



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'ACCESSO AGLI ATTI DEI CONSIGLIERI COMUNALI: L'ART. 43 DEL D.LGS. 18.8.2000, N. 267 (TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI) E LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA**
- **LE AZIONI ESPERIBILI DAI TERZI CONTROINTERESSATI IN MATERIA DI SCIA ALLA LUCE DEGLI ULTIMI APPRODI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI**
- **L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 345 E 63 DEL TFUE**
- **QUALE GIURISDIZIONE PER LE CONTROVERSIE INERENTI LE CONCESSIONI DI COSTRUZIONE DI OPERE PUBBLICHE?**
- **LINEE GUIDA SU PROGRAMMAZIONE, PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO NEI SERVIZI E NELLE FORNITURE**
- **LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO**
- **DAL DECRETO DEL FARE AL POTER FARE. INTERVENTI FINANZIARI PER LE PICCOLE MUNI-CIPALITÀ – PROGRAMMA 6.000 CAMPANILI**
- **LA MEDIAZIONE CIVILE DOPO IL DECRETO “DEL FARE” NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**
- **FINANZIAMENTO DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, SPENDING REVIEW E AUTORITA' DI REGOLAZIONE. UN'ANALISI DEL DATO NORMATIVO E DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

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



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

Presidente del Comitato dei Saggi: Avv. Ignazio Francesco Caramazza
(Avvocato Generale emerito dello Stato)

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Presidente: Prof. Alberto Romano

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

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

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

COMITATO DI REFEREE

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

COMITATO DI DIREZIONE

Direttore: Prof. Enrico Michetti

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

Coordinatore Ufficio di Direzione: Avv. Domenico Tomassetti

Caporedattore: Avv. Emanuele Riccardi

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

REDAZIONE

Direttore Responsabile: Dott.ssa Marzia Romani

Coordinatore Osservatorio riforme istituzionali ed amministrative: Pietro Marrazzo

Responsabile Organizzazione: Dott. Filippo Gai

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

SOMMARIO



PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	4
REDAZIONALI	9
L'ACCESSO AGLI ATTI DEI CONSIGLIERI COMUNALI: L'ART. 43 DEL D.LGS. 18.8.2000, N. 267 (TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI) E LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA <i>degli Avv.ti Antonio Cordasco e Riccardo Gai</i>	9
GIURISPRUDENZA	13
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI	13
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	18

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	21
REDAZIONALI	27
LE AZIONI ESPERIBILI DAI TERZI CONTROINTERESSATI IN MATERIA DI SCIA ALLA LUCE DEGLI ULTIMI APPRODI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI <i>del Prof. Avv. Maurizio Asprone e della Dott.ssa Annalaura Magliulo</i>	27
GIURISPRUDENZA	35
URBANISTICA.....	35
EDILIZIA	36
ABUSI EDILIZI	38
PAESAGGIO E BENI CULTURALI.....	39
ESPROPRIAZIONI	40
AMBIENTE.....	43

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	45
REDAZIONALI	47
L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 345 E 63 DEL TFUE <i>dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni</i>	47



GIURISPRUDENZA	52
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	55

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	58
REDAZIONALI	65
QUALE GIURISDIZIONE PER LE CONTROVERSIE INERENTI LE CONCESSIONI DI COSTRUZIONE DI OPERE PUBBLICHE? <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i>	65
LINEE GUIDA SU PROGRAMMAZIONE, PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO NEI SERVIZI E NELLE FORNITURE <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto</i>	68
GIURISPRUDENZA	76
CONTRATTI PUBBLICI.....	76
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	81
<i>dell'Avv. Federico Mazzella</i>	81
CONCORRENZA.....	89
<i>dell'Avv. Anna Romano</i>	89

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	92
REDAZIONALI	96
LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO <i>dell'Avv. Maria Carmen Agnello</i>	96
GIURISPRUDENZA	107

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	111
REDAZIONALI	115
DAL DECRETO DEL FARE AL POTER FARE. INTERVENTI FINANZIARI PER LE PICCOLE MUNI- CIPALITÀ – PROGRAMMA 6.000 CAMPANILI <i>del Prof. Stefano Olivieri Pennesi e dell'Avv. Guglielmina Olivieri Pennesi</i>	115
GIURISPRUDENZA	119

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	125
REDAZIONALI	
LA MEDIAZIONE CIVILE DOPO IL DECRETO “DEL FARE” NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE <i>dell'Avv. Antonella Rossi</i>	128



GIURISPRUDENZA	132
-----------------------------	-----

**INCENTIVI E SVILUPPO
ECONOMICO**

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	138
---------------------------------------	-----

REDAZIONALI

FINANZIAMENTO DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, *SPENDING REVIEW* E AUTORITA' DI
REGOLAZIONE. UN'ANALISI DEL DATO NORMATIVO E DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE

della Dott.ssa Laura Magnifico

.....	140
-------	-----

GIURISPRUDENZA	152
-----------------------------	-----

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	154
---------------------------------------	-----

GIURISPRUDENZA	156
-----------------------------	-----

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	172
---------------------------------------	-----

GIURISPRUDENZA	174
-----------------------------	-----

DICHIARAZIONE SULL'ETICA, SULLE PRATICHE SCORRETTE E REGOLAMENTO SULLE
MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI SCIENTIFICI PUBBLICATI IN GAZZETTA
AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

.....	176
-------	-----



PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

BENESSERE ORGANIZZATIVO E VALUTAZIONE DEL SUPERIORE GERARCHICO: L'ANAC ATTIVA L'APPLICAZIONE WEB PER L'ELABORAZIONE DEI RISULTATI DELLE INDAGINI SUL PERSONALE DIPENDENTE

E' attiva l'applicazione web, resa disponibile dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC, ex Civit) al fine di consentire, agli OIV e agli analoghi organismi, l'inserimento dei dati e l'elaborazione dei risultati delle "indagini sul personale dipendente volte a rilevare il livello di benessere organizzativo e il grado di condivisione del sistema di valutazione nonché la rilevazione della valutazione del proprio superiore gerarchico da parte del personale" di cui all'art. 14 co. 5 del d.lgs 150/2009. Le pubbliche amministrazioni che hanno avviato la realizzazione delle indagini secondo i modelli in precedenza forniti dalla CiVIT, possono accedere all'applicazione web, previa compilazione ed invio all'Autorità del modulo di registrazione dati. Il link per l'accesso all'applicazione, il modulo per la registrazione ed i vigenti modelli di indagine sono disponibili nella sezione Benessere Organizzativo del sito istituzionale www.civit.it (Comunicato ANAC del 15.11.2013).

«..... GA.....»

ANTICORRUZIONE: ENTRO IL 31.12.2013 LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI DEVONO ADOTTARE I CODICI DI COMPORTAMENTO SULLA BASE DEGLI INDIRIZZI STABILITI

DALL'A.N.A.C. NELLA DELIBERA N. 75/2013

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha pubblicato la Delibera n. 75/2013 in materia di "Codice di comportamento" dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni emanata a norma del Regolamento di cui d.P.R. n. 62/2013 in applicazione dell'art. 54 co. 5 del d.lgs. n.165/2001 e in ossequio, tra l'altro, ai principi fondamentali quali l'osservanza, da parte dei pubblici funzionari, della Carta Costituzionale, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Tale delibera si prefigge di indirizzare ciascun codice di comportamento adottato/da adottarsi alle varie Amministrazioni Pubbliche, entro il 31 dicembre 2013, verso "azioni e misure" sottese alle più generali strategie di "prevenzione della corruzione" nonché alla omogeneizzazione con coesistenti codici etici, manuali comportamentali, ecc. eventualmente già in uso. L'Autorità procederà alla consultazione delle Amministrazioni ed eventuale costituzione di tavoli tecnici per l'integrazione e l'aggiornamento dei Codici, in aderenza alle linee guida dettate dalla delibera in trattazione, quali parametri di riferimento, ovvero per l'elaborazione di nuovi "Codici". Il Codice di comportamento rappresenta altresì uno degli strumenti essenziali del Piano triennale di prevenzione della corruzione, previsto dal "Piano Nazionale Anticorruzione" e viene adottato dall'Organo di indirizzo politico-amministrativo, su proposta del Responsabile per la prevenzione della

corruzione, che si avvale della collaborazione degli uffici per i procedimenti disciplinari (UPD) costituiti obbligatoriamente in ogni Amministrazione, sentito l'OIV – organo interno di valutazione, (previa emissione di parere obbligatorio), Ufficio, questo, che svolge contestualmente l'attività di supervisione sulla corretta applicazione del Codice. Per accedere alla lettura della delibera n. 75/2013 (Delibera A.N.A.C. n. 75/2013).

«..... GA.....»

ANTICORRUZIONE: L'A.N.A.C. HA ADOTTATO LE LINEE GUIDA IN MATERIA DI CODICI DI COMPORTAMENTO

Con Delibera n.75/2013 sono state adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione le Linee guida in materia di codici di comportamento che devono essere adottati dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 54, co. 5, d.lgs. n. 165/2001 e del codice generale di cui al d.P.R. del 16.4.2013, n. 62 (Comunicato A.N.A.C. del 7.11.2013).

«..... GA.....»

LA CIVIT DIVENTA ANAC E RIACQUISTA LE COMPETENZE IN MATERIA DI MISURAZIONE E VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE

E' in atto un passaggio di fascicoli tra l'ARAN e l'ex CIVIT ora divenuta ex art. 5 L. n. 125/2013 Autorità Nazionale AntiCorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (A.N.A.C.). Dal 31 ottobre u.s., infatti, a seguito dell'entrata in vigore della l. 30.10.2013, n. 125 con cui è stato convertito in legge con modificazioni il d.l. n. 101/2013, recante "Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni", le funzioni relative alla performance e alla valutazione di cui all'art. 13 del d.lgs.n. 150/2009, inizialmente trasferite all'ARAN, sono rientrate nell'ambito di sua competenza. L'ARAN ha trasmesso all'Autorità le pratiche che nel frattempo sono pervenute alla stessa. Il termine di 30 giorni, previsto nella delibera

n. 12/2013, per rendere il parere ai fini della nomina dei componenti degli OIV, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 150/2009, decorrerà pertanto dal momento dell'acquisizione della documentazione trasmessa dall'ARAN (Comunicato A.N.A.C. del 7.11.2013).

«..... GA.....»

DL N. 101/2013: ON LINE LA GUIDA SULLE NOVITÀ IN MATERIA DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E PUBBLICO IMPIEGO

La funzione pubblica ha realizzato una pubblica guida al d.l. n. 101/2013 che illustra le novità introdotte da decreto legge in materia di pubblica amministrazione e pubblico impiego. in particolare, tra l'altro, si segnala: auto blu e auto verdi: prorogato fino al 2015 il divieto per le amministrazioni di acquistare autovetture di sevizid. dal 2014 le p.a. che non adempiono all'obbligo di comunicazione dei dati ai fini del censimento permanente non possono effettuare spese superiori al 50% rispetto al 2013 per l'acquisto, manutenzione, noleggio, esercizio di autovetture e buoni pasto. sono previste sanzioni pecuniarie, disciplinari e nullità dei contratti in caso di violazione dei nuovi limiti. laddove e' previsto l'acquisto di auto di servizio queste devono essere a basso impatto ambientale e a minor costo di esercizio. taglio alle consulenze esterne: tali spese non possono essere superiori per il 2014 all'80% di quanto speso nel 2013 e per il 2015 al 75% di quanto speso nell'anno precedente controlli e denunce alla corte dei conti: il dipartimento della funzione pubblica e la ragioneria generale dello stato provvedono al controllo, almeno una volta l'anno del rispetto delle regole sui tagli, denunciando le irregolarità al corte dei conti divieto di assunzioni: nessuna assunzione nelle aree dove vi sono sovrannumeri, ma solo in caso di disponibilità in organico. spending review per le assunzioni: dal 1.1.2014 alle p.a. che non si sono adeguate entro il 31.12.2013 alle regole della spending review, e' fatto divieto di assunzioni di qualunque genere ed a qualunque titolo. prepensionamento: le p.a. possono procedere a prepensionamenti secondo i requisiti pre-legge formerò



*per assorbire soprannumeri ed eccedenze. monitoraggio sui costi delle partecipate: acquisizione da parte del mef e del dff di tutti i dati sulla spesa per il personale delle p.a., delle società non quotate partecipate da p.a., della rai mobilità: le p.a. con eccedente entro il 31.12.2015 possono cedere il personale in eccedenza al ministero della giustizia. niente buonuscite straordinarie per i manager pubblici: le società controllate dalle p.a. non possono prevedere per i propri dirigenti benefici economici per la cessazione del rapporto superiori a quelli previsti dai contratti collettivi di lavori applicati. dirigenti pensionati: no al cumulo. introdotto il limite alla pratica per i dirigenti delle p.a. di ricevere incarichi dalle società controllate dalle p.a. di provenienza una volta andati in pensione, con cumulo dei trattamenti economici. per le società controllate in disavanzo i contratti per questo dirigenti cessano di diritto al 31.12.2013; se la società è in buone condizioni i contratti durano fino alla scadenza, ma il dirigente riceve solo il trattamento economico della società, mentre è sospeso quello pensionistico. la civit cambia nome in anac "autorità nazionale anticorruzione". i componenti sono scelti tra esperti di comprovata professionalità, notoria indipendenza ed esperienza anche all'estero nel contrasto alla corruzione, non devono aver rivestito incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici od organizzazioni sindacali. nuovi concorsi solo dopo i vincitori di precedenti concorsi e gli idonei. fino al 31.12.2013 le p.a. non possono bandire nuovi concorsi se: a) non hanno immesso in servizio tutti i vincitori di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato collocati nelle proprie graduatorie vigenti; b) non hanno verificato l'assenza, nella stessa p.a., di idonei collocati nelle graduatorie vigenti e approvate dal 1.1.2007, relative alle professionalità necessarie; c) non hanno attivato la procedura di mobilità obbligatoria personale in disponibilità. fino allo stesso termine sono prorogate le graduatorie concorsuali ancora vigenti (**Dipartimento della Funzione Pubblica**).*

«..... GA.....»

RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA

NELLE P.A.: IN G.U. IL TESTO COORDINATO DEL D.L. N. 101/2013 CON LA LEGGE DI CONVERSIONE N. 125/2013

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il testo coordinato del d.l. 31.8.2013, n. 101 Testo del d.l. 31.8.2013, n. 101, (in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 204 del 31.8.2013), coordinato con la legge di conversione 30.10.2013, n. 125, (in questa stessa Gazzetta Ufficiale alla pag. 1), recante: «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni.. (GU Serie Generale n.255 del 30.10.2013).

«..... GA.....»

PIANIFICAZIONE E CONTROLLO STRATEGICO NEI GRANDI COMUNI ITALIANI: ON LINE REPORT DI SINTESI DEL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Con il rapporto su “Pianificazione e controllo strategico” il Dipartimento della funzione pubblica rende noti i risultati di un’analisi approfondita dei processi di elaborazione della strategia, di definizione dei programmi e di valutazione dello stato di attuazione e dell’impatto prodotto, condotta su 12 città italiane. Il rapporto “Pianificazione e controllo strategico” è un prodotto dell’iniziativa “Grandi città” del Progetto Valutazione delle Performance, che si propone di individuare e definire strumenti utili al miglioramento dei sistemi di performance management nelle grandi città tenendo conto anche della prospettiva che porterà queste amministrazioni ad assumere il ruolo di città metropolitane. L’iniziativa “Grandi Città” propone ai comuni di Bari, Bologna, Cagliari, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia un momento strutturato di confronto orientato a valorizzare le migliori esperienze, nonché a condividere possibili linee di sviluppo dei sistemi di pianificazione, misurazione, controllo e valutazione. L’iniziativa oltre alla definizione, implementazione e valutazione della strategia, affronterà i temi della performance dei servizi ge-

stiti dalle città e del governo della performance delle aziende partecipate. Il Progetto "Valutazione delle Performance" è finanziato dal Fondo Sociale Europeo PON "Governance e Azioni di Sistema", Programmazione 2007/2013, Asse E – Capacità istituzionale, Obiettivo specifico 5.3, ed è realizzato con la collaborazione di FormezPA. **(Report di sintesi del Dipartimento della Funzione Pubblica).**

«..... GA.....»

GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI DEI COMUNI: IN G.U. IL DECRETO SULLA DETERMINAZIONE DEI CONTENUTI E SULLE MODALITÀ DELLE ATTESTAZIONI

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 251 del 25.10.2013 il decreto del Ministero dell'Interno recante "Determinazione dei contenuti e delle modalita' delle attestazioni dei Comuni comprovanti il conseguimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza nella gestione associata delle funzioni". Il decreto prevede che le attestazioni prodotte dai comuni devono contenere i seguenti elementi:

- a) gli enti con i quali e' stata sottoscritta la convenzione con la specifica della relativa popolazione di ciascun comune;*
- b) le funzioni che riguardano la popolazione ed il territorio comunale od i servizi affidati alla competenza del comune che vengono esercitate mediante convenzione;*
- c) la data di sottoscrizione della convenzione, nonche' la decorrenza e la durata che non potra' essere comunque inferiore a tre anni;*
- d) di aver conseguito, attraverso la convenzione, elementi di efficienza misurabili in termini di risparmio di spesa;*
- e) di aver conseguito, tramite la forma associata della convenzione, un miglioramento nell'efficacia delle prestazioni rese* **(Decreto del Ministero dell'Interno G.U. n. 251 del 25.10.2013).**

«..... GA.....»

AUTONOMIE LOCALI, AL VIA IL GRUPPO DI LAVORO PER IL RIORDINO E LA SEMPLIFICAZIONE DEL TESTO UNICO SULL'ORDINAMENTO

DEGLI ENTI LOCALI

Un team interministeriale presenterà a Governo e Parlamento proposte per una complessiva rivisitazione dell'ordinamento degli enti locali, questo il contenuto del comunicato del Ministero dell'Interno che rende nota l'avvenuta costituzione presso il medesimo dicastero di un gruppo di lavoro che dovrà individuare proposte di riordino e di semplificazione del sistema delle autonomie locali per una più generale rivisitazione del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali. Gli esperti, riuniti in sottogruppi in via di costituzione, approfondiranno le singole questioni al fine di individuare possibili proposte di modifica dell'ordinamento vigente e indirizzi operativi a supporto delle autonomie locali da sottoporre all'attenzione del Governo e del Parlamento entro la fine dell'anno **(Comunicato del Ministero dell'Interno).**

«..... GA.....»

GARANTE PRIVACY: I RISCHI E LE CRITICITÀ DELLA TRASPARENZA NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

L'Autorità Garante per la privacy evidenzia come nel seminario organizzato dalla stessa Autorità nell'ambito della XXX Assemblea Anci, in corso a Firenze - dedicato al tema del corretto bilanciamento tra le finalità connesse alla pubblicazione delle notizie sull'attività amministrativa e il diritto alla riservatezza e alla dignità delle persone - sono stati sottolineati i rischi per la vita privata di una diffusione indiscriminata e generalizzata di dati personali "basata su un malinteso e dilatato principio di trasparenza".

Di qui la necessità che l'accessibilità alle informazioni del settore pubblico si coniughi con la tutela della privacy dei cittadini, a partire da quelli che ricevono sussidi economici pubblici perché versano in particolari condizioni di bisogno e disagio sociale. Sono stato poi evidenziati i profili problematici sollevati dal Garante e i suggerimenti accolti dal Governo riguardo alle nuove norme sulla pubblicità e trasparenza recentemente entrate in vigore con il d.lgs. n. 33/2013.



L'originario impianto delle norme, infatti, prevedeva l'obbligo di pubblicazione di qualsiasi informazione senza particolari filtri, e si sarebbe quindi rivelata fortemente lesiva della dignità degli interessati. L'intervento del Garante ha invece evitato che venissero diffusi dati sullo stato economico-sociale dei più bisognosi, ma soprattutto ha imposto il divieto di pubblicare dati "supersensibili", come quelli sulla salute. Il Governo ha anche accolto il suggerimento del Garante di rendere anonimi dati personali contenuti nei documenti per i quali è prevista una pubblicazione facoltativa da parte delle PA. L'analisi ad "impatto privacy" operata dal Garante non è stata tuttavia recepita in toto. A partire dalla previsione di indicizzare gli atti e i documenti pubblicati on line: di consentire cioè la loro rintracciabilità mediante i più comuni motori di ricerca.

Questo "svuota di contenuto il diritto all'oblio cristallizzando nel tempo informazioni spesso superate", lasciando le persone indifese rispetto all'eventualità che notizie del passato possano riemergere senza alcun controllo o connessione logica. Il Garante aveva sollecitato invece il Governo a puntare sulla rintracciabilità di determinati documenti solo mediante motori di ricerca interni ai siti web delle singole PA, in modo tale da consentire accessi selettivi e coerenti con gli scopi della pubblicazione on line. Ultimo aspetto, ma non meno quello della conservazione dei documenti sui siti istituzionali che di fatto ha come effetto la loro permanenza on line per un tempo illimitato: circostanza che si pone in contrasto con i principi comunitari stabiliti dalla dir. 95/46/CE in materia di protezione dati (**Comunicato dell'Autorità Garante per la privacy del 24.10.2013**).

«..... GA.....»

PROGETTO 6000 CAMPANILI: CLICK DAY - 24.10.2013

La giornata del 24.10.2013 è stata individuata come Click day per mezzo del quale i Piccoli Comuni, ovvero Unione dei Comuni, aventi una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti potranno inviare le richieste di accesso ai finanziamenti previsti dal Programma 6.000 Campanili a seguito della stipula di una Convenzione tra il Ministero delle Infrastrutture e l'ANCI. Il Programma in argomento prevede un primo stanziamento di 100 milioni di euro (ai quali potranno essere aggiunti ulteriori 50 milioni, per il 2014, al momento contemplati nella legge di stabilità in itinere) finalizzati alla realizzazione e/o miglioramento di infrastrutture ed edifici pubblici (adeguamento edifici esistenti, ristrutturazioni, funzionalizzazioni, nuove costruzioni, manutenzioni, interventi antisismici, reti infrastrutturali, infrastrutture viarie, reti telematiche wi-fi, salvaguardia e messa in sicurezza del territorio, ecc). Trattasi, quindi, di interventi per piccole opere di importo compresi tra i 500.000 euro e il 1.000.000 di euro. Le domande dovranno pervenire a partire dalle ore 9.00 del 24/10/2013 esclusivamente all'indirizzo di posta elettronica certificata: pec@6000campanili.anci.it utilizzando inde-rogabilmente la modulistica ufficiale firmata digitalmente e contenuta nel decreto pubblicato in G.U. (**Avviso Adempimenti relativi all'attuazione del Programma 6000 Campanili, di cui all'art. 18 co. 9 del d.l. n. 69 del 21.6.2013 convertito nella l. n. 98 del 9.8.2013 pubblicata su G.U. n. 194 del 20.8.2013 - SO n. 63 entrata in vigore il 21.8.2013**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

L'ACCESSO AGLI ATTI DEI CONSIGLIERI COMUNALI: L'ART. 43 DEL D.LGS. 18.8.2000, N. 267 (TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI) E LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA

degli Avv.ti Antonio Cordasco e Riccardo Gai

E' illegittimo il diniego espresso da un Comune in ordine ad una istanza ostensiva avanzata da alcuni Consiglieri comunali avente ad oggetto la richiesta di copia di alcune deliberazioni della Giunta municipale, che sia motivato con riferimento alla esigenza di assicurare la riservatezza dei dati contenuti in tali deliberazioni e il diritto alla privacy dei terzi. Infatti, in sede di accesso di cui dispongono i Consiglieri comunali e provinciali, tale esigenza è salvaguardata dall'art. 43, co. 2, del d.lgs. 18.8.2000 n. 267, laddove viene previsto che i Consiglieri stessi sono tenuti al segreto in caso accedano ad atti che incidono sulla sfera giuridica e soggettiva di terzi; il diritto del Consigliere comunale o provinciale ad avere dall'Ente tutte le informazioni che siano utili all'espletamento del mandato non incontra, conseguentemente, alcuna limitazione derivante dalla loro natura riservata, in quanto il Consigliere è vincolato all'osservanza del segreto (Cds, V, 11.12.2013, n. 5931).

It's unlawful the refusal expressed by a municipality in respect of a request made by some ostensive municipal councilors concerning the request for copies of certain resolutions of the municipal council, which is justified with reference to the need to ensure the confidentiality of the data contained in these deliberations and the privacy rights of third parties. In fact, in the access they have municipal councilors and provincial, that requirement is maintained by art. 43, paragraph 2, of Legislative Decree no. 18.8.2000 n. 267, where it is stated that the Board members are bound to secrecy when accessing to acts affecting the legal sphere and subjective reward, and the right of provincial or municipal councilor having from the administration all the informations that are useful to the accomplishment of the mandate does not encounters, consequently, any limitation arising from their confidential nature, because the director is bound by strict confidentiality (CDS, V, 11.12.2013, n. 5931).

Sommario: 1. L'accesso agli atti del Consigliere comunale quale diritto speciale e differenziato. 2. Le modalità ed i limiti all'esercizio dell'accesso, con particolare riferimento alla tutela della riservatezza.

1. L'accesso agli atti del Consigliere comunale quale diritto speciale e differenziato.

Come è noto, la l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i. (legge sul procedimento amministrativo) contiene, agli artt. 22 e seguenti, la disciplina generale sull'accesso agli atti e ai documenti amministrativi da parte del privato. Tale di-

sciplina conferisce ai cittadini (inclusi i portatori di interessi collettivi o diffusi) il diritto di prendere visione e/o di estrarre copia di atti e documenti amministrativi, ovvero detenuti dalle pubbliche amministrazioni ed afferenti ad un procedimento amministrativo, per tutelare un proprio diritto od interesse.

Nel contesto di tale generale disciplina si

colloca il diritto di accesso agli atti dei Consiglieri comunali. Esso trova quale norma di riferimento l'art. 43, co. 2, d.lgs. 267/2000 (il Testo Unico degli Enti Locali - TUEL), il quale stabilisce che i consiglieri comunali e provinciali hanno il diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

A tale proposito l'art. 10 del d.lgs. 267/2000, al primo comma stabilisce: *"Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione può pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese"*. Proseguendo, al secondo comma stabilisce: *"Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardano; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione"*.

La citate norme del TUEL si innestano nel solco già tracciato da precedenti normative. Si abbia riguardo, ad esempio, all'art. 24 l. 816/1985, il quale dispone che i consiglieri comunali, i consiglieri provinciali e i componenti delle assemblee delle unità sanitarie locali e delle comunità montane, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni, hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati, nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato.

Si presti ancora attenzione, poi, all'art. 31, co. 5, della l. 142/90 secondo il quale i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie ed informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato.

Orbene, dal delineato quadro normativo, si evince a chiare lettere che l'accesso agli atti ed ai documenti dei consiglieri comunali (o provinciali) risulti finanche più ampio rispetto a quello generalmente garantito ai soggetti privati dalla disciplina dettata dagli artt. 22 e ss. della l. 241/90, potendo riguardare non solo *"documenti"* formati o detenuti dalla pubblica amministrazione di appartenenza, ma, più in generale, qualsiasi *"notizia"* od *"informazione"* che risulti utile e funzionale al corretto espletamento del mandato consiliare.

E' per tali ragioni che può dirsi che il diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali e provinciali si configura quale diritto *"speciale"*, differenziandosi sostanzialmente da quello dei soggetti privati, atteso che quello riservato al consigliere comunale e provinciale impinge sul proprio mandato, per la verifica ed il controllo del comportamento degli organi decisionali dell'Ente (Cds, IV, 21.8.2006, n. 4855).

Pertanto, mentre la disciplina dell'accesso agli atti dettata dagli artt. 22 e ss. della l. 241/90 mira a tutelare l'interesse dei privati e delle proprie situazioni giuridiche soggettive, promuovendo il rispetto dei principi costituzionali di trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione, curando quindi la dialettica partitaria tra pubblico e privato, la disciplina di cui all'art. 43 del TUEL mira a tutelare immediatamente l'interesse pubblico, consentendo a soggetti investiti del *munus* pubblico di svolgere pienamente e correttamente tutti i compiti connessi al proprio mandato, verificando e controllando il comportamento degli organi istituzionali e decisionali del comune.

2. Le modalità ed i limiti all'esercizio dell'accesso, con particolare riferimento alla tutela della riservatezza.

Va rilevato che, anche per il consigliere, il

diritto deve essere esercitato in maniera corretta e non in contrasto con le finalità della legge. Sarebbe discutibile, infatti, il comportamento del consigliere che chiedesse e ottenesse copia di documenti non utili per l'esercizio del mandato amministrativo. A tale proposito è stato ritenuto legittimo il provvedimento con il quale è stata rigettata una richiesta di accesso avanzata da alcuni consiglieri comunali riguardante un cospicuo numero di copie di "*documenti ritenuti utili*", risultata non coerente con il mandato ed i compiti, definiti dalla legge, per i predetti soggetti, configurandosi piuttosto come una forma di controllo specifico e non già inerente alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo (Cds, V, 28.11.2006, n. 6960).

Per quanto concerne le modalità di accesso agli atti dei consiglieri comunali e provinciali, il mutamento degli indirizzi giurisprudenziali in materia ha parzialmente inciso sulla prassi applicativa. Ad esempio, secondo un risalente indirizzo, l'istanza del consigliere, a differenza di quella inoltrata dal privato, non doveva essere particolarmente circostanziata e motivata: proprio la specificità e peculiarità del diritto di accesso del consigliere comunale, infatti, avrebbe consentito al medesimo di non essere gravato dall'onere di motivare le proprie richieste di informazione. Con la conseguenza che neanche gli uffici comunali avrebbero avuto titolo a richiedere ulteriori motivazioni per la richiesta effettuata, e ciò anche quando l'esercizio del relativo diritto era volto a conoscere atti e documenti amministrativi conclusi ormai da tempo (Cds, V, 9.12.2004, n. 7900).

L'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni ha fatto invece sì che, ad oggi, anche il diritto all'informazione del consigliere comunale sia soggetto al rispetto di alcune forme e modalità.

In effetti, attualmente, oltre alla necessità che l'interessato alleggi la sua qualità, permane l'esigenza che le istanze siano comunque formulate in maniera specifica e dettagliata, recando l'esatta indicazione degli estremi identificativi degli atti e dei documenti o, qualora siano ignoti tali estremi, almeno degli elementi che consentano l'indi-

viduazione dell'oggetto dell'accesso (Cds, V, 11.12.2013, n. 5931). Tali cautele derivano dall'esigenza che il consigliere comunale non abusi del diritto all'informazione riconoscitogli dall'ordinamento, piegandone le alte finalità a scopi meramente emulativi od aggravando eccessivamente, con richieste non contenute entro immanenti limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la corretta funzionalità amministrativa dell'ente civico.

Tanto è evidenziato dall'art. 24, co. 3, della l. 241/90, come sostituito dall'art. 16 della l. 11.2.2005, n. 15, norma fondamentale per definire i termini del diritto generale di accesso agli atti della pubblica amministrazione, secondo il quale non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

Qualche perplessità può sorgere avuto riguardo al diritto di accesso in rapporto al diritto alla riservatezza, ed all'equo bilanciamento tra i due. Il diritto all'informazione e il diritto alla privacy costituiscono, infatti, due interessi di rango primario che, in quanto tali, devono ritenersi entrambi meritevoli di costante ed adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Comunque, va detto che, eventualmente, nel contrasto tra diritto di accesso agli atti amministrativi e diritto alla privacy, quest'ultimo diritto può essere salvaguardato mediante modalità, alternative alla limitazione o al diniego dell'accesso, che utilizzino, ad esempio, la schermatura dei nomi dei soggetti menzionati nei documenti, che si dichiarino fermamente intenzionati a mantenere l'anonimato, o che, invece, si avvalgano dell'assenso delle persone di volta in volta indicate nei documenti in questione.

Il diritto dei consiglieri ad ottenere copia di atti in possesso dell'ente, per quanto precede, è tutelato anche in presenza della necessità di salvaguardare la riservatezza dei terzi. Infatti, poiché i detti consiglieri sono tenuti al segreto d'ufficio ed è del tutto evidente che non sussiste alcuna ragione logica perché possa essere loro inibito l'accesso ad atti riguardanti dati riservati. Per le stesse ragioni essi hanno diritto all'accesso anche agli atti concernenti le vertenze nelle quali il Comune



è coinvolto, nonché ai pareri legali richiesti dall'amministrazione comunale.

Del resto, si ribadisce che il consigliere comunale o provinciale esercita un diritto, riconosciuto dalla legge, che ha natura di diritto "soggettivo pubblico funzionalizzato", e la P.A. non ha nemmeno la possibilità di sindacare l'istanza di accesso asserendo la mancanza di collegamento con l'espletamento del mandato consiliare. L'interesse del consigliere comunale ad ottenere determinate informazioni o copia di specifici atti detenuti dall'amministrazione civica, non si presta ad alcuno scrutinio di merito da parte degli uffici interpellati in quanto, sul piano oggettivo, esso ha la medesima latitudine dei compiti di indirizzo e controllo riservati al consiglio comunale, al cui svolgimento è funzionale.

Molto recentemente, infatti, il Consiglio di Stato si è espresso ritenendo illegittimo il diniego espresso da un Comune in ordine ad una istanza ostensiva avanzata da alcuni Consiglieri comunali avente ad oggetto la richiesta di copia di alcune deliberazioni della Giunta municipale, che sia motivato con riferimento alla esigenza di assicurare la riservatezza dei dati contenuti in tali deliberazioni e il diritto alla privacy dei terzi.

Infatti, in sede di accesso di cui dispongono i Consiglieri comunali e provinciali, tale

esigenza è salvaguardata dall'art. 43, co. 2, del d.lgs. 18.8.2000 n. 267, laddove viene previsto che i Consiglieri stessi sono tenuti al segreto in caso accedano ad atti che incidono sulla sfera giuridica e soggettiva di terzi; il diritto del Consigliere comunale o provinciale ad avere dall'Ente tutte le informazioni che siano utili all'espletamento del mandato non incontra, conseguentemente, alcuna limitazione derivante dalla loro natura riservata, in quanto il Consigliere è vincolato all'osservanza del segreto (Cds, V, 11.12.2013, n. 5931).

In definitiva, quindi, può dirsi che il nostro ordinamento riconosce un ampio diritto di accesso agli atti ai consiglieri comunali e provinciali, che incontra i pochi ma precisi limiti sopra illustrati.

Ciò al fine di garantire al meglio il diritto-dovere del consigliere di partecipazione alla vita politico-amministrativa, volto al controllo e quindi al perseguimento fattuale dell'ordinato e corretto svolgersi delle sedute consiliari e del rispetto della legalità di ogni fase procedurale delle riunioni del Consiglio Comunale, da ritenersi esplicitazione del diritto di iniziativa, di attivazione, di stimolo nonché di vigilanza, che è intrinseco e connaturale all'espletamento del mandato popolare e che è non è altrimenti conseguibile.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 31.10.2013, n 5254
Conferenza di servizi: non sono immediatamente lesive le determinazioni conclusive adottate in sede di conferenza di servizi.

E' consolidato in giurisprudenza il condivisibile principio che non può essere riconosciuta l'immediata lesività delle determinazioni conclusive adottate in sede di conferenza di servizi, disciplinata dagli artt. 14 e seguenti, della l. n. 241/1990, e, prima ancora, alle posizioni in tale sede espresse dalle singole amministrazioni. Esse hanno valenza meramente endoprocedimentale e, conseguentemente, non sono autonomamente impugnabili (CdS, Sez. VI, 6.5.2013, n. 2417). L'istituto della conferenza di servizi è infatti caratterizzato da una struttura dicotomica, articolata in una fase che si conclude con la determinazione della conferenza (anche se di tipo decisorio), di valenza endoprocedimentale, e in una successiva fase che si conclude con l'adozione del provvedimento finale, di valenza esoprocedimentale effettivamente determinativa della fattispecie. L'esito della Conferenza dei servizi costituisce, infatti, il necessario atto di impulso di un'autonoma fase, volta all'emanazione di un nuovo provvedimento dell'Amministrazione che ha indetto la Conferenza dei servizi. Solo quest'ultimo atto è direttamente ed immediatamente lesivo ed è contro di esso, pertanto, che deve dirigersi l'impugnazione, in quanto gli altri atti o hanno carattere meramente endoprocedimentale ovvero non risultano impugnabili, se non unitamente al provvedimento conclusivo, in quanto non immediatamente lesivi. Non poteva quindi comportare la irricevibilità per tardività del ricorso introduttivo del giudizio la circostanza che l'Amministratore unico della società ricorrente aveva partecipato alla seduta della Conferenza dei servizi del 17.12.2009, dei cui esiti negativi sarebbe stato ciò stesso a conoscenza. Né può ritenersi che essendo gli esiti di detta Conferenza di carattere univoco e vincolante, non poteva riconoscersi al provvedimento successivo

alcuna autonomia, con natura meramente confermativa del provvedimento conclusivo. La possibilità di una contestazione anticipata all'atto conclusivo del procedimento è invero di carattere eccezionale e va riconosciuta esclusivamente ad atti di natura vincolata, idonei a conformare in maniera netta la determinazione conclusiva (CdS, Sez. IV, 16.5.2011, n. 2961; Sez. VI, 9.11.2011, n. 5921). La conferenza di servizi in argomento è riconducibile alla tipologia c.d. "istruttoria", finalizzata al preliminare esame delle domande presentate e all'acquisizione dei pareri dei soggetti pubblici coinvolti nel procedimento. Il verbale impugnato non conteneva alcuna statuizione di tipo provvedimentale ma si limitava a registrare i pareri delle amministrazioni intervenute, peraltro non pienamente vincolanti, posto che la Regione rimaneva comunque libera nell'esercizio della propria potestà discrezionale di rilasciare o meno il provvedimento di compatibilità ambientale. Un atto endoprocedimentale può infatti assumere la natura di parere vincolante, e quindi avere la forza di imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva, quando siffatta forza gli venga attribuita dalla legge; ciò non si ha nel procedimento di Autorizzazione Integrata Ambientale, dal momento che non si rinviene alcuna previsione in tal senso negli artt. 14 bis, 14 ter e 14 quater della l. n. 241/1990.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.10.2013 n. 5197
Enti locali: obbligo di astensione per gli amministratori dalla discussione e votazione di delibere riguardanti interessi propri o di parenti o affini anche in caso di vantaggi indiretti.

L'art. 78 del d. lgs. n. 267/2000 prescrive per gli amministratori l'obbligo di astensione dalla discussione e votazione di delibere riguardanti interessi propri o di parenti o affini fino al quarto grado. Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha rilevato come la circostanza



che nella vicenda concreta la delibera comunale non abbia impresso direttamente vantaggi al suolo oggetto di promessa di vendita in favore di un congiunto del sindaco, attiguo a quello oggetto di espropriazione e di approvazione del progetto di allargamento e sistemazione della strada, non esclude l'ipotizzabilità di vantaggi indiretti connessi alla realizzazione dell'opera idonei a fondare un potenziale conflitto di interessi. Affinchè si verifichi la fattispecie generatrice dell'obbligo di astensione, invero, occorre prescindere dalla produzione, in concreto, di un vantaggio alla posizione privata e di uno svantaggio a quella della p.a. (CdS IV, n. 28.1.2011, n. 693), a maggior ragione quando l'oggetto sia circoscritto e, nel caso di provvedimenti di natura edilizia, la deliberazione non investa l'intero territorio comunale o ampie zone di esso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.10.2013, n. 4980
Procedimento amministrativo: il mancato rispetto del termine per la conclusione del procedimento non è requisito di validità dell'atto amministrativo.

Benchè con la legge generale sul procedimento amministrativo si sia assistito alla generalizzazione del dovere di rispettare il suddetto termine (art. 2, l. n. 241/1990), nessuna disposizione di legge lo ha elevato a requisito di validità dell'atto amministrativo, rimanendo dunque lo stesso confinato sul piano dei comportamenti dell'amministrazione, il quale ha dato luogo all'elaborazione da parte di questo Consesso dell'istituto del silenzio (sin dalla pronuncia della IV Sez. 22.8.1922, n. 429). Detto in altri termini, non si è assistito in questo campo a quel fenomeno di trascinarsi di obblighi di comportamento sul terreno del giudizio di validità dell'atto, registratosi invece in alcuni settori del diritto civile (come ad esempio per gli obblighi di informativa precontrattuale per i contratti in materia di servizi finanziari conclusi a distanza: art. 67-septies decies, comma 4, cod. consumo). E' ciò ad avviso del Collegio è agevolmente spiegabile ricordando che l'esercizio della funzione pubblica è connotato dai requisiti della doverosità e della continuità, cosicchè i termini fissati per il suo svolgimento hanno gioco forza carattere acceleratorio, in funzione del rispetto dei principi di buon andamento (97 Cost.), efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1, co. 1, l. n. 241/1990), e non già perentorio. Conseguente-

mente, la loro scadenza non priva l'amministrazione del dovere di curare l'interesse pubblico, né rende l'atto sopravvenuto di per sé invalido. A conferma di quanto ora osservato il Collegio richiama nella sentenza in esame la successiva evoluzione normativa, segnata fundamentalmente dall'introduzione di un rito accelerato contro il silenzio (art. 2 l. n. 205/2000, aggiuntivo dell'art. 21bis l. n. 241/1990; ora art. 117 c.p.a.) e della regola della risarcibilità del danno da ritardo (mediante l'art. 2 bis l. n. 241/1990, introdotto con l. n. 69/2009: ora), fino alla previsione per esso di una tutela di carattere indennitario (art. 2, comma 1-bis, aggiunto dal d.l. n. 69/2013, conv. dalla l. n. 98/2013). Il costante indirizzo di politica legislativa che si ricava dai citati interventi normativi è in sostanza quello di mantenere l'obbligo di rispettare i termini di conclusione del procedimento sul piano dei comportamenti, fonte di responsabilità patrimoniale in caso di violazione, ma giammai requisito di validità degli atti.(...) Prosegue poi la sentenza rilevando che "grazie all'opera pretoria di questo Consesso, il privato non risultasse anche allora sfornito di mezzi di tutela contro l'inerzia dell'amministrazione. Sin dal 1978, infatti, in epoca dunque antecedente alla generalizzazione dell'obbligo di rispettare i termini di conclusione del procedimento, l'Adunanza plenaria (decisione del 10.3.1978, n. 10) aveva affermato in generale l'applicabilità dello strumento della diffida e messa in mora prevista dall'art. 25 del testo unico degli impiegati civili dello Stato (l. n. 3/1957), e dunque uno strumento valevole per proporre l'azione civile di risarcimento danni contro il funzionario inerte, al fine di fare constare il rifiuto dell'amministrazione di provvedere ed il conseguente silenzio-inadempimento, mediante la relativa azione davanti al giudice amministrativo. Inoltre, con specifico riguardo ai procedimenti di rilascio della concessione edilizia, l'art. 4, co. 1, l. n. 10/1977 opera(va) un rinvio all'art. 31 della legge urbanistica n. 1150/1942, in particolare per riguardo concerne la "procedura". La norma richiamata, a sua volta, impone(va) all'amministrazione di provvedere entro 60 giorni dal ricevimento della domanda (comma 6), consentendo al privato istante di "ricorrere contro il silenzio rifiuto" (comma 7)." Pertanto, la parte nel caso di specie ben avrebbe potuto avvalersi di quest'ultimo rimedio, per giunta senza dovere

provvedere alla notifica di alcuna diffida. Non può lo stesso, invece, dolersi dell'illegittimità del diniego sopravvenuto alla scadenza del suddetto termine. La verifica di conformità a legge di tale atto, in cui si sostanzia il giudizio di validità, come detto sopra, risulta infatti positiva, visto che il citato art. 4, co. 1, l. n. 10/1977 prescrive(va) che la concessione edilizia sia rilasciata "in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici". Il che è proprio quanto avvenuto nel caso di specie, essendo il diniego motivato sulla base dell'incompatibile destinazione impressa dal sopravvenuto strumento urbanistico alla zona su cui l'intervento oggetto di domanda avrebbe dovuto essere realizzato. Tanto meno l'appellante può dolersi del fatto che la regolamentazione urbanistica dell'area in senso impeditivo dell'intervento edilizio progettato sia stata possibile proprio a causa dell'abnorme durata del procedimento e inferire da ciò una dolosa preordinazione dell'amministrazione di negare in ogni caso il necessario titolo concessorio. Infatti, come sopra detto, la legittimità di un atto amministrativo è data dalla sua oggettiva rispondenza alle norme di legge ed ai principi generali che presidono all'esercizio della funzione amministrativa, mentre non rilevano a tal fine atteggiamenti meramente soggettivi dei funzionari inseriti nell'organizzazione dell'ente pubblico. Tramontate le ricostruzioni pan-civilistiche, la teoria generale dell'atto amministrativo si è ormai affrancata dagli elementi costitutivi di più diretta matrice contrattualistica ed in particolare dall'elemento della volontà e dalle relative connotazioni soggettivistiche. Più precisamente, nel campo dell'amministrazione la volontà rileva unicamente nella misura in cui si è estrinsecata nella determinazione autoritativa e non già quale espressione di uno stato psicologico dell'organo autore dell'atto..

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.10.2013, n. 5040
Silenzio-inadempimento della PA. - preavviso di rigetto - ad assolvere all'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento con una determinazione espressa - non è idoneo.

Il Consiglio di Stato con la sentenza in esame ribadisce il principio giurisprudenziale a tenore del quale gli atti endoprocedimentali non fanno venire meno il silenzio inadempimento, atteso che l'obbligo, cui va traguardata l'azione avverso il silenzio della PA., ha per

oggetto l'adozione del provvedimento finale nel termine complessivo stabilito per quel determinato procedimento. come già chiarito dal Consiglio, Sez. IV, 22.6.2011, n. 3798: "Il preavviso di rigetto, essendo atto meramente interlocutorio finalizzato a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale, non è idoneo ad assolvere all'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento con una determinazione espressa, come sancito dall'art. 2 l. 7.8.1990 n. 241, sicché nel caso di ricorso proposto ai sensi dell'art. 117 c.p.a. per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio-rifiuto, il giudice deve dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi con un provvedimento che abbia il carattere sostanziale della definitività".

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.10.2013, n. 4939
Scuole d'infanzia - iscrizione nell'elenco regionale delle scuole non paritarie non è necessario per il richiedente il requisito minimo di età dei 30 anni.

Giunge alla decisione del Consiglio di Stato il ricorso in appello proposto dalla legale rappresentante di una scuola dell'infanzia non paritaria avverso il provvedimento del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca con cui è stato respinto il ricorso volto ad ottenere l'iscrizione nell'elenco regionale delle scuole non paritarie (il diniego opposto dall'Ufficio si basava sulla circostanza per cui, al momento dell'istanza, la richiedente non avesse il requisito minimo di età - 30 anni - previsto dall'articolo 353 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297). Il Collegio ha accolto l'appello e nella sentenza ha proceduto alla ricostruzione del pertinente quadro normativo nei termini di seguito esposti. In primo luogo occorre richiamare la previsione di cui al co. 1 dell'art. 253 del d.lgs. 16.4.1994, n. 297 (si tratta di un articolo rubricato 'Soggetto gestore' e che risulta inserito nell'ambito del Capo III del titolo VIII del decreto in questione - rubricato 'Istruzione secondaria' -), con il quale è stato previsto (co. 1) che "le scuole non statali e i corsi di cui all'art. 352 possono essere aperti al pubblico e gestiti soltanto da cittadini italiani che abbiano compiuto il trentesimo anno di età e siano in possesso dei necessari requisiti professionali e morali (...)". In secondo luogo, occorre richiamare la previsione di cui al d.l. 5.12.2005, n. 250 (recante 'Misure urgenti in materia di scuola, università, beni culturali ed in favore di soggetti affetti da gravi



patologie, nonché in tema di rinegoziazione di mutui, di professioni e di sanità’) e, segnatamente, di cui all’articolo 1-bis (rubricato ‘Norme in materia di scuole non statali’), co. 5, 6 e 7. Ora: - il co. 5 dell’art. 1 bis stabilisce che le scuole non paritarie le quali presentino le condizioni soggettive e oggettive di cui al precedente co. 4 possano essere incluse nel più volte richiamato elenco tenuto dall’Ufficio scolastico regionale, “secondo modalità procedurali da definire con regolamento adottato ai sensi dell’art. 17, co. 3 della l. 23.8.1998, n. 400” (la previsione in parola, come in precedenza ricordato, è stata attuata con l’emanazione del d.m. 29.11.2007, n. 263 - ‘Regolamento recante disciplina delle modalità procedurali per l’inclusione e il mantenimento nell’elenco delle scuole non paritarie, ai sensi dell’art. 1 bis, co. 5, del d.l. 5.12.2005, n. 250, convertito, con modificazioni, dalla l. 3.2.2006, n. 27’ - ‘); - il co. 6, al quarto periodo, stabilisce che “le disposizioni di cui agli articoli 339, 340, 341 e 342, quelle di cui all’articolo 345 e quelle di cui agli articoli 352, co. 6, 353, 358, co. 5, 352 e 363 del [testo unico] di cui al d. lgs. n. 297 del 1994 continuano ad applicarsi nei confronti, rispettivamente, delle scuole dell’infanzia, delle scuole primarie e delle scuole secondarie riconosciute paritarie ai sensi [della legge] n. 62 del 2000”; - il co. 7 al primo periodo stabilisce che, a far data dall’entrata in vigore della legge di conversione del d.l. in questione, restano abrogate numerose disposizioni del testo unico di cui al d.lgs. 297 del 1994, fatte salve alcune disposizioni ivi espressamente elencate, fra cui – ai fini che qui rilevano – l’art. 353 del medesimo d.lgs. 297, “che si applicano con riferimento alle scuole paritarie”. Il quarto periodo del medesimo comma 4 stabilisce, poi, che “l’art. 353 si applica anche alle scuole non paritarie”. 2.2. Una volta richiamato il pertinente quadro normativo, si osserva che il ricorso in questione è meritevole di accoglimento laddove ha lamentato l’illegittimità dell’operato dell’Ufficio Scolastico Regionale pugliese per avere questo ritenuto applicabile alla fattispecie la previsione di cui all’art. 353 del d.lgs. 297, cit. il quale fissa il richiamato requisito minimo di età per i gestori di talune tipologie di scuole non statali. Si osserva al riguardo che – contrariamente a quanto ritenuto dall’amministrazione scolastica e dai primi Giudici - nessun elemento testuale o sistematico depone nel senso dell’estensione

alle scuole dell’infanzia non paritarie della richiamata previsione legislativa. In primo luogo, mette conto osservare che il più volte richiamato art. 353 è incluso nell’ambito del Capo III del titolo VIII del richiamato decreto legislativo, esclusivamente dedicato all’istruzione secondaria. Già tale circostanza depone di per sé in modo dirimente nel senso che la disposizione in esame (la quale ha carattere limitativo del diritto di libertà di insegnamento di cui al terzo comma dell’articolo 33, Cost. e che quindi deve essere intesa come di stretta interpretazione) non risulti estensibile in via applicativa a un ambito – quello delle scuole dell’infanzia – ivi espressamente non richiamato. Si osserva, inoltre, che l’ipotizzata estensione della limitazione in questione all’ambito delle scuole dell’infanzia non risulta suffragata dalla previsione di cui ai co. 6 e 7 del più richiamato art. 1 bis del d.l. 250 del 2005 il quale – al contrario – reca una puntuale indicazione testuale in senso contrario. Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di cui al richiamato comma 6 (il cui testo è stato dinanzi richiamato sub 2.1.2), dalla cui formulazione si evince agevolmente: a) che il richiamo agli articoli 339, 340, 341 e 342 è riferito alle sole scuole dell’infanzia; b) che il richiamo all’art. 345 è riferito alle sole scuole primarie, mentre c) il richiamo agli articoli 352, co. 6, 353 (si tratta della disposizione che qui rileva), 358, comma 5, 362 e 363 è riferito alle sole scuole dell’infanzia. Anche sotto questo aspetto, ne risulta destituita di fondamento la tesi secondo cui il più volte richiamato articolo 353 risulterebbe applicabile anche alle scuole dell’infanzia. Né a conclusioni diverse può giungersi in relazione alla previsione di cui al quarto periodo del successivo co. 7 (il quale, come si è detto, prevede che “l’art. 353 si applica anche alle scuole non paritarie”). Al riguardo è agevole osservare che la previsione in questione deve essere letta ed interpretata in combinazione sistematica con quella di cui al precedente co. 6 (il quale ha riferito la menzione all’art. 353 al solo ambito delle scuole secondarie), ragione per cui il disposto di cui al co. 7 non può che riferire a propria volta il richiamo all’art. 353 alla solo ambito delle scuole secondarie non paritarie. Al contrario, non sussiste alcun elemento logico o testuale per ritenere che il richiamo all’articolo 353 operato dall’art. 1 bis, co. 7, cit. possa essere riferito - come ritenuto dai primi Giudici – anche al caso, che qui ricorre, delle scuole dell’infanzia

non paritarie. Una conferma ulteriore del fatto che nessuna disposizione primaria o secondaria estenda alle scuole dell'infanzia i limiti di età di cui al più volte richiamato articolo 353 è desumibile dal fatto che una siffatta limitazione non sia in alcun modo prevista dal d.m. 29.11.2007, n. 263 (il quale, come si è detto in precedenza, ha fissato le regole di dettaglio per l'inclusione e il mantenimento nell'elenco delle scuole non paritarie, ai sensi dell'art. 1 bis, co. 5, del d.l. n. 250 del 2005).

