a., es. i controlli a campione in casi non previsti dalle norme). La valutazione sull'adeguatezza del controllo va fatta considerando il modo in cui il controllo funziona concretamente nella p.a.. Per la stima della probabilità, quindi, non rileva la previsione dell'esistenza in astratto del controllo, ma la sua efficacia in relazione al rischio considerato" (v., ancora, § B.1.2.2. nonché l'All. 5, quadrante riservato ai "controlli" e relativa nota 3).

### **5. Il raccordo dei controlli di regolarità amministrativa e le misure di prevenzione della corruzione.**

Il controllo di regolarità amministrativa, sia nella fase preventiva che in quella successiva, assumono rilievo ai fini della valutazione e della gestione del rischio corruttivo, per la loro caratterizzazione sistemica.

Come evidenziato al § 3., la tipologia di controllo in questione assume quale parametro di riferimento "la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa" (v. art. 147, co. 1, del T.U.E.L.).

In altre parole, rispetto ai tradizionali controlli di legittimità, il controllo di regolarità amministrativa di cui all'art. 147-*bis* non è finalizzato solo a verificare la legittimità formale degli atti ma anche la trasparenza del procedimento in base al quale gli stessi sono stati adottati ed alla correttezza, sul piano dell'efficacia, efficienza ed economicità, delle soluzioni adottate rispetto agli elementi acquisiti sulla base delle risultanze procedurali.

Proprio per questa ragione il controllo di regolarità amministrativa, quale strumento di gestione del rischio corruttivo, dovrà riguardare l'intero processo, inteso come «un insieme di attività interrelate che creano valore trasformando delle risorse (*input* del processo) in un prodotto (*output* del processo) destinato ad un soggetto interno o esterno all'amministrazione (utente). Il processo che si svolge nell'ambito di un'amministrazione può essere da solo portare al risultato finale o porsi come parte o fase di un processo complesso, con il concorso di più amministrazioni. Il concetto di processo è più ampio di quello di procedimento amministrativo e ri-

comprende anche le procedure di natura prioritaria» (v. All. 1, § B.1.2.1., al P.N.A.).

Con riferimento al controllo successivo di regolarità amministrativa, lo stesso, come già ricordato, è assicurato “assicurato, nella fase successiva, secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell’ambito dell’autonomia organizzativa dell’ente, sotto la direzione del segretario, in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento” (art. 147-bis, co. 2, del T.U.E.L.).

L’espletamento del controllo, in maniera periodica (cfr. art. 147 bis, co. 3), secondo i principi di revisione aziendale, sottoponendo a controllo agli atti in base ad una selezione causale, da effettuarsi con motivate tecniche di campionamento, rendono necessario, al fine di garantire la correttezza del procedimento di controllo, che le modalità di campionamento assicurino la sottoposizione a controllo di un campione significativo per ciascun processo o fase di processo, in modo da pervenire ad una valutazione attendibile circa la legittimità e regolarità della complessiva attività dell’amministrazione.

### **7. La segnalazione dall’esterno di episodi di corruzione e cattiva amministrazione e l’attivazione di controlli specifici.**

Nell’ambito delle azioni e misure di prevenzione dei fenomeni corruttivi a livello decentrato, il P.N.A. dedica attenzione alle azioni di sensibilizzazione della cittadinanza finalizzate alla promozione della cultura della legalità ed al rapporto con la società civile.

A tal fine, oltre a “dare efficace comunicazione e diffusione alla strategia di prevenzione dei fenomeni corruttivi impostata e attuata mediante il P.T.P.C. e alle connesse misure”, “considerato che l’azione di prevenzione e contrasto della corruzione richiede un’apertura di credito e di fiducia nella relazione con i cittadini, gli utenti, le imprese che possa nutrirsi anche di rapporto continuo, alimentato dal funzionamento di stabili canali di comunicazione», le pubbliche amministrazioni dovranno valutare «modalità, soluzioni organizzative e tempi per l’attivazione di ca-

nali dedicati alla segnalazione (dall’esterno dell’amministrazione, anche in forma anonima, ed in modalità informale) di episodi di cattiva amministrazione, conflitto di interessi, corruzione... Le modalità con le quali si attua il raccordo e i canali di collegamento debbono essere pubblicizzati in modo da rendere trasparente il processo di rappresentazione degli interessi da parte dei vari portatori” (v. § 3.1.14.).

In proposito, il P.N.A. contiene addirittura una “raccomandazione”: “è particolarmente raccomandato l’utilizzo di canali di ascolto in chiave propositiva da parte dei portatori di interesse e dei rappresentanti delle categorie di utenti e di cittadini rispetto all’azione dell’amministrazione e dell’ente, anche al fine di migliorare ed implementare la strategia di prevenzione della corruzione” (v., ancora, § 3.1.14. nonché l’All. 1, § B.1.2.1. e B.15, in cui si ribadisce che “poiché uno degli obiettivi principali dell’azione di prevenzione della corruzione è quello dell’emersione dei fatti di cattiva amministrazione e di fenomeni corruttivi, è particolarmente importante il coinvolgimento dell’utenza e l’ascolto della cittadinanza. In questo contesto, si collocano le azioni di sensibilizzazione, che sono volte a creare dialogo con l’esterno per implementare un rapporto di fiducia e che possono portare all’emersione di fenomeni corruttivi altrimenti “silenti””. V. anche Allegato 6).

Ciò posto, tra le misure da attuare con «decorrenza immediata» (“da riprodurre nell’ambito del P.T.P.C.”) rientra “l’attivazione di canali dedicati alla segnalazione dall’esterno alla p.a. di episodi di corruzione, cattiva amministrazione e conflitto di interessi” (v. Tavola delle misure n. 15 allegata al P.N.A.).

La segnalazione dall’esterno comporta l’obbligo di attivazione dei controlli specifici di cui alle Linee di indirizzo del Comitato interministeriale (v. § 5) nell’ambito di quelli già previsti nell’amministrazione o ulteriormente introdotti dal P.T.P.C., rispetto ai quali si configura, in capo agli organi preposti al controllo, l’obbligo di concludere il relativo procedimento comunicandone l’esito all’interessato, analogamente a quanto previsto dall’art. 60, co. 6, del d.lgs. 31.3. 2001, n. 165, e succ. int. e mod., per l’Ispettorato della

Funzione Pubblica (quest'ultimo “*al fine di corrispondere a segnalazioni da parte di cittadini o pubblici dipendenti circa presunte irregolarità, ritardi o inadempienze delle amministrazioni di cui all'art.1 co.2, può richiedere chiarimenti e riscontri in relazione ai quali l'amministrazione interessata ha l'obbligo di rispondere, anche per via telematica, entro quindici giorni. A conclusione degli accertamenti, gli esiti delle verifiche svolte dall'ispettorato costituiscono obbligo di valutazione, ai fini dell'individuazione delle responsabilità e delle eventuali sanzioni disciplinari di cui all'art. 55, per l'amministrazione medesima*», fermo restando “*l'obbligo, ove ne ricorrano le condizioni, di denunciare alla Procura generale della Corte dei conti le irregolarità riscontrate*”).

Appare appena il caso di rilevare che la segnalazione di episodi di cattiva amministrazione non comporta *ex se* l'attivazione di un procedimento finalizzato all'annullamento in autotutela di eventuali provvedimenti amministrativi illegittimi, dal momento che all'organo preposto al controllo non sono attribuiti poteri di intervento in via diretta, salvo i casi di esercizio di poteri sostitutivi (cfr. art. 2, co. 9 *bis* ss., della l. 7.8.1990, n. 241, e succ. int. e mod.).

Tuttavia, in caso di esito positivo del controllo di regolarità amministrativa, l'organo di controllo dovrà fornire ai dirigenti e responsabili dei servizi interessati “*direttive cui conformarsi in caso di riscontrate irregolarità*” (cfr. art. 147 *bis*, co. 3, del T.U.E.L.), così stimolando il potere di annullamento in autotutela da parte del soggetto che lo ha adottato.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.9.2013, n. 4793  
**Collocamento a riposo - personale della scuola - trattamenti pensionistici.**

*Il Consiglio di Stato conferma con la sentenza in esame il proprio difetto di giurisdizione sul ricorso presentato dalla Federazione Lavoratori della Conoscenza (FLC - CGIL) con il quale impugnava innanzi al Tar del Lazio la circolare del Ministero della Funzione Pubblica n. 2/12, avente ad oggetto: “d.l. n. 201 del 2011 convertito in l. n. 214/2011 art.24 - limiti massimi per la permanenza in servizio nelle pubbliche amministrazioni”, illustrativa della nuova disciplina in materia di trattamenti pensionistici, nonché la circolare n. 23 del 12/3/2012 del Ministero della Istruzione, dell’Università e della Ricerca. L’Organizzazione sindacale, nel rilevare il contenuto irrazionale, ingiustamente penalizzante e discriminatorio delle disposizioni recate dall’art. 24 della l. n. 214 /2011, che, per il personale della scuola, ha introdotto un cambiamento delle modalità e dei requisiti del collocamento a riposo, senza alcuna gradualità e previsione transitoria, contestava la legittimità delle impugnate circolari, recanti, a suo dire, misure organizzative e concrete per l’applicazione della legislazione de qua, incorrendo tali atti nei vizi di eccesso di potere per disparità di trattamento e di violazione di legge, in particolare sotto l’aspetto della violazione della precedente disciplina, che attribuiva ai docenti il diritto di andare in pensione all’inizio dell’anno scolastico 2012-2013. L’adito Tribunale amministrativo, con sentenza n. 6120/2012, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione, sul rilievo che la controversia ha ad oggetto rapporti di lavoro di personale contrattualizzato, con riferimento alla materia dei requisiti per il diritto soggettivo al collocamento a riposo, per la quale il giudice amministrativo difetta di giurisdizione, con conseguente devoluzione della domanda davanti al giudice ordinario. Ad avviso del Consiglio di Stato ai fini dell’individuazione del discrimen, occorre fare*

*riferimento, come sancito dalla Corte regolatrice (cfr. Cass. Sez. Un. 27.3.2007 n. 7388) al c.d. criterio sostanziale della causa petendi e cioè alla intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio come individuata in relazione al rapporto giuridico disciplinato dalla norma. Con riferimento al primo aspetto, l’appellante contesta la legittimità degli atti impugnati (circolari ministeriali) sul rilievo che gli stessi avrebbero introdotto, per i docenti dipendenti della pubblica istruzione, un regime penalizzante per quanto riguarda i termini e le modalità di acquisizione del diritto ad essere collocati a riposo, venendo ingiustificatamente ritardato il pensionamento, anche di diversi anni. In tal modo vengono in rilievo posizioni giuridiche soggettive inerenti il rapporto di lavoro contrattualizzato aventi la dignità di diritti soggettivi, che, come tali, devono trovare la loro tutela innanzi al giudice istituzionalmente dotato della relativa giurisdizione, quello ordinario. Il difetto di giurisdizione del plesso giurisdizionale amministrativo è peraltro rilevabile avuto riguardo anche al criterio del petitum, cioè l’oggetto della richiesta di annullamento. Invero oggetto di “impugnativa” sono due circolari, l’una della Presidenza del Consiglio dei Ministri, l’altra del Ministero dell’Istruzione: trattasi, dal punto di vista formale, di atti amministrativi a contenuto generale, ma che non recano misure di tipo organizzativo e neppure hanno contenuto autoritativo e/o dispositivo, atteggiandosi, invece, ad atti esplicativi o meramente applicativi delle disposizioni recate da una normativa di rango primario costituita dall’art. 24 del d.l. n. 201/2011, alle quali unicamente è da rapportare la definizione del rapporto giuridico in contestazione. Sotto tale “versante” (quello della natura e portata contenutistica degli atti in contestazione) non ci si trova di fronte a poteri discrezionali e/o organizzativi della P.A., la quale, con le “istruzioni” dettate a mezzo delle prefate circolari, si limita a meglio spiegare il contenuto e la portata applicativa*

delle disposizioni legislative dettate in subjecta materia, sicché in mancanza di manifestazioni di attività amministrativa tout court ed in assenza di correlate posizioni qualificabili come interessi legittimi di tipo pretensivo, va esclusa la possibilità di ravvisare la sussistenza della cognizione del giudice amministrativo quale l'organo giurisdizionale deputato a conoscere delle questioni introdotte con la controversia all'esame. Per non dire poi che, anche sotto un ulteriore dato, quello di diritto positivo, va esclusa la giurisdizione del g.a: infatti, attenendo la pretesa qui rivendicata ad un rapporto di lavoro privatizzato, lo stesso legislatore ha avuto cura, con il d.lgs. n.80 del 1998, prima, e con il d.lgs. n.165/2001, dopo, di individuare l'organo giurisdizionale chiamato ad occuparsi delle relative controversie (il g.o.) In forza delle sue stesse considerazioni, il Collegio ha ritenuto corrette le osservazioni e prese conclusioni del primo giudice in ordine al rilevato difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria, innanzi alla quale la domanda potrà essere riproposta.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.7.2013, n. 3754  
**Concorso pubblico - illegittimità operazioni concorsuali - omessa indicazione - verbale - lavori commissione.**

*Il provvedimento di esclusione dalle prove orali di un pubblico concorso non è censurabile con riferimento al tempo medio impiegato dalla commissione esaminatrice per la valutazione di ciascun elaborato, questo il principio ormai consolidato richiamato nella presente sentenza dal Consiglio di Stato. La vicenda che origina il presente contenzioso investe il concorso notarile ove un partecipante si duole della mancata indicazione a verbale dell'orario di chiusura della correzione degli elaborati desumendo e da ciò l'insufficienza dei tempi presumibilmente impiegati dalla Commissione, e pertanto l'omessa correzione integrale delle prove ovvero la mancanza di collegialità nella correzione stessa. A tale conclusione parte istante perviene attraverso una serie di passaggi logici che ad avviso del Consiglio di Stato si palesano meramente congetturali, basati su una personale ricostruzione dei tempi*

*medi necessari per la correzione dei temi in rapporto al tempo complessivo che sarebbe stato a disposizione della Commissione, senza però fornire alcuna prova concreta dello specifico pregiudizio che il singolo candidato avrebbe patito per effetto del vizio ipotizzato (quand'anche sussistente).*

*L'appello è stato rigetto in quanto il Collegio ha riaffermato, appunto, il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il provvedimento di esclusione dalle prove orali di un pubblico concorso non è censurabile con riferimento al tempo medio impiegato dalla commissione esaminatrice per la valutazione di ciascun elaborato né costituisce vizio del procedimento, ma al limite mera irregolarità non necessariamente sintomatica della fretta con cui è stata eseguita la correzione degli elaborati, la circostanza che il verbale non contenga alcuna indicazione dell'orario di chiusura della seduta in cui gli elaborati stessi sono stati esaminati (cfr. CdS, IV, 5.9.2007, nr. 4655). Tale orientamento corrisponde a un insegnamento consolidato negli anni, nel senso dell'irrilevanza, al fine di lamentare l'illegittimità delle operazioni concorsuali, della omessa indicazione nel verbale dell'orario di inizio e/o chiusura dei lavori della commissione (cfr. CdS, IV, 12.11.1993, n. 1001; CdS, V, 19.7.1989, n. 431; CdS, 5.7.1985, n. 392; CdS, VI, 20.10.1978, n. 1048).*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.7.2013, n. 3747  
**Ministero dell'istruzione - concorso - reclutamento - dirigenti scolastici - candidati - buste - concorrenti - fornitura - prove.**

*Importante sentenza del Consiglio di Stato nella quale vengono enunciati i seguenti principi: A) Nelle procedure concorsuali l'esigenza di assicurare il rispetto effettivo del principio costituzionale del pubblico concorso e la regola fondamentale dell'anonimato ad esso sottesa costituiscono la base di un dovere indefettibile per l'amministrazione che le impone di utilizzare, in conformità alla condotta tipica definita a livello normativo, buste, all'interno delle quali i concorrenti inseriscono i dati identificativi, materialmente tali da non consentire nemmeno astrattamente che la commissione o altri possano, in qualunque condizione ambientale, leggere i*

*dati identificativi dei concorrenti stessi fino al momento procedimentale dedicato all'apertura delle buste. B) L'attuazione della sentenza che dichiara l'illegittimità di una fase della procedura concorsuale deve avvenire, in ossequio al principio di economicità dell'azione amministrativa, in modo da preservare, ove possibile, le fasi della procedura stessa immuni dai vizi denunciati. In particolare in virtù dell'art. 34, lett. e), c.p.a che prevede che il giudice, con la sentenza con cui definisce il giudizio di cognizione, «dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato» nel caso in esame il Consiglio di Stato ha previsto che l'attuazione del giudicato deve avvenire in modo da preservare, in rispetto del principio di economicità, la validità degli atti della procedura che non sono stati inficiati dall'illegittimità qui riscontrata. In questa prospettiva, "non è necessario che venga ripetuto lo svolgimento delle prove scritte, in quanto lo stesso è avvenuto, per le ragioni indicate, nel rispetto delle relative norme. Il Ministero dell'istruzione, pertanto, dovrà affidare a un dirigente di prima fascia incardinato da almeno un anno presso gli uffici centrali ministeriali e ad altri due dirigenti di analoga collocazione, estranei alla vicenda amministrativa in esame, il compito di procedere alla sostituzione delle buste, oggetto di contestazione in questo giudizio, con buste che assicurino l'assoluto rispetto del principio dell'anonimato, nonché all'effettuazione delle altre necessarie operazioni materiali. I dirigenti incaricati daranno adeguata pubblicità delle attività poste in essere indicando luogo, giorno e ora in cui si effettueranno tali operazioni, consentendo, se richiesto, ad un numero non superiore a dieci candidati, di assistervi. Il Ministero, inoltre, provvederà a nominare una nuova commissione composta da soggetti aventi i prescritti requisiti legali, con il compito di procedere ad una nuova valutazione degli elaborati di tutti i candidati che hanno superato la prova preselettiva. La commissione nominata procederà poi alla correzione degli elaborati nel rispetto di tutte le norme di legge e di quelle contenute nel bando di concorso." Questa la conclusione del contenzioso arrivato innanzi al Consiglio di Stato il quale ha in generale,*

*sottolineato che l'art. 97, co. 3 cost. prevede che, salvo i casi stabiliti dalla legge, «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso». Ciò significa che la «forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni» (Corte cost., 9.11.2006, n. 363) è rappresentata «da una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti» (Corte cost., 13.11.2009, n. 293). La giurisprudenza costituzionale ha rilevato la stretta correlazione a questa norma costituzionale degli art. 3, 51 e 97, co. 1 cost. Il concorso pubblico, infatti: i) consente «ai cittadini di accedere ai pubblici uffici in condizioni di eguaglianza» (artt. 3 e 51); ii) garantisce il rispetto del principio del buon andamento (art. 97, primo comma), in quanto «il reclutamento dei dipendenti in base al merito si riflette, migliorandolo, sul rendimento delle pubbliche amministrazioni e sulle prestazioni da queste rese ai cittadini» (Corte cost. n. 293 del 2009, cit.); iii) assicura il rispetto del principio di imparzialità, in quanto «impedisce che il reclutamento dei pubblici impiegati avvenga in base a criteri di appartenenza politica e garantisce, in tal modo, un certo grado di distinzione fra l'azione del governo, normalmente legata agli interessi di una parte politica, e quella dell'amministrazione, vincolata invece ad agire senza distinzioni di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate nell'ordinamento; sotto tale profilo il concorso rappresenta, pertanto, il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità e al servizio esclusivo della Nazione» (Corte cost. n. 293 del 2009, cit. e 15.10.1990, n. 453). Da tutto quanto esposto è dato trarre la considerazione che la pratica effettiva dell'anonimato per le prove scritte d'esame dei concorsi pubblici - come in generale per tutti gli esami scritti a rilievo pubblico - realizza in termini pratici principi e regole di dignità costituzionale. Dal che la sua indefettibilità in concreto. Nello specifico poi, l'art. 14 d.P.R. 9.5.1994, n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche*

amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi) disciplina gli adempimenti dei concorrenti e della commissione al termine della prova scritta (analoghe disposizioni sono contenute nel d.P.R. 3.5.1957, n. 686, recante «Norme di esecuzione del testo unico delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con d.P.R. 10.1.1957, n. 3»). In particolare, la commissione è tenuta a: - consegnare al candidato in ciascuno dei giorni di esame due buste di eguale colore: una grande munita di linguetta staccabile ed una piccola contenente un cartoncino bianco (comma 1); - il presidente della commissione o del comitato di vigilanza, o chi ne fa le veci, appone trasversalmente sulla busta, in modo che vi resti compreso il lembo della chiusura e la restante parte della busta stessa, la propria firma e l'indicazione della data della consegna (co. 2, ultimo inciso); - al termine di ogni giorno di esame è assegnato alla busta contenente l'elaborato di ciascun concorrente lo stesso numero da apporsi sulla linguetta staccabile, in modo da poter riunire, esclusivamente attraverso la numerazione, le buste appartenenti allo stesso candidato (co. 3); - successivamente alla conclusione dell'ultima prova di esame e comunque non oltre le ventiquattro ore si procede alla riunione delle buste aventi lo stesso numero in un'unica busta, dopo aver staccata la relativa linguetta numerata; tale operazione è effettuata dalla commissione esaminatrice o dal comitato di vigilanza con l'intervento di almeno due componenti della commissione stessa nel luogo, nel giorno e nell'ora di cui è data comunicazione orale ai candidati presenti in aula all'ultima prova di esame, con l'avvertimento che alcuni di essi, in numero non superiore alle dieci unità, potranno assistere alle anzidette operazioni (co. 4); - i pieghi sono aperti alla presenza della commissione esaminatrice quando essa deve procedere all'esame dei lavori relativi a ciascuna prova di esame (co. 5); - il riconoscimento deve essere fatto a conclusione dell'esame e del giudizio di tutti gli elaborati dei concorrenti (co. 6). Il candidato è tenuto: - dopo aver svolto il tema, senza apporvi sottoscrizione, né altro

contrassegno, a mettere il foglio o i fogli nella busta grande; a scrivere il proprio nome e cognome, la data e il luogo di nascita nel cartoncino, chiudendolo nella busta piccola; a porre, quindi, anche la busta piccola nella grande che richiude e a consegnare il tutto al presidente della commissione o del comitato di vigilanza o a chi ne fa le veci (co. 2, primo inciso). Sul piano funzionale, va considerato il dato essenziale che l'ordinamento, con queste norme, intende assicurare il rispetto effettivo del principio dell'anonimato - vale a dire della non riconoscibilità, anche ipotetica, dell'autore - degli scritti concorsuali, che costituisce «garanzia ineludibile di serietà della selezione e dello stesso funzionamento del meccanismo meritocratico» (CdS, VI, 6.4.2010, n. 1928) e rappresenta «il diretto portato del criterio generale di imparzialità della pubblica amministrazione, la quale deve operare le proprie valutazioni senza lasciare alcuno spazio a rischi, anche soltanto potenziali, di condizionamenti esterni» (CdS, V, 5.12.2006, n. 7116; CdS, V, 1.3.2000, n. 1071). Sul piano strutturale, per perseguire nella realtà pratica un tale obiettivo, l'ordinamento prevede norme cogenti che, in rapporto ai suddetti principi costituzionali, configurano regole di condotte tipizzate, riconducibili all'amministrazione e ai candidati, che indefettibilmente vanno osservate nelle procedure concorsuali. La violazione di tali norme comporta un'illegittimità da pericolo astratto e presunto: solo con una siffatta rigorosa precauzione generale, infatti, è ragionevolmente garantita l'effettività dell'anonimato nei casi singoli. Con queste cautele, elevate a inderogabili norma di condotta, la soglia dell'illegittimità rilevante viene anticipata all'accertamento della sussistenza di una condotta concreta non riconducibile a quella tipizzata. L'ordinamento non chiede dunque che il giudice accerti di volta in volta che la violazione delle regole di condotta abbia portato a conoscere effettivamente il nome del candidato. Se fosse richiesto un tale, concreto, accertamento, lo stesso - oltre ad essere di evidente disfunzionale onerosità - si risolverebbe, con inversione dell'onere della prova, in una sorta di probatio diabolica che contrasterebbe con l'esigenza organizzativa e giuridica di

assicurare senz'altro e per tutti il rispetto delle indicate regole, di rilevanza costituzionale, sul pubblico concorso. Riguardo alla casistica ad oggi formatasi sui comportamenti dei candidati, il caso più ricorrente riguarda l'apposizione di segni di riconoscimento sugli elaborati scritti: a tale proposito, si è affermato che «ciò che rileva non è tanto l'identificabilità dell'autore dell'elaborato mediante un segno a lui personalmente riferibile, quanto piuttosto l'astratta idoneità del segno a fungere da elemento di identificazione» (da ultimo, CdS., V, 11.1.2013, n. 102; VI, 26.3.2012, n. 1740; si v. anche V, 29.9.1999, n. 1208). Più in dettaglio, la casistica stessa varia poi in relazione all'identificazione della nozione di "segno" astrattamente riconoscibile. Con riferimento ai comportamenti dell'amministrazione, i casi indicati riguardano l'apposizione sui lembi di chiusura delle buste contenenti gli elaborati delle sigle dei membri della commissione. A tal proposito, si è affermato che è sufficiente che tali sigle «siano apposte in maniera macroscopicamente diversa da busta a busta ovvero che su alcune di esse sia stata marcata la data con la sola indicazione del giorno e del mese mentre su altre vi si legge il giorno, il mese e l'anno» per considerare leso il principio dell'anonimato. E' stato ritenuto sufficiente, anche in questo caso, la violazione della regola di condotta tipica descritta dalle norme «senza che sia necessario (...)ricostruire a posteriori il possibile percorso di riconoscimento degli elaborati da parte dei soggetti chiamati a valutarli» (CdS, VI, n. 1928 del 2010, cit.). Dopo aver ricostruito nei termini sopra esposti il suddetto quadro normativo e giurisprudenziale il Collegio passa all'esame dei motivi di appello dei quali appare opportuno riportare i seguenti. Con un primo gruppo si assume che: i) i ricorrenti in primo grado non hanno dimostrato la trasparenza delle buste e, in ogni caso, esse avrebbero natura tale non fare risultare, *ictu oculi*, leggibili i nominativi, come sarebbe dimostrato dal fatto che i.1) tali buste sono state acquistate tramite la Consip e che i. 2) nessun candidato o commissario abbia mai contestato la natura delle buste. I motivi non sono fondati. Viene qui in rilievo il comportamento della P.A. che ha fornito ai singoli candidati le buste contenenti

il cartoncino su cui apporre i propri dati anagrafici. L'art. 14 del d.P.R. n. 487 del 1994 prevede, come già sottolineato, che la commissione consegna ai singoli candidati una busta piccola contenente un cartoncino bianco su cui indicare i propri dati anagrafici. Questa busta deve avere natura e consistenza tale da non consentire la lettura dei predetti dati. Occorre allora qui accertare se la condotta concreta posta in essere dall'amministrazione sia o meno riconducibile alla condotta tipica voluta dall'ordinamento. Questa verifica ha presupposto, in primo luogo, l'acquisizione, disposta dal primo giudice, della documentazione costituita dalle buste nella disponibilità dell'amministrazione. Sul punto non può, pertanto, ritenersi che i ricorrenti in primo grado non abbiano fornito la prova dei fatti dedotti. In secondo luogo, la verifica ha richiesto un accertamento tecnico che, anche per la varietà dei contesti ambientali nel cui ambito esso deve essere svolto, il Collegio ha demandato a un verificatore. Il verificatore ha depositato la relazione tecnica in data 11.4.2013. La relazione ha premesso che la tipologia di tecniche e strumenti potenzialmente utilizzabili per la lettura dei «dati identificativi» è assai ampia. In particolare, ha ritenuto che la modalità guida sulla base della quale selezionare le tecniche di indagine debba essere quella «*ictu oculi*» affiancata da determinazioni strumentali sul grado di bianco e da misure di opacità. Sono state, pertanto, escluse tecniche sofisticate da laboratorio, quale la video-comparazione, la digitalizzazione di immagini e la loro elaborazioni con software dedicati, l'uso di sistemi di microscopia equipaggiati con lenti di ingrandimento e software di analisi, gestione ed elaborazione di immagini. Il verificatore ha, inoltre, dichiarato di avere «provveduto alla eliminazione dello strato d'aria tra busta e cartoncino mediante pressione meccanica esercitata con le dita, simulando una operazione di stiraggio ancorata ai lembi laterali delle buste». Il verificatore ha concluso ritenendo che la misura del grado di bianco è compatibile con i valori medi e la misura di opacità «è considerato congruo rispetto al segreto epistolare di tipo comune». Per quanto attiene alle valutazioni *ictu-oculi*, ha effettuato

una serie di accertamenti, valutando tutte le possibili condizioni ambientali nella fase di correzione degli elaborati. In particolare, egli ha accertato quanto segue. A) I nominati dei candidati sono leggibili in condizioni «di luce media con cielo privo di nubi e con irraggiamento indiretto all'interno di un locale non illuminato artificialmente» (pag. 12 rel.). Si è puntualizzato che «in base ai risultati ottenuto non si è ritenuto necessario procedere ad una valutazione nella condizione di luce solare trasmessa per irraggiamento diretto, con diffusione attraverso vetro, e nella condizione di luce solare trasmessa per irraggiamento diretto senza diffusione attraverso vetro (la cosiddetta condizione di "controluce"), in quanto la sola luce solare trasmessa e diffusa attraverso una finestra nelle condizioni di verifica già consente la lettura dei nominativi sui cartoncini» (pag. 19 rel.). B) I nominativi dei candidati sono leggibili in «condizioni di luce media del giorno a cielo coperto all'interno di un locale non illuminato artificialmente» (pag. 20 rel.) in caso di «cartoncino inserito lato intestazione o lato chiusura busta con osservazione diretta sullo stesso lato» (pag. 22 rel.). C) I nominati dei candidati sono leggibili mediante «impiego di lampada da tavolo da 28W in trasmissione come piano visore» (pag. 26 rel.). I dati identificativi non sono leggibili mediante impiego: a) di lampada da tavolo in condizione di riflessione (pagg. 23-24 rel.); b) di lampada da soffitto in condizione di trasmissione e di riflessione (pagg. 25-28). Il Collegio, ritiene, con riferimento alle valutazioni preliminari, che la scelta tecnica, basata sull'accertamento *ictu oculi*, effettuata dal verificatore sia corretta, in quanto risulta compatibile con la natura del procedimento e dell'accertamento giudiziale richiesto. Inoltre, l'eliminazione dello strato d'aria, essendo effettuata con le modalità sopra indicate, risponde al normale impiego manuale delle buste. Con riferimento alle valutazioni finali, il Collegio ritiene che le stesse correttamente conducano a ritenere che non sono state rispettate le norme di disciplina del settore. Le rammentate regole di condotta tipiche impongono infatti che le buste utilizzate non debbano consentire, in qualunque possibile condizione ambientale, che siano "leggibili" i

nominativi. Le pratiche di condotta rilevate in concreto hanno però dimostrato che, in presenza di una luce naturale o artificiale del tipo sopra indicato, era in realtà possibile leggere i nominativi dei candidati e così identificarli, in evidente lesione della inderogabile garanzia di anonimato e dunque di eguaglianza. Una volta perciò dimostrato, come così è avvenuto, che le buste permettono di poter conoscere i dati identificativi, non assumono rilevanza la circostanza che il Ministero abbia acquisito le buste mediante una fornitura Consip e che in sede di prova d'esame nessuno abbia specificamente contestato la consistenza della buste. Con un secondo ordine di motivi, strettamente connessi, si assume che, anche qualora le buste abbiano una consistenza tale da rendere astrattamente leggibili i nominativi, in ogni caso: i) le buste contenenti i nominativi non erano nella disponibilità della commissione; ii) i luoghi ove sono stati corretti gli elaborati non avevano, per mancanza di finestre, una luce naturale sufficiente; iii) è mancato l'accertamento in concreto della violazione delle regole dell'anonimato (come richiesto dalle decisioni 1.10.2002, n. 5132 e 6.7.2004, n. 5017 della V e VI Sezione del Consiglio di Stato); iv) la violazione delle regole dell'anonimato presupporrebbe un comportamento "fraudolento" della commissione. Anche tali motivi non sono stati ritenuti fondati. In relazione al primo aspetto, dai verbali del concorso e, più in generale, dagli atti acquisiti al processo risulta che la busta piccola era nella "disponibilità" della commissione. Infatti, gli elaborati di ciascuna delle due prove scritte erano inseriti in una busta bianca unitamente alla busta piccola. Le due buste bianche sono state poi inserite in un'unica busta gialla. Al momento della correzione, la commissione ha proceduto ad assegnare un numero progressivo alla busta gialla e alle due buste bianche in quella contenute, per poi procedere all'apertura di una delle due buste bianche, assegnando un numero progressivo alla busta piccola e procedere alla correzione dell'elaborato. Appare evidente, pertanto che, contrariamente a quanto affermato dagli appellanti, la busta piccola sia stata nella disponibilità della

commissione al momento della valutazione dei temi. In relazione al secondo aspetto: i) non è possibile individuare con certezza un luogo unico di correzione che abbia le caratteristiche indicate; ii) erano, comunque, presenti, come ammettono le parti stesse, dei "lucernai"; iii) la leggibilità poteva avvenire, come sopra rilevato, sia in assenza di luce solare sia mediante luce artificiale. In relazione al terzo aspetto non è necessaria la prova dell'effettiva lettura dei nominativi. Come già sottolineato è sufficiente un accertamento astratto e non concreto della violazione (si v. punto 4.2.1.). La decisione n. 5132 del 2002, sopra richiamata, non si discosta da questo principio, essendosi limitata a disporre una verifica "concreta" con riguardo alla tipologia di segni di riconoscimento apposti dai candidati. La decisione n. 5017 del 2004, anch'essa richiamata, ha riguardato una fattispecie particolare relativa alla scollatura di alcune buste consegnate a un numero ridotto di candidati. In tale decisione si è affermato che non poteva farsi ricadere sui candidati un rischio non addebitabile a un loro condotta finalizzata a farsi riconoscere, specificando che questo caso è diverso da quello in cui vengono consegnati a tutti i candidati buste che consentono la leggibilità dei nominati. In tale ipotesi, si è disposto, l'intera procedura dovrà essere «ripetuta, con rispetto della par condicio». Infine, si deve rilevare come non sia necessario, per la lettura dei nominativi, un comportamento effettivamente "fraudolento" della commissione, in quanto, come già sottolineato, è sufficiente un impiego "ordinario" delle buste affinché si possa venire a conoscenza dei nominativi dei candidati.

Consiglio di Stato, Sez. III, 10.7.2013, n. 3707  
**Atti - scoperta tardiva - dipendente - titolo di studio - abilitazione professionale - rapporto di servizio - decadenza - annullamento d'ufficio - graduatoria - concorso.**

Dopo anni di servizio si scopre che il dipendente ha falsamente indicato il possesso di titoli e una volta dichiarato decaduto dall'impiego, tenuto conto che nelle more della vigenza della graduatoria la P.A. aveva provveduto ad assumere il secondo, terzo e quarto candidato, la quinta classificata rivolgeva istanza per conse-

guire la nomina al posto del dipendente decaduto, ma l'amministrazione negava l'utilizzo della graduatoria. Siamo nella Regione Marche e la P.A. in questione è la USL di Camerino dove appunto si origina la presente controversia giunta innanzi alla Terza sezione del Consiglio di Stato che analizza con la sentenza in esame sia le problematiche connesse alla tipologia di atto che deve assumere la P.A. per il "defenestramento" del dipendente sia le problematiche connesse all'utilizzo della graduatoria dell'originario concorso "ora per allora" per la copertura del posto resosi vacante. Il Collegio ha evidenziato che giustamente il primo giudice ha richiamato l'art. 127, lett. d), del d.P.R. n. 3 del 1957 che commina la decadenza ex nunc in caso di nomina conseguente alla produzione fraudolenta e dolosa di documenti falsi anche se i documenti falsi attengono ad uno dei requisiti di ammissione al concorso (rectius di accesso), articolo sostanzialmente reiterato dall'art. 20 del d.m. 30.1.1982 che prevede che "Decade dall'impiego chi abbia conseguito la nomina mediante presentazione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile". Deve al riguardo osservarsi che al momento della fase istruttoria espletata al fine di valutare i requisiti di ammissione dei candidati alla prova concorsuale, non erano emersi, motivi di esclusione e la verifica del possesso dei requisiti ebbe esito positivo tant'è che al soggetto fu consentito di assumere e svolgere il servizio. Solo dopo quattro anni dalla nomina e nel corso del rapporto lavorativo, la amministrazione si rese conto del mancato possesso, del titolo di studio e della abilitazione necessari per conseguire la nomina. In un tale contesto, in cui la nomina era stata effettuata e la prestazione del servizio si era svolta per lungo tempo, era legittimo e anche doveroso che l'amministrazione procedesse alla applicazione della sanzione della decadenza, contemplata espressamente dalla normativa generale in materia di pubblico impiego nonché da quella di settore per i dipendenti dell'amministrazione sanitaria; decadenza che non è correlata ad un riesame, ora per allora, della legittimità dell'atto di nomina a suo tempo adottato e non ha di per sé efficacia retroattiva. Altra questione è se in un caso del genere (scoperta tardiva che un dipendente non possiede il titolo di studio e l'abilitazione pro-

fessionale indispensabili per esercitare l'attività inerente al suo rapporto di servizio) l'amministrazione possa utilizzare il diverso strumento dell'annullamento d'ufficio dell'atto di nomina. In linea di massima, la risposta non può essere che affermativa, ma questo non comporta di per sé che sia illegittimo applicare invece l'istituto della decadenza. Fra i due istituti (decadenza e autoannullamento) non vi è piena coincidenza. La decadenza è una sanzione, che può e deve essere applicata a prescindere da ogni valutazione dell'interesse dell'amministrazione, e anche se, in ipotesi, tale interesse sia inesistente (la falsa documentazione potrebbe riguardare elementi necessari ai fini dell'ammissione al concorso, ma irrilevanti riguardo all'idoneità del soggetto a svolgere le sue mansioni); al contrario l'annullamento in autotutela postula che sia stato apprezzato discrezionalmente l'interesse attuale dell'amministrazione ma prescinde invece dalla circostanza che al soggetto sia addebitabile o meno una condotta illecita (l'ammissione al concorso del candidato privo di un titolo potrebbe avere avuto cause diverse dalla falsità della documentazione).

In altre parole, non è sempre detto che quando vi siano i presupposti della decadenza vi siano anche quelli dell'autoannullamento, e viceversa; e può anche accadere che vi siano i presupposti di entrambi. Peraltro, quando si verifichi quest'ultima ipotesi, non per questo viene meno la doverosità (o se si preferisce l'automatismo) della decadenza.

Nel caso in esame, dunque, non si può ravvisare alcun vizio nell'applicazione della decadenza, essendo incontrovertibile che ne sussistevano i presupposti tipici. Sotto questo profilo, dunque, le doglianze dell'appellante sono infondate. 5. Resta da vedere, semmai, se l'amministrazione avesse il potere (e se del caso il dovere) di procedere "anche" all'autoannullamento, a tutela del (supposto) interesse pubblico a rimuovere ex tunc e non solo ex nunc la originaria costituzione del rapporto d'impiego con il soggetto privo di titolo. Ma anche in tal caso l'eventuale utilizzazione dell'autotutela sarebbe stata discrezionale, e non doverosa; anzi, una rigorosa valutazione dell'interesse pubblico sarebbe stata tanto più necessaria, in quanto l'effetto di maggior rilevanza e di maggior interesse attua-

le (ossia la risoluzione immediata del rapporto d'impiego) si era comunque già prodotto, grazie alla decadenza. Si conferma dunque anche sotto questo profilo che l'attuale appellante non ha ragione di dolersi per il fatto che l'amministrazione abbia tacitamente ritenuto superfluo avviare un procedimento di autotutela. Ed è significativo che l'appellante abbia posto l'accento essenzialmente sulla (presunta) doverosità dell'autoannullamento, senza chiarire quale fosse l'interesse dell'amministrazione per procedere in quel senso. Posto che l'amministrazione si è legittimamente limitata ad applicare la decadenza, ne consegue che altrettanto legittimamente gli effetti sono stati limitati alla sola posizione del soggetto privo dei titoli, in un assetto delle situazioni giuridiche ormai del tutto consolidato dopo il cospicuo numero di anni passati.

Ma si sarebbe detto lo stesso anche se, in ipotesi, l'amministrazione avesse autoannullato l'assunzione con effetto ex nunc. Neppure in tal caso si sarebbe potuto riconoscere alcun diritto dell'appellante alla ricostruzione, utilizzazione o scorrimento della graduatoria: alla data del 12.7.1994, quando si è reso vacante il posto per la decadenza. La graduatoria che la appellante vorrebbe utilizzare, era ormai ampiamente scaduta e le situazioni erano divenute irreversibili. Altro infatti è dire che un rapporto d'impiego venga risolto, in ipotesi, con effetto ex tunc, e altro è dire che il posto resosi vacante in tal modo debba essere coperto "ora per allora" attingendosi alla graduatoria dell'originario concorso. Il principio per cui le graduatorie concorsuali non hanno, di norma, valore a tempo indeterminato, ma possono essere utilizzate solo entro un termine determinato, è dettato a tutela dell'interesse dell'amministrazione ad assumere dipendenti la cui idoneità all'impiego sia stata accertata entro un intervallo di tempo ragionevolmente ristretto. Rientra invero nelle comuni conoscenze ed esperienze che un candidato, che pure in origine sia stato giudicato idoneo, ma non sia stato assunto (e dunque non abbia dato effettiva prova delle sue capacità, né abbia tenuto vive queste ultime con l'esercizio effettivo e duraturo dell'attività), non dia più affidamento, quanto meno con uguale certezza, a notevole distanza di tempo. E' per questo che la utilizzazione plu-

*rima delle graduatorie (peraltro, e non a caso, estranea alla disciplina generale del pubblico impiego di cui al t.u. n. 3/1957), anche quando è ammessa, lo è sempre entro margini di tempo definiti. Il soprarichiamato art. 20 del d.m. 30.1.1982 (abrogato dall'art.56 del d.P.R. 27.3.2001, n.220 e quindi vigente al momento del ricorso), nel disciplinare la normativa concorsuale del personale delle unità sanitarie locali, oltre a prevedere al 3° e 6° co. la decadenza per colui che avesse conseguito la nomina mediante presentazione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile, consentiva alla U.S.L. di utilizzare la graduatoria entro l'anno dalla sua approvazione. Successivamente l'art. 9 della l. n.207/1985 ha portato tale termine ad un biennio e in seguito la legge n.537/93 (art. 2 co.22) lo ha di nuovo ridotto a diciotto mesi. Il prolungamento dei termini di utilizzabilità della graduatoria disposto*

*dall'art. 22, co. 8 della l. n. 724/94 riguardava solo le graduatorie approvate a decorrere dal 1.1.1992, quindi al momento in cui si è verificata la vacanza del posto, nel 1994, la graduatoria non era più utilizzabile in quanto scaduta l'8.8.1992. Quindi una volta disposto, l'allontanamento dal servizio, che segna anche la data di vacanza del posto di assistente medico presso il centro diabetologico, il provvedimento di avvio della procedura di copertura del posto a mezzo di mobilità regionale e l'atto di diniego d'ulteriore utilizzo della graduatoria, si giustificavano con la disciplina che regola il periodo di validità delle graduatorie concorsuali presso le U.S.L.. La delibera di indizione dell'avviso pubblico di copertura del posto per mobilità, è stata adottata quando la graduatoria, aveva perso di validità, come cui conclude il Consiglio di Stato legittimamente la U.S.L. ha dichiarato la sua inutilizzabilità.*

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### DOMANDA

*Prevalenza del criterio di specialità per le assunzioni a tempo indeterminato presso l'AGCM (Parere prot. 108709 del 9.3.2013, AL 25031/12, Avv. Agnese Soldani).*

### RISPOSTA

*L'art. 66, co. 7 d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008 e poi modificato dall'art. 9 co. 5 d.l. 78/2010 convertito con modificazione nella l. 122/2010, ha introdotto per il quadriennio 2010-2013 il c.d. blocco del turn over, facendo divieto alle amministrazioni di procedere ad assunzione di personale a tempo indeterminato oltre il limite del 20% delle unità cessate nell'anno precedente e per una spesa superiore al 20% di quella relativa al personale cessato nell'anno precedente. Il co. 11 del medesimo art. 66 ha stabilito che tale limite si applica anche al personale elencato nell'art. 3 d.lgs 165/2001, elenco nel quale rientrano anche i dipendenti dell'Autorità.*

*Successivamente il d.l. 1/2012 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito in l. 27/2012, ha conferito all'Autorità garante della Concorrenza e del mercato l'esercizio di nuove competenze, consistenti nella emanazione di pareri obbligatori sugli schemi dei regolamenti di delegificazione di cui all'art. 1, co. 3 del medesimo d.l. e sugli schemi di delibera degli enti locali di cui all'art. 4, co. 2 d.l. 138/2011 relative all'attribuzione dei diritti di esclusiva nella gestione di servizi pubblici locali non libera-*

*lizzabili (art. 25), nonché sulla eventuale motivata scelta del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di affidare senza gara il servizio di gestione automatizzata dei pagamenti dei corrispettivi dovuti dall'utenza per le pratiche automobilistiche e dei servizi connessi (art. 86). Inoltre ha conferito all'Autorità nuovi poteri di accertamento e sanzionatori in ordine alla vessatorietà delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto stipulate tra professionisti e consumatori (art. 5); nonché in ordine al rispetto delle nuove prescrizioni in tema di stipulazione dei contratti tra professionisti, con particolare riguardo a quelli che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari (art. 62). L'art. 5 bis, co. 3 del medesimo d.l. n. 1/2012 ha inoltre stabilito: «In ragione delle nuove competenze attribuite all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in base agli art. 1, 5, 25, 62 e 86 del presente decreto, la pianta organica dell'Autorità è incrementata di venti posti. Ai relativi oneri si provvede con le risorse di cui al co. 7 ter dell'art. 10 della l. 10.10.1990, n. 287, introdotto dal co. 1 del presente articolo». Il co. 7 ter dell'art. 10 l. 287/1990 a sua volta disciplina il nuovo sistema di finanziamento dell'Autorità, interamente affidato ai contributi obbligatori delle imprese maggiori. In attuazione dell'art. 5 bis co. 3, che ha disposto l'aumento di organico dell'Autorità, è stato emanato, ai sensi dell'art. 11 co. 1 della l. 287/1990 istitutiva dell'Autorità medesima (1), il d.P.C.M. del 21.12.2012 che ha modificato, in aumento, la pianta organica*

*dell'Autorità effettuando la ripartizione delle 20 nuove unità in 2 unità dirigenziali, 16 unità di funzionario e 2 unità con qualifica di operativo. Codesta Autorità ha chiesto alla Scrivente se la disposizione relativa al blocco del turn over possa ritenersi derogata, quanto meno limitatamente alle venti nuove unità di cui all'art. 5 bis d.l. 1/2012, in considerazione del fatto che l'aumento di organico è intervenuto in epoca successiva rispetto alla previsione del predetto blocco ed in ragione del nesso tra l'ampliamento di organico e l'attribuzione delle nuove competenze che devono essere da subito esercitate dall'Autorità. Al quesito posto si ritiene che possa darsi risposta positiva. La ratio giustificatrice del disposto aumento di organico è chiaramente riconnessa alla esigenza di svolgere le nuove, impegnative, competenze previste dal d.l. n. 1/2012 e dunque contiene l'implicito riconoscimento della inadeguatezza della struttura preesistente dell'Autorità - sotto il profilo della dotazione organica - a farvi fronte. Se dunque l'intento del legislatore era quello di corredare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato della dotazione organica necessaria a far fronte ai*

*nuovi compiti istituzionali affidatili, un simile intento verrebbe evidentemente sacrificato ove quella dell'aumento dell'organico rimanesse una mera previsione astratta, alla quale non fosse possibile dare concretamente corso in virtù dell'applicazione della disciplina sul blocco del turn over. Deve invece ritenersi che proprio l'aver riconnesso l'aumento di organico all'attribuzione delle nuove competenze comporta che detto aumento è stato visto dal legislatore come strumentale alla concreta realizzabilità dei compiti affidati all'Autorità e dunque, in ultima analisi, alla esigibilità degli stessi, attesa la loro urgenza ed indifferibilità. (1) «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è istituito un apposito ruolo del personale dipendente dell'Autorità». In un simile contesto, l'art. 5 bis citato, nel disporre l'aumento dell'organico dell'Autorità di 20 unità, si configura, ad avviso di quest'Avvocatura, come norma speciale rispetto al generale blocco del turn over disposto dall'art. 66, co. 7 d.l. 112/2008 e, in quanto tale, deve ritenersi sottratta alla sua disciplina. Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.*

«.....GA.....»

# PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **TARES: IL MEF FORNISCE CHIARIMENTI SULLE MODALITÀ DI RISCOSSIONE**

*Il Ministero dell'economia e delle finanze è intervenuto con una apposita risoluzione a fornire chiarimenti sulle modalità di riscossione del tributo comunale sui rifiuti e sui servizi (TARES), e, in particolare, della cosiddetta maggiorazione standard. Alla luce delle novità recate dal co. 4 dell'art. 5 del d.l. 31.8.2013, n. 102, in corso di conversione, il quale prevede che "Il comune predisporre e invia ai contribuenti il modello di pagamento dell'ultima rata del tributo sulla base delle disposizioni regolamentari e tariffarie di cui ai commi precedenti" il Ministero ha precisato che sulla base del quadro normativo vigente deve essere assicurato all'erario entro l'anno in corso il gettito della maggiorazione standard di cui all'art. 14, co. 13, del d. l. n. 201 del 2011.*

*Viene inoltre ribadito che il co. 4 dell'art. 5 del d. l. n. 102 del 2013 prevede espressamente che il comune debba predisporre e inviare ai contribuenti il modello di pagamento del tributo che, per l'ultima rata dell'anno 2013, è costituito unicamente dal modello F24 e dal bollettino di conto corrente postale di cui al d. m. 14.5.2013, i quali prevedono la separata indicazione delle somme dovute a titolo di tributo o tariffa e maggiorazione. Tale configurazione dei modelli di pagamento consente alla Struttura di gestione dell'Agenzia delle entrate di attribuire direttamente ai soggetti destinatari le somme loro spettanti. Poiché il versamento deve avvenire entro il 16° giorno di ciascun mese di scadenza delle rate, come stabilito per i versamenti unitari dall'art. 18 del d. lgs. n. 241 del*

*1997, e, per quanto riguarda il bollettino di conto corrente postale, dall'art. 4 del d.m. 14.5.2013, qualora l'ente locale abbia fissato la scadenza dell'ultima rata del 2013 nel mese di dicembre, il versamento dovrà essere necessariamente effettuato entro il giorno 16 di tale mese. Evidenzia poi Ministero che i suddetti adempimenti sono necessari sia per assicurare che il relativo gettito venga contabilizzato nel bilancio dello Stato nell'esercizio 2013 sia per determinare, sulla base del gettito introitato, la dotazione del fondo di solidarietà comunale e l'entità delle misure compensative per i comuni delle Regioni Friuli Venezia Giulia e Valle d'Aosta e delle Province autonome di Trento e Bolzano. Ulteriore problematica affrontata è quella relativa dalla possibilità per l'ente locale di fissare nel corso dell'anno 2014 la scadenza per il pagamento di una o più rate del tributo dovuto e accertato contabilmente per l'anno 2013.*

*Al riguardo, va sottolineato che l'art. 5 del d.l. n. 102 del 2013, ai coo. da 1 a 3, riconosce al comune la possibilità di approvare il regolamento di disciplina del tributo anche secondo principi diversi da quelli previsti dall'art. 14 del d.l. n. 201 del 2011 e che tale facoltà può essere esercitata dall'ente locale entro il termine previsto per la deliberazione del bilancio annuale di previsione 2013, che il co. 1 dell'art. 8 dello stesso d.l. n. 102 del 2013 ha differito al 30.11.2013. Tale situazione di carattere eccezionale giustifica un'eventuale posticipazione al 2014 della scadenza per il pagamento delle rate della TARES, fermo restando l'obbligo di versamento della maggiorazione nell'anno 2013 e fermo restando l'accertamento contabile nell'esercizio 2013. Per la lettura del testo*

per esteso della risoluzione cliccare su "Accedi al provvedimento". Per accedere al testo del documento cliccare su [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (**Ministero dell'economia e delle Finanze, Dipartimento delle Finanze, Direzione Legislazione Tributaria e Federalismo Fiscale Risoluzione N. 9/Df Prot. N. 19351**).

«..... GA.....»

### **ENTI LOCALI: AI COMUNI 2.471 MILIONI DI EURO DEL FONDO DI SOLIDARIETÀ COMUNALE**

*Il Ministero dell'Interno ha provveduto ad erogare il secondo acconto pari a 2.471 milioni di euro in applicazione dell'articolo 7 del d.l. 102/2013. Tale decreto, in vigore dal 31.8.2013, recante 'Disposizioni urgenti in materia di IMU, di altra fiscalità immobiliare, di sostegno alle politiche abitative e di finanza locale, nonché di cassa integrazione guadagni e di trattamenti pensionistici' stabilisce il pagamento entro il 5.9.2013, ai comuni delle regioni a statuto ordinario e ai comuni della regione Siciliana e della regione Sardegna, di un ulteriore anticipo su quanto spettante per l'anno 2013 a titolo di Fondo di solidarietà comunale. Per accedere al testo integrale del provvedimento cliccare su [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (**Gazzetta Ufficiale, Supplemento ordinario 66/L - Serie Generale n. 204**).*

«..... GA.....»

### **AGENZIA PER L'ITALIA DIGITALE: RESE PUBBLICHE LE LINEE GUIDA SUI PAGAMENTI ELETTRONICI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

*Si è conclusa l'attività di predisposizione delle Linee guida sui pagamenti elettronici come disciplinati dall'art. 5 del codice dell'amministrazione digitale. In attuazione dei principi di trasparenza e partecipazione, le Linee guida sui pagamenti elettronici della P.A. sono quindi state rese pubbliche per rimanere in consultazione sul sito dell'Agenzia fino al 30.9.2013 con la possibilità di inviare osser-*

*vazioni all'indirizzo [lineeguidapagamenti@igid.gov.it](mailto:lineeguidapagamenti@igid.gov.it). Al termine della fase di consultazione, sentita la Banca d'Italia, l'Agenzia provvederà alla pubblicazione di una circolare recante le Linee guida in Gazzetta Ufficiale. La pubblicazione delle Linee guida completa il quadro normativo di riferimento per consentire alle pubbliche amministrazioni di ottemperare all'obbligo di mettere a disposizione della propria utenza, strumenti e applicazioni per eseguire pagamenti elettronici a favore della P.A. come stabilito dall'art. 81 del codice dell'amministrazione digitale. Le Linee guida si compongono del documento principale contenente le disposizioni normative e di due allegati tecnici: "Specifiche attuative dei codici identificativi di versamento, riversamento e rendicontazione" contenente le indicazioni a cui i soggetti interessati dovranno attenersi nel predisporre le informazioni necessarie per eseguire le operazioni di pagamento; "Specifiche attuative del Nodo dei pagamenti-SPC" che descrivono il modello di funzionamento del Sistema e dei processi dei pagamenti della P.A., nonché le modalità a cui i prestatori di servizi di pagamento e pubbliche amministrazioni dovranno attenersi per aderire al suddetto Sistema. Per consultare le Linee Guida cliccare su "Accedi al Provvedimento"... (**Agenzia per l'Italia Digitale. Linee guida sui pagamenti elettronici della Pubblica Amministrazione**).*

«..... GA.....»

### **DEBITI ENTI LOCALI: FISSATO AL 3,44% IL TASSO DI INTERESSE SULLE EROGAZIONI A SALDO CONCESSE DALLA CASSA DEPOSITI E PRESTITI**

*Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ai sensi dell'art.13, co. 3, del d. l. 31.8.2013, n. 102, comunica che il tasso di interesse da applicare alle erogazioni a saldo previste dal co. 2 del medesimo art.13 del d.l. n. 102/2013, corrispondente al rendimento di mercato dei Buoni Poliennali del Tesoro a 5 anni in corso di emissione rilevato sul mercato regolamentato dei titoli di Stato - MTS al 30.8.2013 (tenuto conto che il 31.8.2013, da-*

ta di pubblicazione del decreto - legge, non era giornata di contrattazioni), è pari al 3,44%. (MEF, comunicato del 4.9.2013).

«..... GA.....»

**CASSA DEPOSITI E PRESTITI: PUBBLICATA SULLA G.U. LA CIRCOLARE SULLE MODALITÀ DI ACCESSO AI PRESTITI DESTINATI AI COMUNI, ALLE PROVINCE, ALLE CITTÀ METROPOLITANE, ALLE COMUNITÀ MONTANE, ALLE COMUNITÀ ISOLANE E ALLE UNIONI DI COMUNI, NONCHÉ AI CONSORZI CUI PARTECIPANO ENTI LOCALI**

*E' stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la nuova Circolare CDP S.p.A che disciplina le modalità di accesso ai prestiti destinati ai comuni, alle province, alle città metropolitane, alle comunità montane, alle comunità isolate e alle unioni di comuni, nonché ai consorzi cui partecipano enti locali, con esclusione di quelli che gestiscono attività aventi rilevanza economica ed imprenditoriale, ed ai consorzi per la gestione dei servizi sociali, ai quali, ai sensi del proprio statuto, si applichi il TUEL. Per accedere alle schede istruttorie, esplicative dell'elenco della documentazione necessaria per l'istruttoria delle richieste di finanziamento. Per approfondire l'argomento su [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it) (Cassa Depositi e Prestiti circolare n. 1280/2013).*

«..... GA.....»

**UNIONE DI COMUNI: IL MINISTERO CHIARISCE LA DIVERSA COMPOSIZIONE DELL'ORGANO DI REVISIONE ECONOMICO-FINANZIARIA IN RAGIONE DELL'ESERCIZIO O MENO IN FORMA ASSOCIATA DI TUTTE LE FUNZIONI FONDAMENTALI DEI COMUNI MEMBRI**

*Con la circolare n. 57782 il Ministero dell'Interno fornisce chiarimenti in ordine alla nomina dell'organo di revisione nelle unioni di comuni che svolgono tutte le funzioni fonda-*

*mentali dei comuni membri. Le disposizioni di cui al d.l. 10.10.2012, n. 174, convertito con modificazioni nella l. 7.12.2012, n. 213, art. 3, e, in particolare, al co. 1, lett. m-bis, il quale, nel modificare l'art. 234 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, ha previsto che nelle unioni di comuni che esercitano tutte le funzioni fondamentali dei comuni che ne fanno parte, l'organo di revisione economico-finanziaria è costituito da un collegio di revisori composto da tre membri e che lo stesso svolge le medesime funzioni anche nei comuni che fanno parte dell'unione. Il successivo co. 4 bis del citato art. 3, dispone, inoltre, che, all'atto della costituzione del collegio dei revisori delle predette unioni di comuni, decadono i revisori in carica nei comuni che fanno parte dell'unione.*

*In relazione alle importanti modifiche introdotte dalla citata disposizione, anche in risposta a quesiti posti, al fine di uniformare le procedure applicative, si forniscono le seguenti indicazioni. 1. Composizione dell'organo di revisione economico-finanziaria delle unioni di comuni. Si osserva, preliminarmente, che con le modifiche apportate all'art. 234 del T.U.O.E.L. dalle disposizioni di cui al citato d.l. n. 174 del 2012, è stata prevista una diversa composizione dell'organo di revisione economico-finanziaria delle unioni di comuni in ragione dell'esercizio o meno in forma associata di tutte le funzioni fondamentali dei comuni membri. Per cui, nelle unioni di comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, non obbligatorie, ed in quelle composte da comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 se si tratta di comuni montani, obbligatorie, ai sensi dell'art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78, che si trovino ad esercitare tutte le funzioni fondamentali dei comuni membri, con esclusione di quelle di cui alla lett. l) dello stesso art. 14, co. 27, l'organo di revisione economico finanziaria, a norma del co. 3 bis del citato art. 234 del T.U.O.E.L., è costituito da un collegio composto da tre membri il quale svolge la medesima funzione anche presso i comuni che fanno parte dell'unione.*

*Diversamente, nelle unioni di comuni che non esercitano in forma associata tutte le funzioni fondamentali dei comuni membri,*

*l'organo di revisione, a norma del co. 3 del citato art. 234, continua ad essere costituito da un solo componente.*

*Per quanto concerne le unioni di comuni di cui all'art. 16 del d.l. n. 138/11, che possono essere costituite da enti con popolazione fino a 1.000 abitanti per svolgere in forma associata tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici, occorre svolgere alcune considerazioni. Una prima osservazione riguarda la tipicità di dette unioni in quanto costituite per realizzare in associazione tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici; inoltre la consistenza demografica di questo tipo di aggregazioni risulta di modeste dimensioni.*

*Ciò posto, risulterebbe non in linea con lo spirito della legge che persegue il principio di contenimento della spesa prevedere per dette unioni, connotate da specialità e formate da piccoli comuni, già interessati dalla riduzione dell'organo assembleare e dalla soppressione della giunta, che il collegio di revisione sia composto da tre membri, piuttosto che da un organo monocratico, come peraltro previsto dal co. 3 dell'art. 234 del T.U.O.E.L. 2. Unioni di comuni che svolgono tutte le funzioni fondamentali dei comuni membri.- Accertamento presupposto applicativo nuova composizione organo di revisione Al fine di verificare se ricorra il presupposto di cui al citato co. 3 bis dell'art. 234 del T.U.O.E.L., e quindi se l'unione svolge tutte le funzioni fondamentali dei comuni membri, occorre distinguere le diverse tipologie di unioni.*

*Nelle unioni costituite da comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, per i quali, quindi, non sussiste l'obbligo della gestione in forma associata di tutte le funzioni fondamentali, le funzioni svolte con l'esercizio associato sono definite dallo statuto. Alla specifica previsione statutaria bisogna rifarsi per l'individuazione delle suddette funzioni che, se svolte nella loro totalità, danno luogo alla immediata applicazione della nuova composizione collegiale dell'organo di revisione. Nelle unioni composte da comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 se si tratta di comuni montani, per i quali, quindi, sussiste l'obbligo previsto*

*dall'art. 14, co. 28 e seguenti, del d.l. 31.5.2010, n. 78, lo svolgimento in forma associata di tutte le funzioni fondamentali dovrà essere assicurata entro il 1.1.2014. Anche in questo caso occorre verificare che lo statuto dell'unione abbia disposto l'esercizio associato di tutte le funzioni fondamentali, circostanza che darà luogo alla immediata applicazione della nuova composizione dell'organo di revisione.*

*L'applicazione delle disposizioni di cui al citato art. 234, co. 3 bis, del T.U.O.E.L., al verificarsi dei presupposti come sopra individuati, comporta, in caso di unione già esistente, la decadenza del revisore unico, ove ancora in carica. In sede di prima applicazione della citata disposizione, con riferimento alle nuove modalità di scelta dei revisori di cui decreto del Ministro dell'interno 15.2.2012, n. 23, codeste Prefetture avranno cura di acquisire, ai fini dell'estrazione a sorte dei nominativi, elementi in ordine alla specifica previsione statutaria dell'unione richiedente e all'effettivo esercizio da parte della stessa di tutte le funzioni fondamentali dei comuni membri Resta fermo che a far data dalla decorrenza dell'incarico del nuovo organo di revisione collegiale delle predette unioni, a norma di quanto previsto dal citato art. 3, co. 4 bis, del d.l. n.174 del 2012, i revisori in carica nei medesimi comuni decadono dai rispettivi incarichi (Ministero dell'Interno, circolare n. 57783 del 24.6.2013).*

«..... GA.....»

**DEBITI DELLA P.A.: ENTRO IL 5 LUGLIO OBBLIGO DELLE P.A. DI PUBBLICARE SUL SITO INTERNET L'ELENCO DEI DEBITI. NUOVI CHIARIMENTI SULLA PREDISPOSIZIONE ED INOLTRO DELL'ELENCO DEI DEBITI CERTI, LIQUIDI ED ESIGIBILI MATURATI AL 31.12.2012**

*La Ragioneria Generale dello Stato interviene con una nuova circolare volta a fornire alle amministrazioni pubbliche interessate elementi informativi per l'attuazione di talune disposizioni previste dal decreto-legge in oggetto (di seguito "decreto-legge"). Prime in-*

dicazioni al riguardo erano state fornite con le circolari n. 17 del 10.4.2013 e n. 19 del 24.4.2013.

In considerazione dell'entrata in funzione della funzionalità della piattaforma elettronica per la certificazione dei crediti predisposta dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato che consente la realizzazione dell'elenco dei debiti di cui al co. 4 dell'art. 7, nonché delle modifiche al testo introdotte in fase di conversione del decreto-legge, si è proceduto ad integrare le predette indicazioni operative. In particolare sulle "Modalità di predisposizione dell'elenco di cui al co. 4 dell'art. 7" viene precisato che l'art. 7 del d.l., al co. 4 prescrive che gli enti tenuti alla certificazione delle somme dovute per somministrazioni, forniture e appalti e per obbligazioni relative a prestazioni professionali, ai sensi dell'art. 9, co. 3 bis e 3 ter, del d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.1.2009, n. 2, sono tenuti a comunicare, tramite la piattaforma per la certificazione dei crediti, nel periodo compreso tra il 1.6.2013 ed il 15.9.2013, l'elenco completo dei debiti certi, liquidi ed esigibili, non estinti alla data della comunicazione, maturati al 31.12.2012, dando indicazione dei dati identificativi dei rispettivi creditori. Ai sensi del co. 6 del medesimo articolo, tale comunicazione, limitatamente ai crediti che non siano stati oggetto di cessione o certificazione, è equivalente a certificazione del credito. A tal fine, sulla citata piattaforma elettronica è stato reso disponibile, a partire dal 31.5.2013, un nuovo pacchetto di funzioni, denominato "Ricognizione debiti", che permette alle amministrazioni e agli enti pubblici accreditati sul sistema di scaricare i modelli necessari per predisporre le comunicazioni dei debiti riferite a ciascun creditore, con separata evidenza di quelli già oggetto di cessione o certificazione. I predetti modelli, debitamente compilati, debbono essere caricati sul sistema, che provvede a verificare la conformità dei dati immessi. Ciascuno dei documenti caricati in piattaforma acquista efficacia giuridica, anche i fini dei successivi utilizzi attraverso operazioni di anticipazione, cessione e compensazione delle somme per le quali la comunicazione equivale a certifica-

zione del credito, solo dopo essere stato firmato elettronicamente attraverso il sistema. Tale sottoscrizione deve essere effettuata entro il 15.5.2013, tuttavia gli enti possono, opzionalmente, rendere visibile il documento caricato sul sistema al titolare dei crediti anche prima che intervenga la sottoscrizione, allo scopo di recepire eventuali segnalazioni previste dall'ultimo periodo del co. 4 dell'art. 7 del d.l..

Per maggiori dettagli sulle procedure da effettuare attraverso la piattaforma elettronica si rimanda alla "Guida alla ricognizione dei debiti" pubblicata sulla Home page del sistema.

Inoltre l'art. 6, co. 9, dispone che, entro il 30.6.2013, le pubbliche amministrazioni di cui agli art. 1, 2, 3 e 5, (ossia gli enti locali, le regioni e province autonome, gli enti del SSN e le amministrazioni dello Stato), comunichino ai creditori, anche a mezzo posta elettronica certificata, inviata all'indirizzo di posta elettronica certificata inserito nell'Indice nazionale degli indirizzi PEC delle imprese e dei professionisti, di cui all'art. 6 bis del codice di cui al d. lgs. 7.3.2005, n. 82, l'importo e la data entro la quale provvederanno rispettivamente ai pagamenti dei debiti di cui agli art. 1, 2, 3 e 5.

Entro il 5 luglio, le stesse amministrazioni pubblicano nel proprio sito internet l'elenco completo, per ordine cronologico di emissione della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, dei debiti per i quali è stata effettuata comunicazione, indicando l'importo e la data prevista di pagamento comunicata al creditore.

Al proposito si segnala come i debiti da comunicare ai creditori entro il 30 giugno non devono includere quelli già estinti prima della data di comunicazione.

Non sono parimenti oggetto di comunicazione solo i debiti dei quali non sia nota con certezza la data del pagamento, in quanto le risorse o gli spazi relativi non sono stati ancora ottenuti oppure saranno ottenuti, per un ammontare e ad una data non ancora conosciuti al momento della comunicazione, nelle successive scadenze stabilite nel decreto-legge.

La successiva pubblicazione dell'elenco completo, da effettuarsi entro il 5 luglio, do-

vrà poi avvenire in modo da non consentire la puntuale identificazione del creditore, ossia riportando, oltre a quanto previsto dalla norma (importo e data prevista), esclusivamente codici identificativi della fattura, della richiesta equivalente di pagamento o di altro documento identificativo.

Accertamento della regolarità contributiva (art. 6, co. 11 ter) Si rammenta la disposizione prevista dall'art. 6, co. 11 ter del decreto-legge, in base alla quale "ai fini dei pagamenti di cui al presente capo, l'accertamento della regolarità contributiva è effettuato con riferimento alla data di emissione della fattura o richiesta equivalente di pagamento.

Qualora tale accertamento evidenzi una inadempienza contributiva, si applicano le disposizioni dell'art. 4 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5.10.2010, n. 207." (**Ragioneria Generale dello Stato, circolare del 28.6.2013, n. 30**).

«..... GA.....»

## **RISTRUTTURAZIONI EDILIZIE, GUIDA ALLE AGEVOLAZIONI FISCALI**

L'Agenzia delle Entrate ha pubblicato on line l'aggiornamento della guida alle agevolazioni fiscali per le ristrutturazioni edilizie nella quale si approfondiscono le seguenti tematiche: 1) detrazione irpef per le spese di ristrutturazione: a) chi può fruire della detrazione; b) per quali lavori spettano le agevolazioni; c) acquisto box: quando spetta l'agevolazione; d) cosa deve fare chi ristruttura per fruire della detrazione; e) Come si può perdere la detrazione; f) Se cambia il possesso; g) Cumulabilità con la detrazione Irpef per il risparmio energetico. 2) l'iva sulle ristrutturazioni edilizie: l'agevolazione per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria; l'iva agevolata per i lavori di restauro, risanamento conservativo e ristrutturazione. 3) la detrazione irpef per gli acquirenti e gli assegnatari di immobili ristrutturati: le condizioni richieste per fruire dell'agevolazione. 4) la detrazione irpef del 19% degli interessi passivi sui mutui: in cosa consiste e le condizioni richieste. 5) i principali tipi di interventi ammessi alla detrazione irpef

: a. sulle singole unità abitative. b. sulle parti condominiali (**Agenzia delle Entrate, aggiornamento del 6.6.2013**).

«..... GA.....»

## **PATTO DI STABILITÀ: ENTRO IL 2 AGOSTO VANNO INVIATI I PROSPETTI CONTENENTI LE INFORMAZIONI SUGLI OBIETTIVI PROGRAMMATICI**

E' stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 141 del 18.6.2013 il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 14 maggio 2013 recante "Obiettivi programmatici relativi al Patto di stabilità interno per il triennio 2013-2015 delle province e dei comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti, di cui all'art. 31, co. 19, l. 12.11.2011, n. 183". Nell'articolo unico del decreto si statuisce che le province e i comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti trasmettono al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, le informazioni concernenti gli obiettivi programmatici del patto di stabilità interno per il triennio 2013-2015, ai sensi del co. 19 dell'art. 31 della l. n. 183 del 2011, secondo i prospetti e le modalità contenuti nell'allegato A al decreto.

I prospetti devono essere trasmessi - utilizzando esclusivamente il sistema web appositamente previsto per il patto di stabilità interno nel sito <http://pattostabilitainterno.tesoro.it> - entro quarantacinque giorni dalla data di pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale ovvero entro il 2 agosto p.v.. Le province e i comuni con popolazione superiore ai 1.000 abitanti che non provvedono ad inviare il prospetto degli obiettivi nei modi e nei tempi precedentemente indicati sono considerati, ai sensi del citato co. 19, ultimo periodo, dell'art. 31 della l. n. 183 del 2011, inadempienti al patto di stabilità interno. Terminato l'anno di riferimento non è più consentito trasmettere il prospetto dell'obiettivo o variare le voci determinanti l'obiettivo del medesimo anno.

Per l'anno 2013, pertanto, eventuali comunicazioni, rettifiche o variazioni possono essere



*effettuate esclusivamente tramite il sistema  
web all'indirizzo <http://pattostabilitainter->*

*no.tesoro.it, entro e non oltre il 31.12.2013.  
(Decreto del MEF del 14.5.2013).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# GLI STRUMENTI NECESSARI PER LA VALUTAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

del Prof. Dott. Stefano Olivieri Pennesi

*Sviluppare i sistemi di controllo di gestione partendo da una architettura ideal-valutativa che preveda un processo circolare e dinamico, partendo dalla pianificazione, proseguendo con la programmazione, da verificare previ molteplici controlli, per sfociare infine nella valutazione.*

Developing systems of management control from a architecture ideal-evaluation that includes a circular process and dynamic, from planning, continuing with the program, to be verified envisaged multiple inspections, culminating finally in the evaluation.

*Sommario: 1. Introduzione. 2. Approfondimento. 3. Conclusioni.*

### 1. Introduzione.

Per riqualificare complessivamente il lavoro pubblico, soprattutto in materia di produttività partendo da un ciclo di performance organizzativa, il nostro ordinamento ha, soprattutto negli ultimi dieci anni, focalizzato l'attuazione sugli sviluppi/evoluzioni dei differenti sistemi esistenti di "controllo di gestione".

Le Amministrazioni Pubbliche, tutte, devono misurare per poi valutare le proprie "performance" nel loro insieme come anche nelle proprie diramazioni operative sottostanti spesso individuate in "centri di responsabilità amministrativa".

### 2. Approfondimento.

Un primo concetto, che preme sottolineare, discende dalla considerazione che le Amministrazioni non sono individuabili come strutture statiche, ma bensì devono essere viste/osservate come entità amministrative "dinamiche" laddove, le loro architetture organizzative, possono e devono mutarsi ed assimilarsi al cambiare delle politiche, delle missioni, dei programmi e più in generale, al mutare ed evolversi dei bisogni di una collettività nei suoi variegati aspetti socio-economici.

Le funzioni statali, quindi, sono permanen-

temente interessate da revisioni, spesso marginali come anche, per il vero, radicali, dei loro modelli organizzativi che passano, al contempo, da una reingegnerizzazione dei processi.

L'ottimizzazione del lavoro pubblico deve altresì, necessariamente, convergere verso il rafforzamento della capacità gestionale delle risorse finanziarie pubbliche, di cui si dispone, per il proficuo raggiungimento delle finalità istituzionali a cui si è preposti.

Viene con se che una migliore allocazione delle risorse finanziarie disponibili, per essere considerata tale, deve necessariamente potersi misurare e valutare rispetto ai risultati conseguiti, dalla stessa amministrazione, in termini di efficienza ed efficacia dell'azione, per migliorare qualità e quantità dei propri interventi.

L'azione amministrativa deve poggiare stabilmente su una attenta e mirata "Programmazione strategica" che trova la sua naturale esternazione con l'emanazione di "atti" quali direttive annuali di primo e di secondo livello.

Le prime, emanate dal vertice politico che individua gli obiettivi strategici ed operativi consultando, altresì, i titolari dei centri di responsabilità amministrativa; le seconde, defi-

nite dalla dirigenza apicale con l'indicazione e con gli obiettivi di struttura assegnati alla dirigenza sottostante.

Gli obiettivi strutturati, strategico-operativi, devono necessariamente subire una precisa codificazione e descrizione, disporre altresì di un piano di azione connesso, ed infine prevedere una articolazione di indicatori ed ogni altra categoria di valori utilizzabili sia ai fini del costante/periodico monitoraggio sugli andamenti che alla verifica stessa dei risultati raggiunti.

Il tutto naturalmente necessita di una modulare di supporto articolata e standardizzata.

Nella direttiva di primo livello, il vertice politico definisce una serie di aspetti qualificanti che sostanziano le priorità politiche da perseguire e che vengono poi descritte nell'atto di indirizzo generale.

In tale Atto emergono le descrizioni sia per gli obiettivi strategici che per quelli operativi; referenti e soggetti responsabili delle concrete attuazioni; il contributo ai fini della performance scaturenti da ciascun obiettivo operativo raggiunto; le eventuali fasi in cui si compone il singolo obiettivo operativo scansionato temporalmente; le risorse finanziarie ed umane impiegate su ogni obiettivo operativo.

Nella direttiva di secondo livello si assegnano ai dirigenti di fascia, da parte dei responsabili dei centri di responsabilità amministrativa, gli obiettivi operativi distinti per materia di pertinenza, desunti sempre dalla direttiva annuale predisposta dal vertice politico.

Fondamentale, in tale quadro d'insieme, circa la misurazione dei sistemi di controllo di gestione, risulta essere il sistema informatizzato di controllo, che permette l'implementazione dei dati gestionali, da parte dei titolari della gestione, tramite un sistema di accrediti informatici, finalizzato ai successivi processi di valutazione-validazione da parte dell'Oiv - organismo indipendente di valutazione - che si occuperà anche della verifica degli andamenti circa l'impiego delle risorse utilizzate, per raggiungere gli obiettivi preventivati, misurando i risultati ottenuti.

Questo sistema informatico deve poggiare su una efficiente piattaforma intranet che

permette di aggiornare costantemente lo stato di attuazione delle attività programmate, da parte degli operatori individuati, garantendo, al contempo, essenziali requisiti di sicurezza.

La valutazione, in particolare delle figure professionali, siano esse dirigenziali che funzionali, rappresenta un problema di fattività ed oggettività.

Tra le prime esigenze che spiccano, rispetto a detta problematica, possiamo certamente enunciare il problema della maggiore semplificazione possibile dell'intero processo valutativo, tale da renderlo, comunque, in linea con il dettato normativo vigente ed in particolare con la norma ritenuta da chi scrive, "tel-lurica" rispetto all'intero contesto normativo, preesistente, regolativo della materia; mi riferisco al più che discusso, ancora oggi d.lgs. n. 150/2009.

È possibile definire tutti i sistemi di controllo direzionale quali sistemi di monitoraggio dell'andamento gestionale che devono essere, al contempo, finalizzati per consentire, da un lato il controllo strategico e dall'altro il concreto controllo di gestione con la consapevolezza che, ovviamente, gli indirizzi generali dell'azione amministrativa possono, e agguiso devono, potersi modificare-aggiornare.

Passiamo ora alla definizione di cosa rappresenta il ciclo della performance quale contesto generale dove si innesta l'intera attività di programmazione, sia quella finanziaria che quella strategica.

Tutto trae naturalmente origine dalle priorità contenute negli atti di indirizzo annuale, dei vertici politici, frutto anche delle risultanze delle programmazioni strategiche degli anni precedenti. Tali atti di indirizzo risentono, ovviamente, degli eventuali aggiornamenti delle priorità politiche e vengono quindi sostanzianti con una programmazione finanziaria e strategica; quest'ultima, al contempo, definisce altresì obiettivi di trasparenza, di pari opportunità, e quindi quelli di concreta operatività.

Da questa programmazione strategica generale discende la definizione degli obiettivi individuali per i componenti l'entità amministrativa.

La definizione degli obiettivi, indicatori,

standard di riferimento, avviene, solitamente, previa condivisione con le strutture amministrative interessate, obiettivi che rappresentano comunque la declinazione delle priorità strategiche individuate dall'autorità politica in essere. Quindi i titolari dei centri di responsabilità amministrativa curano, di consueto, la predisposizione di schede tecniche contenenti dati necessari al monitoraggio costante dell'azione, degli andamenti della stessa, e della verifica dei risultati raggiunti, da doversi inoltrare all'organismo indipendente di valutazione.

Tale organismo rappresenta e svolge anche la funzione di collegamento con l'ambito della programmazione economico-finanziaria.

È bene sottolineare come indubbiamente l'esito della valutazione delle performance individuali e organizzative, parallelamente alle conseguenti analisi, costituisce la base per predisporre e calibrare le programmazioni operative per i successivi anni.

L'attività di misurazione e valutazione delle performance dell'amministrazione, presuppone la presenza di sistemi ciclici che possiamo sinteticamente enunciare partendo da: a) programmazione strategica con relativa definizione e assegnazione di singoli obiettivi e conseguenti risultati; b) allocazione risorse collegate ai singoli obiettivi; c) monitoraggio esplicito in fasi distinte; d) misurazione e valutazione sia delle performance organizzative che di quelle individuali; e) sistemi premianti che dovrebbero rappresentare la concreta valorizzazione del merito, tali da premiare economicamente gli interpreti dell'azione amministrativa.

I piani delle performance devono necessariamente prevedere l'individuazione di "indicatori" per la misurazione delle politiche e delle performance individuali e organizzative; indicatori che si distinguono in "qualitativi" e "quantitativi", questi ultimi più comunemente e facilmente usati.

Lo scopo principale da perseguire è quindi rilevare come l'attività e il processo di una P.A. produca sostanziali effetti positivi su generali e particolari aspetti del tessuto sociale, nell'ottica dei cittadini, considerati come dei gruppi portatori di interessi, al fine soprattutto

di garantire comunque risposte ai bisogni della collettività.

Passiamo quindi ad esaminare in considerazione della concreta misurazione e valutazione delle performance, della P.A. e di tutto il personale della P.A., conseguente alla previsione introdotta con il d.lgs. 150/2009 in tema di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, il significato di performance organizzativa, esaminando le attività di riferimento, ovvero: mappatura dei servizi che le Amministrazioni devono rendere e conseguenti standard qualitativi; interconnessione tra sistemi informatizzati e controllo-monitoraggio della gestione; costruzione degli indicatori per misurare e valutare l'attività.

Il sistema, inoltre, come aspetto essenziale, deve permettere che i cosiddetti prodotti/servizi offerti dall'Amministrazione siano rapportati/pesati ai quantitativi usati in termini di risorse umane finanziarie e strumentali per la loro realizzazione ricorrendo anche ai criteri di ribaltamento delle spese.

Un buon controllo di gestione in pratica, deve, tra l'altro, permettere di individuare, con una elevata esattezza, la quantità di impegno profuso collegato allo svolgimento delle attività.

A tale scopo, i sistemi telematici, debbono poter offrire un giusto supporto infrastrutturale tale da permettere l'interconnessione con il complesso dei sistemi di misurazione e valutazione.

Per questo è inoltre necessario sistematizzare i collegamenti tra le eventuali diverse "banche dati" dell'Amministrazione che devono poter dialogare per concorrere ad alimentare "automaticamente" il sistema di controllo gestionale, quali ad esempio: i sistemi di gestione del personale; i sistemi di protocollazione documentale informatici; i sistemi gestionali di bilanci e relativi componenti capitoli di spesa; i sistemi archivistici telematici; ecc.

### 3. Conclusioni.

La P.A. deve conseguire dei risultati, nel suo complesso, come anche in ogni ambito organizzativo in cui si compone.

È quindi necessaria una peculiare e sistemica osservazione dell'andamento dei pro-

cessi decisionali e gestionali e dei pertinenti livelli di rendimento nonché di efficienza ed efficacia rispetto alle attività e servizi resi al Paese.

Necessariamente, ogni esperienza e modalità di controllo di gestione adottata dalle Pubbliche Amministrazioni, deve tagliarsi e modellarsi sulle singole realtà interessate con caratteristiche di flessibilità applicate alla struttura.

L'intera architettura ideal-valutativa deve poter disporre di un processo circolare, ancorché dinamico, che partendo da una Pianificazione prosegue con la programmazione che a sua volta necessita di successivi controlli per poi sfociare in risultati finali da potersi valutare.

L'idea della ricerca di una modalità, che chi scrive definirebbe "circolare", si concretizza con la possibilità che hanno le Amministrazioni di poter attuare pianificazioni sulle linee politico-programmatiche, che necessariamente debbono avere orizzonti temporali di medio - lungo termine e quindi sicuramente pluriennali.

Per fare questo contestualmente al controllo/valutazione dei risultati raggiunti dalle strutture amministrative, nel loro insieme, come anche nelle singole componenti umane, si rende necessaria una capacità di lettura di insieme, del processo, che non si limiti alla mera operatività di un singolo risultato otte-

nuto e in che misura, da parte del dirigente e pertinente struttura di riferimento valutata, ma che guardi, invece, complessivamente ai piani di performance, con l'intento anche di orientare all'efficientamento l'intera organizzazione amministrativa, sapendo leggere le criticità limitative dei risultati operativi ottimali e quindi non solo una spuria valutazione acritica gestionale.

In conclusione è meritevole di sottolineare la questione inerente l'esigenza, di tutte le pubbliche amministrazioni, di costruire strumenti di misurazione di efficienza, efficacia ed impatto dei propri servizi offerti alla collettività, attuando, necessariamente, un confronto sistematico con le altre Amministrazioni, al fine anche di comprendere ed introiettare diverse soluzioni organizzative-gestionali esportabili, condividendo di fatto le "buone pratiche" esistenti nell'universo P.A..

Tale approccio necessita, al contempo, anche della ottimizzazione dei processi riguardanti i sistemi di comunicazione interna, per diffondere adeguatamente le informazioni degne di condivisione; e comunicazioni esterne per garantire agli interlocutori "altri" quali destinatari finali di effetti e risultati dell'azione delle politiche della P.A., l'esercizio fondamentale del cosiddetto "controllo sociale diffuso" finalizzato, tra l'altro, ad "orientare" positivamente l'attività di programmazione di ogni P.A..

«.....GA.....»

# BREVI RIFLESSIONI CRITICHE SULLA NUOVA PROCEDURA DI ESTRAZIONE E NOMINA DEI REVISORI DEGLI ENTI LOCALI

del Dott. Adriano Marini

*Il nuovo sistema di estrazione dei Revisori dei Conti degli Enti Locali, introdotto con Decreto del Ministero dell'Interno 15 febbraio 2012, n. 23, presenta aspetti procedurali non sempre in linea con i principi di semplificazione ed economicità dell'azione amministrativa.*

The new system of extraction of Auditors of Local Authorities, introduced by Decree of the Ministry of the Interior 15 February 2012, n. 23, has no procedural aspects always in line with the principles of simplification and cost of administrative.

*Sommario: 1. Nuovo meccanismo di estrazione; 2. I tempi dell'estrazione; 3. Ruolo della Prefettura; 4. Articolazione territoriale; 5. Delibera consiliare.*

## **1. Nuovo meccanismo di estrazione.**

Di recente è stato introdotto il nuovo meccanismo di estrazione per l'individuazione dei revisori dei conti degli Enti Locali.

L'art. 16, co. 25, del d.l. 13.8.2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, nella l. 14.9.2011, n. 148) ha previsto, infatti, che i revisori dei conti degli enti locali siano scelti mediante estrazione da un elenco, suddiviso su base regionale, nel quale possono essere inseriti revisori legali, di cui al d.lgs. 27.1.2010, n. 39, nonché iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili.

Rispetto alla precedente modalità, secondo cui erano gli stessi consigli comunali e provinciali ad individuare e nominare i revisori dei conti, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di un rafforzamento della trasparenza dell'attività amministrativa attraverso un accresciuta autonomia del ruolo di tali esperti, all'interno delle amministrazioni locali.

Il nuovo sistema è stato disciplinato con apposito regolamento, approvato con d. m. del Ministero dell'Interno 15.2.2012, n. 23, recante: Istituzione dell'elenco dei revisori dei conti degli enti locali e modalità di scelta dell'organo di revisione economico-finanziario.

In particolare, con tale decreto sono state definite le modalità e i termini per la formazione e la tenuta dell'elenco dei revisori dei conti degli enti locali, per la scelta dei componenti dell'organo di revisione economico-finanziario.

Sicuramente il meccanismo di estrazione assicura maggiore trasparenza, ma il sistema, come attuato, sembra non rispondere in pieno ad esigenze di semplificazione. A volte si ha come l'impressione che chi realizza una nuova procedura non sia sempre perfettamente al corrente delle varie esigenze dei destinatari della stessa.

In luogo di un unico soggetto ed una sola procedura (delibera di nomina ad opera del Consiglio Comunale/Provinciale) è stato ora introdotto l'intervento di due enti (Prefettura e Comune) e di due distinte procedure (sorteggio e delibera consiliare) senza che nessuno dei due soggetti svolga realmente un ruolo attivo.

Come funziona, in estrema sintesi, il nuovo sistema? L'ente locale che ha i propri revisori dei conti in scadenza, ne informa la Prefettura competente che organizza l'estrazione.

Estrazione che è effettuata, in seduta pubblica, attraverso il sistema informatico con un metodo standard, estraendo dalla sezione regionale dell'elenco ministeriale i nominativi

per ogni componente del collegio da rinnovare, effettivi e supplenti.

Le caratteristiche tecniche, con la descrizione dell'algoritmo del software di gestione delle procedure di estrazione dall'elenco, sono consultabili sul sito del Ministero dell'Interno\_Dipartimento per gli affari interni e territoriali, all'indirizzo: <http://finanza-locale.interno.it/>.

Nella nuova procedura realizzata ci sembra, però, di poter cogliere alcuni elementi che non appaiono in linea con il principio della semplificazione delle procedure amministrative, che, pur costituendo un principio cardine della moderna legislazione, risulta spesso contraddetto nella pratica applicazione.

Elementi negativi che potrebbero, almeno in parte, essere facilmente superati con modifiche procedurali di non rilevante entità.

## 2. I tempi dell'estrazione.

Un primo elemento procedurale che non convince, in relazione alle esigenze da soddisfare, è rappresentato dai tempi imposti per l'estrazione dei nominativi.

L'art. 5, co. 2, del citato d.m. n. 23/2012 prevede che gli enti locali sono tenuti a dare comunicazione della scadenza dell'incarico del proprio organo di revisione economico finanziario alla Prefettura-Ufficio territoriale del governo della provincia di appartenenza con almeno 15 giorni di anticipo nel primo mese di effettivo avvio del nuovo procedimento di scelta e, successivamente, almeno due mesi prima della scadenza stessa. In caso di cessazione anticipata dall'incarico, la comunicazione dovrà essere inoltrata immediatamente e comunque non oltre il terzo giorno successivo a tale cessazione.

La normativa regolamentare impone quindi agli enti locali di comunicare alla Prefettura competente la scadenza dell'incarico del proprio organo di revisione economico finanziario, ai fini della relativa sostituzione, con congruo anticipo rispetto alla scadenza medesima: *"almeno due mesi prima"*. (Solo nel primo mese di effettivo avvio del nuovo procedimento di scelta e in caso di cessazione anticipata dall'incarico sono stati previsti tempi ridotti, per evidenti ragioni di celerità,

rispettivamente in *"15 giorni di anticipo"* ed *"immediatamente e comunque non oltre il terzo giorno successivo"*)

La previsione del termine di due mesi, prevista dal Regolamento, indurrebbe a ritenere che la nuova procedura sia stata strutturata in modo da assicurare il subentro del nuovo organo senza soluzione di continuità rispetto alla scadenza del precedente; ma la procedura posta in essere contraddice tale assunto. Le Prefetture hanno, infatti, disposizioni che impongono di attendere l'effettiva scadenza dell'incarico prima di effettuare il sorteggio dei nuovi nominativi, con buona pace della comunicazione effettuata dall'ente con l'anticipo dei due mesi.

Non si comprende più, allora, la giusta attenzione rivolta dalla norma a richiedere una anticipata comunicazione del termine di scadenza. Le istruzioni applicative appaiono assolutamente incongrue rispetto alla chiara previsione regolamentare. Per di più, in tal modo si rischia di determinare un periodo di vacanza dell'organo di revisione.

Si ricorda, infatti, che il periodo di proroga degli organi di revisione contabile consentito dalla legge è limitato a soli 45 giorni e che dopo tale termine non può più essere esercitata la funzione, pena la nullità degli atti adottati (secondo la disciplina della proroga degli organi amministrativi definita con gli artt. 2 e seguenti del d.l. n. 293/1994, convertito nella l. n. 444/1994, espressamente richiamata dall'art. 235, co. 1, del TUEL).

Si tenga presente poi che dall'estrazione trascorre ancora del tempo prima dell'insediamento essendo pur sempre richiesta la nomina da parte del Consiglio Comunale/Provinciale (sulla natura di tale atto sono espresse in seguito alcune considerazioni) e la convocazione di un Consiglio richiede necessariamente del tempo, variabile in funzione della disciplina regolamentare interna di ciascun ente.

Inoltre prima della delibera di nomina va verificata l'insussistenza di eventuali cause di incompatibilità degli estratti a sorte, ma soprattutto va acquisita l'accettazione dell'incarico da parte dei medesimi. Trattandosi di incarico soggetto ad accettazione può verificarsi, infatti, anche la rinuncia da parte

del soggetto estratto, ovvero di più rinunce, anche da parte dei soggetti estratti come sostituti. Anche per i sostituti vanno effettuate le medesime verifiche, con conseguente dilatazione dei tempi.

In alcuni comuni di minore dimensione, non facilmente raggiungibili (si tenga presente l'ambito di operatività regionale), tale eventualità si è purtroppo già concretizzata, con conseguente blocco dell'attività di revisione (essendo ormai scaduto anche il regime di proroga dei 45 giorni).

Non sussistendo impedimenti normativi all'attivazione della procedura di estrazione prima della scadenza dell'organo di revisione in carica, non si comprende per quale motivo le istruzioni ministeriali consentano l'attivazione solo ad intervenuta cessazione dell'organo da sostituire.

Tanto più che la norma stessa del decreto, come visto in precedenza, prevede, per gli enti interessati, l'effettuazione di una richiesta con congruo anticipo. Anticipo che, se correttamente utilizzato, consentirebbe di procedere per tempo agli adempimenti necessari per le verifiche, per l'accettazione, nonché per la delibera consiliare di nomina, che potrebbe essere programmata in modo da non determinare periodi di vacanza dell'organo di revisione.

Una modifica procedurale in tal senso appare quanto mai auspicabile, soprattutto considerando che per intervenire su tale aspetto sarebbe sufficiente diramare istruzioni diverse, senza alcuna modifica delle disposizioni normative, né tanto meno del programma attuale, che opera l'estrazione automatica dei nominativi.