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.10.2013, n. 4923
Diritto di accesso - accesso ai documenti - privato - un'attività di pubblico interesse - assoggettato alla normativa in materia di accesso.

Se il soggetto di diritto privato svolge un'attività di pubblico interesse, viene ad assumere la veste di "pubblica amministrazione" agli specifici fini di cui agli articoli 22 e seguenti della L. 241/1990 e, conseguentemente, resta soggetto alla relativa disciplina fissata in materia di accesso. Questo il principio stabilito dalla V sezione del Consiglio nella sentenza da ultimo depositata nella quale si rileva come l'art. 22 della L. 241/90 dispone espressamente che: "Ai fini del presente capo si intende: (...)

e) per "pubblica amministrazione" tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Per i particolari fini considerati dalla norma, quindi, la nozione di "pubblica amministrazione" risulta di ben più ampia portata rispetto a quella contenuta in altri settori ordinamentali (quale ad esempio quello della contrattualistica pubblica), estendendosi anche, per quanto di interesse in questa sede, ai soggetti privati tout court, laddove l'attività da questi posta in essere risulti genericamente di pubblico interesse. Ne consegue che, in tema di accesso ai documenti amministrativi, è sufficiente che un soggetto di diritto privato ponga in essere una attività che corrisponda ad un pubblico interesse, perché lo stesso assuma la veste di "pubblica amministrazione" e come tale sia assoggettato alla specifica normativa di settore.

In altri termini, è sufficiente che il soggetto presso cui si pratica l'accesso, ancorché di diritto privato, svolga un'attività che sia riconducibile sul piano oggettivo ad un pubblico interesse inteso in senso lato, perché a quest'ultimo sia applicabile la disciplina fissata dalla l. n. 241 del 1990 in materia in accesso.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Con nota 11.5.2013 l'Università di Bologna ha formulato a codesta Avvocatura richiesta di parere in ordine alle modalità con cui dare applicazione all'art. 16 del d.lgs. 30.12.1992, n. 503, a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 83/2013 che ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 25 della l. n. 240/2010; tale disposizione, come è noto, escludeva docenti e ricercatori dalla facoltà di richiedere la proroga prevista dal richiamato art. 16. (Parere 02/11/2013-436034/7, ct 28352/13, Sez. VII, Avv. Vincenzo Nunziata).

RISPOSTA

Dispone l'art. 16 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 riposo per essi previsti. In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in servizio il dipendente in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La disponibilità al trattamento va presentata all'amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento (...)".

È noto al riguardo che la originaria formulazione della norma, consistente nel solo primo periodo dinanzi riportato, riconosceva ai dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici (compresi i professori universitari) una sorta di diritto potestativo a permanere in servizio (CdS, IV, 21.2.2005, n. 573). Il co. 7 dell'art. 72 del d.l. 112 del 2008 ha profondamente modificato tale previsione, con l'aggiunta del secondo periodo, il quale non riconosce più un diritto soggettivo (potestativo) alla permanenza in servizio del pubblico dipendente, ma prevede che l'istanza, che egli ha facoltà di presentare, vada valutata discrezionalmente dall'amministrazione, la quale, a sua volta, ha facoltà di accoglierla solo in presenza degli specifici presupposti individuati dalla disposizione, legati sia ai profili organizzativi generali dell'amministrazione medesima ("in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali") che alla situazione specifica soggettiva e oggettiva del richiedente ("in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi"). Tale lettura della disposizione è viepiù rafforzata dalle ulteriori modifiche ad essa apportate dal legislatore con l'art. 1, co. 17, del d.l. 138/2011, conv. con l. 148/2011, che ha inteso confermato il carattere assolutamente discrezionale della valutazione operata dall'Amministrazione nel senso che il dipendente interessato deve presentare una "disponibilità al trattenimento", e non più una "richiesta": con ciò essendo

ancora più evidente che ci si trova in presenza di un'eccezionale deroga all'ordinaria estinzione del rapporto d'impiego per raggiunti limiti di età, autorizzabile dall'amministrazione all'esito di una propria valutazione ampiamente discrezionale. "Alla luce della richiamata disciplina è dato ricavare che l'istituto del trattenimento in servizio ha ormai assunto un carattere di eccezionalità in considerazione delle generali esigenze di contenimento della spesa pubblica che hanno ispirato e informato l'intero impianto normativo sotteso alla disciplina di cui al d.l. 112 cit., e segnatamente, alla disciplina di cui al Capo II di tale decreto, nel cui ambito è collocato il più volte richiamato art. 72" (così CdS, VI, 26.3.2013, n. 1672, che richiama CdS, VI, 2.2.2012, n. 2518, e VI, 24.11.2011, n. 479). Ha poi affermato il giudice amministrativo (1672/2013, cit.) che: "Poiché è questa la ratio sottesa al richiamato intervento normativo, ne consegue che l'ipotesi ordinaria è quella della mancata attivazione dell'istituto del trattenimento (ipotesi ricorrendo la quale l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione sarà limitata all'insussistenza di particolari esigenze organizzative e funzionali le quali inducano a decidere in tal senso), mentre all'ipotesi del trattenimento sarà da riconoscere carattere di eccezionalità, con la necessità di esplicitare in modo adeguato le relative ragioni giustificatrici, conferendo rilievo preminente alle esigenze dell'amministrazione lato sensu intese". Tale quadro interpretativo è stato ampiamente richiamato dal Consiglio di Stato anche nelle ordinanze di rimessione alla Corte della questione di costituzionalità e dallo stesso giudice delle leggi, nella pronuncia di incostituzionalità citata, ove si legge che l'articolo 16, nel testo oggi vigente "realizza, per l'appunto, il suddetto bilanciamento, affidando all'amministrazione la facoltà di accogliere o no la richiesta del dipendente, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali e secondo i criteri nella norma medesima indicati". Tale essendo il quadro interpretativo, può confermarsi, muovendo dal terzo dei quesiti posti, che il termine entro il quale occorre presentare la domanda (dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento

a riposo) non ha natura perentoria, in quanto esso è posto nell'interesse esclusivo dell'amministrazione e risponde appunto alle esigenze di programmazione della provvista di risorse umane. In tal senso, specificamente, si è espresso il Consiglio di Stato (IV, 16.11.2011, n. 6051), sia pure con riferimento al trattenimento in servizio del personale di magistratura: "Così stando le cose, è evidente che la previsione della necessità di presentare la domanda di trattenimento in servizio nell'arco di una "finestra" temporale compresa tra i 24 e i 12 mesi antecedenti il collocamento a riposo - come emerge anche dalla sua introduzione contestuale alla ricordata trasformazione "ontologica" della posizione soggettiva del dipendente - viene a configurarsi non già come un onere imposto all'interessato in vista della realizzazione di un suo proprio interesse, ma piuttosto come preordinata a garantire all'amministrazione la possibilità di ponderare adeguatamente le condizioni che possono legittimare l'accoglimento dell'istanza (e, in particolare, le "proprie esigenze organizzative e funzionali"). Trattandosi dunque di termini sostanzialmente ispirati da esigenze di buon andamento riconducibili all'art. 97 cost., non è ragionevole ritenere che il potere discrezionale così riconosciuto in capo all'amministrazione venga meno, o comunque non sia più esercitabile, per il solo fatto che la richiesta di trattenimento in servizio sia stata depositata al di fuori dei termini medesimi: l'unico limite a tale conclusione essendo quello discendente dall'esigenza di evitare che di tale discrezionalità sia fatto un uso irragionevole, discriminatorio o arbitrario (ciò che, a tacer d'altro) contrasterebbe con l'altro fondamentale canone costituzionale dell'imparzialità".

Venendo agli ulteriori quesiti posti dall'Università di Bologna, essi sostanzialmente riguardano gli eventuali effetti retroattivi della sentenza della Consulta, con riguardo ai docenti che:

- sono già cessati e non hanno presentato istanza di biennio;
- sono cessati dopo aver presentato istanza di biennio, non accolta in applicazione dell'art. 25 della Legge 240/2010 ora dichiarato incostituzionale.



È noto al riguardo che gli effetti della sentenza della Corte che dichiara la incostituzionalità di una norma non si estendono ai rapporti ormai esauriti (cfr. Cass. 6.5.2010, n. 10958; CdS, VI, 18.10.2011, n. 5600).

In entrambe le ipotesi suddette si è invece verificato il presupposto della cessazione dal servizio, sia nel caso di omessa presentazione della dichiarazione disponibilità, che di suo

mancato accoglimento, non impugnato, sulla base della norma vigente ratione temporis.

In entrambi i casi è dunque da escludere che la sentenza della Corte possa trovare applicazione, in ipotesi a seguito di istanza degli interessati di riammissione in servizio.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

AMBIENTE: CDM APPROVA L'AGENDA VERDE DEL GOVERNO

Il Consiglio dei Ministri ha approvato quella che viene definita "l'Agenda Verde" del governo. Il "collegato ambientale alla legge di stabilità" rappresenta infatti un fondamentale passo avanti nella definizione delle politiche ambientali nazionali in una logica che per la prima volta le collega ad innovative scelte di politica economica-industriale indirizzate verso una crescita e uno sviluppo sostenibile. Il provvedimento, comunica il Ministero dell'Ambiente e' composto da circa una trentina di articoli, si occupa di protezione della natura, valutazione di impatto ambientale, acquisti ed appalti verdi, gestione dei rifiuti, difesa del suolo, servizio idrico, acqua pubblica e comprende persino nuovi strumenti per calcolare l'importanza dell'ambiente. Un pacchetto di norme per attivare politiche ambientali virtuose, semplificando il quadro normativo, rendendolo più moderno ed efficace e creando al tempo stesso le condizioni per investimenti e crescita economica nel campo della green economy. Il tutto con una ferrea attenzione a riduzione dei costi, semplificazione e trasparenza amministrativa. Strumenti a costo zero, per una politica ambientale più efficace in tutti i settori. Il Ministero dell'ambiente ha pubblicato una Sintesi delle norme di seguito riportate: - (art. 2) Nomina Direttori parchi nazionali: Con riferimento alla procedura di nomina dei Direttori di Parco Nazionale si rimette la nomina al Consiglio direttivo del Parco e non più al Ministro dell'Ambiente al quale resta così la sola nomina del Presidente del Parco. Con la semplificazione proposta si ottiene il risultato di rendere più

snella ed efficiente l'azione istituzionale degli Enti Parco, consentendo una più agevole gestione delle risorse finanziarie ad essi attribuite, con ricadute positive sulle economie locali. - (art. 6) Unificazione e semplificazione Via e Aia: Semplificazione, celerità, risparmio e trasparenza. Con questa norma si unificano le Commissioni Via e Aia. La necessità di provvedere ad adottare misure di semplificazione degli adempimenti posti a carico delle imprese, di accelerazione dei tempi necessari per l'emanazione dei procedimenti burocratici, comporta la scelta di unificare le due Commissioni e di ridurre conseguentemente il numero dei componenti. Con la norma in esame è prevista anche una revisione al ribasso dei compensi per la Commissione unificata. Nessun nuovo onere finanziario grava sul bilancio statale per effetto del presente provvedimento. - (art.10) "Appalti verdi" nella pubblica amministrazione - (Green public procurement) La disposizione mira a introdurre un incentivo per gli operatori economici che partecipano ad appalti pubblici e che sono muniti di registrazione Emas (che certifica la qualità ambientale dell'organizzazione aziendale) o di marchio Ecolabel (che certifica la qualità ecologica di "prodotti", comprensivi di beni e servizi). Il beneficio è una riduzione del 20% della cauzione a corredo dell'offerta, ai sensi del codice appalti. La disposizione, inoltre, ha lo scopo di introdurre tra i criteri ambientali di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche il criterio - per i contratti che hanno come oggetto beni o servizi - che le prestazioni al centro del contratto siano dotate di marchio Ecolabel. Inoltre, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, viene introdotto quello del costo del ciclo di



vita dell'opera, prodotto, o servizio, criterio previsto dalla bozza di nuova direttiva comunitaria sugli appalti pubblici. Si tratta di misure a costo zero volte a garantire minori impatti sull'ambiente e una conseguente riduzione della spesa nel breve-medio periodo. - (art. 11) Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi, anche alimentari: Tra le questioni ambientali più rilevanti che l'Italia deve affrontare, vi sono quelle legate al consumo di energia da fonti non rinnovabili (con la conseguente emissione di Co2) e quelle legate alla produzione di rifiuti. Per entrambe le problematiche, rendere obbligatorio il riferimento ai criteri ambientali per gli acquisti pubblici (Green Public Procurement) può contribuire in maniera rilevante alla loro soluzione, con ricadute positive anche sotto il profilo economico. Si inseriscono inoltre nel Green Public Procurement gli acquisti relativi al settore "alimentare", considerato a livello europeo il principale settore di impatto ambientale con il 31% degli impatti totali dei consumi. Si tratta sostanzialmente di introdurre - accanto allo strumento degli accordi volontari con i grandi attori della distribuzione (in particolare la grande distribuzione) - anche strumenti obbligatori che premiano quegli operatori che, nella gestione della ristorazione collettiva o della fornitura delle derrate alimentari, agiscono in modo virtuoso. - (art. 12) Incentivi per la Green economy del riciclo e riutilizzo: Una delle novità più importanti del collegato è rappresentata dall' introduzione, per la prima volta nella legislazione italiana, di incentivi e meccanismi di sostegno al "mercato dei materiali e dei prodotti riciclati". Si introducono nella nostra legislazione un insieme di principi e di incentivi ai consumatori, alle aziende e agli enti locali per sostenere l'acquisto di prodotti realizzati con materia derivata dalle raccolte differenziate post consumo in modo da promuovere il recupero, riciclo e il riutilizzo oltre al recupero energetico, per il quale esistono già numerose forme di incentivo (certificati verdi e bianchi, ecobonus per le ristrutturazioni). Uno dei vantaggi di tali politiche di incentivazione è quello non solo

di prevenire lo spreco di materiali ma anche quello di ridurre il consumo di materie prime con la conseguenza immediata di un uso razionale di risorse materiali scarse, un minor utilizzo di energia, e la progressiva diminuzione di emissioni di gas serra. L'incentivazione dell'acquisto di prodotti realizzati con materia derivata dalle raccolte differenziate post consumo apre un nuovo mercato in cui piccole e medie imprese possono recuperare i materiali riciclabili per rivenderli come materia prima o semilavorati alle imprese produttrici di beni. Un mercato che si può tradurre pertanto anche in nuova occupazione ed innovazione tecnologica nel campo della Green economy che non è fatto solo di attività in campo energetico ma anche e soprattutto di attività nel campo dell'uso razionale delle materie e dei materiali. - (art.15) Misure per incrementare la raccolta differenziata e il riciclaggio: Si stabilisce la previsione di raggiungere di un tasso di raccolta differenziata pari al 65% alla fine dell'anno 2020. Tale previsione è perfettamente coerente con le disposizioni europee che non individuano obiettivi di raccolta differenziata ma fissano, invece, specifici obiettivi di recupero. Questo provvedimento si rende necessario per adeguare il dato normativo al dato reale e per evitare che i Comuni incorrano nelle sanzioni correlate al mancato raggiungimento di tali obiettivi negli attuali termini di legge. Tale modifica si rende necessaria anche alla luce dei recenti dati sulla raccolta differenziata dai quali si evince che gli obiettivi previsti dalla normativa vigente non sono stati perseguiti a livello omogeneo sul territorio nazionale. Attualmente la percentuale media nazionale di raccolta differenziata si attesta sul valore del 39,9% (dato preliminare Fonte Ispra: Rapporto Rifiuti urbani Ed. 2013). Con il provvedimento si incentivano i Comuni che raggiungono gli obiettivi prefissi e che verranno premiati con il pagamento di solo il 20% del tributo regionale rispetto ai rifiuti che si conferiscono in discarica. Per i Comuni che non raggiungono gli obiettivi vengono stabilite delle misure addizionali al tributo. Tutto il gettito, tributo e addizionali, vanno in un fondo che le regioni devono

utilizzare per incentivare il mercato del riciclo e quindi della green economy. - (art. 20) Pianificazione impianti di incenerimento: Una novità importante riguarda anche il recupero energetico dei rifiuti, con l'attribuzione al Ministero dell'ambiente del compito di individuare la "rete nazionale ed integrata ed adeguata di impianti di incenerimento dei rifiuti", in modo da disporre in pochi mesi di un quadro chiaro a livello nazionale degli impianti esistenti, di quelli in fase di realizzazione e del fabbisogno residuo. Un quadro di pianificazione utile per superare le forti disomogeneità territoriali presenti a livello nazionale, completando la rete di impianti senza rischiare fenomeni di eccesso di offerta, come quelli che si registrano attualmente nel nord Europa. - (art.23) Autorità di distretto: Le modifiche proposte rispondono alla impellente necessità di pervenire ad una configurazione stabile e definitiva per le Autorità di distretto, che superano definitivamente le Autorità di bacino. In tal modo si risolvono anche i contrasti con l'ordinamento comunitario e si risponde positivamente alle richieste degli organismi comunitari preposti alla verifica della corretta attuazione della direttiva quadro in materia di acque (direttiva quadro acque e direttiva alluvioni). - (art. 24) Difesa del suolo e dissesto idrogeologico Si introduce il finanziamento degli interventi di demolizione di immobili abusivi realizzati in aree ad elevato rischio idrogeologico attraverso un meccanismo che rende più agevole la rimozione e la demolizione di opere ed immobili realizzati abusivamente nelle aree del Paese classificate a rischio idrologico elevato. E' un provvedimento necessario per quelle zone in cui le condizioni di fragilità del territorio rendono particolarmente urgente la necessità di realizzare interventi di messa in sicurezza da fenomeni di dissesto idrogeologico, la cui concreta attuazione spesso viene impedita da manufatti di vario genere spesso realizzati illecitamente. - (art. 25) Fondo di garanzia per il servizio idrico nazionale: Al fine di rilanciare i necessari programmi di investimento per il mantenimento e lo sviluppo delle infrastrutture idriche,

finalizzati a garantire un'adeguata tutela della risorsa idrica e dell'ambiente secondo le prescrizioni europee e contenendo gli oneri gravanti sulle tariffe, a decorrere dal 2014 è istituito un Fondo di garanzia di interventi finalizzati al potenziamento delle infrastrutture idriche in tutto il territorio nazionale. Obiettivi prioritari del Fondo sono rilanciare la politica di sviluppo delle infrastrutture nel settore; completare le reti di fognatura e depurazione; evitare sanzioni europee per inadempimento dell'Italia; ridurre l'onere finanziario della realizzazione di investimenti nel settore idrico, con vantaggi per l'utenza; avviare la realizzazione di infrastrutture finalizzate al recepimento dei principi della strategia Blue Print. Il Fondo di garanzia viene alimentato da una specifica componente della tariffa del servizio idrico integrato opportunamente definita. - (art. 26) Tariffa sociale del servizio idrico integrato: La disposizione mira a rendere effettivo l'obiettivo di rafforzare la natura "pubblica" della risorsa acqua, come richiesto anche dal Referendum del giugno 2011 e dalla stessa relazione del Gruppo di Lavoro in materia economico e sociale ed europea (cosiddetti "Saggi") e come già affermato nella normativa nazionale. Con questa norma l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, al fine di garantire l'accesso universale all'acqua, assicura agli utenti domestici a basso reddito del servizio idrico integrato, l'accesso a condizioni agevolate alla quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali. La sostenibilità dell'intervento e la copertura dei relativi costi viene garantita dalla previsione di un'apposita componente tariffaria in capo alle utenze non agevolate del servizio idrico integrato. - (art. 27) Morosità nel servizio idrico integrato: Con l'applicazione delle tariffe basate sul principio di copertura dei costi, l'impatto economico sugli utenti è cresciuto in modo rilevante, creando crescenti problemi di morosità. Il provvedimento mira a regolamentare le modalità di gestione del fenomeno della morosità per limitarne l'insorgenza, assicurarne l'efficace contrasto in modo che i costi non ricadano sugli utenti non morosi e per garantire un livello minimo



di fornitura di acqua anche alle utenze non in regola con i pagamenti. In fase di studio - (art.31) Contabilità ambientale: nasce il Comitato per il capitale naturale: Le questioni ambientali entrano a pieno titolo nel processo decisionale economico e finanziario del Paese. Viene istituito infatti senza alcun costo per la spesa pubblica il Comitato per il capitale naturale con l'obiettivo di integrare i costi ambientali nel processo di preparazione del Documento di economia e finanza (Def) e degli altri atti di governo in materia di programmazione finanziaria e di bilancio. Il Comitato fornirà al Governo gli strumenti utili per la migliore comprensione degli effetti dello stato delle risorse naturali e dell'ambiente, sulla performance economica del Paese e sul benessere degli individui, individuando in particolare le conseguenze economiche e sociali derivanti dalla mancata prevenzione degli impatti e dei danni ambientali delle attività produttive. Entro il 28 febbraio di ogni anno il Comitato consegna al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dell'economia e delle finanze un rapporto sullo stato del capitale naturale del Paese, corredato delle informazioni e dei dati ambientali espressi in unità fisiche e monetarie seguendo le metodologie definite dalle Nazioni Unite e dall'Unione Europea (Comunicato del Ministero dell'Ambiente del 15.11.2013).

«..... GA.....»

TRACCIABILITÀ DEI RIFIUTI: PRONTA LA NUOVA CIRCOLARE CHE RAZIONALIZZA E SEMPLIFICA IL SISTRI

Il ministero dell'Ambiente ha diramato la nuova circolare per la "semplificazione e razionalizzazione del Sistri", il sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti nella quale si analizzano i seguenti argomenti: - Soggetti obbligati ad aderire al SISTRI; - Termini di inizio dell'operatività del SISTRI; - Modalità di coordinamento tra obblighi dei soggetti iscritti al SISTRI e obblighi dei soggetti non iscritti al SISTRI; - Regime transitorio e sanzioni; - Adesione volontaria

al SISTRI; - Modifiche e semplificazioni regolamentari. Modifiche al Manuale Operativo SISTRI - sospensione dei punti 7.3. e 7.1.2. del Manuale Operativo; - Tavolo tecnico (Circolare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare).

«..... GA.....»

CATASTO EDILIZIO URBANO: ON LINE IL VOLUME SULLE "STATISTICHE CATASTALI"

E' stato pubblicato on line il Rapporto realizzato dall'Ufficio Statistiche e Studi della Direzione centrale Osservatorio del mercato immobiliare e dei Servizi Estimativi con la collaborazione e condivisione della Direzione centrale Catasto e Cartografia. Le 'Statistiche catastali' rappresentano una sintesi completa sull'entità e le caratteristiche dello stock dei fabbricati, così come censito nella banca dati del Catasto Edilizio Urbano aggiornato al 31.12.2012. Nella nuova edizione del Volume, le Statistiche sono riferite a tutto il territorio nazionale comprendendo, per la prima volta, lo stock immobiliare delle province di Trento e Bolzano, le quali gestiscono in proprio gli archivi censuari del Catasto. Si tratta di informazioni che riguardano un totale di circa 72 milioni di beni fra unità immobiliari urbane ed altre tipologie immobiliari che non producono reddito e delle quali si forniscono: la numerosità dello stock, la sua consistenza fisica («vani», superfici o volumi a secondo delle categorie tipologiche) e la correlata base imponibile fiscale determinata dal Catasto (la «rendita catastale»), distinto secondo la tipologia di intestatario catastale che detiene un diritto reale sull'immobile. Questi dati, dettagliati per categoria catastale, ovvero per tipologia e/o destinazione d'uso dell'immobile, ed elaborati su base provinciale e per capoluogo, costituiscono le «statistiche censuarie» che rappresentano il dato amministrativo-censuario riportato nelle banche dati. Inoltre nella relazione si è proceduto inoltre ad ulteriori elaborazioni che assumono più propriamente carattere di stima statistica.

Queste rappresentano le «elaborazioni statistiche» delle statistiche censuarie. In particolare, si tratta di elaborazione dei dati censuari disponibili, ma non completi (per esempio, nel caso delle superfici delle abitazioni), del calcolo di relazioni tra dati censuari (per esempio, per determinare la «consistenza media per unità immobiliare») (Volume "Statistiche Catastali" dell'Osservatorio del Mercato Immobiliare).

«..... GA.....»

AUTORIZZAZIONE UNICA: IL PARERE NEGATIVO DELLA SOPRINTENDENZA, INSERITO NELL'AMBITO DELLA CONFERENZA DI SERVIZI, HA VALENZA ENDOPROCEDIMENTALE E NON DEVE ESSERE PRECEDUTO DALLA COMUNICAZIONE DEL PREAVVISO DI RIGETTO

La questione posta all'esame del Consiglio di Stato attiene all'asserita illegittimità del parere negativo (o per meglio dire, del dissenso) espresso in conferenza di servizi dalla Soprintendenza in ordine alla domanda di autorizzazione unica avente ad oggetto la costruzione e l'esercizio di un impianto fotovoltaico per la produzione di energia elettrica. Il Consiglio di Stato ha rigettato il motivo di appello con il quale si assumeva l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato l'illegittimità dell'atto impugnato per omessa comunicazione del preavviso di rigetto.

Il parere della Soprintendenza, infatti, inserito nell'ambito della conferenza di servizi, ha valenza endoprocedimentale, con la conseguenza che lo stesso non deve essere preceduto da alcun atto finalizzato ad assicurare una interlocuzione con la parte privata. Il contraddittorio deve, infatti, essere garantito prima dell'adozione dell'autonomo provvedimento finale successivo alla conclusione dei lavori della conferenza (cfr. CdS, VI, 18.4.2011, n. 2378; v. infra) (Consiglio di Stato, Sez. VI, 21.10.2013, n. 5084).

«..... GA.....»

RIFIUTI: IN G.U. IL BANDO PER CONTRIBUTI ECONOMICI AI COMUNI SCIOLTI PER ASSOCIAZIONE CRIMINALE IN TERRITORI OGGETTO DI INFRAZIONE UE

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 247 del 21.10.2013 il l'Avviso del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare relativo al bando pubblico per l'attribuzione di contributi economici a comuni per la selezione di progetti di riduzione e prevenzione della produzione dei rifiuti, di raccolta differenziata e riciclaggio. Sul sito del ministero, www.minambiente.it, è disponibile tutta la documentazione: il testo integrale del bando ("Bando pubblico per l'attribuzione di contributi economici a Comuni per la selezione di progetti di riduzione e prevenzione della produzione dei rifiuti, di raccolta differenziata e riciclaggio"), il modulo di richiesta del contributo e il decreto del ministro dell'Ambiente che definisce i criteri di ripartizione del Fondo per la promozione degli interventi di riduzione e prevenzione della produzione dei rifiuti e per lo sviluppo di nuove tecnologie di riciclaggio. Il ministero rende noto che le risorse finanziarie disponibili ammontano a quasi 7 milioni di euro. Al bando sono ammessi a partecipare i Comuni italiani delle Regioni al centro di procedure di infrazione o di condanna da parte della Corte di giustizia europea per aver violato la normativa comunitaria sui rifiuti i cui Consigli comunali, alla data di scadenza della presentazione della domanda, risultino sciolti con decreto del Presidente della Repubblica a causa di collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o simile. Ogni Comune può presentare soltanto una richiesta di contributo, che deve essere fatta compilando esclusivamente il modulo scaricabile dal sito del ministero dell'Ambiente, al quale deve essere allegata la documentazione indicata. Le domande devono essere inviate al ministero entro 30 giorni dalla data di pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Una Commissione creata ad hoc dal Direttore generale per la tutela del territorio e delle risorse idriche valuterà le richieste



*pervenute e stilerà una graduatoria, che sarà
poi pubblicata sul sito del ministero (Comu-*

*nicato del Ministero dell'Ambiente del
21.10.2013).*

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LE AZIONI ESPERIBILI DAI TERZI CONTROINTERESSATI IN MATERIA DI SCIA ALLA LUCE DEGLI ULTIMI APPRODI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI

del Prof. Avv. Maurizio Asprone e della Dott.ssa Annalaura Magliulo

Segnalazione certificata di inizio attività, SCIA. Il delicato aspetto controverso, connesso alla questione relativa alla natura giuridica e i termini entro cui proporre tale azione.

Certified notification of the start of activity, the SCIA. The delicate aspect controversial, connected to the question of the legal nature and the terms within which to propose such action.

Sommario: 1. Il dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, sulla sanatoria giurisprudenziale. 2. Considerazioni conclusive.

1. Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

L'istituto della dichiarazione di inizio attività, oggi sostituita dalla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)¹, da ultimo ulteriormente modificata in segnalazione di inizio attività non accompagnata da certificazione (SIA)², risulta segnato da un travagliato percorso normativo, caratterizzato da continui rimaneggiamenti.

Il lungo e articolato *iter* normativo che ha caratterizzato l'istituto della scia, culminato nell'emanazione del d.l. n. 138 del 2011, ha acuito le molteplici incertezze, sorte tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in ordine

¹ L'art. 49, co. 4 *bis*, l. n. 122 del 2010, di conversione del d.l. 31.5.2010, n. 78, ha atteso alla riscrittura dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, ad oggi recante la disciplina della "Segnalazione certificata di inizio attività", in luogo della pregressa "Dichiarazione di inizio attività".

² L'istituto della SIA è stato introdotto dalla legge n. 35 del 4 aprile 2012 con cui il legislatore, spinto dal precipuo fine di determinare un ulteriore snellimento degli oneri burocratici, ha apportato una nuova modifica all'art. 19, co. 1, l. 241/90. La normativa vigente, stabilendo che "ove espressamente previsto dalla normativa vigente" la SCIA deve essere corredata dalle attestazioni ed asseverazioni dei tecnici abilitati, lascia intendere che, se la legge non lo prevede espressamente, le asseverazioni dei tecnici abilitati non occorrono.

alla natura giuridica della figura in esame e alla correlata questione relativa alla tutela dei terzi controinteressati.

Per quanto concerne il primo aspetto problematico, ossia quello concernente la natura giuridica della scia, due sono le principali tesi che si sono contese il campo.

Secondo un primo approccio ermeneutico³, piuttosto consolidato in passato, la scia ha natura di provvedimento tacito, formatosi *per silentium* una volta decorso il termine assegnato all'amministrazione per esercitare il potere inibitorio.

A sostegno di tale opzione interpretativa, che inquadra la posizione giuridica del privato denunciante in termini di interesse legittimo, si è valorizzato il riferimento contenuto nell'art. 19 al potere di autotutela della PA., che consente di qualificare la scia come atto amministrativo di primo grado sul quale sono destinati ad incidere i provvedimenti di revoca e annullamento, quali atti di secondo grado.

In particolare, la previsione dell'adottabi-

³ TAR Piemonte, sez. I, 5.9.2006, n. 2762; TAR Abruzzo, Pescara, 1.9.2005, n. 494; CdS, Sez. IV, 22.7.2005, n. 3916; TAR Veneto, sez. II, 10.9.2003, n. 4722; TAR Lombardia, Brescia, 1.6.2001, n. 397. Da ultimo, CdS, Sez. IV, 13.1.2010, n. 72.

lità di provvedimenti di secondo grado sottende la qualificazione della scia in termini di atto abilitativo tacito.

Da ciò consegue che, qualora la PA. non eserciti, nel termine di decadenza previsto dalla legge, i propri poteri inibitori in merito all'attività oggetto della scia, si forma un silenzio significativo, un'autorizzazione implicita di natura provvedimentoale, oggetto di possibile caducazione in via di autotutela da parte della stessa amministrazione ovvero dal G.A. adito dal terzo.

La ricostruzione in termini pubblicistici della scia è figlia di quell'ideologia che, assimilando l'istituto *de quo* al silenzio-assenso, disciplinato dalla norma immediatamente successiva a quella prevista in materia di scia, riconosce alla medesima la funzione di mera semplificazione procedimentale, anziché di autentica liberalizzazione.

La tesi appena menzionata, tuttavia, non viene condivisa dalla prevalente dottrina e giurisprudenza⁴, in base alla quale la scia, in realtà, è un atto di natura privatistica, esempio di vera e propria liberalizzazione delle attività private, per questa via non assoggettate più a preventiva autorizzazione amministrativa, ma ad una mera verifica *ex post* in ordine alla rispondenza dei requisiti dichiarati a quelli normativamente prescritti. Da tale diversa opzione, deriva che la posizione giuridica soggettiva vantata dal privato denunciante può essere qualificata in termini di diritto soggettivo, fermo restando che l'eventuale esercizio del potere repressivo della PA. degrada pur sempre la posizione del privato a mero interesse legittimo, tutelabile solo davanti al giudice amministrativo.

Come è stato evidenziato dalla VI sezione del Consiglio di Stato nel 2009⁵, la dia (ora scia) è un atto formalmente e soggettivamente privato, cui la legge ricollega direttamente l'effetto di abilitare l'istante all'esercizio dell'attività. Per effetto della previsione della dia, la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della PA., secondo lo schema "*norma-*

potere-effetto", ma è legittimata *ex lege*, secondo lo schema "*norma-fatto-effetto*", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, che disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della PA.

Da ciò deriva che il richiamo agli artt. 21 *quinqies* e 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, contenuto nell'art. 19 della stessa legge, è realizzato in modo atecnico, riferendosi alla possibilità per la PA., non già di adottare atti di autotutela *stricto sensu* intesa, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedimentali previsti da tali norme. In tal modo il legislatore si è fatto carico di tutelare l'affidamento che può essere maturato in capo al privato per effetto del decorso del tempo.

L'improprietà del riferimento all'autotutela si coglie anche tenendo conto del fatto che il potere di revoca, di cui al citato art. 21 *quinqies*, fondato su una "*valutazione dell'interesse pubblico originario*" ed avente ad oggetto i soli atti discrezionali, mal si attaglia all'istituto della scia, in cui il titolo ampliativo concerne attività vincolate o, tutt'al più, tecnico-discrezionali.

I rilievi critici ora esposti sono stati fatti propri dall'Adunanza Plenaria che, con sentenza n. 15 del 29 luglio 2011, ha evidenziato che la tesi del silenzio significativo con effetto autorizzatorio non risulta coerente col dato normativo che considera la dia (ora scia) e il silenzio-assenso fattispecie diverse con riguardo sia all'ambito di applicazione che al meccanismo di perfezionamento. Va rilevato, infatti, che mentre la scia rappresenta uno strumento non già di semplificazione procedimentale, ma di liberalizzazione di determinate attività private, al contrario, il silenzio-assenso, lungi dal liberalizzare talune attività, facoltizzandone l'esercizio, risponde alla logica della semplificazione procedimentale. Pertanto, quando un'attività soggiace a silenzio-assenso la stessa non può dirsi liberalizzata, essendo solo regolamentato un meccanismo procedimentale più semplificato di formazione del provvedimento (pur sempre necessario) di esternazione dell'assenso del-

⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. II, 15.2.2007, n. 256; CdS., Sez. V, 22.2.2007, n. 948; TAR Calabria, Reggio Calabria, 23 agosto 2010, n. 915.

⁵ CdS, Sez. VI, n. 717 del 9.2.2009.

l'amministrazione.

La tesi pubblicistica, dunque, non considera che allorché opera la dia non c'è spazio, sul piano concettuale e strutturale, per alcun potere preventivo di tipo ampliativo (autorizzatorio, concessorio e, in senso lato, di assenso), sostituito dall'attribuzione di un potere successivo di verifica della conformità a legge dell'attività denunciata mediante l'uso degli strumenti inibitori e repressivi. Gli unici provvedimenti rinvenibili nella fattispecie sono solo quelli, meramente eventuali, che la P.A. può emanare, nel termine di legge, per impedire la prosecuzione dell'attività o per imporre la rimozione degli effetti, ovvero quelli adottati in autotutela anche successivamente alla scadenza di tale termine.

Pertanto, il principio di auto responsabilità del privato è inevitabilmente mitigato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata, a causa della sua profonda incidenza sull'interesse pubblico (nel suo argomentare l'Adunanza plenaria elabora, così, la nozione di "*liberalizzazione temperata*").

I dubbi sulla natura giuridica della scia sono stati fugati dal d.l. 13.8.2011, n. 138, recante "*Liberalizzazione in materia di segnalazione certificata di inizio attività, denuncia e dichiarazione di inizio attività. Ulteriori semplificazioni*", che, ha introdotto il comma 6 ter nell'art. 19, in ordine al quale "*La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili*".

L'altro e ancor più delicato aspetto controverso della scia, invero strettamente connesso alla questione relativa alla natura giuridica, attiene alle forme e alle modalità di tutela dei terzi pregiudicati dall'effetto abilitativo derivante dal perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 19 l. n. 241 del 1990.

È di intuitiva evidenza, infatti, che il passaggio dal regime di autorizzazione preventiva a quello della mera denuncia, caratterizzato da una verifica successiva della conformità dell'attività intrapresa dal privato alle previsioni normative di settore, può ingenerare un *deficit* di tutela per il terzo al quale l'attività

del denunciante arrechi pregiudizio: se per il denunciante non si pongono particolari questioni sul versante dei rimedi di tutela esperibili, potendo lo stesso impugnare il provvedimento inibitorio e/o repressivo dell'amministrazione, molto complesso si presenta il dibattito relativo alla tutela sperimentabile dal terzo per opporsi allo svolgimento dell'attività.

Coloro i quali aderiscono alla tesi, oggi ampiamente superata, che qualifica la scia alla stregua di un atto amministrativo abilitativo tacito, ritengono che il terzo leso dall'attività immediatamente avviata dal privato denunciante possa proporre ricorso, nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla comunicazione del perfezionamento della denuncia o dall'avvenuta conoscenza del consenso implicito all'intervento, avverso tale provvedimento innanzi al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva, chiedendone l'annullamento. Il ricorso ha ad oggetto non il mancato esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela della P.A., ma l'assentibilità o meno dell'intervento oggetto di scia⁶.

Risulta piuttosto complessa, invece, l'individuazione degli strumenti processuali di tutela del terzo qualora venga sposato l'opposto e prevalente orientamento che riconduce la scia ad un atto soggettivamente ed oggettivamente privato. In questo caso, la difficoltà di garantire al privato controinteressato adeguata tutela deriva dall'assenza di un provvedimento da poter porre ad oggetto della domanda di annullamento.

Va sottolineato che nell'ambito della stessa teoria "*privatistica*" non v'è convergenza sulle modalità di tutela giurisdizionale del terzo.

Secondo un primo approccio ermeneutico⁷, in caso di silenzio serbato dall'amministrazione a seguito della presentazione della denuncia di inizio attività, il terzo che si ritenga leso in un suo interesse legittimo dovrebbe sollecitare l'esercizio del potere di autotutela amministrativa e, in caso di inerzia, impugnare innanzi al g.a. il silenzio-inadempimento, proponendo un ricorso ai

⁶ CdS., Sez. VI, 5.4.2007, n. 1550.

⁷ CdS., Sez. IV, 22.7.2005, n. 3916.

sensi dell'art. 2 della l. 241/90 e, sul versante processuale, ai sensi dell'art. 117 c.p.a. Tale impostazione, tuttavia, non è stata esente da critiche.

E' stato evidenziato, infatti, che la PA. non è gravata dall'obbligo di pronunciarsi sulle istanze volte a stimolare il potere di autotutela, dal momento che la medesima non è vincolata, né nell'*an* né nel *quomodo*, all'esercizio del potere di autotutela; conseguentemente, non sussistendo un obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi, non è ipotizzabile la formazione di un silenzio inadempiamento ricorribile innanzi al giudice amministrativo ogniqualvolta la PA. nulla dice sull'istanza del privato che solleciti l'esercizio del potere di riesame.

Nel 2009 la sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza summenzionata, si è pronunciata, oltre che sulla natura giuridica della scia, sulle forme di tutela del terzo. In quella sede il Supremo Consesso identificava lo strumento di tutela del privato nell'azione di accertamento autonomo, rimettendo al giudice il compito di pronunciarsi in ordine all'insussistenza dei presupposti sui cui si fonda la dichiarazione privata. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato.

Quanto ai termini entro cui proporre tale azione, l'arresto giurisprudenziale del 2009 individuava il termine decadenziale consueto di sessanta giorni, sulla scorta della qualificazione della situazione soggettiva lesa da una dia illegittima come interesse legittimo: la tutela dello stesso poteva configurarsi solo entro il termine decadenziale suddetto, a prescindere dalla valutazione del tipo di tutela irrogata. Il *dies a quo* da cui tale termine inizia a decorrere coincide col momento in cui il terzo è venuto a conoscenza della D.I.A. e della lesività dell'intervento edilizio realizzato sulla base della stessa.

Il fatto che nel nostro ordinamento mancasse (e ancora oggi manca) una norma espressa che preveda in via generale l'azione di accertamento nel processo amministrativo non è stato ritenuto dai Giudici della sesta sezione un ostacolo alle conclusioni sopra rag-

giunte, in quanto, secondo il loro argomentare, anche nel processo civile manca un esplicito riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento, ad eccezione che per i diritti reali.

Successivamente, è intervenuta l'Adunanza Plenaria con la citata sentenza n. 15 del 2011 che, pronunciandosi su una controversia *ratione temporis* involgente la dia, ha optato per soluzioni destinate ad estendersi anche al nuovo istituto della scia.

Pur condividendo con la pronuncia del 2009 la ricostruzione della natura giuridica dell'istituto, il Giudice amministrativo è pervenuto all'individuazione di rimedi diversi in ordine alla tutela del contro interessato. Al riguardo, la Plenaria precisa che la complessiva vicenda introdotta dalla denuncia (oggi segnalazione) di attività si snoda in due fasi: una volta scaduto il termine di sessanta giorni entro il quale la PA. può esercitare i poteri inibitori, si forma *per silentium* un provvedimento tacito di diniego (silenzio-diniego), impugnabile dal soggetto controinteressato, ex art. 29 c.p.a., e suscettibile di ritiro in via di autotutela; tuttavia, ancora prima della scadenza di tale termine, ossia nello *spatium temporis* che "*separa il momento in cui la dia produce effetti legittimanti dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio*" potrebbe manifestarsi l'esigenza imperiosa del terzo di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione, con effetti anche irrimediabilmente lesivi dell'attività dichiarata. In questo caso, potrà essere esperita la tutela di accertamento, che è corollario indefettibile dell'effettività della tutela e la cui esperibilità può dirsi costituzionalmente necessitata ai sensi dell'art. 24 Cost⁸.

La Plenaria, nell'accogliere la tutelabilità della posizione del terzo controinteressato, anche prima che sia decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio della PA., deve, tuttavia, armonizzare tale affermazione con il dato letterale dell'art. 34, co. 2, c.p.a. che preclude al giudice di pronunciarsi su poteri della PA. ancora da esercitarsi. Tale ostacolo viene superato attraverso un raffinato di-

⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, p. 727.

stinguo tra presupposti e condizioni dell'azione, precisando che *“la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, co. 2, deve esistere al momento della decisione. Ne deriva che l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34. Per converso, in ossequio ai principi prima ricordati in tema di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile”*.

La domanda di accertamento, una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto in quanto la portata sostanziale del ricorso iniziale finisce per investire in pieno, sul piano del *petitum* sostanziale e della *causa petendi*, la decisione della P.A. di non adottare il provvedimento inibitorio⁹. Questa tutela, poi, per essere effettiva, necessita di essere completata attraverso la previsione, accanto all'azione di annullamento suddetta, di un'azione di condanna pubblicistica che consenta al terzo, dopo aver ottenuto l'annullamento del silenzio-diniego formatosi per decorso del tempo a disposizione della PA. senza che questa abbia esercitato i poteri pubblicistici, di avere una pronuncia di condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento inibitorio. Tale azione sarebbe compatibile sia col dettato dell'art. 30,

co. 1, c.p.a. perché proposta contemporaneamente ad altra azione di annullamento, sia con i limiti di cui all'art. 31, co. 3, visto che il sindacato del giudice non si traduce in un'indebita ingerenza nell'esercizio dei poteri riservati alla PA. che, in materia di scia, hanno natura vincolata¹⁰.

La decisione del Consiglio di Stato, qualificando il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio alla stregua di un provvedimento amministrativo (impugnabile nell'ordinario termine decadenziale), sebbene abbia avuto il merito di prospettare una soluzione rispettosa dei principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento, attribuendo al terzo una tutela piena e, soprattutto, immediata in omaggio agli artt. 24 e 113 della Costituzione, non risulta esente da taluni profili critici.

In particolare, non poche perplessità solleva l'equiparazione del silenzio serbato dall'amministrazione nel termine perentorio per l'esercizio dei poteri di inibizione ad un silenzio-diniego. Giova evidenziare, infatti, che nel nostro ordinamento giuridico le ipotesi di silenzio-rigetto, a causa della *deminutio* che tali fattispecie comportano per la tutela delle ragioni dei destinatari del provvedimento finale, non supportato da adeguata motivazione (sebbene destinato ad incidere negativamente nella sfera giuridica dei privati), sono ammesse solo in casi residuali e, in quanto tali, espressamente previste dal legislatore.

A sole poche settimane dalla pronuncia della Plenaria, è intervenuto il Legislatore che, con l'art. 6 del summenzionato d.l. n. 138 del 13.8.2011, ha in parte disatteso l'orientamento del Supremo Consesso.

L'art. 6 della l. n. 148/2011 (di conversione del d.l. n. 138/2011), ha introdotto un nuovo co. (il 6 *ter*) nel corpo dell'art. 19 della l. n. 241/1990, prevedendo che: *“La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'ammini-*

⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 729.

¹⁰ R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, Napoli, 2012, p. 697.



strazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del d. lgs. 2.7.2010 n.104".

Dalla disposizione appena menzionata è agevole cogliere che la soluzione legislativa si pone in linea con le affermazioni della Plenaria ed in parte se ne discosta.

In particolare, la prima parte della disposizione mostra l'intento del legislatore di aderire alla tesi, sposata dall'Adunanza Plenaria del 2011, che qualifica la scia alla stregua di un atto soggettivamente e oggettivamente privato; la seconda parte della norma, invece, modifica in termini radicali lo strumento di tutela accordato al terzo che subisce gli effetti lesivi dell'attività.

Secondo tale disposizione, invero, i terzi che si ritengono lesi dalla dia. (o dalla scia.) potranno, in primo luogo, solo chiedere all'amministrazione di esercitare il controllo e di inibire lo svolgimento dell'intervento edilizio e, successivamente, nell'ipotesi del protrarsi del silenzio, potranno adire il Giudice amministrativo per chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

Tale ricorso, diretto a far valere la violazione da parte della PA. del dovere di *clare loqui*, di cui all'art. 2 della l. n. 241/90, sarà, dunque, esperibile fintanto che perdura l'indempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, ai sensi del co. 2 dell'art. 31 del Codice del processo amministrativo¹¹.

La soluzione approntata dal legislatore del 2011, se da una parte viene vista con favore nella parte in cui supera la tesi, prospettata dall'Adunanza Plenaria, della formazione, decorso il termine per l'esercizio dei poteri inibitori della PA. senza che quest'ultima si sia attivata, del silenzio rigetto dell'istanza di esercizio dei poteri inibitori, presta anch'essa il fianco a talune critiche. Si ritiene, infatti, che la disposizione testé menzionata postuli un ritorno al macchinoso sistema della messa in mora e della successiva impugnazione del silenzio-rifiuto della PA. che, in passato, aveva mostrato tutti i suoi limiti: la messa in mo-

ra della P.A., infatti, sembrerebbe essere un passaggio necessario alla formazione del silenzio da impugnare, riconoscendosi così al privato essenzialmente un potere di denuncia qualificato¹².

Inoltre, con l'espressa limitazione della tutela alle sole forme di cui all'art. 31 c.p.a., sembra che il legislatore abbia voluto escludere quella tutela di accertamento che la Plenaria n. 15 del 2011 sembra, invece, considerare come necessario completamento di una tutela effettiva, rispettosa dei dettami dell'art. 24 Cost.

All'indomani della recente modifica normativa, la giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata in materia di scia, ha optato per un'interpretazione estensiva del nuovo co. 6 *ter* dell'art. 19, l. 241/1990, ammettendo l'esperibilità degli strumenti di tutela prefigurati dall'Adunanza Plenaria sebbene gli stessi, almeno *prima facie*, sembrerebbero essere stati espunti dal legislatore.

Al riguardo risulta opportuno segnalare la recente sentenza del TAR Veneto, n. 298 del 5.3.2012, con cui i Giudici di Palazzo Spada non hanno escluso la possibilità di agire nei confronti del silenzio della PA. mantenuto dopo la presentazione della s.c.i.a. o della d.i.a., anche prima della scadenza del termine finale assegnato all'amministrazione per l'esercizio del potere repressivo o modificativo, e sin da quando la s.c.i.a. o la d.i.a. vengano presentate e il terzo venga a conoscenza della loro utilizzazione.

Il Collegio, infatti, osserva che tra le correzioni ed integrazione del Codice del processo amministrativo, introdotte da ultimo dal d.lgs. 15.11.2011, entrato in vigore il 9.12.2011, vi è l'introduzione, all'art. 31 comma 1, dopo le parole "*decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo*", della frase "*e negli altri casi previsti dalla legge*", cui segue il periodo, rimasto immutato, "*chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*". Il riferimento agli "*altri casi previsti dalla legge*", nei quali è possibi-

¹¹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 730.

¹² GIULIETTI, LONGOBARDI, *Scia: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it.

le agire a prescindere dal decorso dei termini per la conclusione del procedimento, è chiaramente diretto al nuovo comma 6 *ter* dell'art. 19 della l. n. 241/1990. Pertanto, tale ultima integrazione dell'art. 31 c.p.a., consente di agire nei confronti del silenzio della PA. mantenuto dopo la presentazione della scia o della dia, ben prima della scadenza del termine finale assegnato alla PA. per l'esercizio del potere repressivo o modificativo, e sin da quando la scia o la dia vengano presentate e il terzo venga a conoscenza della loro utilizzazione. In tal caso l'azione avrà ad oggetto, più che il silenzio, direttamente l'accertamento dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della segnalazione, con i conseguenti effetti conformativi in ordine al provvedimento spettanti all'autorità amministrativa.

Sulla scorta di tali rilievi, il Collegio conclude rilevando come *“il rinvio operato dal legislatore all'istituto del silenzio, non riduce in maniera significativa l'ambito di tutela del quale il terzo si può giovare, considerato anche che quest'ultimo, pur trascorso il termine assegnato alla PA. per l'esercizio del potere inibitorio, potrà sollecitare tramite diffida, oltre l'esercizio del potere di autotutela, anche l'esercizio dei poteri sanzionatori e repressivi sempre spettanti all'amministrazione in materia edilizia e, fintantoché l'inerzia perduri e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine per l'adempimento, potrà esperire l'azione di cui all'art. 31 c.p.a., richiamata dal co. 6 ter dell'art. 19, l. 241/90”*.

Tale istanza non deve essere interpretata come una diffida ad adempiere (generalmente non più necessaria al fine di procedere all'azione avverso il silenzio) ma come atto avente la funzione di comunicare alla p.a. la sua volontà di esercitare l'interesse legittimo pretenso all'esercizio dei poteri inibitori.

In tal modo, il legislatore ha inteso affiancare al tradizionale procedimento officioso di autotutela disciplinato dall'art. 19, co. 3, della l. 241/1990 un nuovo ed autonomo procedimento ad istanza di parte che segue regole sue proprie, ed ha fatto ciò allo specifico fine di rimediare alle insufficienze del precedente modello che non offriva ai terzi idonei mezzi

di tutela in caso di inerzia della PA. nell'esercizio dell'ordinario potere di controllo sulla conformità della dichiarazione. Sicché, il tradizionale modulo basato sulla previsione di un termine decadenziale per l'esecuzione delle verifiche e sulla conclusione del procedimento mediante semplice archiviazione convive ora in parallelo con un diverso schema che si basa, invece, sulla necessità di concludere il procedimento ad istanza di parte con un atto espresso (anche di contenuto negativo) e con la natura di silenzio-inadempimento della mancata adozione del provvedimento richiesto entro il termine previsto.

2. Considerazioni conclusive.

Le osservazioni fin qui svolte e l'analisi della recente sentenza del TAR Veneto consentono di ritenere che l'attuale quadro normativo, pur incidendo sull'immediatezza del diritto di difesa di colui che si ritenga leso dall'attività illegittimamente iniziata, non ha ridotto in maniera significativa l'ambito di tutela del quale il terzo si può giovare: sebbene, infatti, il sistema di tutela introdotto con la l. n. 148/2011 appaia, per alcuni versi, più gravoso rispetto alla soluzione alla quale era approdata l'Adunanza Plenaria, è altrettanto vero che il termine annuale per poter esercitare l'azione avverso il silenzio attribuisce al terzo un arco temporale sufficientemente ampio per poter adire il Giudice amministrativo, al fine di ottenere la condanna della PA. ad esercitare i provvedimenti inibitori dell'attività illegittimamente iniziata dal denunciante.

Ciononostante, è possibile cogliere un *vulnus* difficilmente superabile nella novella del 2011, in quanto l'espressa qualificazione della dia come atto privato e l'esclusione dell'esistenza di un provvedimento tacito significativo (di assenso o di rigetto) rendono arduo sostenere che la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di D.I.A., *ex art. 133, co. 1, lett. a)*, n. 3, c.p.a. – confermata anche in materia di s.c.i.a. dalla l. 122/2010 – sia compatibile con l'insegnamento contenuto nella sentenza costituzionale n. 204 del 2004 che, com'è noto, aveva affermato il principio (indirizzato al legislatore) in base al quale possono rientrare nella giurisdizione esclusiva del g.a. soltanto quelle materie che siano afferenti



all'esercizio di un "potere" amministrativo. È evidente, infatti, che l'adesione legislativa alla tesi della natura "privatistica" della d.i.a., non bilanciata dalla previsione di un provvedimento tacito significativo (quale il silenzio diniego), comporta che in alcuni casi il giudice amministrativo sia competente a conoscere

"comportamenti" incidenti su diritti soggettivi, non riconducibili, neppure in via mediata, all'esercizio della funzione amministrativa, con conseguente violazione dei principi dettati dalla Corte Costituzionale in tema di riparto di competenze tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte Costituzionale, 14.11.2013, n. 272

Art. 24 l. 47/85 – obbligo di trasmettere gli strumenti attuativi conformi alla Regione - è principio generale della legislazione statale.

È illegittimo l'art. 1, co.1, l.reg. Molise 7.8.12, n. 18, nel testo vigente anteriormente all'aggiunta del co. 1-bis, ad opera dell'art. 1, co. 3, della l. reg. Molise 1/13. Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, l'art. 24, co.2, l. 47/85, nella parte in cui prescrive l'invio degli strumenti attuativi comunali alla Regione, costituisce principio generale della legislazione statale in materia di governo del territorio, poiché la disposizione è preordinata a soddisfare un'esigenza, oltre che di conoscenza per l'ente regionale, anche di coordinamento dell'operato delle Amministrazioni locali ed, in questo senso, la legge statale riserva alla Regione la potestà di formulare "osservazioni" sulle quali i Comuni devono "esprimersi" (sentenza n. 343 del 2005).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8.11.2013, n. 5342

PdL - variante – mancata acquisizione consenso tutti i proprietari - è illegittima.

Sono illegittime le deliberazioni consiliari di adozione e approvazione di una variante di piano di lottizzazione convenzionato, in difetto del consenso di tutti i proprietari delle aree inserite nel comparto.

TAR Umbria, 15.11.2013, n. 529

Piano attuativo - apposizione condizione meramente potestativa - illegittimità.

È illegittima l'apposizione ad un piano attuativo di una condizione meramente potestativa, rimessa alla mera volontà del soggetto attuatore.

TAR Lazio, Sez. I, 2.10.2013, n. 8551

P.I.P. - scadenza termine di efficacia – conseguenze - proroga - non può essere disposta - obbligo di ripianificazione - non sussiste.

Non sussiste l'obbligo del Comune di procedere alla ripianificazione di aree ricadenti in una porzione di P.I.P. non attuata nel termine di decennale di efficacia.

Decorso il termine decennale dalla approvazione di un P.I.P. l'Amministrazione non può disporre alcuna proroga dello stesso, e deve procedere alla revoca delle assegnazioni previamente disposte.

TAR Campania, Na, Sez. IV, 5.8.2013, n. 4065

Accordo di programma - in variante - dissenso comunale - applicabilità artt. 14 ter l. 241/90 - esclusione.

La disciplina prevista dall'art. 27, co.5, l. 142/90 in materia di accordi di programma che comportano variante agli strumenti urbanistici richiede il consenso unanime delle amministrazioni partecipanti, con la conseguenza che il dissenso del Comune non può essere superato neppure in sede di conferenza di servizi. Gli artt. 14 ter e 14 quater, l. 241/90, infatti, non possono essere interpretati in contrasto con il dettato costituzionale, come avverrebbe se si accettasse l'espropriazione con legge dello Stato delle competenze degli organi rappresentativi, con attribuzione delle stesse agli organi regionali.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 29.7.2013, n. 677

Piano casa - delibera che determina l'area esclusa dalla relativa applicazione - rimandando l'individuazione degli immobili - è immediatamente lesiva.

Piano casa - esclusione - può essere disposta con riferimento ad intere ambiti.

Gli atti con cui il Consiglio Comunale esclude una determinata area dall'applicazione del cd.



piano casa, dettando al contempo criteri per la sua successiva individuazione, sono immediatamente lesivi e vanno tempestivamente impugnati, non essendo necessario attendere la successiva adozione dell'atto applicativo.

L'art. 2, l.reg. Lazio 21/09 ammette che il potere del Comune di derogare all'applicazione del cd. Piano casa possa essere esercitato in relazione non solo a specifici immobili, ma anche ad ambiti dello strumento urbanistico.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. VI, 31.10.2013, n. 5266
PdC – rilasciato in conseguenza di un reato - conseguenze - annullamento d'ufficio - interesse pubblico - è in re ipsa.

Un titolo edilizio emanato in conseguenza di una condotta costituente un reato non è nullo, ma annullabile. A seguito dell'accertamento dei fatti in sede penale, d'ufficio o su istanza di chi vi abbia interesse, il Comune (così come la Regione, nell'esercizio del potere in precedenza attribuito allo Stato dall'art. 27, l.u.) deve valutare se (e sotto quale profilo) l'immobile realizzato si sia posto in contrasto con la disciplina urbanistica e – sussistendo inevitabilmente l'attuale interesse pubblico, per il contrasto con la disciplina urbanistica e l'esigenza di ripristinare la legalità – può disporre l'annullamento, con le conseguenze specificamente previste dall'art. 38 del t.u. Ed.. L'obbligo dell'amministrazione - di prendere in considerazione i fatti accertati in sede penale – può essere attivato anche su istanza di un interessato (da determinare in base al consueto criterio della vicinitas,) specie quando egli si sia costituito parte civile nel processo penale.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23.10.2013, n. 5132
PdC - impugnazione - legittimazione - interesse anticoncorrenziale - esclusione.

In materia edilizia, l'unico interesse che legittima i controinteressati ad agire è quello dato dalla vicinitas e non quello anticoncorrenziale, il quale ultimo si pone in contrasto con i Trattati europei, al cui rispetto gli Stati membri sono tenuti, e che hanno elevato la concorrenza a valore fondamentale dell'Unione

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.9.2013, n. 4757

Asservimento - natura - è un vincolo reale - mancata cessione delle aree a standard - irrilevanza.

Il rilascio di una concessione edilizia per la costruzione di un immobile di cubatura pari alla massima consentita, fa sorgere sull'area interessata un vincolo reale che, indipendentemente dalle eventuali successioni nel diritto di proprietà di tale area, preclude il legittimo rilascio di nuove concessioni per una ulteriore e più intensa edificazione dell'area stessa. Né in contrario rileva la mancata cessione delle aree a standard al Comune, trattandosi di un'obbligazione assunta dai lottizzanti che non interferisce sul regime delle aree a cedere.

TAR Lazio, Sez. II bis, 6.11.2013, n. 9474

PdC - diniego - impugnazione - annullamento - conseguenze - disciplina urbanistica sopravvenuta - è irrilevante.

È illegittimo il diniego di permesso di costruire motivato con riferimento al contrasto dell'istanza con la sopravvenuta disciplina urbanistica, in quanto il contenuto dei provvedimenti da emanare entro un termine perentorio deve corrispondere, anche in caso di ritardo, alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della presentazione della domanda, ovvero al tempo in cui l'Amministrazione avrebbe dovuto pronunciarsi, e comunque in caso di ricorso giurisdizionale gli effetti della pronuncia devono statuire sulla domanda di giustizia del ricorrente "ora per allora", al fine di garantire la certezza del diritto e l'effettività della tutela giurisdizionale sancita dalla Costituzione.

TAR Marche, Sez. I, 23.10.2013, n. 503

Standard - a verde pubblico e a parcheggi – che insistono sulla medesima area - legittimità.

Gli standards a verde pubblico e a parcheggi possono coesistere, essendo sufficiente prevedere l'interramento dei parcheggi e la destinazione a verde pubblico dello spazio superficiale sovrastante. Anzi, dal punto di vista paesaggistico e ambientale l'interramento dei parcheggi – laddove la morfologia del terreno lo consente – è soluzione di gran lunga preferibile, in quanto consente la riduzione fisica dell'ingombro visivo prodotto dai veicoli in sosta e il ridisegno degli spazi urbani.

TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 17.10.2013, n. 515

Destinazione urbanistica - zona turistica - uso a titolo di abitazione ordinaria - liceità.

Ai sensi dell'art. 85, co. 1 bis, l.reg. Friuli Venezia Giulia 2/02 (contenente disciplina organica del turismo) è ammissibile l'utilizzo in via esclusiva e residenziale di un alloggio, sia pure a destinazione turistica, a titolo di abitazione ordinaria.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 27.8.2013, n. 1258

PdC - rilascio - con opposizione di una condizione - illegittimità.

Fatti salvi i casi espressamente stabiliti dalla legge, non può essere apposta ad una concessione edilizia una condizione (sia essa sospensiva o risolutiva), stante la natura di accertamento costitutivo a carattere non negoziale del provvedimento. Diverso è il caso delle prescrizioni, che non condizionano la validità ed efficacia del titolo abilitativo all'edificazione, ma che devono invece essere rispettate ai fini della successiva agibilità e abitabilità dell'edificio.

TAR Veneto, Sez. II, 21.8.2013, n. 1073

PdC - diniego - impugnazione - annullamento - conseguenze - disciplina paesaggistica sopravvenuta - impedisce il risarcimento in forma specifica.

Deve ammettersi il risarcimento dell'interesse pretensivo all'ottenimento di permesso di costruire la cui lesione sia stata cagionata dal duplice diniego illegittimamente opposto dall'amministrazione comunale e dal conseguente ritardo nel provvedere in senso favorevole, nell'ipotesi in cui sia intervenuta in pendenza di giudizio una disciplina paesaggistica

dalla quale scaturisca l'impossibilità di realizzare detto intervento edilizio.

TAR Umbria, Sez. I, 5.8.2013, n. 425

PdC - rilascio - legittimazione attiva - obbligo di verifica - sussiste.**Accordi sul contenuto del provvedimento - responsabilità precontrattuale è configurabile.**

In sede di rilascio di titoli abilitativi edilizi spetta all'autorità comunale di controllare la legittimazione attiva dell'istante, coincidente con la titolarità del diritto di proprietà, di altri diritti reali o, entro certi limiti, di diritti relativi. Anche nelle trattative per la formazione di accordi sul contenuto del provvedimento ai sensi dell'art 11 l. 241/90 è configurabile una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione allorché essa, con il proprio complessivo colpevole comportamento, leda l'affidamento in buona fede del privato in merito alla legittimità ed operatività dei provvedimenti preordinati alla conclusione dell'accordo medesimo, indipendentemente dal profilo della legittimità o meno dell'esercizio del potere autoritativo.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 1.8.2013, n. 2054

Lotto urbanistico - sopravvenute possibilità edificatorie - computo - modalità.

Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza, nel caso in cui un originario lotto urbanistico abbia acquisito una maggiore potenzialità edificatoria in dipendenza di modifiche alla disciplina urbanistica, la determinazione della effettiva potenzialità edificatoria delle aree libere va fatta sottraendo quella dei fabbricati già realizzati sull'unica, complessiva, area.

TAR Calabria, RC, 1.7.2013, n. 451

PdC - rilascio - distanze tra i confini - controversie civilistiche - irrilevanza.

Nel caso in cui sorga controversia in ordine alle distanze tra confini, ciò che la P.A. deve verificare è la corrispondenza degli elaborati tecnici presentati a corredo dell'istanza edilizia con le risultanze tecniche e catastali del titolo di proprietà o di altro diritto reale; qualora queste ultime siano contestate da terzi, l'esito della relativa controversia non può ostacolare il compimento del procedimento amministrativo volto ad ottenere il titolo edilizio, procedimento

che è autonomo rispetto al definitivo accertamento del diritto controverso.

«.....GA.....»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.10.2013, n. 5158
Ordinanza di irrogazione della sanzione pecuniaria - adottata a distanza di 50 anni dall'abuso - interesse pubblico specifico - riferimento - necessità.

È illegittima l'ordinanza di irrogazione della sanzione pecuniaria per opere eseguite in parziale difformità dal permesso di costruire che non motivi sulle ragioni della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto all'affidamento del privato, ove l'intervento sanzionatorio sia stato compiuto dopo circa mezzo secolo dalla commissione dell'abuso.

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 8.10.2013, n. 1755
Ordinanza di demolizione - mancata notifica ad alcuno dei comproprietari - conseguenze - illegittimità di ogni atto volto alla acquisizione gratuita.

L'omessa notificazione dell'ordine di demolizione ad alcuno dei comproprietari impedisce la successiva acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusivamente realizzate, con illegittimità di ogni atto che possa fondarsi su tale erroneo presupposto.

TAR Campania, Na, Sez. IV, 5.8.2013, n. 4062
Parziale difformità - demolizione - mancata valutazione dei relativi presupposti - conseguenze - illegittimità.

Parziale difformità - sanzione pecuniaria - pagamento - conseguenze - non equivale a sanatoria.

Opere abusive su suolo pubblico - disciplina relativa alle parziali difformità - è inapplicabile.

È illegittima l'ordinanza di demolizione di opere effettuate in parziale difformità dal titolo abilitativo che non specifichi i presupposti per procedere alla demolizione medesima, poiché l'amministrazione ha il potere tecnico-discrezionale di valutare la sussistenza dei relativi presupposti, dovendo in mancanza irrogare la sanzione pecuniaria.

L'irrogazione della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 34, d.P.R. 380/01 non equivale ad una sanatoria, giacché non integra una regolarizzazione dell'illecito.

Per le opere abusive realizzate su suolo pubblico, la descrizione del bene e delle opere che lo hanno manomesso, nonché l'accertamento dell'inesistenza di un atto concessorio costituiscono gli unici elementi essenziali del provvedimento demolitorio, essendo inoltre inapplicabile la disciplina di favore prevista per le parziali difformità.

TAR Umbria, Sez. I, 2.8.2013, n. 411
Condono - dimostrazione della data di ultimazione delle opere - dichiarazione sostitutiva di atto notorio - è insufficiente - consulenza tecnica - esclusione - ragioni.

Incombe sul ricorrente l'onere di provare la risalenza dell'opera ad periodo antecedente il 1967. Tale onere non può dirsi soddisfatto mediante la semplice produzione in giudizio di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, anche se proveniente da un terzo, la quale non può in alcun modo assurgere al rango di prova neppur presuntiva, sull'epoca di realizzazione dell'abuso, essendo necessari ulteriori riscontri documentali, eventualmente anche indiziari (quali fatture, utenze, ecc.) purché idonei a comprovare la ragionevole certezza circa l'epoca di realizzazione dell'opera. Né, a tal fine, può essere richiesta consulenza tecnica, la quale avrebbe natura essenzialmente esplorativa, ovvero prova testimoniale, la quale si porrebbe in contrasto con il principio dispositivo con metodo acquisitivo, che caratterizza la giurisdizione generale di legittimità.

TAR Campania, Sa, Sez. II, 15.7.2013, n. 1592
Ordinanza di demolizione - successiva presentazione di istanza di sanatoria - conseguenze - inefficacia.

Proprietario del bene - diverso dal responsabile dell'abuso - conseguenze - acquisizione gratuita - non può essere disposta.

In pendenza del procedimento di sanatoria, il ricorso giurisdizionale avverso l'ordinanza di demolizione è improcedibile, atteso che, se la domanda di sanatoria viene favorevolmente definita, l'ingiunzione di demolizione perde efficacia, mentre, se viene respinta, l'amministrazione dovrà necessariamente procedere, con autonomo procedimento, al riesame dell'intera fattispecie ed emanare un nuovo provvedimento sanzionatorio con assegnazione in tal caso di un nuovo termine per eseguirlo.

Ove il proprietario del bene non sia anche responsabile dell'abuso, l'autorità comunale non può disporre l'acquisizione gratuita in conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, ferma restando la sanzione della demolizione da eseguirsi a cura di parte ovvero, provenendo questa da provvedimento autoritativo con valenza esecutoria, d'ufficio ed a spese della parte privata.

TAR Toscana, Sez. III, 1.7.2013, n. 1006

Ordinanza di demolizione - successiva presentazione di istanza di sanatoria - conseguenze - inefficacia.

Condono - dimostrazione della data di ultimazione delle opere - dichiarazione sostitutiva di atto notorio - è insufficiente.

La giurisprudenza di merito si è ormai consolidata nel senso che a seguito della presentazione di domanda di condono o sanatoria l'Amministrazione deve comunque ripronun-

ciarsi, con provvedimento favorevole alla domanda o, in caso di diniego, con un nuovo provvedimento sanzionatorio.

L'onere della prova in ordine alla data di ultimazione delle opere per ottenere il condono grava sul richiedente la sanatoria, perché mentre l'Amministrazione Comunale non è normalmente in grado di accertare la situazione edilizia di tutto il proprio territorio alla data indicata dalla normativa sul condono, colui che richiede la sanatoria può fornire qualunque documentazione da cui possa desumersi che l'abuso sia stato effettivamente realizzato entro la data predetta, non potendosi ritenere al riguardo sufficiente la sola allegazione della dichiarazione sostitutiva di atto notorio.

TAR Calabria, RC, 1.7.2013, n. 451

Parziale difformità - demolizione - mancata individuazione delle porzioni di fabbricato da demolire - conseguenze - illegittimità.

È illegittimo il provvedimento di demolizione che, a fronte di una difformità solo parziale dal permesso di costruire dovuto al mancato rispetto delle distanze dal confine di una "parte di fabbricato", non indica esplicitamente le prescrizioni da seguire per ricondurre a conformità urbanistica la "parte di fabbricato" interessata, né individua la "parte di fabbricato" ritenuta non conforme al titolo edilizio.

«.....GA.....»

- PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.8.2013, n. 4153

Piano Casa - applicabilità - esclusione per intere categorie di immobili rientranti in Piano del Parco - legittimità.

Responsabilità - per danni causati da attività legittima - esclusione.

È legittima la delibera di Consiglio Comunale che escluda gli immobili destinati ad attività alberghiera, ricadenti in area del Parco del Conero, dall'applicazione degli incrementi di cubatura previsti dal cd. "piano casa". Infatti, da un lato, il Piano Territoriale del Parco è uno strumento urbanistico di valenza ambientale, idoneo ad esplicare un'immediata efficacia precettiva di carattere prevalente sia nei con-

fronti di singoli soggetti privati interessati all'edificazione, e sia rispetto alle stesse competenze dei Comuni in materia urbanistico-edilizia; dall'altro, le norme del c.d. Piano Casa - disciplina di natura straordinaria e congiunturale - devono essere di stretta interpretazione. Del resto la salvaguardia dei contenuti naturalistici del parco costituisce essa stessa una garanzia del futuro turistico ed economico dell'area, né sono in contrario dedotte specifiche esigenze sottese per l'applicazione degli ampliamenti anche alle strutture ricettive (ad es. sovraffollamento e saturazione delle strutture; consistenti respingimenti di richieste di ospitalità, eventi peculiari, ecc. ecc.).



Se l'Amministrazione ha adottato atti legittimi relativamente a procedimenti cui è tenuta per legge, non può essere riconosciuto alcun risarcimento per la carenza dell'elemento di una colpa dell'amministrazione che sia tale da far connotare i danni lamentati in termini di "ingiustizia" del danno che, a tutto voler concedere, resta di carattere meramente fattuale.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 28.10.2013, n. 4796

Autorizzazione postuma - diniego - per difformità minime - illegittimità.

Il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma non sussiste quando, in considerazione delle caratteristiche complessive del manufatto, si tratti di difformità di minima, o meglio trascurabile, entità ed incidenza in confronto alle esigenze di tutela del paesaggio, che presiedono al giusto rigore limitativo della norma.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 14.10.2013, n. 4617

Piano Casa – possibilità di derogare alle disposizioni dei piani paesistici - esclusione.

La normativa, premiale ed eccezionale, contenuta nella legge regionale sul cd. Piano Casa non può porsi come derogatoria rispetto alla speciale disciplina contenuta nei Piani Paesistici ed assimilati, in quanto questi ultimi sono stati adottati in esecuzione della l. 431/1985 a tutela del paesaggio, la quale, anche per espressa dizione normativa, si impone alle Re-

gioni, in quanto contenente norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica.

TAR Lazio, Sez. I ter, 15.7.2013, n. 6997

Autorizzazione postuma - diniego - per volumi tecnici - illegittimità.

È possibile l'accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167, lett. a, d.lgs. 42/04 nel caso di volumi tecnici poiché questi, proprio in ragione dei caratteri che li contraddistinguono, sono inidonei ad introdurre un impatto sul territorio eccedente la costruzione principale e, come tali, sono ininfluenti ai fini del calcolo degli indici di edificabilità. Ne consegue che, la stessa ratio che in materia urbanistica induce ad escludere i volumi tecnici del calcolo della volumetria edificabile è utilizzabile anche in materia paesistica per escludere tali volumi dal divieto di rilasciare l'autorizzazione paesistica in sanatoria.

TAR Lombardia, Sez. II, Bs, 8.7.2013, n. 650

Autorizzazione postuma - diniego - per opere antecedenti al d.lgs. 157/06 - illegittimità.

Il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma è inapplicabile alle opere realizzate anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 157/2006, in quanto le norme sulla sanabilità degli abusi paesistici hanno natura sostanziale, attenendo al patrimonio giuridico incorporato nel fondo al momento della trasformazione non assentita, e quindi, per il principio di certezza del diritto, rimangono applicabili anche nel successivo e più severo regime.

«.....GA.....»

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Corte di Cassazione civ., Sez. II, 14.11.2013, n. 25594

Decreto di esproprio - effetti costituito possessorio - esclusione.

Il decreto di espropriazione per p.u. non produce l'effetto di far venir meno il possesso del bene da parte del soggetto espropriato o di un terzo, né muta in detenzione l'eventuale protrarsi del godimento del bene da parte di costoro, occorrendo, al riguardo, che l'espropriante ponga in essere un atto di immissione nel pos-

sesse del bene, con la conseguenza che il privato può invocare, nel concorso delle condizioni di legge, il compimento in suo favore dell'usucapione, qualora alla procedura ablativa non siano seguiti né l'immissione in possesso, né l'attuazione del previsto intervento urbanistico da parte dell'espropriante.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.10.2013, n. 5197

Vincolo - preordinato all'allargamento di una via pubblica - ha natura espropriativa.

Il vincolo preordinato all'esproprio connesso alla previsione nel piano regolatore generale della realizzazione di un'opera di pubblica utilità (quale il progetto di allargamento di una pubblica via), è sottoposto al termine di decadenza di cinque anni, trascorso il quale trova applicazione l'art. 9, d.P.R. 380/2001, regolante l'attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica. La decadenza del vincolo espropriativo non esclude che l'amministrazione, mediante il ricorso al procedimento di adozione delle varianti agli strumenti urbanistici, possa reiterare il vincolo, fornendo congrua motivazione in ordine alla persistenza delle ragioni di diritto pubblico sottese alla necessità di reiterazione.

TAR Emilia Romagna, Bo, Sez. I, 23.10.2013, n. 639

Progetto preliminare di o.p. - approvazione - conseguenze - dichiarazione implicita di p.u. - esclusione - conseguenze - non va preceduta dalla c.a.p..

Progetto definitivo di o.p. - in contrasto con la disciplina urbanistica vigente o adottata - è inefficace.

Non è illegittima l'approvazione del progetto preliminare di o.p. non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, perché essa deve precedere la dichiarazione di p.u., che è implicita soltanto nel progetto definitivo.

La contrarietà del progetto definitivo agli strumenti urbanistici vigenti o adottati non ha per conseguenza l'illegittimità dello stesso, bensì l'inefficacia della dichiarazione di p.u. fino a che il progetto non sia reso conforme mediante la pubblicazione della variante al PRG, con conseguente indisponibilità soltanto fino a tale momento del potere espropriativo.

TAR Basilicata, Sez. I, 22.10.2013, n. 632

Accessione invertita - conseguenze - risarcimento in forma specifica - esclusione.

In ipotesi di irreversibile ed illecita trasformazione del fondo privato non seguita dalla adozione di atti acquisitivi alla mano pubblica ai sensi dell'art. 42 bis, d.P.R. 327/01, il Giudice può respingere la domanda di risarcimento in forma specifica, e condannare la PA. al risarcimento per equivalente, in applicazione dell'art. 2058, co.2, cod.civ., fermo che la condanna non ha efficacia abdicativa della proprietà e dunque non può avere riguardo alla perdita del bene, ma al solo valore d'uso dello

stesso, dalla illegittima occupazione fino alla giuridica regolarizzazione della fattispecie.

TAR Lazio, Sez. II bis, 18.9.2013, n. 8332

Vincolo espropriativo - decadenza - conseguenze - variano a seconda che sia contenuto nel PRG o in un piano attuativo.

L'intervenuta inefficacia di un pregresso vincolo urbanistico di destinazione a pubblico servizio di una determinata area prevista da un piano particolareggiato comporta la restituzione della stessa alla precedente destinazione urbanistica recata dal P.R.G.; mentre nel caso in cui il vincolo a contenuto espropriativo sia previsto direttamente dal Piano regolatore, la mancata attuazione dello stesso nel termine di cinque anni dalla sua approvazione, comporta la successiva qualificazione dell'area vincolata come zona bianca, soggetta alla disciplina stabilita dall'art. 4, ult. co., l. 10/1977, sino all'adozione di nuove prescrizioni di zona da parte dell'Amministrazione comunale.

TAR Umbria, Sez. I, 7.8.2013, n. 433

Retrocessione - parziale e totale, differenze cessione volontaria - disciplina della retrocessione - è applicabile.

Nell'ipotesi di retrocessione totale, contraddistinta dalla mancata realizzazione dell'opera prevista dalla dichiarazione di p.u., ivi compreso il caso della sostituzione con un'opera completamente diversa da quella programmata, sussiste un vero e proprio diritto soggettivo dell'originario proprietario ad ottenere la restituzione del bene oggetto della procedura ablatoria; nell'ipotesi di retrocessione parziale, invece, la legge rimette all'autorità espropriante la formale determinazione della parte del bene espropriato che non può più essere utilizzata per le finalità risultanti dalla dichiarazione di p.u. e che di conseguenza può tornare nella disponibilità del soggetto che ne era stato privato, in esito ad una valutazione discrezionale sindacabile dinanzi al giudice amministrativo.

L'applicabilità delle norme sulla retrocessione non trova ostacolo nella circostanza che i beni interessati siano stati oggetto di cessione volontaria anziché di decreto di espropriazione, posto che l'art. 45, co. 3, d.P.R. 327/2001 assimila la cessione quoad effectum al decreto di esproprio; tale efficacia degli accordi di cessione bonaria può essere riconosciuta anche nel regime previgente al T.U. espropriazioni, trattandosi non già di contratti espressione di pie-



na autonomia negoziale in merito alla scelta a contrattare e allo stesso quantum dell'indennità dovuta, bensì di contratti ad "oggetto pubblico" originati dall'avvio di un procedimento ablatorio, senza il quale il proprietario non si sarebbe ragionevolmente determinato a vendere.

TAR Campania, Sa, Sez. II, 15.7.2013, n. 1538
Vincolo - preordinato alla realizzazione di parcheggi pubblici - ha natura espropriativa Norme conformative e ablatorie – criteri discretivi - tasso di deviazione dalla finalità ordinaria dell'area.

Vincolo espropriativo - reiterazione - obbligo di indicazione delle cause di forza maggiore che hanno impedito la realizzazione dell'o.p..

Ha natura espropriativa il vincolo con cui l'area è destinata a parcheggi pubblici, quand'anche destinati alla concessione a tariffa "calda". In tal caso, infatti, l'erogazione del servizio pubblico è pur sempre riservata all'Ente territoriale, il quale la esercita mediante la concessione dei propri poteri, sia pure assicurando l'introito della tariffa.

Più in generale, la distinzione tra norme conformative e norme ablatorie deve avvenire con riguardo al tasso di deviazione dalla finalità ordinaria dell'area in questione rispetto alla sua vocazione naturale, che è sicuramente quella di dare luogo ad un opus economicamente e commercialmente idoneo a procurare il massimo profitto al proprietario. La norma conformativa, che impone standard di distanze, cubatura, altezza, tipologia etc., si inserisce in un mercato immobiliare omogeneo, stabilendo restrizioni uguali per gli appartenenti alla classe (proprietari della zona omogenea) e determinando, quindi, i parametri di mercato (valore dell'immobile realizzabile e quindi dell'area edificabile) in relazione alle restrizioni omogenee. Viceversa, ove ci si trovi innanzi ad una potestà conformativa che imponga realizzazioni difformi dalla naturale destinazione dell'area, ne consegue, di fatto, l'ablazione di una precisa

facoltà inerente al diritto di proprietà. In altri termini, se l'opera realizzabile, sia pure con le limitazioni dovute alla conformazione, può comunque essere posta sul mercato scontando il meccanismo usuale della domanda ed offerta per la determinazione del prezzo, la destinazione indefettibile ad opera o servizio pubblico individuale, necessariamente e senza possibilità di eccezione, il soggetto (pubblico) cui l'opera stessa non potrà che essere destinata. In tal guisa che l'opera non è finalizzata ad essere posta sul mercato, ma necessariamente ad essere posta a disposizione di un solo soggetto.

Nel doveroso temperamento di interessi, pubblico e privato, mentre per la prima adozione del PRGC il richiamo agli standard è sufficiente per motivare l'imposizione dei vincoli nel quadro pianificatorio, in caso di reiterazione (e dunque di infruttuoso decorrere del tempo che la stessa Amministrazione si è imposta per il completamento del PRGC) occorre dare ragione (oltre che della permanenza dell'interesse) anche alternativamente della sussistenza di casi di forza maggiore o impossibilità insuperabile che hanno impedito la realizzazione delle opere, ovvero dell'interesse pubblico specifico al rinvio di esse e dunque alla continuazione del vincolo.

TAR Campania, Na, Sez. V, 14.10.2013, n. 4610

Retrocessione - parziale e totale - differenze.

Mentre nell'ipotesi di retrocessione totale, il diritto soggettivo, azionabile davanti al giudice ordinario, sorge automaticamente per effetto della mancata realizzazione dell'opera, quindi a prescindere da qualsiasi valutazione discrezionale dell'Amministrazione, nel secondo di retrocessione parziale esso nasce solo se e in quanto l'Amministrazione, nel compimento di una valutazione discrezionale in ordine alla quale il privato è titolare di un mero interesse legittimo, abbia dichiarato che quei fondi più non servono all'opera pubblica.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Consiglio di Stato, sez. VI, 16.09.2013, n. 4548
PRAE - principio di leale cooperazione - motivazione esplicita della ponderazione delle osservazioni degli interessati.

In caso di approvazione del Piano per le attività estrattive si pone un'esigenza di coordinamento tra potestà pianificatoria regionale in materia di cave e potestà pianificatoria comunale in materia urbanistica e di assetto del territorio, il principio di leale cooperazione che deve informare i rapporti tra gli enti territoriali ed i vari livelli di governo nell'azione pianificatoria in settori che si intersecano reciprocamente e coinvolgono una pluralità di interessi (pubblici, collettivi e privati), anche di rango costituzionale, impone di ritenere, con riguardo al procedimento di approvazione del PRAE, che l'Autorità regionale procedente, nell'acquisizione delle osservazioni dei Comuni territorialmente coinvolti dalle previsioni del piano, siano tenuti a ponderare, con una motivazione esplicita, gli interessi pubblici o collettivi articolati dagli enti comunali e, dunque, a prenderli in debita considerazione. Diversamente opinando, sarebbe precluso ogni sindacato, anche giurisdizionale, delle scelte pianificatorie (per il resto, non sindacabili nel merito) sotto i profili del rispetto dei principi di logicità, proporzionalità e congruità motivazionali, in relazione alle osservazioni formulate dai Comuni quali enti esponenziali degli interessi della comunità locale.

TAR Toscana, sez. II, 8.10.2013, n. 1341

Principio "chi inquina paga" - indagini - obbligo Amministrazione.

Il principio comunitario "chi inquina paga" impone che l'Amministrazione compia adeguate indagini per accertare l'autore delle condotte che hanno determinato la contaminazione, in assenza di che le prescrizioni adottate finirebbero col gravare, inammissibilmente, anche (o solo) sul soggetto che, occasionalmente si trovi ad avere la disponibilità del bene, in evidente contrasto con

la normativa in materia che addossa, anche l'onere degli interventi di emergenza, al responsabile del fatto.

TAR Emilia Romagna, sez. I, 25.07.2013, n. 236

Impianto biogas - industria insalubre - esclusione.

L'impianto che produce biogas da biomasse non smaltisce nè tratta rifiuti e non è in alcun modo qualificabile come industria insalubre. Va rilevato, infatti, che non si tratta affatto di impianti che smaltiscano o trattino in qualche modo rifiuti; si tratta, invece, di impianti che producono energia, mediante quel particolare procedimento che si concreta nel cosiddetto biogas, per cui vengono inizialmente introdotti elementi organici che procedono ad un'attività riproduttiva rispetto alle sostanze immesse, donde la caratteristica relativamente alla quale i residui in parola non sono utilizzati per essere smaltiti o in qualche modo trattati, ma servono solo per iniziare l'attività di decomposizione delle sostanze immesse, ai fini della produzione energetica. Il fatto che inizialmente, all'atto dell'avvio dell'impianto, vi fosse l'immissione di sostanze organiche, rifiuti animali in senso lato, non determina solo per questo la classificazione dell'impianto fra quelli afferenti il trattamento dei rifiuti, in quanto le sostanze organiche suddette, lungi dall'essere l'oggetto del trattamento, ne sono invece uno strumento operativo, con il quale l'impianto funziona, alla stregua di un meccanismo di messa in moto.

Né rientrano gli impianti medesimi nell'ambito delle industrie insalubri, non essendo i medesimi menzionati fra quelli e non potendo peraltro operare l'analogia nella materia della elencazione degli impianti che rientrano nella insalubrità, nelle varie classi di cui essa consiste

Tar Lombardia, Mi, sez. I, 25.07.2013, n. 1957

Danno ambientale - concetto - profilo sanzionatorio e risarcitorio.

Il concetto di danno ambientale (sviluppatosi a partire dall'art. 18 della L. 8 luglio 1986, n.



349, applicato *ratione temporis* nel citato processo civile) denota un tipo di compromissione, consistente nell'alterazione, deterioramento, distruzione, in tutto o in parte, dell'ambiente; il danno ambientale supera e trascende il danno ai singoli beni che ne fanno parte e con esso l'ordinamento ha voluto tener conto non solo del profilo risarcitorio, ma anche di quello sanzionatorio, che pone in primo piano non solo e non tanto le conseguenze patrimoniali del danno arrecato, ma anche e soprattutto la stessa produzione dell'evento, e cioè l'alterazione, il deterioramento, la distruzione, in tutto o in parte dell'ambiente, e cioè la lesione in sé del bene ambientale.

Il danno ambientale supera e trascende il danno ai singoli beni che ne fanno parte e con esso l'ordinamento ha voluto tener conto non solo del profilo risarcitorio, ma anche di quello sanzionatorio.

Il giudice, infatti, deve tener comunque conto: a) della gravità della colpa individuale, b) del costo necessario per il ripristino dell'ambiente; c) del profitto conseguito dal trasgressore, in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali.

TAR Piemonte, sez. I, 12.07.2013, n. 876

Principio di precauzione - inquinamento elettromagnetico - precedenti provvedimenti - contemperamento - principio di proporzionalità.

Il principio di precauzione impone agli Stati membri l'adozione di provvedimenti idonei ad evitare potenziali rischi per la salute, la

sicurezza e l'ambiente, facendo prevalere la protezione di tali valori sugli interessi economici indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente dannoso e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano, quando però vi sia incertezza riguardo alla esistenza o alla portata dannosa di determinati rischi.

Di conseguenza, laddove si fronteggino situazioni in relazione alle quali esiste una vasta letteratura scientifica ed il legislatore nazionale si sia già pronunciato con l'adozione di provvedimenti che, sulla base di tali studi scientifici, dettino misure finalizzate a prevenire i rischi connessi ad una determinata attività, tali misure debbono trovare applicazione, dovendo il principio di precauzione essere contemperato con quello di proporzionalità al fine di realizzare un equo contemperamento degli opposti interessi.

TAR Puglia, Ba, sez. I, 19.06.2013, n. 991

VIA - considerazione alternative - comparazione alternative.

La valutazione di impatto ambientale non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio-economica, tenuto conto anche delle alternative possibili, di tal che anche il profilo della autorizzabilità della variante all'esito della conferenza di servizi potrà in quella sede essere debitamente esaminato.

«.....GA.....»

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

FUNZIONE PUBBLICA: IL 2 DICEMBRE IL CONVEGNO SU “IL RAFFORZAMENTO DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA NELLA PROGRAMMAZIONE 2014-2020”

Si terrà il prossimo 2 dicembre, dalle ore 14.00 alle ore 18.00, nella Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il convegno “Il rafforzamento della capacità amministrativa nella programmazione 2014-2020 - Il ruolo del performance management nella PA”. Sono aperte le iscrizioni sino al 27 novembre. Il convegno è organizzato dal Dipartimento della funzione pubblica nell’ambito del progetto Valutazione delle Performance. L’incontro sarà un’occasione di riflessione su quale sia il ruolo che il performance management ha per rafforzare la capacità amministrativa dei Comuni nella prospettiva della Programmazione dei fondi europei 2014 – 2020. Durante il convegno sarà disponibile la diretta streaming dell’evento e sarà attivato il dibattito su Twitter con hashtag #VDP, animato anche dal nostro profilo twitter di Progetto PerformancexPA. Per maggiori informazioni sul Progetto “Valutazione delle Performance”, può consultare la sezione di progetto sul portale PAQ oppure si può contattare l’email valutazioneperformace@funzionepubblica.it. (Comunicato della Funzione Pubblica del 18.11.2013).

«..... GA.....»

IMMIGRAZIONE: 2 MILIONI DI EURO PER PROGETTI DIRETTI ALLA PROMOZIONE DELLA CONOSCENZA DI DIRITTI E DOVERI DI CITTADINI STRANIERI ED ITALIANI

E’ stato pubblicato l’Avviso a valere sull’Azione 5 ‘Informazione, comunicazione e sensibilizzazione’ del Programma Annuale (AP) 2013 del Fondo Europeo per l’Integrazione di cittadini di Paesi terzi (FEI). L’avviso - che prevede uno stanziamento di euro 2.000.000,00 (IVA inclusa) - intende promuovere la conoscenza dei diritti, dei doveri e delle opportunità rivolte ai cittadini di Paesi terzi, e anche sensibilizzare cittadini stranieri e italiani favorendo la conoscenza e il rispetto reciproci. Le proposte progettuali potranno essere presentate esclusivamente attraverso il portale fondisolid.interno.it a partire dalle ore 12.00 del 22 novembre 2013, e dovranno pervenire entro e non oltre le ore 16.00 del 18.12.2013 (Comunicato del Ministero dell’Interno del 12.11.2013).

«..... GA.....»

DICHIARAZIONE IVA STANDARDIZZATA IN TUTTA L’UNIONE EUROPEA: LA PROPOSTA AIUTA IMPRESE DELLA COMMISSIONE EUROPEA

Una nuova dichiarazione Iva standardizzata in tutta l’Unione Europea, che non solo semplificherà la vita alle imprese (con 5 caselle al massimo invece delle 100 che si contano



oggi in alcuni casi) ma renderà il fisco più efficiente e in grado di incassare più gettito. Questa è la proposta lanciata dalla Commissione europea che conta di ridurre in questo modo i costi per le imprese europee fino a quindici miliardi di euro all'anno attraverso un alleggerimento degli oneri burocratici agevolando il rispetto degli obblighi fiscali. La Commissione ricorda anche come dall'Iva i paesi europei incassano oltre 190 miliardi di euro l'anno, un quinto - il 21 per cento - delle entrate fiscali totali. La proposta rientra nel quadro delle iniziative previste dal programma "Refit" per semplificare le norme e ridurre gli oneri amministrativi. La dichiarazione Iva standard - che sostituirà le dichiarazioni Iva nazionali - farà sì che alle imprese siano

richieste le stesse informazioni di base entro le stesse scadenze in tutta l'Unione. Poiché le procedure semplificate risultano più facili da rispettare e da applicare, la proposta odierna dovrebbe anche contribuire a migliorare il rispetto della normativa Iva e, secondo la Commissione, aumentare le entrate pubbliche. Le imprese presenteranno la dichiarazione Iva standard mensilmente, mentre le microimprese saranno obbligate a farlo su base trimestrale. L'obbligo di presentare una dichiarazione Iva annuale riepilogativa, che alcuni Stati membri attualmente impongono, sarà abolito. Inoltre, la proposta incoraggia la presentazione elettronica dell'imposta sul valore aggiunto, che potrà essere in tutta l'Unione.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 345 E 63 DEL TFUE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

L'art. 345 TFUE esprime il principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri, i trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione di imprese né alla loro privatizzazione. Privilegiare la proprietà pubblica non sottrae all'applicazione dell'art. 63 TFUE, anche se per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali possono esservi motivi imperativi di interesse generale.

The article 345 TFEU is an expression of the principle of the neutrality of the Treaties in relation to the rules in Member States governing the system of property ownership. The Treaties do not preclude, as a general rule, either the nationalisation of undertakings. Give priority to public ownership does not remove the application of Article 63 TFEU, even though to justify the restriction on the free movement of capital may be overriding reasons of the public interest.

Sommario: 1. Questione pregiudiziale. 2. La normativa di riferimento. 3. La sentenza. 4. Conclusioni.

1. Questione pregiudiziale.

L'Olanda ha presentato domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 63¹ e 345² del TFUE. La controversia riguarda la produzione, la fornitura nonché la commercializzazione di energia elettrica e di gas sul territorio olandese riguardo da un lato la compatibilità con il diritto dell'Unione di una legislazione nazionale che vieta, in primo luogo, la vendita di azioni detenute in gestori di sistemi di distribuzione di energia elettrica e di gas attivi sul territorio olandese ad investitori privati, ponendo così un effettivo divie-

to di privatizzazione, in secondo luogo, legami di proprietà o di controllo tra, da un lato, società appartenenti ad un gruppo cui appartiene un gestore di sistemi di distribuzione siffatti e, dall'altro, società appartenenti ad un gruppo cui appartiene un'impresa che produce, fornisce o commercializza energia elettrica o gas sul territorio olandese e, in terzo luogo, il compimento da parte di un gestore siffatto e del gruppo cui quest'ultimo appartiene di operazioni o attività che potrebbero pregiudicare l'interesse della gestione della rete interessata.

2. La normativa di riferimento.

Il diritto dell'Unione Europea si disinteressa della titolarità dei beni pubblici, cioè del regime di proprietà esistente negli Stati membri, come confermato dall'art. 345 TFUE, ma interviene a disciplinarne l'uso in funzione dello sviluppo del mercato comune (intracomunitario) e dell'eliminazione degli ostacoli

¹ Art. 63 (ex art. 56 del TCE) 1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

² Art. 345 (ex art. 295 del TCE) I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

alla libera circolazione delle merci e dei capitali come si evince dal combinato disposto degli artt. 34³ e 63 TFUE⁴.

Inoltre, la materia in cui è intervenuta la Corte di Giustizia con la pronuncia della Grande Sezione del 22.10.2013 nelle cause riunite C-105/12 a C-107/12, riguarda il settore dell'energia elettrica.

Presupposto delle controversie è rappresentato dal c.d. “*unbundling*” delle reti energetiche imposto dalle dir. 2003/54/CE e 2009/72/CE che hanno disposto in ambito europeo la separazione della proprietà e gestione della rete distributiva di energia elettrica dalla prestazione del servizio di fornitura della medesima.

La competenza in materia di energia è stata esercitata dalle istituzioni dell'UE con la dir. 92/CE del 19.12.1996, che ha dettato una disciplina complessiva del settore e la sua graduale liberalizzazione, “*nella prospettiva di conseguire un mercato dell'energia elettrica concorrenziale*” (art. 1, par. 1), che mantenga agli Stati la facoltà di “*imporre alle imprese obblighi di servizio pubblico*” (art. 1, par. 2). La direttiva è caratterizzata dall'ampia flessibilità applicativa lasciata agli Stati in tutte le fasi dell'attività elettrica. Riguardo alla produzione, considerata libera, si prevede che per la costruzione di nuovi impianti di generazione gli Stati membri possano “*scegliere tra un sistema di autorizzazioni e/o una procedura di gara d'appalto*” (art. 4).

In merito alla disciplina delle reti di trasporto e distribuzione (art. 7-12) si dispone che queste siano affidate a soggetti che garantiscano la sicurezza e l'affidabilità degli approvvigionamenti, stabilendo che le imprese elettriche integrate verticalmente (ovvero, le imprese che svolgono due o più fra le attività di generazione, trasmissione e distribuzione di energia) o orizzontalmente (ovvero, le imprese che svolgono una fra le attività di generazione, trasmissione e distribuzione di energia e un'altra attività che non rientra nel set-

tore elettrico) tengano, nella propria contabilità interna, conti separati per le attività di generazione, trasmissione e distribuzione e conti consolidati per le eventuali altre attività non elettriche (art. 14)⁵.