### **3. Ruolo della Prefettura.**

Anche un altro elemento della procedura potrebbe essere modificato, nell'ottica di una ulteriore semplificazione, ed è quello costituito dal ruolo che la Prefettura è chiamata a svolgere.

Secondo quanto previsto dall'art. 5, co. 3, del d.m. n. 23/2012, la Prefettura-Ufficio territoriale del governo comunica agli enti locali interessati il giorno in cui si procederà alla scelta dei revisori presso la sede della stessa Prefettura. Nel giorno fissato ed in seduta

pubblica, alla presenza del Prefetto o di un suo delegato, si procede all'estrazione a sorte, con procedura tramite sistema informatico, dall'articolazione regionale dell'elenco ed in relazione a ciascuna fascia di enti locali dei nominativi dei componenti degli organi di revisione da rinnovare. Per ciascun componente dell'organo di revisione da rinnovare sono estratti, con annotazione dell'ordine di estrazione, tre nominativi, il primo dei quali è designato per la nomina di revisore dei conti mentre gli altri subentrano, nell'ordine di estrazione, nell'eventualità di rinuncia o impedimento ad assumere l'incarico da parte del soggetto da designare.

Diversamente da quanto previsto nelle richiamate disposizioni, si ritiene che la Prefettura, in coerenza con l'assetto complessivo del nostro ordinamento, dovrebbe invece svolgere funzioni di controllo sugli adempimenti degli enti locali piuttosto che porre in essere gli adempimenti medesimi. Tanto più che il ruolo oggi esercitato risulta puramente figurativo, in quanto la Prefettura si limita ad ospitare la seduta nei propri locali, redigere il verbale ed operare, nella procedura informatica, quale semplice terminale: il programma è infatti gestito dal Ministero con una apposita piattaforma.

La Prefettura opera quindi solo come terminale, senza un ruolo attivo, di una operazione compiuta dalla piattaforma ministeriale. Perché non coinvolgere, allora, direttamente il comune nel ruolo di terminale della piattaforma, con eliminazione di passaggi procedurali?

La seduta pubblica di estrazione, effettuata presso il comune, potrebbe in fondo garantire le stesse forme di trasparenza. D'altro canto, già oggi i comuni operano su piattaforme di vari ministeri ed Istituti (Interno, Economia, Funzione Pubblica, Cassa Depositi e Prestiti, ecc..) senza necessità di intermediari e con buoni risultati, soprattutto per quanto concerne la celerità.

### **4. Articolazione territoriale.**

L'inserimento nell'elenco dei Revisori degli enti locali avviene con l'iscrizione a livello regionale, in relazione alla residenza anagrafica di ciascun richiedente. L'iscrizione av-

viene, una volta accertato il possesso dei requisiti previsti, in relazione alla tipologia e alla dimensione demografica degli enti locali, suddivisi in fasce:

- a) fascia 1: comuni fino a 4.999 abitanti;
- b) fascia 2: comuni con popolazione da 5.000 a 14.999 abitanti, unioni di comuni e comunità montane;
- c) fascia 3: comuni con popolazione pari o superiore a 15.000 abitanti, nonché province.

L'articolazione territoriale regionale, sulla base della quale è effettuato il sorteggio, se da un lato può offrire maggiori garanzie per il sorteggio, potendo contare su un maggior numero di candidati, dall'altro presenta alcuni inconvenienti che è opportuno valutare.

Tutti i compiti oggi assegnati ai Revisori, notevolmente aumentati negli ultimi tempi, richiedono sicuramente una presenza assidua ed una conoscenza approfondita dell'Ente (organi, uffici, meccanismi di funzionamento), e non sempre ciò può essere assicurato, soprattutto nel caso di notevole distanza tra il domicilio del Revisore e l'Ente. Si aggiunga a ciò che la distanza comporta anche un aumento di costi, per i rimborsi spese di viaggio da corrispondere, che in molti casi potrebbero essere superiori ai compensi stessi. Tale aspetto non è indifferente, soprattutto per realtà di minore dimensione.

Alla luce di tali considerazioni, potrebbe essere utile ripensare l'articolazione regionale, eventualmente solo per i comuni delle prime due fasce (fino a 15.000 abitanti), adottandone una su scala più ridotta: ad esempio provinciale. Tale scelta potrebbe consentire, da un lato un adeguato bacino di utenza sul quale effettuare il sorteggio (gli iscritti in elenco idonei per le prime due fasce sono più numerosi), dall'altro ridurre i costi che gravano sull'amministrazione, agevolare la presenza dell'organo e la conoscenza della realtà nella quale svolgono la funzione, e rendere più facile una rapida copertura per incarichi in realtà (anche convenzionate) di piccoli enti, non facili da raggiungere, per i quali si possono registrare ora il maggior numero di rinunce.

## 5. Delibera consiliare.

Un ultimo elemento su cui porre l'atten-

zione è quello del ruolo affidato al Consiglio Comunale o Provinciale.

L'art. 5, co. 4, del d.m. n. 23/2012 prevede che la Prefettura competente rediga apposito verbale con l'esito del procedimento di estrazione e ne dia comunicazione a ciascun ente locale interessato, affinché provveda, con delibera del Consiglio dell'ente, a nominare quale organo di revisione economico-finanziaria, i soggetti estratti, previa verifica di eventuali cause di incompatibilità (previste dall'art. 236 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267) o di altri impedimenti (previsti dagli artt. 235 e 238 dello stesso d.lgs.). Nel caso di sussistenza di incompatibilità, di impedimenti, o di eventuali rinunce, si procederebbe con i sostituti.

Il ruolo assegnato al Consiglio, massimo organo dell'Ente, appare sicuramente ridotto. Ci si domanda, allora, che senso possa avere una sorta di ratifica, di mera presa d'atto da parte di tale organo?

Il Consiglio è organo deliberante, mentre in tal caso, senza poter esprimere alcuna volontà, prende semplicemente atto di procedure già compiute da altri:

- dell'estrazione effettuata da un soggetto esterno (Ministero/Prefettura);
- della verifica circa l'insussistenza delle cause di incompatibilità, di altri impedimenti o di eventuale rinuncia, effettuata dal competente ufficio interno dell'ente.

I consiglieri si trovano quindi costretti a votare (trattandosi di atto dovuto), svolgendo una mera azione esecutiva. Senza volersi adentrare nel tema delle eventuali responsabilità di consiglieri che non intendessero svolgere tale ruolo meramente esecutivo, ci si limita a domandarsi che senso abbia aver richiesto espressamente una "*delibera del consiglio dell'ente*".

La delibera è l'atto amministrativo tipico attraverso il quale si fondono le volontà dei singoli consiglieri e si forma la volontà unica dell'organo collegiale. Ma quale elemento volitivo può essere presente in un atto del genere?

E, soprattutto, perché qualificare tale atto come delibera di "*nomina*"? Per configurare una nomina sarebbe forse necessario assicurare libertà di scelta!

Si è, inoltre, sicuri che tale scelta sia in li-

nea con il principio dell'art. 4 co. 1, del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale “*gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti*”?

Sarebbe stato forse preferibile lasciare al Consiglio la sola competenza per la regolamentazione del rapporto con l'organo e per la definizione del trattamento da corrispondere ai suoi componenti, eliminando il provvedimento di nomina in capo ad organi di governo dell'Ente, e prevedendo soltanto una verifica dei requisiti, da parte di organi burocratici, in capo ai soggetti estratti.

«.....GA.....»

# ABUSO DEL DIRITTO TRIBUTARIO NEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA DEL CNEL. PUNTI FERMI E PROFILI DI CRITICITÀ

dell'Avv. Francesca Cosentino

*Atteso, in premessa, che le norme contenute nei disegni di legge non hanno vigore se i disegni non sono convertiti in legge, questo contributo vuole studiarne (lasciando da parte il panorama<sup>1</sup> normativo e giurisprudenziale europeo nella delicata disciplina in questione) i contenuti allo stato attuale per anticiparne utilmente gli effetti 'pensati'. Ciò, in ragione della rilevanza che la novella legislativa sulla codificazione dell'abuso del diritto potrebbe avere per l'ordinamento tributario e, in ultima analisi, per i contribuenti italiani e per la lotta regolamentata contro l'evasione fiscale, qualora venisse effettivamente approvata.*

*Expected, in the introduction, that the rules contained in the drawings of law have non vigour if the drawings are not converted into law, this contribution wants to study (leaving aside the regulatory landscape and jurisprudential European<sup>1</sup> in the delicate discipline at issue) the contents present to anticipate usefully the 'pensati effects. This, because of the importance that the news on legislative codification of law abuse might for the tax system and, ultimately, for Italian taxpayers and for the fight disciplined against tax evasion, if actually approved.*

*Sommario: 1. Testo normativo. 2 Cenni sull'Abuso del diritto. 3. Quadro legislativo precorrente: a) Proposte di legge del 22.2.2011. b) Disegno di Legge Delega del 16.4.2012. c) Disegno di Legge Delega A.C. n. 5291 del 12.10.2012. 4. Approfondimento tematico e Considerazioni.*

## **1. Testo normativo<sup>1</sup>.**

Il recente 20 marzo, il Cnel, nell'esercizio del suo potere di iniziativa legislativa, ha approvato il disegno di legge delega<sup>2</sup> al Governo per la riforma fiscale.

L'art. 2, rubricato "Razionalizzazione e codificazione della disciplina dell'attuazione e dell'accertamento dei tributi", alla lett. m, regola l'abuso del diritto, chiedendo la "previsione di regole e limiti procedurali omogenei per la generalità dei tributi, applicabili al disconoscimento (specificamente motivato) del vantaggio fiscale indebito in quanto derivante da atti, fatti e negozi che,

*pur non violando alcuna disposizione, hanno aggirato obblighi e divieti previsti dall'ordinamento, garantendo al contribuente la facoltà di scelta fra i vari atti, fatti o negozi che hanno un diverso regime tributario ed escludendo comunque il disconoscimento del regime fiscale adottato dal contribuente se la sua condotta è giustificata da ragioni extrafiscali."*

E sottolineando, "Le regole e i limiti dovranno comunque prevedere: (i) la ripartizione dell'onere della prova fra ente impositore e contribuente relativamente agli elementi costitutivi della condotta considerata abusiva, (ii) gli obblighi rafforzati di contraddittorio preventivo e di motivazione, a pena di nullità, (iii) la riscossione frazionata dei tributi e delle sanzioni in pendenza di giudizio, con limitazione dell'efficacia esecutiva, anche in via provvisoria, solo alle sentenze dei giudici tributari."

L'esame della norma richiede, dapprima, qualche cenno sull'istituto dell'abuso e sul

<sup>1</sup> In tal senso, L'evoluzione del principio in paesi quali Germania, Spagna, Francia, Olanda, Inghilterra, basata in sostanza sulla previsione di una clausola generale antiabuso (es. *Generalklausel*; *Business purpose*) e nelle Sentenze Halifax, Part Service, Schweppes, Kofoed, C. gius. UE.

<sup>2</sup> rubricato "Delega legislativa al Governo della Repubblica per razionalizzare e codificare l'attuazione e l'accertamento dei tributi e per la revisione delle sanzioni amministrative e del processo tributario."

quadro legislativo più prossimo che la precorre<sup>3</sup>.

## 2. Cenni sull'Abuso del diritto.

Per abuso del diritto s'intende, tradizionalmente, una modalità di aggiramento della legge idonea a conseguire scopi ultronei rispetto agli interessi da essa tutelati; talché, la condotta non contrasta alcuna disposizione normativa, tuttavia supera il cd. limite interno all'esercizio del diritto soggettivo, cioè l'interesse a tutela del quale la norma ha attribuito il diritto.

In materia tributaria, l'abuso rileva al fine dei risparmi d'imposta e/o dei benefici fiscali ottenuti attraverso l'uso anormale di forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico;<sup>3</sup> perciò, esso riflette il tema dell'evasione fiscale e degli incerti confini dell'elusione fiscale; istituti che qui sinteticamente vanno ricostruiti.

L'evasione fiscale è caratterizzata dalla violazione delle norme tributarie<sup>4</sup>, concretandosi in un comportamento illecito (es. una qualificazione giuridica della fattispecie concreta del tutto difforme dalla realtà- falsa dichiarazione, falsa od omessa fatturazione, utilizzazione di fatture false, deduzione di costi inesistenti) idoneo ad occultare materia imponibile per contrastare il prelievo fiscale, al quale l'ordinamento reagisce con un corposo sistema sanzionatorio di natura penale ed amministrativo-pecuniario.

L'elusione fiscale, definita già evasione legittima,<sup>5</sup> consiste in una costruzione di fatti o di atti o di negozi giuridici leciti che consentano, senza violazione diretta ed immediata di norme, di conseguire in via principale o addirittura esclusiva un vantaggio fiscale non spettante. Per l'aspetto, dunque, il fenomeno non è interessato da sanzioni penali.

Il legislatore ha dato la prima definizione organica dell'elusione nell'art.10<sup>6</sup> l. 29.12.

<sup>3</sup> Cfr. sentenza Chiappella (Cass., V, 29.9.2006, n.21221)

<sup>4</sup> In tal senso, S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2006, 21

<sup>5</sup> In tal senso, G. GARCIA, *La cd. evasione fiscale legittima*, in *Riv. dir. fin.* 1974, I,51 ss

<sup>6</sup> Art.10, co.1: *E' consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo,*

1990, n. 408 e poi la tipizzazione del fenomeno nell'art. 37 bis d.P.R. 29.9.1973, n. 600 (aggiunto dall'art. 7 d. lgs. 8.10.1997, n. 358), ove si prevede che "Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro," qualora siano "privi di valide ragioni economiche," e siano "diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti." (art. 37 bis, co 1). Manca, però, una disposizione antielusiva a carattere generale perché il cit. art.37 afferisce in via esclusiva alla precisa tipologia di eventi descritta nel terzo comma (alcune operazioni delle medio-grandi imprese, quali fusioni, scissioni, trasferimenti, conferimenti etc.) e non ad ogni area di attività fiscalmente rilevante.

La lacuna normativa ha determinato un filone giurisprudenziale,<sup>7</sup> in via ermeneutica,

---

*ro, cessione d'azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta.*

<sup>7</sup> Cfr. Cass., V, 27.07.2011, n.16428; Cass., V,21.01.2011,n.1372; Cass., V, 13.05.2009,n.10981;Cass.,sez.un.,23.12.2008,n.30055; Cass.,V,21.04.2008,n.10257; Cass., V, 04.04. 2008, n.8772; Cass.,V,21.10. 2005, n.20398, ove si afferma il principio che "il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati, nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge stessa, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione".

ed il legislatore, tramite ripetute revisioni<sup>8</sup> dell'art. 37 *bis* cit., al tentativo di individuare nell'abuso del diritto un principio generale antielusivo. Operazione non di poco conto dato che, nella difficoltà di sussumere tangibilmente sotto una definizione tematiche di varia natura, l'ordinamento italiano non ha previsto una norma generale, per nessuna branca giuridica, che vieti l'abuso del diritto ma si è affidato a disposizioni antiabuso<sup>9</sup> di natura settoriale e circoscritta.

### 3. Quadro legislativo precorrente.

#### a) Proposte di legge del 22.2.2011.

Nel corso della XVI legislatura della Repubblica Italiana,<sup>10</sup> il legislatore propone nuovi emendamenti all'art. 37 *bis* cit. d.P.R., che passino attraverso la codificazione e la disciplina nell'ordinamento tributario dell'abuso del diritto.

Rilevano le proposte emendative A.C. 2521, A.C. 2578 e A.C. 2709 a firma rispettivamente di Leo, di Strizzolo e di Jannone.

L'elemento unitario su cui fanno perno le tre proposte è l'abrogazione o la modifica del vigente comma terzo, allo scopo di eliminare gli attuali limiti all'applicazione delle norme antielusive ed espanderne l'efficacia alle norme relative all'abuso del diritto.

Le proposte di Strizzolo e di Jannone prevedono, in più, circa i criteri inerenti l'abuso: a) che nella rubrica dell'articolo 37 *bis* sia inserita la finalità di contrasto all'abuso del di-

<sup>8</sup> ... "ispirati alla logica del *post hoc*" G. M. Flick, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?* in *Giurisp. Commerc.*, 2011, I, 469. In ordine cronologico, gli interventi normativi di modifica: art. 7, co. 3, lett. b, d.lgs. 16.6.1998, n. 201; art. 2, co. 1, lett. e, d.lgs. 12.12.2003, n. 344; art. 1, co. 1, lett. d, d.lgs. 30.5.2005, n. 143; art. 18, co. 2 d.lgs. 18.11.2005, n. 247; art. 1, co. 65 l. 27.12. 2006, n. 296; art. 1, co. 2 e 2, co. 1 d.lgs 6.11.2007, n. 199; art. 1, co. 84, lett. c, l. 24.12.2007, n. 244.

<sup>9</sup> Ad es. nel diritto civile: l'art. 833 c.c., che vieta al proprietario di un fondo di compiere atti emulativi; l'art. 1175 c.c. che prescrive il canone della correttezza tra debitore e creditore; l'art. 1375 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto

<sup>10</sup> La XVI legislatura della Repubblica Italiana è iniziata il 29 aprile 2008 ed è stata sciolta dal Presidente della Repubblica il 22 dicembre 2012, a seguito delle dimissioni del Governo Monti.

ritto, con susseguente integrazione del primo e del secondo comma con la specifica sull'abuso del diritto; b) che nel co. 1 *bis*, da aggiungere, sia fatta salva per il contribuente la facoltà di scegliere le forme giuridiche negoziali o i modelli organizzativi comportanti un più favorevole regime d'imposizione; c) che sia definito l'abuso del diritto a fini antielusivi come "*l'utilizzo distorto o artificioso di una o più disposizioni di legge, precipuamente finalizzato a ottenere vantaggi fiscali illegittimi o, comunque, contrari alle finalità perseguite dalla normativa tributaria*".

Le proposte emendative sono state ritirate a seguito dell'impegno del Governo di definire la questione nell'ambito del disegno di legge delega fiscale, attraverso un provvedimento organico.

#### b) Disegno di Legge Delega Fiscale del 16.4.2012.

In data 16.4.2012, il Consiglio dei Ministri approva il disegno di legge-delega al Governo per l'adozione, entro 9 mesi dalla data di entrata in vigore della legge, di uno o più decreti legislativi recanti la revisione del sistema fiscale; in particolare, al Capo II, art. 6, rubricato "*Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale*", il disegno delega il Governo "*ad attuare la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di introdurre il principio generale di divieto dell'abuso del diritto, esteso ai tributi non armonizzati*", e pone quali criteri e principi direttivi il dovere:

-di definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione;

-di garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale e, a tal fine: 1) considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva; 2) escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; intendendo per ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione ma rispondono ad esigenze di

natura organizzativa e consistono in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda;

-di statuire l'inopponibilità all'A.F. degli strumenti giuridici abusivi ed il susseguente potere dell'A.F. di disconoscimento del relativo risparmio d'imposta;

-di porre<sup>11</sup> sull'amministrazione l'onere di provare il disegno abusivo e le modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati nonché la loro mancata conformità ad una normale logica di mercato; sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative o concorrenti che giustificano il ricorso agli strumenti prescelti;

-di motivare l'accertamento fiscale, a pena di nullità, con una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva;

-di garantire un efficace contraddittorio con l'amministrazione fiscale e la salvaguardia del diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento ed in ogni stato e grado del giudizio tributario.

-di prevedere la riscossione frazionata delle sanzioni e degli interessi dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale.

#### **c) Disegno di Legge Delega Fiscale A.C. n. 5291 del 12.10.2012.**

In data 12.10.2012, la Camera dei deputati approva con alcune modifiche il disegno di legge presentato dal Governo; lo rubrica, per meglio palesarne la ratio, "*Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita*"; accorpa i 17 articoli in soli quattro ed inserisce la disciplina dell'abuso e dell'elusione nell'art. 3.

Al riguardo, si rilevano i due profili salienti:

- dalla delega al Governo "*ad effettuare una revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto (co. 1)*" è espunta l'estensione dell'abuso del diritto ai tributi non armonizzati.

- dal novero dei criteri e dei principi direttivi sono eliminati il dovere di prevedere la

riscossione frazionata delle sanzioni e degli interessi e le norme di tutela del diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio tributario. Attualmente il disegno è al vaglio del Senato (Atto n.3519).

#### **4. Approfondimento tematico e Considerazioni.**

Tornando al fondamento di questo contributo (art. 2, lett. m, disegno di legge delega in epigrafe), la conoscenza del contenuto delle recenti proposte legislative sull'abuso del diritto era indispensabile per l'esatta configurazione di quelli che, a mio modesto avviso, sono i punti fermi che, ragionatamente, il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro ha posto nella norma e che di seguito illustro:

Abuso del diritto: Norma del sistema e Principio generale dell'ordinamento giuridico tributario.

Norma del sistema.

Nel disegno di legge del Cnel l'abuso diventa regola sistematica, infatti, l'art. 2, lett. m, supera la diversità terminologica tra abuso ed elusione e pone l'unitaria nozione di abuso del diritto, nella quale si assorbono i precipi connotati dell'elusione fiscale (v. art.37 bis).Ciò, in ragione della chiara sovrapposibilità di concetti aventi, in buona sostanza, l'unico fine di neutralizzare i vantaggi fiscali non consentiti dal sistema.

In particolare, l'abuso viene ricollegato a quegli "*atti, fatti e negozi che, pur non violando alcuna disposizione, hanno aggirato obblighi e divieti previsti dall'ordinamento per conseguire un vantaggio fiscale indebito; nel senso che il soggetto ottiene vantaggi fiscali "la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni."*<sup>12</sup>

La ratio del superamento va individuata nell'intento di definire sistematicamente il divieto di aggirare le norme tributarie in un quadro che comprenda tutti i tributi, senza distinzione tra quelli armonizzati e non.

La deduzione è la logica conseguenza dell'attuale differenziazione tra i due feno-

<sup>11</sup> recependo il *dictum* in Cass., V, 21. 01 2009, n. 1465

<sup>12</sup> In tal senso, cfr. sentenza Halifax, C. giust. UE, 21.02.2006, causa C-255/02

meni fondata sul fatto che, l'abuso è un precepto di matrice europea e per questo considerato riferibile ai soli tributi armonizzati, ossia ai tributi nati sulla scorta di principi e direttive sanciti in ambito comunitario, quali imposte indirette, iva ed accise; l'elusività fiscale è norma di matrice nazionale quindi, ove l'ordinamento preveda le relative clausole, è ritenuta applicabile ai tributi non armonizzati, ossia ai tributi rientranti nella competenza dello Stato membro, quali le imposte dirette. Per il quale fatto, se l'elusione e l'abuso sono ridotti ad un unico fenomeno si giunge alla conclusione in premessa.

Di quella *ratio*, inoltre, sono chiari indici:

la volontà di dare al fenomeno una definizione - abuso del diritto- di stampo comunitario, ove mancando la riserva di legge tributaria (v. art.23 cost.),il divieto di abuso costituisce un principio immanente dell'ordinamento, perciò, applicabile *<a tutto campo>*.

il fatto che, l'unificazione dei due fenomeni nella nozione di abuso travolga il paletto delle particolari clausole elusive riferite a tributi specifici<sup>13</sup> e consenta di bypassare la distinzione tra imposizione fiscale indiretta e diretta, dal momento che -si ribadisce- l'abuso del diritto in Europa ha valore di clausola antielusiva di carattere generale onnicomprensiva, per cui, applicabile all'intero sistema tributario.

Per il profilo, suscita perplessità il testo approvato dal Consiglio dei Ministri giacché, per un verso, conservava la diversificazione categoriale tra i due fenomeni giuridici, per altro verso prevedeva che l'abuso del diritto fosse esteso ai tributi non armonizzati.

Mentre, maggiore coerenza presentano le due citate proposte emendative ed il disegno di legge delega fiscale A.C. n. 5291/12; i quali fanno coesistere i due fenomeni giuridici in rubrica e nelle disposizioni e ne distinguono segnatamente i tratti mediante la richiesta di

<sup>13</sup> ad es. l'art. 20 d.P.R. 26.4.1986, n. 131, dispone che la sostanza degli atti prevalga sulla forma; l'art.30 l. 23.12.1994, n.724, elenca i requisiti di presunzione di non operatività della società; l'art.108 d.P.R. 22.12.1986, n. 917,regolamenta la deducibilità delle spese relative a più esercizi; l'art. 172 d.P.R. 22.12.1986, n.917,specifica quali voci possano costituire le componenti di reddito della società risultante dalla fusione o incorporante.

una definizione specifica di abuso del diritto. E, per l'appunto,non ampliano l'applicabilità dell'abuso ai tributi che non sono di competenza e di derivazione comunitaria.<sup>14</sup>

### **Principio generale dell'ordinamento giuridico tributario.**

La *littera legis* (art.2, lett. m) conferma l'estensione dell'ambito di applicazione dell'abuso all'intero ambito impositivo, perché espressamente si riferisce alla "*generalità dei tributi*" verso la quale si può commettere l'abuso e chiede, rispetto a quella generalità, la "*previsione di regole e limiti procedurali omogenei*" per il disconoscimento del vantaggio derivante dalla condotta, in sintesi per l'applicazione del divieto abusivo.

L'esigenza di regole e di limiti per l'universalità dei tributi implica che l'abuso del diritto sia sussunto a principio generale o valore dell'ordinamento tributario, correlativamente ad un *corpus* normativo ad esso conformato e regolatore della condotta abusiva e dell'esercizio dei poteri di verifica.

Infatti, se pur non esiste una definizione univoca di principi generali dell'ordinamento giuridico, le "*due (che), in particolare, si contendono il campo: quella che ritiene il principio una regola generale che si fonda sulle (o si induce dalle) regole espresse dall'ordinamento; quella che considera il principio un prius, metagiuridico o extralegislativo (nella quale ipotesi), se i principi preesistono alle norme, esse non sono che la "manifestazione sensibile" del principio*",<sup>15</sup> sorreggono entrambe l'attribuzione.

L'effettiva estensione sistematica del principio sembra praticabile solo ed esclusivamente alla detta condizione.

Canoni di regolamentazione dell'abuso del diritto.

Il disegno del Cnel demanda, in via principale, regole inderogabili a tutela della difesa del soggetto passivo d'imposta avanti le auto-

<sup>14</sup> Si precisa che, la proposta a firma di M. Leo sanciva l'applicazione delle norme in materia di abuso alle imposte sui redditi e indirette, alle tasse e a ogni altra prestazione avente natura tributaria, pure a carattere locale.

<sup>15</sup> G. ALPA, *I principi generali e il sistema delle fonti del diritto*, in Notiziario giuridico web

rità amministrative e giudiziarie; in via secondaria, altre regole di contenimento di quei poteri amministrativi e giudiziari nonché di quello legislativo ed operativo.

Regole inderogabili. Tutela del contribuente in fase di accertamento e in fase giudiziale.

Principalmente, sono demandate “*regole e limiti procedurali omogenei (...) comunque*” in ordine alla prova, al contraddittorio preventivo, alla motivazione ed alla riscossione frazionata; cioè, in ordine a temi che, palesemente, sono fondamentali per la garanzia delle ragioni di difesa del contribuente avanti l’amministrazione finanziaria ed il giudice.

L’avverbio utilizzato (comunque) rende manifesto che tali regole debbano essere inderogabili e che, in loro assenza, il principio dell’abuso non possa trovare validamente campo nell’ordinamento tributario Italiano.

All’uopo, secondo la norma:

(i) la prova deve inerire per l’ente impositore e per il contribuente “*gli elementi costitutivi della condotta considerata abusiva*” - anziché per l’A.F. la condotta abusiva e per l’agente l’esistenza di valide ragioni extrafiscali<sup>16</sup> - ed il relativo onere probatorio dev’essere ripartito fra essi. L’ente dovrà dimostrare che è stata realizzata la condotta abusiva attraverso l’indicazione di quelli che sarebbero i suoi elementi costitutivi; il contribuente dovrà dimostrare che gli elementi costitutivi provati dal verificatore sono insussistenti e/o inidonei a concretare l’abuso; con l’ulteriore positivo effetto che il contribuente non sarà gravato da richieste di prove diaboliche.

(ii) il contraddittorio preventivo sull’individuazione della condotta abusiva deve costituire un obbligo rafforzato e così pure la relativa motivazione, a pena di nullità (s’intende) dell’avviso di accertamento che non sia preceduto da valido contraddittorio e/o non motivato in punto di fatto.

Il precetto è essenziale perché garantisce il diritto del contribuente al contraddittorio, cioè alla difesa nel corso della fase istruttoria, prima dell’emissione dell’atto di accertamento, laddove tale diritto (né -oppure- la mera

ammissione di una fase di contraddittorio pre-contenzioso) non costituisce principio generale dell’ordinamento tributario.

Questo, nonostante il potere di confronto rappresenti sicura espressione concreta del principio di trasparenza e di imparzialità dell’azione amministrativa; misura di garanzia del contribuente e potrebbe essere efficace misura di prevenzione del contenzioso (riguardo l’emissione dell’accertamento).

(iii) dev’essere differita l’efficacia esecutiva dell’accertamento, in caso di giudizio, alla pronuncia di primo grado o pure provvisoria dell’organo giudicante; dal momento che è prevista la riscossione frazionata dei tributi derivanti dal vantaggio fiscale disconosciuto - la maggiore imposta o il recupero del beneficio- e delle sanzioni, “*con limitazione della sua efficacia esecutiva, anche in via provvisoria, solo alle sentenze dei giudici tributari.*” (art.2 lett. m). Talché, l’ente non può iscriverne immediatamente a ruolo, perché la riscossione è frazionata e questa non è ammissibile prima che intervenga quella pronuncia di primo grado o provvisoria.

Si ricordi che il disegno del Consiglio dei ministri riservava il beneficio del frazionamento alle sole sanzioni e agli interessi e che il disegno A.C. 5291 non prevede in assoluto l’agevolazione.

Ragioni extrafiscali. Tutela del contribuente e contenimento dei poteri dell’a.f. e del giudice.

Secondariamente, il disegno del Cnel elimina la locuzione “*valide ragioni economiche*” (v. art. 37 bis) e in relazione introduce quella di “*ragioni extrafiscali*”.

Ne deriva che, a prescindere dalla convenienza economica o antieconomicità dell’operazione, gli “*atti, fatti e negozi che (...) hanno aggirato obblighi e divieti posti dall’ordinamento*” costituiscono abuso del diritto, a meno che esistano sottostanti “*ragioni extrafiscali*”.

La novità assume rilievo sotto triplice profilo:

fondamentalmente, pone una vera e propria causa di giustificazione della condotta abusiva, allorché afferma che “*comunque*” il disconoscimento del regime fiscale adottato debba essere escluso allorché esistano ragioni

<sup>16</sup> Così nel Disegno di legge delega del Consiglio dei Ministri approvato dalla Camera e transitato al Senato

extrafiscali. In sostanza, il contribuente potrà beneficiare dei vantaggi tributari se l'aggiramento delle norme sia legato a scelte extrafiscali.

scioglie definitivamente i nodi derivanti dall'astrattezza del concetto di valide ragioni economiche (in particolare, su quale sia la soglia di economicità giusta per qualificare "valida" la ragione economica dell'operazione; se per convenienza si debba, necessariamente, intendere quella economica oppure anche altre utilità rispetto agli *assets* antecedenti), perché il concetto di ragione extrafiscale è più ampio ed elastico, dunque, si concretizza in sostanza in ogni utilità, economica o non, immediata o preparatoria (quali il contenimento dei rischi d'impresa, la ristrutturazione, la razionalizzazione e pianificazione aziendale o, per le persone fisiche, i professionisti e i piccoli imprenditori, le scelte legate alla semplice 'esistenza') che trascenda quella di un'agevolazione puramente fiscale.

elimina la grande discrezionalità del verificatore e dello stesso organo giudicante connessa per entrambi al giudizio *ex post* sulla ricorrenza o meno delle valide ragioni economiche e, dunque, rimuove il rischio sia di facili accertamenti congetturali, sia del rifiuto dei vantaggi fiscali in nome di un abuso del diritto imperniato sul mancato riconoscimento delle ragioni economiche (da negare per *trend* allo scopo d'impedire un risparmio d'imposta).

La locuzione è stata espunta e sostituita pure nei disegni di legge che hanno preceduto l'intervento del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro; però, nei disegni di legge transitati nel testo al Senato le ragioni extrafiscali rilevano a condizione che siano "non marginali" o "valide"; il che si traduce in limiti sia alle scelte imprenditoriali ed individuali con certo margine di rischio, sia alla regolamentazione ed al contenimento del potere amministrativo e, in definitiva, del potere giudiziale, atteso che è estremamente arduo dare un giudizio oggettivo di non marginalità e di validità.

Vale a dire che, il disegno di legge al vaglio del Senato non apporta all'attuale art.37 *bis* alcuna utile modifica effettiva sul punto, poiché apponendo quelle condizioni avvalor

l'estensione dei poteri amministrativi e giudiziari e rende gravose le garanzie di difesa del contribuente; in sintesi, conserva i corollari negativi dell'astrattezza del superando concetto di valide ragioni economiche.

Facoltà di scelta dell'operazione. Tutela del contribuente e limite al potere legislativo ed operativo.

Poi, il disegno del Cnel garantisce al contribuente la facoltà di scelta fra i vari atti, fatti e negozi che hanno un diverso regime tributario; nel senso che, il contribuente potrà effettuare l'operazione che sia fiscalmente più conveniente, tra due o più operazioni strutturali, organicamente disciplinati, aventi pari dignità fiscale; in tal modo il risparmio o il beneficio d'imposta realizzato è lecito.

La garanzia, più di ogni altra cosa, sopprime il rischio che la normativa tributaria e/o il suo operatore neghino lo strumento giuridico prescelto unicamente perché presenti minore incidenza fiscale rispetto ad un altro; comunque, è funzionale alla libertà di valutazione dell'impresa e del singolo individuo nella scelta tra le operazioni consentite.

Ed è una garanzia prevista pure nei disegni di legge transitati in quello n. 3519 all'attuale vaglio del Senato.

Sanzionabilità dell'abuso.

Il disegno supera la diatriba sulla punibilità o meno della condotta abusiva, legata sostanzialmente ad un giudizio di illiceità della condotta piuttosto che di mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria.

L'illiceità autorizza l'applicazione delle sanzioni pecuniarie; dovendosi escludere, in via di principio, quelle tipicamente penali che sono connotate da un severo grado di afflittività edittale.

La pura inopponibilità del negozio all'amministrazione comporta, sul presupposto che, dal punto di vista giuridico-formale, non è stata violata alcuna disposizione di legge, solo il disconoscimento del risparmio e/o del vantaggio d'imposta, cioè una sorta di *mera ripetizione dell'indebito vantaggio fiscale da parte dello Stato*,<sup>17</sup> ma non conseguenze di ordine sanzionatorio a carico del

<sup>17</sup> G. M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quali sanzioni tributarie?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 177 e ss, 201

contribuente.

Orbene, se la norma parla di riscossione frazionata delle sanzioni non è revocabile in dubbio che il legislatore intenda sanzionare le condotte rientranti nell'abuso del diritto.

Se ne deduce che: 1) siano applicabili sole le sanzioni amministrative pecuniarie, le uniche intrinsecamente riscuotibili a rate; 2) il fatto abusivo abbia natura di illecito amministrativo, se l'ordinamento risponde con sanzioni pecuniarie; 3) il contribuente debba essere messo in condizione di conoscere in anticipo e con alto grado di affidabilità la condotta di riferimento (illecito amministrativo) sanzionabile.

Emergono, qui, alcuni:

Profili di criticità.

Anzitutto, sulla linea di demarcazione con l'evasione fiscale.

L'illecito amministrativo, storicamente, è il frutto della depenalizzazione di fatti rilevanti in origine come reati, i quali fatti, in quanto reati, erano puniti tendenzialmente con limitazione della libertà personale, in quanto fatti depenalizzati con pene pecuniarie. Non sono ravvisabili, perciò, differenze sostanziali tra azione illecita amministrativa ed azione penale; tant'è che molte sanzioni tributarie pecuniarie sono tali nella nomenclatura ma ontologicamente costituiscono vere e proprie ammende per reati contravvenzionali, ad es. la sanzione della maggiorazione del 30% o dal 100% al 200% dell'imposta o della maggiore imposta è chiaro indice della natura afflittivo-repressiva e di prevenzione generale delle sanzioni amministrative tributarie.<sup>1818</sup>

D'altronde, l'illecito amministrativo originario non è affatto diversificabile in base alla risposta sanzionatoria (le ammende) da quello derivante dalla depenalizzazione.

<sup>18</sup> sul tema, G. M. Flick in opera ultima citata scrive: "la più recente giurisprudenza CEDU (*Ianosevic vs. Svezia e Vastberga taxi Aktiebolag a Vulic vs Svezia*, 23.07.2002; *Jussila vs. Finlandia*, 23.11.2006 *nda*) è propensa a ritenere che le sanzioni amministrative pecuniarie comminate per le violazioni tributarie abbiano natura sostanzialmente penale: (...) valorizzando soprattutto la funzione della previsione sanzionatoria. In particolare, la spiccata vocazione deterrente/repressiva delle sanzioni in parola depone a favore della loro natura penale."

La sanzionabilità dell'abuso del diritto, pertanto, riduce la linea di demarcazione con l'evasione fiscale sul piano delle conseguenze e, particolarmente, su quello dell'essenzialità *strutturale* della condotta abusiva, giacché l'illecito amministrativo non può che fondarsi sulla violazione diretta ed immediata delle norme (come il reato).

Col risultato che, ove l'utilità di una clausola generale antiabuso fosse stata ponderata nell'attitudine di caratterizzare e, dunque, di riunire sotto un denominatore comune - aggiornamento della norma tributaria allo scopo di trarre un vantaggio fiscale indebito - un numero incalcolabile di condotte eterogenee non prefigurabili, la loro sanzionabilità tradirebbe il proposito, dato che la sanzionabilità rende difficile prescindere dalla costruzione di una fattispecie giuridica, astratta e generale, delle singole condotte illecite e da una fattispecie che non sia caratterizzata dalla violazione delle norme tributarie.

Poi, sulla compatibilità della premessa normativa "*disconoscimento (specificamente motivato) del vantaggio fiscale indebito*" con il punto d'arrivo sugli effetti ricollegabili alla condotta abusiva.

Il primo periodo normativo, esprimendosi in termini di "*disconoscimento*", lascia presagire la pura inopponibilità del negozio o del fatto all'amministrazione e, dunque, che le conseguenze dell'abuso siano confinate nell'alveo della mera ripetizione da parte dello Stato dei vantaggi lucrati indebitamente dal contribuente, senza ulteriori effetti di natura sanzionatoria. Laddove, poi prevede tra le regole inderogabili che le sanzioni debbano essere riscosse per frazioni, il che presuppone (e non può essere diversamente) la sanzionabilità della condotta abusiva.

La conseguenza non è chiaramente in linea con la premessa.

In conclusione, la bontà della disciplina va rimarcata nell'affermazione di un principio generale unitario e sistematico di abuso, che assicuri la certezza del diritto e la chiarezza delle norme nell'interesse delle ragioni di difesa del contribuente e, specularmente, di quelle dell'amministrazione finanziaria, la quale, in assenza di regole chiare ed uniformi, è costretta ad adempimenti ed accertamenti



onerosi a discapito dell'efficacia e dell'obiettività della sua azione; (in tal senso, in generale, anche la Relazione illustrativa al disegno di legge delega del Cnel) l'effetto sanzionatorio, però, deforma la peculiarità dell'istituto

dell'abuso del diritto, costante nell'aggiornamento della norma, e gli conferisce la tipicità delle condotte direttamente lesive della legge con ovvie conseguenze sul piano dei confini con l'evasione fiscale.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.9.2013, n. 4766  
**Ente locale - contrazione mutui - finanziamento - opere pubbliche - lavori pubblici.**

*L'attestazione di copertura finanziaria può fare anche riferimento al ricorso all'indebitamento, ma previa inclusione della relativa previsione o di apposita variazione nel bilancio dell'esercizio, è questo il principio sancito dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato che con la sentenza in esame ha precisato, infatti, che non è vietato ad un ente locale il ricorso per la realizzazione di opere e lavori pubblici alla contrazione di mutui o di altre forme di finanziamento, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, così che è legittima la deliberazione, con la quale venga approvato il progetto esecutivo di un'opera pubblica che comporti la necessità della copertura finanziaria, purché sia effettivamente indicata l'esistenza della copertura con la relativa attestazione da parte del responsabile del servizio finanziario, attestazione che può fare anche riferimento al ricorso all'indebitamento ma previa inclusione della relativa previsione o di apposita variazione nel bilancio dell'esercizio (CdS, V, 16.1.2002, n. 216); del resto è stato precisato che la prescrizione (contenuta nell'art. 55 della l. 8.6.1990, n. 142) secondo la quale è nulla la deliberazione comunale di spesa priva di attestazioni della copertura finanziaria, deve essere interpretata nel senso che la nullità consegue alla sola carenza della previa attestazione della copertura e non è esclusa dal fatto che, in concreto, tale copertura sussista, ancorché non previamente attestata; peraltro, qualora sia stata effettivamente ed espressamente manifestata l'intenzione di contrarre un mutuo, deve ritenersi che l'obbligo della relativa copertura finanziaria sia stato effettivamente adempiuto (CdS, IV, 23.3.2000, n. 1561).*

Corte dei Conti, Sez. Contr. per l'Emilia Romagna, parere del 25.7.2013, n. 258

**Diritto di superficie - diritto di proprietà - calcolo - determinazione del corrispettivo.**

*Il Sindaco del Comune di Ferrara ha chiesto un parere alla Corte dei Conti sulla corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 31 co. 48 della l. n. 448 del 1998 (Finanziaria per il 1999), riguardante la determinazione del corrispettivo per la trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà, anche in considerazione delle deliberazioni della Corte dei conti, Sezioni riunite n. 22/CONTR/11 del 14.11.2011 e Sezione Regionale per la Lombardia n. 1 del 2009. Fa rilevare il Comune richiedente che "dalla lettura della normativa (art. 31, co. 48, della l. n. 448 del 1998) e dal disposto della Corte, appare una difformità in merito alla percentuale da applicare: A) valore venale del bene calcolato al 60% e pertanto riduzione del 40% (secondo l'art. 31, co. 48, della legge n. 448 del 1998); B) valore venale del bene calcolato al 40% e pertanto riduzione del 60% (secondo quanto scritto dalla Corte dei conti a Sezioni riunite che, peraltro, richiama la medesima normativa)". In risposta al quesito la Corte ha affermato che "la disposizione di cui all'art. 31, co. 48, della l. n. 448 del 1998 deve essere intesa secondo la lettera della disposizione medesima e cioè nel senso che il calcolo per la determinazione del corrispettivo per la trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà deve essere effettuato nella misura del 60 per cento del valore venale del bene con conseguente riduzione del 40 per cento.*

Corte dei Conti, Sez. Reg. Controllo per l'Emilia Romagna, parere del 25.7.2013, n. 256

**Debito fuori bilancio - onorari - avvocato - spesa iniziale - atto di impegno - enti Locali.**

*Un problema che frequentemente si verifica negli Enti Locali e' quello della non corrispondenza dell'impegno di spesa per la prestazione professionale con il saldo degli onorari presentato dal professionista. Il Sindaco del Comune di Parma ha formulato sul punto alla Corte dei Conti una richiesta di*

parere con la quale intende, appunto, conoscere quale sia il corretto procedimento di natura contabile da seguire per poter assumere il maggior onere finanziario relativo al pagamento, a saldo, delle parcelle di avvocati esterni incaricati della difesa giudiziale dell'Ente originato, rispetto alle previsioni iniziali, da imprevedibili complessità e peculiarità del giudizio penale. La Corte dei Conti ha precisato che in ossequio ai principi di prudenza e di sana gestione finanziaria, nel momento in cui l'ente locale assume obbligazioni giuridiche nei confronti dei terzi deve, contestualmente, procedere a determinare, secondo la stima più precisa possibile, le somme da corrispondere al fine di poter adottare i relativi atti della procedura contabile, evitando la formazione di debiti che si originano con una procedura extracontabile. Per le ipotesi di assunzione di atti di impegno derivanti da contratti di prestazione d'opera intellettuale si richiama il principio contabile n. 2, cpv. 108, del Testo approvato dall'Osservatorio del Ministero dell'Interno il 12 marzo 2008, ai sensi del quale . Ne deriva, pertanto, che è onere dell'ente trovare, nel momento del conferimento dell'incarico professionale, la copertura finanziaria della spesa per gli onorari da pagare quale compenso per la prestazione resa che tenga conto non solo degli acconti, ma anche del saldo in modo da coprire la spesa complessiva e nella sua interezza. Ciò nonostante nell'ipotesi in cui vi sia uno scostamento tra la previsione di spesa iniziale (ricompresa nel formale atto di impegno) e quella finale, il cui superiore ammontare sia derivato, nella specie, da fatti sopravvenuti ed imprevedibili, quali la peculiarità, complessità e imprevedibilità del giudizio penale, questa Sezione, in conformità all'orientamento già formatosi presso altre Sezioni regionali di controllo (cfr. Sez. Lombardia, deliberazioni nn. 19/2009/PAR e 441/2012/PAR; Sez. Campania, deliberazione n. 9/2007; Sez. Sardegna deliberazione n. 2/2007), ritiene che il maggior onere di imprevedibile quantificazione debba essere coperto integrando l'originario atto di impegno di spesa, poiché è necessario solo aumentare l'importo delle somme da corrispondere al professionista, restando invariati il titolo giuridico e gli altri

elementi dell'obbligazione assunta dall'Ente (atto di conferimento dell'incarico professionale, soggetto creditore). Si rileva, infine, che, pur potendo il conferimento di incarichi di natura pro-fessionale astrattamente rientrare nell'ipotesi di cui alla lettera e) all'art. 191 TUEL, in quanto trattasi di acquisizione di un servizio, ritiene la Sezione che non sia necessario utilizzare la procedura di riconoscimento di debito fuori bilancio nell'ipotesi, quale quella in esame, nei limiti dell'ipotesi di maggiori oneri di imprevedibile quantificazione, poiché l'incarico era stato regolarmente conferito ed il relativo impegno era stato assunto secondo la ordinaria procedura di spesa di cui all'art. 183 TUEL, seppur con un importo inferiore rispetto a quello necessario a soddisfare interamente la pretesa creditoria del professionista esterno.

Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Lombardia parere del 22.7.2013, n. 339

**Debiti fuori bilancio - passività pregresse - contabilizzazione - consumo di energia elettrica - esercizi finanziari - testo unico enti locali (Tuel).**

Il Comune di Bosnasco (PV) ha richiesto alla Corte dei Conti, Sezione Lombardia un parere sulla corretta modalità di contabilizzazione di debiti per fornitura di energia elettrica che, in termini di competenza economica, è riferibile ad esercizi precedenti, ma che, in termini di competenza finanziaria, si sono manifestati solo nell'esercizio in corso e in quello precedente, mediante la liquidazione, in fattura di conguaglio, degli importi dovuti. La Corte dei Conti ha in primo luogo evidenziato come il procedimento di riconoscimento del debito fuori bilancio è lo strumento giuridico per riportare un'obbligazione giuridicamente perfezionata ed esistente, all'interno della sfera patrimoniale dell'ente, ricongiungendo debito e volontà amministrativa sul piano dell'adempimento. Il procedimento mira, da un lato, a consentire al Consiglio di vagliare la legittimità del titolo medesimo (in termini di "pertinenza", cioè ineranza alle competenze di legge attribuite all'ente, e di "continenza", vale a dire, di esercizio delle stesse in modo conforme all'ordinamento) e di sussistenza/reperimento dei mezzi di copertura (procedura ex art. 194 TUEL). La funzione di tale procedura

è quella di consentire a debiti sorti al di fuori della legittima procedura di spesa e di stanziamento di rientrare nella contabilità dell'ente. Accanto a quelli definibili tecnicamente "debiti fuori bilancio", si collocano le c.d. "passività pregresse" o arretrate, spese che, a differenze dei primi, riguardano debiti per cui si è proceduto a regolare impegno (amministrativo, ai sensi dell'art. 183 TUEL) ma che, per fatti non prevedibili, di norma collegati alla natura della prestazione, hanno dato luogo ad un debito in assenza di copertura (mancanza o insufficienza dell'impegno contabile ai sensi dell'art. 191 TUEL). Proprio perché la passività pregressa si pone all'interno di una regolare procedura di spesa, esula dalla fenomenologia del debito fuori bilancio (cfr., in proposito, la recente deliberazione di questa Sezione in merito al caso delle prestazioni professionali, n. 441/2012/PAR) e costituiscono, invero, debiti la cui competenza finanziaria è riferibile all'esercizio di loro manifestazione. In tali casi, lo strumento procedimentale di spesa è costituito dalla procedura ordinaria di spesa (art. 191 TUEL), accompagnata dalla eventuale variazione di bilancio necessaria a reperire le risorse ove queste siano insufficienti (art. 193 TUEL). Tanto premesso circa la funzione e l'effetto della procedura di riconoscimento e alla distinzione della fenomenologia delle passività pregresse e dei debiti fuori bilancio, la Corte dei Conti al fine di rispondere al quesito ha rammentato i criteri attraverso cui, in contabilità finanziaria, i debiti assumono rilevanza e vanno imputati ai bilanci degli enti pubblici. In base al principio dell'annualità, i documenti di bilancio devono rappresentare, a cadenza annuale, fatti che finanziariamente si riferiscano ad un periodo di gestione coincidente con l'esercizio finanziario, in modo che siano rese evidenti tutte le poste di entrata e di spesa che afferiscono in termini sostanziali al corso dell'anno di riferimento. Solo così il bilancio potrà servire correttamente alla sua funzionalità di controllo, sia in chiave autorizzatoria (bilancio di previsione) che ispettiva (rendiconto). Rileva la Corte come in contabilità finanziaria, infatti, un debito rileva nella misura in cui esso è certo, liquido e esigibile. Detto in altri termini, è assai frequente che vi sia un disallineamento tra esistenza giuridica e rilevanza contabile di un debito. Un debito, infatti, assume rilevanza contabile solo se sono venute a maturazione tutte le con-

dizioni per il suo adempimento pecuniario, in particolare se il debito è "certo" (non contestato nell'an e/o nel quantum), liquidato o di pronta liquidazione (cioè è stato determinato nel suo ammontare) ed è esigibile (scadenza del termine). Solo la concorrenza di queste condizioni radica la "competenza finanziaria". In presenza di tali condizioni è possibile attivare dell'ordinaria procedura di spesa (adozione del provvedimento amministrativo; assunzione dell'impegno di spesa; presenza e attestazione della copertura finanziaria; cfr. l'art. 191 TUEL), nei limiti degli stanziamenti autorizzati. Tale procedura di spesa consente non solo di dare rilevanza nel bilancio al debito, ma costituisce il titolo per l'imputazione istituzionale del debito. Ciò comporta, altresì, che il tempo dell'esistenza giuridica di una posta passiva, della manifestazione finanziaria (competenza finanziaria) e quello della competenza economica tendono a disallinearsi, vale a dire l'imputazione temporale di un costo è di norma diversa da quella che caratterizza l'esigibilità del credito da parte del creditore. La competenza finanziaria, infatti, va tenuta radicalmente distinta dalla competenza economica, secondo cui un debito non è rilevante in base alla sua dimensione di "spesa" (cioè l'essersi un debito manifestato finanziariamente, in quanto liquidabile ed esigibile) ma di "costo" (debito, anche di valore e non solo di valuta, sostenuto per l'acquisto dei fattori produttivi che hanno sostenuto il ciclo annuale di produzione). Detto in altri termini, a livello contabile, un debito può avere una competenza annuale (economica) disallineata rispetto alla sua manifestazione finanziaria (competenza finanziaria), che può essere anteriore o successiva. Conclude la Corte che, quando nell'anno di competenza finanziaria non è stata attivata la procedura di spesa ordinaria, l'unico modo di riportare il debito nella contabilità dell'ente (con effetto vincolante per l'ente) è la procedura ex art. 194 T.U.E.L, peraltro, ammessa nei casi eccezionali ivi tipicamente indicati. Orbene, appare evidente che il debito in questione, relativo a conguagli per il consumo di energia elettrica in esercizi finanziari differenti, è per competenza finanziaria riferibile solo all'anno delle liquidazione degli importi; pertanto l'imputazione al bilancio non poteva che avvenire nell'anno della comunicazione della fattura con la procedura ordinaria di spesa (art. 191 TUEL)

*e, in caso di incapienza dei capitoli, l'ente avrebbe dovuto effettuare necessarie variazioni di bilancio, sotto il controllo e il giudizio dell'organo deputato ad autorizzare e controllare la spesa, vale a dire il Consiglio comunale. Nel caso in cui, invece, al pervenimento della fattura non sia seguito nello stesso anno regolare impegno e correlativa formazione di residui per gli anni successivi, esso costituirà debito fuori bilancio, riconoscibile nei termini e alle condizioni di cui all'art. 194 TUEL.*

Corte dei Conti, parere del 9.7.2013, n. 232  
**Pubbliche amministrazioni - contratti di locazione - decorrenza - effetti economici - Sindaco – Consob.**

*Il Sindaco del Comune di Montecatini Terme ha chiesto alla Corte dei Conti di chiarire se il divieto di stipulare contratti di locazione passiva dettato dall'art. 12, co. 1 quater del d.l. 98/2011, convertito dalla l. 111/2011 riguardi solo la stipula di contratti che svolgono la propria efficacia durante l'anno 2013 (essendo possibile stipulare contratti di locazione con efficacia per gli anni successivi) o se al contrario riguarda in generale la capacità di stipulare contratti di locazione passiva durante l'anno 2013. La Corte nel merito, ha precisato che l'art. 12, co. 1-quater del d.l. 98/2011, convertito dalla l. 111/2011, come modificato dall'art. 1, co. 138, della l. 228/2012, stabilisce: "Per l'anno 2013 le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, co. 3, della l. 31.12.2009, n. 196, e successive modificazioni, nonché le autorità indipendenti, ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), non possono acquistare immobili a titolo oneroso nè stipulare contratti di locazione passiva salvo che si tratti di rinnovi di contratti, ovvero la locazione sia stipulata per acquisire, a condizioni più vantaggiose, la disponibilità di locali in sostituzione di immobili dismessi ovvero per continuare ad avere la disponibilità di immobili venduti. Sono esclusi gli enti previdenziali pubblici e privati, per i quali restano ferme le disposizioni di cui ai coo. 4 e 15 dell'art. 8 del d.l.*

*31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122. Sono fatte salve, altresì, le operazioni di acquisto di immobili già autorizzate con il decreto previsto dal comma 1, in data antecedente a quella di entrata in vigore del presente decreto". Il riferimento normativo al divieto di "stipulare contratti di locazione passiva" appare riferibile alla capacità di contrarre (si parla infatti di "stipulare") un nuovo contratto e non solo agli effetti economici che ne derivano, ciò appare confermato interpretando la norma, secondo il suo significato letterale e logico; difatti tale interpretazione appare confortata da due ordini di ragioni: - in primis, la norma di cui al comma 1-quater riportato stabilisce un divieto anche per l'acquisto di immobili specificando che trattasi di divieto di acquisto a "titolo oneroso", mentre non esplicita tale circostanza in relazione alla stipulazione di contratti di locazione per i quali, invece, si esprime stabilendo un generale divieto di "stipulare contratti di locazione passiva" senza accennare all'onerosità degli stessi: la locuzione "locazione passiva" esprime, difatti, la posizione giuridica dell'amministrazione pubblica-stipulante e non l'onerosità del contratto; - in secondo luogo, il divieto appare riferibile alla stipulazione di un contratto di locazione anche in virtù dell'esplicitazione delle deroghe espressamente stabilite dalla stessa norma la quale contempla l'eccezione quando trattasi di "rinnovi di contratti, ovvero la locazione sia stipulata per acquisire, a condizioni più vantaggiose, la disponibilità di locali in sostituzione di immobili dismessi ovvero per continuare ad avere la disponibilità di immobili venduti" riferendosi, anche in questi casi, all'atto della contrazione della locazione (il rinnovo può avvenire a prescindere dalla sua onerosità e dalla congruità/convenienza del canone di locazione che ne consegue). In conclusione, pertanto, il collegio ha ritenuto che il divieto di cui all'art. 12, co. 1 quater, del d.l. 98/2011, convertito dalla l. 111/2011 riguardi la stipulazione di contratti di locazione passiva nel corso dell'anno 2013 a prescindere dalla decorrenza degli effetti economici che ne derivano, in virtù dell'interpretazione letterale della norma che disciplina la materia.*

«.....GA.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### DOMANDA

*Applicabilità del termine, previsto dall'art. 2 l. n. 241/1990 e s.m.i. per la conclusione del procedimento amministrativo, all'autotutela in materia tributaria (Parere prot. 218899 del 20.5.2013, AL 35237/12, Avv. Giuseppe Albenzio).*

### RISPOSTA

*Codesta Agenzia delle Dogane chiede a questa Avvocatura Generale dello Stato di pronunciarsi sul seguente quesito: "Applicabilità dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990, modificata da ultimo dall'art. 1 del d.l. 9.2.2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 4.4.2012, n. 35 ai procedimenti relativi all'esercizio del potere di autotutela di competenza di questa Agenzia aventi natura tributaria". In particolare l'Agenzia delle Dogane domanda se il termine previsto per la conclusione del procedimento amministrativo dall'art. 2 della l. n. 241 del 1990, modificato dall'art. 1 del d.l. 9.2.2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 4.4.2012, n. 35, sia applicabile ai procedimenti relativi all'esercizio di autotutela di competenza della medesima aventi natura tributaria, dato che il 2 co. dell'art.1 del d.l. 5/2012 precisa che "le disposizioni del presente articolo non si applicano nei procedimenti tributari e in materia di giochi pubblici, per i quali restano ferme le particolari norme che li disciplinano".*

*1. Va premesso che l'autotutela in materia tributaria differisce da quella amministrativa ed è disciplinata dal decreto ministeriale*

*11.2.1997, n. 37, recante le norme relative all'esercizio del potere di autotutela da parte degli organi dell'Amministrazione Finanziaria, in attuazione dell'art. 2 quater della l. n. 656 del 30.11.1994 ["Con decreti del Ministero delle Finanze sono indicati gli organi dell'amministrazione finanziaria competenti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di revoca, anche in pendenza di giudizio o in caso di non impugnabilità, degli atti illegittimi o infondati. Con gli stessi decreti sono definiti i criteri di economicità sulla base dei quali s'inizia o si abbandona l'attività dell'amministrazione"]; il potere discrezionale di cui trattasi era già previsto dall'art. 68 del d.P.R. n. 287 del 27.3.1992, concernente il regolamento del personale del Ministero delle Finanze ["salvo che sia intervenuto giudicato, gli uffici dell'amministrazione finanziaria, possono procedere all'annullamento, totale o parziale, dei propri atti riconosciuti illegittimi o infondati con provvedimento motivato notificato al contribuente"].*

*In materia tributaria l'autotutela presenta peculiarità proprie, in ragione della disciplina legale della prestazione tributaria, dell'indisponibilità del tributo e della natura vincolata della funzione impositiva. Infatti, in ossequio ai principi dettati dagli art. 53 e 97 cost., l'autotutela tributaria tende a realizzare un'opportuna mediazione degli interessi pubblici in conflitto rappresentati, da un lato, dall'interesse alla certezza e stabilità dell'imposizione tributaria e, dall'altro, dall'interesse pubblico a fornire un'imma-*

*gine dell'amministrazione di correttezza e di comportamento giusto e imparziale.*

*Allo stesso tempo, l'autotutela è strumento anti-lite che consente la contrazione di quel contenzioso che risulterebbe inutile e dispendioso per la P.A., nei casi in cui, sulla base di un giudizio prognostico, è destinata a risultare soccombente nella lite, garantendo, altresì, il rispetto dei "criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza" che devono reggere l'agire amministrativo, in base alla disposizione dell'art. 1 della l. 241/1990.*

*2. Ciò precisato, occorre verificare se la riforma di cui alla legge n. 5 del 2012, che reca modifiche all'art. 2 della l. 241/1990 (più esattamente la legge ha sostituito gli originali coo. 8 e 9 con gli attuali coo. da 8 a 9 quinquies), sia applicabile o meno ai procedimenti relativi all'esercizio di autotutela di competenza dell'Agenzia delle Dogane aventi natura tributaria.*

*L'art. 2 della l. 241/1990 prevede che, salvo nel caso in "cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai coo. 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni"; in via preliminare, si sottolinea che la riforma del 2012 non ha apportato modifiche alla natura e funzione dell'art. 2 che resta norma di carattere generale (rispetto a quella speciale dell'art. 21 nonies per l'autotutela) che concerne i soli procedimenti ad attivazione obbligatoria.*

*Codesta Agenzia, in ossequio a quanto previsto dagli articoli 2 e 4 della medesima legge, ha provveduto ad individuare, per i procedimenti di propria competenza, i termini e i responsabili degli stessi. Il d.m. 37/1997, sempre seguendo l'art. 2 della l. 241/1990, specifica chi siano i soggetti preposti all'annullamento dell'atto e i poteri sostitutivi in caso di grave inerzia, stabilendo all'art. 1 che "Il potere di annullamento e di revoca o di rinuncia all'imposizione in caso di autoaccertamento spetta all'ufficio che ha emanato l'atto illegittimo o che è competente per gli accertamenti d'ufficio ovvero in via sostitutiva, in caso di grave inerzia, alla Direzione regionale o compartimentale dalla quale*

*l'ufficio stesso dipende", ma nulla prevedendo relativamente al termine.*

*La stessa disciplina prevista dall'art. 21 nonies della legge sul procedimento amministrativo non prevede limiti temporali all'esercizio del potere di annullamento in via di autotutela e, infatti, statuisce che "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge".*

*Nel nostro ordinamento, quindi, il decorso del tempo non preclude il potere di ritiro, ma rende solo più severa la valutazione comparativa in ordine all'affidamento del privato e impone che l'annullamento d'ufficio sia esercitato entro un termine ragionevole e di ciò si trova conferma anche nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, ove si statuisce che "L'art. 21 nonies l. 7.8.1990 n. 241, non fissa un termine ultimo oltre il quale l'esercizio dell'attività di autotutela è illegittima, riconducendo la valutazione in concreto in ordine alla tempistica della vicenda al parametro di valutazione della ragionevolezza del termine" (CdS, VI, 27.2.1012, n. 1081).*

*Il riferimento a tale parametro indeterminato ed elastico fa sì che sia lasciato all'interprete il compito di individuare in concreto il limite temporale, in ragione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento secondo il principio costituzionale di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost.: in presenza di posizioni oramai consolidate e a fronte di vizi di legittimità meramente formali, occorre, infatti, procedere ad un apprezzamento del ragionevole affidamento suscitato nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione (CdS, I, 30.1.2013, n. 5279). Tuttavia, allorché vengano in rilievo contrastanti interessi di terzi o superiori interessi pubblici, tali principi devono temperarsi con quello secondo cui per gli atti che esplicano effetti giuridici ripetuti nel tempo il principio di legalità impone all'amministrazione il loro adeguamento in ogni momento al quadro normativo di riferimento, dato che, in tali ipotesi, l'interesse pubblico*

*all'esercizio dell'autotutela è in re ipsa e si identifica nella cessazione di ulteriori effetti contra legem. Da ciò può desumersi che l'aspetto temporale è strettamente correlato all'affidamento che si genera in capo al privato, inteso quale situazione di fiducia sulla permanenza della situazione determinata dal provvedimento e maturata in capo al destinatario o quale aspettativa del privato che l'amministrazione si comporti in ogni caso secondo le regole di correttezza, che impongono di tener conto delle situazioni altrui, da essa create, nel momento in cui volesse ritornare sulle proprie decisioni. Il parametro temporale, invece, assume preminente ed autonomo rilievo in relazione al consolidamento della situazione prodotta dal provvedimento annullato in via di autotutela. La giurisprudenza, infatti, ha osservato che l'annullamento di un atto in autotutela, dopo un certo lasso di tempo dalla data di adozione dell'atto medesimo, non può fondarsi sulla mera esigenza di ripristino della legalità ma deve tener conto della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, dato che l'esercizio di siffatto potere da parte dell'amministrazione incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni del privato che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, ha acquisito il consolidamento di posizioni di vantaggio scaturenti da esso. Il mancato richiamo del decreto ministeriale a termini temporali, nonché la lettera espressa dell'art. 1, co. 2, del d.l. 5/2012 e dell'art. 21 nonies della l. 241/1990, oltre che le già richiamate caratteristiche dell'art. 2, portano a ritenere non applicabili, ai procedimenti aventi natura tributaria connessi all'esercizio del potere di autotutela, le disposizioni temporali relative alla conclusione del procedimento amministrativo e, quindi, anche a quelli di natura tributaria di competenza dell'Agenzia delle Dogane; sul punto in maniera conforme si sono espressi anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze (nota prot. n. 3-3409 del 29.3.2013) e l'Agenzia delle Entrate (nota prot. n. 36384 del 21.3.2013).*

*3. Per quanto attiene più propriamente la materia tributaria, va ribadito che essa è materia specialis rispetto all'ampio genus del diritto amministrativo. A venire in rilievo non*

*sono situazioni di interesse legittimo, ma diritti soggettivi e, più esattamente, un diritto soggettivo del contribuente a non essere obbligato a prestazioni patrimoniali all'infuori dei casi contemplati dalla legge, diritto che trova manforte nell'interesse pubblico che deve essere perseguito dall'Amministrazione, anche in ordine alla corretta esazione delle imposte dovute in base alla legge. Il contribuente vanta, invece, un interesse legittimo, a fronte del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione di esercitare l'annullamento in autotutela. L'Amministrazione Finanziaria non è, quindi, obbligata a provvedere in sede di autotutela ed è pienamente libera di rivedere o meno i propri atti illegittimi, senza che a ciò faccia capo una posizione tutelabile del privato, con la conseguenza che l'interesse all'applicazione dell'autotutela è identificato soltanto con quello dell'osservanza dei principi di giustizia, legalità e buona amministrazione degli uffici finanziari.*

*L'amministrazione ha la facoltà, non l'obbligo, di correggersi e di procedere alla rimozione degli atti illegittimi al fine di realizzare l'interesse pubblico e ripristinare la legalità, nonché di ricercare una soluzione alle potenziali controversie insorte, evitando il ricorso a mezzi giurisdizionali, in ossequio al principio dell'economia dei mezzi giuridici. Tale facoltà dell'amministrazione viene ricordata anche nella nota del 21.3.2013 dell'Agenzia delle Entrate, nella quale si fa presente che "il Segretario Generale, con circ. 198 del 1998, ha chiarito che se anche gli uffici tributari non posseggono una "potestà discrezionale di decidere a proprio piacimento se correggere o no i propri errori", gli stessi hanno il potere ma non il dovere giuridico di ritirare l'atto viziato, mentre è certo che il contribuente, a sua volta, non ha un diritto soggettivo a che l'ufficio eserciti tale potere".*

*L'autotutela, inoltre, non deve essere intesa come un ulteriore mezzo di difesa concesso al contribuente, oltre quelli previsti dal sistema giuridico, né può essere considerato un metodo sostitutivo dei rimedi giurisdizionali ordinari non esperiti, ma solo come uno strumento che permette agli uffici di attivarsi per assicurare il rispetto dei dettati costituzionali di imparzialità e buon andamento. Del resto,*

*l'esercizio del potere in questione non richiede alcuna istanza di parte e l'eventuale istanza del privato costituisce soltanto un atto di mera sollecitazione che non comporta l'obbligo per l'amministrazione di avviare un procedimento di autotutela e assumere provvedimenti al riguardo. La mancata risposta dell'amministrazione non comporta, infatti, la formazione di un silenzio con valore giuridico, determinante la riapertura delle procedure di tutela già esaurite, ciò in quanto è necessario evitare commistioni tra l'istituto dell'autotutela e quello della tutela, poiché si finirebbe per vanificare il fine a cui l'autotutela stessa è diretta, ovvero la realizzazione dell'interesse pubblico.*

*La Suprema Corte, trattando la questione relativa all'impugnabilità o meno del rifiuto di autotutela da parte della P.A., ha sostenuto che "In merito alle azioni giudiziarie inerenti il diniego di autotutela da parte dell'amministrazione finanziaria sussiste la giurisdizione del giudice tributario, il quale dovrà valutare, da un lato, l'esistenza dell'obbligazione tributaria e, dall'altro, nei limiti e nei modi in cui ciò sia possibile, il corretto esercizio del potere discrezionale della P.A. In relazione a tale ultimo aspetto è bene sottolineare che la valutazione operata in tale contesto dal giudice, comunque, non può, e non deve, sostituirsi a quella operata dall'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale che le compete e, in ogni caso, non può comportare l'adozione dell'atto di autotutela da parte del giudice tributario. Il sindacato, in altre parole, può riguardare solo la legittimità del rifiuto e non la fondatezza della pretesa tributaria poiché, in tale ipotesi, il Giudice tributario verrebbe a sostituirsi indebitamente nell'attività amministrativa. In conclusione, quindi, deve essere esclusa l'impugnabilità del diniego di autotutela per ragioni attinenti non alla legittimità ma al merito" (Cass. civ. Sez. V, 30.6.2010, n. 15451).*

*Si conviene, pertanto, con il Ministero dell'Economia e delle Finanze che, nella nota prot. n. 3-3405 del 29.3.2013, richiama la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo la quale "avverso l'atto con il quale l'amministrazione finanziaria manifesta il rifiuto di ritirare, in via di autotutela, un atto impositivo divenuto defini-*

*tivo non è esperibile una autonoma tutela giurisdizionale, sia per la discrezionalità propria (in questo caso) dell'attività di autotutela, sia perché, diversamente opinando, si darebbe inammissibilmente ingresso ad una controversia sulla legittimità di un atto impositivo ormai definitivo" (Cass. civ, Sez. Un., 6.2.2009, n. 2870) e prosegue affermando che "Il contribuente che richiede all'Amministrazione finanziaria di ritirare, in via di autotutela, un avviso di accertamento divenuto definitivo, non può limitarsi a dedurre eventuali vizi dell'atto medesimo, la cui deduzione deve ritenersi definitivamente preclusa, ma deve prospettare l'esistenza di un interesse di rilevanza generale dell'amministrazione alla rimozione dell'atto. Ne consegue che contro il diniego dell'amministrazione di procedere all'esercizio del potere di autotutela può essere proposta impugnazione soltanto per dedurre eventuali profili di illegittimità del rifiuto e non per contestare la fondatezza della pretesa tributaria" (Cass.civ., Sez. trib., 12.5.2010, n. 11457).*

*4. Si deve, quindi, ritenere che non possono esservi limiti temporali al potere della P.A. di annullare, in sede di autotutela, un proprio atto illegittimo in seguito ad una diversa valutazione dell'interesse pubblico, motivatamente correlato agli eventuali interessi ed alle aspettative del soggetto privato coinvolto, salvo il limite della sentenza di merito passata in giudicato sull'atto medesimo (anche se in taluni casi neppure lo stesso giudicato è ostativo in assoluto dell'esercizio dell'autotutela, purché il ritiro dell'atto venga fatto per motivi che non contraddicono il contenuto della sentenza passata in giudicato e che non siano stati oggetto di esame specifico da parte dell'organo giudicante).*

*Del resto, all'art. 1, co. 136, della l. 311/04, è lo stesso Legislatore a prendere una specifica posizione, disponendo che "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso".*

*In definitiva, con l'esercizio del potere di autotutela, l'ufficio, dopo aver ponderato le diverse esigenze in gioco, quali la certezza e*

*stabilità dei rapporti, il profilo della buona fede del contribuente, la gravità del vizio denunciato etc., decide, facendosi carico di una funzione in senso ampio giustiziale ed in ossequio al principio di capacità contributiva oltreché a quelli di buona fede, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, se procedere o meno al ritiro di una pretesa già*

*formalizzata.*

*In conclusione, deve escludersi l'applicazione dell'art. 2 della l. n. 241/1990 ai procedimenti relativi all'esercizio del potere di autotutela posti in essere dall'Amministrazione doganale. Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 10.5.2013.*

«.....GA.....»

# GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **ANTICORRUZIONE: CHIARIMENTI DELLA CIVIT SULL'APPLICAZIONE DELLE NORME SULL'INCONFERIBILITÀ ED INCOMPATIBILITÀ NEL SETTORE SANITARIO**

*Con apposita delibera la Civit interviene a chiarire l'interpretazione delle nuove norme del d.lgs n. 39/2013 nel settore sanitario. Tale delibera muove dai vari quesiti, di seguito trascritti, inoltrati alla Commissione sui dubbi interpretativi afferenti sia l'individuazione delle strutture sanitarie che gli incarichi dirigenziali soggetti alle nuove disposizioni*

**QUESITI:** " 1. Nota del 14.5.2013 del Responsabile della prevenzione della corruzione del Comune di Chivasso (TO) che chiede alla Commissione un parere in merito al rapporto intercorrente tra l'art. 12, co. 4, lett. b) (riferito genericamente agli incarichi dirigenziali nelle pp.aa.) e l'art. 14 del d.lgs. n. 39/2013 (che prevede, invece, specificamente, tre casi di incompatibilità: Direttore Generale, Direttore Amministrativo e il Direttore Sanitario delle aziende sanitarie locali). Nello specifico si chiede di sapere se la carica di Sindaco del suddetto Comune (oltre 15.000 ab.) sia compatibile con l'incarico di medico primario del Reparto Oncologia, e come tale inquadrato nel ruolo di dirigente dell'azienda ospedaliera "Città della Salute e della Scienza di Torino", precisato, altresì, che l'azienda ospedaliera si differenzia dall'azienda sanitaria locale per competenze diverse previste nel Piano Sanitario Regionale. 2. Nota del 30 aprile 2013 del Responsabile della prevenzione della corruzione e del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria n. 1 Imperiese del Comune di Bussana di Sanremo, con la quale si sottopongono i seguenti quesiti in tema di

*applicazione del d.lgs. n. 39/2013: a) se al personale appartenente alla Dirigenza Medica e Veterinaria, Sanitaria, Professionale, Tecnica e Amministrativa delle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale siano da intendersi applicabili le incompatibilità di cui all'art. 12 (in particolare coo. 3 e 4) del citato decreto; b) chiarimenti sull'efficacia temporale dell'art. 12 (assunzione e/o mantenimento nel corso dell'incarico); c) cosa accade in riferimento alle cariche di cui alle lett. a), b) e c) dei citati coo. 3 e 4 dell'art. 12 assunte dal personale dirigente prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni e se si possa optare per il mantenimento dell'incarico dirigenziale mediante rinuncia alle altre cariche. 3. Nota del 20 maggio 2013 del Dirigente responsabile anticorruzione dell'Azienda ospedaliera-universitaria (Conorziale Policlinico) della Regione Puglia che formula quesiti: a) se la funzione di direttore generale di azienda ospedaliera universitaria è incompatibile con il ruolo di componente del Consiglio degli Affari Economici dell'Ente ecclesiastico Ospedale regionale "F.Miulli" di Acquaviva delle Fonti; b) se la funzione di dirigente capo area esercente l'attività di controllo analogo in materia di personale della società in house per conto del direttore generale è incompatibile con la funzione di amministratore unico della società Policlinico Servizi Sanitari s.r.l.; c) se la funzione di Presidente del Collegio Sindacale della Policlinico Servizi Sanitari s.r.l., società in house dell'Azienda Policlinico è incompatibile con l'incarico di Direttore amministrativo dell'Istituto di ricerca e di ricovero e assistenza "Istituto Tumori Giovanni Paolo II. 4. Nota del 16.5.2013 del Presidente della Provincia di Parma con la quale*

si chiede se l'incompatibilità sancita dall'art. 12, co. 3, d.lgs. n. 39/2013 si applica anche al "personale medico di Azienda Unitaria Sanitaria Locale o di Azienda Ospedaliera, non esercitante poteri di amministrazione e gestione, ma avente responsabilità professionale. 5. Nota del 9.5.2013 del Segretario Generale del Comune di Palo del Colle (BA) che sottopone alla Commissione due quesiti: a) se l'art. 12, co. 3, d.lgs. n. 39/2013 si applica ai dirigenti di struttura ospedaliera semplice; b) se il citato decreto legislativo deve ritenersi applicabile anche ai soggetti che ricoprono il ruolo di medici di medicina generale, che hanno "un rapporto di tipo convenzionale con il Servizio Sanitario Nazionale". 6. Nota del 13 maggio 2013 con la quale il Segretario generale del Comune di Bitonto (Bari) con popolazione superiore a 15.000 abitanti, chiede alla Commissione se l'incompatibilità prevista dall'art. 12, commi 3 e 4, lett. b) del decreto legislativo n. 39/2013 si applica anche ai dirigenti medici dipendenti a tempo indeterminato dell'Azienda sanitaria locale di Bari. 7. Nota del 14.5.2013 del sindaco del Comune di Lonigo (Vicenza) con la quale si chiede alla Commissione, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n.39/2013, se versi in una situazione di incompatibilità, sancita dall'art. 12, secondo comma del citato decreto legislativo, il consigliere comunale, che rivesta anche la carica di assessore, che sia dirigente dell'azienda sanitaria locale nel cui ambito ricade lo stesso Comune. 8. Nota del 21.5.2013 del Segretario generale del Comune di Fidenza (Parma), con la quale si segnala che il Sindaco è dipendente dell'azienda sanitaria locale con incarico di "dirigente" di struttura complessa e che due consiglieri comunali sono dipendenti dell'azienda sanitaria locale con incarico di dirigente medico responsabile di struttura complessa. Si chiede, inoltre, se il ruolo del Sindaco "è compatibile con l'incarico presso l'azienda sanitaria locale di "dirigente responsabile del presidio ospedaliero aziendale e della direzione amministrativa dell'ospedale di Fidenza" (Parma). 9. Nota del 17.6.2013 del Presidente del Consiglio di amministrazione dell'Azienda pubblica di servizi alla persona del distretto di Fidenza (Parma) con la quale

si chiede di sapere se: a) la disciplina di cui al d.lgs. n. 39/2013 operi con riferimento agli incarichi in corso alla data di entrata in vigore della norma in questione e, in caso affermativo, quali siano gli obblighi/adempimenti che competono all'ente/azienda presso cui il soggetto svolge l'incarico; b) se, relativamente alla posizione del Direttore (componente del Consiglio comunale di Parma) sia applicabile la disciplina del d.lgs. n. 39/2013. 10. Nota del 7.6.2013 del Responsabile della prevenzione della corruzione dell'Azienda sanitaria locale di Parma, con la quale si chiede a quali figure dirigenziali sia applicabile il d.lgs. n.39/2013, tenuto conto anche dell'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione. 11. Nota in data 27.5.2013, con cui il Sindaco del Comune di Cerignola chiede il parere della Commissione in ordine alla sussistenza di cause di incompatibilità o di inconfiribilità tra l'incarico di dirigente medico ospedaliero (di I livello) e quello di Sindaco e tra quest'ultimo e l'eventuale futuro conferimento di incarico di dirigente medico ospedaliero di II livello. 12. Nota del 4.6.2013 con la quale l'Azienda sanitaria locale savonese pone un quesito preliminare in materia di applicabilità dell'art. 12 del d. lgs. n. 39/2013 alle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale, in considerazione della "presenza di una disciplina specifica per il Servizio Sanitario Nazionale, vale a dire quella prevista dagli artt. 8 e 14", e, in subordine, pone alcuni quesiti di portata generale, relativi anche all'efficacia temporale dell'art. 12. 13. Nota del 4 giugno 2013 con la quale il Segretario generale, responsabile anticorruzione, del Comune di Bari chiede alla Commissione se l'art. 12, co. 4, lett. b) del d. lgs. n. 39 del 2013 debba essere applicato anche ai medici incaricati dalle aziende sanitarie locali. Tenuto conto di quanto previsto dall'art. 16, co. 3, del d.lgs. n. 39/2013 La Civit ha espresso il seguente avviso: "1. Individuazione delle strutture sanitarie alle quali si applica il d.lgs. n. 39/2013. La prima questione, tenuto conto che il decreto fa riferimento soltanto alle aziende sanitarie locali, ha ad oggetto l'applicazione delle norme del d.lgs. n. 39/2013 anche alle aziende ospedaliere, agli

istituti di ricerca e di ricovero e assistenza, alle aziende pubbliche di servizi alla persona. La Commissione ritiene applicabile il d.lgs. n. 39/2013 a tutte le strutture del servizio sanitario che erogano attività assistenziali volte a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo. A favore di questa interpretazione, si citano i seguenti argomenti. Innanzitutto, si ricorda che l'art. 1, commi 49 e 50 della l. n. 190/2012, nel delegare il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzioni di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni, al secondo capoverso, lett. d) prevede il criterio direttivo secondo cui devono essere ricompresi, tra gli incarichi oggetto della disciplina, gli incarichi di Direttore generale, Direttore sanitario e Direttore amministrativo delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere. Occorre ricordare, poi, che, più in generale, l'art. 1, co. 59 della l. 190/2012 prevede che le disposizioni della legge si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 165/2001 in cui rientrano espressamente e più in generale le Aziende del Servizio Sanitario Nazionale. Un ultimo argomento a favore della tesi esposta è rappresentato anche dall'organizzazione delle stesse aziende sanitarie locali, tenuto conto che le Regioni, al fine di assicurare i livelli essenziali di assistenza, si avvalgono anche delle aziende ospedaliere e dei presidi ospedalieri a cui si estende la disciplina prevista per le aziende sanitarie locali (artt. 3 e 4, d.lgs. n. 502/1992, "Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della l. n. 421/1992"). Per specifiche esigenze assistenziali, di ricerca scientifica, nonché di didattica del Servizio Sanitario Nazionale possono essere costituiti o confermati in aziende disciplinate dall'art. 3 del d.lgs. n. 502/1992: gli istituti di ricerca e di ricovero e assistenza (con le particolarità procedurali e organizzative previste dalle disposizioni attuative dell'art. 11, co. 1, lett. b) della l. n. 59/1997), le aziende ospedaliere di rilievo nazionale o interregionale di cui all'art. 6 della l. n. 419/1998 ("Ridefinizione dei rapporti tra u-

niversità e Servizio sanitario nazionale") (art. 4, co. 1, d.lgs. n. 502/1992). Si ritiene, pertanto, che, nell'espressione "Aziende Sanitarie Locali", si intendono ricomprese tutte le strutture preposte all'organizzazione e all'erogazione di servizi sanitari, incluse anche le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, gli istituti di ricerca e di ricovero e assistenza e le aziende pubbliche di servizi alla persona. 2. Applicabilità anche alle strutture sanitarie della Delibera n. 46/2013 in tema di efficacia nel tempo delle norme sull'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico di cui al d.lgs. n. 39/2013. Un'ulteriore questione posta all'attenzione della Commissione riguarda l'incidenza delle disposizioni in tema di inconferibilità e incompatibilità sugli incarichi in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 39/2013. La Commissione, sul punto, ha già espresso un avviso di carattere generale (cfr. la delibera n. 46 del 2013) – e a cui si rimanda per ulteriore approfondimento – che conclude nel senso che la nuova disciplina è di immediata applicazione e cioè che gli incarichi e le cariche disciplinati dal d.lgs. n. 39/2013 comportano l'espletamento di funzioni e poteri che si protraggono nel tempo (quali, ad esempio, atti di gestione finanziaria, atti di amministrazione e gestione del personale, ecc.) e, trattandosi di un rapporto di durata, dunque, il fatto che l'origine dell'incarico si situa in un momento anteriore non può giustificare il perdurare nel tempo di una situazione di contrasto con la norma, seppur sopravvenuta a causa del mutamento della normativa. 3. Ambito e limiti di applicabilità delle disposizioni in tema di inconferibilità e incompatibilità ai dirigenti sanitari. La Commissione ha esaminato, inoltre, il problema dell'applicabilità alle diverse figure dirigenziali esistenti del settore sanitario delle fattispecie di inconferibilità e incompatibilità previste, genericamente, per gli incarichi dirigenziali. Il dubbio interpretativo è dovuto al fatto che il legislatore ha riservato al settore sanitario una specifica disciplina, considerando, espressamente, solo la dirigenza rappresentata dal vertice delle aziende sanitarie ovvero il Direttore Generale, il

*Direttore Amministrativo e il Direttore Sanitario delle aziende sanitarie locali (artt. 5, 8, 10 e 14 del d.lgs. n. 39/2013). La Commissione ritiene, peraltro, che le cause di inconferibilità e di incompatibilità non possono essere applicate soltanto ai detti soggetti. L'applicabilità dell'art. 12 del citato decreto deve, invece, affermarsi considerando che anche i dirigenti sanitari possono avere responsabilità di amministrazione e gestione e non solo responsabilità professionale (art. 15 del d.lgs. n. 502/1992). Ciò premesso, la Commissione ritiene, sul punto, che si deve tener conto della peculiarità della disciplina del personale medico caratterizzata dall'attribuzione formale della qualifica dirigenziale a tutti gli appartenenti. Ne deriva che per decidere in ordine all'applicabilità del decreto in esame si devono individuare le posizioni che, implicando oltre che la responsabilità professionale anche forme di responsabilità di amministrazione e gestione, non possono essere trattate diversamente dal complesso della dirigenza della pubblica amministrazione, che pure, in alcuni settori, prevede posizioni dirigenziali molto variegata. La Commissione, pertanto, ritiene di dover concludere nel senso che: a) il d.lgs. n. 39/2013 non trova applicazione al personale medico c.d. di staff che non esercita tipiche funzioni dirigenziali (come nel caso di sole funzioni di natura professionale, anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca nonché funzioni ispettive e di verifica); b) al contrario, i dirigenti di distretto, i direttori di dipartimento e di presidio e, in generale, i direttori di strutture complesse rientrano sicuramente nel campo di applicazione della disciplina in esame; c) il problema più delicato è rappresentato dai dirigenti di struttura semplice. Per quanto riguarda i dirigenti di struttura semplice va, infatti, preliminarmente rilevato come nel quadro normativo delineato dalla l. n. 190/2012 e dai decreti di attuazione, l'art. 41, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013 preveda espressamente che la disciplina in materia di trasparenza sia applicabile soltanto ai dirigenti di struttura complessa ma non anche a quelli che dirigono la struttura semplice. La Commissione ritiene che, nel silenzio del legislatore, tale netta di-*

*stinzione non possa operare anche per quanto riguarda la materia dell'inconferibilità e dell'incompatibilità attesa la grande varietà dei compiti che possono essere affidati ai dirigenti di struttura semplice e le conseguenti implicazioni che ne possono derivare proprio in materia di incompatibilità. Alla luce di quanto osservato, per i dirigenti di strutture semplici non inserite in strutture complesse deve concludersi per la applicabilità della disciplina in esame. Per i dirigenti che dirigono strutture semplici inserite in strutture complesse la disciplina non è applicabile tranne il caso in cui, tenuto conto delle norme regolamentari e degli atti aziendali (art. 3, co. 1 bis e art. 15, d.lgs. n. 502/1992), al dirigente di struttura semplice sia riconosciuta, anche se in misura minore, significativa autonomia gestionale e amministrativa." (Civit, delibera n. 58/2013).*

«..... GA.....»

### **LA PRESCRIZIONE NON È RILEVABILE D'UFFICIO E NON PUÒ ESSERE PROPOSTA PER LA PRIMA VOLTA IN GRADO D'APPELLO**

*Com'è noto, quella di prescrizione, in quanto eccezione in senso stretto e come tale rimessa alla volontà della parte che di essa intende giovare, non è rilevabile d'ufficio. Sicché, nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 104 c.p.a., tal eccezione non può essere proposta per la prima volta in grado d'appello (cfr. CdS, III, 8.8.2012 n. 4535) e, ove assorbita o non esaminata in primo grado, va espressamente ribadita a cura della parte che intenda avvalersene nella fase di gravame (in materia di prescrizione eccepita, ma non valutata, cfr. Cass., Sez. Lav., 7.9.2007 n. 18901; id., Sez. Un., 1.2.2012 n. 1417) (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 3.9.2013, n. 4380).*

«..... GA.....»

### **DAL DEPOSITO IN GIUDIZIO DI DOCUMENTI, MAI COMUNICATI E CONOSCIUTI, DECORRE IL TERMINE**

## INIZIALE PER LA PROPOSIZIONE DI MOTIVI AGGIUNTI

*In linea generale, al fine dell'individuazione della decorrenza del termine iniziale per la proposizione di motivi aggiunti, il deposito in giudizio di documenti - mai prima comunicati o comunque conosciuti - costituisce il momento iniziale idoneo a determinare l'avvio del termine decadenziale per la relativa impugnazione, di cui all'art.43, primo comma secondo periodo, del c.p.a.. (Consiglio di Stato, Sez. IV sentenza 10.7.2013 n. 3674).*

«..... GA.....»

## NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO LA DIFFERENTE COMPOSIZIONE DEL COLLEGIO IN SEDE CAUTELARE ED IN SEDE DI MERITO NON INTEGRA ALCUNA CAUSA DI NULLITÀ O COMUNQUE ALCUNA ILLEGITTIMITÀ DELLA DECISIONE

*Nel giudizio in esame si lamenta che illegittimamente vi sarebbe stato un mutamento del collegio tra la fase cautelare e la fase di discussione del merito. In particolare l'appellante sostiene che se è vero che sensi dell'articolo 184 c.p.c. non è ammessa la sostituzione del giudice istruttore, sarebbe anche vero che il collegio originario nel suo plenum avrebbe dovuto conoscere integralmente la causa. Il Consiglio di Stato ha ritenuto assunto privo pregio. In assenza di una specifica disposizione nell'ambito dell'art. 9 dell'all. 2 del c.p.a., che ponga espresse preclusioni in tal senso, la differente composizione del collegio in sede cautelare ed in sede di merito non integra alcuna causa di nullità o comunque alcuna illegittimità della decisione. Nel giudizio amministrativo, il mutamento della composizione del collegio giudicante rispetto alla fase cautelare è una circostanza di per sé neutra, che non costituisce causa di compromissione della decisione del merito. Non vi sono elementi di diritto per ritenere che la cristallizzazione dei collegi, nell'ambito dello stesso ufficio, costituisca, di per sé sola, una garanzia assoluta dell'imparzialità o anche solo di migliore di funzionalità dell'organo*

*giudicante, perché, al contrario, l'intervento nelle successive fasi processuali di magistrati diversi può anche garantire un rinnovato, e maggiore, approfondimento dei motivi di gravame oggetto del contendere. La scelta del legislatore del Codice appare del resto perfettamente coerente non solo ad un archetipo di processo tipicamente connotato dall'istanza e dall'impulso di parte ed anche dalla natura tipicamente "di diritto" delle questioni trattate; ma anche a non secondarie esigenze di natura organizzatoria connesse con la naturale rotazione, anche solo feriale, dei magistrati tra le diverse Sezioni e tra i Tribunali. (Consiglio di Stato, Sez. IV sentenza 10.7.2013 n. 3674).*

«..... GA.....»

## LE DIFFERENZE TRA LE DUE FIGURE PROCESSUALI DELLA SOPRAVVENUTA CARENZA D'INTERESSE E DELLA CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE

*La sopravvenuta carenza di interesse opera solo quando il nuovo provvedimento non soddisfa integralmente il ricorrente, determinando una nuova valutazione dell'assetto del rapporto tra la pubblica amministrazione e l'amministrato; al contrario, la cessazione della materia del contendere si determina quando l'operato successivo della parte pubblica si rivela integralmente satisfattivo dell'interesse azionato. Proprio perché la valutazione dell'interesse alla prosecuzione dell'azione spetta unicamente al ricorrente, la sua carenza può essere conseguenza anche di una valutazione esclusiva dello stesso soggetto, in relazione a sopravvenienze anche indipendenti dal comportamento della controparte (ex multis, CdS, IV, 11.3.2013 n. 1477; id., 31.12.2009 n. 9292). Nella vicenda in trattazione innanzi il Consiglio di Stato è tale ultima evenienza che si realizzata in quanto la parte ricorrente, chiedendo di dichiarare la cessazione della materia del contendere, ha dichiarato di non aver più interesse alla prosecuzione dell'azione, imponendo conseguentemente la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse. (Consi-*

glio di Stato, Sez. IV sentenza 8.7.2013 n. 3574).

«..... GA.....»