La dir. 92/CE è stata poi sostituita dalla dir. 54/CE del 26.06.2003, che ha ripreso l'impianto precedente apportandovi alcune significative modifiche, volte a migliorare il funzionamento del mercato e a garantire parità di condizioni a livello di generazione, accesso non discriminatorio alla rete di trasmissione e tutela dei diritti dei clienti più piccoli e vulnerabili. Essa ha introdotto, tra l'altro: a) l'ampliamento degli obiettivi del servizio pubblico e la garanzia del servizio universale, ovvero il diritto per tutti i clienti civili e le piccole imprese “*alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti*” (art. 3); b) l'opzione, in materia di produzione, a favore della procedura di autorizzazione per la costruzione di nuovi impianti (art. 6); c) la scelta per la separazione giuridica tra le attività di trasmissione o distribuzione e le altre attività elettriche (artt. 10 e 15) e per un sistema regolamentato di accesso alla rete “*basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema*” (art. 20, par. 1); d) la qualificazione, dal 1.7.2007, di tutti i clienti come idonei a concludere contratti di fornitura di energia elettrica; e) l'identificazione di un nucleo minimo di competenze da attribuire alle autorità nazionali di regolamentazione (art. 23)⁶.

3. La sentenza.

Il dubbio sollevato dal giudice del rinvio ed analizzato nella sentenza qui in commento, riguarda la questione che se l'art. 345 TFUE venisse interpretato nel senso che riguardi un regime di divieto di privatizzazione per effetto del quale le azioni detenute da un gestore del sistema di distribuzione di energia elettri-

³ Art. 34 (ex art. 28 del TCE) Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente.

⁴ Voce “*Regolazione dell'energia*” nell'Enciclopedia on line - <http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici-e-di-interesse-pubblico/>

⁵ Voce “*Energia. Diritto dell'Unione Europea*” nell'Enciclopedia on line - <http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici-e-di-interesse-pubblico/>

⁶ Cfr nota n. 5

ca o di gas attivo sul territorio olandese debbano essere detenute, direttamente o indirettamente, da autorità pubbliche individuate dalla legislazione nazionale; tale interpretazione produrrebbe la conseguenza di sottrarre dall'applicazione dell'art. 63 TFUE disposizioni nazionali che vietino, da un lato, legami di proprietà o di controllo tra società facenti parte di un gruppo al quale appartenga un gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas attivo su detto territorio e società facenti parte di un gruppo cui appartenga un'impresa che produce, fornisce o commercializza energia elettrica o gas sul territorio medesimo nonché, dall'altro, l'effettuazione da parte di un simile gestore e del gruppo cui appartiene di operazioni o attività che possano pregiudicare l'interesse della gestione della rete interessata.

In realtà, afferma la Corte, l'art. 345 TFUE esprime il principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri⁷. I trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione di imprese⁸ né alla loro privatizzazione⁹.

Viene, pertanto, affermato che gli Stati membri possono legittimamente perseguire l'obiettivo che consiste nell'istituire o mantenere un regime di proprietà pubblica per talune imprese.

Nel caso di specie, la legislazione olandese mira, ad esempio, a mantenere un regime della proprietà pubblica per quanto riguarda i gestori, e tale divieto rientra in quanto disciplinato e concesso dall'art. 345 TFUE.

Tuttavia, quest'ultima norma non produce l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri alle norme fondamentali del Trattato FUE tra cui, in particola-

re quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali¹⁰.

Pertanto, il fatto che l'Olanda abbia previsto, nel settore dei gestori di sistemi di distribuzione di energia elettrica o di gas attivi sul suo territorio, un regime di proprietà pubblica ai sensi dell'art. 345 TFUE non può esentare tale Stato membro dal rispetto, in detto settore, delle regole relative alla libera circolazione dei capitali¹¹.

Infatti, secondo costante giurisprudenza, l'art. 63, par. 1, TFUE vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri¹².

Per costante giurisprudenza costituiscono movimenti di capitali ai sensi dell'art. 63, paragrafo 1, TFUE, in particolare, gli investimenti c.d. «*diretti*», ovvero gli investimenti sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consenta di partecipare effettivamente alla sua gestione ed al suo controllo nonché gli investimenti c.d. «*di portafoglio*», ovvero gli investimenti sotto forma di acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione ed il controllo dell'impresa¹³.

Per quanto riguarda tali due forme di investimento, la Corte ha precisato che devono ritenersi «*restrizioni*», ai sensi dell'art. 63, paragrafo 1, TFUE, i provvedimenti nazionali che possono impedire o limitare l'acquisto di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri

⁷ Ad es. A. SáNchez Graells, *Public Procurement and EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2011, pp. 27 e 232 ss.; F. AVARKIOTI, *The Application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements to "In-house" Arrangements*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2007, p. 22; D.U. GALLETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, pp. 22 s.

⁸ v., in tal senso, C. giust. CE del 15.07.1964, Costa, Racc. pag. 1129.

⁹ v., in tal senso, C. giust. CE dell'8.11.2012, Commissione/Grecia, C 244/11, punto 17.

¹⁰ v., in tal senso, C. giust. CE del 6.11.1984, Fearon, 182/83, Racc. pag. 3677, punto 7; del 1.06.1999, Konle, C 302/97, Racc. pag. I 3099, punto 38; del 23.09.2003, Ospelt e Schlössle Weissenberg, C 452/01, Racc. pag. I 9743, punto 24; dell'8.07.2010, Commissione/Portogallo, C 171/08, Racc. pag. I 6817, punto 64; del 21.12.2011, Commissione/Polonia, C 271/09, punto 44.

¹¹ v., per analogia, C. giust. CE Commissione/Polonia, cit., punto 44.

¹² C. giust. CE del 28.09.2006, Commissione/Paesì Bassi, C 282/04 e C 283/04, Racc. pag. I 9141, punto 18, nonché Commissione/Portogallo, cit., punto 48.

¹³ v. C. giust. CE Commissione/Paesì Bassi, punto 19 e Commissione/Portogallo, punto 49.



dall'investire nel capitale delle stesse¹⁴.

La normativa Olandese, di conseguenza, con la previsione di detti divieti pone in essere restrizioni alla libera circolazione dei capitali, ai sensi dell'art. 63 TFUE.

Ulteriore questione sollevata dal giudice del rinvio è se la preclusione di sovvenzioni incrociate in senso ampio, compreso lo scambio di informazioni strategiche, nel garantire la trasparenza sui mercati dell'energia elettrica e del gas e nel prevenire distorsioni della concorrenza costituiscano interessi puramente economici, ovvero, al contrario, motivi imperativi di interesse generale tali da giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali.

La Corte ha reiteratamente affermato che la libera circolazione dei capitali può essere limitata da una normativa nazionale solamente laddove sia giustificata da uno dei motivi indicati all'art. 65¹⁵ TFUE ovvero da motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte¹⁶.

I motivi di natura puramente economica non possono, però, costituire motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale

¹⁴ v. C. giust. CE del 4.6.2002, Commissione/Portogallo, C 367/98, Racc. pag. I 4731, punti 45 e 46; Commissione/Francia, C 483/99, Racc. pag. I 4781, punto 40; del 13.5.2003, Commissione/Spagna, C 463/00, Racc. pag. I 4581, punti 61 e 62; Commissione/Regno Unito, C 98/01, Racc. pag. I 4641, punti 47 e 49; del 2.6.2005, Commissione/Italia, C 174/04, Racc. pag. I 4933, punti 30 e 31 nonché Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 20.

¹⁵ Art. 65 (ex art. 58 del TCE) 1. Le disposizioni dell'art. 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale; b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

¹⁶ v. C. giust. CE del 14.2.2008, Commissione/Spagna, C 274/06, punto 35 e Commissione/Polonia, cit., punto 55.

garantita dai Trattati¹⁷ unica eccezione è che sia dettata da motivi di ordine economico che perseguono un obiettivo d'interesse generale¹⁸.

La Corte pur statuendo la libertà relativamente all'interpretazione ed applicazione delle norme comunitarie ed i trattati relativamente alle privatizzazioni specifica, comunque, il limite per cui non può determinarsi una restrizione alle norme relative alla libera circolazione dei capitali¹⁹. Tuttavia, nel caso analizzato nella Sentenza della Corte l'interesse sotteso alla scelta del legislatore olandese, rispetto al regime di proprietà pubblica o privata del gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas è stato considerato quale motivo imperativo di interesse generale.

Infatti, gli obiettivi che consistono nel precludere le sovvenzioni incrociate in senso ampio, compreso lo scambio di informazioni strategiche, nel garantire la trasparenza sui mercati dell'energia elettrica e del gas e nel prevenire le distorsioni della concorrenza mirano a garantire una concorrenza non falsata sui mercati della produzione, della fornitura e della commercializzazione dell'energia elettrica e del gas sul territorio olandese e, dall'altro, che l'obiettivo che consiste nel precludere le sovvenzioni incrociate intende inoltre garantire un investimento sufficiente nei sistemi di distribuzione di energia elettrica e di gas, perseguendo, così, obiettivi imperativi di interesse generale.

L'obiettivo di una concorrenza non falsata su detti mercati è del pari perseguito dal Trattato FUE, il cui preambolo sottolinea la necessità di un'azione concertata intesa a garantire, in particolare, la lealtà nella concorrenza, il che mira, in definitiva, a tutelare i consumatori. Secondo giurisprudenza costante della

¹⁷ C. giust. CE del 16.1.2003, Commissione/Italia, C 388/01, Racc. pag. I 721, punto 22, e del 17.03.2005, Kranemann, C 109/04, Racc. pag. I 2421, punto 34.

¹⁸ v., in tal senso, C. giust. CE dell'11.09.2008, Commissione/Germania, C 141/07, Racc. pag. I 6935, punto 60.

¹⁹ v. C. giust. CE dell'8.7.2010, Commissione/Portogallo, punto 64 nonché Commissione/Polonia, punto 44.

Corte, la tutela dei consumatori costituisce un motivo imperativo di interesse generale²⁰.

Come, lo è, del resto, l'obiettivo di garantire un investimento sufficiente nelle reti di distribuzione di energia elettrica e di gas mira ad assicurare, in particolare, la sicurezza degli approvvigionamenti di energia, obiettivo che la Corte ha parimenti riconosciuto come motivo imperativo d'interesse generale²¹.

Tuttavia, conclude la Corte, occorre che le restrizioni della libera circolazione dei capitali siano idonee a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non eccedano quanto necessario per raggiungere gli obiettivi di cui trattasi²².

4. Conclusioni.

L'art. 345 TFUE va interpretato nel senso che ricomprende un regime di divieto di privatizzazione per effetto del quale le azioni detenute da un gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas attivo sul territorio olandese debbano essere detenute, direttamente o indirettamente, da autorità pubbliche individuate dalla legislazione nazionale. Tuttavia, tale interpretazione non comporta la conseguenza di sottrarre dall'applicazione dell'art. 63 TFUE disposizioni nazionali che vietino la privatizzazione di gestori di sistemi di distribuzione di energia elettrica o di gas, o che vietino, da un lato, legami di proprietà o di controllo tra società facenti parte di un gruppo al quale appartenga un gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas attivo sul territorio olandese e società facenti parte di un gruppo al quale appartenga un'impresa che produce, fornisce o commercializza energia elettrica o gas sul territorio medesimo nonché, dall'altro,

l'effettuazione da parte di un gestore siffatto e del gruppo cui appartiene di operazioni o attività che potrebbero pregiudicare l'interesse della gestione della rete interessata.

Per quanto riguarda il regime di divieto di privatizzazione che ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 345 TFUE, gli obiettivi sottesi alla scelta del legislatore rispetto al regime di proprietà adottato possono essere presi in considerazione quali motivi imperativi di interesse generale per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali.

Per quanto riguarda gli altri divieti, gli obiettivi di lotta alle sovvenzioni incrociate in senso ampio, compreso lo scambio di informazioni strategiche, di garantire la trasparenza sui mercati dell'energia elettrica e del gas o di prevenire distorsioni della concorrenza possono, a titolo di motivi imperativi di interesse generale, giustificare le restrizioni alla libera circolazione dei capitali causate da disposizioni nazionali.

²⁰ C. giust. CE del 13.09.2007, Commissione/Italia, C 260/04, Racc. pag. I 7083, punto 27; del 29.11.2007, Commissione/Austria, C 393/05, Racc. pag. I 10195, punto 52, e del 18.11.2010, Commissione/Portogallo, C 458/08, Racc. pag. I 11599, punto 89

²¹ C. giust. CE del 10.07.1984, Campus Oil e a., 72/83, Racc. pag. 2727, punti 34 e 35; del 4.06.2002, Commissione/Belgio, C 503/99, Racc. pag. I 4809, punto 46, nonché del 2.06.2005, Commissione/Italia, punto 40

²² C. giust. CE dell'11.10.2007, ELISA, C 451/05, Racc. pag. I 8251, punto 82, e Commissione/Polonia, punto 58.

GIURISPRUDENZA

C.giust. CE, IV Sezione, 23.01.2014 - (C-537/11)

La nave da crociera rientra nei servizi di linea ai sensi della direttiva 1999/32/CE.

Una nave da crociera rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 4 bis, par. 4, della dir. 1999/32/CE del Consiglio, del 26 aprile 1999, relativa alla riduzione del tenore di zolfo di alcuni combustibili liquidi e che modifica la dir. 93/12/CEE, emendata con dir. 2005/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6.7.2005, con riferimento al criterio dei «servizi di linea», quale enunciato all'art. 2, punto 3 octies, di detta direttiva, a condizione che effettui crociere, con o senza scali intermedi, che si concludano nel porto di partenza o in un altro porto, purché tali crociere siano organizzate con una determinata frequenza, in date precise e, in linea di principio, a orari di partenza e di arrivo precisi, e gli interessati possano scegliere liberamente tra le diverse crociere offerte, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La validità dell'art. 4 bis, par. 4, della direttiva 1999/32, come modificata dalla direttiva 2005/33, non può essere esaminata alla luce del principio generale di diritto internazionale pacta sunt servanda né del principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, TUE, posto che detta disposizione di tale direttiva può risolversi in una violazione dell'allegato VI alla convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, firmata a Londra il 2.11.1973, come completata dal protocollo del 17 febbraio 1978, e obbligare così gli Stati membri, parti del protocollo del 1997 che modifica la convenzione internazionale del 1973 per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, come modificata dal protocollo ad essa relativo del 1978, firmato a Londra il 26 settembre 1997, a venire meno agli obblighi assunti nei confronti delle altre parti contraenti del medesimo.

C.giust. CE, V Sezione, 12.12.2013 - (C-

292/12)

Trasporto rifiuti poteri ente locale nei confronti della Ditta incaricata del trasporto rifiuti.

Le disposizioni del regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14.6.2006, relativo alle spedizioni dei rifiuti, in combinato disposto con l'art. 16 della dir. 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, devono essere interpretate nel senso che: – tali disposizioni consentono a un ente locale di imporre all'impresa incaricata della raccolta dei rifiuti nel suo territorio l'obbligo di trasportare i rifiuti urbani non differenziati provenienti dalla raccolta domestica nonché, eventualmente, da altri produttori nell'impianto di trattamento appropriato più vicino che è stabilito nello stesso Stato membro di tale ente;

- tali disposizioni non consentono a un ente locale di imporre all'impresa incaricata della raccolta dei rifiuti nel suo territorio l'obbligo di trasportare i rifiuti industriali e edili prodotti sul suo territorio all'impianto di trattamento appropriato più vicino, stabilito nello stesso Stato membro di tale ente, se tali rifiuti sono destinati al recupero, qualora i produttori di detti rifiuti siano obbligati a consegnare i rifiuti a detta impresa o a consegnarli direttamente a detto impianto.

C.giust. CE, Grande Sezione, 19.12.2013 - (C-279/12)

La definizione di autorità pubblica riguardo l'accesso alle informazioni ambientali.

1. Al fine di stabilire quali enti possano essere qualificati come persone giuridiche svolgenti, ai sensi della legislazione nazionale, «funzioni di pubblica amministrazione» a norma dell'art. 2, punto 2, lett. b), della dir. 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28.1.2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio, si deve e-

saminare se tali enti siano investiti, in forza del diritto nazionale loro applicabile, di poteri speciali che eccedono quelli derivanti dalle norme applicabili ai rapporti tra soggetti di diritto privato. 2. Se le imprese che forniscono servizi pubblici connessi con l'ambiente, si trovano sotto il controllo di un organismo o di una persona di cui all'art. 2, punto 2, lett. a) o b), della direttiva 2003/4, dovrebbero essere qualificate come «autorità pubbliche» ai sensi dell'art. 2, punto 2, lett. c), di tale direttiva. Ma se tali imprese non determinano in maniera realmente autonoma le modalità con le quali forniscono detti servizi, poiché un'autorità pubblica rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, punto 2, lett. a) o b), della richiamata direttiva è in grado di influenzare in maniera decisiva l'azione di dette imprese nel settore ambientale. 3. L'art. 2, punto 2, lett. b), della direttiva 2003/4 dev'essere interpretato nel senso che una persona che rientra in tale disposizione costituisce un'autorità pubblica per quanto concerne tutte le informazioni ambientali da essa detenute. Società commerciali possono costituire un'autorità pubblica ai sensi dell'art. 2, punto 2, lett. c), di detta direttiva soltanto nei limiti in cui, quando forniscono servizi pubblici nel settore ambientale, esse si trovino sotto il controllo di un organismo o di una persona di cui all'art. 2, punto 2, lett. a) o b), della medesima direttiva, non sono tenute a fornire informazioni ambientali se è pacifico che queste ultime non riguardano la fornitura di tali servizi.

C.giust. CE, I Sezione, 12.12.2013 - (C-241/12 e C-242/12)

Il gasolio miscelato non rientra nella nozione di rifiuto, ex art. 2, lett. a), del regolamento (CEE) n. 259/93 se il detentore è intenzionato e reimmetterlo in commercio.

L'art. 2, lett. a), del regolamento (CEE) n. 259/93 del Consiglio, del 1° febbraio 1993, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio, come modificato dal regolamento (CE) n. 2557/2001 della Commissione, del 28 dicembre 2001, deve essere interpretato nel senso che non rientra nella nozione di «rifiuto», ai sensi della predetta disposizione, un carico di gasolio accidentalmente miscelato con

un'altra sostanza, a condizione che il suo detentore abbia realmente l'intenzione di reimmettere sul mercato tale carico miscelato con un altro prodotto, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

C.giust. CE, II Sezione, 7.11.2013 - (C- 72/12)
VIA - efficacia della direttiva 2003/35 - modalità di applicazione.

L'articolo 10 bis della dir. 85/337, come modificata dalla dir. 2003/35, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che gli Stati membri limitino l'applicabilità delle disposizioni di trasposizione di tale articolo al caso in cui la legittimità di una decisione sia contestata a causa dell'omissione della valutazione ambientale, senza estenderla a quello in cui una valutazione siffatta sia stata realizzata ma sia affetta da vizi.

L'art. 10 bis, lett. b), della direttiva 85/337, come modificata dalla direttiva 2003/35, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una giurisprudenza nazionale che non riconosce la violazione di un diritto ai sensi di tale articolo, qualora sia dimostrato che verosimilmente, alla luce delle circostanze della fattispecie, la decisione contestata non sarebbe stata diversa senza il vizio di procedura invocato dal richiedente. Ciò vale tuttavia solo a condizione che l'autorità giurisdizionale o l'organo aditi del ricorso non facciano gravare in alcun modo, al riguardo, l'onere della prova sul richiedente e che si pronuncino, tenuto conto eventualmente degli elementi di prova forniti dal committente o dalle autorità competenti, e, più in generale, dell'insieme degli elementi del fascicolo loro sottoposto, prendendo in considerazione segnatamente il grado di gravità del vizio fatto valere e verificando in particolare, a tal proposito, se esso abbia privato il pubblico interessato di una delle garanzie istituite, conformemente agli obiettivi della dir. 85/337, al fine di consentirgli di accedere all'informazione e di essere autorizzato a partecipare al processo decisionale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.10.2013, n. 5002
Permesso di soggiorno - conversione del permesso stagionale in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato -

possibilità solo a partire dal secondo soggiorno in Italia.

Che la tesi di questa Sezione, secondo cui la conversione del permesso stagionale è possibile solo a partire dal secondo soggiorno in Italia, si fonda sulla lettera dell'art. 24, co. 4, d.lgs. 286/1998, che fa obbligo allo straniero, che intende avvalersi della possibilità di convertire il proprio titolo temporaneo, di rispettare le condizioni previste nel permesso stagionale, tra cui l'obbligo di rientro in patria al termine di questo, e sulla lettura complessiva della legge sull'immigrazione, comprese le norme del regolamento di attuazione, da cui emerge che si è inteso agevolare l'immigrazione stagionale,

mediante procedure di autorizzazione più semplici, al fine di incentivare i lavoratori stranieri a preferire questa formula rispetto a quella della immigrazione ordinaria e, tuttavia, l'interesse dello straniero di trasformare il proprio status in quello di lavoratore con permesso di soggiorno ordinario trova considerazione da parte del legislatore, che ha individuato un punto di equilibrio con l'opposta esigenza di non eludere le procedure più rigorose e i criteri più restrittivi dettati per l'immigrazione non stagionale, consentendo la conversione del permesso stagionale a partire dal secondo ingresso del lavoratore stagionale, anziché dal primo.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Composizione/modificazione del Raggruppamento temporaneo di imprese, ex art. 97, co. 9, Codice appalti (Parere 05/11/2013-439812, ct 39980/13, Sez. VII, Avv. Ettore Figliolia)

RISPOSTA

Con la nota che si riscontra, codesto Ministero chiede di conoscere il parere di questo G.U. in ordine alla applicabilità del disposto di cui al co. 9 dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006 rispetto alle sopravvenute modificazioni della composizione dell'ATI promotore finanziario, successivamente all'esperimento della procedura negoziata ai fini della aggiudicazione della concessione di cui all'oggetto, fase questa conclusasi senza l'individuazione di alcuna offerta concorrente con l'ATI promotore, e senza che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria "per motivazioni non note a questa struttura di vigilanza". Riferisce ancora codesto Ministero che all'esito della procedura di selezione del promotore venne dichiarata di pubblico interesse "la proposta formulata dalla Prima ATI Si.", proposta deliberata positivamente dal Cipe, e, successivamente, il promotore "per poter prendere parte alla successiva fase di procedura negoziata" ha "costituito, nel rispetto delle disposizioni normative il Raggruppamento Temporaneo con l'aggiunta della M. s.p.a (di seguito Seconda ATI Si.)".

Peraltro, nel corso della fase istruttoria posteriore all'espletamento della procedura negoziata comportante il diritto del promotore

ad ottenere l'aggiudicazione della concessione di che trattasi in relazione alla già rappresentata carenza di partecipanti alla procedura stessa, il promotore (Seconda Ati Si.) "ha rappresentato la necessità di procedere ad un'ulteriore modifica della compagine del Raggruppamento Temporaneo", in relazione alla procedura ex art. 160 e ss. della legge fallimentare che ha colpito l'Impresa S. ausiliaria di Si. s.p.a.: in particolare, l'impresa Costruzioni G.M. s.p.a. non sarebbe più componente dell'ATI promotrice ma acquisirebbe il ruolo di ausiliaria di Seconda Ati Si. s.p.a. in sostituzione di Impresa S., e, con nota del 1° ottobre 2013, codesto Ministero ha trasmesso il relativo contratto di avvalimento.

In subordine, poi, rispetto al quesito dell'applicabilità al contesto del disposto dell'art. 37, co. 9 del d.lgs. 163/2006, codesta amministrazione richiede l'avviso di questo G.U. circa "l'opportunità di procedere all'annullamento del bando relativo all'affidamento in oggetto, dato il notevole tempo trascorso e le conseguenti modifiche normative intervenute". Ritiene al riguardo questa Avvocatura Generale di dover rappresentare quanto segue. Com'è noto, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che la fase della individuazione del promotore e quella seguente volta all'affidamento della concessione debbono ritenersi sostanzialmente distinte, in quanto mentre la seconda costituisce una procedura soggetta alla normativa comunitaria e nazionale in materia di evidenza pubblica, ovviamente alla stregua delle peculiarità e delle



specifiche deroghe previste per l'affidamento delle concessioni, al contrario la individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è caratterizzata da amplissima discrezionalità amministrativa essendo finalizzata alla valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico che giustifichi, nell'ambito della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (CdS, Ad. Pl. 15.4.2010, n. 2155; CdS, Sez. V, 10.11.2005, n. 6287). Ulteriormente ha statuito il Consiglio di Stato (citata sentenza Ad. Plen. n. 2155/2010) che, in via generale, l'accertamento dei requisiti soggettivi del promotore partecipante alla successiva procedura selettiva di affidamento vada condotto al momento della domanda di partecipazione alla stessa, tenuto conto della diversità tra "quanto l'impresa è tenuta a dimostrare ai fini dell'assunzione della veste di promotore e quanto invece deve documentare per l'ammissione alla successiva gara". Per quanto suesposto deve ritenersi, quantomeno alla stregua del rapporto informativo stilato a corredo dei quesiti in rassegna, che rispetto alla procedura selettiva l'amministrazione committente abbia riscontrato positivamente la ricorrenza di tutti i requisiti occorrenti a legislazione vigente per opinare la sussistenza delle condizioni per l'affidamento, atteso che seppure non sono noti i motivi per cui non intervenne l'aggiudicazione provvisoria, il che certamente non può non destare talune perplessità, peraltro codesta amministrazione al momento non evidenzia in merito la ricorrenza all'epoca di elementi interdittivi. Orbene, il rappresentato mutamento della composizione soggettiva del promotore Seconda ATI Si., con la diversità di ruolo dell'impresa Costruzioni G.M. s.p.a da componente dell'ATI ad ausiliaria, determinato dalla sopravvenienza della procedura di cui all'art. 160 legge fallimentare che ha colpito l'Impresa S., nella specie parrebbe tuttavia non costituire di per sé elemento ostativo all'affidamento della concessione sulla base delle considerazioni che seguono.

In primo luogo, va rilevato che alla procedura negoziata di selezione non hanno partecipato ulteriori imprese concorrenti oltre il promotore, sicché l'eventuale affidamento a

quest'ultimo nella mutata composizione del Raggruppamento Temporaneo non potrebbe essere sindacata nella sede giurisdizionale da eventuali altre imprese tenuto conto del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui non ricorrere la legittimazione al ricorso nei confronti di chi non ha partecipato alla procedura selettiva (da ultimo, CdS, Sez. V, 23.10.2013, n. 5131). Ulteriormente, l'eventuale predetto affidamento non parrebbe idoneo a pregiudicare quei fondamentali principi di par condicio tra i concorrenti e di trasparenza delle procedure che sono recepiti nella disciplina di cui al comma 9 dell'art. 37 del codice dei Contratti. Le circostanze, poi, della mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione, unitamente ai caratteri propri della procedura negoziata, e tenuto conto della peculiare disciplina del contesto concessorio rispetto a cui dovrebbe avvenire nell'ipotesi che ci occupa l'affidamento al promotore, parrebbero far ritenere insussistenti elementi ostativi all'affidamento medesimo posto che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei soli principi desumibili dal Trattato o e dei principi relativi ai contratti pubblici, e in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, "parità di trattamento", mutuo riconoscimento, proporzionalità, principi che non parrebbero in alcun modo lesi da un eventuale affidamento al promotore nella parzialmente diversa composizione prospettata.

Le deroghe, poi, previste dai coo. 18 e 19 dell'art. 37 del codice dei Contratti, riguardo al principio della immodificabilità soggettiva dell'ATI, ritenute di carattere eccezionale e come tali insuscettibili di estensione analogica, non sembrano poter essere richiamate nell'ipotesi oggetto del presente parere, tenuto conto che i citati commi riguardano la tutt'affatto diversa ipotesi in cui sia avvenuta l'aggiudicazione, viceversa, come detto, carente nella specie. Inoltre, il rilievo che l'impresa Costruzioni G.M. s.p.a. da componente soggettiva dell'ATI promotore diventi ausiliaria a mezzo dell'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del codice dei contratti, con ogni conseguente responsabilità solidale del promotore e dell'ausiliario nei confronti della stazione appaltante in rela-

zione al complesso delle prestazioni oggetto del contratto ai sensi del comma 4 del predetto articolo di legge (CdS, Sez. III, 1.10.2012 n. 5161; CdS, Sez. V, 18.11.2011, 6079), parrebbe escludere la possibilità di individuare profili di pregiudizio agli interessi stessi di titolarità della committenza rispetto alla ineludibile esigenza di assicurare a quest'ultima un occorrente quadro informativo delle imprese da impegnare nel costituendo rapporto obbligatorio in termini di certezza delle relative capacità professionali rispetto a quanto oggetto di concessione. Parimenti, l'esigenza della stazione appaltante di conoscere preventivamente e senza incertezze se le componenti dell'ATI così come ausiliate con lo strumento dell'avvalimento siano in possesso dei requisiti occorrenti a fronte della ripartizione delle quote di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento, bene potrebbe essere compiutamente soddisfatta nell'attualità attraverso gli accertamenti di carattere tecnico amministrativo di competenza esclusiva di codesta Amministrazione, da praticarsi anteriormente al provvedimento di aggiudicazione. Sulla base delle superiori considerazioni, e tenuto anche conto di un orientamento giurisprudenziale secondo cui la modificazione del raggruppamento per sola "sottrazione", senza cioè la sostituzione con altro componente del soggetto nei cui confronti sia cessata la permanenza nel raggruppamento stesso, non costituisce violazione del principio racchiuso nel comma 9 dell'art. 37 del Codice dei Contratti (CdS, Sez. VI, 9.2.2011, n. 888; CdS, Sez. VI, 13.5.2009, n. 2964), conclusivamente, si risponde al primo quesito prospettato nel senso che non si individuano violazioni di sorta del principio della immodificabilità soggettiva del raggruppamento partecipante alla procedura dettato dal predetto comma. Per quanto concerne, poi, il quesito ulteriore afferente

alla prospettata opportunità di annullare il bando "dato il notevole tempo trascorso" ed in relazione al sopravvenuto mutamento del quadro normativo di riferimento, preliminarmente osserva questo G.U. che trattasi problematica inerente al merito delle valutazioni proprie dell'amministrazione che sfuggono alle prerogative dell'Avvocatura dello Stato, quantomeno in difetto di una circostanziata relazione che evidenzi le eventuali criticità riscontrate rispetto alla possibilità di dare ulteriore corso alla procedura in essere.

Tuttavia, si ritiene opportuno suggerire a codesta amministrazione nell'esercizio delle proprie competenze valutative, di tenere nella debita considerazione che la normativa vigente all'epoca dell'espletamento della procedura selettiva di cui trattasi è stata censurata in sede comunitaria, sicché non può escludersi che un eventuale affidamento postumo possa generare eventuali criticità nella stessa sede comunitaria, anche se la tutela dell'affidamento del soggetto promotore scrutinato positivamente all'esito della procedura selettiva deve essere parimenti apprezzata nel quadro valutativo di che trattasi rispetto alla probabile instaurazione di contenziosi da parte dello stesso soggetto promotore che ottenesse un definitivo diniego della auspicata aggiudicazione.

Comunque, non potrà non considerarsi da parte di codesto Ministero nell'ambito delle determinazioni da assumere in merito al contesto, l'attualità dell'interesse alla realizzazione e gestione delle opere previste in termini di urgenza incompatibili con l'ipotizzata rinnovazione della procedura selettiva, nonché la permanenza della corrispondenza del quadro finanziario alla consistenza attuale degli oneri realizzativi.

Nei sensi suesposti è la consultazione richiesta su cui si è pronunciato il Comitato Consultivo di questa Avvocatura.

«.....GA.....»

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CONTRATTI PUBBLICI: VARATE DALL'AVCP LE LINEE GUIDA SU PROGRAMMAZIONE, PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO NEI SERVIZI E NELLE FORNITURE

In seguito alla conclusione della consultazione on line che si è svolta a settembre scorso, e tenuto conto delle osservazioni degli operatori del settore, l'Autorità ha elaborato la Determinazione n. 5 del 6.11.2013 recante 'Le linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture' nelle quali vengono trattate le seguenti tematiche: 1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità; 2. Programmazione; 2.1 Contenuto della programmazione; 2.2 Iter procedurale; 3. Progettazione; 3.1 Contenuto della progettazione; 3.2 Soggetti incaricati; 3.3 Garanzie e verifiche; 4. Esecuzione del contratto; 4.1 Responsabile del procedimento e Direttore dell'esecuzione; 4.2 Compiti del Direttore dell'esecuzione; 4.3 La corretta esecuzione della prestazione e le penali; 4.4 Immodificabilità del contratto. Le varianti; 5. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione (Comunicato dell'AVCP del 13.11.2013).

«..... GA.....»

CONTRATTI PUBBLICI: ALLINEAMENTO IN RETTIFICA OPERATO DALL'AVCP AD 40.000 EURO DELLA SOGLIA MINIMA PER LE COMUNICAZIONI EX ART. 7, CO. 8, D. LGS. N. 163/2006

E' stato pubblicato sulla G.U. il comunicato dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti

pubblici di lavori, servizi e forniture con il quale - al fine di omogeneizzare le soglie di comunicazione dei dati e di versamento dei contributi di cui alle «Istruzioni relative alle contribuzioni dovute, ai sensi dell'art. 1, co. 67, della l. 23.12.2005, n. 266, dai soggetti pubblici e privati, in vigore dal 1.1.2011 - con riferimento alla trasmissione dei dati dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture si è proceduto a rettificare il comunicato dell'Autorità del 29.4.2013. In particolare la rettifica concerne gli appalti pubblicati successivamente al 29.10.2013 (data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Comunicato) la cui soglia dei 150.000 euro prevista dall'art. 7, co. 8 del d. lgs. 163/2006 viene aggiornata al valore di 40.000 euro. Pertanto: 1. Per i contratti di lavori, servizi e forniture, di importo pari o superiore a 40.000, dovranno essere inviati: per i settori ordinari, i dati relativi all'intero ciclo di vita dell'appalto; per i settori speciali fino all'aggiudicazione compresa, secondo le specifiche indicate nel richiamato Comunicato del 4.4.2008. Per le medesime fattispecie di importo inferiore a 40.000 euro, sarà necessaria la sola acquisizione dello SmartCIG. 2. Per i contratti parzialmente esclusi di cui artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 26 del d. lgs. 163/2006 di importo pari o superiore a 40.000 euro, dovranno essere inviati i dati fino alla fase di aggiudicazione compresa, secondo le specifiche indicate nel Comunicato del 14.12.2010. Per le medesime fattispecie di importo inferiore a 40.000 euro, sarà necessaria la sola acquisizione dello SmartCIG. 3. Per i contratti relativi alle fattispecie di seguito elencate, ferme restando le modalità di trasmissione dei dati di cui al Comunicato del 14.12.2010, viene precisato che: i dati relativi agli accordi quadro e

fattispecie consimili di importo pari o superiore a 40.000 euro, dovranno essere comunicati relativamente alla fase di aggiudicazione ed eventuale stipula del contratto; i dati relativi ai contratti discendenti dagli accordi quadro e fattispecie consimili di importo pari o superiore a 40.000 euro, dovranno essere comunicati: per i settori ordinari e speciali secondo le indicazioni di cui al punto 1; per i contratti parzialmente esclusi, secondo le indicazioni di cui al punto 2. Per le medesime fattispecie di importo inferiore a 40.000 euro, sarà necessaria la sola acquisizione della SmartCIG (Comunicato AVCP - G.U. n. 254 del 29.10.2013).

«..... GA.....»

SANZIONE INTERDITTIVA: NUOVA SEGNALAZIONE DELL'AVCP A GO- VERNO E PARLAMENTO SULLA NECESSITÀ DI MODIFICARE L'ART. 38 DEL CODICE DEI CONTRATTI

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha segnalato al Governo e al Parlamento la necessità di modificare l'attuale co. 1 ter dell'art. 38 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 e s.m.i, nei termini di seguito esposti: "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del co. 1, lett. h), da uno a dodici mesi.

Decorso il periodo di iscrizione, la stessa è cancellata e perde comunque efficacia. Qualora l'iscrizione sia intervenuta dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta ma al momento della verifica risulti cancellata o abbia comunque perso efficacia, essa non osta alla stipula del relativo contratto". In particolare, secondo

l'attuale formulazione dell'art. 38, co. 1, lett. h) del Codice, la stazione appaltante deve escludere gli operatori economici che risultino iscritti nel casellario informatico dell'Osservatorio per avere gli stessi presentato documentazione falsa o reso false dichiarazioni in relazione a requisiti o alle condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento di subappalti.

L'orientamento consolidato dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa è nel senso di ritenere che, in presenza di un'annotazione per falsa dichiarazione che non abbia ancora perso efficacia (per decorrenza del termine di durata), l'esclusione dell'operatore economico dalla gara è automatica, vale a dire che essa costituisce per la stazione appaltante un'attività vincolata senza alcun margine di apprezzamento discrezionale. Detta annotazione rappresenta il momento finale di un iter procedimentale che origina dalla segnalazione della stazione appaltante la quale, ai sensi dell'art. 38 del codice, co. 1 ter, è in ogni caso tenuta ad informare l'Autorità circa la presentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, di falsa documentazione o falsa dichiarazione.

Dunque, dal combinato disposto del comma 1, lett. h) e del co. 1 ter, dell'art. 38 del codice, nel testo novellato, risulta che l'Autorità può comminare la sanzione dell'esclusione dell'operatore economico dalle gare e dagli affidamenti di subappalto, per il periodo massimo di un anno, soltanto in esito ad un procedimento che accerti la falsa dichiarazione o falsa documentazione fornite con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o documentazione stessa. Rileva l'Autorità che la prassi applicativa delle disposizioni illustrate ha posto in rilievo la persistenza di criticità inerenti l'esatta individuazione dell'effetto escludente della sanzione interdittiva ex art. 38, co. 1-ter del Codice. Se, infatti, è pacifico che i requisiti generali debbano sussistere al momento della presentazione della domanda/offerta ed al momento della stipulazione del contratto,



dubbi sussistono con riguardo all'ipotesi di una sanzione irrogata ai sensi dell'art. 38 dopo la presentazione della domanda/offerta e la cui efficacia si sia esaurita prima dell'effettuazione dei controlli sul possesso dei requisiti. In sintesi l'attuale formulazione della norma, in base alla quale l'Autorità – previa verifica dell'elemento soggettivo – dispone la durata dell'interdizione fino ad un anno e tenuto conto, altresì, della previsione di cui all'art. 8, co. 2, lett. s) del Regolamento, l'interdizione dalla partecipazione alle gare deve essere strettamente riferita alla durata della stessa così come temporalmente individuata dall'Autorità e decorrente dall'iscrizione nel casellario. Al contrario, l'interpretazione sulla ininterrotta permanenza del requisito in capo all'operatore può condurre a risultati afflittivi e paradossali: può, infatti, accadere che un operatore economico, a cui sia stata inibita la partecipazione alle gare per un breve periodo di tempo (ad esempio quindici giorni) – in considerazione, evidentemente, della lievità dei fatti allo stesso ascrivibili – venga espulso dalle fasi di gara successive alla presentazione dell'offerta/domanda, con l'effetto di dilatare, nella pratica, l'efficacia della sanzione fino ad abbracciare un periodo molto più lungo di quello indicato nel provvedimento. Ciò determina, di fatto, un'ultrattività della sanzione che arriva a coprire l'intero arco temporale dello svolgimento delle operazioni di gara. L'effetto paradossale illustrato risulta tanto più stridente quanto più è breve la durata della sanzione irrogata dall'Autorità: sanzioni di dieci giorni o di dieci mesi finirebbero per avere, in concreto, con riferimento ad una o più specifiche gare in corso, lo stesso effetto preclusivo, vanificando la possibilità di graduazione accordata dal legislatore all'Autorità a garanzia del canone di proporzionalità. Per ovviare a tali conseguenze fortemente afflittive, sarebbe auspicabile per l'Autorità prevedere che la predetta sanzione non possa reputarsi ostativa alla stipulazione del contratto qualora l'annotazione nel casellario, per la lettera h) dell'art. 38 sia intervenuta successivamente alla scadenza fissata per la presentazione della domanda di

partecipazione o dell'offerta (data in cui, pertanto, l'operatore era in possesso del requisito in parola) e l'interdizione comminata abbia esaurito i suoi effetti prima dello svolgimento dei controlli sui requisiti, eventualmente espletati in corso di procedura, ivi compreso il controllo di cui all'art. 11, co. 8, del codice. Ritiene, pertanto l'Autorità necessario un ulteriore intervento normativo in ordine a quanto previsto dal co. 1 ter dell'art. 38 cit., a tenore del quale decorso il termine di annotazione «l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia». Infatti proprio con riferimento alla perdita di efficacia, verificatasi nel corso della procedura di gara, andrebbe precisato che la stessa, accertata dalla stazione appaltante, in fase di verifica dei requisiti per rendere efficace l'aggiudicazione (art. 11, co. 8 del codice) e per procedere alla conseguente stipula del contratto, non ostata a quest'ultima. Un altro aspetto problematico sollevato dall'Autorità è quello che si rileva in ordine alla formulazione della norma relativo all'individuazione del periodo di esclusione.

Laddove la norma, infatti, dispone che l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del co. 1, lett. h) dello stesso art. 38, possa avvenire fino ad un anno, di fatto non fornisce alcuna determinazione del termine minimo di esclusione dalle procedure di gara (diversamente da quanto avviene ex art. 48 del codice, dove è disciplinato il potere dell'Autorità di disporre la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento). Pertanto, anche al fine di rendere omogenea la previsione di cui al co. 1 ter dell'art. 38 a quella del co. 1, ultimo periodo, dell'art. 48, andrebbe modificata la formulazione del primo in modo da rendere possibile una graduazione della sanzione partendo da un limite minimo definito ex lege (**Atto di segnalazione dell'AVCP del 22.10.2013**).

«..... GA.....»

**CERTIFICAZIONE CREDITI E RILASCI
SCIO DEL DURC, PRIMI CHIARI-**

MENTI DEL MINISTERO DEL LAVORO

La Direzione Generale dell'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro, con la Circolare n.40 del 21.10.2013, d'intesa con gli Istituti Previdenziali e Assicurativi, fornisce le prime importanti indicazioni per la puntuale applicazione del d.l. n.52/2012 e del d.m. 13.3.2013 inerenti il rilascio del Durc.

Con il Decreto di concerto del 13.3.2013 tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è stata contemplata la possibilità di rilasciare il DURC (documento unico di regolarità contributiva): "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". Con il d.m. sopra menzionato si è inteso sostanzialmente superare le problematiche, anche in considerazione dell'attuale congiuntura economica, che impedivano alle imprese l'ottenimento del Durc attestante la regolarità contributiva, in quanto debentriche verso gli Istituti Previdenziali, Assicurativi, e/o delle Casse Edili, sebbene tali imprese fossero al contempo "creditrici" nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni. Tale strumento normativo è stato attivato al fine di consentire alle imprese in argomento di poter beneficiare del Durc per poter continuare ad operare sul mercato anche in costanza di eventuali esposizioni debitorie di natura previdenziale e/o assicurativa (Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 40 del 21.10.2013).

«..... GA.....»

IMPIANTI CARBURANTI, ON LINE IL NUOVO MODELLO DI "CONTRATTO DI COMMISSIONE"

Presso il Ministero dello Sviluppo Economico è stato depositato il nuovo modello di "contratto di commissione" che regola i rapporti tra i proprietari e gestori per la conduzione degli impianti di distribuzione dei

carburanti.

«..... GA.....»

APPALTI PUBBLICI: L'ADUNANZA PLENARIA RISOLVE I CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI SULL'APPLICAZIONE DEI REQUISITI DI MORALITÀ AGLI "AMMINISTRATORI MUNITI DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA"

La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria investe gli obblighi di dichiarazione dell'impresa partecipante del possesso dei requisiti di moralità (art. 38, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163 del 2006) prescritti per l'ammissione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici. La menzionata disposizione, nel selezionare plurime cause impeditive dell'ammissione alla gara e della stipulazione del relativo contratto, prescrive, in particolare, che l'accertamento è svolto nei confronti "degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico" se si tratta di società o di consorzi organizzati nelle forme diverse dall'impresa individuale, in accomandita, o in nome collettivo.

L'art. 45 della direttiva 2004/18/CE - di cui l'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 costituisce trasposizione nell'ordinamento nazionale - stabilisce l'esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici del candidato o dell'offerente che abbia riportato condanne per ipotesi di reato nominativamente individuate. A tal fine le amministrazioni aggiudicatrici richiedono riscontri documentali o atti dichiarativi di parte elencati al par. 3. Inoltre "in funzione del diritto nazionale dello stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato offerente". La giurisprudenza del Consiglio di Stato vede il contrapporsi di due indirizzi. Il primo predica che si debba rimanere ancorati, con rigore ermeneutico, al dato formale della norma,

che richiede la compresenza della qualità di amministratore e del potere di rappresentanza, in tal modo “prevenendo malcerte indagini sostanzialistiche” (Sez. V, n. 513 del 25.1.2011) che non sembrano permesse dal dato normativo ed i cui esiti sarebbero imprevedibili ex ante da parte delle imprese (Sez. III, n. 1471 del 16.3.2013; Sez. V, n. 95 del 10.1.2013; n. 3340 del 6.6.2012; n. 2970 del 22.5.2012; n. 6163 del 21.11.2011). Tale conclusione è sorretta dalla valenza limitativa della norma della partecipazione alle gare e, quindi, non suscettibile di interpretazione estensiva. Non sono, quindi dovute dichiarazioni nei confronti del procuratore e dell’istitutore. Vale al riguardo anche il principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato al co. 1 bis dell’art. 46 del codice dei contratti. Un secondo indirizzo, che si può definire sostanzialista, supera il dato formale dell’art. 38 ed estende l’obbligo della dichiarazione della sussistenza dei requisiti morali e professionali a quei procuratori che, per avere consistenti poteri di rappresentanza dell’impresa, “siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell’ordinamento nei riguardi della propria condotta al soggetto rappresentato” (CdS, VI, n. 178 del 18.1.2012; n. 6374 del 12.12.2012; n. 5150 del 28.9.2012: sez. IV, n. 6664 del 21.12.2012). Tale seconda opzione assegna un’area di discrezionalità valutativa della stazione appaltante in ordine alla selezione delle posizioni per le quali vada assolto l’obbligo di dichiarazione ex art. 38, in base allo spessore dell’ingerenza del procuratore nella gestione societaria, e dà luogo alla possibile emersione ex post di condizioni impeditive della partecipazione alle gare. L’indirizzo in questione trae preminente giustificazione nella ratio dell’art. 38 che, attraverso l’indagine sulle persone fisiche che operano nell’interesse dell’impresa, tende a prevenire ogni ricaduta di condotte che siano incorse in giudizi riprovevoli sull’affidabilità e moralità dell’ente che aspira all’affidamento della pubblica commessa.

Verrebbe meno ogni possibile schermo o copertura di amministratori strictu jure dotati dei requisiti di onorabilità rispetto

procuratori che non ne siano sprovvisti. Si è in precedenza accennato che l’art. 45 della dir. 2004/18/CE stabilisce un nesso funzionale con il “diritto nazionale dello stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti” ai fini della verifica dei requisiti di ammissione e precisa che “le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato offerente”. L’approccio interpretativo muove con riguardo a fattispecie - qual è quella di cui è controversia - in cui gli obblighi di dichiarazione dei partecipanti alla gara si individuano con stretto rinvio ai contenuti prescrittivi di cui all’art. 38 del d.lgs. n. 163. Si deve, inoltre, tener conto, su un piano sistematico, che la verifica dei requisiti di ammissione si inserisce nella delicata fase del sub procedimento di qualificazione ed ammissione delle imprese alla gara. Valgono al riguardo i principi enunciati dall’art. 1 della l. n. 241 del 1990 di trasparenza, e cioè con riguardo al caso di specie, di chiarezza ex ante degli oneri adempitivi del privato, nonché di efficacia, che postula scelte provvedimenti garantiti, su un piano di effettività, del favor participationis al concorso, con prevenzione di reprimende occulte del diritto di accesso alle pubbliche gare.

Il principio di proporzionalità di matrice comunitaria (avuto riguardo alle conseguenze espulsive che seguono alla verifica di segno negativo dei requisiti di ammissione alla gara) induce, inoltre, a ripudiare una scelta interpretativa dell’art. 38 co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, disancorata da margini di certezza.

Ciò posto, il dato letterale di detto art. 38, co. 1, lett. c), collega la causa di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di moralità e di affidabilità, nelle ipotesi esemplificate nella disposizione medesima, agli “amministratori muniti del potere di rappresentanza” oltreché al “direttore tecnico”.

Alla stregua delle regole codicistiche, nelle società di capitali la gestione dell’impresa è affidata in via ordinaria agli amministratori

(art. 2380 bis e 2475 c.c.).

Questi compiono tutti gli atti e ogni operazione che si renda necessaria per attuare l'oggetto sociale. Il munus di amministrazione può essere esercitato in via individuale o collegiale. Nella seconda ipotesi lo statuto societario può prevedere la costituzione di un consiglio di amministrazione. Lo spessore dei poteri degli amministratori si configura di massima come prevalente rispetto ad ogni altro soggetto abilitato ad agire per l'attuazione degli interessi societari, perché cumula in via ordinaria poteri di gestione, di indirizzo e di controllo che esplicano effetto condizionante dell'attività e delle scelte della compagine aziendale complessivamente considerata. Ai fini della verifica dell'assenza delle cause di esclusione dalla gara l'art. 38, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 enuclea fra gli amministratori quelli "muniti di potere di rappresentanza".

Detti soggetti, in rapporto di rappresentanza organica, sono abilitati, a formulare dichiarazioni negoziali che obbligano la società nei confronti dei terzi ed a compiere tutte le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale, Con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) ha inteso, quindi, riferirsi ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina codicistica e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale.

In diverso modo si atteggia la posizione del procuratore ad negotia.

Questa figura è eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali. Elemento differenziale fra gli amministratori ed i procuratori ad negotia è che ai primi è, di norma, affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale, mentre i secondi, oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura. Nella

modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

Anche in questo caso, come sottolineato nella stessa ordinanza di remissione, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, co. 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza. A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, co. 1, c.c. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Detta conclusione non è smentita dal menzionato art. 45 della direttiva U.E., il quale anzi, facendo riferimento, come già innanzi riportato, a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura. Naturalmente, in aderenza a quanto affermato dalla medesima Adunanza plenaria con sentenza n. 10 del 2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o di ramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima



potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente

riscontrabile l'assenza del requisito in questione. (**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 16.10.2013, n. 23**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

QUALE GIURISDIZIONE PER LE CONTROVERSIE INERENTI LE CONCESSIONI DI COSTRUZIONE DI OPERE PUBBLICHE?

dell'Avv. Salvatore Napolitano

Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e devoluzione al giudice ordinario. Sulla compromettibilità in arbitri delle controversie in materia di concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche.

Exclusive jurisdiction of the administrative courts and devolution to the ordinary courts. On arbitration of disputes relating to concessions and construction management of public works.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Considerazione conclusiva.

1.Introduzione.

Con la sentenza n. 236 del 16.1.2013, la quinta sezione del Consiglio di Stato è intervenuta a dirimere un evidente e dibattuto contrasto di giurisdizione tra il Giudice amministrativo e quello ordinario in materia di concessioni.

L'abbrivio è stato offerto da una sentenza del TAR con la quale era stata accolta la domanda di accertamento e di condanna al pagamento del contributo finanziario dovuto dall'amministrazione a favore di un concessionario del servizio smaltimento rifiuti collegato alla realizzazione di un impianto per la produzione di energia elettrica e conseguentemente della pertinenziale domanda di rideeterminazione della tariffa di gestione.

In particolare, il TAR aveva ritenuto sussistente la giurisdizione del Giudice amministrativo per quanto riguardava l'applicazione delle clausole convenzionali e al pagamento delle somme corrispondenti, mentre l'aveva esclusa in ordine alle contestazioni insorte a seguito di iscrizione di riserve, in quanto afferenti alla fase esecutiva del contratto.

Nel decidere la controversia il Consiglio di Stato ha ritenuto di chiarire innanzitutto la distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di costruzione e gestione, attesa

la decisività di tale differente qualificazione giuridica ai fini del riconoscimento della giurisdizione del Giudice amministrativo.

A seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti Pubblici, infatti, è venuta meno l'originaria distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera le quali risultano accomunate dall'identica finalità che risiede, per entrambe, nella gestione economica dell'opera.

Ed invero, la sentenza in commento afferma che è dato rinvenire "un'unica categoria della concessione di lavori pubblici, onde non è più consentita la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte), ove prevale il profilo autoritativo della traslazione delle pubbliche funzioni inerenti l'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, con le conseguenti implicazioni in tema di riparto di giurisdizione" (in termini Cass. Civ., SS.UU., 27.12.2011, n. 28804).

Conseguentemente a tale assimilazione, pertanto, viene meno la distinzione operata in punto di giurisdizione, secondo cui le concessioni di costruzione e di gestione sono riservate - in forza di un'interpretazione estensiva dell'art. 5, co. 1, della l. 1034/1971 - alla giu-

risdizione esclusiva del Giudice amministrativo, mentre le concessioni di lavori sono del tutto equiparate agli appalti, con la conseguente esclusione della possibilità di deferire le relative controversie al giudice ordinario o alternativamente al giudizio arbitrale.

In particolare, nella pronuncia si chiarisce ulteriormente che *“l’applicazione del precedente criterio di ripartizione delle giurisdizioni con riferimento alla natura concessoria del rapporto con il Comune, - che aveva indotto la giurisprudenza di legittimità, nella vigenza della l. n. 109 del 1994, a distinguere le concessioni di soli lavori equiparate agli appalti da quelle di costruzione e di gestione riservate dalla l. n. 1034 del 1971, art. 5 alla giurisdizione esclusiva -, non è più attuale. E tale conclusione è ritratta non solo alla luce dell’attuale disciplina del codice appalti, ma anche alla luce delle direttive europee nn 17 e 18 del 2004, cd. direttive di codificazione. (...) Infatti, lo stesso giudice di legittimità ammette che l’orientamento giurisprudenziale precedente ha recepito principi ricavati dalla normativa nazionale piuttosto risalente e antecedenti al d. lgs. n. 163 del 2006, suddividendo i sistemi di esecuzione delle opere pubbliche in due categorie a seconda che venissero compiute direttamente dalla P.A. o indirettamente con il ricorso al sistema della concessione. Pertanto, è stata la ricezione acritica e tralascia di tali norme e delle relative interpretazioni che aveva indotto le Sezioni Unite a mantenere ferma la suddetta distinzione anche ai fini del riparto delle giurisdizioni, pur dopo che le concessioni dei lavori sono stati equiparate agli appalti di opera pubblica, facendo ancora ritenere le concessioni di costruzione e di gestione dell’opera attratte al plesso della generale categoria dei provvedimenti concessori, come tali devoluti, mediante un’interpretazione estensiva della formula della l. n. 1034 del 1971, art. 5, co. 1, alla giurisdizione del giudice amministrativo”*.

In altri termini, si dà atto della circostanza che il legislatore nazionale ha recepito la concezione comunitaria di *“concessione dei lavori”*, includendo, nell’unitaria categoria, tutti i contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l’esecuzione, ovvero

la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Peraltro, il concetto comunitario dell’istituto giuridico unitario della *“concessione di lavori”*, non nasce *ex novo* con le direttive 17 e 18 del 2004, ma era già immanente nel sistema comunitario: già con la direttiva 89/440 CEE, recante modifiche alla direttiva 71/305 CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si fa riferimento alla formula del *“fare eseguire, con qualsiasi mezzo un’opera rispondente ai bisogni specificati dall’Amministrazione aggiudicatrice”* nonché alla concezione di *“concessione di lavori pubblici”* come contratto di appalto anche nella forma della c.d. *“concessione di costruzione e gestione”*.

Inoltre, nella Relazione allegata allo schema del d.P.R. 19.12.1991 n. 406, si dà espressamente atto della circostanza che il legislatore comunitario con la formula del fare eseguire con qualsiasi mezzo fa riferimento alla concezione della concessione di lavori pubblici come contratto d’appalto, anche nella forma della c.d. concessione di costruzione e gestione.

Solo successivamente, e sulla scorta delle citate direttive, con la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (si veda, in proposito, G.U.C.E. n. 121 del 29.4.2000) si dava atto della circostanza che la direttiva 93/37/CEE sugli appalti pubblici di lavori prevede un regime specifico riguardante le concessioni di lavori nel quale sono assenti profili di autoritarierà del potere pubblico nella fase di gestione ed esecuzione del rapporto, con la conseguenza che il carattere distintivo della concessione di lavori rispetto all’appalto pubblico consiste nel diritto, riconosciuto al concessionario, di gestire l’opera, realizzata come contropartita della costruzione effettua-

ta, definizione, quest'ultima, con cui la concessione di lavori è stata descritta, in seguito, nelle citate direttive 17 e 18 del 2004 e che ha indotto la Corte di Cassazione, Sez. Un., con sentenza del 27.12.2011, n. 28804, a mutare il suo tradizionale orientamento, recependo, infine, tale novità a lungo esistente nel sistema comunitario e, per converso, nazionale degli appalti.

2. Considerazioni conclusive.

Dunque, sulla base della prospettazione comunitaria dell'istituto giuridico della concessione di lavori, non è più consentita la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera, nella quale prevaleva il profilo concessorio ed autoritativo, con le conseguenti implicazioni in tema di riparto di giurisdizioni, tanto che lo stesso Consiglio di Stato ammette che *“per il principio di prevalenza o preferenza di quest'ultimo ordinamento (dell'ordinamento comunitario, n.d.r.) rispetto all'ordinamento nazionale nelle materie, come quella in oggetto, (soggette appunto al diritto comunitario), è solo a tale impianto di principi e soluzioni che può farsi riferimento, con disapplicazione di qualsiasi norma di rango nazionale che detti una disciplina di tipo diverso e, segnatamente, individui profili di autoritarietà, laddove il diritto comunitario, invece, li esclude radicalmente”*.

Quanto rilevato non può che portare l'interprete a considerare la doverosa sussistenza della giurisdizione ordinaria per la fase relativa all'esecuzione del rapporto concessorio, ove devono trovare applicazione le regole positive attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi (cfr. Cass. Civ., SS.UU., n. 14958/2011; Cass. Civ., SS.UU., n. 19049/2010; Cass. Civ., SS.UU., n. 6068/2009; Cass. Civ., SS.UU., n. 29425/2008), da cui discende altresì anche la piena validità della eventuale clausola compromissoria che, in alternativa alla cognizione del Giudice ordinario, demanda alla competenza arbitrale la soluzione delle controversie nascenti dai rapporti concessori.

Tuttavia, la sentenza in commento non sembra aver esaurito il dibattito circa l'individuazione della giurisdizione competente, posto che la Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza del 20.9.2013 n. 21585, ha escluso la possibilità di ricorrere all'arbitrato qualora si controverta di una concessione anteriore alla l. n. 205/2000 (la quale, all'art. 6, ha introdotto anche per le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la facoltà di avvalersi di un arbitrato rituale di diritto per la soluzione delle controversie concernenti diritti soggettivi) è esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato, atteso che l'equiparazione, ai fini della giurisdizione, delle concessioni di opere pubbliche agli appalti, non concerne le concessioni di costruzione e gestione, il cui contenuto si caratterizza per il carattere di autonomia della gestione, che presuppone già la costruzione dell'opera. Né l'art. 6 della l. n. 205/2000 può avere effetti retroattivi circa la validità della clausola allora stipulata, la cui valutazione di validità resta ancorata alle norme vigenti all'epoca della stipula della concessione.

Pertanto, da ultimo, la giurisprudenza di legittimità, unitamente ad un criterio temporale di validità della norma (e della consequenziale possibilità di adire la giurisdizione ordinaria - e pertanto anche quella arbitrale), al fine di individuare la giurisdizione applicabile alla risoluzione delle controversie nascenti da rapporti concessori, si è affidata all'ulteriore criterio della non equiparabilità delle concessioni di opere pubbliche alle concessioni di costruzione e gestione, in effetti, individuando, per queste ultime, ancora una volta, la competenza del Giudice amministrativo e non del giudice ordinario, né tantomeno della competenza arbitrale, ove, come chiarito, la concessione sia anteriore alla l. n. 205/2000.

Come è prevedibile, la soluzione del caso si dimostra ancora ben lungi dall'essere compiutamente definita, mentre risulta prevedibile, se non addirittura necessaria, l'adozione di una linea interpretativa univoca che consenta di dirimere il dissidio della giurisprudenza.

LINEE GUIDA SU PROGRAMMAZIONE, PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO NEI SERVIZI E NELLE FORNITURE

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 5 del 6.11.2013 dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture: Indicazioni sulla programmazione, progettazione ed esecuzione dei contratti pubblici.

Det. n. 5 del 6.11.2013 AVCP: Indication on the programming, projection and execution of public contracts.

Sommario: Sommario: 1. Premessa. 2. Programmazione. 2.1. Contenuto della programmazione. 2.2. Iter procedurale. 3. Progettazione. 3.1. Contenuto della progettazione. 3.2. Soggetti incaricati. 3.3. Garanzie e verifiche. 4. Esecuzione del contratto. 4.1. Responsabile del procedimento e Direttore dell'esecuzione. 4.2. Compiti del Direttore dell'esecuzione. 4.3. La corretta esecuzione della prestazione e le penali. 4.4 Immodificabilità del contratto. Le varianti. 5. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione.

1. Premessa.

L'Autorità ha ritenuto di intervenire con la Determinazione in commento, avendo constatato l'esistenza di numerose criticità in relazione alle fasi di programmazione, di progettazione e di esecuzione dei contratti di servizi e forniture, come regolamentate dal d.P.R. 5.10.2010 n. 207.

L'Autorità ha rilevato come dall'analisi della disciplina di riferimento, emerge anzitutto che la stessa, tanto sul piano comunitario, quanto su quello nazionale, rispetto alle fasi della programmazione e progettazione da un lato, e dell'esecuzione del contratto dall'altro, dedica una maggiore attenzione, con una disciplina più di dettaglio, alla fase di scelta del contraente.

Le ragioni di una siffatta scelta sono insite anzitutto nel fatto che il buon esito della prestazione deriva principalmente da un'adeguata gestione della procedura di gara; inoltre nella procedura volta all'identificazione della migliore offerta e del soggetto più idoneo a svolgere il servizio o la fornitura è di certo più alto il rischio di contenzioso; infine, l'Autorità ha sottolineato la scarsità di adeguati incentivi alla buona amministrazione.

Invero la fase post-aggiudicazione appare

di preminente rilievo ai fini della corretta esecuzione della prestazione, come la stessa Autorità ha sottolineato di aver riscontrato al termine delle attività di indagine svolte, in relazione ad alcuni profili problematici nel settore dei servizi ma anche delle forniture di beni.

Le disfunzioni che l'Autorità ha riscontrato, e sulle quali ha ritenuto di dover intervenire con la presente Determinazione, possono così riassumersi:

- a) l'oggetto e l'entità della prestazione spesso non sono chiaramente ed adeguatamente specificati;
- b) il progetto, il capitolato ed i termini contrattuali sono approssimativi e non dettagliano sufficientemente ciò che deve essere realizzato in fase esecutiva;
- c) le penali da applicare in caso di inadempimento della prestazione sono talvolta assenti o di modesta entità;
- d) le attività di controllo sul corretto espletamento della prestazione sono talvolta carenti.

E' stato rilevato come la mancanza di chiarezza ovvero di incompletezza nell'articolato, unita alla scarsa attenzione prestata alle criti-

cità che possono emergere nella fase esecutiva, aumentano i rischi di inefficienza e/o di inefficacia dell'appalto, fino a compromettere la qualità delle prestazioni stesse. Il tema è di estrema importanza, considerando che i dati in possesso dell'Osservatorio evidenziano che gli aspetti legati a tali fasi della procedura di acquisto dei servizi e delle forniture non potranno che assumere crescente rilievo nel futuro, data la richiesta sempre più diffusa, da parte di amministrazioni e di cittadini di implementare adeguati standard qualitativi nonché per la tendenziale riduzione del numero di stazioni appaltanti dovuta al rafforzamento della centralizzazione degli acquisti.

Considerando che una corretta programmazione, gestione ed esecuzione dei contratti di servizi e di forniture è funzionale per una efficiente ed efficace esecuzione dell'appalto, l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire delle linee guida in materia.

2. Programmazione.

Da quanto disposto in tema di programmazione nei settori dei servizi e delle forniture dall'art. 271 del d.P.R. 207/2010 discende che per i servizi e le forniture non è previsto un doppio grado di programmazione (annuale e triennale), come avviene per i lavori, ma un unico atto che copre un arco temporale piuttosto limitato (un anno). Inoltre, a differenza di quanto previsto per i lavori, l'adozione del programma annuale, per i settori in esame, è stata introdotta dal legislatore in termini di facoltà.

L'Autorità ha anche sottolineato che, atteso il rinvio espresso contenuto nell'art. 271, co. 1, del Regolamento all'art. 128, co. 10, del codice, deve ritenersi che, una volta adottata la programmazione annuale, i servizi e le forniture in essa non ricompresi «o non ricadenti nelle ipotesi di cui al co. 5, secondo periodo, non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni»; inoltre, ai sensi del co. 9, ultimo periodo, dell'art. 128 «un lavoro [e, quindi, un servizio o una fornitura] non inserito nell'elenco annuale può essere realizzato solo sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento

della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le risorse rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economie...». Il citato co. 5 dell'art. 128, in analogia con quanto disposto dall'art. 271, co. 4, del Regolamento fa salvi gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

Tuttavia, l'Autorità ha rilevato che una simile soluzione di compromesso tra vincolatività e facoltatività del programma annuale, se da un lato sembra conferire maggiore flessibilità e duttilità alle scelte riguardanti l'approvvigionamento di beni e servizi, dall'altro, può costituire un deterrente verso la virtuosa pianificazione del fabbisogno pubblico che dipende esclusivamente da un autovincolo della stazione appaltante.

L'Autorità ha constatato che, sebbene facoltativa, nei termini indicati, la programmazione non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, apparendo come funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, in quanto consentono un miglioramento della gestione dello stesso.

Tale verifica può ritenersi effettiva, infatti, solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti.

Per evitare di incorrere in criticità quali ad esempio la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, o la perdita di controllo della spesa, sarebbe auspicabile, l'introduzione dell'obbligo di programmazione anche negli appalti di servizi e forniture,

preferibilmente con previsione triennale, in quanto volta a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, in ogni caso, provvedere all'adozione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi, dando seguito a quanto disposto dal citato art. 271, co. 1 del Regolamento.

2.1 Contenuto della programmazione.

L'Autorità, con la determinazione in commento, ha individuato il contenuto essenziale della programmazione, in base al disposto dell'art. 271 del Regolamento. Il programma deve dunque individuare almeno l'oggetto, l'importo presunto e la relativa forma di finanziamento; inoltre con riferimento a ciascun'iniziativa in cui si articola il programma annuale, l'amministrazione deve provvedere, nel corso dell'esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica, economica e amministrativa, eventualmente aggiornando il programma sulla base dei nuovi elementi acquisiti. Il programma deve dunque comprendere perlomeno un'analisi delle effettive esigenze da soddisfare con le commesse pubbliche attraverso una valutazione quantitativa e qualitativa che tenga conto sia di altre esperienze maturate nel territorio nazionale sia della propria esperienza pregressa. E' inoltre necessaria la qualificazione dell'oggetto del contratto, dell'importo presunto e della relativa forma di finanziamento. Infine l'Autorità ha sottolineato la necessità di una valutazione delle alternative contrattuali e procedurali possibili al fine di individuare la soluzione più efficiente ed efficace per il soddisfacimento dei bisogni.

2.2 Iter procedurale.

L'Autorità ha anche delineato il procedimento da seguire.

Occorre, pertanto, pubblicare lo schema di programma ed i suoi aggiornamenti annuali, prima della loro approvazione; affissione nella sede dell'amministrazione interessata per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante. Il programma deve essere poi approvato unita-

mente al bilancio preventivo e deve contenere l'indicazione dei necessari mezzi finanziari. Le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo, possono approvare il programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi con modalità compatibili con la regolamentazione dell'attività di programmazione vigente presso le stesse (art. 271, co. 5 Reg.).

Le proposte di aggiornamento del programma devono essere fatte anche in ordine alle esigenze prospettate dai responsabili del procedimento dei singoli interventi; le amministrazioni dello Stato procedono all'aggiornamento definitivo del programma entro novanta giorni dall'approvazione della legge di bilancio da parte del Parlamento. Sulla base dell'aggiornamento è redatto, entro la stessa data, l'elenco dei servizi e delle forniture «*da avviare nell'anno successivo, con l'indicazione del codice unico di progetto, previamente richiesto dai soggetti competenti per ciascun lavoro [servizio o fornitura]*» (art. 13, coo. 3, secondo e terzo periodo e 4, del Regolamento (cfr. art. 271, co. 1 citato).

3. Progettazione.

La progettazione di servizi e forniture, per come disciplinata dagli artt. 279 e 280 del Regolamento (in attuazione alla delega contenuta negli artt. 5, co. 5, lett. d) e 94 del codice) è articolata, di regola, in un unico livello e si propone di identificare, nel maggior dettaglio possibile, l'oggetto della prestazione del servizio o della fornitura.

3.1 Contenuto della progettazione.

La predisposizione di un progetto preciso e di dettaglio appare come uno strumento indispensabile per ovviare al fenomeno di porre in gara non specifici servizi ma categorie di servizi il cui contenuto è oggetto di specificazione successiva all'atto della richiesta di esecuzione: quest'ultima interviene, in sostanza, a valle di un contratto spesso strutturato come "contratto quadro" o "aperto".

Tale circostanza, peraltro, può rivelarsi limitativa della concorrenza, disincentivando la partecipazione alle gare d'appalto per le piccole e medie imprese che non sono in grado di garantire l'ampia gamma dei servizi com-

presi nelle categorie oggetto di gara.

Sarà, quindi, necessaria la predisposizione di una progettazione di dettaglio, nel senso indicato.

3.2 Soggetti incaricati.

La progettazione di servizi e forniture è predisposta dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante dipendenti in servizio. L'esternalizzazione è consentita soltanto per i contratti di cui all'art. 300, co. 2, lett. b) del Regolamento, aventi cioè ad oggetto prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità; contratti da affidarsi mediante un appalto di progettazione o un concorso di progettazione.

3.3 Garanzie e verifiche.

Al riguardo è richiamato l'art. 280 del Regolamento, il quale disciplina le garanzie che l'aggiudicatario del servizio di progettazione ed il vincitore del concorso di progettazione sono tenuti a presentare, in caso di contratti di importo pari o superiore ad un milione di euro.

Infatti, i progettisti risultati vincitori devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata della prestazione e sino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità di cui all'art. 322 del Regolamento. La garanzia deve essere prestata per un massimale non inferiore al venti per cento dell'importo dei servizi e delle forniture per cui si è effettuata la progettazione, con il limite di 500.000 euro e che la mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale. La polizza dovrà coprire i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di competenza del progettista per tutta la durata della prestazione e sino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità di cui

all'art. 322.

Inoltre la stazione appaltante può stabilire di sottoporre a verifica il progetto. Tale verifica può essere effettuata sia dagli uffici delle singole stazioni appaltanti, sia da soggetti esterni ad essa. In quest'ultimo caso, il soggetto incaricato dell'attività di verifica deve essere munito delle garanzie «*aventi le caratteristiche indicate nel bando da ciascuna stazione appaltante*».

4. Esecuzione del contratto.

4.1 Responsabile del procedimento e Direttore dell'esecuzione.

Nella fase esecutiva, rilievo preponderante è attribuito alla nuova figura del direttore dell'esecuzione del contratto (D.E.) e alle attività che lo stesso deve porre in essere per la verifica di conformità.

Infatti, l'art. 119, co. 1, del codice prevede che l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto servizi e forniture è diretta «*dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dal regolamento*», demandando al Regolamento stesso l'individuazione di servizi e forniture di particolare importanza «*per qualità e importo delle prestazioni, per i quali il direttore dell'esecuzione del contratto deve essere un soggetto diverso dal responsabile del procedimento*» (co. 3).

La figura del responsabile unico del procedimento (RUP) è, invece, disciplinata dall'art. 272 del Regolamento che deve essere coordinato con quanto stabilito dall'art. 300 sul D.E. In linea generale, le fasi in cui si articola ogni singola acquisizione sono eseguite sotto la cura e la vigilanza del RUP, il quale provvede a creare le condizioni affinché l'acquisizione possa essere condotta in modo unitario in relazione a tempi e costi preventivati. Il RUP sovrintende anche alla sicurezza e salute dei lavoratori, oltre che agli ulteriori profili rilevanti. Il RUP è nominato nell'ambito dei dipendenti di ruolo dell'amministrazione (fatto salvo quanto previsto dall'art. 10, co. 5, del codice) contestualmente alla decisione di procedere all'acquisizione ovvero, eventualmente, nella fase di predisposizione dell'atto di programmazione *ex art. 271 (art. 272, co. 1)*. Il RUP potrà

inoltre svolgere, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di D.E. del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante.

Dunque la figura del D.E. coincide con quella del RUP, salvo diversa indicazione della stazione appaltante (cfr. art. 272, co. 5, Regolamento); in proposito, il citato art. 300 puntualizza che il D.E. è comunque un soggetto diverso dal responsabile del procedimento nei casi di interventi di importo superiore a € 500.000, e in quelli di particolare rilevanza e complessità, in particolare sotto il profilo tecnologico, tanto da richiedere l'apporto di specifiche competenze.

L'Autorità ha rilevato come una siffatta disciplina non è scevra da criticità interpretative. Preliminarmente, appare opportuno che le due figure di RUP e di D.E. siano tenute distinte ogniquale volta - indipendentemente dall'essere il contratto di importo superiore o inferiore ai 500.000 euro - , l'incarico di RUP sia affidato a funzionario o dirigente che gestisce la procedura di gara, ma senza essere dotate delle competenze e conoscenze specifiche proprie del settore cui la prestazione da eseguire è riconducibile.

Al di là della soglia d'importo fissata in 500.000 euro, il Regolamento identifica nei criteri di rilevanza e complessità i parametri per l'eventuale separazione dei ruoli in questione.

In tale ottica, la valutazione della particolare rilevanza e complessità assume una pregnanza speciale in considerazione non solo dell'eterogeneità soggettiva delle stazioni appaltanti (diverse tipologie come le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, ecc.), ma soprattutto delle differenze sul piano oggettivo, in termini di diversificazione delle categorie merceologiche che caratterizzano il settore dei servizi e delle forniture.

Infine, sul punto, l'Autorità ha ritenuto opportuno sottolineare che il ruolo di direttore dell'esecuzione/RUP dovrebbe essere svolto dal personale in possesso di specifica competenza professionale e titolo adeguato in relazione all'oggetto del contratto (ciò con particolare riferimento agli acquisti in ambito

sanitario e nel settore informatico).

In relazione a quanto sopra, si sottolinea inoltre che l'affidamento all'esterno dell'incarico di direttore dell'esecuzione/RUP appare ammissibile esclusivamente quando la stazione appaltante risulti sprovvista di adeguate professionalità in grado di svolgere tale compito (Consiglio di Stato in sede di parere consultivo sullo schema di Regolamento; parere n. 313/2010).

4.2 Compiti del Direttore dell'esecuzione.

Con riferimento ai compiti del direttore dell'esecuzione, si osserva che lo stesso è deputato al coordinamento, alla direzione, al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto e ad assicurarne la regolare esecuzione, verificando che le attività e le prestazioni siano espletate in conformità dei documenti contrattuali (art. 301, coo. 1 e 2). In particolare il D.E. svolge tutte le attività allo stesso espressamente demandate dal Codice o dal Regolamento stesso nonché tutte le attività che si rendano opportune per assicurare il perseguimento dei compiti a questo assegnati (art. 301, co. 3).

Il D.E. è, inoltre, anche il soggetto che, in via generale, è incaricato della verifica di conformità (art. 314) e del rilascio del relativo certificato, «quando risulti che l'esecutore abbia completamente e regolarmente eseguito le prestazioni contrattuali» (art. 322, co. 1); a particolari condizioni, tale rilascio deve avvenire anche in corso di esecuzione (art. 313, co. 2).

In quest'ultimo caso, il contratto potrebbe anche ancorare il rilascio al pagamento di ciascuna fattura ovvero delle singole fasi cui è legata la corresponsione di una parte del prezzo. Occorre rilevare che, per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, è prevista la sola attestazione di regolare esecuzione (art. 325 del Regolamento).

Con particolare riferimento alle attività di controllo demandate al direttore dell'esecuzione, il Regolamento lascia aperti alcuni punti di rilevante importanza che possono essere causa di criticità o difficoltà interpretative.

A tale proposito, da un lato viene precisato che il direttore dell'esecuzione si occupa del coordinamento, della direzione e del controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto, assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore e verificandone la conformità ai documenti contrattuali; è stabilito, inoltre, che egli ponga in essere tutte le attività previste dal Codice e dal Regolamento nonché quelle che si rendano opportune per assicurare il perseguimento dei compiti al medesimo assegnati (art. 301 del Regolamento). Dall'altro, non è declinato il contenuto di tali attività ovvero le modalità e gli strumenti con cui il coordinamento, la direzione ed i controlli debbano essere espletati.

In merito, giova evidenziare come tutte le richiamate attività debbano essere strettamente correlate a quanto espressamente disciplinato nei documenti contrattuali. In particolare, l'attività di controllo deve essere tesa a verificare che le previsioni contrattuali siano pienamente rispettate sia con riferimento alle scadenze temporali che alle modalità di consegna, alla qualità e quantità dei prodotti e/o dei servizi, per le attività principali come per le prestazioni accessorie.

Anche se la natura delle prestazioni varia a seconda del servizio/fornitura, alcune tipologie di adempimenti contrattuali appaiono piuttosto trasversali ai diversi settori.

L'Autorità ha inoltre ritenuto necessario fornire indicazioni sulle modalità con cui effettuare le verifiche stesse.

E ciò mediante l'effettuazione di controlli nel corso dell'intera durata del rapporto da realizzarsi con criteri di misurabilità della qualità. Nel corso dell'esecuzione del contratto, le verifiche volte ad accertare il regolare svolgimento delle prestazioni sono propedeutiche alla liquidazione dei corrispettivi per l'aggiudicatario.

Per quanto riguarda la revisione del prezzo, l'Autorità ha rammentato che essa viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, co. 4, lett. c) e co. 5.

È, inoltre, utile evidenziare, ad ulteriore conferma dell'importanza attribuita alle attività di verifica sin qui descritte, come il man-

cato utilizzo in sede esecutiva degli strumenti di controllo del livello qualitativo delle prestazioni fornite dall'operatore economico rende difficoltoso, se non impossibile, valersi della possibilità di escludere da gare successive gli imprenditori che abbiano svolto precedenti contratti con negligenza e malafede.

4.3 La corretta esecuzione della prestazione e le penali.

Le norme regolamentari relative alla corretta esecuzione del contratto (cfr. artt. da 135 a 140 del codice) riguardano anche il settore dei servizi e delle forniture; conseguentemente, il riferimento, ivi contenuto, al direttore dei lavori, ai lavori e alle opere, è sostituito, rispettivamente, con il riferimento al direttore dell'esecuzione, ai servizi o alle forniture.

Il secondo articolo è dedicato alle penali, la cui disciplina è funzionale alla predisposizione di adeguati incentivi al corretto svolgimento delle prestazioni contrattuali.

Anche riguardo a tale aspetto, la figura del D.E. assume un ruolo chiave poiché è lo stesso ad avere l'obbligo di verificare e di segnalare al responsabile del procedimento (nel caso le due figure non coincidano come evidenziato in precedenza), eventuali ritardi o disfunzioni rispetto alle prescrizioni contrattuali (ai sensi dell'art. 298, co. 2, reg.).

Con tali norme, il Regolamento rafforza l'importanza di un'adeguata tutela contrattuale che molto spesso non viene garantita dalla struttura dei documenti contrattuali predisposti dalle singole amministrazioni.

Tuttavia, l'applicazione delle penali reca con sé un alto rischio di contenzioso, rispetto al quale è necessario adottare tutte le misure atte a ridurlo drasticamente. La fissazione delle penali deve essere quanto più possibile chiara e precisa nei presupposti per l'irrogazione e negli importi; devono essere previsti adeguati meccanismi di contestazione dell'addebito, i tempi previsti per le controdeduzioni devono sempre essere osservati.

Il Regolamento, tuttavia, lascia aperta una questione, ovvero se e in che termini le penali possano essere previste per fattispecie diverse dal ritardato adempimento.

L'Autorità ritiene che, la stazione appaltante deve prevedere penali per ciascuno dei

termini contrattualmente previsti.

Sono, pertanto, ipotizzabili penali strettamente correlate ai livelli di servizio stabiliti nel capitolato prestazionale; possibilità implicita nella discrezionalità che la stazione appaltante esprime dettagliando, attraverso gli atti di gara, tutto ciò che attiene anche alla fase esecutiva dell'appalto.

Sembra pertanto opportuno, in analogia con quanto indicato per i controlli, che in sede di progettazione e di redazione dei documenti di gara (ivi compreso apposito schema di contratto) vengano disciplinate le modalità di svolgimento dei servizi e di consegna delle forniture, quanto a tempi, modalità e qualità e vengano dettagliati gli strumenti di verifica e controllo correlati alla irrogazione di penali per sanzionare eventuali inadempimenti.

4.4 Immodificabilità del contratto. Le varianti.

Il principio di immodificabilità dell'oggetto del contratto pubblico (cfr. art. 310 del regolamento), sovrintende all'esecuzione di ogni prestazione e, nel sistema generale delle obbligazioni, costituisce il fulcro della teoria dell'adempimento. Dunque, essendo previsto la stazione appaltante non possa richiedere alcuna variazione ai contratti stipulati, se non nei casi previsti dalla stessa disposizione, la deroga al principio di immodificabilità del contratto è dunque di stretta interpretazione ed agisce in presenza di specifici presupposti, come indicati dall'art. 311 del Regolamento.

Corollario a tale principio è che modifiche non previamente autorizzate non danno titolo a pagamenti o rimborsi di sorta e, ove il direttore dell'esecuzione lo giudichi opportuno, comportano il ripristino, a carico dell'esecutore, della situazione originaria preesistente, secondo le disposizioni del direttore dell'esecuzione del contratto (co. 2 art. 311 cit.).

Il citato art. 311 del Regolamento contempla, quindi, per il ricorso alle varianti, le stesse ipotesi previste dall'art. 132 del codice per gli appalti di lavori, ad eccezione della sorpresa geologica e dell'errore progettuale; ciò nel rispetto dell'art. 114, co. 2 del codice, che ha stabilito come la disciplina del Regolamento in tema di varianti negli appalti di ser-

vizi e forniture dovesse rispettare il predetto art. 132, nei limiti della compatibilità.

Le varianti negli appalti di servizi e forniture, pertanto, possono essere introdotte solo per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; ovvero per cause imprevedute e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite; oppure, infine, per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto.

Dette varianti seguono un diverso regime a seconda che siano contenute o meno nel limite di un quinto dell'importo contrattuale.

Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto (purché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto e siano contenute entro il 5% dell'importo contrattuale).

È in questo quadro che si colloca, tra l'altro, il divieto delle proroghe e dei rinnovi taciti o espressi per gli appalti di servizi e forniture, poiché in tali casi l'uso di detti strumenti modifica la prestazione e il suo valore economico, fatta salva la disciplina di cui all'art. 57, co. 5 lett. a) e lett. b), del codice, per i servizi analoghi e complementari.

5. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione.

In relazione alle modificazioni soggettive del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario della gara, intervenute in corso di esecuzione, non rientranti nelle ipotesi contemplate nell'art. 116 del codice, è necessario stabilire se le stesse costituiscano violazione dell'art. 37, co. 9, del codice a norma del quale «salvo quanto disposto ai coo. 18 e

19 è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta».

Tale divieto si applica quando si tratti di una modificazione soggettiva per la quale in sede di aggiudicazione risultino nuovi soggetti componenti il raggruppamento, rispetto a quelli indicati in sede di partecipazione: Tuttavia è ammesso il mutamento riduttivo, a condizione che lo stesso avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI, consorzio, che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. L'Autorità ha altresì evidenziato che l'inosservanza di tale divieto comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto (art. 37, co. 10, del codice), in

coerenza con il principio di tendenziale continua corrispondenza tra impresa partecipante, aggiudicataria e poi contraente.

Per completezza sembra utile aggiungere che l'Autorità chiamata ad esprimersi sulla legittimità della modifica soggettiva delle ditte esecutrici rispetto alle ditte partecipanti alla gara nel caso di consorzi stabili e di consorzi di cooperative di produzione e lavoro (ai primi assimilabili), ha affermato che in relazione a tali soggetti giuridici (salvo quanto disposto all'art. 37, co. 18 e 19 del codice), deve ritenersi consentita la modifica soggettiva anche in senso additivo, trattandosi di vicenda interna al consorzio (dotato di autonoma struttura soggettiva) che non incide sul rapporto con la stazione appaltante.

Tali modifiche tuttavia devono ritenersi ammesse soltanto per motivi sopravvenuti e non devono configurare uno strumento per eludere il necessario controllo preventivo di moralità delle imprese in fase di gara, ai sensi dell'art. 38 del codice o per ovviare agli esiti negativi di un controllo intervenuto in fase di gara (pareri sulla normativa AG7/2013 e AG 49/2013).

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.10.2013, n. 5213
Contratti Pubblici: il Consiglio di Stato rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale sulla compatibilità dell'art. 64, co. 1, d.P.R. 5 n. 207/2010 che impone che la sede legale della SOA deve essere nel territorio della Repubblica.

Comprendere se il divieto di restrizioni di cui ai citati artt. 49 e 56 del Trattato possa riferirsi anche alle SOA, questo il motivo che ha indotto il Consiglio di Stato con la sentenza in esame a rimettere preliminarmente la questione interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. La vicenda prende le mosse dall'appello proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed altre amministrazioni pubbliche che hanno impugnato la sentenza 13.12.2011 n. 9717, con la quale il TAR per il Lazio, sez. I, non definitivamente pronunciando, ha accolto il ricorso con il quale è stato impugnato l'art. 64, co. 1, d.P.R. n. 207/2010, che impone che la sede legale della SOA deve essere nel territorio della Repubblica. In particolare le amministrazioni appellanti lamentano l'error in iudicando della sentenza impugnata in quanto "l'attività di qualificazione è attività soggetta a regime autorizzatorio ed a stringenti controlli da parte dell'Autorità di vigilanza"; esse svolgono "una funzione pubblica di certificazione che sfocia nell'emissione degli attestati di qualificazione, con valore di atto pubblico". Da ciò consegue che "la tutela che il legislatore assicura a siffatta attività di attestazione . . . trova fondamento nell'esigenza di garantire e tutelare l'affidamento pubblico", e la specificità della prestazione "ha condotto il legislatore a restringere i margini concorrenziali tra le SOA, mediante la regolamentazione di aspetti che ineriscono l'autonomia negoziale tra le parti . . . ed in termini di autonomia organizzativa interna e sul territorio delle stesse società". Trova, dunque, applicazione l'art. 2 d. lgs. n. 59/2010, trattandosi di società che "partecipano all'esercizio di pubblici poteri e

rientrano a pieno titolo nell'ipotesi in cui, secondo il Trattato, è possibile derogare al principio della libertà di stabilimento". In ordine a tali profili, l'appellata ha chiesto che il Consiglio di Stato disponga un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, al fine di ottenere la corretta interpretazione della normativa comunitaria (artt. 49 e 56 TFUE; artt. 14 e 16 direttiva 2006/123/CE, cd. direttiva servizi), "onde verificare se possa con essa essere compatibile una normativa nazionale come quella dell'art. 64 DPR n. 207/2010". Il Collegio ha rilevato come l'art. 64, co. 1, d.P.R. 5.10.2010 n. 207, prevede, tra l'altro, che, per le "società organismi di attestazione" (costituite nella forma delle società per azioni), "la sede legale deve essere nel territorio della Repubblica". In tale previsione, la società ricorrente in I grado (ed il primo giudice) individuano una norma limitativa delle libertà di stabilimento e di concorrenza, di cui devono godere le imprese appartenenti a Paesi dell'Unione Europea nell'ambito del territorio dell'Unione. Il Collegio, quindi, in ragione dei motivi dei ricorsi instaurativi dei giudizi di I grado, nonché dei conseguenti ricorsi in appello proposti dalle Amministrazioni, deve giudicare della legittimità della predetta norma regolamentare, anche in relazione a precise disposizioni del Trattato per il funzionamento dell'Unione Europea. Ed infatti: - per un verso, l'art. 49 del Trattato, relativo al "diritto di stabilimento", vieta "restrizioni" alla libertà di stabilimento dei cittadini e delle imprese di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato, affermando espressamente che "la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio"; - per altro verso, l'art. 56 vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione; - per altro verso ancora, l'art. 51 del Trattato esclude dall'applicazione di talune disposizioni (tra le quali il citato art. 49) le attività che, nell'ambito dello Stato, partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici po-

teri. Occorre, dunque, comprendere (e per questo si rende necessario rimettere preliminarmente la questione interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea), se il divieto di restrizioni di cui ai citati artt. 49 e 56 del Trattato possa riferirsi anche alle SOA. E ciò in quanto questi organismi, pur a fronte della loro natura giuridica (società per azioni) e la loro operatività sul libero mercato in regime di concorrenza, partecipano tuttavia dell'esercizio di pubblici poteri (in specie, certificativi) e sono pertanto sottoposti a controlli da parte delle Pubbliche Autorità competenti (e quindi potrebbe configurarsi, in relazione all'attività degli stessi, l'applicazione dell'esclusione dai divieti, prevista dal citato art. 51). Tanto premesso, il Collegio ritiene di dover rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale in ordine alla compatibilità dell'art. 64 d.P.R. n. 207/2010 con gli articoli 49 e 56 Trattato di funzionamento dell'Unione Europea e con gli artt. 14 e 16 della direttiva 2006/123/CE, in particolare sottoponendo i seguenti quesiti: - se i principi del Trattato sulla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e sulla libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE), nonché quelli di cui alla direttiva 2006/123/CE, ostino alla adozione ed applicazione di una normativa nazionale che sancisce che per le SOA, costituite nella forma delle società per azioni, "la sede legale deve essere nel territorio della Repubblica"; - se la deroga di cui all'art. 51 TFUE debba essere interpretata nel senso di ricomprendere una attività come quella di attestazione svolta da organismi di diritto privato, i quali: per un verso, devono essere costituiti nella forma delle società per azioni ed operano in un mercato concorrenziale; per altro verso, partecipano dell'esercizio di pubblici poteri e, per questo, sono sottoposti ad autorizzazione e a stringenti controlli da parte dell'Autorità di vigilanza.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 21.10.2013, n. 5076
Comunicazione di avvio della procedura di gara - pur in assenza di una base normativa espressa - amministrazione può auto-vincolarsi a tenere determinate condotte.

L'obbligo di comunicare l'avvio della procedura di gara agli "interessati" nella vicenda giunta innanzi al Consiglio di Stato era espressamente prevista dalla deliberazione della Giunta comunale che ha indetto l'asta, la quale disponeva espressamente di informare gli "in-

teressati" ai sensi della l. n. 241/1990 e della legge provinciale n. 17/1993 dell'avvio della procedura per la vendita del terreno comunale, tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Ad avviso del Consiglio di Stato non si tratterebbe di una mera "clausola di stile", priva di fondamento normativo espresso e dunque di effetto precettivo in quanto l'assenza di un espresso fondamento legislativo non rileva giacché l'Amministrazione può, pur in assenza di una base normativa espressa, auto-vincolarsi a tenere determinate condotte. In questo caso l'auto-vincolo risulta ragionevole, perché diretto ad attuare la trasparenza, la par condicio e la più ampia partecipazione alla gara mediante la comunicazione dell'avvio della gara medesima agli "interessati", ovvero ai soggetti che per la loro posizione differenziata di proprietari confinanti potevano, più degli altri, avere interesse a presentare un'offerta.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.10.2013, n. 5122
Appalti: la sola gravità del reato non è sufficiente ad integrare la causa di esclusione prevista dall'art. 38 del codice se il reato commesso non incide sulla moralità professionale del concorrente.

L'art. 38 co. 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici impone alla stazione appaltante di eseguire una specifica valutazione del precedente penale oggetto di dichiarazione, in relazione alla sussistenza di due autonomi e concorrenti elementi: la gravità del reato e la sua incidenza sulla moralità professionale. L'assenza di uno dei due suddetti elementi, quindi, rende privo di effetto per i fini considerati l'eventuale sussistenza dell'altro e, al contempo, ognuno di essi necessita, ai fini dell'esclusione dell'impresa dalla gara, di una puntuale ed adeguata valutazione da parte della stazione appaltante. In altri termini, la sola gravità non è di per sé sufficiente ad integrare la causa di esclusione prevista dal richiamato art. 38 del codice, laddove il reato commesso sia insuscettibile di incidere sulla moralità professionale del concorrente e, di converso, l'astratta incidenza sulla moralità professionale non integra la suddetta causa, quando il reato medesimo non risponda al requisito della oggettiva gravità. E non v'è dubbio, peraltro, che l'amministrazione nel valutare tali elementi, pur non potendo prescindere dalla vincolatività della sentenza quanto ai fatti accertati dal giudice penale, debba comunque acclarare in via autonoma la sussistenza della

gravità e della incidenza del reato commesso, tenendo conto anche degli spazi non coperti dal giudicato che pure emergano in maniera obiettiva ed inequivoca. Il giudice penale, invero, accerta i fatti per sussumerli in una fattispecie astratta di reato ai fini dell'applicazione della pena, mentre la stazione appaltante deve valutare il precedente penale ai fini di salvaguardare l'esigenza di non avere rapporti contrattuali con appaltatori inaffidabili, che non garantiscano, cioè, una adeguata moralità professionale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.10.2013, n. 5069
ATI - l'obbligo di specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate o raggruppande - è assolto con l'indicazione sia in termini descrittivi, delle singole parti del servizio con riparto di esecuzione tra loro, sia in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese.

Il Consiglio di Stato (cfr. CdS., Ad. Plen., 13.6.2012 n. 22) ha chiarito come già sotto l'imperio dell'art. 11, c. 2 del d.lgs. 17.3.1995 n. 157, poi trasfuso nel citato art. 37, c. 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, c. 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,

c. 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, 16.10.2013, n. 5413
Procedure di gara - omissione o incompletezza delle singole dichiarazioni previste dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006 - esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito.

Secondo l'ormai consolidato insegnamento giurisprudenziale nelle procedure ad evidenza pubblica l'omissione (così come l'incompletezza) delle singole dichiarazioni previste dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006 rappresenta una autonoma violazione di legge sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito. La completezza delle dichiarazioni, infatti, "è già di per sé un valore da perseguire, consentendo - secondo i principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità - la celere decisione sull'ammissione dei soggetti giuridici alla gara", con la conseguenza che "una dichiarazione inaffidabile (anche perché solo incompleta) è da considerare già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara" (CdS, Sez. V, 7.5.2013, n. 2462, che richiama CdS, Sez. V, 8.11.2012, n. 5693).

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 es-

sa 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, comma 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. III, 1.10.2013, n. 4873
Appalti - caso di discordanza - dati indicati nel modulo di offerta relativi sia al prezzo che alla percentuale di ribasso - prevalenza del ribasso percentuale indicato in lettere.

Il Consiglio di Stato con la sentenza in esame ha rilevato come dalla circostanza che dal ribasso percentuale offerto scaturisse nel caso di specie un valore diverso da quello indicato in offerta, non ne deriva comunque l'invalidità o



l'inintelligibilità. Tali conclusioni rappresentano la concreta applicazione del pacifico principio giurisprudenziale, secondo cui, in caso di discordanza fra i dati indicati nel modulo di offerta e relativi sia al prezzo che alla percentuale di ribasso, si deve dare prevalenza al ribasso

percentuale indicato in lettere, che costituisce il dato decisivo di riferimento per la determinazione dei prezzi unitari, consentendo sia l'identificazione dell'offerta, sia la correzione delle eventuali discordanze (CdS, V, 12.9.2011, n. 5095).

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2013, n. 5421
Concessione pubblico servizio - riparto di giurisdizione - criteri (a.g.o.).
Concessione pubblico servizio - riparto di giurisdizione - criteri (a.g.a.).
Concessione pubblico servizio - giurisdizione esclusiva a.g.a. - ratio.

Dall'analisi della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione emerge che la Corte regolatrice della giurisdizione, da un lato, ha ripetutamente affermato che sulle concessioni amministrative il giudice ordinario è dotato di giurisdizione esclusivamente nelle controversie concernenti il corrispettivo dovuto al concessionario, nelle quali non venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici dell'autorità concedente, e, dall'altro lato, che rientrano invece nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ai sensi dell'art. 5 l. n. 1034/1971, ora sostituito dall'art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.) tutte le controversie che in qualche modo attengano al rapporto concessorio, incidendo sulla durata o sull'esistenza stessa, nonché sulla sua rinnovazione. In particolare, per venire ai casi di decadenza, che più rilevano ai fini della presente controversia, le Sezioni Unite hanno attribuito le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base alla considerazione che, in tali casi, ciò che viene posto in discussione è "il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale e ciò anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento della autorità pubblica e indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte alla fonte" (Cass., Sez. Un., 20.11.2007, n. 24012, relativa ad un caso di decadenza da una concessione di bene pubblico). Nella pronuncia ora citata, la Suprema Corte ha quindi ribadito il proprio indirizzo, a mente del quale rientrano nella giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi "tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio", confinando per contro quella del giudice ordinario sulle sole questioni concernenti la determinazione

delle "indennità, canoni ed altri corrispettivi" spettanti al concessionario, sempre che, in conformità al criterio di riparto generale fondato sulla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive, la determinazione di tali remunerazioni non sia condizionata da atti autoritativi dell'amministrazione concedente. In termini si registra l'ordinanza n. 8094 del 2 aprile 2007, relativa ad un caso analogo, in cui, disposta la decadenza nei confronti di un concessionario di servizio pubblico a causa del suo fallimento, il Comune aveva azionato in giudizio la pretesa a subentrare nella gestione del servizio medesimo. Degno di menzione è il passaggio motivazionale nel quale le Sezioni unite affermano che la giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi concerne "tutte le controversie" attinenti a tali rapporti, "ancorché non originate da provvedimenti della pubblica amministrazione", ma nelle quali l'amministrazione concedente, intenzionata ad internalizzare il servizio, "fa comunque valere le proprie prerogative di persona giuridica pubblica, anche laddove faccia ricorso a strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, trattandosi di facoltà "il cui esercizio, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo".". In sostanza, il criterio discrezionale che deve essere applicato al fine di stabilire il riparto di giurisdizione è quello, pienamente conforme ai principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 204/2004, della spendita di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, a prescindere dalla forma di cui questi sono concretamente rivestiti.

Sulla medesima linea si pone la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato. Questa Sezione ha di recente ritenuto la propria giurisdizione in una controversia nella quale l'amministrazione concedente aveva avanzato la pretesa alla restituzione degli impianti strumentali all'esercizio del servizio pubblico (sentenza 2.10.2012, n. 5173). Disattendendo l'obiezione della parte privata, si è affermato in detta decisione che "la giurisdizione esclusiva sulle concessioni di pubblici servizi abbraccia non solo

l'affidamento di questi ultimi, ma anche la fase di esecuzione dei relativi rapporti, escluse solo le controversie di carattere patrimoniale (indennità, canoni e corrispettivi)". Sovviene ancora una più recente pronuncia della Sezione che ha affermato appartenere alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia instaurata dal privato concessionario il quale, adducendo un inadempimento contrattuale dell'amministrazione concedente, faccia valere la propria pretesa "ad ottenere la continuazione del rapporto di concessione, previa interpretazione degli atti che costituiscono la fonte dello stesso rapporto" (sentenza 6.2.2013, n. 698). Alla luce di tutto quanto sinora detto, si evince che non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario. Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni Unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., Sez. Un., 8.8.1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9.5.2002, n. 6687). Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, co. 12, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di

servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata). Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi. E' proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario verta su questioni puramente civilistiche, attinenti gli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto. Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2013, n. 5419
Servizio distribuzione gas naturale - proroga concessione ex art. 23 d.l. 273/05 - portata art. 46 bis d.l. 159/07 - interpretazione.

Come già correttamente precisato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso nell'adunanza del 24.3.2010, la proroga della concessione ai sensi dell'art. 23 del d.l. 273/05 può essere concessa qualora vi sia coincidenza tra soggetto gestore e soggetto che ha materialmente eseguito i lavori, in ragione non tanto degli oneri economici sostenuti, quanto del tempo impiegato per la realizzazione della rete. In caso contrario, la concessione di una proroga configurerebbe un ingiustificato vantaggio in capo alla concessionaria, a detrimento dei principi di libera concorrenza

imposti dalla normativa comunitaria.

Considerando il dato letterale dell'46 bis del d.l. 159/07, non può che convenirsi con il giudice di prime cure in ordine all'assenza di un divieto, per i singoli Comuni, di indire, nell'attesa della determinazione degli ambiti territoriali minimi e della loro concreta operatività, gare valevoli solo per il territorio di propria competenza. Il secondo comma della disposizione in esame prevede, infatti, che nell'ambito di una procedura concertata tra Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero per gli Affari Regionali ed autonomie locali siano individuati, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, ambiti ottimali minimi per lo svolgimento delle gare e che, in via successiva, siano determinate misure per incentivare i singoli Comuni, compresi nell'individuato ambito, ad aggregarsi concretamente.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.10.2013, n. 5166
Trasporto pubblico locale - decadenza della concessione - presupposti.