## **ELUSIONE DEL GIUDICATO DELLE P.A., IL CONSIGLIO DI STATO SMASCHERA LE AMMINISTRAZIONI CHE CON ATTIVITÀ SURRETTIZIE RIEDITANO DI FATTO IL CONTENUTO DI PROVVEDIMENTI ANNULLATI DAL GIUDICE**

*Il concetto di elusione del giudicato miri a stigmatizzare una vicenda particolarmente “maliziosa sconvieniente”, caratterizzata dall’aspetto defatigante e insidioso, che permette all’amministrazione, in illusorio falso ossequio alla decisione del giudice, di rivedere le proprie determinazioni in senso asseritamente rispettoso, ma fundamentalmente contrario alla statuizione giurisdizionale. Si tratta di un fenomeno che ha attirato l’attenzione del Consiglio di Stato, che lo ha spesso osservato in una pluralità di espressioni, evidenziando come, anche in chiave semantico - lessicale, l’elusione configuri un fenomeno diverso dall’aperta violazione del decisum, venendo ad emersione in quei casi in cui l’amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivvenuti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire l’obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da pervenire surrettizamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo. La giurisprudenza che si registra in materia rileva che il vizio in questione sussiste laddove l’amministrazione, piuttosto che riesercitare la propria potestà discrezionale in conclamato contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo, cerchi di realizzare il medesimo risultato con un’azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l’esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che la giustificano (in questi sensi, CdS, IV, 21.11.2012 n. 5903; id., 1.4.2011, n. 2070). È quindi evidente, agli occhi del giudice, come il fenomeno in sé si caratterizzi dal punto di vista sostanziale, ossia in relazione al risultato raggiunto, che è oggettiva-*

*mente contrario al decisum (in una ottica vicina alle posizioni della Corte europea dei diritti dell’uomo, su cui vedi sentenza 18.11.2004, Zazanis c. Grecia, recentemente richiamata in Consiglio di Stato ad. plen., 15.1.2013 n. 2), più che dal punto di vista formale dell’illegittimità dei singoli atti che sostanziano l’elusione. In effetti, impiegando un concetto che la dottrina amministrativista ha mutuato da quella civilista, si assiste qui a una vera e propria operazione amministrativa, condotta dal soggetto pubblico che, con uno o più atti diversi, consegue un risultato vietato dall’ordinamento, secondo uno schema normativo che ha un suo prototipo disciplinare nella fattispecie regolata dall’art. 1344 c.c.. Il che implica, in primis, una constatazione di tipo ontologico e, conseguentemente, un’immediata influenza sul modus agendi del giudicante. Dal primo punto di vista, la ricostruzione del fenomeno elusivo passa attraverso la complessiva disamina dell’insieme di atti e comportamenti tenuti dall’amministrazione, per cui appare recessiva il criterio discrezionale basato sulla legittimità del singolo provvedimento, dovendosi invece valutare l’insieme degli atti adottati, in relazione al risultato finalmente ottenuto e non potendosi neppure escludere, in via di principio, che il risultato elusivo consegua ad atti singolarmente non viziati. Tale logica appare direttamente derivata dalla previsione normativa data dall’art. 21 septies della l. n. 241 del 1990. Infatti, è in tale “ambiente” che il legislatore, inquadrando il fenomeno dell’elusione e della violazione del giudicato nel tema della nullità, e non dell’annullabilità, del provvedimento amministrativo, ne modifica i connotati essenziali, sottoponendolo ad una diversa disciplina e allontanandolo dal regime decadenziale vigente per impugnativa degli atti meramente illegittimi. Dal secondo punto di vista, quello delle modalità di scrutinio giurisdizionale, proprio perché il regime disciplinare muta a seconda della tipologia di vizio di cui è affetto l’atto, trasmutandosi dalla mera illegittimità alla più grave e tranciante nullità, la prima fase dell’accertamento devoluto al giudice è quello dell’esatta qualificazione della patologia*



*lamentata dalla parte, al fine di poter concretamente applicare il regime conseguente. Proprio perché tale accertamento avviene in una fase di “azzardo” conoscitivo, l'applicazione immediata del meccanismo dell'irreversibilità si dimostra una vera fallacia, atteso*

*che esso applica una norma valevole generalmente per i casi di vizi di illegittimità ad una fattispecie in cui non è ancora accertato quale sia la disciplina invocabile (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 13.6.2013 n. 3264).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI APPALTI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E REALIZZAZIONE DELL'OPERA

dell'Avv. Domenico Tomassetti e dell'Avv. Ilaria De Col

*Le recentissime pronunzie della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato sull'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale interdittivo.*

The latest Court of Justice and the Consiglio di Stato's judgements according to the analysis' order of the main appeal and the debarment effect of the incidental one.

*Sommario: 1. Il Consiglio di Stato. 2. La Corte di Giustizia. 3. Conclusioni: tutela della concorrenza o esecuzione dell'appalto?*

### 1. Il Consiglio di Stato.

E' ormai prassi consolidata, in sede di impugnazione degli atti delle gare ad evidenza pubblica, che al ricorso principale, con il quale il soggetto giuridico che si sente illegittimamente pretermesso impugna l'aggiudicazione della gara, segua il ricorso incidentale dell'aggiudicatario volto, ove possibile, a contestare la legittima partecipazione alla procedura concorsuale del ricorrente. Ciò in quanto, sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, il G.A. (in presenza delle due impugnazioni) deve prioritariamente esaminare quella principale al fine di valutare la sussistenza della legittimazione ad agire del ricorrente principale che, nel caso si ritenga fondata l'impugnazione incidentale, verrebbe meno in quanto la legittimazione al ricorso non si acquisisce con la semplice domanda di partecipazione o con l'ammissione alla gara, ma con l'ammissione legittima, con la conseguenza che il concorrente illegittimamente ammesso perde la legittimazione nel momento in cui viene annullato l'atto infra-procedimentale di ammissione.

Il ricorso incidentale viene così ad avere un effetto interdittivo (o paralizzante) rispetto al ricorso principale, che giustificerebbe il capovolgimento del normale ordine di esame

delle due impugnazioni (cd. *ordo quaestionorum*).

Tali principi sono stati nuovamente sanciti dall'Ad. Plen. del CdS nella decisione n. 4 del 7.4.2011.

Va precisato che la decisione della Ad. Plen. n. 4/11, superando (*rectius* radicalizzando) un suo precedente orientamento (Ad. Plen. n. 11/2008), ha specificamente statuito che "l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed ha portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte".

L'arresto dell'Ad. Plenaria, però, è stato oggetto di numerose critiche, anche da parte degli stessi giudici amministrativi.

La giurisprudenza successiva alla decisione citata<sup>1</sup> ha, sin da subito, evidenziato le cri-

<sup>1</sup> cfr. TAR Lazio n.197/2012, Cass. Sez. Un. n.10294/2012, CdS, Sez. V n. 5104/2013;

ticità sottese al principio enunciato il quale, oltre a contrastare con l'altro principio secondo il quale tutti possono ricorrere in giudizio per ripristinare la legalità, viola anche i principi di parità, non discriminazione e, soprattutto, tutela della concorrenza.

In particolare il TAR Lazio ha ritenuto che la priorità logica del ricorso incidentale non deve precludere, sempre e comunque, l'esame del ricorso principale, potendo sussistere ragioni concrete che impongono al giudice di valutare anche le censure proposte dal ricorrente in via principale *“se questi fa valere un interesse concreto, giuridicamente tutelato, distinto e diverso rispetto a quello finalizzato ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto”*.

Persino lo stesso Consiglio di Stato in s.g., con ordinanza della V Sez. n. 2681 del 26.5.2013, nutrendo i medesimi dubbi ha già deciso di rimettere nuovamente la questione all'attenzione dell'Ad. Plenaria sotto svariati profili.

## 2. La Corte di Giustizia.

Nelle more della nuova decisione dell'Adunanza, la questione dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale interdittivo in materia di appalti pubblici è stata oggetto di vaglio da parte della Corte di Giustizia U.E., la quale - investita dal TAR Piemonte (sez. II, ord. n. 9/2/12) che ha sollevato dubbi in merito alla conformità o meno del diritto vivente, di cui all'Ad.Plen. del CdS n.4/11, ai principi ispiratori della dir. n. 1989/665/CEE, come modificata con la dir. n. 2007/66/CE - con sentenza della Sez. X del 4.7.2013 lo ha ritenuto configgente con una corretta interpretazione della disciplina europea dettata in materia di appalti pubblici.

La Corte di Giustizia ha ritenuto fondate le censure mosse all'impostazione dell'Adunanza Plenaria ed ha affermato che, in un contenzioso in materia di appalti, non è conforme alle direttive succitate una soluzione che dichiari l'inammissibilità tout court del ricorso principale *“in conseguenza dell'esame preliminare di un ricorso incidentale dell'aggiudicatario”* che sollevi tale eccezione. La sentenza, apprezzata da tutta quella parte della dottrina e della giurisprudenza che sin da subito aveva ritenuto che la priorità lo-

gica del ricorso incidentale non potesse condurre, in caso di sua fondatezza, all'automatica inammissibilità di quello principale, da comunque luogo a numerosi dubbi in ordine all'ampiezza applicativa del principio enunciato.

Tutto verte intorno al punto 33 della sentenza della Corte di Giustizia del 4.7.2013 secondo il quale *“il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici”*. Per comprendere i limiti della locuzione *“nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici”*, si deve partire dall'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia che esprime dubbi sulla compatibilità della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria con particolare riferimento *“alla misura in cui essa afferma incondizionatamente la prevalenza del ricorso incidentale su quello principale”*, in tal modo lasciando intendere che potrebbero esistere dei casi nei quali tale principio potrebbe essere applicato.

Nella stesso senso, la sentenza della Corte di Giustizia non afferma che, in assoluto, il principio dell'Adunanza Plenaria n.4/11 non sia conforme alle direttive, ma afferma che, quando ciascuno dei concorrenti mira a far valere un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri sulla base di *“motivi identici”* a quelli del ricorso principale, quest'ultimo non può essere dichiarato inammissibile senza che il Giudice abbia esaminato anche la legittimità della partecipazione alla gara dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto.

Se, infatti, il ricorso incidentale (*ex art.42 c.p.a.*) serve ad introdurre domande nuove e contrapposte, è indubbio che anche rispetto alle stesse debbono valere le regole dettate in tema di condizione dell'azione.

Del resto, la stessa Adunanza Plenaria, quando ritiene che la legittimazione a ricorrere sussiste solo laddove il soggetto abbia partecipato legittimamente alla gara, ribadisce tale principio, salvo poi non applicarlo, conseguentemente ed inspiegabilmente, alla posizione del ricorrente incidentale, nonostante

il suo ricorso venga esaminato “per primo”.

Orbene, persino lo stesso CdS, nell’ordinanza di rimessione della V Sez. n. 2681/2012, ha osservato che tale principio “*rischia di limitare fortemente, fino ad escluderla del tutto, la possibilità di tutela in sede giurisdizionale del c.d. interesse strumentale, ovvero dell’interesse del ricorrente principale ad ottenere, mediante l’estromissione dell’aggiudicatario (in ipotesi anch’egli illegittimamente ammesso) la ripetizione della gara*”. Sempre la citata ordinanza del CdS critica apertamente l’arresto dell’Ad. Plen. n. 4/2011 laddove altera la parità processuale tra le parti, “*attribuendo preferenza alla posizione dell’aggiudicatario il quale, pertanto, anche se ha beneficiato dello stesso errore compiuto dall’amministrazione in sede di ammissione del ricorrente principale, riesce, in tal modo, a conservare l’aggiudicazione a discapito dell’interesse, avente pari dignità sotto il profilo sostanziale, del ricorrente principale ad ottenere la rinnovazione della gara (...). In questo modo l’esito del giudizio (e, in definitiva, della gara) viene a dipendere da un atto dell’amministrazione che - con la prospettiva di risultare insindacabile in sede giurisdizionale - può risultare la conseguenza di determinazioni arbitrarie e indebitamente sollecitate*”.

In tale ottica, tornando all’analisi della sentenza della Corte di Giustizia, ferma la circostanza che ci si trovi nell’ambito di uno stesso procedimento, la valutazione dell’identità dei motivi dei ricorsi, rimessa all’apprezzamento del Giudice della controversia, dovrebbe comportare l’esame nel merito di entrambi i ricorsi nel caso di reciproche censure a carattere paralizzante - ovvero quando il gravame incidentale non abbia carattere paralizzante con riferimento ad alcune delle censure di quello principale - mentre, nel caso di difformità degli stessi, potrebbe continuare a condurre il Giudice a ritenere comunque decisiva la pregiudizialità del ricorso incidentale interdittivo.

### **3. Conclusioni: tutela della concorrenza o esecuzione dell’appalto?**

La questione è stata rimessa, per la seconda volta in pochi mesi, nuovamente

all’Ad. Plen. anche dall’ord. della VI Sez. del CdS 30.7.2013, n. 4023 la quale, facendo esplicito riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia succitata ed alla precedente ord. della stessa Sez. n. 2681/2013, chiede al Supremo Consesso della giustizia amministrativa una pronuncia che dia un orientamento definitivo.

Dovremo, pertanto, attendere la soluzione dell’Ad. Plen., ma nelle more è lecito interrogarsi sulle reali motivazioni sottese ai commentati contrasti giurisdizionali.

Si può facilmente immaginare che il dibattito dell’Ad. Plen., al netto di ogni disquizione di carattere processuale e sistematico, si incentrerà sulla contemperazione di due (solo apparentemente?) contrastanti interessi: prevarrà la tutela della concorrenza o l’esecuzione dell’appalto?

Invero, una corretta interpretazione della sentenza della Corte di Giustizia dovrebbe muovere dalla prospettiva secondo la quale l’interesse, che qualifica la posizione di chi partecipa ad una gara, è che il procedimento della stessa si svolga nel rispetto delle regole della concorrenza e del procedimento, e non si risolva in vantaggio per alcuno ed un danno per altri.

L’interesse di ogni partecipante, in vero, sembra coincidere, nell’ottica della normativa comunitaria, anche quello pubblico: solo attraverso un corretto esercizio dei principi concorsuali si realizza l’obiettivo del contenimento dei costi e della migliore realizzazione dell’appalto.

Come, infatti, aveva già avuto modo di argomentare la Corte di Cassazione, “*la realizzazione dell’opera non rappresenta in ogni caso l’aspirazione dell’ordinamento (v. artt. 121/23 c.p.a.), che in questa materia richiede un’attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato*”<sup>2</sup>.

Non v’è dubbio, allora, che l’interesse al regolare svolgimento della gara sussista massimamente in capo al soggetto che, pur legittimamente escluso dalla stessa, vi abbia preso parte.

Se così è, l’esatto approccio al problema

<sup>2</sup> Cass. Sez. Un. 21.6.2012, n. 10294

dell'ordine di esame dei ricorsi principale/incidentale dovrebbe quindi ridurre a determinati casi il preliminare esame della legittimazione a ricorrere del ricorrente principale nel caso di appello incidentale interdittivo.

Tale interesse dovrebbe essere ritenuto sussistente nel caso di soggetto partecipante alla gara sub specie di interesse alla sua rinnovazione, così che il giudizio instaurato dovrebbe piuttosto mirare all'accertamento dell'avvenuto rispetto delle regole del mercato e della concorrenza che è il precipuo interesse interesse pubblico nella subiecta materia. La legittimità del procedimento di aggiudicazione è, infatti, il fine specifico che ha condotto all'emanazione del Codice dei Contratti pubblici e quello cui deve tendere un'eventuale pronuncia giurisdizionale.

Tali argomentazioni hanno condotto gli stessi giudici amministrativi a censurare l'orientamento dell'Adunanza Plenaria non tanto e non solo per lo squilibrio processuale che determina - sostanzialmente affermando che la collocazione processuale incide sull'intensità della tutela apprestata a ciascuna delle parti in causa - quanto perché ciò potrebbe portare a tutelare il soggetto cui l'appalto è stato affidato per il solo fatto dell'aggiudicazione, prescindendo dalla correttezza e regolarità della stessa che, invece, costituisce l'oggetto principale della domanda di giustizia del ricorrente principale e, sostanzialmente,

dell'ordinamento: *“appare allora preferibile ritenere che l'interesse al legittimo svolgimento della procedura di gara, al rispetto delle regole della concorrenza, sia già di per sé un interesse normativamente qualificato, che si soggettivizza in capo al soggetto che partecipa alla gara, perché è proprio il fatto storico di aver partecipato alla gara che rende la posizione di tale soggetto diversa rispetto a quella di chiunque altro”* (CdS, Sez. VI n. 2681/2013). Sulla base di tali premesse, ritenendo che sia la correttezza del procedimento di aggiudicazione ciò che deve essere garantito in via principale, appare auspicabile un superamento da parte dell'Adunanza Plenaria del precedente arresto n.4/2011, nel senso di ritenere che all'accertamento della fondatezza del ricorso incidentale è necessario, comunque, affiancare l'esame della fondatezza, altresì, del ricorso principale, anch'esso meritevole di disamina nel merito.

In quest'ottica la fondatezza di entrambi i ricorsi, conseguentemente, deve comportare, perlomeno in caso di deduzione di motivi comportanti l'esclusione dalla gara, l'annullamento di tutti gli atti del procedimento concorsuale gravati e, per l'effetto, l'obbligo dell'Amministrazione di indire un'altra gara affinché l'aggiudicazione della stessa possa avvenire in modo legittimo e rispettoso dei principi dettati in materia.

«.....GA.....»

# LA PROVA DELLA COLPA NELLE AZIONI RISARCITORIE DEL DANNO DA ILLEGITTIMO ESERCIZIO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

dell'Avv. Fabio Falco

*La sentenza della sezione I ter del TAR Lazio n. 7040/2013 costituisce applicazione del principio per cui la prova della colpa della P.A., in ipotesi di danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa, non grava sul privato danneggiato, diversamente da quanto previsto dagli artt. 2043 e 2697 c.c..*

In case of damages caused by the illegitimate exercise of the administrative function, the judgment n.7040/2013 of T.A.R. Lazio – section I ter doesn't follow paragraphs 2043 and 2697 of the Civil Code. It applies, indeed, the following principle: the private citizen who has suffered a damage because of the Public Administration doesn't have to prove its negligence.

*Sommario: 1. Premessa. 2. La sentenza della sezione I ter del T.A.R. Lazio n.7040 del 15.7. 2013. 3. La prova della colpa nelle azioni di condanna davanti al G.A. 4. Considerazioni conclusive.*

## **1. Premessa.**

Nel momento in cui, anche in virtù della storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.500/1999, si configura l'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva correlata, al pari del diritto soggettivo, alla pulsione (o conservazione) di un bene della vita giuridicamente rilevante e meritevole di protezione in conformità con l'ordinamento giuridico, è consequenziale riconoscersi la sua risarcibilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., laddove l'esercizio della funzione amministrativa da parte della P.A. abbia prodotto un danno ingiusto nei confronti del privato destinatario del provvedimento (colpevolmente) illegittimo.

La risarcibilità da parte del G.A. dell'interesse legittimo ingiustamente leso da atti amministrativi è stata prontamente riconosciuta dal legislatore a partire dalla legge n. 205/2000 e, ora, è codificata ai sensi del combinato disposto degli artt.7 e 30 c.p.a., con il termine di decadenza (120 giorni dalla conoscenza della lesione se l'azione di condanna è esercitata in via autonoma ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento degli atti illegittimi se l'azione de qua è posticipata rispetto all'ordinaria impugnazione) ivi previsto per farla valere.

La sentenza della Sez. I ter del T.A.R. del Lazio n.7040 del 15.7.2013 è un esempio di applicazione del risarcimento del danno conseguente all'adozione di un atto amministrativo illegittimo, lesivo di interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, da risarcire secondo le regole della responsabilità aquiliana.

La responsabilità aquiliana, *ex art.* 2043 c.c., come noto, presuppone un evento lesivo, il nesso di causalità tra evento lesivo e danno, l'ingiustizia del danno e l'elemento soggettivo del dolo e della colpa da parte dell'agente.

L'onere della prova di tali elementi grava esclusivamente sul danneggiato anche ai sensi dell'art. 2697 c.c..

## **2. La sentenza della sezione I ter del TAR Lazio n. 7040 del 15.7. 2013.**

La sentenza in commento accoglie il ricorso finalizzato al risarcimento del danno presentato dal Sindaco di un comune per l'illegittimo scioglimento del consiglio comunale.

Il ricorrente, nella specie, lamentava la lesione del diritto alla reputazione, al decoro ed all'onore, nonché al diritto alla vita di relazione, con conseguente danno esistenziale, nonché il diritto all'identità personale ed alla

salute psico-fisica, giungendo ad affermare di aver subito danni materiali, nella misura dell'indennità di funzione non percepita a seguito del provvedimento di scioglimento del Consiglio comunale.

Lo scioglimento che ha portato la decadenza dalla carica di sindaco è stato disposto per assunti "collegamenti diretti ed indiretti tra parte dei componenti del civico consesso e la criminalità organizzata, rilevati dai competenti organi investigativi", con "grave pregiudizio allo stato della sicurezza pubblica e (...) svilimento delle istituzioni e (...) perdita di prestigio e credibilità degli organi istituzionali".

Una vera lesione all'immagine pubblica che incrina il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'Amministrazione, un danno evento e non un danno conseguenza per cui non è necessario che si sia verificata una *diminutio patrimonii*, ma è sufficiente la sussistenza di un "fatto" intrinsecamente dannoso poiché configgente con interessi primari protetti in modo immediato dall'ordinamento, soprattutto ove si consideri la finalità *ex se* dello scioglimento per infiltrazioni della criminalità organizzata (Cfr., *ex plurimis*, C.C., Sez. Giurisd. Puglia, 15.5.2013, n.766).

È noto che lo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni della criminalità organizzata (*alias* "infiltrazione mafiose") non ha natura di provvedimento di tipo sanzionatorio, ma preventivo quando emerga oggettivamente, dalla necessaria istruttoria, la presenza di elementi relativi alle collusioni o alle forme di condizionamento da parte dell'organizzazione criminale, che consenta di individuare la sussistenza di un rapporto tra quest'ultima e gli amministratori dell'ente reputato infiltrato.

Nel caso di specie, tuttavia, alla luce delle evidenze processuali di due gradi di giudizio è emerso inequivocabilmente che lo scioglimento è stato disposto in oggettiva "carenza di istruttoria e travisamento dei fatti" da parte dell'amministrazione, con conseguente annullamento del relativo provvedimento perché illegittimo.

Partendo da tale presupposto (scioglimento del Consiglio Comunale illegittimo) è risultato evidente il nesso di causalità tra l'evento

lesivo ed il danno per il ricorrente, che era il vertice dell'apparato amministrativo caducato e poi commissariato dal Governo.

Il TAR, dunque, con ragionamento logico ha ritenuto esistente il nesso tra evento e danno, provocando lo scioglimento, per le gravi motivazioni suddette, un evidente pregiudizio al ricorrente, soggetto politico.

Ritenuto certo il danno nell'*an*, il TAR lo ha liquidato con criteri equitativi, quantificandolo come pari alla somma spettante a titolo di emolumenti per il periodo che va dallo scioglimento del Consiglio comunale sino all'esaurimento naturale del mandato di Sindaco per la consiliatura, nonché a titolo di indennità di fine mandato per il medesimo periodo di riferimento. Inoltre, la sentenza dispone il risarcimento dei danni materiali subiti, per effetto della mancata riscossione dei compensi spettanti per l'espletamento del mandato di Sindaco, comprensivi anche dell'indennità di fine mandato, per tutto il periodo suindicato (tuttavia, stante il mancato concreto svolgimento dell'incarico, quest'ultimo importo è stato abbattuto della metà).

È di particolare interesse il motivo per il quale il danno è stato ritenuto ingiusto e, cioè, analizzare le ragioni che hanno indotto il T.A.R. a ritenere l'azione amministrativa, nella specie, caratterizzata dalla colpa, che costituisce elemento essenziale anche per il risarcimento del danno conseguente all'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi.

### 3. La prova della colpa nelle azioni di condanna davanti al G.A.

È noto che l'illegittimità dell'atto amministrativo non determina *ipso facto* la colpa dell'amministrazione adottante, pur costituendo, tuttavia, un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile (Cfr., *ex plurimis*, CdS, V, 23.5.2011, n.3070).

È stato affermato che non occorre nemmeno un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'amministrazione potendosi limitarsi per l'appunto ad allegare l'illegittimità dell'atto (Cfr. CdS, V, 19.11.2012, n.5846).

Se ciò è vero, e cioè che il privato danneggiato da un atto amministrativo illegittimo possa essere esonerato dalla prova della colpa della P.A., su cui grava l'onere della prova contraria *sub specie* della sussistenza di un errore scusabile ovvero di un comportamento conforme all'ordinamento non materialmente esigibile, è vero pure, allora, che rispetto alle azioni risarcitorie *ex art.* 2043 c.c. dinanzi all'A.G.O. sembra assistersi ad un ribaltamento del riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., posto che tradizionalmente in tale sede si ritiene sia il danneggiato che deve allegare e provare la colpa nella condotta del danneggiante.

Al riguardo si può obiettare che, anche nelle azioni risarcitorie dinanzi al Giudice ordinario, in caso di condotte poste in essere in violazione di legge, regolamenti, ordini e discipline (c.d. colpa normativa), la colpa del danneggiante si presume fino a prova contraria e, dunque, nessuna distinzione vi sarebbe con l'azione di condanna *ex artt.* 7 e 30 c.p.a..

Tuttavia la sentenza in commento - e qui sembra risiedere il dato più interessante al di là della oggettiva rilevanza del caso deciso - afferma tale presunzione di colpa non già in una ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo per violazione di legge, ma piuttosto per eccesso di potere *sub specie* di carenza di istruttoria e travisamento di fatti e dunque sembra effettivamente sostenere un riparto dell'onere della prova sulla colpa non del tutto in linea con la tradizionale lettura degli artt. 2043 e 2697 c.c..

#### 4. Considerazioni conclusive.

Quanto detto porta ad ipotizzare, in conclusione, che nella ipotesi di danno derivante da un provvedimento amministrativo giudica-

to illegittimo dal G.A. si assiste ad un riparto dell'onere della prova analogo a quello tipico della responsabilità contrattuale e non di quella aquiliana, dovendo il privato danneggiato solo allegare il pregiudizio subito mentre incombe sulla P.A. l'onere di dare prova che il danno non era evitabile, ma dovuto ad errore scusabile ovvero a causa alla stessa non imputabile.

Tale circostanza porta a ritenere che, vertendosi, in caso di esercizio della funzione amministrativa mediante l'adozione un provvedimento autoritativo, in una tipica vicenda di esercizio del *munus publicum*, possa soccorrere - per giustificare tale particolare riparto dell'onere della prova circa l'esistenza della colpa (gravante sul danneggiante in termini di esonero della stessa e non sul danneggiato) - la teoria del c.d. contatto sociale qualificato secondo cui, come noto, per il particolare affidamento che il privato nutre nella condotta della P.A. che dovrebbe essere sempre conforme a legge nei rapporti con i cittadini, il risarcimento del danno vede applicate le regole proprie della responsabilità contrattuale, anche quando sono lesi interessi legittimi ed a prescindere dalla stipula di un contratto tra le parti (Cfr., *ex plurimis*, TAR Veneto, Ve, I, 19.1.2009, n.87).

Al riguardo va detto, però, che la teoria dottrinale del c.d. contatto sociale qualificato, pur essendo stata talvolta accolta in numerose pronunzie anche del G.A., non ha ancora trovato definitivo ingresso nel nostro ordinamento (Cfr. CdS, IV, 27.11.2010, n. 8291) e, dunque, non sembra essere idonea a risolvere in via definitiva la questione del riparto dell'onere di prova in caso di caso di responsabilità aquiliana e lesione di interessi legittimi.

«.....GA.....»

# LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE NON È ESCLUSA DALLA NATURA CAUTELARE DEL GIUDIZIO

dell'Avv. Salvatore Russo

*La scomposizione bifasica del giudizio cautelare non esaurisce la potestas iudicandi del giudice che ben può sollevare, anche in questa fase, dubbi sulla legittimità della norma che è chiamato ad applicare.*

The biphasic feature of the preliminary injunction does not exhaust the “*potestas iudicandi*”, who can properly raise doubts about the legitimacy of the law requested to be enforced.

*Sommario: 1.Premessa. 2. Considerazioni conclusive.*

## 1.Premessa.

La recente sentenza della Corte cost. n. 83/2013 risulta alquanto significativa per aver fatto chiarezza su una particolare questione processuale. La decisione in commento esplicita in modo inequivocabile la possibilità, per un giudice chiamato a pronunciarsi sulla corretta applicazione di una norma, di sollevare questioni di legittimità costituzionale della disposizione controversa sin dalla fase cautelare. In particolare, il giudice potrebbe compiere una scomposizione bifasica del procedimento così da concedere un provvedimento cautelare di carattere meramente provvisorio - che non esaurisce, quindi, la sua *potestas iudicandi* - e contestualmente rinviare all'esito del giudizio di legittimità costituzionale la definitiva pronuncia cautelare. Tale determinazione appare pienamente in linea con l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in ordine all'analogia questione dei rapporti tra giudizio cautelare e questione pregiudiziale.

La peculiarità della pronuncia, che ha individuato la scomposizione bifasica del procedimento cautelare quale appropriata “*tecnica processuale*”, prende l'abbrivo dai ricorsi presentati presso il Tribunale Amministrativo da taluni docenti universitari. I professori, volendo proseguire l'attività di docenza, nonostante avessero raggiunto il limite di età previsto per il collocamento a riposo, presentavano alle rispettive Università di appartenen-

za istanza di trattenimento in servizio ai sensi dell'art. 16, d. l. 30.12.1992, n. 503. I Rettori delle Università interessate respingevano, con appositi provvedimenti, le singole istanze fondando le rispettive delibere sulla regolamentazione intervenuta con la l. 30.12.2010, n. 240 che, all'art. 25, prevedeva espressamente l'impossibilità per i professori e i ricercatori universitari di avvalersi della facoltà di permanere in servizio oltre il limite anagrafico previsto dalla normativa. Per completezza espositiva è il caso di ricordare che l'art. 25, l. 240/2010 (sotto la rubrica «*Collocamento a riposo dei professori e dei ricercatori*») dispone che «*L'art. 16 del d.lgs. 30.12.1992, n. 503, non si applica a professori e ricercatori universitari. I provvedimenti adottati dalle università ai sensi della predetta norma decadono alla data di entrata in vigore della presente legge, ad eccezione di quelli che hanno già iniziato a produrre i loro effetti*». A sua volta, il citato art. 16 del d. l. 30.12.1992, n. 503 (*Norme per il riordino del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'articolo 3 della l. 23.10.1992, n. 421*) e successive modifiche ed integrazioni, stabilisce nel co. 1 che «*È in facoltà dei dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della l. 23.10.1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a ripo-*

so per essi previsti. (...)».

Orbene, con i menzionati ricorsi individuali – di cui tredici presso il TAR Lazio e due presso il TAR Molise - i docenti impugnavano i provvedimenti rettorali chiedendo in via cautelare di poter anch'essi avvalersi della facoltà riconosciuta dall'art. 16, d. l. 30.12.1992, n. 503.

Il TAR del Lazio, per quanto di sua competenza, rigettava le istanze cautelari e i docenti interessati proponevano distinti ricorsi in Consiglio di Stato; il TAR Molise, per contro, accoglieva le relative istanze cautelari e contestualmente sollevava dubbi di legittimità costituzionale sull'art. 25, l. 240/2010 per contrasto con gli artt. 3, 33 e 97 cost..

Il CdS, nel soppesare il requisito del *periculum in mora*, considerava che il tempo necessario per la decisione del ricorso nel merito avrebbe potuto arrecare al singolo ricorrente un pregiudizio grave e irreparabile, soprattutto in considerazione del fatto che sarebbe potuto scadere il biennio in relazione al quale era stata presentata la richiesta di trattenimento in servizio.

Pertanto - pronunciandosi sulle ordinanze di rigetto del TAR Lazio - in sede cautelare il CdS disponeva la sospensione del giudizio per la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e contestualmente concedeva ai singoli ricorrenti una misura “cautelare interinale”, fino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte. Nelle more del giudizio, con tale provvedimento cautelare, si ordinava all'amministrazione «di ripronunciarsi sull'istanza di trattenimento in servizio presentata dal ricorrente, alla luce del quadro normativo esistente anteriormente all'entrata in vigore del citato art. 25 della l. n. 240 del 2010 e, in particolare, dei criteri fissati dall'art. 72, co. 7, d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito dalla l. 6.8.2008, n. 133)».

La difesa dello Stato, intervenendo in ciascuno dei giudizi dinnanzi alla Corte Costituzionale, eccepiva il difetto assoluto di rilevanza chiedendo che la questione di legittimità fosse dichiarata inammissibile. Al riguardo l'Avvocatura deduceva che la giurisprudenza della Corte Costituzionale risultava costante nel ritenere inammissibili, proprio per difetto

di rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale qualora fossero state sollevate dopo l'adozione del provvedimento cautelare. La difesa erariale, infatti, argomentava che «nell'ipotesi in cui il giudice remittente adotti il provvedimento cautelare oggetto dell'istanza, la questione di legittimità deve essere dichiarata inammissibile giacché una volta soddisfatto il *petitum cautelare dell'istante* vengono meno le ragioni della rilevanza dell'espunzione della norma di dubbia legittimità costituzionale ai fini del giudizio a quo».

Richiamando le sentenze n. 451 del 1993 e n. 186 del 1976, la difesa dello Stato ribadiva che la questione non poteva trovare ingresso, «atteso che, data la concessione del provvedimento d'urgenza, la remissione alla Corte è tardiva in relazione al giudizio cautelare e prematura in relazione al giudizio di merito, in ordine al quale il collegio, in mancanza della fissazione della relativa udienza di discussione, è privo di potere decisorio».

## 2. Considerazioni conclusive.

Con la sentenza in esame, la C. cost. - nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, l. n. 240/2010 in quanto «disciplina sbilanciata e irrazionale, che si pone in deciso contrasto con gli artt. 3 e 97 cost.» - dirimeva la discussa questione processuale, dichiarando l'eccezione della difesa erariale infondata.

La Corte, infatti, chiosava in tal senso: «Questa Corte ha più volte chiarito che la potestas iudicandi del giudice a quo non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare sia fondata, quanto al *fumus boni iuris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi, in tal caso, ritenere di carattere provvisorio e temporaneo la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale (*ex plurimis*: sentenze n. 236 del 2010, n. 351 e n. 161 del 2008; ordinanza n. 25 del 2006)». Nel caso di specie la Corte rilevava come il Consiglio di Stato avesse concesso una misura cautelare “interinale” o *ad tempus*, dal palese carattere provvisorio, «efficace sino alla

*ripresa del procedimento dopo l'incidente di legittimità costituzionale, sicché il giudice a quo non ha esaurito la propria potestas iudicandi, onde ben può sollevare, in questa fase, le questioni di legittimità costituzionale della disposizione che è chiamato ad applicare».*

Quanto alle due ordinanze del TAR Molise, la Corte chiariva che *«come risulta da tali provvedimenti, il giudice a quo, dopo aver concesso le misure cautelari richieste dalle parti ricorrenti, ha trattato le questioni in pubblica udienza ed all'esito ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale del citato art. 25, sicché per esse non si pone un problema di esaurimento della potestas iudicandi».* Come esplicitato in sentenza, per evitare che la legge sospettata di illegittimità costituzionale possa precludere completamente la possibilità di ottenere tutela cautelare, con palese violazione di fondamentali principi costituzionali (artt. 24 e 113 cost.) e sopranazionali (artt. 6 e 13 CEDU), la giurisprudenza ha enucleato, dunque, due soluzioni.

La prima di esse è quella di concedere la sospensiva, disapplicando la legge e rinviando al giudizio di merito la rimessione della relativa questione di legittimità costituzionale; la seconda è proprio quella ora ripresa, con la sentenza n. 83/2013, dalla Corte Costituzionale e che consiste nell'attuare la ricordata scomposizione bifasica del giudizio cautelare, cosicché *«nella prima fase si accoglie la domanda cautelare "a termine", fino alla decisione della questione di legittimità costituzionale contestualmente sollevata; nella seconda, all'esito del giudizio di legittimità costituzionale, si decide "definitivamente", tenendo conto, per valutare la sussistenza del fumus boni iuris sulla domanda cautelare, della decisione della Corte costituzionale».*

Tale secondo assetto, che meno si discosta dal vigente sistema di giustizia costituzionale, appare *ictu oculi* più razionale sotto svariati profili permettendo, oltretutto, in tempi più rapidi la rimessione di una norma al vaglio della Corte Costituzionale.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.9.2013, n. 4439  
**La domanda di risarcimento del danno - illegittimo provvedimento - P.A. - sede giurisdizionale - difetto di motivazione - accolta - amministrazione - spazi di discrezionalità - sede di esercizio del potere.**

*Un'ormai del tutto consolidata giurisprudenza afferma che ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica Amministrazione non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa. Si deve quindi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato (così, ad es., e tra le più recenti, CdS, VI, 26.3.2013 n. 1669). Detto altrimenti, l'ingiustizia del danno non può considerarsi in re ipsa nella sola illegittimità dell'esercizio della funzione amministrativa o pubblica in generale, dovendo in realtà il giudice procedere a verificare e giudicare: che sussista un evento dannoso; che il danno sia qualificabile come ingiusto in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; che l'evento dannoso sia riferibile, sotto il profilo causale, ad una condotta della pubblica amministrazione; che l'evento dannoso sia imputabile a responsabilità della pubblica amministrazione anche sotto il profilo soggettivo del dolo o della colpa; e che la responsabilità possa e debba*

*essere negata quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto (cfr. al riguardo, ex plurimis e tra le più recenti, CdS, V, 17.2.2013 n. 798). Giova inoltre rilevare che nel solo settore dei contratti pubblici la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sancito con sentenza 30.9.2010, causa C-314/09, il principio della sovrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità, affermando pertanto - in deroga alla regola dell'autonomia processuale degli Stati membri, resa necessaria dall'esigenza dell'effettività dei principi della libera concorrenza e dell'apertura dei mercati - che ai fini della configurabilità della responsabilità della stazione appaltante non rileva l'elemento soggettivo della colpevolezza. Tale orientamento è stato recepito dal Consiglio di Stato, peraltro limitandolo espressamente al settore dei contratti pubblici anzidetto (cfr. al riguardo, ad es., CdS, V, 27.3.2013 n. 1833 e 8 novembre 2012 n. 5686): e ciò in quanto la ragione giustificativa della deroga, proprio in quanto strettamente connessa al settore dei contratti pubblici, impedisce che l'orientamento della Corte di Giustizia sia suscettibile di generalizzazione mediante applicazione anche in altri ambiti del diritto pubblico. In sede di risarcimento del danno derivante da procedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può comunque limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, perché resta a carico dell'amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile derivante da contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma o dalla complessità dei fatti, ovvero ancora dal comportamento delle parti del procedimento. Al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non è*

dunque richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione, potendo egli limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto e dovendosi fare applicazione, al fine della prova dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c.; e a questo punto spetta all'amministrazione dimostrare, se del caso, di essere incorsa in un errore scusabile (così, ad es., CdS, V, 27.3.2013 n. 1773). Aggiunge infine il Consiglio di Stato che la domanda di risarcimento del danno causato da un illegittimo provvedimento, annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione, non può essere accolta ove persistano in capo all'Amministrazione significativi spazi di discrezionalità in sede di riesercizio del potere (così, ad es., CdS, VI, 30.6.2011 n. 3887 e 8.2.2011 n. 854, nonché Sez. IV, 15.1.2009 n. 148 e 30.6.2006 n. 4234); e, in tale particolare contesto il privato ha titolo al risarcimento ove, sussistendo gli altri requisiti dell'illecito, riesca a dimostrare, in questo caso proprio lui, che la propria aspirazione al provvedimento era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole (così CdS, IV, 26.4.2006 n. 2288).

Consiglio di Stato, Sez. III, 11.7.2013, n. 3739  
**Trasferimento - incompatibilità ambientale - agente di pubblica sicurezza - personale d'ufficio - indiscriminato trasferimento.**

Per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 19.3.2009, n. 1675), ai fini dell'adozione di un provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale di un agente di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 55, co. 4, del d.P.R. 24.4.1982 n. 335, è sufficiente che dal provvedimento emergano adeguati elementi che, oltre ad incidere negativamente sullo stesso disimpegno efficiente dei compiti di istituto, siano tali da offuscare la figura dell'agente al punto da nuocere, mercé la sua persona, al prestigio dell'amministrazione. Il trasferimento ai sensi dell'art. 55, co. 4, d.P.R. 24.4.1982, n. 335, senza assumere carattere sanzionatorio, consegue d'altronde a una valutazione ampiamente discrezionale dei fatti che possono scongiurare la permanenza dell'agente di

pubblica sicurezza in una determinata sede. "Il trasferimento per incompatibilità di un agente di P.S. - è stato già sottolineato da questo Consiglio - non postula necessariamente un diretto rapporto di imputabilità di specifici fatti e comportamenti addebitabili al medesimo, essendo sufficiente a tal fine l'oggettiva sussistenza di una situazione lesiva del prestigio dell'Amministrazione che sia, da un lato, riferibile alla presenza in loco del dipendente in questione e, dall'altro, suscettibile di rimozione attraverso l'assegnazione del medesimo ad altra sede; principio questo che assume particolare consistenza quando venga riferito, come nella specie, al trasferimento di un dipendente della Polizia di Stato, ipotesi questa in cui si configurano in capo all'Amministrazione più ampi e penetranti poteri discrezionali in funzione di tutela di particolari e preminenti interessi pubblici volti ad assicurare la convivenza civile" (CdS, VI, 29.1.2010, n. 388). L'adozione dell'atto di trasferimento, infatti, non presuppone né una valutazione comparativa dell'amministrazione in ordine alle esigenze organizzative dei propri uffici, potendo essere disposto anche in soprannumero, né l'espressa menzione dei criteri in base ai quali vengono determinati i limiti geografici dell'incompatibilità ai fini dell'individuazione della sede più opportuna, né può essere condizionato alle condizioni personali e familiari del dipendente, le quali recedono di fronte all'interesse pubblico alla tutela del buon funzionamento degli uffici e del prestigio dell'amministrazione (v., tra le tante, CdS, VI, 21.3.2006, n. 1504; CdS, VI, 6.4.2010, n. 1913). L'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione in questa materia deve essere assistita da un preventivo e rigoroso accertamento dei fatti, nocivi al prestigio della stessa, che siano riconducibili, sul piano eziologico, alla presenza del dipendente in loco, poiché diversamente si configurerebbe come l'esercizio di un insindacabile arbitrio. Per valutare la legittimità del provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale, previsto dall'art. 55, co. 4, d.P.R. 24.4.1982 n. 335, è dunque richiesto che lo stesso sia stato adottato in base ad elementi logici e chiari che, senza essere tali da comportare un provve-

*dimento disciplinare, siano però adeguati a rendere la figura del pubblico dipendente, ed in particolare di un agente della polizia di Stato, offuscata da ombre idonee a nuocere attraverso la sua persona al prestigio dell'amministrazione e alla funzionalità dell'esercizio stesso delle funzioni di istituto (v., ex plurimis, CdS, IV, 6.3.1990, n. 155) ....La radicalità del provvedimento, assunto senza previamente acclarare le ragioni di tale conflitto, ne palesa la sostanziale afflittività nei confronti di un dipendente in relazione al quale non sono emerse, né comunque sono state debitamente accertate e/o evidenziate dall'amministrazione, quelle "ombre" capaci di offuscarne la figura al punto da nuocere, mercé la sua persona, al prestigio dell'amministrazione. L'esistenza di liti o "scaramucce" tra il personale dell'ufficio, per quanto frequenti o incretose, non può essere posta a fondamento dell'indiscriminato trasferimento di tutto il personale interessato, senza la rigorosa valutazione delle condotte dei singoli che, pur non dovendo denotare una illiceità disciplinare, devono tuttavia pur sempre assumere, sul piano obiettivo, una rilevanza causale di gravità tale da "offuscare" la figura del dipendente e, per questa via, il prestigio dell'amministrazione nella sede di servizio, sì da rendere opportuno l'allontanamento del dipendente da questa. In assenza di una idonea motivazione circa la sussistenza di una accertata situazione di incompatibilità ambientale, nei sensi sopra delineati, il provvedimento impugnato in prime cure e' stato dichiarato dal Consiglio di Stato illegittimo.*

Consiglio di Stato, Sez. III, 10.7.2013, n. 3710  
**Diniego di permesso di soggiorno - imprecisione - erroneità richiamo normativo - legittimità sostanziale - provvedimento - idonea - sistemazione alloggiativa.**

*Una cittadina nigeriana, già titolare di permesso di soggiorno per lavoro domestico scaduto, ne chiedeva il rinnovo per motivi di lavoro autonomo, ai sensi dell'art. 26 del d. lgs. 286/98, ma il Questore della Provincia di Varese rigettò tale richiesta, in quanto rilevava che la medesima, pur essendo anagraficamente residente presso il Comune di Cislago (VA), non vi era effettivamente domiciliata. Avverso*

*tale provvedimento proponeva ricorso avanti al TAR Lombardia l'interessata, lamentando la violazione di legge, per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione, e la violazione e la falsa applicazione dell'art. 4 della l. 241/90 per la mancata indicazione del responsabile del procedimento. Il TAR Lombardia accoglieva il ricorso, annullando il provvedimento ritenendo che l'incertezza sulla dimora effettiva dell'interessato non esimeva la Questura investita della domanda di rinnovo dal dovere di esaminarla verificando la sussistenza o meno dei requisiti necessari per ottenere il titolo, salvo devolverne l'esame alla diversa Questura indicata come competente in base alle risultanze degli accertamenti sulla dimora effettiva. Il Consiglio con la sentenza in esame ha rilevato che in riferimento all'analogo fattispecie del permesso rilasciato ai sensi degli artt. 4, 5, co. 5, e 13, co. 2, del d. lgs. 286/98, si è già avuto modo di chiarire che la certezza della situazione abitativa costituisce un presupposto indispensabile per ottenere il permesso di soggiorno, che non può essere rilasciato in situazioni di forte precarietà alloggiativa, connesse a sostanziale irreperibilità della straniera interessata, "anche sulla base di dichiarazioni rese da soggetti dalla stessa indicati come ospitanti" (CdS, VI, 19.8.2008, n. 3961), come è del resto avvenuto anche nel caso di specie. In conclusione il provvedimento, adottato dalla Questura, va esente da censura, poiché esso ha correttamente ritenuto che l'istante non avesse titolo ad ottenere il richiesto permesso, in mancanza della idonea sistemazione alloggiativa prevista dall'art. 26, co. 3, del d. lgs. 286/98. Né alla correttezza di tale decisione osta il rilievo che il provvedimento impugnato abbia inteso far improprio riferimento agli artt. 4 e 5 della l. 189/2002, come invece ha ritenuto il primo giudice, poiché l'imprecisione o anche l'erroneità del richiamo normativo non inficia la sostanziale legittimità del provvedimento alla stregua del più volte richiamato parametro normativo dell'art. 26, co. 3, del d. lgs. 286/98.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.7.2013, n. 3674  
**Processo amministrativo - differente composizione del collegio - cautelare -**

**merito - causa di nullità - illegittimità.**

*Nel giudizio in esame si lamenta che illegittimamente vi sarebbe stato un mutamento del collegio tra la fase cautelare e la fase di discussione del merito. In particolare l'appellante sostiene che se è vero che sensi dell'art. 184 c.p.c. non è ammessa la sostituzione del giudice istruttore, sarebbe anche vero che il collegio originario nel suo plenum avrebbe dovuto conoscere integralmente la causa. Il Consiglio di Stato ha ritenuto assunto privo pregio. In assenza di una specifica disposizione nell'ambito dell'art. 9 dell'all. 2 del c.p.a., che ponga espresse preclusioni in tal senso, la differente composizione del collegio in sede cautelare ed in sede di merito non integra alcuna causa di nullità o comunque alcuna illegittimità della decisione. Nel giudizio amministrativo, il mutamento della composizione del collegio giudicante rispetto alla fase cautelare è una circostanza di per sé neutra, che non costituisce*

*causa di compromissione della decisione del merito.*

*Non vi sono elementi di diritto per ritenere che la cristallizzazione dei collegi, nell'ambito dello stesso ufficio, costituisca, di per sé sola, una garanzia assoluta dell'imparzialità o anche solo di migliore di funzionalità dell'organo giudicante, perché, al contrario, l'intervento nelle successive fasi processuali di magistrati diversi può anche garantire un rinnovato, e maggiore, approfondimento dei motivi di gravame oggetto del contendere. La scelta del legislatore del Codice appare del resto perfettamente coerente non solo ad un archetipo di processo tipicamente connotato dall'istanza e dall'impulso di parte ed anche dalla natura tipicamente "di diritto" delle questioni trattate; ma anche a non secondarie esigenze di natura organizzativa connesse con la naturale rotazione, anche solo feriale, dei magistrati tra le diverse Sezioni e tra i Tribunali.*

«.....GA:.....»

## PARERI



Avvocatura dello Stato

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

### DOMANDA

*Spese di giustizia: oneri del contributo unificato anche in caso di “soccumbenza virtuale” (Parere prot. 112607 del 12.3.2013, AL 21332/11, Avv. Carmela Pluchino).*

### RISPOSTA

*In riscontro alla nota del 28.11.2012, trasmessa a mezzo fax in data 3.1.2013, con cui codesta Amministrazione ha richiesto parere in merito al rimborso del contributo unificato pagato dal ricorrente, si osserva quanto segue. Il ricorso proposto dalla società è stato dichiarato improcedibile, con sentenza TAR Lazio n. 5913/12, per sopravvenuto difetto di interesse, in dipendenza dell'avvenuto annullamento da parte di codesto Ministero del provvedimento interdittivo 16.3.2011; con compensazione delle spese di lite.*

*Controparte ha chiesto la rifusione del contributo unificato corrisposto per il ricorso e per i “motivi aggiunti”, ai sensi dell'art. 13, co. 6 bis, del d.P.R. n. 115/2002, a mente del quale “...L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombente si determina con il passaggio in giudicato della sentenza. Ai fini del presente comma, per ricorsi si intendono quello principale, quello incidentale e i motivi aggiunti che introducono domande nuove”. Il Consiglio di Stato (III, sentenza n. 4596 del 2.8.2011) ha chiarito che “L'art. 13, co. 6 bis, del d.P.R. 30.5.2002, n. 115 dispone che*

*“l'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi (contributo unificato) è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio”. In altre parole, la parte soccombente è tenuta in ogni caso a rimborsare a quella vittoriosa il contributo unificato da essa versato; ed è chiaro dal contesto della norma che si tratta di una obbligazione ex lege sottratta alla potestà del giudice di disporre la compensazione ovvero di liquidarne autonomamente l'ammontare (poiché quest'ultimo non può che corrispondere all'importo versato). Nondimeno, si può ammettere che, qualora il giudice condanni alle spese la parte soccombente liquidando a tal fine un importo genericamente onnicomprensivo senza nulla precisare riguardo alla sua compensazione ed ai criteri di liquidazione, sia dubbio se quell'importo includa o meno il rimborso del contributo unificato comunque dovuto”, aggiungendo che “L'inderogabilità e specialità dell'art. 13, co. 6 bis, tolgono rilievo alla collocazione della disciplina del contributo unificato, contenente la norma in parola, nel titolo primo della parte II del Testo unico rubricata “voci di spesa”, nel senso che ai fini dell'imposizione dell'onere del rimborso a carico della parte soccombente separano nettamente il regime delle spese relative al pagamento del contributo stesso da quello riguardante tutte le altre “spese di giustizia”, quali ad esempio quelle di notificazione, riaccompse nel concetto delle generiche spese legali sostenute dalla parte...”.*

Come evidenziato nella Circolare del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa del 18.10.2011, contenente “Istruzioni sull’applicazione della disciplina in materia di contributo unificato nel processo amministrativo”, l’art. 13, co. 6 bis, del T.U. n. 115 del 2002 disciplina, con il carattere dell’esclusività, l’imposizione del contributo unificato nell’ambito del processo amministrativo. Al lume delle considerazioni che precedono si ritiene fondata la domanda di rimborso da parte della ricorrente, pur in presenza della disposta compensazione delle spese. Ed invero, nel caso di specie appare configurabile una ipotesi di “soccombenza virtuale”, avendo l’amministrazione - a seguito del ricorso e delle relative verifiche - riconosciuto, con l’annullamento in autotutela del provvedimento interdittivo impugnato, l’errore in cui era incorsa nella valutazione del requisito temporale previsto per l’adozione del suddetto provvedimento.

D’altra parte, la Corte di Cassazione (cfr. sentenza n. 19456 del 15.7.2008) ha chiarito che “La soccombenza, costituendo un’applicazione del principio di causalità, per il quale non è esente da onere delle spese la parte che, col suo comportamento antigiuridico (per la trasgressione delle norme di diritto sostanziale) abbia provocato la necessità del processo, prescinde dalle ragioni - di merito o processuali - che l’abbiano determinata e dal fatto che il rigetto della domanda della parte dichiarata soccombente sia dipeso dall’aver il giudice esercitato i suoi poteri ufficiali”. Pertanto, si ritiene che gravi su codesto Ministero l’onere relativo al pagamento del contributo in questione, in quanto parte soccombente, in conformità al disposto dell’art. 13 co. 6 bis succitato. Infine, prima di procedere al relativo rimborso, si invita ad acquisire la documentazione attestante l’avvenuto versamento degli importi pretesi da controparte (non essendo sufficiente la fattura allegata), osservandosi che in calce ai “motivi aggiunti al ricorso” lo stesso ricorrente ha dichiarato quanto segue: “Non viene corrisposto il contributo unificato in quanto non trattasi di domanda nuova, ai sensi dell’art. 13, co. 6 bis, d.P.R. n. 115/2002 e ss.mm.ii.”. Pertanto, sembrerebbe dovuto soltanto l’importo versato a titolo di contri-

buto per il ricorso introduttivo del giudizio. Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità in data 8.3.2013.

«..... GA.....»

#### **DOMANDA**

Spese di giustizia: oneri del contributo unificato in caso di soccombenza reciproca (Parere prot. 203993 del 10.5.2013, AL 36520/12, Avv. Agnese Soldani).

#### **RISPOSTA**

Con nota prot. n. 123-UTGC-3-2011/115-239 del 20.9.2012 che si invia per opportuna conoscenza anche all’Avvocatura Distrettuale in indirizzo - codesta Amministrazione ha chiesto parere alla Scrivente Avvocatura in ordine alla richiesta, avanzata dal difensore dei Sig.ri (...), di integrale rimborso del contributo unificato pagato in relazione a due ricorsi al TAR Salerno proposti nell’interesse dei suoi assistiti, parzialmente accolti con le sentenze Nn. 276 e 277/2012, depositate il 18.2.2012 e notificate l’8.3.2012: dette sentenze, passate in giudicato, hanno accolto uno dei quattro pro-posti motivi d’impugnazione e respinto perché infondati gli altri tre, per l’effetto annullando “in parte qua” il provvedimento impugnato e compensando le spese di lite. L’esame del quesito proposto impone la soluzione di una problematica di carattere generale, consistente nello stabilire quale sia il soggetto obbligato a sostenere, all’esito del giudizio amministrativo, i “costi” del pagamento del contributo unificato anticipato dal ricorrente. È noto che l’art. 21 d.l. 223/2006 ha introdotto l’onere del pagamento del contributo unificato anche nel processo amministrativo modificando l’art. 13 del d.P.R. 115/2002. La legge di conversione del predetto d.l. (l. 4.8.2006 n. 248) ha aggiunto una disposizione - attualmente trasfusa, per effetto di successive modifiche, nell’art. 13 co. 6 bis 1, ultima parte - la quale prevede: «L’onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il

passaggio in giudicato della sentenza». La norma riguarda evidentemente l'ipotesi della soccombenza totale, stabilendo il principio che il contributo unificato resta a carico della parte soccombente anche quando il giudice abbia ritenuto (nonostante la soccombenza) di compensare le spese processuali. Il Testo Unico delle spese di giustizia nulla invece dispone per il caso di soccombenza parziale o reciproca. Se tuttavia il principio di fondo evincibile dal testo Unico è nel senso che nel processo amministrativo il contributo unificato è a carico della parte soccombente, sembra ragionevole affermare che da tale principio derivi il corollario che il contributo unificato sia posto a carico della o delle parti soccombenti nei limiti della loro soccombenza. Sicché, ove il Giudice, a fronte di una situazione di soccombenza reciproca, abbia compensato le spese, così implicitamente "quantificando" la soccombenza reciproca nei limiti del 50% per ciascuna delle due parti, nella stessa proporzione deve essere posto il contributo unificato a carico di ciascuna di esse. In altri termini, la regola dello "sganciamento" dell'onere del pagamento del contributo unificato rispetto alla statuizione giudiziale sulle spese vale solo in caso di soccombenza totale (in tale ipotesi, anche se il giudice decide di compensare le spese, il contributo unificato sarà però comunque dovuto per intero dalla parte soccombente), mentre per la soccombenza reciproca il contributo va posto a carico di entrambe le parti (in quanto entrambe soccombenti), nei limiti della soccombenza, e dunque utilizzando la stessa proporzione individuata dal giudice per porre a carico delle parti le spese di lite. Sulla sola questione di massima, propedeutica alla soluzione del caso concreto oggetto del quesito (al quale si fornirà risposta con separato parere), è stato sentito il Comitato Consultivo.

«..... GA.....»

#### **DOMANDA**

*Rimborso spese legali ex art. 32 l. n. 152/1975: procedimenti conclusi con sentenza di prescrizione (Parere prot. 209694 del 14.5.2013, AL 35242/12, Avv. Massimo Santoro).*

#### **RISPOSTA**

##### **1. Il quesito.**

Con la nota emarginata, codesta amministrazione - avendo riscontrato un contrasto tra posizioni espresse da varie sedi dell'Avvocatura dello Stato chiede l'avviso della Scrivente sull'applicazione della norma di cui all'art. 32 della l. n. 152 del 1975 ad ipotesi nelle quali i procedimenti penali siano stati definiti con una pronuncia di prescrizione del reato.

##### **2. Il quadro normativo e giurisprudenziale.**

L'art. 32 della legge n. 152 del 1975 dispone che "Nei procedimenti a carico di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria o dei militari in servizio di pubblica sicurezza per fatti compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, la difesa può essere assunta a richiesta dell'interessato dall'Avvocatura dello Stato o da libero professionista di fiducia dell'interessato medesimo. In questo secondo caso le spese di difesa sono a carico del Ministero dell'interno salva rivalsa se vi è responsabilità dell'imputato per fatto doloso". La norma succitata differisce da quella generale in materia di rimborso delle spese legali dell'amministratore statale di cui all'art. 18 del d.l. n. 67/1997, che così testualmente dispone: "Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato [...]". La disposizione di cui all'art. 18 del d.l. n. 67/1997 e quella di cui all'art. 32 della l. n. 152 del 1975, così come altre norme del settore pubblico recanti disposizioni analoghe<sup>1</sup>, costitui-

<sup>1</sup> Cfr., ad esempio, art. 41 del d.P.R. 20.5.1987 n. 270, riguardante il personale del Servizio sanitario nazionale, l'art. 19 del d.P.R. 16.10.1979, n. 509, relativo al personale degli Enti pubblici di cui alla l. 20.3.1975 n. 70, l'art. 20 del d.P.R. 4.8.1990 n. 335, concernente il personale del comparto delle aziende delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, l'art.

scono espressione di un principio generale dell'ordinamento, secondo il quale le conseguenze economiche dei comportamenti adottati da chi cura un interesse altrui devono essere poste a carico del titolare dell'interesse medesimo. In applicazione di tale principio, è stato chiarito che affinché l'amministrazione possa sostenere le spese legali del dipendente, il fatto oggetto del giudizio deve essere stato compiuto nell'esercizio delle attribuzioni a questo affidate e deve esservi un nesso di strumentalità tra l'adempimento del dovere ed il compimento dell'atto, di talché l'Amministrazione risponderà per le spese sostenute dal dipendente solo a condizione che il comportamento tenuto da quest'ultimo non sia stato realizzato per perseguire un suo interesse personale non coincidente con quello dell'amministrazione. In applicazione di quanto sopra illustrato, se non si pone alcun dubbio per la spettanza dei rimborsi nelle ipotesi in cui i processi penali siano stati definiti con sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste" o "perché l'imputato non l'ha commesso", nei processi conclusi con sentenze di proscioglimento con formule processuali non ampiamente liberatorie, come le pronunce di prescrizione, la giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi, in particolare, sull'art. 18 del d.l. n. 67/1997, è apparsa concorde nel ritenere non dovuto il rimborso delle spese legali. Nella sentenza n. 2242 del 14.4.2000, il Consiglio Stato sez. V, ha infatti affermato che "La pretesa al rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori nel corso di liti penali per fatti connessi all'espletamento dell'incarico va riconosciuta solo quando l'imputato sia prosciolto con la formula più liberatoria e non anche quando il proscioglimento avvenga con formule meramente processuali, salvo che l'assoluzione non intervenga in fase istruttoria". Il principio è stato successivamente confermato anche da altre sezioni del Consiglio di Stato; in particolare, con la sentenza n. 7660 del 2.7.2004, sez. VI, il Consiglio di Stato ha enucleato dei principi generali applicabili ad

67, co. 1, del d.P.R. 13.5.1987, n. 268, con il quale è stato recepito l'accordo sindacale per il triennio 1985-1987 relativo al comparto del personale dipendente degli enti locali.

ogni ipotesi di assunzione, da parte dell'amministrazione, delle spese legali sostenute dai pubblici dipendenti.

Dopo avere ribadito che il rimborso delle spese legali non spetta nelle ipotesi in cui sia dichiarata la prescrizione del reato, il Consiglio di Stato ha chiarito che la disposizione di cui all'art. 18 cit. costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento, declinato in modo diverso da varie norme di settore, con un minimo comune denominatore rappresentato dalla necessità, affinché possa darsi seguito al rimborso, che non sussista un conflitto di interessi tra amministrazione e dipendente, il cui accertamento può avvenire non soltanto in sede penale:

"Va osservato in proposito che la disposizione legislativa in questione, come pure le norme di varie leggi relative a particolari settori del pubblico impiego (cfr., ad esempio, art. 41 del d.P.R. 20.5.1987 n. 270, riguardante il personale del Servizio sanitario nazionale; art. 19 del d.P.R. 16.10.1979, n. 509, relativo al personale degli Enti pubblici di cui alla l. 20.3.1975 n. 70; art. 20 del d.P.R. 4.8.1990 n. 335, concernente il personale del comparto delle aziende delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo), che consentono con varie modalità l'assunzione delle spese legali da parte dello Stato e di Enti pubblici, costituisce espressione di un principio generalissimo e fondamentale dell'ordinamento amministrativo, in base al quale è consentito all'Amministrazione di intervenire a contribuire alla difesa del suo dipendente, imputato in un processo penale, sempre che, naturalmente, sussista un suo diretto interesse in proposito, da riconoscersi in tutti i casi in cui l'imputazione riguardi una attività svolta in diretta connessione con i fini dell'Ente e sia in definitiva imputabile all'Ente stesso (cfr. CdS, V, 22.12.1993, n. 1392). In coerenza con il suesposto criterio va, peraltro, ribadito che, in ogni caso, l'ammissione al beneficio in questione resta pur sempre condizionata dall'effettiva mancanza di un qualsiasi conflitto di interessi tra l'amministrazione ed il dipendente, da valutarsi alla stregua della statuizione definitiva di proscioglimento della competente autorità giudiziaria, e ciò non solo sotto il profilo della responsabilità penale in ordine ai fatti ad-

*debitati al dipendente medesimo (che deve essere comunque espressamente esclusa dalla pronuncia del giudice), ma anche sotto altri profili, che siano riscontrabili in riferimento ai fatti medesimi, in ordine ai quali deve essere ugualmente esclusa pure una eventuale responsabilità di tipo disciplinare od amministrativo, per mancanze attinenti al compimento dei doveri dell'ufficio (cfr. CdS, Commissione speciale, 6.5.1996, n. 4).*

*Quanto alla tesi dell'appellante sul carattere necessitato dell'esito del procedimento penale nel quale è stato coinvolto, la stessa deve essere respinta, perché la sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, applicata nei suoi confronti, presuppone la mancanza di opposizione dell'imputato e del pubblico ministero, secondo quanto espressamente statuito dall'art. 226 del d.lgs. 19.2.1998, n. 51" ..*

*I principi sopra illustrati appaiono utili ad orientare l'interprete anche ai fini dell'esegesi della norma di cui all'art. 32 della l. n. 152 del 1975, qualora il procedimento penale a carico del dipendente si sia concluso con una sentenza che abbia dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione.*

*3. Differenze normative tra l'art. 32 della l. n. 152 del 1975 e l'art. 18 del d.l. n. 67/1997.*

*Si è visto che rispetto al disposto dell'art. 18 del d.l. n. 67/1997, l'art. 32 della l. n. 152 del 1975 reca alcuni elementi di sostanziale distinzione, legati sia alla qualifica soggettiva del dipendente e ai fatti oggetto del giudizio, sia alle modalità di accertamento della responsabilità. Quanto ai primi, mentre l'art. 18 è applicabile a tutti i dipendenti statali per qualunque atto compiuto nell'esercizio delle loro attribuzioni istituzionali, ad esse avvinto da un nesso di strumentalità, l'art. 32 è applicabile, soggettivamente, solo agli "ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria o dei militari in servizio di pubblica sicurezza" e, oggettivamente, solo "per fatti compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica". Con riferimento alle modalità di accertamento della responsabilità del dipendente, ai sensi dell'art. 18 il rimborso delle spese legali spetterà solo quando il procedimento a carico del dipendente si concluda con un provvedimento giurisdizionale che esclude espres-*

*samente la sua responsabilità mentre, ai sensi dell'art. 32, il rimborso spetterà in via definitiva solo ove non venga accertata la "responsabilità dell'imputato per fatto doloso", accertamento che il dato letterale della norma non ancora espressamente ad una pronuncia giurisdizionale. Ulteriore elemento di distinzione tra le due disposizioni è rappresentato dal meccanismo di pagamento: mentre nell'art. 18 - ad eccezione di ipotesi di anticipazioni - il pagamento delle spese legali sarà a carico del dipendente salvo rimborso, nei casi in cui si applichi l'art. 32 le spese saranno sempre sopportate dall'amministrazione salvo rivalsa. È evidente che la norma di cui all'art. 32 della l. n. 152 del 1975, nell'escludere il rimborso solo nei casi in cui venga accertata la responsabilità dell'imputato per fatto doloso, reca una disciplina maggiormente favorevole al dipendente rispetto a quella contenuta nell'art. 18 del d.l. n. 67/1997. Le ragioni di tale favor vanno ricercate, oltre che nel maggior rischio cui vanno incontro ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria o militari in servizio di pubblica sicurezza che usino le armi o altri mezzi di coazione fisica nell'esercizio dei propri doveri, anche nella considerazione che tali azioni, per il contesto in cui sono avvenuti i fatti e per gli ordini ricevuti, possono rendere difficoltoso l'accertamento del coefficiente di imputazione soggettivo dell'azione criminosa.*

*4. Conclusioni: applicazione dell'art. 32 della l. n. 152 del 1975 ai casi di estinzione del reato per prescrizione.*

*La soluzione del quesito formulato da codesta Amministrazione sulla possibilità di esercitare la rivalsa quando il procedimento penale a carico del dipendente si sia concluso con una sentenza che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione, dovrà tenere conto, oltre che della formulazione letterale della norma e della sua particolare ratio, anche dei principi generali in materia di rimborsi e delle connotazioni giuridiche dell'istituto della prescrizione.*

*Si è già detto degli elementi di differenziazione della norma di cui all'art. 32 della l. n. 152 del 1975, evidenziando, in particolare, come il suo dato letterale non pone l'accento - a differenza dell'art. 18 del d.l. n. 67/1997 -*

sulla necessità di un provvedimento giurisdizionale che contenga l'accertamento della responsabilità dell'imputato; si è anche detto della ratio dell'art. 32 e dei principi generali che regolano la materia dell'assunzione da parte dell'amministrazione delle spese legali sostenute dal dipendente. Quanto all'istituto della prescrizione del reato, il provvedimento giurisdizionale che la dichiara non equivale ad un'assoluzione con formula piena, anche se gli effetti per l'imputato possono sembrare identici. Ai sensi dell'art. 129 c.p.p., infatti, quando ricorre una causa di estinzione del reato, quale è la prescrizione, ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato, il giudice è tenuto a pronunciare una sentenza di assoluzione piena. Allo stesso modo, è possibile (anche se, in questo caso, non esiste un obbligo giuridico) che il giudice, nel pronunciare la prescrizione, accerti la sussistenza del reato indicandone anche l'ascrivibilità all'imputato a titolo di dolo o colpa. Inoltre, la prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato (art. 157, co. 7, c.p.) che può decidere di non eccepirla e far proseguire il procedimento giudiziale che lo riguarda al fine di vedere riconosciuta la propria innocenza. Ad avviso della Scrivente, dunque, nelle ipotesi in cui i processi penali siano stati definiti con una sentenza che accerti l'estinzione del reato per prescrizione, la norma di cui all'art. 32 della l. n. 152 del 1975, secondo la quale "le spese di difesa sono a carico del Ministero dell'interno salva rivalsa se vi è responsabilità dell'imputato per fatto doloso", dovrà essere interpretata nel senso che l'amministrazione

non potrà esercitare la rivalsa solo quando la sentenza che dichiara la prescrizione accerti anche la responsabilità del dipendente a titolo di colpa. Nel caso, invece, in cui la sentenza che pronuncia la prescrizione del reato contenga anche un accertamento della responsabilità dell'imputato a titolo di dolo, l'amministrazione dovrà esercitare la rivalsa prevista dall'art. 32. Infine, ove la sentenza non sia scesa nel merito dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, nulla statuendo in proposito, ma si sia limitata a dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione, l'amministrazione eserciterà il diritto di rivalsa solo qualora risulti in modo evidente che i fatti contestati al dipendente e oggetto del procedimento penale sussistano e siano a questo addebitabili a titolo di dolo.

Questa soluzione appare confortata sia dal dato letterale dell'art. 32 che, a differenza dell'art. 18, non richiede espressamente che la responsabilità del dipendente venga accertata con un provvedimento avente natura giurisdizionale, sia dalla sua coerenza con il principio generale secondo cui le conseguenze economiche dei comportamenti adottati dal dipendente nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali devono essere poste a carico del titolare di detto interesse, cioè dell'amministrazione, a condizione che tali comportamenti non siano stati realizzati per perseguire un interesse personale del dipendente non coincidente con quello della P.A. Si rimane a disposizione per ogni eventuale chiarimento si ritenesse utile.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo nella seduta del giorno 10.5.2013, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

# INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **IDROCARBURI, VIA AL FONDO PER INVESTIMENTI NEI TERRITORI INTERESSATI**

*Il Ministro dello Sviluppo Economico Flavio Zanonato e quello dell'Economia Fabrizio Saccomanni, hanno firmato il decreto (previsto dall'art. 16 del d.l. 1/2012) che mira a sviluppare investimenti infrastrutturali e occupazionali nei territori interessati da attività di ricerca e coltivazione di idrocarburi. Il che si tradurrà in sensibili vantaggi- economici e sociali- soprattutto per il Mezzogiorno, in particolare per la Basilicata. Il decreto destina una quota variabile dal 30% al 15% delle entrate fiscali relative a tali attività ad un Fondo per il finanziamento di progetti locali mirati allo sviluppo delle infrastrutture e dell'occupazione. L'obiettivo è duplice: da una parte aumentare le ricadute economico-occupazionali per i territori interessati dalle attività estrattive, dall'altra accrescere la partecipazione ed il consenso delle popolazioni e degli enti locali verso progetti di sviluppo nel settore minerario ed energetico. Questo provvedimento è coerente con l'obiettivo, delineato nella Strategia Energetica Nazionale, di aumentare la produzione nazionale di idrocarburi portando dal 7 al 14% il contributo al fabbisogno energetico totale al 2020, con una previsione di 17 miliardi di euro di investimenti, oltre 100 mila posti di lavoro addizionali, un risparmio di oltre 5 miliardi di Euro l'anno sulla fattura energetica e ulteriori 3 miliardi l'anno in entrate fiscali. E tale sviluppo può avvenire riducendo complessivamente il numero di infrastrutture (pozzi e piattaforme), grazie all'ottimizzazione della progettazione e*

*all'uso di tecnologie all'avanguardia (Ministero dello Sviluppo Economico, comunicato 24.9.2013).*

«..... GA.....»

### **MISE, PRESENTATA STRATEGIA PER L'ENERGIA 2014-2018 DELLA BERS**

*La strategia per l'energia 2014-2018 della Banca Europea per la ricostruzione e lo sviluppo (BERS) e le possibili sinergie con il sistema imprenditoriale italiano alla luce soprattutto delle difficoltà del momento nel reperire risorse. Questi i temi affrontati oggi nel corso del Convegno organizzato presso il Ministero dello Sviluppo Economico - in collaborazione con il GSE - per illustrare nel dettaglio la nuova strategia in campo energetico della BERS agli oltre 180 partecipanti appartenenti alle associazioni di categoria e alle aziende del settore, unitamente ai principali esponenti istituzionali e rappresentanti diplomatici di alcuni dei Paesi in cui opera la Banca. Il sottosegretario al Mise Claudio De Vincenti ha aperto i lavori sottolineando la rilevanza e il consolidamento dei rapporti fra la Banca e il nostro sistema imprenditoriale ed istituzionale, mettendo in evidenza l'importanza delle attività e delle risorse della Banca sia da un punto di vista quantitativo, considerato anche il periodo di crisi e pertanto di maggiore difficoltà nel reperire fondi, che strategico, viste le aree geografiche in cui opera la Banca nelle quali risiedono importanti interessi strategici del settore dell'energia e non solo. Di seguito Riccardo Puliti, Direttore Generale per il settore energia e risorse naturali della BERS, ha illustra-*

to la bozza di documento relativo alla Strategia per l'energia ponendone in risalto gli obiettivi principali e l'approccio operativo che si intende perseguire prendendo in considerazione le diverse tematiche che interessano il settore anche in relazione ai diversi scenari che si stanno delineando. "Le attività nel settore energetico della BERS- ha riassunto Puliti- rappresentano un portafoglio di attivi finanziari di circa 13 miliardi di euro. Su base annua, il settore energetico rappresenta investimenti e finanziamenti per circa 2 miliardi di euro. Con la recente espansione della zona di attività verso i Paesi mediterranei, questi volumi dovrebbero aumentare sensibilmente".

Gli interventi sono stati seguiti da una Tavola rotonda moderata da Alessandro Ortis (Co-Presidente della Commissione Economica dell'Assemblea Parlamentare del Mediterraneo), a cui hanno partecipato il Capo Dipartimento per l'energia del Ministero dello Sviluppo economico Leonardi Senni, il Direttore per l'Italia nel Board della BERS Giorgio Leccesi, il Direttore Generale per la mondializzazione e le questioni globali al Ministero degli Affari Esteri Luigi Marras e Sebastiano Serra, della Segreteria tecnica del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. (**Ministero dello Sviluppo Economico, comunicato del 27.9.2013**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL DIVIETO DI RINNOVO AUTOMATICO DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME PER ATTIVITÀ TURISTICO-RICREATIVE A SEGUITO DI DANNI CAUSATI DA EVENTI ATMOSFERICI ECCEZIONALI E DANNOSI

dell'Avv. Francesco Palazzotto

*La Corte Costituzionale, con la recente sentenza del 4.7.2013 n. 171, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24, che ha tentato di reintrodurre il rinnovo automatico delle concessioni a seguito di eventi naturali atmosferici che causassero danni. La Corte ha affermato che il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni, venendo meno agli obblighi che incombono ai sensi degli artt. 49 e 101 del TFUE e dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE (c.d. dir. Bolkestein), viola l'art. 117, co. 1, cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore. Eliminando la proroga i concessionari non vengono ricompensati dei propri investimenti, di conseguenza vengono disincentivati ad effettuare investimenti per recuperare i beni demaniali danneggiati dalle mareggiate poiché i loro sforzi rischiano di non portare alcun vantaggio per la propria attività, stante il rischio che la loro concessione venga assegnata a un altro operatore. Adesso, sarà necessario trovare un sistema di incentivi alla riparazione dei danni subiti dai beni demaniali, necessariamente più adeguato e coerente con i principi del diritto europeo.*

The Constitutional Court, with the recent judgment of 4.7.2013 no. 171, declared the unconstitutionality of Article. 1 of l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24, who attempted to reintroduce the automatic renewal of concessions as a result of natural weathering that were causing damage. The Court stated that the automatic renewal or extension of the concessions, falling short of the obligations under Articles. 49 and 101 of the TFEU and Article. 12 of Directive 2006/123/EC (so-called Bolkestein Directive), violates Article. 117, first paragraph, of the Constitution, by contrast with the constraints deriving from Community law on freedom of establishment and protection of competition, leading also to a difference in treatment between economic operators, in breach of Art. 117, second paragraph, lett. e), since those who previously ran the maritime domain does not have the ability, at the expiry of the concession, to take the place of the old manager. Eliminating the extension dealers are not rewarded for their investments accordingly are discouraged to make investments to recover state property damaged by the storms because their efforts are unlikely to bring any benefits for their business because of the risk that such an order is assigned to another operator. Now, we'll need to find a system of incentives to repair the damage to state property, don necessarily more appropriate and consistent with the principles of European law.

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Quadro generale della disciplina nazionale prima e dopo la direttiva bolkestein. 3. Gli artt. 49 e 101 del TFUE e la libertà di stabilimento. 4. La l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24 e la sentenza della Corte Cost. 4.7.2013 n. 171. 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

La riforma del 2011 ha modificato lo scenario preesistente relativamente la riorganizzazione dell'affidamento e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo<sup>1</sup>. Tale riforma è stata operata dal legislatore nazionale successivamente all'emanazione della direttiva Bolkestein e alla conseguente procedura di infrazione avviata dalla commissione.

Le regioni hanno successivamente tentato di reintrodurre il rinnovo automatico delle concessioni a seguito di eventi naturali atmosferici che causassero danni con successiva necessità di investimenti e lavori di riparazione da parte del concessionario. La recente l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24, recante «*Modifica della legge regionale 28. 4.1999, n. 13 (Disciplina delle funzioni in materia di difesa della costa, rifacimento degli arenili, protezione e osservazione dell'ambiente marino e costiero, demanio marittimo e porti)*», può considerarsi un tentativo in tal senso.

Occorre sottolineare fin da subito che la Corte Costituzionale già nel 2010<sup>2</sup> aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali che in vario modo riproponevano l'istituto del rinnovo automatico delle concessioni e che con la recente sentenza del 04.07.2013 n. 171 ha dichiarato l'illegittimità

<sup>1</sup> In generale, sulle concessioni di beni pubblici, cfr., da ultimo, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, *passim*, e, con particolare riferimento alle concessioni demaniali marittime, sez. II, par. 17 ss. (e l'ampia dottrina ivi citata). Sugli aspetti specifici di cui al testo, oltre alla dottrina citata alle note successive, cfr., di recente, i contributi, di taglio eminentemente pratico ma ricchi di riferimenti normativi e giurisprudenziali, di D. GENNARI, *Le concessioni demaniali marittime alla prova dei principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa - La ricostruzione del diritto positivo in senso comunitariamente orientato da parte della giurisprudenza nazionale*, I parte, in *Appalti & Contratti*, 2008, 47 ss. e II parte, *ibidem*, 2009, 17 ss., e di S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Dir. Mar.*, 2007, 1063 ss.

<sup>2</sup> Corte cost. 18.07.2011, n. 213, 26.11.2010, n. 340, 1.7.2010, n. 23 e 20.05.2010, n. 180.

costituzionale dell'art. 1 della legge in questione.

La Corte Costituzionale dedica poche righe all'analisi della legge regionale impugnata e preferisce concentrarsi sull'evoluzione del quadro normativo in materia di concessioni marittime demaniali. La spiegazione della scelta della Consulta è semplice: la legislazione italiana sul tema è cambiata a causa degli interventi sanzionatori della Commissione europea che ha indicato all'Italia i parametri da rispettare nella sua disciplina interna. Nel momento in cui il legislatore regionale reintroduce la disciplina che, con tanta fatica, il legislatore italiano aveva superato per adeguarsi al diritto europeo, la Consulta ribadisce l'incostituzionalità dell'istituto del rinnovo automatico delle concessioni, e conseguentemente della legge regionale.

## 2. Quadro generale della disciplina nazionale prima e dopo la direttiva Bolkestein.

La disciplina generale sull'affidamento delle concessioni demaniali marittime è prevista negli artt. 36 e 37 c. nav. e agli artt. 18 e 25 reg. nav.<sup>3</sup>, per una disamina dei quali si

<sup>3</sup> La disciplina generale dell'affidamento e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime si rinviene negli artt. 36 e 37 c. nav. e negli artt. 18 e 25 reg. nav., sui quali è opportuno fare dei richiami. Per quanto concerne l'affidamento *ex novo* delle concessioni, l'art. 36, co. 1, c. nav. dispone che l'amministrazione competente può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale, per un determinato periodo di tempo, se ciò risulti compatibile con le esigenze del pubblico uso. Il successivo art. 37 c. nav. dispone riguardo il concorso di più domande, prevedendo due ragioni di preferenza alle quali subordinare il rilascio di nuove concessioni. La prima ragione è che l'attività nella quale si concretizza il godimento proposto dal privato deve essere compatibile con le <<esigenze del pubblico uso>>. l'art. 37, co. 1, c. nav., dispone che in caso di più domande, <<è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico>>. L'altra <<ragione di preferenza>>, prevista dal co. 2, primo periodo,

rinvia alla copiosa dottrina<sup>4</sup> sull'argomento.

dell'articolo in esame, si riferisce, invece, alle sole <<concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative>>: in queste ipotesi, al fine della tutela dell'ambiente costiero, deve essere data preferenza alle <<richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili>>. Riguardo il rinnovo delle concessioni demaniali marittime lo stesso art. 37, comma 2, secondo periodo, c. nav., prevedeva un'altra particolare « ragione di preferenza », in favore del precedente concessionario, che ha tradizionalmente assunto la denominazione di « diritto di insistenza », cioè l'interesse del concessionario, qualificato e tutelato dall'ordinamento, ad essere preferito ad altri aspiranti, seppure l'art. 25 reg. nav. sembrerebbe escluderne in ogni caso qualsivoglia automatica operatività. Soltanto qualora non ricorrano le ragioni di preferenza, l'amministrazione competente deve procedere, ai sensi dell'art. 37, co. 3, c. nav., al meccanismo della licitazione privata, ovvero, secondo la nuova terminologia giuridica in vigore dal 2006 (e, in particolare, dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.), della procedura ristretta.

<sup>4</sup> Oltre alla dottrina già citata e a quella che verrà citata *infra*, C. CALLERI, *Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 c. nav.*, in *Dir. Trasp.*, 2008; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE e L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2008; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. Trasp.*, 2006; Occorre rilevare che il procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto risulta disciplinato dal regolamento di cui al d.P.R. n. 509 del 1997 (che detta una disciplina sostanzialmente analoga, anche se ben più complessa, rispetto a quella dettata dall'art. 37 c. nav. e dall'art. 18 reg. nav.). Quest'ultimo regolamento, però, sembra ormai destinato ad essere superato dalle norme legislative e regolamentari dettate al riguardo dalle regioni, dotate, a seguito della riforma del titolo V, parte seconda, della Costituzione, di competenza legislativa concorrente in materia: cfr., in questi termini, TAR Toscana, 15.3.2010 n. 661. La disciplina recata da questo stesso regolamento, peraltro, sembrerebbe, almeno sotto diversi profili, riconducibile anche alla «materia» delle concessioni di lavori pubblici, di cui all'art. 3, co. 11, del d.lgs. 12.04.2006, n. 163. Anche a questo riguardo, quindi, sono destinate a riproporsi, in riferimento alle normative regionali intervenute sul punto (ed anche in riferimento a quelle che interverranno in futuro), tutte le note problematiche relative ai titoli «trasversali» di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai quali, secondo l'orientamento della Corte costituzionale inaugurato con la sentenza 23.11.2007, n. 401 (in *Foro It.*, 2008, I, 1799, con nota di G. CORSO e G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*) devono essere ricondotte molte delle disposizioni contenute nel d.lgs. 12.04.2006, n. 163 [sul punto cfr., inoltre, F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina (leggi, regolamenti, capitolati)*, in *Trattato sui*

Quello che qui maggiormente interessa sottolineare è che questa disciplina si caratterizza non soltanto per una ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione competente in ordine alla decisione stessa sul se affidare o meno in concessione l'occupazione e l'uso di beni demaniali marittimi a soggetti privati, a fronte di una o più istanze da parte di questi ultimi, ma anche per una ampia discrezionalità, riconosciuta all'amministrazione medesima, in ordine alla decisione sul se il bene da affidare in concessione risulti o meno di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, con conseguente discrezionalità in ordine alla decisione sul se procedere o meno alla pubblicazione della domanda e, quindi, se rendere possibile o meno la presentazione di altre domande in concorrenza<sup>5</sup>.

Il Codice della Navigazione, riguardo le concessioni demaniali marittime assegnate

*contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI, I, Milano, 2008, 109 ss.]. Occorre considerare, infine, che le regioni, specialmente a seguito della riforma del titolo V, parte seconda, della Costituzione, hanno adottato normative dirette a regolamentare diversi profili dell'esercizio delle funzioni amministrative concernenti il demanio marittimo già delegate alle stesse o agli enti locali da atti legislativi statali (in particolare dall'art. 59 del d.P.R. n. 616 del 1977, dall'art. 105 del d.lg. n. 112 del 1998 e dall'art. 42 del d.lg. n. 96 del 1999): cfr., sul punto, M. DE BENEDETTO, *Imprese costiere, mercato delle concessioni e libera concorrenza*, in *Le risorse del mare e delle coste: ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, a cura di N. GRECO, Pisa, 2010, 140 ss. In questa sede non è possibile dare conto di tali normative regionali (rinviano sul punto all'ampia analisi svolta da F. GUALTIERI, *Appendice n. 5. Legislazione regionale, in Analisi d'impatto della regolamentazione. Il caso delle concessioni di demanio marittimo a uso turistico-balneare*, a cura di M. DE BENEDETTO, fascicolo n. 22 del Servizio per la qualità degli atti normativi del Senato, 2009).

<sup>5</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE e L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2008, 121 ss.

Da quanto rilevato emerge, in definitiva, che, anche in specifico riferimento alle modalità di affidamento e di rinnovo delle concessioni demaniali marittime, risulta sostanzialmente confermata l'osservazione, di portata più generale, secondo la quale, quanto meno sul piano del diritto positivo, «caratteristica tradizionale delle concessioni è sempre stata ritenuta la libera scelta del concessionario, basata sull'*intuitus personae*», G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2009, 245.

per finalità turistico-ricreative, è affiancato dalla normativa speciale che ha creato regole e principi speciali, che in parte derogano la normativa generale prevista per le concessioni di beni pubblici.

La disciplina di riferimento è contenuta nel d.l. 5.10.1993, n. 400<sup>6</sup> (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito, con modificazioni, dalla l. 4.12.1993, n. 494, che, oltre a regolare le concessioni demaniali marittime assegnate per finalità turistico-ricreative, ha, anche, con le modifiche previste dalla l. 16.03.2001, n. 88, apportato una radicale, profonda e sostanziale modifica della disciplina concessoria, introducendo il rinnovo automatico delle concessioni, prevedendo all'art. 10 che «*Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza (...)*». Sotto un profilo strettamente formale, si può ritenere che, salvo il potere di revoca ex art. 42 cod. nav., le concessioni in discorso non avevano scadenza.

La disciplina normativa sin qui esaminata è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore per l'ennesima volta, il quale, in sede di approvazione della legge "Finanziaria 2007" (l. 27.12.2006, n. 296)<sup>7</sup> ha apportato diverse modifiche al d.l. n. 400/1993, quali la possibilità di essere titolari di concessioni demaniali marittime per una durata fino ad un

<sup>6</sup> Art. 1, co. 2, del d.l. 5.10.1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito, con modificazioni, dalla l. 04.12.1993, n. 494: *Omissis*.

2. Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'art. 42 del c. nav.. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla l. 28.1.1994, n. 84. *Omissis*.

<sup>7</sup> Si noti che l'attività di produzione legislativa è stata tutta basata sul mantenimento delle regole e delle norme vigenti, cui si "aggiungono" (di volta in volta) specificazioni più o meno ampie incapaci di incidere sul principio dell'insistenza, della automaticità e della sostanziale perpetuità.

massimo di 20 anni<sup>8</sup>.

L'impianto normativo Italiano esaminato precedentemente ha dovuto misurarsi con la direttiva comunitaria 2006/123/CE (Direttiva Bolkestein), la quale, come si evince dal considerando n. 5, si pone l'obiettivo di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del trattato.

La direttiva Bolkestein ed in particolar modo il nuovo impianto previsto dall'art. 12<sup>9</sup> hanno avuto una portata dirimpante sulla normativa nazionale che fino al 2009 ha privilegiato il diritto di insistenza, ignorando, seppur con le sue ragioni, la necessità di garantire la concorrenza<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> V. art. 1, co. 253, l. 27.12.2006, n. 296: All'art. 3 del d.l. 5.10.1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.12.1993, n. 494, è aggiunto, in fine, il seguente comma: "4-bis. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 01, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni".

<sup>9</sup> V. Art. 12, Dir. 2006/123/CE: *Selezione tra diversi candidati 1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.*

<sup>10</sup> Ancorché la giurisprudenza, già da tempo, non ignorasse la necessità di garantire evidenza pubblica e concorrenza anche nel settore delle concessioni demaniali marittime ricordando che "l'affidamento di beni pub-

Da una analisi dei considerando, in particolare dei n. 66<sup>11</sup>, 50<sup>12</sup> e 33<sup>13</sup> si evince che il

*blici in concessione deve, in linea di massima, avvenire a conclusione di procedimenti di natura competitiva, in ossequio ai principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, par condicio, imparzialità e trasparenza, i quali devono trovare applicazione, oltre che nella materia degli appalti, anche tutte le volte che l'amministrazione intenda immettere sul mercato attività suscettibili di apprezzamento in termini economici*" (recentemente, TAR Sardegna, sez. I, sentenza 140 del 2010).

<sup>11</sup> Considerando n. 66: "L'accesso a, o l'esercizio di, un'attività di servizi sul territorio di uno Stato membro non dovrebbe essere soggetto ad una prova economica. Il divieto di richiedere una dimostrazione della capacità economica come condizione per la concessione di un'autorizzazione riguarda le prove economiche in quanto tali e non gli altri requisiti giustificati obiettivamente da motivi imperativi di interesse generale, come la tutela dell'ambiente urbano, la politica sociale e gli obiettivi in materia di sanità pubblica. Tale divieto dovrebbe lasciare impregiudicato l'esercizio delle competenze delle autorità preposte all'applicazione del diritto della concorrenza".

<sup>12</sup> Considerando n. 50: "È necessario che i prestatori e i destinatari abbiano un agevole accesso a taluni tipi di informazione. Ciascuno Stato membro dovrebbe determinare le modalità con le quali fornire informazioni a prestatori e destinatari nell'ambito della presente direttiva. In particolare, gli Stati membri possono ottemperare all'obbligo di garantire che le informazioni pertinenti siano facilmente accessibili ai prestatori e destinatari consentendo al pubblico l'accesso a tali informazioni attraverso un sito web. Le informazioni dovrebbero essere comunicate in modo chiaro e univoco".

<sup>13</sup> Considerando n. 33: "Tra i servizi oggetto della presente direttiva rientrano numerose attività in costante evoluzione, fra le quali figurano: i servizi alle imprese, quali i servizi di consulenza manageriale e gestionale, i servizi di certificazione e di collaudo, i servizi di gestione delle strutture, compresi i servizi di manutenzione degli uffici, i servizi di pubblicità o i servizi connessi alle assunzioni e i servizi degli agenti commerciali. Sono oggetto della presente direttiva anche i servizi prestati sia alle imprese sia ai consumatori, quali i servizi di consulenza legale o fiscale, i servizi collegati con il settore immobiliare, come le agenzie immobiliari, l'edilizia, compresi i servizi degli architetti, la distribuzione, l'organizzazione di fiere, il noleggio di auto, le agenzie di viaggi. Nell'ambito di applicazione della presente direttiva rientrano altresì i servizi ai consumatori, quali i servizi nel settore del turismo, compresi i servizi delle guide turistiche, i servizi ricreativi, i centri sportivi, i parchi di divertimento e, nella misura in cui non sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, i servizi a domicilio, come l'assistenza agli anziani. Queste attività possono riguardare servizi che richiedono la vicinanza del prestatore e del destinatario della prestazione, servizi che

legislatore comunitario, oltre a stabilire la necessaria indizione di una procedura di selezione tra i potenziali candidati ed il divieto di rinnovo automatico della concessione, prevenendo anche una adeguata pubblicità, entra nel merito dei requisiti economici che possono essere richiesti agli operatori, al diritto di accesso riguardo alcune informazioni e indica anche alcune attività in costante evoluzione a cui applicare la direttiva<sup>14</sup>.

Alla luce di tutto ciò, il legislatore nazionale ha modificato, con l'art. 1, co. 18, del d.l. 30.12.2009, n. 194<sup>15</sup> (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), convertito, con modificazioni, dalla l. 26.2.2010, n. 25<sup>16</sup>, le modalità di accesso da parte degli o-

*comportano lo spostamento del destinatario o del prestatore e servizi che possono essere prestati a distanza, anche via Internet*".

<sup>14</sup> Come si evince dal considerando n. 33, tra i servizi, vi rientrano i servizi ai consumatori, quali i servizi nel settore del turismo, compresi i servizi ricreativi, i centri sportivi, i parchi di divertimento, ragion per cui si è ritenuto che fra i destinatari della normativa rientrino anche le imprese turistico-balneari e turistico-ricreative.

<sup>15</sup> Art. 1. Proroga di termini tributari, nonché in materia economico-finanziaria: *Omissis* 18. Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla l. 5.5.2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'art. 8, co. 6, della l. 05.06.2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'art. 37, co. 2, secondo periodo, del codice della navigazione, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31.12.2012 è prorogato fino a tale data. *Omissis*

<sup>16</sup> Art. 1 Proroga di termini tributari, nonché in materia economico-finanziaria: *Omissis* 18. Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla l. 5.5.2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-

peratori economici alle concessioni relative a beni demaniali marittimi.

A seguito delle pressioni da parte dei comitati degli ex concessionari, in sede di conversione del d.l. 30.12.2009, n. 194 da parte della l. 26.02.2010, n. 25, è stato aggiunto un rinvio indiretto<sup>17</sup> all'art. 01, co. 2, del d.l. 05.10.1993, n. 400<sup>18</sup> (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), che ha prodotto l'effetto di consentire il rinnovo automatico delle concessioni, di sei anni in sei anni.

Tale intervento normativo ha fatto seguito alla procedura d'infrazione comunitaria n. 2008/4908, aperta nei confronti dello Stato italiano per il mancato adeguamento all'art. 12, co. 2, della direttiva n. 2006/123/CE, in base al quale è vietata qualsiasi forma di automatismo che, alla scadenza del rapporto

---

regioni ai sensi dell'art. 8, co. 6, della l. 5.6.2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza *entro il 31.12.2015* è prorogato fino a tale data, *fatte salve le disposizioni di cui all'art. 3, co. 4-bis, del d.l. 5.10.1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.12.1993, n. 494. All'art. 37, co. 2, del codice della navigazione, il secondo periodo e' soppresso. Omissis*

<sup>17</sup> Tramite l'art. 3, co. 4-bis, del d.l. 05.10.1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 04.12.1993, n. 494, che recita: *4-bis. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 01, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni.*

<sup>18</sup> Art. 1, co. 2, del d.l. 5.10.1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito, con modificazioni, dalla l. 04.12.1993, n. 494: *Omissis. 2. Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'art. 42 del codice della navigazione. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla l. 28.1.1994, n. 84. Omissis.*

concessorio, possa favorire il precedente concessionario. La Commissione europea, con una lettera di costituzione in mora notificata il 2.2.2009, aveva ritenuto che il dettato dell'art. 37<sup>19</sup> del codice della navigazione fosse in contrasto con l'art. 43 del Trattato CE (ora art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'unione Europea, TFUE) poiché, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo (cosiddetto diritto di insistenza), configurava una restrizione alla libertà di stabilimento e comportava in particolare discriminazioni in base al luogo di stabilimento dell'operatore economico, rendendo estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza.