Secondo l'appellante il giudice di primo grado non avrebbe valutato che la disciplina vigente *ratione temporis*, ovvero il d.m. n. 448 del 1991, non richiederebbe più l'idoneità tecnica, bensì l'idoneità professionale che attiene alla conoscenza delle materie riportate nell'elencazione allegata al regolamento. Non considera, tuttavia, l'appellante che nel periodo transitorio in cui è inserita la vicenda contenziosa, caratterizzata da affidamenti diretti, non è concepibile l'affidamento del servizio di autotrasporto in mancanza di adeguato parco macchine o di personale da parte del concessionario. L'art. 24 della l. regionale (Calabria) 14.4.1986, n. 15, contenente la "Disciplina dei servizi pubblici di trasporto collettivo d'interesse regionale", al tempo in vigore, stabilisce che "il concessionario incorre nella decadenza della concessione quando: a) non inizi il servizio entro trenta giorni dalla data di rilascio della concessione, oppure iniziatolo, lo abbandoni, lo interrompa...". Dunque la disponibilità del parco macchine nel regime transitorio era condizione essenziale per l'esercizio dell'attività. Quanto al d.m. n. 448 del 1991, esso non è in contrasto con la disposizione citata, né avrebbe potuto abrogarla, atteso che trattasi di fonte normativa secondaria e, co-

munque, il decreto ministeriale disciplina la professione dell'autotrasporto sotto l'aspetto meramente soggettivo, questione estranea alla controversia in esame.

L'idoneità tecnica dell'impresa ad espletare il servizio assume valenza di condizione essenziale in ordine all'esigenza di assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui è destinata la concessione di autolinee, perché senza il parco macchine il servizio non può essere espletato. Ne consegue che, in assenza della dotazione dei mezzi necessari all'espletamento del servizio, non v'era alternativa alla decadenza delle concessioni.

C. conti, Sez. reg. contr. Puglia, 19.9.2013, n. 142

Art. 4 d.l. 95/12 (spending review) - applicazione.

Art. 9 d.l. 95/12 (spending review) - interpretazione.

L'art. 4 del d.l. 95/2012 contiene disposizioni, ad avviso di questa Sezione, dirette al contenimento della spesa pubblica mediante la riduzione del ricorso alle società pubbliche strumentali che si inseriscono nel solco già tracciato dal legislatore con l'art. 13 del d.l. 4/07/2006 n. 223 che poneva il divieto per tali società di svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati in affidamento diretto o con gara e di partecipare ad altre società o enti e con l'art. 3, co. 27, della l. 24/12/2007 n. 244 (legge finanziaria 2008) che stabiliva che "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, co. 2, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza". Il co. 8 dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 consente la possibilità di procedere all'affidamento diretto solo a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei

requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e fa salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Ritiene il Collegio che per effetto dell'introduzione della disciplina dettata dall'art. 4, co. 7, del d.l. n. 95/2012 si imponga, a decorrere dal 1.1.2014, l'obbligo in via generale per le pubbliche amministrazioni di acquisire sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante procedure concorrenziali e che pertanto il ricorso all'affidamento diretto possa avvenire, in via eccezionale, soltanto, nel rispetto del surrichiamato co. 8, in favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. La Consulta ha ulteriormente chiarito che "l'ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale".

Ad avviso della Sezione, le norme dettate dal co. 1 e dal co. 8 del citato art. 4 del d.l. 95/2012 non appaiano tra loro inconciliabili rilevato che, come osservato dalla Consulta con la su richiamata pronuncia n. 229/2013, gli affidamenti diretti possono essere effettuati in favore delle società a totale partecipazione pubblica aventi i requisiti dell'in house e che rientrano fra quelle espressamente escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 4 (commi 3 e 13) o nei casi in cui siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società i quali devono peraltro aver avuto il parere favorevole vincolan-

te del commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di cui all'art. 2 del d.l. n. 52/2012 (co. 3 sexies).

Passando ad esaminare il secondo quesito volto ad accertare se rientrino nel divieto dell'art. 9, co. 6, del d.l. n. 95/2012 le fattispecie di costituzione ex novo di un'azienda speciale o la trasformazione di una società in azienda speciale, si osserva che la norma su richiamata prevede espressamente che: "è fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione". La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 236/2013 depositata in data 24.7.2013, ha chiarito che tale disposizione deve essere necessariamente coordinata con quanto stabilito nei commi precedenti ed, in particolare, nel comma 1 che dispone, al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, che le Regioni, le Province e i Comuni devono sopprimere o accorpate, riducendone in tal caso gli oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del decreto, esercitino, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a Comuni, Province, e Città metropolitane ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. In particolare, la Consulta, rilevato che l'obiettivo del legislatore è esclusivamente la riduzione dei costi relativi agli enti strumentali degli enti locali nella misura almeno del 20 per cento, anche mediante la soppressione o l'accorpamento dei medesimi, ha affermato che la disposizione dell'art. 9, co. 6, del d.l. 95/2012 deve essere interpretata nel senso che il divieto di istituire nuovi enti strumentali opera solo nei limiti della necessaria riduzione del 20 per cento dei costi relativi al loro funzionamento: "vale a dire che, se, complessivamente, le spese per «enti, agenzie e organismi comunque denominati» di cui ai coo. 1 e 6 del citato art. 9, resta al di sotto dell'80

per cento dei precedenti oneri finanziari, non opera il divieto di cui al co. 6. Una siffatta interpretazione, costituzionalmente orientata, si rende necessaria anche per consentire agli enti locali di dare attuazione al comma 1 mediante l'accorpamento degli enti strumentali che svolgono funzioni fondamentali o conferite. In tal modo, infatti, gli enti locali potranno procedere all'accorpamento degli enti strumentali esistenti anche mediante l'istituzione di un nuovo soggetto, purché sia rispettato l'obiettivo di riduzione complessiva dei costi".

C. conti, Sez. reg. contr. Puglia, 19.9.2013, n. 141

Art. 4, d.l. 95/12 (spending review) - obbligo di dismissione - limiti.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 229/2013 del 23 luglio, con riferimento alle eccezioni all'applicabilità della disciplina restrittiva dell'art. 4 del d.l. 95/2012, ha chiarito che "L'ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale". La ratio della norma è, parimenti, messa in luce in diverso passo della medesima sentenza: "In tal modo, è sottratta alle medesime amministrazioni, di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto si esclude la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi

di società in house. Di queste ultime, infatti, si impone lo scioglimento o la privatizzazione, consentendosi che le stesse sopravvivano e continuino ad essere titolari di affidamenti diretti (co. 8) solo nelle rare ipotesi nelle quali «per le peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geo-morfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non è possibile un efficace ed utile ricorso al mercato», soggette comunque alla valutazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (comma 3, secondo periodo), o negli ancor più ridotti casi nei quali siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società, i quali devono peraltro aver avuto il parere favorevole (vincolante) del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di cui all'art. 2 del d.l. n. 52 del 2012 (co. 3-sexies)". Il legislatore affronta così il problema afferente l'apertura al mercato di interi settori, penalizzando i soggetti che in passato hanno ottenuto - e tuttora detengono - affidamenti senza gara. Diversamente, il mantenimento di dette aree di privilegio rischierebbe concretamente effetti distorsivi della concorrenza, ponendo tali soggetti "privilegiati" nella posizione di porre condizioni sostanzialmente da mono-polisti, cioè non replicabili da altri soggetti secondo le regole del libero mercato.

Nella misura in cui una società, partecipata al 100% da un Comune che eserciti sulla stessa un controllo analogo, rientri tra le eccezioni indicate nella citata sentenza n. 229/2013, e sopra ricordate, (svolga cioè, ad esempio, servizi di interesse generale secondo la nozione di matrice comunitaria seguita dal legislatore nazionale e dalla Consulta), potrà essere considerata sottratta alla disciplina dell'art. 4 cit. Non altrettanto può sostenersi nella misura in cui, al contrario, detta società svolga attività di produzione di beni e servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali; la nozione di "attività strumentale" è ben delineata dalla giurisprudenza amministrativa, che ha affermato sussistere la cd. strumentalità "...allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo e per il

perseguimento dei loro fini istituzionali. Le società cc.dd. strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla p.a. e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività” (CdS, Sez. V, 12.6.2009 n. 3766; CdS, Sez. V, 1.4.2011, n. 2012.). Nel caso in cui, dunque, la società svolga attività strumentale non potrà essere considerato possibile mantenere l’affidamento diretto, ma occorrerà avvalersi delle regole, di matrice europea, afferenti al libero mercato e normativamente indicate apparendo, peraltro, utile rammentare che l’art. 13 co. 2 del d.l. 4.7.2006, n. 223 impone alle società cd. strumentali un oggetto sociale esclusivo.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 13.11.2013, n. 951

Farmacie comunali - disciplina attuale - l. 475/68.

Farmacie comunali - gestione - concessione - ammissibilità.

Servizi Pubblici Locali - C.Cost. 199/12 - art. 34 d.l. 179/12.

Farmacie comunali - gestione - concessione - ammissibilità - ragioni.

L’art. 23-bis del d.l. 112/08 conv. in l. 133/08 (nel testo modificato dal d.l. 135/09 conv. in l. 166/09), nel disciplinare i servizi a rilevanza economica, faceva espressamente salve “le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali”. Dopo il referendum che ne ha disposto l’abrogazione, l’art. 4 co. 34, del d.l. 138/11 escludeva dal proprio raggio di operatività la gestione delle farmacie comunali, regolate dalla l. 475/68. Dopo la dichiarazione di illegittimità di tale ultima norma ad opera della Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012, è intervenuto il d.l. 179/12 conv. in l. 221/12, il quale – per l’affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica – non esprime più alcuna preferenza tra i modelli utilizzabili, ossia non predilige l’amministrazione indiretta dei servizi, ovvero la piena espansione della concorrenza oppure il modello del partenariato pubblico-privato, ma rinvia alla scelta che dell’uno o dell’altro concretamente si compia

da parte dell’Ente affidante (art. 34, co. 20). Anche in questo caso la disposizione esclude la propria applicabilità “alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2.4.1968, n. 475”. Contestualmente il d.lgs. 59/10, recante “Attuazione della dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (pubblicato sulla G.U. 23 n. 94 del 23.4.2010)” stabilisce che le disposizioni del decreto non si applicano ai servizi sanitari, nei quali sono sussumibili i servizi erogati dalle Farmacie.

Non è più in discussione il venir meno della tassatività dell’elenco di cui all’art. 9 della l. 475/68, e in questo senso è pacificamente ammessa la gestione di un servizio pubblico (quale una farmacia comunale) mediante una Società a totale partecipazione dell’Ente locale. La pronuncia della Corte dei Conti sez. Lombardia n. 489 del 26.09.11 ha statuito in proposito che la disciplina compiuta del servizio di farmacia comunale “... deve essere ricostruita a cura dell’interprete, secondo un approdo ermeneutico comunitariamente orientato, che colmi il vuoto normativo derivante dalla diretta applicazione al settore di una legislazione entrata in vigore ben prima della stabilizzazione del processo comunitario di formazione del diritto dei servizi pubblici” ossia che “stante il fenomeno della penetrazione del diritto comunitario nel diritto nazionale dei vari Stati membri dell’Unione Europea, la citata legge non può che essere interpretata secondo i principi generali vigenti in ambito comunitario nella materia dei servizi pubblici, custoditi ed ampliati dall’incessante opera della Corte di Giustizia europea (tutela della concorrenza, libertà di circolazione dei fattori produttivi, divieto di barriere di entrata nel mercato, trasparenza e non discriminazione). Principi comunitari che appartengono a pieno titolo al diritto positivo interno, in ragione della natura di norme inderogabili di ordine pubblico economico”. In particolare “La mancata previsione della forma societaria a responsabilità limitata unipersonale, del resto deve essere conformata all’evoluzione degli strumenti giuridici che sono oramai entrati a pieno titolo nel patrimonio comune dell’ordinamento interno, mediante il trasformatore permanente d’istituti giuridici e di interessi individuali e collettivi rappresentato dal diritto dell’Unione Europea. La società

di capitali unipersonale è stata introdotta nell'ordinamento giuridico statale, in conseguenza della cosiddetta "Dodicesima Direttiva" del Consiglio Europeo (Dir. 89/667/CEE del 21.12.89), recepita con il d.lgs. 3.03.93, n.88. La riforma del diritto delle società ha poi esteso il modello di società unipersonale, costituita per atto unilaterale, alla società per azioni (d.lgs. 17.01.03, n.6). Ne consegue che la previsione di uno schema societario non rientrando nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge "Mariotti" non può che essere irrilevante ai fini della validità dello strumento giuridico prescelto dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini. I modelli di gestione del servizio di farmacia comunale previsti dall'art. 9 della l. 2.4.68, n.475, non hanno, dunque, carattere tassativo".

L'attuale panorama normativo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale 20.7.12 n. 199 – che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 del d.l. 138/11 (statuizione che ha fatto seguito all'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. 112/08) – vede la riaffermazione delle "regole concorrenziali minime comunitarie" in materia di affidamento dei servizi pubblici e dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, e tale concetto è stato da ultimo ribadito con l'introduzione dell'art. 34, co 20, del d.l. 18.10.12 n. 179 conv. in l. 17.12.12 n. 221. In buona sostanza la sentenza 190/12 (e il recente intervento legislativo) lasciano di nuovo spazio, in tema di affidamento dei servizi pubblici, alla disciplina comunitaria e ai principi ricavabili dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia. Da un lato il diritto comunitario consente alle amministrazioni pubbliche di adempiere le funzioni di interesse pubblico a esse incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza necessariamente far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tali casi, non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza (cfr. Corte costituzionale – 28.03.13 n. 50 sul ricorso alla cd. "autoproduzione"), purché sussistano i requisiti del controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici, del capitale totalmente pubblico, e dello svolgimento della parte più impor-

tante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante (Corte di Giustizia CE, 18.11.99, causa C-107/98, Teckal). Le amministrazioni possono altrimenti adempiere le stesse funzioni, affidandone la gestione a terzi tramite procedure a evidenza pubblica, rispettando le direttive 2004/18 e 2004/17, nel caso di appalti pubblici, e gli artt. 43 e 49 del Trattato CE (ora artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), nel caso di concessioni: devono essere osservati i principi di pubblicità, di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. Per i nuovi affidamenti, gli Enti locali possono oggi scegliere tra le tre forme di gestione desumibili dall'ordinamento comunitario (gara per la scelta del gestore, gara per il socio di una Società mista, affidamento diretto in house), salvo l'obbligo per l'Ente locale affidante di motivare in modo adeguato e di dare conseguente pubblicità alla scelta della forma di gestione (cfr. art. 34 coo. 20 e 21 del d.l. 179/12).

E' pur vero che per la gestione delle farmacie comunali è mantenuta la "clausola di salvezza" a favore della disciplina di settore (con l'esclusione espressa del raggio di applicazione dei coo. 20, 21 e 22), ma ad avviso del Collegio non vi sono ragioni per non estendere al modello della concessione a terzi la ricostruzione evolutiva effettuata per legittimare la forma di gestione in house. Gli elementi ostativi allo strumento concessorio invocati a sostegno della tesi che esclude la scelta del modello in esame sono individuabili da un lato nell'assenza di una norma che preveda espressamente la possibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali, risultando unicamente regolata la loro coincidenza in capo all'Ente locale (pur nella varietà delle forme e nei modi indicati dall'art. 9 della L. 475/68); dall'altro nella complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci, preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute (sul punto TAR Piemonte, sez. II – 14.6.2013 n. 767). Sotto il primo profilo già si è esclusa la tassatività dell'elencazione dell'art. 9 della l. 475/68, adottato in un quadro ordinamentale ormai del tutto superato dall'ingresso e dal progressivo



affinamento del diritto comunitario (cfr. supra paragrafo 2). Si è appena sottolineato come, in base a quest'ultimo, la cd. "autoproduzione" (gestione in house) e l'esternalizzazione siano poste sullo stesso piano e che l'alternativa tra le due opzioni sia rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni (cfr. paragrafo 2.1). Pertanto, l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non pare rappresentare un ostacolo insormontabile all'adozione del modello concessorio. Venendo al secondo profilo, qualsiasi farmacia – a prescindere dalla titolarità (pubblica o privata) della proprietà – resta sottoposta alle stringenti regole poste dalla normativa di settore, e di conseguenza non pare logico invocare insopprimibili esigenze di tutela della salute soltanto per i presidi apparte-

nenti all'Ente pubblico. L'obiettivo del mantenimento in capo al Comune delle proprie prerogative di Ente che persegue fini pubblicistici può essere tra l'altro ulteriormente garantito – in caso di affidamento a terzi – dalle specifiche regole di gara, e più precisamente dagli obblighi di servizio pubblico da imporre al concessionario, idonei a permettere un controllo costante sull'attività del gestore e la garanzia di uno standard adeguato di tutela dei cittadini. In questo senso, l'impostazione risulta perfettamente in linea con il principio comunitario di proporzionalità, per cui le restrizioni al regime di piena concorrenza sono effettivamente ammesse nei limiti in cui risulti strettamente necessario con l'obiettivo da perseguire (nella specie la salute pubblica e il pieno benessere dei cittadini).

«.....GA:.....»

- CONCORRENZA -

dell'Avv. Anna Romano

Consiglio di Stato, Sez. III, 30.8.2013, n. 4336 **La cessione gratuita della programmazione RAI sulle piattaforme distributive.**

SKY Italia srl ha interesse a ricorrere avverso la delibera AGCOM concernente il corretto adempimento della RAI circa la cessione gratuita, senza costi aggiuntivi per l'utente, della propria programmazione di servizio pubblico sulle diverse piattaforme distributive, e l'accesso gratuito all'intera programmazione RAI diffusa sulle reti analogiche in forma non codificata e trasmessa in simulcast via satellite e via cavo.

SKY, da un lato, ha interesse alla cessione gratuita dei programmi da parte della RAI in osservanza di specifici obblighi derivanti dal contratto di servizio, dall'altro, subisce una lesione diretta ed immediata per effetto della delibera AGCOM secondo cui la condotta della RAI non configurava una inosservanza degli obblighi contrattuali invocati.

L'art. 26 del contratto di servizio 2007/2009, rubricato "Neutralità tecnologica impone alla Rai di cedere gratuitamente la propria programmazione sulle diverse piattaforme distributive.

La gratuità complessiva della cessione della programmazione pubblica consente di garantire, sempre nell'interesse generale dell'utenza, la massima e piena accessibilità dell'utente alla programmazione a parità di condizioni e senza alcun tipo di onere aggiuntivo. In caso di cessione onerosa della programmazione nei confronti dei titolari delle piattaforme distributive è, infatti, ampiamente probabile che i cessionari trasferiscano sull'utente finale i costi affrontati per acquistare i diritti di diffusione della programmazione del servizio pubblico.

La contestata cessione gratuita dei programmi agli utenti da parte della concessionaria del servizio pubblico, lungi dal realizzare un ingiustificato vantaggio competitivo in favore di SKY Italia srl, in realtà costituisce un semplice e sicuro strumento per garantire l'effettiva universalità del servizio pubblico radiotelevisivo agli stessi utenti RAI, in regola con il pagamento

del canone, anche quando si avvalgono di altre piattaforme distributive.

TAR Lazio, Sez. I, 10.10.2013 n. 8752

La tardiva trasmissioni delle informazioni da parte del gestore uscente e la sua rilevanza ai fini antitrust.

L'eventuale dilazione nell'indizione delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas non è attribuibile esclusivamente al comportamento del gestore uscente che ha ritardato la trasmissione delle informazioni necessarie per la predisposizione degli atti di gara, avendo quest'ultimo operato in un contesto regolamentare e normativo tale da creare incertezza in merito all'illegalità della condotta.

Tale circostanza attenua quantomeno la gravità della condotta, sì da permettere di applicare una sanzione inferiore a quella irrogata nel provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust, se non addirittura una sanzione simbolica.

TAR Lazio, Sez. I, 7.10.2013 n. 8671, 8672, 8674, 8675, 8676, 8677

La durata del procedimento sanzionatorio AGCM.

L'arco di tempo entro il quale l'amministrazione procedente deve provvedere alla notifica della contestazione ai sensi dell'art. 14, l. n. 689 del 1981 è collegato, ai sensi di legge, non alla data di commissione della violazione, ma al tempo di accertamento dell'infrazione.

E tale è in una prospettiva teleologicamente orientata, non già la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti.

Ne discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della deliberazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione.



La necessità che il procedimento prodromico all'eventuale irrogazione di una sanzione in materia di concorrenza abbia comunque un termine prestabilito, che non possa essere prorogato ad libitum discende, sia dai principi positivizzati nella l. 241/90, sia dalla norma, di cui al ripetuto art. 6 del d.P.R. 217/98: la quale, a sua volta trova fondamento in un'esigenza di certezza, anche considerato che, per un'impresa, essere sottoposta a un siffatto procedimento, può già determinare un cospicuo pregiudizio economico e comunque d'immagine.

Naturalmente, questo non significa che il termine inizialmente fissato - e che deve essere evidentemente adeguato agli elementi già noti e da acquisire, in relazione alla complessità della fattispecie - non possa essere prorogato: ma la proroga deve essere adeguatamente motivata, appunto perché essa costituisce comunque una deroga al principio per cui ogni procedimento amministrativo ha un termine prestabilito che l'amministrazione deve rispettare.

TAR Lazio, Sez. I, 17.9.2013 n. 8313

Pratica commerciale scorretta ed accettazione degli impegni.

La rilevata genericità o assenza di alcun termine di paragone rispetto al claim nutrizionale utilizzato, così come la assenza di pari risalto grafico delle indicazioni comparative costituisce comportamento negligente dell'impresa ed è suscettibile di integrare una pratica commerciale scorretta.

E' rimesso all'Autorità valutare se la peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero la necessità di stabilire dei principi con riguardo ad una fattispecie inedita, o ad un mutato assetto di mercato giustifichino - o meno - il rigetto degli impegni presentati: venendo, nella prima ipotesi, in considerazione la necessità di accertare, concludendo il procedimento ordinario, l'avvenuta infrazione.

Appare legittima, nel caso concreto, la motivazione della l'Autorità volta al rigetto degli impegni proposti dall'operatore commerciale in ragione dell'inidoneità degli stessi a rimuovere gli elementi di scorrettezza individuati nella comunicazione di avvio del procedimento.

Procedimenti AGCM

AGCM, provvedimento 24550 del 22.10.2013

Nell'ambito del procedimento istruttorio - avviato nei confronti delle società Ferrovie dello Stato S.p.A., Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., Trenitalia S.p.A., Grandi Stazioni S.p.A., Centostazioni S.p.A. e FS Sistemi Urbani S.r.l., per l'accertamento dell'esistenza di una violazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nei mercati dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale, della gestione degli spazi pubblicitari all'interno delle principali stazioni italiane, nonché nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità, suscettibile di rallentare l'ingresso nel mercato dei servizi ferroviari ad alta velocità da parte dell'operatore nuovo entrante NTV, a beneficio di Trenitalia -, l'Agcm ha accettato gli impegni proposti dalle Società sopra indicate, disponendone la pubblicazione.

AGCM, provvedimento A395C del 29.9.2013

L'Autorità ha avviato un procedimento nei confronti della società Acquedotto Pugliese S.p.A. ai sensi dell'art. 14 ter, co. 2, della l. n. 287/90 per inottemperanza alla delibera dell'Autorità n. 19045 del 30.10.2008, con la quale l'AGCM aveva disposto la chiusura del procedimento A395 senza accertare l'infrazione e rendendo obbligatori gli impegni proposti dalla Società.

AGCM, provvedimento 18 settembre 2013, recante vademecum per le stazioni appaltanti circa le anomalie anticoncorrenziali nelle gare

L'AGCM ha predisposto un vademecum da inviare ai soggetti che bandiscono le gare perché segnalino all'Autorità anomalie tipiche di comportamenti potenzialmente distorsivi della concorrenza.

Il vademecum ha l'obiettivo di aiutare le stazioni appaltanti a percepire i segnali di un'alterazione concorrenziale, identificando le anomalie comportamentali sintomo di distorsioni concorrenziali, la cui effettiva sussistenza sarà tuttavia accertata solo all'esito del procedimento istruttorio che l'Autorità dovesse ritenere di avviare in seguito alle segnalazioni.

AGCM, provvedimento n. 24508 del 3.9.2013.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 3.9.2013, ha sanzionato con una multa di 100 mila euro Enel Energia S.p.A. per pratica commerciale scor-



*retta, ai sensi degli artt. 20, 21, co. 1, lett. d), e
22, co. 1 e 2, del Codice del Consumo, in rela-*

*zione alla campagna pubblicitaria volta a pro-
muovere l'offerta "Tutto compreso gas".*

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LAVORATORI “SALVAGUARDATI”: LE ISTRUZIONI OPERATIVE DEL MINISTERO DEL LAVORO

È stata pubblicata la Circolare n.44/2013, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, contenente “istruzioni operative” impartite alle Dtl - Direzioni territoriali del lavoro e comprensiva altresì dei modelli di “Istanza” che dovranno compilarli e presentarsi a cura dei lavoratori rientranti, ai sensi del d.l. n.101/2013 convertito in legge n.125 del 30/10/2013 e d.l. n. 102/2013 convertito in l. n. 124 del 28/10/2013, nella categoria dei cosiddetti “Salvaguardati”. Le istanze (verificate entro 30 giorni da Commissioni appositamente istituite presso le Dtl) potranno essere spedite direttamente dai lavoratori interessati, tramite Raccomandata A/R, ovvero, inoltrate da soggetti abilitati quali: Patronati, Consulenti del Lavoro, Dottori commercialisti, a mezzo di Pec - posta elettronica certificata (es. DPL.ROMA@mailcert.Lavoro.gov.it) di ciascuna direzione territoriale competente in base alla residenza degli interessati (Circolare n. 44 del 12.11.2013).

«..... GA.....»

INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE: NUOVI MODULI PER LA DOMANDA

Nuovi moduli Inps per richiedere l'indennità Aspi e mini-Aspi al fine di rendere esplicita l'immediata disponibilità da parte del disoccupato. Lo stabilisce la circolare Inps n.154 del 28.10.2013. Per velocizzare i tempi di lavorazione delle pratiche, il lavoratore anziché rilasciare tale dichiarazione al

Centro per l'impiego relativo alla propria zona di residenza, può renderla al momento della presentazione della domanda di indennità nell'ambito dell'Aspi. Per questo, l'Inps ha provveduto ad aggiornare la modulistica per la presentazione della domanda telematica Aspi e mini-Aspi da parte dei cittadini, Patronati e call-center. Nello specifico, l'utente deve: indicare che si è già recato al Centro per l'impiego per attestare lo stato di disoccupazione oppure, ed è questa la novità, rendere la dichiarazione di immediata disponibilità direttamente all'Inps compilando i campi appositi dei nuovi moduli. A loro volta, i Centri per l'impiego devono accreditarsi presso l'Inps con uno specifico Pin per poter consultare le dichiarazioni rese dai beneficiari delle prestazioni (**Comunicato di Linea Amica del 11.11.2013**).

«..... GA.....»

ACCESSO DEL DATORE DI LAVORO ALLE DICHIARAZIONI RESE DAI LAVORATORI DURANTE LE ATTIVITÀ ISPETTIVE DEGLI ISPETTORI DEL LAVORO: ISTRUZIONI OPERATIVE DEL MINISTERO SULLA LEGITTIMITÀ DI PROVVEDIMENTI DI DINIEGO DI ACCESSO

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la Circolare n. 43 dell'8.11.2013, curata dalla Direzione Generale dell'Attività Ispettiva, ha inteso fornire “istruzioni operative” relativamente a fattispecie inerenti la tematica della legittimità dei provvedimenti di diniego inerenti richieste di accesso alle dichiarazioni rese dai

lavoratori uditi durante verifiche ispettive, da parte dei datori di lavoro e/o altre parti in causa. Con la sentenza n. 4035/2013 il Consiglio di Stato ha riaffermato, pur se con limitazioni e/o specificità, la legittimità dell'operato inerente la "sottrazione" all'accesso delle dichiarazioni dei lavoratori rese durante le attività ispettive svolte dagli Ispettori del Lavoro operanti nelle Direzioni Territoriali del Ministero. La medesima sentenza ha sancito, altresì, la qualificazione di "contro interessati" spettante ai lavoratori in ordine alle richieste di accesso alle dichiarazioni degli stessi, rilasciate in sede ispettiva, anche dal punto di vista del "procedimento amministrativo" e dei relativi conseguenti diritti finanche nei confronti di terzi, diversi dal datore di lavoro (Circolare n. 43 del 8.11.2013).

«..... GA.....»

UFFICIALI GIUDIZIARI: VARIATA LA MISURA DELL'INDENNITÀ DI TRASFERTA

E' stato pubblicato sulla G.U. Il decreto del Ministero della Giustizia con il quale si è proceduto alla variazione della misura dell'indennità di trasferta spettante agli ufficiali giudiziari. In particolare l'indennità di trasferta dovuta all'ufficiale giudiziario per il viaggio di andata e ritorno e' stabilita nella seguente misura: a) fino a 6 chilometri € 2,06; b) fino a 12 chilometri € 3,76; c) fino a 18 chilometri € 5,19; d) oltre i 18 chilometri, per ogni percorso di 6 chilometri o frazione superiore a 3 chilometri di percorso successivo, nella misura di cui alla lett. c), aumentata di € 1,10. Per quanto invece attiene all'indennità di trasferta dovuta all'ufficiale giudiziario, per il viaggio di andata e ritorno per ogni atto in materia penale, compresa la maggiorazione per l'urgenza è così corrisposta: a) fino a 10 chilometri € 0,54; b) oltre i 10 chilometri fino a 20 chilometri € 1,38; c) oltre i 20 chilometri € 2,06. (Decreto del Ministero della Giustizia del 16.10.2013 in G.U. n. 256 del 31.10.2013).

«..... GA.....»

INAIL: CRITERI PER LA TRATTAZIONE DEI CASI DI INFORTUNIO AVVENUTI IN MISSIONE E IN TRASFERTA

Con la Circolare n.52 del 23.10.2013 l'INAIL ha inteso fornire chiarimenti circa i criteri da adottarsi per la trattazione e qualificazione dei casi di infortunio, in itinere, occorsi ai lavoratori in missione e/o trasferta. Le conclusioni della Circolare su citata conducono nel ritenere "meritevoli di tutela" ancorché con limitazioni ben definite, tutti gli eventi accidentali occorsi ad un lavoratore in missione e/o trasferta dall'inizio del particolare istituto lavorativo fino al definitivo rientro, del lavoratore interessato, presso la propria abitazione. Le disposizioni adottate, nella citata Circolare 52, si applicano per gli eventi futuri, nonché per fattispecie in istruttoria oltreché a casi oggetto di controversie amministrative o giudiziarie in essere e non ancora decise (Circolare Inail n. 52 del 23.10.2013).

«..... GA.....»

TESTO UNICO SULLA SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO: ON LINE IL TESTO COORDINATO ULTIMA EDIZIONE OTTOBRE 2013

Sul sito istituzionale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, nella sezione dedicata "Sicurezza nel Lavoro", è disponibile, on line, il testo coordinato (aggiornato periodicamente con tutte le modifiche ivi intervenute) del d.lgs. n.81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Tra le novità di maggiore rilievo del "Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro", aggiornato, si segnalano: le modifiche introdotte dall'art. 11 co. 5 d.l. n. 93/2013 convertito con modificazioni dalla l. n.119/2013; le modifiche di svariati articoli introdotte dal d.l. n. 69/2013 convertito con modificazioni dalla l. n. 98/2013; le modifiche introdotte dall'art. 306 co. 4 bis del d.l. n. 76/2013 convertito con modificazioni dalla l. 99/2013; le circolari

ministeriali nn. 18-21-28-30-31-35 del Ministero del Lavoro nonché le circolari del 10/05/2013 e del 10/06/2013 del Ministero della Salute; il Decreto Direttoriale del 30/05/2013 emanato dai Dicasteri del Lavoro e delle Politiche Sociali e della Salute; Decreto Dirigenziale del 31.7.2013. Tale strumento di lavoro rappresenta un indispensabile compendio rivolto non solo agli addetti ai lavori, ma a tutta la platea di imprese, lavoratori, organismi sindacali, ecc. interessati alla diffusione della cultura della sicurezza e della prevenzione nei luoghi di lavoro, utile quindi, anche, all'efficace contrasto del grave fenomeno, per il nostro Paese, rappresentato dagli infortuni del lavoro (D.lgs. 9.4.2008, n. 81 Testo coordinato con il d.lgs. 3.8. 2009, n. 106 revisionato nell'ottobre 2013).

«..... GA.....»

ITALIA LAVORO: BANDO PER 3.000 TIROCINI RETRIBUITI

Si rivolge ai cosiddetti Neet, cioè ai giovani che non hanno un lavoro né continuano il percorso formativo, il bando pubblico per tirocini in azienda retribuiti, promosso da Italia Lavoro per conto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. L'avviso, che resterà aperto fino a esaurimento risorse e, comunque, non oltre il 31.12.2014, si rivolge ai residenti in Campania, Sicilia, Puglia e Calabria, di età compresa tra i 24 e i 35 anni non compiuti e in possesso di una laurea nei seguenti ambiti: • Geo-biologico • Letterario • Psicologico • Giuridico • Linguistico • Agrario • Politico-sociale. Si calcola che verranno attivati presso le imprese aderenti circa 3 mila tirocini della durata di sei mesi. I giovani tirocinanti riceveranno una borsa mensile di 500 euro per i tirocini "in loco" che si svolgeranno in Campania, Sicilia, Puglia e Calabria e di 1.300 euro per quelli "in mobilità", che si terranno invece al di fuori di queste Regioni (circa 200 tirocini sui 3.000). Le aziende e i giovani che intendano candidarsi rispettivamente a ospitare un tirocinante o a svolgere un tirocinio, devono registrarsi al portale www.cliclavoro.gov.it e seguire la

procedura (**Comunicato di Linea Amica del 22.10.2013**).

«..... GA.....»

AZIENDE SANITARIE: LA RETRIBUZIONE DELLE PRESTAZIONI IN PLUS ORARIO È SUBORDINATA ALLA NECESSARIA COPERTURA FINANZIARIA DELL'APPOSITO FONDO

La posizione soggettiva del dipendente delle aziende sanitarie che abbia svolto attività in regime di "plus orario" viene qualificata dalla giurisprudenza alla stregua di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, per l'evidente presenza di poteri valutativi dell'amministrazione, con la conseguenza che va escluso ogni automatismo ai fini della liquidazione del compenso (CdS, V, n. 791 del 3.2.2011; III Sez., n. 6287 del 10.12.2012). Difatti, ai sensi degli artt. 59 e ss. del d.P.R. 348/1983, le attività svolte in regime di "plus orario" sono retribuibili nei limiti e con le modalità disciplinate dalla normativa contrattuale. L'art. 64 del citato d.P.R. stabilisce un monte ore settimanale per ogni categoria di personale, sottintendendo la fissazione di un limite di spesa, e dispone che "il plus orario" concordato con le OO.SS. e successivamente deliberato dall'amministrazione, costituisce debito orario; esso, pertanto, deve essere programmato nei piani di lavoro e verificato attraverso sistemi obiettivi di controllo degli orari di servizio. Ed ancora, "la misura del plus orario reso può trovare compensazione all'interno di un trimestre; le differenze, in difetto o in eccesso, di plus orario reso nel trimestre rispetto a quello dovuto debbono essere compensate nel trimestre successivo. In caso di mancato recupero del plus orario dovuto, non reso e non recuperato, si effettueranno le relative proporzionali riduzioni"(art. 64 cit.). E' evidente come l'insieme di tali condizioni sia rilevante al fine di individuare esattamente il debito dell'azienda nei confronti del ricorrente e che di tali condizioni nessun cenno è fatto nell'appello. Inoltre, la giurisprudenza del Consesso (tra le tante CdS, V, 12.7.1996 n.862; V, 17.9.1996 n.1139; V, 30 settembre

2002, n. 5040; tra le più recenti, V, n. 1259/2009 e 3807/2010; III, n. 6287 del 10.12.2012) è ormai consolidata nell'affermare che la retribuzione delle prestazioni in plus orario è subordinata alla necessaria copertura finanziaria dell'apposito fondo e che, pertanto, in caso di insufficienza delle risorse finanziarie disponibili, rimane del tutto irrilevante la pur intervenuta previa autorizzazione delle ore in plus orario da parte dell'amministrazione; le prestazioni eventualmente effettuate in eccedenza vanno, semmai, retribuite non già alla stregua del compenso incentivante, ma come ore di lavoro straordinario o ad altro titolo ove, beninteso, ne ricorrano le condizioni valutate dall'amministrazione (da ultimo questa CdS, III, 4.5.2012 n. 2565). La copertura finanziaria, infatti, costituisce un limite vincolante per la remunerazione delle prestazioni lavorative in plus orario in quanto la relativa attività deve essere retribuita esclusivamente attraverso la ripartizione dei fondi aventi siffatta destinazione, fermo restando che la programmazione delle ore di lavoro effettuabili avviene in via preventiva, in relazione alle finalità incentivanti perseguite, mentre il fondo da distribuire è costituito dall'apposito finanziamento regionale che viene determinato e reso disponibile solo a consultivo, onde solo in un secondo momento è reso conoscibile l'importo spettante a ciascun dipendente trattandosi appunto di una retribuzione incentivante, subordinata al raggiungimento di determinati livelli qualitativi e quantitativi di produttività

(Cons. Stato, V, 12.7.1996 n.862, cit.). Infine, la giurisprudenza ha ulteriormente chiarito che la tesi secondo la quale il fondo per il pagamento dei compensi per il plus orario deve essere gestito in modo da garantire un parallelismo costante tra prestazioni autorizzate e risorse di copertura, esprime una giusta esigenza di buona amministrazione, ma non ha alcun rilievo giuridico, in quanto la normativa circo-scrive la possibilità di utilizzare questa forma di incentivazione esclusivamente nei limiti delle risorse effettivamente disponibili sul fondo in questione (CdS, V, 30.9.2002 cit.; V, 12.4.2005 n. 1620; V, 5.2.2007 n.436). In sostanza non si determina l'automatica liquidazione, in favore del lavoratore, di un compenso in misura fissa e predeterminata, commisurata allo stipendio tabellare, per le ore di lavoro prestate in plus orario, essendo necessario lo svolgimento di una complessa ed articolata procedura che prevede, prima della liquidazione, una fase di preventivo controllo sulla effettiva maggiore produttività e una verifica sulla compatibilità finanziaria delle prestazioni effettuate. Con la conseguenza che, se il fondo istituito non ha risorse sufficienti, è anche possibile una proporzionale decurtazione delle eventuali spettanze per ogni soggetto avente titolo (CdS, III Sez., n. 6287 del 10.12.2012). Sarebbe, pertanto, plausibile e legittimo che gli "acconti" percepiti dal ricorrente non abbiano ricevuto ulteriore integrazione a consuntivo. (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 11.10.2013, n. 4990).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO

dell'Avv. Maria Carmen Agnello

La natura della responsabilità, il requisito soggettivo: rimproverabilità dell'amministrazione, la gravità del vizio, la quantificazione del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale e la perdita di chance.

The nature of the liability, the subjective requirement: criminal liability of the administration, the severity of the defect, the quantification of compensation for pecuniary and non-pecuniary loss and chance.

Sommario: 1. Aspetti generali. 2. Le questioni di diritto: la natura della responsabilità della pubblica amministrazione verso un tertium genus. 3. La rimproverabilità dell'amministrazione e l'individuazione dell'errore scusabile. 4. I profili risarcitori e probatori.

1. Aspetti generali.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.6.2013, n. 3521 presenta aspetti di rilievo, in quanto affronta in modo innovativo la questione della natura e dei presupposti della responsabilità della pubblica amministrazione e del conseguente obbligo di risarcimento in riferimento alle singole voci relative al danno patrimoniale e non patrimoniale.

La pronuncia in esame prende vita da una vicenda processuale, articolata in differenti fasi processuali, che ha inizio con un giudizio negativo, espresso dalla commissione in sede concorsuale nei confronti di un aspirante al ruolo di professore associato. Quest'ultimo ha contestato l'illegittimità della procedura selettiva per inosservanza dell'art. 44 del d.P.R. 11.7.1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica), secondo cui «non possono fare parte delle commissioni coloro che siano stati membri della commissione di concorso associato immediatamente precedente per lo stesso raggruppamento di discipline».

Il Consiglio di Stato, ha affrontato la que-

stione ancora aperta, relativa alla natura della responsabilità da attività provvedimentale della pubblica amministrazione. Al riguardo, il collegio giudicante, in accoglimento dell'appello proposto dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha richiamato un precedente del Consiglio di Stato, Sez. VI, 14.3.2005, n. 1047, secondo cui «la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile»¹.

Al riguardo, il collegio giudicante ha aderito all'orientamento giurisprudenziale, che richiede la sussistenza di un vizio 'grave', per la configurabilità di una responsabilità della pubblica amministrazione. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha tipizzato le situazioni in cui è configurabile un errore scusabile, in grado di escludere la responsabilità della pubblica amministrazione nell'emanazione di un atto illegittimo. Al fine

¹ Si v. CdS, VI, n. 1047 del 2005, in Urb.app., 2005, 1060, nota di L. Garofolo, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*.

dell'accoglimento di una domanda risarcitoria, afferente all'emanazione di un provvedimento illegittimo, è necessaria una "verifica (da parte del giudice amministrativo, sulla base della documentazione acquisita) della rimproverabilità dell'amministrazione."

In considerazione di tali argomentazioni, nel caso di specie, il Consiglio di Stato non ha rilevato una colpevolezza nell'attività della pubblica amministrazione e, dunque, la responsabilità della stessa, per la sussistenza di incertezze interpretative in ordine all'ambito applicativo della normativa sopra indicata.

2. Le questioni di diritto: la natura della responsabilità della pubblica amministrazione verso un *tertium genus*.

In via preliminare, il collegio ha affrontato la *vexata quaestio*, relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione in relazione alla procedura di selezione, i cui atti sono stati oggetto d'impugnativa.

Secondo il Consiglio di Stato, "la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile (Consiglio di Stato, VI, 14 marzo 2005, n. 1047)".

Il Collegio perviene a tale conclusione dopo avere distinto la responsabilità extracontrattuale da quella contrattuale.

La prima, prevista dall'art. 2043 c.c., "presuppone che l'agente non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata". A tale stregua, la norma prevede una clausola generale da cui discende l'osservanza del dovere generale del *neminem laedere* "a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica". Sin dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 22.7.1999 n. 500, confermata dalla giurisprudenza successiva la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi è stata inquadrata nell'ambito dell'art. 2043 c.c.²

² Si v. R.Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 326; R.Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i*

Un diverso orientamento dottrinario ha espresso delle soluzioni differenti, fondate sugli istituti del diritto civile. Una prima impostazione pone al centro il rapporto sussistente tra l'amministrazione ed il cittadino ed individua una responsabilità per inadempimento degli obblighi nascenti dal procedimento. Secondo tale impostazione "l'applicazione dello schema obbligatorio al rapporto procedimentale include il provvedimento"³, espressione di una pretesa del privato e di un'obbligazione della PA., il cui inadempimento dà diritto al risarcimento del danno.

Tuttavia, tale impostazione, seguita anche da parte della giurisprudenza amministrativa, non è stata seguita da altre decisioni, secondo cui non si può inquadrare ogni situazione di responsabilità della pubblica amministrazione, nell'alveo dei rapporti obbligatori⁴.

Inoltre, si rilevano altri aspetti critici per il privato, quali l'accertamento dell'elemento soggettivo e la determinazione dei danni risarcibili. A tale stregua, secondo il collegio nella decisione in esame, l'espressione impiegata è "una *sineddoche*, anche dalla legge o da contatto tra le parti che può generare un rapporto contrattuale di fatto".

Quanto espresso, si collega all'orientamento espresso da parte della dottrina tedesca e da alcune pronunzie della Corte di Cassazione in materia di responsabilità dei servizi sanitari e degli esercenti le professioni mediche, che ha configurato un'altra forma di re-

danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa, in Dir. proc. amm., 2003, 683; G. Corso, Intervento al convegno, *La tutela risarcitoria delle situazioni giuridiche soggettive, alla luce della recente sentenza della Cassazione (Roma, novembre 1999)*, in Riv. giur. quadr. pubbl. servizi, 2000, pag. 47.

³ Si v. F.Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009, 40 e D.Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁴ Ad es. Cassazione, Sezioni Unite, 23 aprile 2004, n. 7733, in Giust. Civ., 2004, I, 2000; Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, Urb.app., 2005, 825, nota di A. Mandarano, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, Giur.it., 2004, 416, nota di S. Rodriguez, *Dopo la sentenza «figlia» della 500/1999/SU, l'intervento del Consiglio di Stato*.



sponsabilità, qualificata «*da contatto*»⁵. Secondo tale orientamento, per un verso tra la pubblica amministrazione e la parte lesa non è rinvenibile l'estraneità giuridica tipica della responsabilità extracontrattuale, che prescinde dall'esistenza di un previo legame di natura obbligatorio⁶. Per altro verso, tale im-

⁵ A livello dottrinario, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è entrata in crisi, in quanto "(...) è *parsa ad un tempo arbitraria ed inesatta*" e "*sfumata*", si v. G. Alpa, *La responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, pag. 17. In particolare, tale autore rileva come "(...) l'obbligazione contrattuale tende a considerarsi come struttura complessa e pertanto involge anche obblighi accessori; nel contempo la responsabilità civile tende a coinvolgere anche fenomeni contrattuali". Si v. F. Ferrari, *Responsabilità civile e danno (note comparative in occasione di una recente pubblicazione)*, in *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1993, n. 1, pag. 315, rileva un'interazione tra illecito contrattuale ed extracontrattuale ed effettua un confronto con l'ordinamento americano, che pur essendo "*imperniato sul principio di tipicità dell'illecito civile*" presenta una "*distinzione tra contract e tort (...) labile ed ondivaga*". Tali criticità sono rinvenute anche nell'ordinamento francese, ove "*nei manuali più accreditati si mette in guardia il lettore dalle illusioni di una classificazione tanto precisa quanto poco utilizzabile*", si v. Alpa, cit.

⁶ Si v. C. Castronovo, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus* 1998, 653.; F. Protto, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 216; Id., In riferimento alla L. 11 febbraio 2005, n. 15, si v. A. Mandarano, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*, in *Danno resp.*, 2005, 833 s.; Tale orientamento è stato seguito in Spagna: L. Meina Alcoz, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2005, in part. 225 ss. La teoria, accolta da Cass., 19 novembre 2002, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento*, e da Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno resp.*, 2001, 1211, nota di M. Passoni, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*; in *Resp. civ. prev.*, 2001, 956, nota di S. Verzaro, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il «contatto amministrativo» convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2673, nota di S. Morelli, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*. In riferimento all'obiter dictum espresso da Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro It.*, 2003, I, 78, nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento*

stazione individua il fondamento normativo del «*contatto*» tra cittadino e pubblica amministrazione, nella l. 7.8.1990, n. 241, che consente ai privati di partecipare al procedimento amministrativo⁷. Sul piano processuale, tale ricostruzione presenta un vantaggio probatorio per il privato, in quanto consentirebbe di superare le criticità relative alla prova dell'elemento soggettivo della colpa del danneggiante, in virtù dell'applicazione dell'art. 1218 c.c.⁸.

A seguito delle criticità emerse dall'applicazione di tali categorie civilistiche, un orientamento dottrinario ha individuato "*un tipo nuovo di responsabilità, che tenga conto delle peculiarità del rapporto pubblicistico dal quale essa nasce, ritenendo che non ci sia una regola codicistica che riguardi questa specie di responsabilità*"⁹. Secondo l'orientamento espresso dal collegio, "*la responsabilità della pubblica amministrazione ha natura speciale non riconducibile ai modelli normativi di responsabilità sopra indicati*"¹⁰.

dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 735, nota di E. Rolando Perin, *Ancora un passo avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*.

⁷ Sulla legge di riforma si v. R. Carata, L. Ferrarsi, S. Rodriguez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005.

⁸ Si v. G. Alpa, *La lesione di interessi legittimi: poche certezze, molti dubbi*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 642, secondo cui tale teoria è rilevante ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo; R. Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 705.

⁹ Si v. F.G. Scoca, *Interesse legittimo come situazione risarcibile, in Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale*, Atti del Convegno di Catania del 23-25 aprile 2003, Roma, 2004, 92. Uno dei principali assertori di un modello autonomo di responsabilità della p.a., si v. L. Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1. 1 ss.

¹⁰ In dottrina, si v. C. Cacciavillani, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, nota a TAR Sicilia, Catania, 18.1.2000, n. 38, e TAR Lombardia, Milano, 23.12.1999, n. 5049, in *GC*, 5, 2000, 1573, secondo cui la lesione dell'interesse legittimo "*può essere individuata con aderenza ai nuovi principi giuspubblicistici solo se si riesce ad uscire dal condizionamento classico della bipartizione delle obbliga-*

In precedenza, tale impostazione era stata espressa da parte della dottrina, che in adesione ad un orientamento giurisprudenziale risalente agli anni 40, aveva individuato un “nuovo microsistema di responsabilità dell’amministrazione», ossia una responsabilità della pubblica amministrazione «sganciata» dal codice civile, attraverso un richiamo al d.lgs. del 30.3.1998, n. 80, e successive modificazioni e integrazioni¹¹.

Una parte della giurisprudenza amministrativa, pur negando l’applicabilità dello “schema del rapporto privatistico”, avverte la necessità “(...) di una disciplina propria che sia modellata sulle caratteristiche proprie di questa responsabilità”, al fine di semplificare taluni aspetti processuali¹². Alcune conseguenze di tale impostazione hanno inciso in merito alle modalità di liquidazione del danno, attraverso l’applicazione delle presunzioni semplici ex art. 2727 e 2729 c.c. e delle percentuali fisse, al fine di semplificare l’onere della prova a carico del ricorrente e l’attività istruttoria del giudice amministrati-

zioni contrattuali ed extracontrattuali, che male s’attaglia al rapporto pubblicistico”. In merito alla natura della responsabilità derivante da illegittima emanazione del provvedimento autoritativo, si v. L. Maruotti, *La struttura dell’illecito amministrativo lesivo dell’interesse legittimo e la distinzione tra l’illecito commissivo e quello omissivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.2007, 1 rileva che “Per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l’esercizio del potere autoritativo: non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale (...); non è assimilabile alla condotta di chi (...) cagioni un danno ingiusto (...)”.

¹¹ Si v. A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 20; R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993, 44 ss; L. Garofolo, *La responsabilità dell’amministrazione: per l’autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 16 s.

¹² Si v. TAR Liguria, Genova, sez. I, 21.4.2006, n. 391, FA TAR, 2006, 10, 3175. Secondo CdS, Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1346, UA, 2007, 5, 653, secondo cui “Le esigenze di semplificazione probatoria possono essere parimenti soddisfatte restando all’interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell’illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela (...)”.

vo¹³.

Una parte della dottrina, di segno opposto, rileva come tali criticità potrebbero condurre “a chi tratta di sottrarsi in buona fede al vincolo giuridico prima della conclusione del contratto”. A tale stregua, un orientamento dottrinario ha rilevato “come tali criticità possano essere agevolmente risolte in altri modi che non implicano la creazione di nuove categorie”¹⁴. In tale contesto, si condivide con quanto espresso da parte della dottrina che attribuisce un “ruolo determinante” all’attività dell’interprete¹⁵.

Il collegio perviene a queste conclusioni attraverso le seguenti argomentazioni. In primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell’ambito di un procedimento amministrativo.

L’amministrazione, in ossequio al princi-

¹³ Si v. G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, rileva l’adeguatezza di tale modello nell’ipotesi di responsabilità nella scelta del contraente da parte di una stazione appaltante: CdS, *Ad. Plen.*, 5.9.2005, n. 6, in *Urb.app.*, 2006, 72, con note di I. Franco - E. Raganella, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei «lavori in corso» per l’asestamento dei criteri di riparto della giurisdizione, per i casi nei quali il comportamento dell’amministrazione non è qualificabile in termini di illegittimità*. Si v. CdS, Sez. V, 18.11.2002, n. 6389, in *Urb.App.*, 2003, 566, nota di R. Caranta, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell’affidamento*.

¹⁴ Si v. CdS, Sez. V, 10.1.2005, n. 32, cit., secondo cui «le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria [...] possono essere parimenti soddisfatte restando all’interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell’illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell’elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.».

¹⁵ Si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, parte IV, capo qu 10.1, pag. 194; C. Cacciavillani, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, nota a TAR Sicilia, Catania, 18.1.2000, n. 38, e TAR Lombardia, Milano, 23.12.1999, n. 5049, in *GC*, 5, 2000, 1573, secondo cui tale “responsabilità sui generis” è “regolata da principi propri che devono essere enucleati dall’interprete”.

pio di legalità, deve osservare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esercizio del potere autoritativo «non è assimilabile alla condotta di chi con un comportamento materiale o di natura negoziale – cagioni un danno ingiusto a cose, a persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori erga omnes dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli articoli 2043 e ss. del codice civile)»¹⁶.

In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive a confronto: da un lato, dovere di prestazione (o di protezione) e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o diritto soggettivo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il collegio rileva *“la peculiarità dell'attività amministrativa, che deve svolgersi nel rispetto di regole procedurali e sostanziali a tutela dell'interesse pubblico rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima”*¹⁷.

¹⁶ Si v. CdS, VI, n. 1047 del 2005, cit., punto 18.1 della motivazione, secondo cui «nel diritto pubblico e per il caso di lesione arrecata all'interesse legittimo, si è in presenza di una peculiare figura di illecito, qualificato dall'illegittimo esercizio del potere autoritativo (il che preclude che possa essere senz'altro traspostata summa divisio tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, storicamente affermatasi nel diritto privato). Infatti, per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo: a) non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, caratterizzata da diritti, obblighi o altre posizioni tutelate dal diritto privato (la cui tutela è prevista dagli artt. 1218 ss. del c.c.); b) non è assimilabile alla condotta di chi - con un comportamento materiale o di natura negoziale - cagioni un danno ingiusto a cose, persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori erga omnes dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli artt. 2043 ss. Del c.c.)».

¹⁷ Secondo il CdS, VI, 14.3.2005, n. 1047, cit., punto 18.1, le norme processuali previste nell'art. 35 del d.lgs. 30.3.1998, n. 80, avrebbero «attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo, verificando anche se - nel caso al suo esame - un principio affermato nel diritto privato risulti compatibile con quello da applicare dal diritto pubblico (in

Occorre rilevare che tale impostazione ermeneutica è stata oggetto di critiche da parte della dottrina che ha rilevato come *“la creazione di categorie sui generis, se non strettamente necessaria, va contro il principio di semplicità; in qualche caso, anche contro i principi fondamentali dell'ordinamento, quali quello di legalità e di certezza del diritto”*¹⁸.

3. La rimproverabilità dell'amministrazione e l'individuazione dell'errore scusabile.

Nelle situazioni di lesione dell'interesse legittimo, il Consiglio di Stato ha individuato i seguenti elementi costitutivi della responsabilità della PA., quali l'elemento oggettivo; l'elemento soggettivo (la *rimproverabilità*); il nesso di causalità materiale o strutturale; il danno ingiusto, quale lesione della situazione giuridica soggettiva. In particolare, il collegio giudicante nella sentenza in commento si è soffermato sull'elemento soggettivo della colpevolezza.

Per quanto riguarda la sussistenza della responsabilità della pubblica amministrazione, la giurisprudenza amministrativa, ritiene sulle orme tracciate dalla sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, che sia necessario l'accertamento della colpa dell'amministrazione. A tale stregua, tale orientamento giurisprudenziale ha chiarito, che non è sufficiente

ragione delle regole organizzative, sostanziali e procedurali che l'Amministrazione è tenuta a rispettare, nonché delle regole che caratterizzano il processo amministrativo)».

¹⁸ Si v. CdS, Sez. V, 2.9.2005, n. 4461, *il Rasoio di Occam, la responsabilità della pubblica amministrazione*, nota di R.Caranta, in Urb. App., n. 2 del 2006, pag. 193, secondo cui *“è certamente dubbia la compatibilità con i principi di legalità e di certezza del diritto di una simile ricostruzione di un diritto della responsabilità interamente disponibile, caso per caso, dal giudice amministrativo, e quindi del tutto arbitrario. Ne è la prova la soluzione data dalla sentenza in discorso alle questioni dell'elemento soggettivo della responsabilità. Secondo l'autore “Il moltiplicarsi delle categorie della responsabilità non è accettabile dal punto di vista logico e non serve a risolvere i problemi della pratica. Aumenta solo la confusione”.* Jus enim simplex est et rerum causis superfluis non luxuriat. O, se si preferisce (...), keep it simple!. Si v. L. Garofolo, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, nota a CdS, VI, 14.3., 1047, in Urb.app., cit., 1060.

l'emanazione di un atti illegittimo per imputare una responsabilità in capo alla P.A. in quanto¹⁹. Invero, a seguito dell'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa, sarà onere della Pubblica Amministrazione provare l'assenza di colpa o l'errore scusabile in cui è incorsa. Tale errore è individuabile nelle situazioni di contrasti giurisprudenziali, oscurità normative, complessità dei fatti, ed in condotte dei terzi. Secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, la colpa oggetto di accertamento processuale, assume una connotazione oggettiva e diventa una "violazione grave e manifesta", al pari quanto espresso dalla Corte di Giustizia nelle ipotesi di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario²⁰.

A tale stregua, secondo il collegio giudicante "Devono, pertanto, essere mantenute separate le regole di validità dell'atto dalle regole di responsabilità"²¹. In particolare, la

¹⁹ In senso contrario, parte della dottrina aveva osservato che "[u]na delle conseguenze della concezione, per così dire, psicologica e l'irresponsabilità della pubblica amministrazione nell'ipotesi di errore scusabile del funzionario; di contro si osserva che l'errore scusabile, se può avere efficacia scriminante quanto alla responsabilità della persona fisica dell'organo, tale effetto non può avere nei confronti della diretta responsabilità della pubblica amministrazione per la sua attività provvedimentale, ove la colpa non è dissociabile dalla violazione delle regole di esercizio della funzione", si v. E.Scoditti, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in Foro it., 1994, I, 1860. Essa è riproposta da G. Alpa, *Il revirement della Corte di cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in Nuova giur.civ. comm., 1999, II, 920, secondo cui «dimostrata la violazione perpetrata dalla p.a., si potrebbe convenire sulla conclusione che è la violazione in se' che comporta la responsabilità dell'amministrazione».

²⁰ Si v. CdS, IV, 31.1.2012, n. 483, nota di R.Caranta, *Diritto UE e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, in Urb.app., 2012, 969. La natura della responsabilità per violazione del diritto UE, se colposa od oggettiva, è stata oggetto di rilievi, simili a quelli espressi dalla dottrina italiana in merito alla responsabilità contrattuale ed al rapporto tra gli artt. 1218 e 1177 del Codice civile.

²¹ Si v. G. Vacirca, *Appunti sul risarcimento del danno nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in Giust. civ., 2001, I, 356 ss., il quale ritiene che il riferimento alle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione abbia il significato di far rite-

pronunzia in esame afferma che "Quando è proposta una domanda risarcitoria a seguito dell'emanazione di un provvedimento autoritativo risultato illegittimo, il suo accoglimento è subordinato alla verifica (da parte del giudice amministrativo, sulla base della documentazione acquisita) della rimproverabilità dell'amministrazione"²². Dalla casistica emerge come la giurisprudenza amministrativa richieda la sussistenza di un vizio 'grave', in considerazione anche della valutazione della natura, formale o sostanziale, della violazione commessa e l'eventuale presenza di una pluralità di destinatari dell'atto illegittimo.

Al riguardo, parte della dottrina ha espresso quale "modello di riferimento" della responsabilità per attività illegittima ai parametri espressi dalla giurisprudenza comunitaria nel caso *Brasserie du pe'cheur e Factortame III*²³, relativa alla responsabilità di organi nazionali o istituzioni comunitarie per inosservanza della normativa europea. A livello di giurisprudenza europea, condivisa dalla nostra giurisprudenza, tale responsabilità è ricondotta nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, soltanto in presenza di una violazione grave²⁴.

ner rilevanti ai fini della responsabilità solo taluni vizi (ad esclusione dei vizi formali e procedurali).

²² Si v. CdS, Sez. VI, 14.3.2005, n. 1047, cit., punto 18.2 ritiene il requisito della colpevolezza «*infettibile per accertare una responsabilità in assenza di una contraria determinazione del legislatore*».

²³ Si v. Corte Giust. CE, 5.3.1996 in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pe'cheur e Factortame III*, in Foro it., 1996, IV, 321, nota di G. Catalano, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario:atto secondo*; in Foro amm., 1997, 3, nota di R. Caranta, *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità perviolazioni del diritto comunitario*; in Resp. Civ. Prev., 1996, 1123, nota di S. Tassone, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità del legislatore nazionale per violazione del diritto comunitario*. In senso critico, si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, parte IV, capo qu 10.2, pag. 194, rileva le differenze "perchè la responsabilità dello Stato dovrebbe interessare il potere legislativo, mentre la responsabilità per lesione di interessi legittimi riguarda l'esercizio del potere esecutivo".

²⁴ Cfr. punti 76 ss. della motivazione. Ad es. W. Van Gerven, J. Lever - P. Larouche, *Tort Law*, Oxford, Hart, 2000; F. Fines, *E' tude de la responsabilite' extracontractuelle de la Communaute' Economique*



Un'eccezione a quanto espresso è presente nel settore degli appalti pubblici, in cui la Corte di Giustizia ha, invece, sancito il principio della sovrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità (sentenza 30 settembre 2010). Non rileva, pertanto, ai fini della configurabilità della responsabilità della stazione appaltante, l'elemento soggettivo della colpevolezza²⁵. La giurisprudenza europea, imponendo il rispetto di tale interpretazione, ha derogato al principio generale che, in ossequio alla regola dell'autonomia processuale degli Stati membri, demanda ad essi di stabilire gli elementi costitutivi delle singole azioni proponibili nel processo.

La deroga si giustifica in osservanza dei principi a tutela della concorrenza e dunque dei valori sottesi di libera circolazione delle persone e delle merci. In tal modo, si persegue il fine che nel settore degli appalti gli o-

Europe'enne, Paris, LGDJ, 1990, i contributi in D. Fairgrieve - M. Andenas - J. Bell (edds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002.

²⁵ Questo orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza del CdS, Sez. V, 27.3.2013, n. 1833; Id., 8 novembre 2012, n. 5686, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. Corte Giust. CE, 14.10.2004, C-275/03, in *Urb.app.*, 2005, 36, nota di M. Proto, Per il diritto europeo la responsabilità della pubblica amministrazione non richiede la prova dell'elemento soggettivo e quindi non è subordinata alla dimostrazione del dolo o della colpa dell'amministrazione nel caso di violazione di disposizioni comunitarie in materia di appalti, con il diritto comunitario. Tale orientamento è coerente con la decisione emessa in riferimento al caso *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, in Corte Giust. CE, 5 marzo 1996 in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, in *Foro it.*, 1996, IV, 321, nota di G. Catalano, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*; che non ha richiesto la dimostrazione della colpa, intesa in senso soggettivo, per fondare la responsabilità di organi nazionali o istituzioni comunitarie che abbiano disatteso norme del diritto europeo. Per quanto riguarda la responsabilità dello Stato per inosservanza del Diritto Comunitario, l'orientamento prevalente della dottrina rileva una responsabilità extracontrattuale. F. Fines, *E' tude de la responsabilite' extracontractuelle de la Communaute' Economique Europe'enne*, Paris, LGDJ, 1990, nonché i contributi raccolti in D. Fairgrieve - M. Andenas - J. Bell (edds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002, ed ivi, 132, in part. W. Van Gerven, *The Emergence of a Common European Law in the Area of Tort Law: The EU Contribution*.

peratori economici non incontrino ostacoli all'accesso al mercato in ragione delle modalità di tutela assicurate nei singoli Stati membri. La ragione giustificativa della deroga, 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.

A questo punto dell'analisi, giova individuare le situazioni, in cui è configurabile un errore scusabile, che come tale esclude la configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione. Nel giudizio di prevedibilità o evitabilità dell'errore scusabile, secondo un orientamento espresso dalla dottrina occorre considerare "la condizione soggettiva dell'agente, per paragonarla a quella di un ideale agente-modello che ponga in essere una certa attività". In particolare riferimento all'attività della pubblica amministrazione, è necessario considerare il ruolo di "soggetto chiamato ad applicare le norme per realizzare il pubblico interesse:(...), sicché dovrebbe pretendersi una rigerosità massima"²⁶.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha tipizzato le situazioni, in cui si può ritenere che l'emanazione dell'atto illegittimo sia stata determinata da un errore scusabile. In particolare, secondo il costante espresso dalla giurisprudenza amministrativa rinviene gli estremi dell'esimente da responsabilità nell'esistenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; di una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; di una rilevante complessità del fatto ed in un'illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata²⁷.

Ai fini della nostra analisi, si rileva come le più frequenti situazioni di configurabilità

²⁶ Si v. S. Ruscica, *Colpa della pubblica amministrazione*, in *Digesto*, 2008, UTET; Goggiamani, *Colpa dell'amministrazione ed errore scusabile*, nota a TAR Campania, sez. II Napoli, 7-2-2002, n. 733, *Foro amm. Tar*, 2002, 2, 633.

²⁷ Tale orientamento espresso dal CdS, Sez. III, 6.5.2013, n. 2452; CdS, Sez. V, 17.2.2013, n. 798; CdS, Sez. VI, 9.3.2007, n. 1114, in www.giustizia-amministrativa.it, si pone in linea con quanto espresso dalla Corte di Giustizia, in merito di "violazione grave e manifesta".

dell'errore scusabile riguardano le questioni di applicazione delle norme giuridiche, derivanti da difficoltà interpretativa che ha determinato la violazione normativa.

In riferimento a quest'ultime, l'errore scusabile dell'amministrazione è individuato nelle ipotesi di discrasie tra pronunce del Consiglio di Stato, o il contrasto tra quest'ultimo ed il TAR o nelle situazioni di assenza di pronunce relative ad una fattispecie oggetto di un giudizio.

Tuttavia, si è osservato come tale interpretazione può creare delle criticità, relative all'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Invero, si è osservato come in tale giudizio si fonda anche su valutazioni soggettive, che possono variare dall'organo giudicante che le compie. Tuttavia, una parte della dottrina, non ha condiviso l'impostazione fondata sulla responsabilità oggettiva della Pubblica amministrazione, in quanto l'inammissibilità di una prova contraria, farebbe gravare soltanto sul privato l'interpretazione di una normativa di incerta comprensione²⁸.

A seguito, di tali considerazioni, il collegio giudicante ha valutato come, *“nella fattispecie, in esame il Ministero (e non anche l'Università che è estranea a questa parte della vicenda) abbia tenuto un comportamento colposo o rimproverabile e dunque abbia posto in essere una violazione grave delle norme di disciplina della sua azione”*. L'art. 44 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica) ha previsto che *«per ciascun raggruppamento di discipline è nominata, con decreto del Ministro della pubblica istruzione, una commissione giudicatrice composta da cinque membri effettivi e da altri cinque membri per eventuali surroghe in caso occorra sostituire un membro effettivo»*, stabilisce che *«non possono far parte delle commissioni coloro che siano stati membri della commissione del concorso associato immediatamente precedente per lo stesso*

raggruppamento di discipline». La ratio della disposizione è di evitare una cristallizzazione nella composizione delle commissioni, che potrebbe favorire una determinata scuola scientifica.

Il Consiglio di Stato, con parere 11 gennaio 1984, n. 32, su richiesta del Ministero, ha individuato le situazioni di fatto, che possono portare a ritenere variato o immutato il raggruppamento. In particolare, *«il concetto di stesso raggruppamento ricomprende, oltre il caso di perfetta identità tra gli insegnamenti inclusi nei due gruppi presi in considerazione, anche l'ipotesi in cui il nuovo gruppo risulti dalla somma di tutti gli insegnamenti inclusi in un gruppo precedente e di altri di nuova istituzione»*. L'aggiunta di discipline di nuova istituzione, per le quali non esistono professori di ruolo, non incide sull'elettorato. Lo stesso parere rileva la diversità nel caso in cui un nuovo raggruppamento derivi dalla fusione o scissione di precedenti gruppi²⁹. Nella fattispecie in esame, un professore aveva fatto parte sia della commissione relativa al concorso relativo al gruppo *«258 Economico e stimativo»* nel 1984 sia della commissione relativa al raggruppamento, che rileva in questa sede, *«G010 Economico stimativo»* nel 1990. In sede di giudizio di primo grado, il TAR, dopo avere disposto una istruttoria con ordinanza n. 3522 del 1998, ha accolto il ricorso, rilevando la sostanziale identità dei due raggruppamenti, in quanto il Ministero avrebbe modificato la sola denominazione di alcuni insegnamenti e raggruppati in un'unica disciplina un insegnamento frazionato in quattro. In sede di appello, con decisione interlocutoria 31.3.2005, n. 1362, il Consiglio di Stato ha chiesto alla direzione del Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica una documentata relazione relativa alla composizione analitica dei raggruppamenti oggetto delle due tornate concorsuali (G 010 e 258), in particolare affermando che: *«la relazione dovrà chiarire la rispettiva collocazione delle tre materie indicate nel gravame proposto dal ministero («Pianificazione ed organizzazione territoriale», «Tecnica*

²⁸ Si v. C. Papetti, *Colpa della p.a.: la soglia dell'errore scusabile*, Foro amm. Tar, 2005, 11, 3726.

²⁹ In senso analogo CdS, Sez. VI, 3.10.1994, n. 1475, in www.giustamm.it

amministrativa e contabilità dell'azienda agraria» e «Tecnica commerciale dei prodotti agricoli»), e il peso relativo dei corrispondenti elettori in relazione a quello assoluto proprio di ciascuno dei due raggruppamenti; dovrà indicare la posizione dei docenti nominativamente indicati nel ricorso del Ministero».

Il Consiglio di Stato, dopo avere rilevato che la controversia non involgeva problemi interpretativi essendo una «*questione di fatto*», ha rigettato l'appello, non ritenendo convincente la «*seconda risposta istruttoria*», in quanto: 1) non era stato chiarito, come richiesto, il peso relativo dei corrispondenti elettori in relazione a quello assoluto proprio di ciascuno dei due raggruppamenti; 2) non era stata precisata la variazione che i due raggruppamenti avevano subito; 3) alcune materie di insegnamento (quelle specificate dal ministero per dimostrare la diversità dei due raggruppamenti) avevano mutato solo denominazione. La sentenza d'appello ha concluso ritenendo che «*nessuna variazione significativa è intervenuta nella composizione dei due raggruppamenti*».

Al punto 4.1. il collegio giudicante rileva «*come non possa ritenersi che la violazione – effettuata in sede di giustizia amministrativa sulla base di una valutazione complessa e opinabile – sia stata grave, sia guardando al contenuto precettivo della norma, sia guardando alla situazione di fatto*».

In relazione al primo aspetto, le difficoltà interpretative poste dalla disposizione in esame hanno indotto l'amministrazione a chiedere un parere al Consiglio di Stato, che ha individuato la sussistenza di singole ipotesi riconducibili nell'ambito applicativo della disposizione. Inoltre, la composizione della commissione di concorso, come risulta dal decreto ministeriale di indizione del concorso, è stata effettuata in conformità al parere reso dal Consiglio universitario nazionale.

In relazione al secondo aspetto, la complessità della vicenda derivava dalla circostanza che non vi fosse identità tra i due raggruppamenti, ma una diversità tale da richiedere un accertamento istruttorio. Nel primo e nel secondo grado di giudizio, per stabilire se tali diversità potessero o meno rientrare nella

griglia, indicate dal Consiglio di Stato, nel citato parere l'organo giudicante ha ritenuto rilevanti, anche se poi nel corso del giudizio, in un'ottica di tutela dell'interessata risultata inidonea nel corso del procedimento e per consentirle di essere rivalutata - i giudici hanno ritenuto che il prof. Cassano non avrebbe dovuto far parte della commissione.

Infine, rileva sul piano della rimproverabilità del comportamento, che la violazione commessa avesse natura formale e incidesse su una pluralità di destinatari. Al riguardo, il collegio rileva che «*L'illegittimità (...) non si è diretta contra personam, né è stata la conseguenza di un esercizio anomalo, deviato o persecutorio del potere pubblico (ciò che avrebbe senz'altro comportato anche in questa sede l'accertamento delle relative responsabilità): più semplicemente, e come sovente avviene nel diritto pubblico, l'amministrazione ha interpretato la normativa applicabile (concernente un atto infraprocedimentale) in modo diverso da quanto ha poi ritenuto corretto il giudice amministrativo*».

Inoltre, la composizione della commissione di concorso è stata considerata illegittima in sede giurisdizionale, anche se il commissario risultato incompatibile avesse espresso un giudizio positivo nei confronti dell'appellata, ciò conferma secondo il collegio che «*sotto nessun profilo sono rimproverabili le amministrazioni appellanti*». A tale stregua, gli appelli principali sono stati accolti.

4. I profili risarcitori e probatori.

A completamento di quanto esposto, occorre analizzare un altro profilo di rilievo relativo all'onere probatorio, ad oggetto l'errore scusabile della pubblica amministrazione.

In particolare riferimento alla prova relativa alla scusabilità dell'errore, nelle ipotesi di interpretazione controversa della normativa, parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa hanno espresso come «*il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla quaestio iuris, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio iura novit curia*»³⁰.

³⁰ Si v. S. Ruscica, *Colpa della pubblica amministrazione*, in *Digesto*, 2008 e Consiglio di Stato, sez. VI, 3.4.2007, n. 1514. In particolare, TAR Calabria - Ca-

Tale impostazione intende superare lo svantaggio processuale del ricorrente, che “non dovrà fornire una plena probatio circa l'inequivocità e la assoluta chiarezza della normativa da applicarsi al caso di specie, ovvero del carattere vincolato dell'azione provvedimento pubblica, ma solo, al limite, allegarla”.

I tasselli della vicenda esposta si ricompongono in riferimento al risarcimento del danno da perdita di *chance*³¹. Al riguardo, il profilo della rimproverabilità della pubblica amministrazione, sopra esposto ha delle conseguenze in merito all'accoglimento della richiesta risarcitoria dell'appellante.

Al riguardo, al punto 5.3. della sentenza in esame, l'appellante incidentale ha assunto l'erroneità della sentenza per non avere il primo giudice riconosciuto, il danno da perdita di *chance*, da determinarsi in via equitativa, per non avere potuto partecipare ai momenti decisionali della vita accademica e al concorso per diventare professore di prima fascia ed il danno biologico nella maggiore misura determinata correttamente dalla perizia di parte depositata in giudizio ed infine il danno esistenziale in una misura superiore al

tanzaro, sez. II, 25-6-2007, n. 855, Foro amm. TAR, 2007, 6, attribuisce al giudice il compito di accertare “se la norma da applicare sia di oscura fattura, di incerta e dubbiosa esegesi dottrinale e/o giurisprudenziale, anche in relazione alla sua confezione grammaticale e a riconoscere, conseguentemente, la scusabilità o meno dell'errore della pubblica amministrazione; così pure nell'ipotesi di determinazione dell'efficacia di una legge ordinaria nel tempo, ex tunc/ex nunc, e della natura autoesecutiva o meno di una direttiva comunitaria, qualora detti elementi di giudizio abbiano rilevanza al fine della integrazione dell'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria”.

³¹ Si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, cap. 8.1 e 8.3, pag. 161 e ss., definisce la “*chance*”, quale “strumento artificialmente elaborato dalla giurisprudenza e dagli studiosi, per quantificare un danno non altrimenti definibile”. In particolare, “*La chance*” si definisce quale “la perdita della probabilità effettiva di conseguire un risultato utile, come previsto in base a calcoli probabilistici o per via presuntiva”. Secondo l'autore “l'attività illegittima della pubblica amministrazione può determinare sia una perdita patrimoniale immediata e diretta del danneggiato, sia l'impossibilità di conseguire ulteriori utilità, che sarebbero entrate a far parte del patrimonio”.

20%³².

Il Consiglio di stato non ha ammesso la richiesta di risarcimento del danno da perdita di *chance*, in quanto ha rilevato l'infondatezza dei motivi dell'appello, in base alle seguenti argomentazioni³³. In primo luogo, il collegio

³² Si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, cap. 8.4, pag. 163e ss., L'autore rileva come la *chance* è applicata dalla giurisprudenza amministrativa con dei limiti, a seguito della distinzione tra *chance* risarcibile, ossia quale “*mera possibilità di conseguire l'utilità sperata*” e *chance* irrisarcibile, quale “*mera possibilità di conseguire l'utilità sperata*”. Secondo CdS, Sez. VI, 14.9.2006, n. 5323, Foro amm. Cons. Stato, 2006, 9, 2585, “*La chance, ove si configuri quale mera possibilità di ottenere un risultato favorevole, non è idonea ad assumere rilevanza per il mondo del diritto, dando vita ad un interesse di fatto, insuscettibile di ricevere tutela per la propria esigua consistenza*”. Secondo autorevole dottrina e la giurisprudenza di legittimità, “*la chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale (Cass. Civile, Sez. III, 4.3.2004, n.4440, in Danno resp. n. 1 del 2005, pag. 47; ex pluribus Cass. 10.11.1998, n. 11340; Cass. 15.3.1996, n. 2167; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506)*. L'orientamento giurisprudenziale afferma che tale danno non può essere considerato “*ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo. Tale principio è stato espresso nell'ambito del risarcimento del danno subito da un lavoratore dipendente non ammesso dal datore di lavoro a partecipare ad una procedura concorsuale (ex multi, Cass. 19.11.1997, n. 11522; Cass. 10.11.1998, n. 11340; Cass. 22.4.1993, n. 4725)*”.

³³ Secondo parte della dottrina, si v. M. Franzoni, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contratto e Impresa*, n.1 del 1993, pag. 290-292, la perdita di *chance* “*consiste nel vedere sfumare la occasione da concludere un affare vantaggioso dal quale deriverebbero vantaggi economici*” ed il “*(...) danno non può essere pari a quei vantaggi economici perduti, ma deve limitarsi al valore della occasione sfumata in sé; dunque non si configura quale lucro cessante, ma come danno emergente*” ossia “*(...) pari alla perdita patrimoniale dovuta da quell'evento*”. Per un confronto con la casistica giurisprudenziale in Francia, si v. Princigalli, P, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315.

rileva che *“Il mancato perfezionamento, sul piano della fattispecie, del fatto lesivo per mancanza della colpevolezza comporta la impossibilità di configurare conseguenze pregiudizievoli patrimoniali e non patrimoniali addebitabili all'amministrazione. L'assenza di un comportamento rimproverabile anche in ambito processuale da parte dell'amministrazione rende priva di fondamento la domanda risarcitoria proposta”*.

Al punto 6, il collegio rileva come non sussista alcun danno da perdita di chance risarcibile in quanto l'appellata ricorrente in primo grado ha ottenuto una tutela effettiva a seguito dell'esito positivo dell'originario ricorso avverso gli atti, relativi alla valutazione negativa di idoneità. In tale sede, la statuizione del giudice amministrativo ha riconosciuto la qualifica di professore associato all'esito dell'attuazione di un *“accordo transattivo”*, che ha consentito un'altra valutazione della commissione nominata ad hoc. A seguito di ciò, la ricorrente di I grado con decreto del rettore dell'università, comunque ha ottenuto l'utilità finale ossia la nomina a professore associato con decorrenza retroattiva a partire dal 1° novembre 1992³⁴.

Inoltre, a seguito di tale decisione, l'appellante ricorrente ha ottenuto il riconoscimento del diritto alla determinazione del trattamento

³⁴ In merito all'individuazione della chance risarcibile, si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, cap. 8.4, pag. 165e ss., l'autore rileva come la soglia di rilevanza della chance risarcibile si basa su *“ (...) un giudizio statistico fondato su un metodo scientifico”*. In particolare, secondo una sentenza del TAR Veneto Venezia, sez. III, 9.5.2007, n. 1457, www.giustizia-amministrativa.it distingue la probabilità di riuscita che *“ (...) deve essere statisticamente valutabile con un giudizio sintetico, che ammetta, con giudizio ex ante, secondo l'id quod plerumque accidit, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al cinquanta per cento”* dall'ipotesi in cui si riconosca alla pubblica amministrazione una potestà di natura discrezionale, in cui si *“ (...) elide, nella maggior parte dei casi, la possibilità di compiere un giudizio prognostico in parola in termini di preciso calcolo percentuale, ma non esclude di poter riconoscere una perdita di chance, nella base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente”*.

economico giuridicamente spettante l'ultimo giorno di servizio, parametrato allo status di professore associato avente anzianità nella qualifica dalla medesima data.

Infine, il Consiglio di Stato non ha riconosciuto all'appellante né il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali connessi alla illegittima composizione della commissione, per l'insussistenza di un comportamento rimproverabile del ministero, né il risarcimento per eccessiva durata della fase di esecuzione, in quanto tale fase, per un verso ha riguardato una sentenza non passata in giudicato, per altro verso nella sentenza passata in giudicato, non sussistono né l'antigiuridicità, né il danno lamentato³⁵.

³⁵ In riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale, si v. P. Ziviz, *Il quantum del danno non patrimoniale*, in *Danno Resp.*, n.8-9/2005, pag. 922, secondo cui *“Ecco allora che la quantificazione del danno non patrimoniale discenderà dalla combinazione di due perdite distinti meccanismi: (a) conversione di una determinata perdita non patrimoniale in una somma di denaro attraverso criteri condivisi di monetizzazione; (b) personalizzazione della somma così ottenuta in considerazione delle caratteristiche della fattispecie concreta”*.

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Sez. Lav 5.11.2013 n. 24775
**Pubblico Impiego - trasferimento di sede del
disabile per incompatibilità ambientale -
possibilità.**

La Suprema Corte, sez. lavoro nella sentenza n. 24775.13 del 5.11.2013 si è espressa circa la “legittimità del trasferimento” di un lavoratore diversamente abile, dipendente da Ente Pubblico, presso altra sede ubicata nel medesimo Comune, a seguito ed in presenza di “sopravvenuta incompatibilità ambientale” anche se in assenza di esplicito consenso del lavoratore, come contemplato ai sensi dell’art. 33 co. 6 della l. n. 104/92. I giudici di legittimità, con tale sentenza, hanno sancito la non assolutezza ed illimitatezza del diritto, afferente al lavoratore portatore di handicap, di esprimere esplicito consenso prima di vedersi soggetto destinatario di procedure di trasferimento ad altra/diversa sede di lavoro. Entrando nello specifico, sono state considerate non prevalenti le tutele previste dalla l. 104/92 rispetto alle legittime esigenze, precipuamente economiche oltreché tecniche, organizzative e produttive, in questo caso dell’Ente Pubblico, quale datore di lavoro, ai sensi dell’art. 2103 del codice civile, senza che ciò rappresenti o si configuri quale atto persecutorio ovvero assimilabile a fattispecie di Mobbing con intenti punitivi o discriminatori nei confronti del lavoratore stesso. Di converso, la decisione dei giudici, è stata sostanzialmente ispirata considerando l’oggettiva incompatibilità ambientale derivante da situazioni di acceso contrasto con altri colleghi di lavoro, motivo, questo, di grave nocimento all’organizzazione e funzionamento dell’attività dell’Ente.

Consiglio di Stato, Sez. V, 4.11.2013, n. 5298
**Controversie - conferimento e revoca degli
incarichi dirigenziali - il giudice ordinario.**

Alla luce della giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, “spettano alla residuale giurisdizione generale di legittimità del giudice

amministrativo, ai sensi dell’art. 63 D.lgs. n. 165 del 2001: - le controversie nelle quali la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro organizzazione (attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali degli uffici) e dei provvedimenti che determinano i modi di conferimento della titolarità degli uffici pubblici dirigenziali; - le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle p.a.. Sussiste, invece, la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali in quanto determinazioni negoziali private assunte con i poteri e le capacità del comune datore di lavoro; tali atti, pur evidenziando nel loro insieme l’intenzione dell’amministrazione di adottare una decisione di ampio respiro, non esprimono la concreta scelta dell’amministrazione di esercizio del potere generale di indirizzo e organizzazione degli uffici.” Dalla giurisprudenza citata si evince, altresì, che “alla luce del vigente assetto normativo lo spostamento di giurisdizione, anche se per ragioni di connessione, non può essere introdotto per via di esegesi giurisprudenziale, bensì mediante intervento legislativo diretto o intervento della Corte costituzionale”. Conseguentemente, come già ritenuto dalla Sezione, con orientamento e determinazione cui in questa sede ci si intende attenere, deve essere declinata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla impugnativa degli atti negoziali di conferimento degli incarichi dirigenziali e, conseguentemente, ai sensi dell’art. 11, co. 1, c.p.a. deve essere indicato il giudice ordinario come provvisto di giurisdizione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 4.11.2013, n. 5296
**Pubblico impiego: ai fini del computo del
periodo di prova deve tenersi conto del
servizio “effettivo”, esclusi i periodi nei quali**

la prestazione lavorativa è venuta meno per cause non previste e non prevedibili come i periodi di assenza per malattia, gravidanza, sciopero

L'originaria giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (cui in parte si era adeguata inizialmente anche quella dei giudici amministrativi - v. in particolare, Cass. Civ. Sez. Lav. 12.9.1991, n. 9536) secondo la quale nel computo di termini a mesi come quello relativo al periodo di prova si applicano le disposizioni generali sul calendario comune ed è, quindi, esclusa la possibilità di aggiungere ai mesi del calendario i giorni nei quali sia mancata la prestazione, appare allo stato superata dall'orientamento prevalente espresso dalla stessa Corte di Cassazione in tempi più recenti (v. ex multis Cass. Civ., Sez. Lav., 22.3.2012 n. 4573 ut supra). Rileva, pertanto, il Collegio come sia oggi del tutto pacifico l'assunto secondo il quale, ai fini del computo del periodo di prova (implicando tale istituto il concorso di due elementi fondamentali costituiti dal decorso di un certo termine prefissato e dalla valutazione dell'interesse a rendere stabile un rapporto di lavoro tuttora precario in ragione delle capacità e attitudini manifestate dal dipendente nell'espletamento della prova), non può che tenersi conto del servizio "effettivo". Devono considerarsi inclusi in tale nozione esclusivamente i periodi di lavoro concretamente effettuato nonché quelli che, nel volgere di un arco temporale complessivo predeterminato, sono coesenziali al normale rapporto contrattuale anche in mancanza della prestazione, quali per l'appunto il riposo settimanale e le festività. Al contrario non possono considerarsi computabili quei periodi nei quali la prestazione lavorativa è venuta meno per cause non previste e non prevedibili quali possono essere i periodi di assenza per malattia, gravidanza o puerperio, sciopero, etc..

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.10.2013, n. 5147
Collocamento in quiescenza per diniego di trattenimento in servizio - valutazione dell'istanza presentata dal pubblico dipendente - discrezionalità dell'amministrazione.
Viene impugnato nel giudizio in esame l'atto del Rettore dell'Università con il quale gli

veniva comunicata la decadenza, per mancata ratifica da parte del Consiglio di amministrazione, del decreto rettorale che aveva disposto il suo trattenimento in servizio per ulteriori due anni ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 30.12.1992, n. 503, con conseguente suo collocamento in quiescenza a partire dal 1.11.2009, nonché la delibera del Consiglio di amministrazione di data 10.3.2009 e le delibere del Senato accademico di date 12.5.2009 e 17.12.2008. Il Consiglio di Stato sul punto ha più volte rilevato (cfr., ad esempio, le sentenze 4.10.2011, n. 5438; 27.7.2011, n. 4501; 24.1.2011, n. 479) che la ratio dell'art. 16 d.lgs. n. 503/1992, come sostituito dall'art. 72, co. 7, d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con l. n. 133 del 2008, è essenzialmente di contenimento finanziario; la disposizione non contempla più un diritto soggettivo alla permanenza in servizio del pubblico dipendente, ma prevede che l'istanza, che ha facoltà di presentare, vada valutata discrezionalmente dall'amministrazione, la quale ha facoltà di accoglierla, e possa trovare accoglimento solo in concreta presenza degli specifici presupposti individuati dalla disposizione, i primi dei quali legati ai profili organizzativi generali dell'amministrazione medesima ("in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali") e i seguenti alla situazione specifica soggettiva e oggettiva del richiedente ("in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti"); è, quindi, in relazione alle esigenze organizzative e funzionali dell'amministrazione che va incentrata la scelta, non richiedendosi, ove tali esigenze non vengano ravvedute, una speciale esternazione circa la particolare esperienza professionale dell'interessato.

Consiglio di Stato, Sez. V, 17.10.2013, n. 5046
Mansioni superiori - retribuità delle mansioni superiori nel pubblico impiego - base normativa che la preveda - esistenza in organico di un posto vacante corrispondente alle mansioni che si vanno a svolgere - atto di incarico - ad opera dell'organo competente.
Il giudice amministrativo ravvisa da tempo nella riforma contenuta nel d. lgs. n. 387 del 1998 una valenza innovativa, precisando che

nel pubblico impiego il diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni superiori effettivamente svolte è stato introdotto con carattere di generalità, nel rispetto dei precetti costituzionali, dal citato art. 15, d.lgs. n. 387 del 1998, a decorrere dalla sua entrata in vigore (22.11.1998), con norma avente, appunto, natura innovativa e non ricognitiva o retroattiva, ferma restando la necessità di una determinazione formale dell'Amministrazione e della vacanza del posto in organico. Sicché prima di quella data del 22.11.1998, quando non vi fosse una specifica normativa speciale che disponesse altrimenti, lo svolgimento da parte del pubblico dipendente di mansioni superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento costituiva circostanza irrilevante, oltre che ai fini della progressione in carriera, anche ai fini economici (v., da ultimo, CdS, Sez. V, 19.11.2012, n. 5852, e le pronunce in essa richiamate). Nel caso di specie i deducenti sono consapevoli che la retribuitività delle mansioni superiori nel pubblico impiego presuppone una base normativa che la preveda, l'esistenza in organico di un posto vacante corrispondente alle mansioni che si vanno a svolgere, un atto di incarico ad opera dell'organo competente, ma individuano quella base normativa nei generali principi di cui agli artt. 36 della Costituzione e 2126 e 2103 del c.c., non già nella specifica previsione richiesta dall'art. 15 del d. lgs. n. 387 del 1998, specifica previsione che risulta assente – né peraltro è invocata – nella fattispecie. Né può condividersi l'assunto di un indebito arricchimento dell'Amministrazione, posto che - come anche per questa tematica affermato da orientamento consolidato e pluriennale di questo Consesso - non è configurabile l'azione di indebito arricchimento prevista dall'art. 2041 cod. civ. nel caso di svolgimento di fatto di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente, atteso che, mentre l'azione de qua postula, quale indefettibile presupposto, un'effettiva diminuzione patrimoniale sofferta in conseguenza dei fatti dedotti a sostegno della pretesa, nel caso considerato il dipendente non risulta abbia sopportato alcun depauperamento che lo legittimasse all'esercizio dell'azione ex art. 2041, c.c. (v. anche in questo caso, per

tutte, la citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5852/2012, e le pronunce in essa richiamate).

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.10.2013, n. 5018
Personale del corpo forestale - maggiorazioni - indennità di aeronavigazione e volo - esclusivamente ai percettori della sola indennità operativa di base – spettano.

L'art. 11, co. 1, del d.P.R. n. 395/1995 dispone che al personale del corpo forestale interessato sono estese le indennità di aeronavigazione, di volo, di pilotaggio e di imbarco nelle stesse misure vigenti per i militati delle Forze armate impiegati nelle medesime condizioni operative. Ciò premesso, il Collegio con la sentenza in esame ha ritenuto di aderire all'indirizzo giurisprudenziale che si è da tempo consolidato - con riferimento a casi nell'ambito delle forze armate o delle diverse forze di polizia - a partire dalle sentenze della IV Sezione del Consiglio di Stato 16.3.2004, n. 1349 e 23.4.2004 n. 2379 (richiamata anche dalla difesa erariale), 15.7.2008, n. 3548. Nello stesso senso anche la sentenza del C.G.A. 26.7.2006, n. 449; e i pareri del CdS, Sez. III, 8.3.2005, n. 9873 e 6.4.2004; Sez. I, 11.2.2004, n. 5566. In particolare il Collegio fa riferimento, ai sensi dell'art. 74, del c.p.a. alla recente sentenza della IV Sezione del 21.5.2013 n. 2737, che ha ribadito tale indirizzo richiamando tutta la giurisprudenza sopra riportata. Tale coerente indirizzo giurisprudenziale ha avuto modo di chiarire definitivamente come l'art. 5, co. 2, del d.P.R. n. 394/1995 abbia introdotto "...uno specifico beneficio riservato ai militari che, in precedenza impiegati in attività di servizio compensate con speciali indennità operative di importo superiore a quella di base...cessino da tali peculiari incarichi subendo una decurtazione di reddito. Il meccanismo previsto dall'art. 5, co. 2, (c.d. indennità di trasferimento) disvela lo scopo perequativo di attenuare l'improvvisa decurtazione reddituale che subirebbe questa ben individuata categoria di personale..." (così Sez. IV, 15.7.2008, n. 3548). Il suddetto indirizzo giurisprudenziale è fondato su una attenta e sistematica ricostruzione della normativa pro tempore applicabile: - l'art. 5 del d.P.R. 31.7.1995, n. 394 (recante "Recepimento del provvedimento



di concertazione del 20.7.1995 riguardante il personale delle Forze armate (Esercito, Marina e Aeronautica)", dopo aver sostituito, al primo comma, la tabella I della l. 23.3.1983, n. 78 (recante "Aggiornamento della l. 5.5.1976, n. 187, relativa alle indennità operative del personale militare"), concernente la misura della indennità operativa di base di cui all'art. 2 della legge citata, al secondo comma dispone che: "Per il personale che anche anteriormente all'entrata in vigore del presente decreto abbia prestato servizio nelle condizioni di cui agli art. 3, 4, 5 e 6, primo, secondo e terzo comma, e 7 della l. 23.3.1983, n. 78, le misure di cui alla tabella riportata al comma 1 del presente articolo, sono maggiorate, per ogni anno di servizio effettivo prestato con percezione delle relative indennità e per un periodo complessivo di 20 anni, secondo le percentuali indicate nella Tabella VI annessa alla l. 23.3.1983, n. 78"; - tenuto conto che la maggiorazione ivi prevista riguarda l'indennità operativa di base, e considerato che essa, per espresso disposto dell'art. 2 della l. n. 78/1983, compete "...salvo i casi previsti dagli articoli 3, 4, 5, 6, primo, secondo e terzo comma, e 7...", già la formulazione della disposizione palesa la riferibilità della maggiorazione soltanto a coloro che percepissero la prima (indennità operativa di base) avendo in passato goduto di indennità operative speciali, quali appunto quelle di cui alle disposizioni ivi richiamate, tra le quali, appunto la indennità di aeronavigazione (art. 5 della legge) e l'indennità di volo (art. 6 della legge). L'inciso "anche anteriormente" vale soltanto a estendere il beneficio della maggiorazione dell'indennità operativa di base a quanti già

prima dell'entrata in vigore del provvedimento di concertazione di cui al d.P.R. n. 394/1995 fossero cessati dal particolare impiego che dava titolo all'indennità speciale operativa, e quindi non soltanto a quanti venissero destinati ad altri servizi senza diritto a indennità operative speciali in epoca successiva a tale data; - l'alternatività tra indennità operativa di base e indennità operative speciali, salve le espresse eccezioni stabilite dalla stessa legge, era disposta, in modo inequivoco, dall'art. 17 della l. n. 78/1983, a tenore del quale: "Le indennità previste dai precedenti articoli 2, 3, 4, 5, 6 e 7, salvo il diritto di opzione per il trattamento più favorevole e le eccezioni stabilite dalla presente legge non sono cumulabili fra loro...". Non avrebbe senso, perciò, attribuire la maggiorazione a coloro che già percepiscono una speciale indennità maggiorata, superiore a quella operativa di base; - rileva inoltre la disposizione di cui al d.P.R. 16.3.1999, n. 255, in base alla quale il personale militare che cambi condizione di impiego può optare tra l'indennità speciale spettante nella nuova posizione e "qualora più favorevole" l'indennità operativa di base maggiorata ex art. 5, co. 2, d.P.R. n. 394 del 1955". Ne consegue che chi passa ad un nuovo impiego deve necessariamente optare tra l'uno e l'altro trattamento, restando esclusa la possibilità del cumulo; - infine la legge finanziaria per il 2004, all'art. 3, co. 72, che detta l'interpretazione autentica dell'art. 5, ha espressamente previsto che le maggiorazioni di cui al co. 2 spettano esclusivamente ai percettori della sola indennità operativa di base di cui alla Tabella riportata al co. 1 del medesimo art. 5.

«.....GA.....»

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

RATEIZZAZIONE STRAORDINARIA DELLE SOMME ISCRITTE A RUOLO: IN G.U. IL DECRETO CHE CONSENTE DI CHIEDERE UN PIANO ORDINARIO DI RATEAZIONE FINO A 72 RATE E STRAORDINARIO FINO A 120 RATE

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 262 del 8.11.2013 il decreto 6.11.2013 del Ministero dell'Economia e delle Finanze che introduce la "Rateizzazione straordinaria delle somme iscritte a ruolo, come previsto dall'art. 52, co. 3, del d.l. n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 98 del 2013". In particolare l'art. 2 del decreto prevede che all'atto della richiesta di un piano di rateazione, il debitore può alternativamente: a) chiedere un piano di rateazione ordinario, fino ad un massimo di 72 rate, in caso di temporanea situazione di obiettiva difficoltà, ai sensi del comma 1, dell'art. 19, del d.P.R. n. 602/1973; b) chiedere un piano di rateazione straordinario, fino ad un massimo di 120 rate, in caso di comprovata e grave situazione di difficoltà legata alla congiuntura economica, per ragioni estranee alla propria responsabilità, ai sensi del combinato disposto dei coo. 1 e 1-quinquies, dell'art. 19 del d.P.R. n. 602/1973. (Decreto MEF - G.U. n. 262 del 8.11.2013).

«..... GA.....»

COMUNI: CONTRIBUTI PER 330 MILIONI DI EURO PER L'ANNO 2013 E DI 270 MILIONI DI EURO PER L'ANNO 2014 A FAVORE DEI COMUNI CHE HANNO REGISTRATO IL MAGGIOR TAGLIO DI RISORSE A CAUSA DELL'IMU SUGLI IMMOBILI COMU-

NALI

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 260 del 6.11.2013 il decreto del Ministero dell'interno del 3.10.2013 recante "Attribuzione di un contributo di 330 milioni di euro per l'anno 2013 e di 270 milioni di euro per l'anno 2014 a favore dei comuni che hanno registrato il maggior taglio di risorse operato negli anni 2012 e 2013 per l'effetto dell'assoggettamento degli immobili posseduti dagli stessi comuni nel proprio territorio all'IMU di cui all'art. 13, co. 1, del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214" (Decreto del Ministero dell'Interno).

«..... GA.....»

MISURE FINANZIARIE URGENTI IN FAVORE DI REGIONI ED ENTI LOCALI ED INTERVENTI LOCALIZZATI NEL TERRITORIO, IN G.U. IL D.L. N. 126/2013

Sulla Gazzetta Ufficiale n.256 del 31.10.2013 e' stato pubblicato il d.l. n. 126/2013 recante "Misure finanziarie urgenti in favore di regioni ed enti locali ed interventi localizzati nel territorio" (Decreto Legge n. 126/2013).

«..... GA.....»

DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI IMU, ALTRA FISCALITÀ IMMOBILIARE, DI SOSTEGNO ALLE POLITICHE ABITATIVE E DI FINANZA LOCALE, CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI E DI TRATTAMENTI PENSIONISTICI: PUBBLICATO IL TESTO DEL D.L. N. 102/2013 COORDINATO

CON LA LEGGE DI CONVERSIONE N. 124/2013

E' disponibile sul sito del Dipartimento delle Finanze il testo del d.l. n. 102/2013 coordinato con la legge di conversione n. 124/2013 (Legge n. 124/2013 - testo coordinato con il d.l. n. 102/2013).

«..... GA.....»

ENTI LOCALI: FIRMATO IL DECRETO CHE RIDUCE GLI OBIETTIVI PROGRAMMATICI DEL PATTO DI STABILITÀ INTERNO PER L'ANNO 2013 DELLE PROVINCE E DEI COMUNI CON POPOLAZIONE SUPERIORE A 1.000 ABITANTI

È stato firmato il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, d'intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, concernente la riduzione degli obiettivi programmatici del patto di stabilità interno per l'anno 2013 delle province e dei comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti, in attuazione dell'articolo 1, co. 122, della l. 13.12.2010, n. 220. Per maggiori informazioni e per accedere alla lettura del decreto n. n. 89037 del 30.10.2013. (Comunicato RGS del 31.10.2013).

«..... GA.....»