Anche dopo le modifiche del 2009, la Commissione europea ha ritenuto che il rinvio predisposto, in sede di conversione del d.l. 30.12.2009, n. 194 da parte della l. 26.02.2010, n. 25, non rispondesse all'esigenza di adeguamento ai principi comunitari ed ha inviato una lettera datata 5.5.2010, di messa in mora complementare nell'ambito della medesima procedura di infrazione 2008/4908 in quanto contrario, sia all'articolo 12 della dir. 2006/123/CE, sia all'articolo 49 del TFUE, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento.

In seguito a questi ulteriori rilievi, l'art. 11, co. 1, lett. a), della l. 15.12.2011, n. 217 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi

---

<sup>19</sup> Art. 37 - Concorso di più domande di concessione: Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. (1) *E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.* (2) Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata. (1) (1) Comma così modificato dall'art. 2, co. 1 del d.l. 5.10.1993, n. 400. (2) Periodo abrogato dall'art. 1, co. 18, del d.l. 30.12.2009, n. 194 convertito con l. 26.02.2010, n. 25.

derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2010), ha abrogato il già citato co. 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400 del 1993. Lo stesso art. 11 ha, inoltre, delegato il Governo ad adottare, entro quindici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime<sup>20</sup>.

In conseguenza di questi interventi legislativi, la procedura di infrazione è stata chiusa il 27.2.2012.

In questo quadro normativo si inseriscono la l. reg. Liguria 30.07.2012, n. 24 e le altre leggi regionali<sup>21</sup> dichiarate precedentemente

<sup>20</sup> In esecuzione di detta delega è attualmente all'esame uno schema di decreto legislativo che introduce una specifica disciplina del rilascio delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative improntata ai principi dell'evidenza pubblica (procedura competitiva tra più candidati, in possesso dei requisiti richiesti, selezionati sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), si veda Avcp, Parere sulla normativa del 15.2.2013.

<sup>21</sup> Vedi l. reg. Marche 11.2.2010, n. 7 (Norme per l'attuazione delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo), l. reg. Veneto 16.02.2010, n. 13 (Adeguamento della disciplina regionale delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa alla normativa comunitaria. Modifiche alla legge regionale 4.11.2002, n. 33 «Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo» e successive modificazioni), l. reg. Abruzzo 18.2.2010, n. 3 (Estensione della durata delle concessioni demaniali per uso turistico-ricreativo), l. reg. Toscana 23.12.2009, n. 77 (Legge finanziaria per l'anno 2010), l. reg. Friuli-Venezia Giulia 30.7.2009, n. 13 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione Friuli-Venezia Giulia derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Attuazione della dir. 2006/123/CE. Attuazione dell'art. 7 della dir. 79/409/CEE concernente la conservazione degli uccelli selvatici. Attuazione del Regolamento (CE) n. 853/2004 in materia di igiene per gli alimenti di origine animale. Modifiche a leggi regionali in materia di sportello unico per le attività produttive, di interventi sociali e artigianato, di valutazione ambientale strategica (VAS), di concessioni del demanio pubblico marittimo, di cooperazione allo sviluppo, partenariato internazionale e programmazione comunitaria, di gestione faunistico-venatoria e tutela dell'ambiente naturale, di innovazione - Legge comunitaria 2008) e l. reg. Emilia-Romagna 23.07.2009, n. 8 (Modifica della legge regionale 31.5.2002, n. 9 - Disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriali - in attuazione della l. 27.12.2006, n. 296).

incostituzionali dalla Corte Costituzionale.

### 3. Gli artt. 49 e 101 del TFUE e la libertà di stabilimento.

La pronuncia della Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24 poiché, prevedendo (uguualmente alla vecchia disciplina nazionale) un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo (cosiddetto diritto di insistenza), configurava una restrizione alla libertà di stabilimento rendendo difficile l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza in violazione anche dei principi della concorrenza.

La stessa Corte rileva come queste conclusioni sono state avvalorate dai rilievi formulati dalla Commissione europea nella sopraccitata procedura di infrazione, secondo cui la Repubblica italiana, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'artt. 49 e 101 del TFUE e dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE.

Dalla sentenza della Corte si evince che la normativa impugnata viola direttamente le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prima ancora della Direttiva 2006/123/CE. Occorre sottolineare che il rispetto della libertà di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi di par condicio, imparzialità e trasparenza (principi a tutela della concorrenza) sono rinvenibili nel TFUE, e quindi forniti di immediata efficacia precettiva, a cui le pubbliche amministrazioni sono assoggettate, e per la quale sono obbligate ad esperire procedure concorsuali ai fini della individuazione del soggetto contraente, con tutte le conseguenze che ne derivano. Da tali regole non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni), ed in particolare delle concessioni demaniali maritti-

me<sup>22</sup>.

Le concessioni demaniali marittime, in applicazione dei principi discendenti dall'art. 101 del TFUE, possono essere assegnate soltanto facendo ricorso a procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti<sup>23</sup>, in quanto il demanio marittimo è un bene pubblico avente rilevanza economica e costituisce fonte di guadagno, sicché il rilascio dei titoli concessori deve sottostare ad adeguate forme di pubblicità, tali da stimolare la concorrenza tra tutti i soggetti interessati all'uso dell'arenile, eliminando dalla procedura comparativa delle istanze, ogni elemento di vantaggio per il vecchio concessionario.

Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale la violazione della concorrenza avviene sia quando si impedisce l'accesso ai potenziali operatori economici ponendo barriere all'ingresso, sia quando si violano i principi di temporaneità, cioè quando con l'istituto della proroga si impedisce l'espletamento delle procedure come richiesto dalla normativa europea.

Quanto appena affermato, come è stato evidenziato dalla Corte, comporta la violazione dell'art. 117, co. 1, cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e del secondo comma lett. e). Le disposizioni interne, nazionali o regionali che si pongono in contrasto con la normativa europea devono essere disapplicate in attesa di una loro formale abrogazione, al fine di conformare l'ordinamento giuridico interno alle norme del TFUE, così come imposto dall'art. 117 comma 1 della Costituzione, che obbliga sia lo Stato che le Regioni a rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

#### **4. La l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24 e la sentenza della Corte Cost. 4.07.2013 n. 171.**

La legge regionale della Liguria si risolve in un unico articolo, che inserisce nella l. reg. 28.04.1999, n. 13, il nuovo art. 8 *bis*, rubricato <<Proroga delle concessioni demaniali>>, disponendo che <<In caso di mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali, che

*provochino danni agli stabilimenti balneari, ai beni demaniali ed alle relative pertinenze incamerate, i soggetti titolari delle concessioni demaniali potranno eseguire a loro cure e spese, previa intesa con gli enti interessati, tutti i lavori necessari al ripristino delle strutture ed a protezione degli arenili; in tal caso, le concessioni in essere saranno prorogate, tenuto conto dell'investimento effettuato, secondo un regolamento attuativo che sarà predisposto dalla Regione Liguria entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge>>.*

La legge in questione, prevedendo (ugualmente alla vecchia disciplina nazionale) un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo (cosiddetto diritto di insistenza)<sup>24</sup>, configurava una restrizione alla libertà di stabilimento rendendo estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza in violazione anche dei principi della concorrenza.

La pronuncia n. 171 della C. Cost. ha dichiarato l'incostituzionalità della legge, in quanto, il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l'art. 117, co. 1, cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in

<sup>24</sup> Cioè l'interesse del concessionario, qualificato e tutelato dall'ordinamento, ad essere preferito ad altri aspiranti. Oggi, il <<diritto di insistenza>> non è una <<una pretesa incondizionatamente tutelata, bensì di un limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che nello scegliere il concessionario deve tenere conto della posizione di colui che già si trovava in detta posizione e che quindi potrebbe risentire un danno dalla concessione dell'attività, sempre che l'amministrazione stessa non ravvisi elementi preclusivi alla concessione di tale favore, con conseguente obbligo di adeguata motivazione sul punto>>, TAR Lombardia, sez. II, 22.1.2001, n. 134.

<sup>22</sup> CdS, VI, 21.05.2009, n. 3145 e 25.9.2009, n. 5765.

<sup>23</sup> TAR Campania, Na, VII, 09.07.2009, n. 3828

cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza.

La stessa Corte rileva come queste conclusioni siano state avvalorate dai rilievi formulati dalla Commissione europea nella sopraccitata procedura di infrazione, secondo cui la Repubblica italiana, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 49 e 101 del TFUE e dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE.

Dalla sentenza della Corte si evince che la normativa impugnata viola direttamente le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prima ancora della Direttiva 2006/123/CE. Occorre sottolineare che il rispetto della libertà di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi di par condicio, imparzialità e trasparenza (principi a tutela della concorrenza) sono rinvenibili nel TFUE, e quindi forniti di immediata efficacia precettiva, a cui le pubbliche amministrazioni sono assoggettate, e per la quale sono obbligate ad esperire procedure concorsuali ai fini della individuazione del soggetto contraente, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Da tali regole non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni), ed in particolare delle concessioni demaniali marittime.

## 5. Conclusioni.

Le concessioni demaniali marittime possono essere assegnate soltanto facendo ricorso a procedure concorsuali, in quanto il demanio marittimo è un bene pubblico avente rilevanza economica e costituisce fonte di guadagno, sicché il rilascio dei titoli concessori deve soggiacere ad adeguate forme di pubblicità, tali da stimolare la concorrenza tra tutti i soggetti interessati all'uso dell'arenile, eliminando dalla procedura comparativa delle

istanze, ogni elemento di vantaggio per il vecchio concessionario.

Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale la violazione della concorrenza avviene sia quando si impedisce l'accesso ai potenziali operatori economici ponendo barriere all'ingresso, sia quando si violano i principi di temporaneità, cioè quando con l'istituto della proroga si impedisce l'espletamento delle procedure come richieste dalla normativa europea<sup>25</sup>.

Le riflessioni conclusive sono molteplici, ma ruotano tutte attorno ad un punto cardine e cioè che l'Unione Europea mira alla realizzazione di un mercato libero e concorrenziale, che ha portato la tutela della concorrenza ed i principi che danno attuazione alla stessa, a diventare uno dei pilastri fondamentali dell'Unione Europea. Grazie al co. 1 dell'art. 117 della nostra Costituzione, il legislatore, sia nazionale che regionale, ha l'obbligo di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, ma non solo, anche tutta la pubblica amministrazione ha l'obbligo di disapplicare la normativa nazionale che ritiene in contrasto con l'ordinamento europeo. Appare evidente, in sintesi, il contrasto tra la normativa regionale - nel caso di specie - e l'ordinamento comunitario<sup>26</sup>.

In virtù del TFUE, l'autorità amministrativa concedente ha l'obbligo di attenersi al principio generale di trasparenza e di garantire un adeguato livello di pubblicità anche per le concessioni di beni pubblici, a prescindere dalla normativa nazionale<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Si veda riguardo le concessioni di derivazione a scopo idroelettrico e le procedure di valutazione di impatto ambientale la sentenza, C. cost. 10.5.2012, n. 114, che afferma: <<la violazione della concorrenza sorge laddove il legislatore regionale disciplini il rinnovo delle concessioni in violazione dei principi di temporaneità e di apertura alla concorrenza, e impedisca così l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori>>.

<sup>26</sup> Cfr. C. giust. CE, Sez. riun., 9.9.2003, causa C-198/01, che ha stabilito il divieto agli Stati membri, di mantenere in vigore provvedimenti di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza.

<sup>27</sup> Cfr. CdS, Sez. VI, 30.1.2007, n. 362. In ordine, al rinnovo di licenze per scommesse ippiche, cfr.: C. giust. CE, Sez. IV, 13.9.2007, causa C-260/04, in Giu-

Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuita una concessione pubblica, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo<sup>28</sup>.

Inoltre, l'indizione della procedura di affidamento, che deve essere condotta secondo le regole di imparzialità e non discriminatorietà, deve essere effettuata alla luce dei principi di trasparenza e pubblicità. Alla luce di tutto ciò, possiamo affermare che le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica devono essere effettuate tramite la previa indizione di una gara, seppur informale<sup>29</sup>.

Per concludere, la Liguria aveva introdotto la possibilità di proroga delle concessione solo nel caso in cui, a seguito di eventi atmosferici eccezionali e dannosi, il concessionario avesse eseguito lavori necessari al ripristino delle strutture.

La proroga avrebbe ricompensato il concessionario degli investimenti effettuati per la riparazione dei danni subiti dai beni demaniali marittimi. Eliminando la proroga i concessionari non vengono ricompensati dei propri investimenti, di conseguenza vengono disincentivati ad effettuare investimenti per recuperare i beni demaniali danneggiati dalle mareggiate poiché i loro sforzi rischiano di non portare alcun vantaggio per la propria attività, stante il rischio che la loro concessione venga assegnata a un altro operatore.

Purtroppo il Giudice delle leggi, a seguito del procedimento di infrazione intrapreso dalla Commissione Europea non poteva ammettere nel nostro ordinamento una disposizione in aperto contrasto con i principi e i criteri sanciti dalla Commissione Europea, anche se tale decisione non sarà priva di conseguenze.

Per effettuare una tutela dell'ambiente marittimo e costiero sarà necessario trovare un sistema di incentivi alla riparazione dei danni

subiti dai beni demaniali, necessariamente più adeguato e coerente con i principi del diritto europeo.

da al diritto - Comunitario/Internazionale, 5, 2007, 68, secondo cui la Repubblica Italiana, avendo rinnovato 329 concessioni per l'esercizio delle scommesse ippiche senza previa gara d'appalto, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza delle norme Comunitarie.

<sup>28</sup> Cfr. C. giust. CE, sez. I, 10.11.2005, C-29/04

<sup>29</sup> Cfr. CdS, sez. VI, 30.09.2010, n. 7239 e 30.01.2007, n. 362.

## GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 4.7.2013 n. 171

**Concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative - diritto di insistenza - divieto di rinnovo automatico delle concessioni - art. 117, co. 1, cost. - art. 117, co. 2, lett. e) - dir. n. 2006/123/CE - applicabilità diretta del diritto primario comunitario - tutela della concorrenza - principi di trasparenza e pubblicità - l. reg. Liguria 30.7.2012, n. 24 - illegittimità costituzionale.**

*È costituzionalmente illegittima la legge della Regione Liguria, 28.4.1999, n. 13 (Disciplina delle funzioni in materia di difesa della costa, ripascimento degli arenili, protezione e osservazione dell'ambiente marino e costiero, demanio marittimo e porti), che consente ai titolari di concessioni demaniali di ottenere la proroga della concessione in caso di mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali, causanti danni agli stabilimenti balneari, ai beni demaniali ed alle relative pertinenze, in caso questi abbiano eseguito, a loro spese, previa intesa con gli enti interessati, i lavori necessari al ripristino delle strutture ed a protezione degli arenili è costituzionalmente illegittima. La Consulta afferma che la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime a favore del soggetto già titolare della concessione leda la libertà di stabilimento e il principio di concorrenza affermati dal diritto europeo e determini una disparità di trattamento fra gli operatori economici del settore. La Corte ha affermato che il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l'art. 117, co. 1, cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, co. 1, lett. e)*

Corte Costituzionale, 12.4.2013, n. 66

**Commercio - riparto di competenze Stato/Regioni - 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 - Introduzione e disciplina di un «marchio**

*regionale collettivo di qualità, per garantire l'origine, la natura e la qualità nonché la valorizzazione dei prodotti agricoli ed agroalimentari» - Q.l.c. sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri - violazione degli artt. 117, co. 1, cost. e 120 - cost. - illegittimità costituzionale.*

*È costituzionalmente illegittima la 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». 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.*

Corte Costituzionale, 12.4.2013, n. 65

**Commercio - riparto di competenze Stato/Regioni - art. 3 legge Regione Veneto 27.12.2011, n. 30 (Disposizioni urgenti in materia di orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio e disposizioni transitorie in materia di autorizzazioni commerciali relative a grandi strutture di vendita e parchi commerciali) - disciplina delle attività di commercio al dettaglio - q.l.c. sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri - violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), della costituzione - illegittimità costituzionale.**

*È costituzionalmente illegittimo l'articolo 3 della legge della Regione Veneto 27.12.2011, n. 30 (Disposizioni urgenti in materia di orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio e disposizioni transitorie in materia di autorizzazioni commerciali relative a grandi strutture di vendita e parchi commerciali). L'art. 3 della l. reg. n. 30 del 2011 detta una*

serie di rilevanti limitazioni e restrizioni degli orari e delle giornate di apertura e di chiusura al pubblico delle attività di commercio al dettaglio, di conseguenza viola l'art. 117, co. 2, lett. e), cost..

TAR Campania, Na, III, 8.7.2013, n. 3553

**Commercio - istanza di cessazione dell'attività di un'impresa - silenzio dell'amministrazione - nomina di un commissario ad acta - Provvedimento di chiusura dell'attività - carenza di potere - illegittimità.**

*E' illegittimo e va annullato il provvedimento di chiusura di un'attività commerciale emanato*

*dal Commissario ad acta e motivato sulla scorta di una sentenza del TAR che abbia accertato l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di far cessare la suddetta attività abusiva, senza pronunciarsi nel merito della pretesa. Il provvedimento del Commissario ad acta recante l'ordine di sgombero dei locali di un'attività commerciale, emanato in'esecuzione di una sentenza del TAR che abbia dichiarato l'illegittimità del Comune sull'istanza di far cessare un'attività abusiva, è illegittimo per carenza di potere laddove sia sopraggiunto a un provvedimento del Comune emanato in esecuzione della sentenza.*

«.....GA.....»

# COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **CAD: PUBBLICATE LE NUOVE LINEE GUIDA PER LA FRUIBILITÀ DEI DATI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

*L'Agenzia per l'Italia Digitale ha provveduto ad aggiornare le "Linee guida per la stesura di convenzioni per la fruibilità di dati delle pubbliche amministrazioni" in attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 58 del Codice dell'Amministrazione Digitale, adottando una nuova versione (2.0 - giugno 2013) che sostituisce integralmente la precedente. D'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali che, come previsto dalla norma, interviene nel processo di formazione delle suddette convenzioni, le nuove linee guida semplificano in modo significativo il procedimento di formazione delle convenzioni stesse, mirando a rendere pienamente conformi alla disciplina in materia di protezione dei dati personali i trattamenti ivi previsti. Infatti, per le convenzioni redatte conformemente alle Linee guida (versione 2.0 - giugno 2013) non è più necessario richiedere il parere del Garante per la protezione dei dati personali, anche laddove la convenzione abbia per oggetto l'accesso a dati personali. In relazione agli obiettivi di fruibilità perseguiti dalla succitata norma del CAD le Linee guida individuano, tra l'altro, i servizi e le modalità che dovranno essere utilizzate per l'accesso ai dati, con l'indicazione dei criteri per la definizione dei livelli di servizio che le convenzioni potranno stabilire. In tale contesto viene data particolare attenzione ai casi in cui la convenzione abbia per oggetto l'accesso a dati personali. Per quanto riguarda invece gli aspetti operativi, le Linee guida definiscono una struttura di base della convenzione-quadro, con l'indicazione del contenuto minimo della stessa, nonché il procedimento e*

*gli adempimenti connessi alla stipula delle convenzioni, anche in relazione alle attività di monitoraggio che lo stesso art. 58 del CAD pone in capo all'Agenzia per l'Italia Digitale. (Agenzia per l'Italia Digitale, comunicato del 30.7.2013).*

«..... GA.....»

### **AGENDA DIGITALE ITALIANA: ON LINE IL DOSSIER DEL SENATO SULLO STATO DI ATTUAZIONE**

*L'Agenda digitale italiana ha attraversato diverse stratificazioni dal punto di vista normativo. Di recente, particolari novità si registrano nella concezione della cabina di regia che ha visto un significativo cambio di impostazione a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 21.6.2013, n. 69: Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, pubblicato nel Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 144 del 21.6.2013. Nel dossier visualizzabile cliccando sul titolo sopra linkato, nella Parte I vengono illustrate, attraverso tabelle riepilogative, le scansioni degli adempimenti previsti dalle norme in materia di Agenda digitale italiana; nella Parte II sono presi in considerazione, più nel dettaglio, i singoli provvedimenti attuativi. Il dossier è work in progress e viene fotografata la situazione al 27.6.2013 (Senato della Repubblica, Servizio per la qualità degli atti normativi osservatorio sull'attuazione degli atti normativi).*

«..... GA.....»

### **AVVIATO IL CENSIMENTO DEI CED DELLA P.A.**

*L'Agenzia per l'Italia Digitale ha avviato il censimento dei Centri Elaborazione Dati*

*(CED) delle pubbliche amministrazioni come previsto l'art. 33-septies "Consolidamento e razionalizzazione dei siti e delle infrastrutture digitali del Paese" del d.l. n. 179 del 18.10.2012, come convertito dalla l. 221/2012. Precisa l'Agenzia che si tratta di un adempimento di particolare importanza per il futuro delle infrastrutture IT delle pubbliche amministrazioni. Sulla base del censimento, che raccoglierà varie informazioni di tipo geografico, logistico, tecnico e gestionale dei CED tramite un questionario online a*

*disposizione della PA, AgID elaborerà le linee guida per la definizione del relativo piano triennale di razionalizzazione. Il piano, previa consultazione pubblica, sarà presentato entro il 30.9.2013 al Presidente del Consiglio dei ministri che, d'intesa con la Conferenza unificata, emanerà un decreto di adozione entro dicembre 2013. Operativamente la rilevazione è gestita dalla Fondazione Ugo Bordoni (Agenzia per l'Italia Digitale, **Linee Guida alla Razionalizzazione delle Infrastrutture ICT delle PPA**).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA COMPETENZA STATALE NELLA DETERMINAZIONE DELLA TARIFFA NEL SETTORE IDRICO INTEGRATO

del Dott. Francesco Nardi

*La Corte costituzionale con la sentenza n. 67 del 17.4.2013, ha ribadito la competenza esclusiva dello Stato nella determinazione delle tariffe nel settore idrico integrato in quanto norme atte a preservare il bene giuridico dell'ambiente ed a garantire uno sviluppo concorrenziale uniforme del settore.*

The constitutional Court judgment no. 67 of 17.4.2013, reiterated the responsibility of the State in the determination of rates in the integrated water sector as rules designed to preserve the environment and ensure a uniform market competition in the field.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il quadro normativo di riferimento. 3. La giurisprudenza della Corte e la sentenza 233/2013. 4. Le componenti di costo della tariffa del servizio idrico integrato, dopo il referendum. 5. Considerazioni conclusive.*

### 1. Premessa.

Con la sentenza n. 67 del 17.4.2013, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 4, co. 2, lett. e); 7, co. 4 e 5; 11, co. 1, della legge Regione Veneto n. 17 del 27.4.2012, (Disposizioni in materia di risorse idriche), per violazione del riparto di competenze previsto dall'art. 117, co. 2, lett. e) e s), ribadendo così la competenza esclusiva dello Stato nella «*determinazione della tariffa*» del servizio idrico integrato in quanto la normativa nazionale è atta «*a preservare il bene giuridico "ambiente" dai rischi derivanti da una tutela non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore*»<sup>1</sup>.

La Corte ha esaminato il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri in

via principale alla luce della competenza esclusiva statale in materia di tutela ambientale e della concorrenza *ex art. 117, co. 2, lett. e) e s) cost.*

La norma impugnata è incostituzionale in quanto l'art. 4, co. 2, lett. e), della l.reg. Veneto n. 17/2012, attribuisce ai Consigli di bacino la funzione di approvare le tariffe e i relativi aggiornamenti del servizio idrico; quando la competenza nella determinazione delle tariffe spetta allo Stato, in base agli artt. 154 e 161 d.lgs. 152/2006, mentre, *ex art. 10, co. 14, lett. e)*, d.l. n. 70/2011, l'approvazione delle stesse spetta all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG), ai sensi dell'art. 21, co. 19, d.l. n. 201/2011.

Anche dal punto di vista della definizione delle componenti di costo, l'articolazione delle tariffe effettuata dalla l.reg. Veneto, n. 17/2012, art. 7, co. 4, per «*fasce territoriali, per tipologia di utenza, per scaglio di reddito e per fasce progressive di consumo*», è incostituzionale, in quanto eccede le competenze funzionali in materie che riserva, *ex art. 154 d.lgs. 152/2006 e art. 10, co. 14, lett. c) e d)*,

<sup>1</sup> Come indicato dalla Corte tale competenza è rinvenibile dalla lettura dell'art. 117, co. 2, lett. e) e s) cost.; nonché dagli artt. 154 e 161 del d.lgs. n. 152/2006; e dall'art. 10 co. 14, lett. c) e d), d.l. n. 70/2011, convertito con modif. dalla l. n. 106/2011. Inoltre è già espresso nelle sentenze della Corte n. 246/2009 e n. 29/2010.

d.l. n. 70/2011, all'AEEG sia la «definizione delle componenti di costo» che la redazione del «metodo tariffario».

Su tale presupposto è stata dichiarata l'incostituzionalità anche dell'art 7, co. 4 della l.reg. Veneto, che «attribuisce» al Consiglio di bacino il compito di determinare una quota non inferiore al 3% degli introiti provenienti dalla tariffa alla realizzazione di interventi a tutela dell'assetto idrogeologico montano.

In quanto tale disposizione, che incide sulla destinazione dei ricavi «a valle» del piano tariffario, viola la competenza attribuita al Ministero dell'ambiente, su proposta dell'Autorità di vigilanza, di definire «i settori di impiego dei ricavi» provenienti dalla tariffa, ex art. 154, co. 4, d.lgs. 152/2006.

Infine, l'ultima censura di incostituzionalità incide sull'art. 11 della legge regionale che affida al Presidente della Giunta il potere sostitutivo in caso di inerzia dei Consigli di bacino nell'approvazione delle tariffe e dei relativi aggiornamenti, competenza che invece è del Ministero dell'ambiente, ex art. 10, co. 14, lett. d), d.l. n. 70/2011<sup>2</sup>.

## 2. Il quadro normativo di riferimento.

Nella materia di «gestione delle risorse idriche» disciplinata dal d.lgs. 152/2006, possono insistere diversi livelli di competenza in ragione «delle diverse discipline che vengono in rilievo»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Per una disamina della sentenza in oggetto v. anche L. SALVEMINI, *La determinazione della tariffa dei servizi idrici: tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza*, *Commento alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 67 del 2013*, in [www.quotidianolegale.it](http://www.quotidianolegale.it).

<sup>3</sup> La materia della tutela dell'ambiente ha un contenuto oggettivo, riferito ad un bene materiale e complesso, e finalistico, in quanto tende a garantirne la migliore conservazione, su cui insistono diversi livelli di competenza: esclusiva statale, regionale concorrente e residuale, «secondo lo schema tracciato dal legislatore costituzionale, allo Stato è demandata in via esclusiva la tutela e la conservazione dell'ambiente, mediante la fissazione di livelli «adeguati e non riducibili di tutela» e alle Regioni, premesso il rispetto dei livelli di tutela fissati dalla disciplina statale, è consentito di esercitare le proprie competenze, concorrenti o residuali, dirette a regolare la fruizione dell'ambiente» (M. ABERTON, *Ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: il caso delle risorse idriche*, in *Amb. svil.*, 7, 2010, p. 658).

Il riparto è assicurato dalla costituzione e quindi dalla prevalenza della competenza esclusiva dello Stato in materia, a tutela dall'ambiente<sup>4</sup>.

Il legislatore statale all'art. 142 del d.lgs. 152/2006 indica i principi generali per il riparto di competenze, in base al quale, al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare spettano le funzioni dello Stato per la gestione delle risorse idriche<sup>5</sup>, fatte salve quelle assegnate all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti<sup>6</sup>.

A seguito del d.l. 6.12.2011, n. 201, parte delle competenze spettanti dall'Autorità di vigilanza ex d.l. n. 70/2011<sup>7</sup>, sono state attribuite all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> La competenza regionale in materia di acque ha ad oggetto unicamente la funzione economico produttiva, però tale competenza «incontra i limiti invalicabili posti dallo Stato a tutela dell'ambiente», M. ABERTON, op. ult. cit., pp. 663-664.

<sup>5</sup> Per una attenta analisi dell'evoluzione dell'organizzazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare anche in riferimento al modello organizzativo e agli organi e organismi di vigilanza e controllo v. P. MACERONI, *L'organizzazione amministrativa del diritto ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente, Discipline ambientali di settore*, P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), II, Padova, 2013, p. 857 ss.

<sup>6</sup> Competenze successivamente attribuite al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, a cui è subentrata poi la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, ex d.l. 28.4.2009, n. 39, art. 9-bis, co. 6, nelle competenze già attribuite all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti ai sensi dagli articoli 99, 101, 146, 148, 149, 152, 154, 172 e 174 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152.

<sup>7</sup> Alla Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche (v. nota precedente), è subentrata l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, co. 11, art. 10, d.l. n. 70/2011, «al fine di garantire l'osservanza dei principi contenuti nel d.lgs. 3.4.2006 n.152 in tema di gestione delle risorse idriche e di organizzazione del servizio idrico, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse degli utenti, alla regolare determinazione e adeguamento delle tariffe, nonché alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici».

<sup>8</sup> Art. 21, co. 19, d.l. 6.12.2011, n. 201, «con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla l. 14.11.1995, n. 481». Per le attribuzioni

Alle regioni spettano nella gestione delle risorse idriche funzioni di governo del territorio, «nel quadro delle competenze costituzionalmente determinate» e «nel rispetto delle attribuzioni dello stato». In particolare gli enti locali attraverso le Autorità d'ambito svolgono funzioni di «organizzazione del servizio idrico integrato», e «determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza», secondo quanto disposto nella parte terza del decreto legislativo citato.

A seguito della soppressione delle Autorità d'ambito disposta dal legge finanziaria n. 191, del 23.12.2009, art. 2, co. 186 bis, le regioni dovevano attribuire le funzioni esercitate da tale ente<sup>9</sup>, ed in particolare la «redazione del piano economico-finanziario» (in base al metodo tariffario predisposto dalla AEEG) e la «modulazione della tariffa», nel rispetto dei principi di sussidiarietà differenziazione e adeguatezza.

Proprio su questo ultimo punto si rinviene l'origine della controversia oggetto della pronuncia in epigrafe, secondo la Corte, la regione Veneto ha assegnato competenze spettanti allo Stato in materia di definizione dei costi della tariffa del servizio idrico integrato.

Nella fattispecie, i parametri essenziali delle componenti di costo sono normativamente predeterminati ex art. 154, co. 1 del d.lgs. 152/2006.

Su tale quadro al Ministero dell'ambiente, su proposta dell'AEEG, è demandato con decreto ministeriale definire in concreto sia le «componenti di costo» della tariffa per il servizio idrico, che il modo di «impiego» dei ricavi; mentre spetta all'Autorità il compito di

adottare il metodo tariffario e di approvare il piano economico-finanziario e la tariffa di base<sup>10</sup>.

Pertanto nella determinazione della tariffa per il servizio idrico e l'impiego dei ricavi, la regione Veneto, e più in generale quelle ordinarie non hanno competenza specifiche, neanche residuale<sup>11</sup>, se non limitatamente alla attribuzioni delle funzioni di «redazione del piano economico-finanziario» e di «modulazione della tariffa» che non può sostanzarsi in una determinazione delle tariffe, ma nella predisposizione della tariffa di base, secondo quanto stabilito nel metodo tariffario predisposto dall'AEEG, che dovrà anche approvare tale tariffa.

Discorso diverso vale per le regioni e le

<sup>10</sup> Ex art. 10, co. 14, lett. c) e d), d.l. n. 70/2011, spetta all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas «predisporre il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio «chi inquina paga», e con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia; fissa, altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe, e, nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previa intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, provvede nell'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro sessanta giorni, previa diffida all'autorità competente ad adempiere entro il termine di venti giorni». Inoltre, «approva le tariffe predisposte dalle autorità competenti», le ex Autorità d'ambito.

<sup>11</sup> Con le sentenze n. 142/2010 e n. 29/2010 la Corte costituzionale ha sancito «che non spetta alla Regione attribuirsi, la competenza di fissare le misure per la determinazione del sistema tariffario», anche nelle ipotesi di: «separazione fra gestione delle reti ed erogazione del servizio»; introduzione o modifica delle «componenti di costo della tariffa» (A. GRATANI, *Natura tributaria del prelievo ecoambientale: vaglio costituzionale e comunitario*, nota a, Corte cost., 4.2.2010, n. 29; C.cost. 24.4.2010, n. 39; CGE, 25.2.2010, in C-172/2008, in *Riv. giur. amb.*, 3-4, 2010, p. 578)

in materia trasferite all'AEEG v. il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 20.7.2012, recante «Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'art. 21, co. 19 del d.l. del 6.12.2011 n. 201»; mentre il Ministero dell'ambiente continua ad esercitare le funzioni in ambito di servizi idrici non trasferite

<sup>9</sup> A seguito dell'introduzione dell'art. 2 co. 186 bis della l. 23.12.2009, n. 191 e s.m.i. dovevano essere soppresse le Autorità d'ambito. Con l'approvazione del d.l. 22 giugno 2012 n. 83, misure urgenti per la crescita del Paese, art. 53, co. 1, lett. b), n. 6, invece tale modello organizzativo è stato salvato, ma soltanto per un breve periodo. Infatti, con il d.l. n. 179 del 18.10.2012, convertito con modif. con l. 221 del 17.12.2012, tale ente è stato definitivamente soppresso.

province autonome per le quali gli statuti speciali possono prevedere una autonoma disciplina, e quindi attribuire a tali enti competenze in materia tariffaria, v. *infra*.

### 3. La giurisprudenza della Corte e la sentenza 233/2013.

In riferimento al servizio idrico<sup>12</sup> la sentenza della Corte costituzionale n. 246 del 24.7.2009, riconduce l'attività di determinazione e riscossione della tariffa alla tutela dell'ambiente e della tutela della concorrenza.

Il legislatore statale nel determinare le componenti di costo fissa i «livelli uniformi di tutela dell'ambiente» per garantire la tutela e l'uso delle risorse idriche, secondo criteri di solidarietà, per «salvaguardare la vivibilità dell'ambiente», le «aspettative e i diritti delle generazioni future» e recuperare i costi ambientali secondo il «principio "chi inquina paga"»<sup>13</sup>.

Mentre i profili della tutela della concorrenza vengono in rilievo - Corte cost., sentenza n. 142 del 23.4.2010 -, in quanto nella «determinazione della tariffa, si persegue anche il fine di ottenere un equilibrio economico-finanziario della gestione e di assicurare all'utenza efficienza ed affidabilità del servizio»<sup>14</sup>; fine che è raggiunto determinando la

tariffa secondo un meccanismo di *price cap*<sup>15</sup>, diretto ad evitare che il concessionario unico abusi della sua posizione dominante.

Per quanto attiene invece alle competenze accordate negli statuti speciali, rileva la recente sentenza n. 233, del 23.7.2013, con cui la Corte costituzionale, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri in riferimento all'art. 1, co. 2, l. prov. Trento, n. 17, 30.7.2012<sup>16</sup>.

La norma censurata si è limitata a modificare l'art. 35, co. 1, l. prov. Trento, n. 10/2012, per adeguarlo ai criteri previsti dalla normativa statale ex art. 154 del d.lgs. 152/2006 ed a quella europea, stabilendo che la Giunta provinciale definisce i modelli tariffari del ciclo idrico relativi all'acquedotto e al servizio di fognatura, tendo conto «della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, dalla copertura dei costi d'investimento e di esercizio, del principio "chi inquina paga"».

La competenza nella determinazione della tariffa per il servizio idrico è riconosciuta alla

<sup>15</sup> Sul *price cap* la C.cost., sentenza n. 335, del 10.10.2008, in materia di servizi idrici rimanda alla sentenza n. 51, del 7.3.2008 della Corte stessa, che definisce, in altra materia, il *price cap*, come «meccanismo di regolazione della dinamica tariffaria», e non come «aiuto di Stato»; la tariffa è determinata pertanto «con una metodologia di calcolo che commisura il prezzo delle prestazioni rese dai gestori a parametri obiettivi, fondati sulla redditività dell'investimento. Di esso si avvantaggiano tutti i vettori, italiani e stranieri; manca, quindi, l'elemento della selettività che è connotato necessario della nozione di aiuto di Stato (CGCE, 6 settembre 2006, C-88/03; sentenza 1.12.1998, C-200/97)».

<sup>16</sup> L'art. 1, co. 2, della legge della Provincia autonoma di Trento 30.7.2012, n. 17, Disposizioni in materia di servizi pubblici e modificazioni della legge provinciale 31.5.2012, n. 10, in materia di iniziative per la modernizzazione del settore pubblico provinciale e per la revisione della spesa pubblica, introduce il co. 1 nell'art. 35 della legge della Provincia autonoma di Trento 27.8.1999, n. 3, Misure collegate con l'assestamento del bilancio per l'anno 1999, stabilendo che «La Giunta provinciale, d'intesa con il Consiglio delle autonomie locali, definisce i modelli tariffari del ciclo idrico relativi all'acquedotto e alla fognatura, tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, della copertura dei costi d'investimento e di esercizio, del principio «chi inquina paga». Resta ferma la potestà tariffaria dei comuni in materia di servizio pubblico di acquedotto come esercitata alla data di entrata in vigore di questo comma».

<sup>12</sup> Il servizio idrico integrato nella c.d legge Galli n. 36 del 5.1.1994, in cui viene descritto all'art. 4, co. 1, lett. f) è definito quale «insieme» di servizi pubblici «di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue». V. sul punto: A.C. BARTOCCIONI, *Il servizio idrico integrato e le procedure di determinazione delle tariffe dopo il recente risultato del referendum*, in *Gazzetta amministrativa*, 1, 2012, p. 123 ss; A. PIOGGIA, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in *Riv. dir. amb.* 1-2, 2012, p. 86 ss.; e V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in *Trattato di diritto dell'ambiente, Discipline ambientali di settore*, P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), II, Padova, 2013, p. 125 ss.

<sup>13</sup> Si rileva che il concetto di standard «uniforme» di protezione del bene ambientale è attiguo, ma distinto dalla nozione di livelli essenziali di diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio ex lett. m) dell'art. 117, cost..

<sup>14</sup> Pertanto con la determinazione della tariffa si persegue «la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio», v. ancora C.cost. n. 246, 24.07.2009.

provincia autonoma fin dalla sentenza n. 412/1994 della Corte costituzionale e non è stata sostituita dalla competenza esclusiva dello Stato in materia, in quanto la riforma del Titolo V, “*non restringe la sfera di autonomia già spettante*” alla provincia, come precisato dalla sentenza n. 357/2010 della Corte.

#### 4. Le componenti di costo della tariffa del servizio idrico integrato, dopo il referendum.

Il sistema tariffario del servizio idrico trova origine la c.d. Legge Galli, che aveva configurato la tariffa sia come mezzo per coprire i costi con i ricavi, che per realizzare fini solidaristici<sup>17</sup>.

Prima del referendum abrogativo del 2011, per il recupero dei costi il sistema per garantire l'appetibilità della gestione privata del servizio comprendeva nella tariffa “*il 7% del capitale investito*”<sup>18</sup>

A seguito del referendum abrogativo del 12 e 13.6.2011, i cui esiti sono stati proclamati con d.P.R. 18.7.2011, n. 116, la tariffa per l'utilizzo del servizio idrico integrato è declinata quale «*corrispettivo del servizio*», in ragione della sua «*qualità*», e non più in riferimento all'«*adeguatezza della remunerazione del capitale*»<sup>19</sup>.

Per inciso, “*la remunerazione del capitale investito comprende gli interessi sul debito contratto per investimenti sulla rete e sugli impianti, le tasse sul reddito, il profitto del*

*gestore*”<sup>20</sup>.

Quindi la remunerazione del capitale è differente dal costo dell'impiego dello stesso, ad es. l'interesse pagato<sup>21</sup>.

Pertanto, a seguito della scelta politica effettuata dall'elettorato in tale materia è diventato recessivo il concetto di profitto per il capitale investito, mentre può essere riconosciuto al capitale per il suo utilizzo, al pari di ogni altro fattore produttivo, il costo per l'investimento, e quindi il rimborso degli interessi e degli altri oneri pagati<sup>22</sup>.

Con delibera n. 585 del 2012 la AEEG ha approvato un nuovo metodo tariffario provvisorio<sup>23</sup>.

Secondo l'Autorità per l'energia elettrica e il gas<sup>24</sup> ciò significa che la tariffa per il servizio idrico, in base alla Comunicazione COM(2000)477, deve integralmente coprire «*tutti i costi operativi e di manutenzione e i costi di capitale*»; compresi i costi finanziari che in base al principio del *full cost recovery*: comprendono la «*quota capitale e quota interessi, nonché l'eventuale rendimento del capitale*»<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> In tal senso quanto emerge dall'analisi effettuata in [http://www.gruppohera.it/gruppo/attivita\\_servizi/busines/acqua/canale\\_acqua/tariffe\\_chiare\\_acqua/tariffachiarare/remunerazione/remunerazione\\_significato/](http://www.gruppohera.it/gruppo/attivita_servizi/busines/acqua/canale_acqua/tariffe_chiare_acqua/tariffachiarare/remunerazione/remunerazione_significato/)

<sup>21</sup> In M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2001, in <http://www.bibliotecaonline.it/manuale/3.htm>.

<sup>22</sup> V. in tal senso anche la pronuncia sull'ammissibilità del referendum effettuata dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 26 del 28.1.2011, secondo cui «*mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua*».

<sup>23</sup> Deliberazione AEEG del 28.12.2012, n. 585/2012/r/idr, regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013, versione integrata e modificata con deliberazioni 21.2.2013, 73/2013/R/idr, 28.2.2013, 88/2013/R/idr e 15.5.2013, 109/2013/R/idr.

<sup>24</sup> AEEG, deliberazione 31.1.2013, n. 38, “*Avvio di procedimento per la restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13.6.2011, con riferimento al periodo 21.7. - 31.12.2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio*”.

<sup>25</sup> “*Il rendimento del capitale investito, comunemente noto con l'acronimo inglese ROCE (return on capital*

<sup>17</sup> Art. 13, l. 5.1.1994, n. 36, disposizioni in materia di risorse idriche, per una disamina della legge v. C. GRECO, U. MASTELLONI, *La nuova legge sulle risorse idriche: L. 5.1.1994, n. 36: guida operativa*, Roma, 1994, *passim*.

<sup>18</sup> Sul punto v. F. TESTELLA, *Tariffa idrica: aspettative fallite e potenzialità attuali derivanti dall'esperienza regionale dell'Emilia Romagna*, in *Riv. giuri. amb.*, 3-4, 2012, p. 457 e ss.

<sup>19</sup> In base all'art. 154, co. 1 d.lgs. 152/2006 la tariffa è determinata tenendo conto della “*qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio di «chi inquina paga*”.

Sul punto si è avuta qualche perplessità in ordine alla compatibilità della residuale nozione di “*remunerazione del capitale*”, contenuta nel d.m. 1.8.1996, con l’attuale contesto normativo e giurisprudenziale seguito al referendum del 2011<sup>26</sup>.

Infatti, sebbene tale d.m, sia ancora vigente, dallo stesso appare espunto, per contrasto con il d.P.R. 116/2011, la remunerazione del capitale quale componente di costo della tariffa<sup>27</sup>.

### 5. Considerazioni conclusive.

Con la pronuncia in epigrafe la Corte costituzionale ha ribadito il principio in base al quale in materia di determinazione della tariffa nel servizio idrico è di competenza esclusiva dello Stato, al fine di garantire un livello uniforme di tutela dell’ambiente e di tutela della concorrenza; a seguito del referendum abrogativo vi è stata una modifica delle componenti di costo che possono essere indicante nella tariffa; nonostante ciò, sull’esatta de-

terminazione delle componenti di costo e sulla loro regolamentazione non vi è ancora una visione comune, circostanza che può comportare prevedibili ricadute negative in sede di applicazione della nuova normativa.

---

*employed) è un indice economico dell'efficienza e la redditività degli investimenti dei capitali di un'azienda. Fornisce delle informazioni su come un'azienda sta utilizzando i capitali per generare il reddito. Il calcolo del ROCE si ottiene dividendo il profitto al lordo degli oneri finanziari e delle imposte (reddito operativo aziendale o EBIT) per la differenza fra le attività totali e le passività correnti”, Rendimento del capitale investito, Da Wikipedia, l'enciclopedia libera, in [http://it.wikipedia.org/wiki/Rendimento\\_del\\_capitale\\_investito](http://it.wikipedia.org/wiki/Rendimento_del_capitale_investito).*

<sup>26</sup> Il Consiglio di Stato, con parere, n. 267, del 25.1.2013 pur assentendo al contenuto alla delibera n. 38/2013 dell’AEEG, nel “rispetto del complessivo ed articolato quadro normativo che, sul piano nazionale ed europeo, regola i criteri calcolo della tariffa, in specie imponendo che si assicuri la copertura dei costi” afferma che l’Autorità dovrà tenere conto degli esiti del referendum “nello svolgimento dei conseguenti ed autonomi apprezzamenti tecnici”.

<sup>27</sup> Sia nella pronuncia indicata alla nota precedente che nella sentenza del TAR Toscana n. 436, del 21.3.2013, le componenti di costo che si riferiscono al fattore di remunerazione del capitale, previsto dal d.m. 1.8.1996 del Ministero dell’ambiente (Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato), sono ritenute illegittime per contrasto con il d.P.R. 116/2011, a seguito di referendum popolare, del co. 1 dell’art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, in materia di determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all’adeguata remunerazione del capitale investito.

## GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 23.7.2013 n. 230

**Giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 6 co. 19, del d.l. 6.7.2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario).**

... ha impugnato, fra l'altro, l'art. 6, co. 19, del d.l. 6.7.2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario), convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 135, per violazione del principio di leale collaborazione; dell'art. 53 della legge cost. 26.2.1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), nonché degli artt. 3, primo comma, lettera p), 4, primo comma, lettere f) e g), e 6 dello stesso statuto speciale, quest'ultimo articolo in relazione all'art. 3 e all'art. 1, co. 837, della l. 27.12.2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007). 1.1.- Restano riservate ad altre decisioni le ulteriori questioni promosse col medesimo ricorso dalla Regione autonoma Sardegna. 2. - Con ordinanza letta nella pubblica udienza del 18.6.2013 e allegata alla presente sentenza, è stato dichiarato inammissibile l'intervento spiegato nel giudizio dalla Compagnia Italiana di Navigazione s.p.a. (C.I.N.). 3.- La norma censurata prevede che «Le convenzioni, di cui all'art. 1, co. 5 bis, lett. f), del d.l. 5.8.2010, n. 125 (Misure urgenti per il settore dei trasporti e disposizioni in materia finanziaria), convertito con modificazioni dalla legge 1.10.2010, n. 163, stipulate con i soggetti aggiudicatari dei compendi aziendali, si intendono approvate e producono effetti a far data dalla sottoscrizione. Ogni successiva modificazione ovvero integrazione delle suddette convenzioni è approvata con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le regioni interessate». 3.1.- La disposizione, secondo la ricorrente, determinerebbe l'esclu-

sione della Regione dal procedimento avente ad oggetto le convenzioni con i soggetti che gestiscono il servizio di trasporto marittimo fra la Sardegna e il continente. L'esclusione sarebbe totale nella parte in cui si prevede che tali convenzioni si intendano approvate e producano effetti a far data dalla sottoscrizione senza la partecipazione della Regione e sarebbe parziale nella parte in cui si prevede che le successive modificazioni o integrazioni siano approvate una volta che le regioni interessate siano state semplicemente «sentite», senza che di esse sia acquisita l'intesa. Pertanto, la norma censurata, proprio in una materia di sicura spettanza regionale, escludendo la Regione dal procedimento approvativo delle convenzioni ad oggi sottoscritte e riducendola al ruolo di soggetto meramente udito nel successivo ed eventuale procedimento di integrazione e modificazione delle convenzioni stesse, violerebbe il principio di leale collaborazione. Secondo la prospettazione della ricorrente, la disposizione impugnata si porrebbe altresì in contrasto con le seguenti disposizioni dello statuto speciale: a) l'art. 53, che impone la diretta partecipazione della Regione ai procedimenti che interessano i trasporti da e per il continente; b) l'art. 3, co. 1 lett. p), che riconosce alla Regione potestà legislativa esclusiva nella materia «turismo», in quanto è specifico interesse regionale assicurare collegamenti efficienti ed economici tra le regioni e il continente, tali da alimentare l'industria turistica; c) l'art. 4, primo comma, lett. f) e g), che attribuisce alla Regione la competenza legislativa concorrente nelle materie «linee marittime ed aeree di cabotaggio fra i porti e gli scali della Regione» e «assunzione di pubblici servizi», sia in quanto lo stato dei collegamenti di cabotaggio è condizionato dai collegamenti da e per il continente, sia in quanto tali collegamenti sono servizi pubblici; d) l'art. 6, in relazione all'art. 3 e all'art. 1, comma 837, della l. n. 296 del 2006, perché impedisce alla Regione l'esercizio delle funzioni (sia legislative che amministrative) nella materia «continuità territoriale» che ad essa è stata

trasferita da quest'ultima legge. 3.2.- Secondo la difesa dello Stato non si ravviserebbe alcuna violazione delle prerogative regionali, in quanto, da un lato, la norma impugnata sarebbe volta ad assicurare il conseguimento degli obiettivi di privatizzazione imposti dalle disposizioni di cui all'art. 19-ter del d.l. 25.9.2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166, miranti ad adeguare «l'ordinamento nazionale ai principi comunitari in materia di cabotaggio marittimo e liberalizzazione delle relative rotte» e, dall'altro lato, è previsto che ogni successiva modificazione o integrazione delle suddette convenzioni sia approvata con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le regioni interessate. 4.- La questione proposta è in parte inammissibile e in parte fondata. 5.- E' opportuno ricostruire il quadro normativo di riferimento rilevante al fine della risoluzione della questione di costituzionalità sollevata. 5.1.- A seguito della privatizzazione del Gruppo Tirrenia - originariamente partecipato al 100% da Fintecna s.p.a., a sua volta interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze - che operava nel settore di cabotaggio marittimo offrendo servizi di collegamento con le isole maggiori e minori, attraverso Tirrenia di Navigazione s.p.a. e Siremar-Sicilia regionale marittima s.p.a., il 18.7.2012 si è proceduto alla sottoscrizione di una nuova convenzione («Convenzione per l'esercizio di servizi di collegamento marittimo in regime di pubblico servizio con le isole maggiori e minori, stipulata ai sensi dell'art. 1, co. 998, della l. 27.12.2006, n. 296 e dell'art. 19-ter del d.l. n. 135 del 2009 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166 del 2009») tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la Compagnia Italiana di Navigazione s.p.a. (C.I.N.), che aveva acquisito il ramo d'azienda di Tirrenia di Navigazione s.p.a. 5.2.- Le modalità e le condizioni di svolgimento del servizio pubblico di collegamento marittimo esercitato da quest'ultima erano regolate dalla convenzione di pubblico servizio stipulata il 30.7.1991, successivamente modificata ed integrata con l'atto modificativo di convenzione del

22.6.1994 e con l'atto separato di convenzione del 13.12.1995 (Linee e porti da servire, tipologia e capacità delle navi, frequenze e tariffe da osservare, sovvenzione annua corrisposta dallo Stato alle società Tirrenia e Siremar). Tale convenzione (di durata ventennale) è stata prorogata per legge sino al 31.12.2009, con l'art. 26 del d.l. 30.12.2008, n. 207 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti), convertito, con modificazioni, dalla l. 27.2.2009, n. 14, successivamente sino al 30.9.2010, con l'art. 19-ter del d.l. n. 135 del 2009, e, da ultimo, fino al completamento della procedura di privatizzazione, con l'art. 1, co. 5 bis, del d.l. n. 125 del 2010. 5.3.- L'art. 19 ter del d.l. n. 135 del 2009 ha previsto, al comma 9, la stesura di uno schema di nuova convenzione con la Tirrenia di Navigazione s.p.a. (da approvare, entro il 31 dicembre 2009, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, e, in fatto, approvata il 10.3.2010), costituente uno degli atti di gara per la privatizzazione della società, regolamentata dal medesimo articolo. 5.4.- L'art. 1, comma 5-bis, del d.l. n. 125 del 2010, poi, sempre «al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di privatizzazione di cui all'art. 19 ter del d.l. 25.9.2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166 [...] tenuto conto della intervenuta ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria della Tirrenia di navigazione S.p.a.», alla lettera f), ha «fatto salvo» lo schema di convenzione in questione, ed ha, inoltre, individuato i soggetti legittimati a stipulare la relativa convenzione: il Ministero concedente e i soggetti che sarebbero risultati aggiudicatari dei compendi aziendali della predetta società. 6.- Tanto premesso sul contesto normativo nel quale si innesta la disposizione impugnata, l'esame del ricorso deve essere condotto separatamente per i due periodi di cui la norma è composta. 7. Quanto al primo periodo del co. 19 dell'art. 6 del d.l. n. 95 del 2012, il quale prevede che «le convenzioni, di cui all'art. 1, co. 5 bis, lett. f), del d.l. 5.8.2010, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla l. 1.10.2010, n. 163, stipulate con i soggetti aggiudicatari dei compendi aziendali, si intendono approvate e producono effetti a far data dal-

la sottoscrizione», il ricorso è inammissibile.

7.1.- La disposizione non introduce alcun elemento nuovo e ulteriore in ordine al contenuto delle convenzioni e alla individuazione dei soggetti coinvolti nel relativo iter formativo. Tali profili sono già oggetto di compiuta disciplina da parte dell'art. 1, co. 5-bis, lett. f), del d.l. n. 125 del 2010, il quale, come sopra evidenziato, ha cristallizzato il contenuto degli schemi di convenzione, già costituenti atti di gara nella procedura di privatizzazione di Tirrenia di Navigazione s.p.a. e approvati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. A fronte di tale disciplina, che ha già fissato integralmente il contenuto delle convenzioni, la disposizione in esame si limita a prevedere, al fine di assicurare certezza sulla definizione della procedura di privatizzazione, l'approvazione ope legis delle convenzioni stipulate con i soggetti aggiudicatari dei compensi aziendali (come espressamente esposto, nella seduta del 10 agosto 2012, dal Presidente della IX Commissione – Trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati, chiamata ad esprimere il proprio parere alla Commissione Bilancio in merito al disegno di legge di conversione del d.l. n. 95 del 2012), individuando il momento (la data della sottoscrizione) a partire dal quale le stesse producono effetti. E' pertanto evidente la natura meramente ricognitiva della disposizione in esame: essa nulla aggiunge al contenuto delle convenzioni, e cioè al profilo al quale attiene la lamentata lesione delle competenze regionali.

7.2. - Ne deriva, come questa Corte ha chiarito in casi analoghi (sentenze n. 346 del 2010 e n. 401 del 2007), il difetto, in capo alla ricorrente, di un diretto e attuale interesse a sostenere l'impugnazione proposta, e la conseguente inammissibilità di quest'ultima.

8.- Quanto al secondo periodo del co. 19 dell'art. 6 del d.l. n. 95 del 2012, secondo cui «ogni successiva modificazione ovvero integrazione delle suddette convenzioni è approvata con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le regioni interessate», il ricorso è fondato.

9.- Va preliminarmente chiarito che la materia in esame è ascrivibile in prevalenza alla «tutela della con-

correnza», di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

9.1.- Difatti, l'art. 19 ter del d.l. n. 135 del 2009 ha indicato espressamente la finalità perseguita dalla disciplina introdotta con tale norma, quella, cioè, di «adeguare l'ordinamento nazionale ai principi comunitari in materia di cabotaggio marittimo e di liberalizzazione delle relative rotte». E' pur vero che nella giurisprudenza di questa Corte «si è più volte affermato che, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, la qualificazione legislativa non vale ad attribuire alle norme una natura diversa da quelle ad esse propria, quale risulta dalla loro oggettiva sostanza» (ex multis, sentenze n. 164 del 2012, n. 182 del 2011 e n. 247 del 2010), ma, posto che «per individuare la materia alla quale devono essere ascritte le disposizioni oggetto di censura, deve farsi riferimento all'oggetto ed alla disciplina delle medesime, tenendo conto della loro ratio e tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (sentenze n. 430, n. 196 e n. 165 del 2007)» (sentenza n. 207 del 2010), in questo caso l'inquadramento nell'ambito della competenza statale in tema di «tutela della concorrenza» appare corretto.

9.2.- Il concetto di concorrenza ha, infatti, 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 di questa Corte (ex multis, sentenze n. 270 e n. 45 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007). Come già chiarito in altre occasioni, vanno, dunque, ricondotte a tale materia le norme che perseguono «anche il fine di ottenere un equilibrio economico-finanziario della gestione e di assicurare all'utenza efficienza ed affidabilità del servizio» (sentenze n. 142 e n. 29 del 2010, n. 246 del 2009, n. 335 e n. 51 del 2008), come, appunto, la disposizione in esame.

9.3.- Non vale a contrastare tale inquadramento quanto dedotto dalla ricorrente in ordine alla sussistenza di una competenza amministrativa della Regione in materia di «continuità territoriale», ad essa trasferita dall'art. 1, co. 837, della l. n.

296 del 2006; trasferimento che comporterebbe l'analoga estensione della competenza legislativa regionale, ai sensi dell'art. 6 dello statuto speciale. Si deve infatti rilevare che tale trasferimento è stato oggetto di una scelta del legislatore nazionale e che pertanto nulla impedisce che lo stesso legislatore possa, con successivo atto normativo, modificare tale assetto di attribuzioni di funzioni: ciò è avvenuto appunto con la norma impugnata. 10.- Tanto premesso, il ricorso, nella parte riguardante il secondo periodo del comma impugnato, deve ritenersi, tuttavia, fondato quanto alla violazione del principio di leale collaborazione e dell'art. 53 dello statuto speciale, pure dedotta dalla Regione. 10.1.- Difatti, la determinazione delle modalità e delle condizioni di svolgimento del servizio di collegamento marittimo avente ad oggetto in particolare la Regione autonoma Sardegna è espressione di un potere, sì, statale, in quanto pertinente alla concorrenza, ma che tocca direttamente un interesse differenziato della Regione e che interferisce in misura rilevante sulle scelte rientranti nelle competenze della medesima, quali il turismo e l'industria alberghiera. Orbene, in presenza di una simile sovrapposizione di competenze, come evidenziato in altre occasioni da questa Corte, il legislatore statale avrebbe dovuto attribuire adeguato rilievo al principio di leale collaborazione, «le cui potenzialità precettive si manifestano compiutamente negli ambiti di intervento nei quali s'intrecciano interessi ed esigenze di diversa matrice» (sentenza n. 33 del 2011). E l'applicazione di questo canone impone alla legge statale di predisporre adeguate modalità di coinvolgimento delle Regioni a salvaguardia delle loro competenze. 10.2.- Tali modalità sono nella specie delineate dall'art. 53 dello statuto speciale, secondo il quale «la Regione è rappresentata nella elaborazione delle tariffe ferroviarie e della regolamentazione dei servizi

nazionali di comunicazione e trasporti terrestri, marittimi ed aerei che possano direttamente interessarla». Esso richiede una reale e significativa partecipazione della Regione alla elaborazione delle tariffe e alla regolamentazione dei servizi nazionali di comunicazione con l'isola. Siffatta partecipazione non è garantita dalla formula «sentite le regioni interessate» della norma censurata, che si limita ad imporre la mera acquisizione del parere, risultando, invece, necessario un procedimento che assicuri un efficace coinvolgimento della Regione e che evoca, quindi, la figura dell'intesa fra i due enti. 11.- Deve, pertanto, essere dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 19, secondo periodo, del d.l. n. 95 del 2012, nella parte in cui non contiene, dopo le parole «sentite le regioni interessate», le parole «e d'intesa con la Regione Sardegna». per questi motivi La Corte Costituzionale riservata a separate pronunce la decisione delle ulteriori questioni di legittimità del d.l. 6.7.2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario), convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 135; 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 19, secondo periodo, del d.l. n. 95 del 2012, nella parte in cui non contiene, dopo le parole «sentite le regioni interessate», le parole «e d'intesa con la Regione Sardegna»; 2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 19, primo periodo, del d.l. n. 95 del 2012, promossa, in riferimento al principio di leale collaborazione nonché agli artt. 3, co. 1 lett. p), 4, primo comma, lettere f) e g), 6 e 53 della legge costituzionale 26.2.1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), dalla Regione autonoma Sardegna, con il ricorso in epigrafe.

«.....GA.....»

# SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **IN G.U. IL DIVIETO DI UTILIZZO DELLE SIGARETTE ELETTRONICHE NEI LOCALI CHIUSI DELLE ISTITUZIONI SCOLASTICHE**

*Entra in vigore dal 30.7.2013 e avrà efficacia per dodici mesi l'ordinanza del Ministero della Salute pubblicata in data 29.7.2013 sulla Gazzetta Ufficiale che ribadisce il divieto di vendita ai minori delle sigarette elettroniche e ne vieta altresì l'utilizzo nei locali chiusi delle istituzioni scolastiche statali e paritarie e dei centri di formazione professionale. (Ministero della salute, ordinanza 26.6.2013. Divieto di vendita ai minori di sigarette elettroniche con presenza di nicotina e divieto di utilizzo nei locali chiusi delle istituzioni scolastiche. (13A06442) (GU Serie Generale n.176 del 29.7.2013).*

«..... GA.....»

### **LA CONSULTA SBLOCCA LE AZIONI ESECUTIVE CONTRO DELLE AZIENDE SANITARIE LOCALI O OSPEDALIERE**

*Dichiarata l'incostituzionalità della legge che prevede che nelle Regioni commissariate non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali o ospedaliere sino al 31.12.2013 ed i pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle Regioni La vicenda all'attenzione della Corte Costituzionale prende le mosse dalle ordinanze, ben quattro del TAR della Campania e un'ordinanza del Tribunale ordinario di Napoli hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 51, della l. 13.12.2010, n. 220 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato -*

*Legge di stabilità 2011), come modificato dall'art. 17, co. 4, lett. e), del d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111 nella parte in cui prevede che, nelle Regioni già commissariate in quanto sottoposte a piano di rientro dai disavanzi sanitari, sottoscritto ai sensi della l. 30.12.2004, n. 311 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2005), non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali o ospedaliere sino al 31.12.2012 ed i pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle Regioni alle aziende sanitarie di cui sopra, effettuati prima della data di entrata in vigore del d.l. 25.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, non producono effetti sino al 31.12.2012 e non vincolano gli enti del servizio sanitario regionale. La Consulta ha ritenuto fondata la questione rilevando come già ha più volte la stessa Corte ha affermato che un intervento legislativo - che di fatto svuota di contenuto i titoli esecutivi giudiziali conseguiti nei confronti di un soggetto debitore - può ritenersi giustificato da particolari esigenze transitorie qualora, per un verso, siffatto svuotamento sia limitato ad un ristretto periodo temporale (sentenze n. 155 del 2004 e n. 310 del 2003) e, per altro verso, le disposizioni di carattere processuale che incidono sui giudizi pendenti, determinandone l'estinzione, siano controbilanciate da disposizioni di carattere sostanziale che, a loro volta, garantiscano, anche per altra via che non sia quella della esecuzione giudiziale, la sostanziale realizzazione dei diritti oggetto delle procedure estinte (sentenze n. 277*

del 2012 e n. 364 del 2007). Viceversa, la disposizione ora censurata, la cui durata nel tempo, inizialmente prevista per un anno, già è stata, con due provvedimenti di proroga adottati dal legislatore, differita di ulteriori due anni sino al 31.12.2013, oltre a prevedere, nella attuale versione, la estinzione delle procedure esecutive iniziate e la contestuale cessazione del vincolo pignoratizio gravante sui beni bloccati ad istanza dei creditori delle aziende sanitarie ubicate nelle Regioni commissariate, con derivante e definitivo accollo, a carico degli esecutanti, della spese di esecuzione già affrontate, non prevede alcun meccanismo certo, quantomeno sotto il profilo di ordinate procedure concorsuali garantite da adeguata copertura finanziaria, in ordine alla soddisfazione delle posizioni sostanziali sottostanti ai titoli esecutivi inutilmente azionati.

Essa, pertanto, si pone, in entrambe le sue versioni, in contrasto con l'art. 24 cost. in quanto, in conseguenza della norma censurata, vengono vanificati gli effetti della tutela giurisdizionale già conseguita dai numerosi creditori delle aziende sanitarie procedenti nei giudizi esecutivi.

Costoro non soltanto si trovano, in alcuni casi da più di un triennio, nella impossibilità di trarre dal titolo da loro conseguito l'utilità ad esso ordinariamente connessa, ma debbono, altresì, sopportare, in considerazione del-

la automatica estinzione (o, nella versione precedente, della inefficacia) delle procedure esecutive già intraprese e della liberazione dal vincolo pignoratizio dei beni già asserviti alla procedura, i costi da loro anticipati per l'avvio della procedura stessa.

Né, nel caso che interessa, si verifica la condizione che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, rende legittimo il blocco delle azioni esecutive, cioè la previsione di un meccanismo di risanamento che, come detto, canalizzi in una unica procedura concorsuale le singole azioni esecutive, con meccanismi di tutela dei diritti dei creditori che non si rinvergono nei piani di rientro cui la disposizione fa riferimento, sicché la posizione sostanziale dei creditori trovi una modalità sostitutiva di soddisfazione.

La disposizione in esame, infatti, non contiene la disciplina di tale tipo di procedura né identifica le risorse finanziarie da cui attingere per il suo eventuale svolgimento. Va, altresì, considerata la circostanza che, con la disposizione censurata, il legislatore statale ha creato una fattispecie di *ius singulare* che determina lo sbilanciamento fra le due posizioni in gioco, esentando quella pubblica, di cui lo Stato risponde economicamente, dagli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziaria, con violazione del principio della parità delle parti di cui all'art. 111 cost. (Corte Costituzionale 186/2013).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# NUOVE MISURE ANTICORRUZIONE: INCONFERIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ DI INCARICHI PRESSO PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL SETTORE SANITARIO

dell'Avv. Gianluca Piccinni

*Nuove norme in materia di anticorruzione nella pubblica amministrazione - Introduzione della inconferibilità di incarichi pubblici in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, per soggetti provenienti da enti di diritto privato finanziati da pubbliche amministrazioni e per componenti di organo di indirizzo politico.*

New rules on anti-corruption in the public administration that consist in the impossibility of giving public office if convicted for crimes against the public administration, for individuals from private sector bodies funded by public administrations and for political member.

*Sommario: 1. Premessa: La nuova disciplina in materia di inconferibilità nel settore sanitario prevista dal d.lgs. n. 39 del 2013. 2. Ambito applicativo d.lgs. 8/04/2013 n. 9. 3. I casi di inconferibilità e incompatibilità - Criticità. 4. Nullità degli incarichi in violazione delle norme sull'inconferibilità.*

### **1. Premessa.**

La nuova disciplina in materia di inconferibilità nel settore sanitario prevista dal d.lgs. n. 39 del 2013.

Con il d.lgs. 8.4.2013, n. 39, il Governo ha dato attuazione alla delega contenuta nei co. 49 e 50 dell'art. 1 della l. 6.11.2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) disciplinando la materia dell'inconferibilità e dell'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati di diritto pubblico.

Per prevenire e tutelare le pubbliche amministrazioni dal rischio di corruzione e di conflitto di interessi, il legislatore ha introdotto la figura dell'inconferibilità ed ha meglio disciplinato le norme sulla incompatibilità.

Quest'ultima comporta l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto pri-

vato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico (art. 1, co. 2, lett. h).

Inconferibilità, invece, è un nuovo meccanismo, che, come emerge all'art. 1, co. 2, lett. g) d.lgs. cit. opera una preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi ad una serie di categorie di persone che, per le condotte poste in essere o per le funzioni ricoperte, offrono meno garanzie in termini di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione.

Dunque, l'inconferibilità pone alcuni divieti all'accesso agli incarichi di vertice nella p.a., mentre le cause di incompatibilità comportano soltanto la necessità di scegliere uno dei due incarichi tra loro incompatibili.

### **2. Ambito applicativo.**

L'art. 1, co. 2, lett. a) d.lgs. cit include tra le pubbliche amministrazioni anche le autori-

tà amministrative indipendenti che, viceversa, sembrano escluse dall'ambito di applicazione del d.lgs. 39/2013 e, precisamente dall'art. 2, comma 1, che circoscrive il perimetro applicativo alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. 165/01, ivi compresi gli enti pubblici, nonché gli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Ai sensi di tale disposizione *“per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al d.lgs. 30/7/1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI”*.

Per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di bene e servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Il perimetro degli enti privati è individuato non solo in base alla sottoposizione a controllo pubblico, ma anche al tipo di attività svolta: funzioni amministrative, produzione di beni e servizi a favore di pubbliche amministrazioni o gestione di servizi pubblici.

La definizione utilizzata per individuare le attività sembra circoscriverle a quelle di natura amministrativa o economica, rendendo quindi opportuno valutare se siano comprese attività di altra natura come quelle di regolazione, di ricerca o culturali e ricreative.

In base all'art. 2359 c.c. si considerano società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le so-

cietà in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

L'art. 2359 c.c. definisce, oltre alla categoria delle società controllate, anche quella delle società collegate, che, però, non è richiamata dall'art. 1 del decreto in esame.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

Poiché dal riferimento al controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. discende la forma societaria del soggetto controllato non appare chiaro quali siano *“gli altri enti di diritto privato”* ai quali la disposizione si riferisce.

Inoltre, non viene chiarito se il riferimento agli enti nei quali le pubbliche amministrazioni non hanno partecipazione azionaria, ma poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi, riguardi solo gli enti aventi forma societaria o anche quelli che non hanno tale forma.

### **3.I casi di inconferibilità e incompatibilità - Criticità.**

Già da questa breve introduzione emerge chiaramente che lo strumento dell'inconferibilità nel settore sanitario, cui è circoscritto questo contributo, riveste una peculiare portata innovativa ed, anzi, segna un radicale cambio di prospettiva.

In primo luogo, infatti, la disciplina previgente, contenuta nell'art. 3, co. 9, d.lgs. 502/1992 ed abrogata dall'art. 23 d.lgs. n. 39/2013, non prevedeva affatto condizioni ostative né all'assunzione di incarichi dirigenziali nelle ASL né al passaggio da tali incarichi alla politica.

In effetti, il direttore generale poteva essere eletto come membro del Parlamento e dei

Consigli comunali, provinciali e regionali con il solo "limite" di dover cessare anticipatamente dall'incarico almeno centottanta giorni prima della data di scadenza dei suddetti organi: più che di un limite al diritto di elettorato passivo, sembra trattarsi di una modalità con cui esercitare tale diritto.

Tant'è vero che, in caso di scioglimento anticipato delle suddette assemblee, il direttore generale poteva essere eletto anche cessando dalle proprie funzioni entro i sette giorni successivi al provvedimento di scioglimento.

In secondo luogo, tali norme riguardavano soltanto il direttore generale, mentre il d.lgs. n. 39/2013 estende la propria portata anche al direttore sanitario e a quello amministrativo.

Dunque, il decreto legislativo in esame, ponendo una serie di divieti all'assunzione di tali incarichi, si pone su una frontiera di maggior tutela dell'interesse pubblico.

Tuttavia, poiché tra i principi e i criteri direttivi della l.delega n. 190/2012 non figura la riduzione delle cause di ineleggibilità stabilite dalla legislazione vigente, la scelta di abrogare l'art. 3, co. 9, d.lgs. 502/1992 potrebbe sollevare problemi di costituzionalità per eccesso di delega.

Ciò anche in considerazione del fatto che la conservazione del meccanismo di ineleggibilità avrebbe contribuito ulteriormente a realizzare gli obiettivi di lotta alla corruzione e al conflitto di interessi che appunto ispirano la legge delega.

Passando a considerare i singoli casi di inconferibilità, il primo è previsto dall'art. 3, co. 1, lett. e) secondo cui non possono assumere gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale le persone che siano state condannate, sebbene con sentenza non definitiva, per un delitto dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Per espressa disposizione del co. 7 dell'art. 3, alla sentenza di condanna è equiparata quella di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.

La formulazione letterale di questa disposizione lascia intendere che siano produttive di inconferibilità anche le condanne intervenute dopo l'entrata in vigore del decreto per

fatti commessi antecedentemente.

In senso contrario, tuttavia, si potrebbe sostenere che l'inconferibilità, essendo conseguenza della condanna penale, faccia parte delle "sanzioni" conseguenti ad un fatto di reato e che, quindi, debba trovare applicazione il divieto di retroattività sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso").

Conseguentemente, l'inconferibilità pregiudicherebbe soltanto le persone condannate per delitti contro la pubblica amministrazione commessi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 39/2013.

Se la condanna riguarda i reati di peculato (ad eccezione del peculato d'uso), concussione, corruzione per atto d'ufficio e corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio oppure uno dei casi di cui all'art. 3 della l. n. 1383/1941 (contenente peculiari fattispecie di reato a carico dei militari della Guardia di Finanza), l'inconferibilità è di natura permanente nei casi in cui sia stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare o la cessazione del rapporto di lavoro autonomo.

Invece, qualora l'interdizione dai pubblici uffici sia temporanea, l'inconferibilità deve avere la stessa durata dell'interdizione. Negli altri casi l'inconferibilità degli incarichi ha la durata di 5 anni.

Se la persona è condannata per uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione non rientrante nelle fattispecie appena riportate, la disciplina è la medesima, con la sola eccezione che l'inconferibilità non potrà avere la durata fissa di 5 anni, bensì dovrà essere di durata pari al doppio della pena inflitta e, comunque, non superiore a 5 anni.

Qualora l'interdizione sia temporanea, al dirigente di ruolo, per la durata del periodo di inconferibilità, possono essere conferiti incarichi diversi da quelli che comportino l'esercizio delle competenze di amministrazione e gestione, a meno che il rapporto sia

stato sospeso o sia cessato.

È in ogni caso esclusa la possibilità che al condannato siano conferiti incarichi relativi ad uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, alla concessione di ausili finanziari o di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati, nonché di incarichi che comportano esercizio di vigilanza o controllo. In caso di impossibilità per l'amministrazione di conferire incarichi compatibili con tali disposizioni, il dirigente viene posto a disposizione del ruolo senza incarico per il periodo di inconfiribilità.

Qualora il soggetto condannato per uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sia un soggetto esterno all'amministrazione (o all'ente pubblico o all'ente di diritto privato in controllo pubblico) che abbia stipulato con la stessa un contratto di lavoro autonomo o subordinato, restano sospesi sia tali contratti sia l'incarico di direttore generale, sanitario o amministrativo per un lasso di tempo pari a quello dell'inconfiribilità. Per tale periodo di sospensione non spetta alcun trattamento economico. Decorso il periodo di sospensione, l'amministrazione valuta se persista ancora l'interesse all'esecuzione dell'incarico, anche in relazione al tempo trascorso e sempre che non sia spirato il termine finale del contratto.

In caso di successiva sentenza di proscioglimento, anche non definitiva, il co. 5 dell'art. 3 prevede espressamente che la situazione di inconfiribilità eventualmente pronunciata cessa di diritto.

Un secondo ambito di inconfiribilità, previsto dall'art. 5, riguarda coloro che, nei due anni precedenti al conferimento dell'incarico, abbiano ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale.

Tale disposizione non precisa espressamente se l'inconfiribilità riguardi solo l'incarico di direttore generale, sanitario o amministrativo relativo ad un'ASL rientrante nella stessa Regione che finanzia l'ente di cui fa parte l'incaricato o si estenda anche ad incarichi relativi ad ASL di Regioni diverse.

Quest'ultima opzione interpretativa trova conforto nel confronto con il comma 4

dell'art. 8, nel quale l'inconfiribilità colpisce coloro che *“abbiano fatto parte della giunta o del consiglio della regione interessata”*.

La mancanza di tale specificazione all'interno dell'art. 5 potrebbe indurre a sostenere che si abbia inconfiribilità anche nei confronti di soggetti appartenenti ad enti regolati o finanziati da Regioni diverse rispetto a quelle di cui fanno parte le ASL cui si riferiscono le conferende dirigenze.

Tuttavia, tale conclusione non appare condivisibile perché l'art. 1, co. 50, lett. b) della legge delega prevede espressamente che l'amministrazione che controlla o finanzia l'ente deve essere la stessa che conferisce l'incarico. Diversamente, il diritto di concorrere alla dirigenza di ASL verrebbe ad essere eccessivamente penalizzato.

Inoltre, qualora la Regione che finanzia l'ente e quella in cui rientra l'ASL dovessero essere necessariamente differenti, il limite minimo dei due anni tra la fine dell'incarico nell'ente e il conferimento della direzione di ASL diventerebbe ultroneo. Quindi, appare preferibile sostenere che l'inconfiribilità si abbia solo nei casi di identità tra Regione che regola o finanzia l'ente e Regione nel cui ambito territoriale rientra l'ASL.

Un'ulteriore e più dettagliata disciplina è stata pensata per limitare l'influenza della politica. Al riguardo, l'art. 1, co.50, lett. c) della l. delega indica i seguenti principi e criteri direttivi: *“c) disciplinare i criteri di conferimento nonché i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali ai soggetti estranei alle amministrazioni che, per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive. I casi di non conferibilità devono essere graduati e regolati in rapporto alla rilevanza delle cariche di carattere politico ricoperte, all'ente di riferimento e al collegamento, anche territoriale, con l'amministrazione che conferisce l'incarico”*.

In attuazione di tale delega, l'art. 8 d.lgs. n. 39/2013 ha stabilito che non possono assumere l'incarico di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle ASL le seguenti categorie:

- persone che nei cinque anni precedenti siano stati candidati in elezioni europee, nazionali, regionali e locali, in collegi elettorali che comprendano il territorio della ASL;

- persone che nei due anni precedenti abbiano esercitato la funzione di Presidente del Consiglio dei ministri o di Ministro, Viceministro o sottosegretario nel Ministero della salute o in altra amministrazione dello Stato o di amministratore di ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico nazionale che svolga funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario nazionale;

- persone che nell'anno precedente abbiano esercitato la funzione di parlamentare;

- persone che nei tre anni precedenti abbiano fatto parte della giunta o del consiglio della regione interessata ovvero abbiano ricoperto la carica di amministratore di ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico regionale che svolga funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario regionale;

- persone che, nei due anni precedenti, abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, il cui territorio è compreso nel territorio della ASL.

Ebbene, poiché la legge delega circoscrive l'inconferibilità ai soggetti che *“abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive”*, la sua estensione anche a coloro che sono stati soltanto candidati alle elezioni potrebbe configurare un eccesso di delega.

In ogni caso, appare irragionevole prevedere per i candidati un aumento del limite temporale fino a cinque anni prima del conferimento della dirigenza ASL, mentre, per incarichi effettivamente ricoperti e ben più incisivi sulle scelte nel settore sanitario (come quello di membro della Giunta o del Consiglio regionale), il lasso di tempo necessario per poter assumere la direzione di un'ASL è soltanto di tre anni.

Altro aspetto che suscita qualche perplessità consiste nella necessità (ai fini dell'inconferibilità) che il territorio dell'ASL sia compreso in quello della Provincia o del Comune delle cui Giunte o Consigli faccia parte il soggetto aspirante alla direzione ASL.

Infatti, come risulta dal sopra riportato co. 50 dell'art. 1 della legge delega, il *“collegamento, anche territoriale, con l'amministrazione che conferisce l'incarico”* costituisce soltanto un criterio di graduazione dei casi di inconferibilità e non di selezione degli stessi.

Di conseguenza, si potrebbe ritenere che sarebbe stata più fedele alla legge delega una disposizione che avesse previsto, da un lato, l'inconferibilità indipendentemente dall'identità dei territori tra ASL e Provincia o Comune e, dall'altro, un minor lasso di tempo tra fine dell'incarico politico e assunzione della direzione di ASL per i casi in cui i suddetti territori non si sovrappongono.

#### **4. Nullità degli incarichi in violazione delle norme sull'inconferibilità.**

Il Legislatore ha poi previsto un regime *“sanzionatorio”* automatico per gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle norme sull'inconferibilità.

In particolare, all'art. 17 d.lgs. cit. ha previsto la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto.

Il successivo art. 18 d.lgs. cit. prevede altresì una *“sanzione”* anche per coloro che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli i quali sono tenuti a rispondere per le conseguenze economiche degli atti adottati.

Sono esenti da responsabilità i componenti che erano assenti al momento della votazione, nonché i dissenzienti e gli astenuti.

Inoltre, i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza.

Il relativo potere è esercitato, per i Ministeri dal Presidente del Consiglio dei ministri e per gli enti pubblici dall'amministrazione deputata al controllo.

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. III, 10.6.2013, n. 3148  
**Esercizio delle funzioni di primario ospedaliero da parte dell'aiuto corresponsabile - maggiore retribuzione - esercizio delle mansioni superiori - oltre la durata di sessanta giorni per anno solare - senza necessità di un atto formale di incarico - organico - un posto di primario vacante.**

*Il contenzioso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato trae origine dalla domanda proposta dal ricorrente, poi appellante, per il riconoscimento delle differenze stipendiali asseritamente spettantigli per avere esercitato, di fatto, le funzioni di primario ospedaliero di cardiologia presso un Ospedale, mentre la sua qualifica formale era quella di aiuto corresponsabile. Ciò a decorrere dal 1° aprile 1989. La materia è regolata dall'art. 29 del d.P.R. n. 761/1979 e dalla giurisprudenza (in parte evolutiva) che ne è derivata. In particolare si può ritenere acquisito da molto tempo il principio che l'art. 29 si interpreta nel senso che spetta la maggiore retribuzione qualora l'esercizio delle mansioni superiori si prolunghi oltre la durata di sessanta giorni per anno solare; subordinatamente però alla condizione che vi sia stato un incarico formale a copertura di un posto vacante in organico. Su questo punto, prima ancora che la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio, vi sono pronunce della Corte costituzionale. Si deve ancora aggiungere, sempre con riferimento alla giurisprudenza consolidata, che nello specifico caso dell'esercizio delle funzioni di primario ospedaliero da parte dell'aiuto corresponsabile non si ritiene necessario un atto formale di incarico, ferma restando la necessità che il posto di primario esista in organico e sia attualmente vacante. Ciò in considerazione della "indefettibilità" delle funzioni del primario ospedaliero e del fatto che in caso di assenza o impedimento del primario è compito dell'aiuto sostituirlo (art. 3, d.P.R. n. 3/1969), distinguendosi semmai fra la sostituzione in caso di assenza temporanea del titolare (che non dà luogo a pretese retributive) e l'assunzione delle*

*responsabilità primariali in caso di vacanza del posto (che invece vi dà luogo).*

Consiglio di Stato, Sez. III, 30.5.2013, n. 2947  
**Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario - cognizione della controversia concernente il provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ai sensi del d. lgs. n. 502 del 1992.**

*In base all'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza (v., ex plurimis, TAR Sicilia, Pa, 8.11.2012, n. 2271; TAR Campania, Na, 20.1.2004, n. 229), a seguito soprattutto delle conclusioni raggiunte in data 11.12.2003 dalla Commissione di studio istituita dai Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato in presenza dei contrasti giurisprudenziali insorti in tema di riparto di giurisdizione nella descritta materia, "Il concetto di procedura concorsuale - ha chiarito la Commissione - evoca una procedura caratterizzata dalla valutazione dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria. Pacificamente vi rientrano sia le procedure concorsuali connotate dall'espletamento di prove stricto sensu intese, sia i concorsi per titoli. Non concretano procedure concorsuali, invece, le assunzioni che non sono basate su di una logica selettiva: si pensi alle chiamate dirette, nonché alle procedure di mera verifica di idoneità dei soggetti da assumere, in quanto titolari di riserva o iscritti in apposita lista. È, infatti, chiaro che detta valutazione di idoneità mira solo alla verifica della capacità in termini assoluti del soggetto e non è caratterizzata dalla comparazione finalizzata alla compilazione di una graduatoria, che rappresenta la nota caratterizzante del concorso per l'accesso all'impiego, anche per soli titoli. La medesima cosa si deve dire relativamente alla selezione del dirigente per la copertura dell'incarico, anche laddove la scelta sia confinata nell'ambito di una lista di soggetti idonei in quanto dotati dei requisiti necessari: detta selezione è il frutto di una scelta comparativa di carattere non concorsuale in quanto non ca-*

ratterizzata dallo svolgimento di prove o selezioni sulla base di una *lex specialis*, né dalla compilazione di una graduatoria finale”. Tali considerazioni, svolte dalla Commissione proprio in relazione alla fattispecie dell’art. 15 septies del d. lgs. 502/1992, si attagliano particolarmente al caso di specie, nel quale l’avviso adottato in esecuzione della deliberazione del Direttore Generale della U.S.L. n. 893 del 2.7.2003 precisa, a p. 3, che “non si dà luogo a graduatoria” e che “in caso di più candidati all’incarico da conferire l’Azienda procederà alla stipula del contratto individuale di lavoro a “tempo determinato” ai sensi delle vigenti disposizioni contrattuali, sulla base di una rosa di “idonei” selezionati dal Direttore Amministrativo congiuntamente al Responsabile dello Staff della Direzione Aziendale e sanitaria tenuto conto della valutazione comparata dei curricula dei candidati medesimi”. Appare evidente, quindi, che non ricorre, nel caso di specie, il carattere concorsuale della selezione che radica e giustifica, ai sensi dell’art. 63, co. 4, d. lgs. 165/2001, la giurisdizione del g.a. Si versa, infatti, in ipotesi di procedura selettiva non concorsuale, che si svolge senza alcuna prova per i candidati, ma sulla base di una sola valutazione dei curricula, e che non conduce ad alcuna graduatoria finale, ma alla nomina, avente sostanzialmente carattere fiduciario, del dirigente a tempo determinato, da parte del Direttore Generale, nell’ambito di una rosa di nomi selezionati unicamente mediante l’esame degli stessi curricula. Un simile riparto della giurisdizione in materia, del resto, risponde a quanto hanno evidenziato anche le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 15764 del 19.7.2011 in relazione all’analoga fattispecie dell’art. 15 ter del d. lgs. 502/1992, affermando, in punto di giurisdizione, principi che vale la pena qui ricordare per la loro assoluta analogia di ratio rispetto alla fattispecie in oggetto. La configurazione giuridica delle modalità di conferimento degli incarichi di dirigente del ruolo sanitario – del tutto assimilabile anche alle mansioni dirigenziali di carattere non sanitario, come nel caso di specie, ai sensi del co. 2 dell’art. 15 septies del d. lgs. 502/1992 – è stata più volte precisata dalla Corte regolatrice della giurisdizione, che ne ha tratto specifiche conseguenze sul piano della tutela dei diritti. Ai fi-

ni del riparto della giurisdizione per le relative controversie, infatti, le Sezioni Unite hanno rilevato che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia concernente il provvedimento di conferimento dell’incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ai sensi del d. lgs. n. 502 del 1992, dovendosi escludere che la procedura per il conferimento di detto incarico abbia natura di procedura concorsuale per il solo fatto che ad essa sono ammessi anche soggetti estranei al S.S.N. e soggetti che, seppur medici del servizio sanitario, siano legati comunque con rapporto di lavoro ad enti diversi rispetto a quello che indice la procedura. “Nella disciplina per il conferimento dell’incarico di dirigente medico non è presente alcun elemento idoneo a ricondurre la stessa ad una procedura concorsuale, ancorché atipica: la commissione si limita alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell’incarico, in esito ad un colloquio ed alla valutazione dei curricula, senza attribuire punteggi o formare una graduatoria, semplicemente predisponendo un elenco di candidati, tutti idonei perché in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge e delle capacità manageriali richieste in relazione alla natura dell’incarico da conferire; l’elenco viene sottoposto al direttore generale il quale, nell’ambito dei nominativi indicati dalla commissione, conferisce l’incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale (cfr. Cass., Sez. un., n. 25042 del 2005; n. 5920 del 2008)” (Cass., Sez. Un., 19.7.2011, n. 15764). I suddetti principi sono, infine, confortati dalla decisione n. 196 del 2005 della Corte costituzionale, che ha rimarcato come, nella materia in esame, il riparto della giurisdizione debba essere operato sulla base della natura dell’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 23.5.2013, n. 2799  
**Non configura inadempimento degli obblighi contrattuali la remunerazione delle prestazioni in plus orario del personale tecnico sanitario in misura inferiore alle tre ore settimanali, che costituiscono solo il limite massimo ammissibile.**

Con ricorso proposto avanti al TAR per il Lazio un dipendente dell'A.U.S.L. RM G con la qualifica di tecnico di laboratorio ed in servizio presso il laboratorio di analisi dell'Ospedale civile di Tivoli - avanzava domanda per l'accertamento del diritto al pagamento di somme a titolo di plus orario da retribuire nel quadro dell'istituto dell'incentivazione alla produttività, quale disciplinato dall'art. 59 del d.P.R. 25.6.1983 n. 348, nonché dagli artt. 66, co. 6, del d.P.R. n. 270 del 1987 e 57, co. 6, del d.P.R. n. 384 del 1990. E' concorde l'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato nel ritenere che la retribuzione delle prestazioni rese in plus orario, anche nelle diverse qualificazioni della compartecipazione o della cointeressenza, non ha luogo in base alle sole clausole del contratto collettivo di lavoro, che danno rilievo, agli effetti del trattamento economico, alle prestazioni ambulatoriali, divisionali e dei servizi di diagnosi e cura, assolte oltre l'orario settimanale di servizio e non remunerate a diverso titolo (da ultimo CdS, III, n. 193 del 15.1.2013) Stante il carattere rigido delle norme che regolano il trattamento economico dei pubblici dipendenti, nei diversi istituti del trattamento ordinario e dei trattamenti accessori - non derogabile da prassi applicative o da scelte dirigenziali - è sempre richiesto a monte un preventivo atto autoritativo dell'amministrazione, che ha effetto autorizzatorio e contestualmente conformativo dell'espletamento delle prestazioni in plus orario, che si riflette sull'assetto organizzativo dell'ente quanto all'utilizzo delle risorse umane e dei mezzi finanziari disponibili ai fini dell'ottimale perseguimento dei compiti di assistenza e di cura (cfr. sul principio CdS, III, n. 783 del 15.2.2012; V, n. 3808 del 16.6.2010; n. 1124 del 25.2.2009). Non possono, quindi, essere retribuite prestazioni in plus orario rese per scel-

ta selettiva ed unilaterale del dipendente e che non trovino riscontro nella valutazione di necessità e di utilità da parte dell'amministrazione, in base a piani di lavoro ed a verificate esigenze, sotto il controllo dell'ente, che non resta neutro ogni qual volta si richiedano prestazioni eccedenti l'ordinario orario servizio (cfr. CdS. V. n. 3808 del 2010 cit.; n. 1218 del 30.10.1989). Va quindi respinta la domanda della ricorrente tesa a quantificare in 144 ore annue il tetto delle prestazioni suscettibili di remunerazione, in luogo delle 56 ore e 20 minuti che l'Amministrazione ha qualificato come tetto massimo retribuibile, che non trova sostegno in un provvedimento organizzativo interno dell'ente, volto ad individuare le aree di impiego in cui ammettere le prestazioni in plus orario, i soggetti a ciò abilitati, la destinazione delle risorse che a tal fine possono essere utilizzate. Non può avere ingresso la domanda formulata dalla ricorrente in termini risarcitori, onde conseguire la remunerazione del plus orario nella misura massima di tre ore settimanali, quale stabilita dagli artt. 71, secondo comma, del d.P.R. n. 270 del 1987 e 61, secondo comma, del d.P.R. n. 384 del 1990. La remunerazione del plus orario, ai sensi delle disposizioni in precedenza richiamate, va invero effettuata "nei limiti del fondo a disposizione" quale previsto, rispettivamente, dagli artt. 67 e 58 dei menzionati dd.P.R. Non configura, pertanto, inadempimento degli obblighi contrattuali la remunerazione delle prestazioni in plus orario del personale tecnico sanitario in misura inferiore alle tre ore settimanali, che costituiscono solo il limite massimo ammissibile mentre, in presenza di più limitate risorse economiche, appartiene alla sfera di discrezionalità dell'azienda sanitaria locale la possibilità di stabilire il compenso al di sotto della soglia massima prevista dal contratto collettivo.

«.....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](mailto: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' espresa 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

Avv. Giuseppe Albenzio, Dott.ssa Alessia Auriemma, Avv. Maurizio Borgo, Dott.ssa Marta Capesciotti, Dott.ssa Laura Corallo, Dott. Francesco Corvisieri, Avv. Francesca Cosentino, Avv. Enrico De Giovanni, Avv. Ilaria De Col, Avv. Michele Dipace, Avv. Andrea Di Leo, Avv. Ettore Figliolia, Avv. Sergio Fifi, Dott.ssa Francesca Fontanarosa, Dott. Giustino Lo Conte, Dott. Massimiliano G. Maffei, Dott. Gabriele Magrini, Prof.ssa Paola Mazzina, Dott.ssa Tiziana Molinaro, Dott.ssa Valentina Napolitano, Dott. Francesco Nardi, Avv. Carmela Pluchino, Dott. Paolo Romani, Avv. Marina Russo, Avv. Salvatore Russo, Avv. Massimo Santoro, Avv. Agnese Soldani, Dott.ssa Rosa Valicenti, Dott.ssa Antonella Zella.

**Chiuso in redazione il 19 ottobre 2013**  
**Finito di stampare nell'ottobre 2013**  
**presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)**



Tipolitografia SPEDIM  
Via Alfredo Serranti, 137  
00040 Monte Compatri (RM) ITALY  
[www.spedim.it](http://www.spedim.it)

per informazioni rivolgersi a:



REDAZIONE G.A.  
Tel. **06.3242351 - 06.3242354** Fax **06.3242356**  
Sito web: [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it)  
E-mail: [info@gazzettaamministrativa.it](mailto: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)