DEBITI DELLA P.A.: AVVIATA LA FASE 2, ALTRI 2,5 MILIARDI IN CORSO DI EROGAZIONE ALLE REGIONI PER IL PAGAMENTO DEI DEBITI SANITARI E PIÙ DI UN 1 MILIARDO AI COMUNI

13,8 miliardi di euro pagati ai creditori e, in virtù del DL 102/2013 sono ora in corso di erogazione dal Tesoro altri 2,5 miliardi alle Regioni per effettuare il pagamento dei debiti sanitari entro il 31 dicembre di quest'anno, mentre la Cassa Depositi e Prestiti erogherà ai più di mille comuni che ne hanno fatto richiesta un finanziamento complessivo superiore a 1 miliardo di euro il prossimo 31 ottobre. Questi i dati divulgati dal Mef in un

apposito comunicato nel quale si da atto dell'avvio della fase 2 presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e si precisa come la prima fase del pagamento dei debiti arretrati della Pubblica Amministrazione, disposta dal decreto legge 35/2013, ha raggiunto un avanzamento del 69%. Infatti ad oggi risultano rimessi ai creditori complessivamente 13,8 miliardi di euro sul totale di 18 miliardi messi a disposizione dal Tesoro agli enti debitori, in diverse forme (finanziamenti per anticipazione di liquidità, spazi finanziari sul patto di stabilità interno e rimborsi fiscali). Continua il Mef rilevando come con l'aggiornamento odierno, in particolare, si registra rispetto ai dati forniti il 24 settembre scorso un forte avanzamento nel pagamento dei debiti sanitari (+240 milioni) e nell'impiego degli spazi finanziari sul patto di stabilità da parte delle Regioni (+575 milioni relativi al contributo di progetti finanziati con fondi europei), nonché un significativo incremento dei pagamenti da parte dei Comuni (circa 1,4 miliardi, a valere sugli spazi finanziari sul patto di stabilità interno). I debiti sanitari pagati dalle Regioni ammontano complessivamente a 4,1 miliardi sul totale di 4,2 miliardi erogati dal Tesoro. Comuni e province hanno pagato pressoché tutti i debiti consentiti dai finanziamenti ottenuti, che sono stati quindi esauriti. Quasi 2 miliardi disponibili presso il Tesoro sono in attesa che le quattro Regioni destinatarie di questo importo completino gli adempimenti necessari per ottenere il finanziamento. In aggiunta ai 20 miliardi stanziati con il DL 35/2013, il Governo ha avviato una seconda fase con il d.l. 102/2013, che autorizza il pagamento di ulteriori 7,2 miliardi di euro nell'anno in corso. La seconda fase è già decollata: presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze si sono già svolti i tavoli tecnici con esito positivo, le sette regioni interessate hanno sottoscritto il contratto di finanziamento e sono in corso di erogazione da parte del Tesoro ulteriori 2,5 miliardi di euro, che le Regioni dovranno corrispondere ai creditori del comparto sanitario entro il 31 dicembre di quest'anno. Inoltre la Cassa Depositi e Prestiti erogherà ai più di mille comuni che ne hanno fatto richiesta un finanziamento complessivo superiore a 1

miliardo di euro il prossimo 31 ottobre. Il monitoraggio il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha attivato un monitoraggio regolare dell'avanzamento dell'intera procedura che coinvolge in particolare il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, al fine di garantire tanto una corretta allocazione delle risorse finanziarie quanto il rispetto degli impegni degli enti debitori a impiegare queste risorse per saldare rapidamente i debiti scaduti. La pubblicazione sul sito MEF. La tempestiva informazione al pubblico sull'attuazione è garantita dalla pubblicazione con frequenza quindicinale degli stati di aggiornamento sul sito debitipa.mef.gov.it, dal quale è possibile visualizzare tabelle di sintesi e scaricare file con dettagli sui pagamenti degli enti locali. L'articolazione dei percorsi finanziari Il decreto "sblocca debiti" e il successivo decreto legge 102/2013 ha attivato un ventaglio di strumenti finanziari articolato per consentire il celere sblocco di liquidità per 27,2 miliardi nel 2013 da destinare al pagamento di debiti risultati certi liquidi ed esigibili al 31.12.2012. Questi strumenti includono: anticipazioni di cassa agli enti locali sulla base di una convenzione tra Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. e il Tesoro, finanziamento del Tesoro alle Regioni e alle province autonome, esclusioni dal patto di stabilità interno, deroga dal patto di stabilità interno delle spese effettuate per il cofinanziamento di interventi programmati con i fondi strutturali dell'UE, l'incremento dei rimborsi fiscali. Ciascuna di queste linee di azione comporta accordi tra le parti per il corretto impiego delle risorse e per la rendicontazione dei pagamenti. I tempi del monitoraggio per le diverse linee di azione sono eterogenei, tuttavia il MEF in collaborazione con Cassa Depositi e Prestiti, ANCI e UPI riesce a fornire un monitoraggio frequente dei pagamenti certificati. Il dato fornito oggi potrebbe quindi essere inferiore ai pagamenti realmente effettuati alla data, in quanto non sono disponibili informazioni sull'impiego degli spazi finanziari delle Regioni mentre l'impiego degli spazi finanziari dei Comuni è parziale e ricostruito grazie a un'indagine campionaria dell'ANCI (che tuttavia fornisce il dato certo rilevato e

non un'estensione della stima all'insieme dei comuni, presumibilmente superiore) (**Comunicato MEF n. 197 del 29.10.2013**).

«..... GA.....»

IMU IMMOBILI COMUNALI: CONTRIBUTO COMPENSATIVO ANNO 2013

Con provvedimento del 9.10.2013, è stato disposto il pagamento del contributo assegnato, nella misura complessiva di 330 Milioni di Euro per l'anno 2013. v ai Comuni che hanno registrato il maggior taglio di risorse operato per l'anno 2012 per effetto dell'assoggettamento degli immobili posseduti dagli stessi comuni nel proprio territorio all'Imu.

L'importo dell'attribuzione, per ciascun comune, e' quello riportato nell'elenco A (visualizzabile cliccando su "Accedi l Provvedimento") allegato al Decreto del Ministro dell'Interno ddl 3.10.2013. Le risorse attribuite a ciascun ente sono calcolate in proporzione alle stime di gettito da imposta municipale propria relative agli stessi immobili, per l' anno 2012. L'importo del contributo andrà incassato con i codice Siope 2102 "altri trasferimenti correnti dello Stato" (**Comunicato del Ministero dell'Interno**).

«..... GA.....»

GOVERNO: NUOVO SITO SULLE AGEVOLAZIONI FISCALI PER LA CASA

Il nuovo sito www.casa.governo.it informa sulle agevolazioni fiscali per la riqualificazione energetica degli edifici, l' acquisto di mobili e grandi elettrodomestici di classe energetica non inferiore ad A+ per immobili soggetti a ristrutturazione e le detrazioni per l'adeguamento antisismico. Il decreto legge n. 63 del 2013 ha prorogato al 31.12.2013 la possibilità di usufruire della detrazione fiscale del 50% per interventi di ristrutturazione, per un importo fino a 96.000,00 euro, per ogni unità immobiliare. La detrazione andrà distribuita su 10



annualità di pari valore. La detrazione del 65% fino al 31.12.2013 è in vigore per coloro che effettuano interventi antisismici su immobili (strutture abitative o esercizi commerciali) che si trovano in zone ad alto rischio sismico (**Comunicato Linea Amica del 28.10.2013**).

«..... GA.....»

ASSOCIAZIONISMO COMUNALE:

PAGAMENTO ALLE REGIONI DEL CONTRIBUTO STATALE ANNO 2013

*Il Ministero dell'Interno ha disposto il pagamento del contributo statale per l'anno 2013 assegnato alle Regioni per il sostegno delle Unioni e delle Comunità Montane svolgenti l'esercizio associato di funzioni comunali (**Comunicato del Ministro dell'Interno del 25.10.2013**).*

«..... GA.....»

REDAZIONALI

DAL DECRETO DEL FARE AL POTER FARE. INTERVENTI FINANZIARI PER LE PICCOLE MUNICIPALITÀ - PROGRAMMA 6.000 CAMPANILI

del Prof. Stefano Olivieri Pennesi e dell'Avv. Guglielmina Olivieri Pennesi

Il Programma 6000 campanili quale iniziativa pubblica finalizzata a sostenere le piccole municipalità, del nostro Paese, rispetto ad interventi destinati alle diverse tipologie di infrastrutture e che producono, parallelamente, ricadute positive anche dal punto di vista economico e occupazionale.

The Program 6000 steeples which public initiative aimed at supporting small municipal Palita, of our country, compared to interventions targeted at different types of facilities that produce and, in parallel, a positive effect in terms of economic and employment.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Trattazione. 3. Conclusioni.

1. Introduzione.

Con il cosiddetto “Decreto del Fare” (art.18 co. 9 del d.l. n. 69/2013) convertito in l. n. 98/2013, è stato previsto il Primo Programma denominato “6000 campanili” di iniziativa del Ministero delle Infrastrutture e trasporti. Per tale programma sono stati stanziati 100 milioni di euro da destinare esclusivamente ai piccoli comuni, con una popolazione inferiore a 5000 abitanti.

L'ambito oggettivo del programma attiene ad interventi di adeguamento, ristrutturazione e nuova costruzione di edifici pubblici, inclusi gli interventi relativi all'adozione di misure antisismiche, ovvero di realizzazione e manutenzione di reti viarie e infrastrutture accessorie e funzionali alle stesse o reti telematiche di NGN e WI-FI, nonché di salvaguardia e messa in sicurezza del territorio.

2. Trattazione.

In linea di principio, al di là dell' innegabile bontà del programma - che si prefigge un rilancio dell'economia - non si possono non rilevare i punti di forza (minori) e di debolezza (maggiori) che hanno contraddistinto tale iniziativa legislativa, spingendo nume-

rosissimi piccoli comuni a presentare la domanda e la relativa documentazione ed esaurendo in pochi minuti il *plafond* messo a disposizione dal Ministero Infrastrutture.

Punti di forza:

a) il Programma ha il vantaggio di non richiedere all'ente richiedente alcuna forma di compartecipazione economica, con un finanziamento da parte dello Stato (nello specifico il Ministero delle Infrastrutture e trasporti) fino ad un massimo di un milione di euro, per realizzare opere di riqualificazione del territorio. In questo periodo di forte congiuntura economica, caratterizzato da cronica scarsità di risorse pubbliche e continui tagli ai trasferimenti, tale piano è stato visto, da parte dei Comuni, come una vera e propria “*boccata di ossigeno*”.

b) Non si può, inoltre, trascurare il fatto che un programma simile rappresenta una grande opportunità per i piccoli comuni e non solo in quanto può far incrementare anche l' indotto in maniera non irrisoria: basti pensare all'attività dei progettisti (architetti, ingegneri, geometri ecc.) laddove il comune non disponga di professionalità interne; alle imprese di costruzioni; alle attività produttive e via

discorrendo.

c) Celerità delle procedure che dovrebbero consentire l'effettiva cantierabilità delle opere pubbliche poiché è previsto che tra la documentazione che il comune doveva presentare per la domanda di finanziamento, è inclusa la relazione illustrativa del RUP con indicazione *“dello stato di avanzamento delle attività procedurali propedeutiche alla realizzazione dell'intervento con l'impegno a procedere alla pubblicazione del bando di gara entro il 28.2.2014 e comunque entro 45 giorni dalla sottoscrizione del disciplinare ed a procedere alla consegna dei lavori entro i successivi 70 giorni”*.

d) Il *plafond*, a partire dal 2014, è stato incrementato da parte del Ministero Infrastrutture di ulteriori 50 milioni di euro con una norma inserita nel d.d.l. stabilità e che dovrebbe consentire di finanziare qualche progetto in più rispetto ai circa 150 progetti che dovrebbero risultare assegnatari di risorse.

Punti di debolezza:

a) innanzitutto la legge ha stabilito la possibilità di accedere al finanziamento solo per gli interventi muniti di tutti i pareri, autorizzazioni, permessi e nulla osta. Tale previsione, in concreto, ha creato difficoltà perché i pareri, autorizzazioni ecc. devono essere rilasciati da amministrazioni diverse e questo può creare rallentamenti che non dipendono dall'azione del comune, pregiudicando la possibilità di presentare la domanda di finanziamento.

b) l'aver previsto un range fra i 500.000 euro ed 1.000.000 di euro ha determinato un'indubbia difficoltà soprattutto per i comuni di piccolissime dimensioni che hanno dovuto *“attrezzarsi”* per individuare interventi di importo rilevante ed escludendo, di fatto, tutti quei comuni che avrebbero necessità di interventi di minor rilevanza ma che consentirebbero all'amministrazione di offrire servizi adeguati ai cittadini. Tuttavia, a tal proposito, l'ANCI (associazione nazionale comuni italiani) è intervenuta in sede di conversione in legge per proporre un emendamento che eliminasse il limite minimo di importo (500.000 euro), ma non è stato accolto.

c) il programma non ha previsto una valu-

tazione di merito o comunque una selezione del progetto presentato dal comune, bensì è stata stabilita una modalità piuttosto *“bizzarra”* di presentazione della domanda che esula da qualsiasi valutazione sulla qualità e bontà del progetto. Atto propedeutico è la convenzione stipulata dal Ministero Infrastrutture e Trasporti e l'ANCI pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 9 ottobre scorso. A partire dalle ore 9,00 del 24 ottobre scorso è scattato il cosiddetto *“click day”* per presentare le domande da parte dei comuni sotto i 5000 abitanti. Di fatto questo meccanismo ha creato le condizioni affinché potesse essere riconosciuto assegnatario del finanziamento non il Comune che ha presentato il progetto migliore, bensì il Comune che abbia un *“provider”* di posta elettronica certificata più veloce di un'altra Amministrazione. E' stato pertanto privilegiato un dato meramente temporale rispetto a valutazioni relative alla fattibilità e meritevolezza del progetto.

d) il sistema informatico attivato dall'ANCI per la ricezione delle domande ha creato problemi in quanto sono stati riscontrati sfasamenti temporali fra l'invio della documentazione da parte dei Comuni e l'accettazione del messaggio da parte del gestore pec (posta elettronica certificata) ANCI.

e) non essendo stato previsto un limite di progettazione, in quanto poteva essere presentato qualsiasi livello di progettazione (preliminare, definitivo o esecutivo) ciò ha creato una discrepanza. I comuni che disponevano solo di un progetto preliminare non potevano usufruire di tutte le autorizzazioni necessarie e conseguentemente gli veniva pregiudicata la possibilità di presentare la domanda di finanziamento.

f) poiché dal 1 gennaio 2013 anche i comuni con popolazione compresa tra i 1001 e 5000 abitanti sono sottoposti al patto di stabilità interno, il programma 6000 campanili presenta una forte criticità poiché dalle FAQ pubblicate sul sito dell'ANCI ed elaborate dal Ministero Infrastrutture risulterebbe non prevista la deroga al patto di stabilità interno e questo potrebbe senz'altro creare un problema circa l'effettiva realizzabilità del programma.

Quali sono, pertanto, i rischi effettivi di un

programma pensato per realizzare opere pubbliche attraverso l'utilizzo di fondi pubblici?

Un rischio immediato è rappresentato dal proliferare di contenzioso, per le ragioni sopra esposte, che potrebbe bloccare la procedura di elaborazione della graduatoria da parte del Ministero delle Infrastrutture - attraverso l'emanazione di un apposito decreto - e conseguentemente l'assegnazione dei fondi ai comuni vincitori, con un danno per le amministrazioni che hanno investito in termini di risorse umane ed economiche per presentare la domanda e a cascata per tutto il territorio nazionale.

Infine una considerazione da fare è che il programma "6000 campanili" dimostra come spesso chi legifera non ha pienamente contezza delle conseguenze che possono subire i beneficiari delle norme (in tal caso i piccoli Comuni), poiché vengono sottovalutati aspetti pratici, ma rilevanti, che dovrebbero essere conosciuti a monte prima dell'elaborazione di qualsiasi disposizione legislativa, a seguito di un'accurata istruttoria e conoscenza profonda del territorio.

Di notevole rilevanza finanziaria, relativamente al Progetto 6000 campanili, risulta essere, a parere di chi scrive, il fatto che il suddetto bando non implica la necessità di un cofinanziamento, da parte dei comuni, soprattutto in un periodo di rilevanti difficoltà per gli stessi, di gestire e bilanciare le ormai asfittiche casse comunali, carenti di risorse.

Gli aspetti qualificanti, dal punto di vista macroeconomico, si possono sintetizzare nella opportunità offerta, alle piccole municipalità del nostro Paese, di progettare e realizzare "minute opere" (infatti vengono previsti dei parametri rigidi che impongono un valore, per uno o più interventi, non inferiori a 500 mila € né superiori a 1 milione di €) che hanno il beneficio di riqualificare, anche significativamente, le varie realtà presenti nei territori beneficiari, agendo da volano sulle economie localistiche irrorate spesso da piccole e piccolissime imprese, principalmente del settore edile che, da una stima effettuata dall'Ufficio studi di Confartigianato, potrebbero mobilitare una massa diretta di nuovi occupati quantificabile nell'ordine di almeno 2 mila unità sottese al contratto collettivo del settore edile.

Altro argomento positivo va individuato nelle velocizzazioni delle procedure contabili previste che, presuppongono, tempi celeri per spendere e rendicontare il contributo eventualmente assegnato.

I progetti, dal punto di vista della loro fattibilità, non sono esplicitamente soggetti a controlli od esami svolti da superiori uffici, risulta pertanto esclusivamente il Comune a dover decidere le operatività/opportunità per i propri territori.

I contributi devono altresì comprendere non solo i costi vivi ma anche le spese accessorie, facendo quindi movimentare "lavoro" indiretto quale quello, ad esempio, dei professionisti delle attività intellettuali come: architetti, ingegneri, geometri, geologi, forestali, contabili, esperti della sicurezza, avvocati, ecc.

Quale aspetto di criticità rilevante, del Progetto in trattazione, è sicuramente il fatto di non potersi avvalere di una sorta di zona franca finanziaria, per non incidere sui parametri di equilibrio previsti dal Patto di Stabilità interno, tali da escludere i finanziamenti, eventualmente ottenuti dai Comuni, per gli equilibri finanziari del Patto stesso.

Allo stato dell'arte, con la riprogrammazione dei Fondi Comunitari già stanziati, unitamente a parziali cofinanziamenti del nostro Paese, sono state individuate ulteriori somme, da destinare al Programma 6000 campanili, nella misura di un miliardo di euro a fronte delle circa 5 mila domande pervenute da parte dei comuni. Di tali domande sono state finora finanziati 115 progetti (fonte del Ministero delle Infrastrutture).

Più specificamente, nell'attuale fase di particolare gravità/criticità, del contesto di finanza pubblica, accedere ad interventi che vengono supportati previo accesso a "risorse comunitarie" rappresenta, di fatto, l'unico efficace volano per rivitalizzare la spesa destinata agli investimenti nel nostro Paese.

Al riguardo è giusto segnalare che, dal 2008, anno convenzionalmente indicato come punto zero dall'esplosione della crisi economica, nel contesto Europeo, la spesa eseguita in conto capitale (ovvero per investimenti) abbia segnato un calo verticale nell'ordine di circa il 25% facendo, al contempo, esplodere

i tagli lineari ai trasferimenti per i Comuni ed introducendo ulteriori limiti quali vincoli del Patto di Stabilità interno.

A tutto si assommano gli effetti negativi ulteriori prodotti anche da una costante indeterminatezza degli assetti riguardanti la fiscalità locale, con ricadute appunto sulla componente più flessibile e quindi più comprimibile dei bilanci degli Enti locali ovverossia, appunto, la spesa per investimenti.

È di tutta evidenza, rispetto a quanto sopra rappresentato, nel contesto odierno di rigidità finanziaria, come e quanto serva migliorare la velocizzazione della spesa, semplificando conseguentemente le relative procedure amministrative, senza dimenticare i necessari incrementi della dotazione finanziaria complessiva.

Accelerare le procedure di spesa, unitamente ad una rivisitazione dei vincoli di finanza pubblica, dovrebbe essere una missione sfidante per i responsabili dei Dicasteri Economici, affiancando le municipalità, anche e soprattutto quelle di minori dimensioni, nel dialogo tra istituzioni con il fine ultimo di ideare e progettare soluzioni nuove tendenti alla velocizzazione ed efficientamento dell'utilizzo delle risorse avendo particolare riguardo per quelle di provenienza comunitaria.

3. Conclusioni.

In ultima analisi gli ulteriori stanziamenti, previsti per il Programma 6000 campanili, sono frutto della riprogrammazione dei Fondi Europei e Nazionali 2007/2013 con il fine di spostare risorse su misure aventi il requisito di spesa certa (da effettuarsi altresì inderogabilmente entro il 2015) individuate nel capitolo Fondo sviluppo e coesione – FSC (ex Fondo FAS). Tali interventi rientrano, al contempo, tra le misure di sostegno alle economie locali e individuabili, quali piccoli lavori immediatamente cantierabili, con capacità di immettere domanda nel sistema economico generale del Paese.

In conclusione, con i suddetti ulteriori stanziamenti previsti, per il citato Programma 6000 campanili, sarebbe altresì auspicabile introdurre, nell'ipotesi di una indispensabile ulteriore sessione, predisposta sottoforma del già sperimentato *click day*, l'esame delle progettazioni proposte dai Comuni che si fondino su criteri più articolati e trasparenti e che inducano, quindi, ad una reale competizione tra Enti su argomentazioni tecniche, fattività progettuale e reali necessità di interventi infrastrutturali, e non su un mero criterio discriminante basato sulla cronologia temporale di presentazione domanda, che è stata alla base della prima sessione del *click day*.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.9.2013, n. 4821
Richiesta di accesso alle cartelle esattoriali - Equitalia non può negare l'accesso se la richiesta riguarda atti di un procedimento tributario concluso.

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato, in ordine alla richiesta di accesso proposta da un contribuente ai sensi dell'art. 26, d.P.R. n. 602 del 1973, ha ritenuto fondata l'istanza spiegata nei confronti del concessionario della riscossione (nella specie, a fronte del timore dell'esposizione ad una azione di pignoramento presso terzi), finalizzata ad accedere alle cartelle esattoriali ed alle relative intimazioni, assumendo di non avere mai ricevuto le corrispondenti notifiche. L'avvenuto deposito degli estratti di ruolo non sarebbe sufficiente a considerare assolti gli obblighi di accesso richiedendosi la integrale produzione di ciascuna cartella esattoriale con relative notifiche per consentire all'interessato odierno appellante di avere certezza in ordine al complessivo ammontare ed alle relative causali delle pretese fiscali o tributarie a suo nome. Non costituisce giusta ragione del diniego il fatto che si tratti di procedimenti tributari, al fine di escludere il diritto all'accesso, né che la richiesta del contribuente riguardi ben 55 cartelle di pagamento. Sebbene l'art. 24, l. n. 241 del 1990 escluda il diritto d'accesso, tra l'altro, nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano, è da ritenere che la detta norma debba essere intesa, secondo una lettura della disposizione costituzionalmente orientata, nel senso che la 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. In ragione di ciò

deve riconoscersi il diritto di accesso qualora l'amministrazione abbia concluso il procedimento, con l'emanazione del provvedimento finale e quindi, in via generale, deve ritenersi sussistente il diritto di accedere agli atti di un procedimento tributario ormai concluso. D'altra parte, l'interesse del contribuente alla ostensione degli atti che sono posti a presupposto o propedeutici a procedure di riscossione è riconosciuto anche in via legislativa, ponendo precisi obblighi in capo al concessionario alla riscossione. Ai sensi dell'art. 26 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602, recante disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito, "il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione". L'art. 26 co. 4, d.P.R. 29.9.1973 n. 602, nel disporre che il concessionario di esattoria deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione, introduce due obblighi per la Società concessionaria: la conservazione per cinque anni; l'obbligo di esibizione a richiesta del contribuente; conseguentemente, dal momento che la cartella esattoriale costituisce presupposto della iscrizione di ipoteca immobiliare, la richiesta di accesso, ai sensi degli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990, alla cartella è strumentale alla tutela dei diritti del contribuente in tutte le forme consentite dall'ordinamento giuridico ritenute più rispondenti ed opportune; la cartella esattoriale deve essere rilasciata, in copia, dalla società concessionaria al contribuente che abbia proposto, o voglia proporre ricorso avverso atti esecutivi iniziati nei suoi confronti. La norma introduce due obblighi per la Società

concessionaria: la conservazione per cinque anni; l'obbligo di esibizione – quale forma di accesso speciale - a richiesta del contribuente. Dal momento che la cartella esattoriale costituisce presupposto di procedure esecutive la richiesta di accesso alla cartella è strumentale alla tutela dei diritti del contribuente in tutte le forme consentite dall'ordinamento giuridico ritenute più rispondenti ed opportune essa deve essere rilasciata, in copia, dalla società concessionaria al contribuente che abbia proposto, o voglia proporre ricorso, avverso atti esecutivi iniziati nei suoi confronti. Ritenere (come vorrebbe la società resistente) diversamente implicherebbe, sostanzialmente, introdurre una limitazione all'esercizio della difesa in giudizio del contribuente, o, in ogni caso, rendere estremamente difficoltosa la tutela giurisdizionale del contribuente che dovrebbe impegnarsi in una defatigante ricerca delle copie delle cartelle. La detta limitazione colliderebbe con i principi costituzionale che garantiscono la tutela giurisdizionale, e con il principio, di rango costituzionale, di razionalità. Ciò è sufficiente a sostenere l'azione dell'appellante, il quale, temendo di trovarsi esposto ad una azione di pignoramento da parte del concessionario per la riscossione, ha chiesto di poter accedere alle cartelle esattoriali ed alle relative intimazioni proprio in quanto assume di non avere mai ricevuto le corrispondenti notifiche, aspetto questo che evidenzia in punto di interesse, quale sia la posizione di diritto che il ricorrente possiede in ordine all'accesso medesimo.

Corte dei Conti, Sez. Giurisd. Toscana, sentenza 16.10.2013, n. 310

Rimborso spese legali ai dipendenti assolti nei giudizi contabili: c'è danno erariale se l'importo erogato dall'amministrazione ai dipendenti risultante dalla parcella dell'avvocato supera l'importo per spese legali liquidato in sentenza.

Ai sensi dell'art. 91 c.p.c., il giudice quando emette la sentenza nel processo civile condanna la parte soccombente a rimborsare le spese processuali assieme agli onorari per la difesa liquidati nella stessa sentenza, in base al principio della soccombenza. Al momento della

liquidazione il giudice può escludere dal rimborso le spese ritenute eccessive o superflue come prevede l'art. 92 del c.p.c. Si possono intendere eccessive quelle sostenute per due o più avvocati quando la causa non presenta particolari difficoltà, e superflue quelle che riguardano un numero elevato di consultazioni del cliente con il difensore. L'art. 92 citato conferisce al giudice un ampio potere dispositivo per le spese processuali, tanto che può compensarle tra le parti fermo restando che il suo esercizio deve essere necessariamente motivato in maniera esplicita ovvero sulla scorta di quanto emerge dall'intera pronuncia (Cass. civ., n. 23993/2007). Per quanto riguarda i giudizi contabili, il regolamento delle spese trova disciplina nell'art. 3, co. 2 bis del d.l. n. 543/1996 per il quale "in caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal co. 1 dell'art. 1 della l. 14.1.1994, n. 20, come modificato dal co. 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza". Il proscioglimento ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, della l. n. 20 del 1994 comporta l'esclusione a carico del convenuto dell'elemento del dolo o della colpa grave in relazione ai fatti oggetto del giudizio. La norma fissando il principio generale del rimborso in caso di proscioglimento definitivo non ne aveva però previsto le modalità di attuazione che sono state successivamente oggetto di disciplina da parte dell'art. 10-bis, co. 10 del d.l. n. 203 del 2005, a sua volta integrato dall'art. 17, co. 30-quinquies del d.l. n. 78 del 2009 che ha escluso la compensazione delle spese di giudizio in caso di proscioglimento nel merito. Pertanto, sulla base della norma interpretativa, in caso di proscioglimento definitivo - che quindi accerti la mancanza di dolo o colpa grave - il giudice contabile, esclusa ogni compensazione delle spese di giudizio, liquida l'ammontare degli onorari e dei diritti spettanti alla difesa del prosciolto. Nello specifico, nel momento in cui l'interpretazione della norma del 1996 esclude dalla compensazione le spese di giudizio, queste vanno addebitate alla parte soccombente. Va comunque escluso che dette

spese possano gravare in qualche modo sulla procura della Corte (nel caso di soccombenza di quest'ultima) in quanto essa agisce non in rappresentanza dell'amministrazione ma nell'adempimento di un suo dovere impostogli dalla legge (Corte conti, III appello, n. 205/2010). Il giudice contabile procede, quindi, alla liquidazione delle spese legali anche in assenza del deposito di cui all'art. 75 delle disposizioni di attuazione del c.p.c., fermo restando il parere di congruità dell'Avvocatura dello Stato da esprimere sulla richiesta di rimborso avanzata all'amministrazione di appartenenza. Le spese legali sostenute dalla parte convenuta e poi prosciolta, per l'attività difensiva svolta dai patrocinanti nei giudizi di responsabilità avanti la Corte dei conti, non sono liquidabili dal giudice "a piè di lista" sulla base della nota spese, ma soggiacciono ad un giudizio di congruità ed adeguatezza ai fini della loro concreta determinazione (I appello, n. 428/2008). Sempre la citata sentenza rileva che nel conseguente rapporto tra amministrazione e prosciolto ai fini del rimborso, ferma restando la liquidazione giudiziale, il parere dell'Avvocatura erariale si concreta in una mera verifica di rispondenza della richiesta di rimborso alla liquidazione del Giudice, nonché di congruità di eventuali spese legali aggiuntive correlate all'attuazione della pronuncia. Negli stessi termini si è espressa la Cassazione - ss.uu., sent. n. 6996 del 2010 – secondo la quale la sentenza di proscioglimento nel merito costituisce il presupposto di un credito attribuito dalla legge e che il giudice contabile è chiamato a quantificare, salva la definitiva determinazione del suo ammontare da compiersi, su parere dell'Avvocatura dello Stato, con provvedimento dell'amministrazione di appartenenza. Sulla base della suddetta ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale, la Corte dei Conti nel giudizio in esame, fa discendere che incontestabilmente compete al solo giudice contabile disporre in tema di liquidazione delle spese in favore del dipendente assolto nel merito innanzi alla Corte dei conti. La norma di cui al citato art. 10, co. 10 bis, e la giurisprudenza sul tema non lasciano spazio ad altra interpretazione. Nella fattispecie in esame, quindi, l'amministrazione sanitaria – e,

per essa, i convenuti - avrebbe dovuto liquidare solo il quantum determinato dal giudice contabile senza in alcun modo dare seguito a rimborsi ulteriori, risultanti dalle parcelle dell'avvocato dei dipendenti assolti. In altri termini, tutto ciò che risulta essere stato erogato ai dipendenti assolti oltre all'importo liquidato in sentenza, in quanto esborso non giustificato, costituisce danno erariale perché somma illegittimamente erogata dai convenuti con grave colpa. Concordando con la Procura, ritiene il collegio che e, di fronte alla presentazione all'amministrazione di una parcella difforme rispetto a quanto stabilito in sentenza, il dipendente non può ottenere l'integrale rimborso della stessa, restando a suo carico la parte di spese che, eventualmente, il suo difensore abbia a pretendere. D'altra parte, il giudice contabile ha tutti gli strumenti per valutare la congruità della parcella richiesta dall'avvocato in quanto, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., il difensore, al momento del passaggio in decisione della causa, deve presentare la nota della spese, e può quindi stabilire con ragione l'importo delle spese che saranno a carico dell'amministrazione, eventualmente anche disponendo il rimborso integrale delle stesse, qualora ne ricorrano i presupposti. Ne deriva, altresì, che l'amministrazione di appartenenza dell'assolto dovrà eseguire la sentenza e liquidare tali spese così come sono state liquidate dalla Corte, senza poter entrare nel merito e senza rimborsare anche eventuali altre spese fatturate dal legale di parte.

Corte dei Conti Sez. delle Autonomie n. 22/2013

Dissesto degli Enti Locali: la Corte dei Conti risolve i dubbi interpretativi sulla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale.

La Corte dei Conti interviene a risolvere i numerosi dubbi interpretativi concernenti le norme che regolano la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale di cui agli artt. 243bis-243quies del TUEL (d.lgs n. 267/2000). In particolare la Corte ha statuito che: 1) la constatazione della mancata presentazione del piano entro il termine di cui all'art. 243 bis, co. 5 (mancata presentazione o tardiva presentazione) appartiene alla fase



istruttoria intestata alla commissione per la stabilità finanziaria di cui all'art. 155 TUEL che ne dà comunicazione alla Sezione regionale di controllo cui compete il formale accertamento del fatto e l'adozione della conseguente pronuncia. La pronuncia della Sezione regionale di controllo conclude il procedimento ed introduce la fase disciplinata dall'art. 6, co. 2, del d.lgs. 149/2011, salvo diversa valutazione sull'apprezzamento della tardività della presentazione espresso dalla commissione istruttoria, nel qual caso la Sezione con ordinanza dispone la prosecuzione della necessaria istruttoria ex art. 243-quater, comma 1 TUEL; 2) la scadenza del termine perentorio di cui all'art. 243-bis, comma 5, produce "ipso iure" gli effetti di cui all'art. 243-quater, co. 7, del TUEL connessi alla mancata presentazione del piano - qualora non penda la procedura ex art. 6, co. 2, d.lgs. 149/2011 "temporaneamente" sospesa - effetti del tutto sottratti alla disponibilità dell'ente che al verificarsi della fattispecie ipotizzata, non può revocare la delibera di approvazione del piano di riequilibrio, né adottare alcun atto se non quelli preordinati alla dichiarazione di dissesto secondo la disciplina di cui al già richiamato art. 6, co. 2 del d.lgs. 149/2011; 3) in via di principio, la deliberazione di approvazione o di diniego dell'approvazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale, può essere assunta in camera di consiglio laddove lo stato degli atti rassegnati alla valutazione del Collegio non renda necessaria ulteriore attività cognitiva o accertativa in contraddittorio con l'ente che ha deliberato il piano, riservando la forma della pubblica adunanza ai casi in cui si presenti tale necessità in funzione di garanzia e tutela del principio del contraddittorio; 4) la Sezione regionale di controllo, se, ai fini della formulazione del giudizio conclusivo sul piano di riequilibrio, dovesse ravvisare anche alla luce dei criteri e dei parametri delle Linee-guida ex art. 243-quater del TUEL, la necessità di approfondimenti cognitivi necessari a rendere esplicito e chiaro il valore della congruenza, ai fini del riequilibrio, delle misure riportate nel piano, in ciò non può ritenersi pregiudicata dalle risultanze istruttorie rassegnate nella relazione finale della

commissione, disponendo degli ordinari poteri cognitivi ed istruttori propri; 5) il dispositivo della decisione sul piano di riequilibrio deve essere immediatamente comunicato alle amministrazioni interessate da parte delle Sezioni regionali di controllo. Al fine di garantire l'effettività della tutela dell'ente prevista dall'art. 243-quater, co. 5 (impugnazione della delibera entro trenta giorni) qualora ricorrano le fattispecie di cui all'art. 243-quater, co. 7 e più precisamente la mancata approvazione del piano o la mancata presentazione del piano, agli adempimenti che avviano l'applicazione dell'art. 6, co. 2 del d. lgs. n. 149 del 2011, la Sezione regionale di controllo provvede non prima del decorso del termine per impugnare e, in caso di intervenuta impugnazione, non prima della decisione sul ricorso. Il termine per impugnare decorre dalla data di pubblicazione della deliberazione che decide sul piano; 6) si afferma la necessità della preventiva approvazione del rendiconto e del bilancio di previsione rispetto all'approvazione del piano di riequilibrio. Tali adempimenti non costituiscono condizioni legali di ammissibilità del piano, né formano oggetto di valutazione preliminare al merito in sede di deliberazione sul piano, ma rappresentano essenziali ed imprescindibili elementi istruttori destinati alla commissione ex art. 155 del TUEL. L'eventuale constatazione da parte della commissione della mancata approvazione dei documenti, od anche di uno dei documenti, prima della presentazione del piano - come prospettato dalla Sezione campana per alcuni casi al suo esame - costituisce oggettivo elemento di perplessità che si riflette sul valore della congruenza, ai fini del riequilibrio, dello strumento di risanamento, che sarà esposto nella relazione finale e che sarà valutato dalla Sezione regionale di controllo ai fini delle sue determinazioni.

Corte dei Conti, Sez. II, Giurisdizionale Centrale di appello, sentenza 30.9.2013, n. 546
Danno erariale: sussiste la colpa grave del Segretario generale anche per la sola violazione dei generali doveri di diligenza incombenti sul funzionario per motivi di servizio.

E' stata riformata dalla Corte dei Conti, Sez. II giurisdizionale Centrale di Appello la sentenza che in primo grado aveva assolto il Segretario Generale per il danno pari alle maggiori spese sostenute a causa del ritardato pagamento di un debito del Comune di Formia di cui il convenuto era appunto Segretario generale. Più precisamente, tali maggiori spese erano pari alla differenza tra l'importo pagato dal Tesoriere Comunale ad una ditta privata a seguito di decreto ingiuntivo e di procedura esecutiva di pignoramento e l'importo dovuto a tale ditta, per lavori effettuati nell'interesse del Comune suddetto. La Corte dei Conti, in appello ha rilevato come non occorre la violazione di specifiche disposizioni di legge per configurare la colpa grave, che sussiste anche nel caso di violazione dei generali doveri di diligenza incombenti sul funzionario per motivi di servizio, sempreché ovviamente vi sia un elevato scostamento tra la condotta doverosa e quella in concreto tenuta. In specie, al Segretario Comunale – ai sensi degli artt. 88 e 93 d.lgs. 267/2000 – incombono nello svolgimento dei suoi compiti i generali doveri di diligenza sanciti per i pubblici dipendenti, in specie di tutela dell'interesse patrimoniale dell'amministrazione, e di garanzia di legalità e del buon andamento della pubblica amministrazione. La verifica, quindi, che svolge la Corte dei Conti sta nell'accertare se nella concreta fattispecie vi sia stato un elevato scostamento tra la condotta che avrebbe dovuto tenere un qualsiasi segretario comunale nella concreta fattispecie in esame e la condotta di fatto tenuta: il che è stato negato dalla sentenza impugnata, che afferma sussistere una semplice ed occasionale violazione della "normale" diligenza e quindi una colpa semplice e non grave.

Corte dei Conti, Sez. Regione Lazio,
12.11.2013, n. 757

Prescrizione del reato penale - danno erariale - sussistenza.

Dipendenti del Ministero dell'economia e delle Finanze telefonavano al cellulare di una dipendente di altra PA. al solo fine di ricaricare la SIM concretando un danno erariale pari ad € 6.187,34. Per principio del tutto pacifico in giurisprudenza le sentenze

penali con le quali viene dichiarata l'estinzione del reato per amnistia ovvero per prescrizione del reato non hanno autorità di giudicato nel giudizio contabile: tuttavia, in questa sede il giudice può utilizzare come elementi di prova ed assumere gli accertamenti materiali tratti dal processo penale, al fine di effettuare le proprie valutazioni. Orbene, dal corposo fascicolo penale, e, segnatamente, dalla documentazione acquisita per il tramite della Guardia di Finanza (Settore di indagine relativo alle frodi telematiche), è risultato che nel periodo contestato dal requirente penale (marzo 2004 – maggio 2005) tre numeri telefonici del Ministero dell'Economia e delle Finanze hanno effettuato numerosissime telefonate – della lunghezza, a volte, superiore alle quattro ore – al numero di cellulare della Signora, la quale, allo scopo di conseguire illecitamente la "ricarica" di crediti sul telefono portatile a lei intestato, poneva tali telefonate "in attesa", sì da tenere aperta la linea e conseguire la predetta ricarica in ragione percentuale della durata delle telefonate "in entrata". A tenore della documentazione penale, sul punto mai contestata, il fatto testè rappresentato risulta provato al di là di qualsiasi possibile dubbio. Con l'effetto che si configura il danno (pari all'importo delle telefonate effettuate dai numeri del Ministero al cellulare della convenuta) nonché l'elemento soggettivo sub specie di dolo, essendo di tutta evidenza che l'effettuazione delle telefonate verso il numero di cellulare della signora ed il comportamento di costei di tenere aperta la linea per la durata di ore, allo scopo di conseguire l'ingiusto profitto della "ricarica" della SIM del proprio cellulare, concretano gli estremi di una vera e propria preordinazione dolosa. In considerazione di ciò la Signora è stata condannata dal giudice contabile a restituire al Ministero dell'Economia e delle Finanze la somma di € 6.187,34.

Corte dei Conti, deliberazione del 14.10.2013
In G.U. la delibera sulle indicazioni agli Enti Locali - sana gestione delle risorse nel caso del protrarsi dell'esercizio provvisorio e primi indirizzi sulle previsioni di bilancio 2013



Sulla Gazzetta ufficiale n. 254 del 29.10.2013 è stata pubblicata la delibera n. 23 della Corte dei Conti - sezione Autonomie, depositata il 14 ottobre 2013 recante "Indicazioni per la sana gestione delle risorse nel caso del protrarsi dell'esercizio provvisorio e primi indirizzi, ex art. 1, commi 166 e seguenti, della l. 23.12.2005, n. 266, relativi al bilancio di previsione 2013". Nella delibera la Corte dopo aver rilevato come nell'attuale contesto, caratterizzato da continui rinvii dei termini di legge, ma, soprattutto, da gravi incertezze sull'ammontare delle risorse disponibili, anche l'effettività del controllo sui bilanci preventivi perde il suo significato, con riguardo, soprattutto, alla funzione di prevenire i rischi di possibili squilibri, di qui la scelta della Corte di non elaborare, come documento autonomo, il questionario relativo alle Linee Guida EE.LL. (ex art. 1, commi 166 e seguenti, della l. 23.12.2005, n. 266) concernente il Bilancio di Previsione 2013. I dati relativi al preventivo 2013 saranno raccolti contestualmente a quelli riferiti al rendiconto dello stesso esercizio, ciò, anche al fine di consentire, alla Corte, una completa visione d'insieme degli andamenti della gestione. In mancanza della approvazione del bilancio di previsione, gli organi di revisione sono chiamati ad una più attenta vigilanza sullo svolgimento della gestione che si svolge al di fuori di precise linee direttive, in un contesto di risorse decrescenti e, pertanto, maggiormente esposta a rischi di squilibri economico-finanziari. Il processo che si attiva è inteso anche a verificare come l'ente abbia gestito la fase di esercizio provvisorio (che può protrarsi

fino ad undici dodicesimi) in assenza di uno strumento autorizzatorio approvato e come ciò si possa riverberare su alcuni aspetti della gestione finanziaria dell'ente nel 2013, che si pone in continuità con i risultati del precedente esercizio. In questo scenario la Corte ha inteso richiamare i canoni fondamentali ed i principi contabili che devono governare anche l'esercizio provvisorio del bilancio e sottolinea, in particolare, l'esigenza che siano garantite trasparenza e correttezza contabile degli atti gestori. Nello stesso tempo, la Sezione delle autonomie ha richiamato l'attenzione delle competenti amministrazioni centrali e locali sulle implicazioni che possono derivare da una gestione svolta al di fuori della preventiva emanazione di provvedimenti deliberativi sul bilancio da parte degli organi politici; si tratta di una situazione che può portare ad una opacità della gestione.

In considerazione delle anzidette premesse la Corte ha quindi ritenuto utile fornire indicazioni per una gestione dell'esercizio provvisorio improntata a principi di prudenza e atta a salvaguardare la permanenza in corso d'esercizio degli equilibri di bilancio. Le indicazioni allegare alla delibera si articolano nei seguenti 8 punti: a) esercizio provvisorio del bilancio 2013; b) gestione della spesa in esercizio provvisorio e dopo l'approvazione del bilancio 2013; c) controllo e salvaguardia degli equilibri della gestione 2013; d) equilibri di cassa; e) patto di stabilità interno; f) altri vincoli di finanza pubblica; g) continuità della gestione; h) debiti fuori bilancio e passività potenziali.

«.....GA.....»

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

INTIMIDAZIONE NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI LOCALI: ISTITUITA UN COMMISSIONE PAR- LAMENTARE D'INCHIESTA

Termine di sei mesi per la nuova Commissione che dovrà presentare una apposita relazione sul fenomeno delle intimidazioni nei confronti degli amministratori locali, anche non riconducibili alla mafia o ad altre organizzazioni criminose. Nella deliberazione del Senato della Repubblica pubblicata sulla G.U. n. 239 del 11.10.2013 i compiti affidati alla nuova Commissione sono: a) svolgere indagini sulle reali dimensioni, condizioni, qualità e cause delle intimidazioni nei confronti degli amministratori locali; b) valutare la natura e le caratteristiche dei motivi che hanno provocato un incremento delle intimidazioni; c) verificare la congruità della normativa vigente in materia e della sua applicazione; d) accertare il livello di attenzione e la capacità di intervento delle autorità e delle pubbliche amministrazioni, centrali e periferiche, competenti a svolgere attività di prevenzione delle intimidazioni; e) proporre soluzioni di carattere legislativo e amministrativo al fine di realizzare la più adeguata prevenzione e il più efficace contrasto delle intimidazioni per garantire il migliore e libero esercizio delle funzioni attribuite agli enti e agli amministratori locali (Senato della Repubblica. Deliberazione n. 3.10.2013).

«..... GA.....»

FEMMINICIDIO: IL DECRETO SUL CONTRASTO ALLA VIOLENZA DI GE- NERE È LEGGE

Il provvedimento sul cosiddetto 'femminicidio' è stato definitivamente approvato dal Senato. Con il sì definitivo dell'Aula del Senato della Repubblica definitivamente approvato il ddl n. 1079 di conversione in legge del d.l. n. 93, su violenza di genere e sicurezza. Il provvedimento amplia la tutela delle vittime di maltrattamenti e violenza domestica, mettendo in campo risorse per finanziare un Piano d'azione antiviolenza e la rete di case-rifugio.

«..... GA.....»

FARMACIE: SULLE CONTROVERSIE PER LA RIDETERMINAZIONE DEL- L'INDENNITÀ DI AVVIAMENTO DE- CIDE IL GIUDICE ORDINARIO

Il Consiglio di Stato ha cassato la sentenza del TAR che aveva annullato la nota con cui la AUSL aveva rideterminato l'indennità di avviamento che il vincitore di una sede farmaceutica del Comune di Cesarano era tenuto a versare in favore dell'appellante, già gestore provvisorio della medesima sede farmaceutica, ex art. 110 T.U.L.S. 27.7.1934, n. 1265. Il Collegio ha ritenuto fondato il motivo di appello con cui viene riproposta la questione relativa al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, motivo rigettato dal primo giudice, considerando che l'indennità di avviamento costituisce un vero e proprio diritto soggettivo del gestore provvisorio della farmacia, è prevista a tutela immediata di interessi individuali e non generali e, nella specie, l'impugnazione dell'atto amministrativo resta circoscritta alla deduzione



della sua illegittimità per lesione di tale diritto (CdS Ad. plen. 29.6.1984 n. 14; CdS, Sez. IV, 30.12.2003, n. 9175; Cass. SS.UU. 22.1.1990 n. 346). Ha poi concluso il Collegio affermando la non divisibilità dell'assunto del primo giudice secondo cui "nel presente giudizio non si contesta la misura dell'indennità, ma il provvedimento come tale", che si inserisce nel procedimento di assegnazione della farmacia, impugnabile davanti al giudice amministrativo; viceversa, dal contenuto del ricorso introduttivo si evince senza alcun dubbio che oggetto di impugnazione è l'atto col quale è stato rideterminato l'importo dell'indennità di avviamento a favore dei gestori provvisori, già calcolata in precedenza fino alla data di pubblicazione del concorso per la provincia di Lecce, anziché fino alla data del decreto sindacale di revoca della gestione provvisoria, e che la giurisdizione va determinata con riguardo alla natura delle situazioni soggettive lese (**Consiglio di Stato, 11.10.2013 n. 4987**).

«..... GA.....»

PERMESSO DI SOGGIORNO: IL RICHIEDENTE ASILO, LA CUI DOMANDA SIA STATA RESPINTA DALLA COMMISSIONE, SE PRESENTA RICORSO AL TRIBUNALE CIVILE PUÒ CHIEDERE AL PREFETTO DI ESSERE AUTORIZZATO A PERMANERE SUL TERRITORIO NAZIONALE FINO ALLA DECISIONE DEL RICORSO

Lo speciale permesso di soggiorno previsto dall'art. 1, co. 5, della l. n. 39 del 28.2.1990 e dall'art. 1, co. 2, del regolamento di attuazione approvato con d.P.R. 15.5.1990 n. 136, deve ritenersi rilasciabile solo per la durata del procedimento amministrativo per il riconoscimento dello status di rifugiato. La norma, difatti, prevede che il Questore territorialmente competente rilascia, dietro richiesta, un permesso di soggiorno temporaneo valido fino alla definizione della procedura di riconoscimento che lo straniero avvia mediante istanza motivata e, in quanto possibile, documentata, all'ufficio di polizia di frontiera, al momento dell'ingresso nel

territorio italiano. Entrambe le norme, letteralmente, ne prevedono la durata "sino alla definizione della procedura di riconoscimento", con ciò intendendo evidentemente il procedimento amministrativo. Non si ritiene possibile un'interpretazione estensiva che ricomprenda nel concetto di "procedura" anche l'eventuale fase contenziosa, non potendosi la fase contenziosa ricomprendere nell'espressione puntuale usata dal legislatore, "procedura di riconoscimento". In tal senso è la giurisprudenza di questa Sezione, la quale ha statuito che "L'eventuale impugnazione giurisdizionale appartiene ad una procedura diversa. Pertanto l'art. 1, co. 2, d.P.R. 136/1990 va inteso nel senso che il permesso temporaneo vale sino alla decisione della Commissione e non oltre, salva la possibilità di ottenere un nuovo permesso ad altro titolo". Aggiunge, infine, il Collegio che l'art. 17 del d.P.R. n. 303 del 2004 consente al richiedente asilo, la cui domanda sia stata respinta dall'apposita Commissione e che abbia presentato ricorso al tribunale civile, di chiedere al Prefetto di essere autorizzato a permanere sul territorio nazionale fino alla decisione del ricorso. Si tratta di un procedimento diversamente configurato da quello che ha seguito l'attuale appellato, per le forme, per i presupposti, per l'autorità competente, e infine per gli effetti dell'eventuale accoglimento (CdS, III Sez., n. 3091 del 23.5.2011) (**Consiglio di Stato, Sez. III, 11.10.2013 n. 4984**).

«..... GA.....»

FALLIMENTO E CONCORDATO PREVENTIVO, LE DIVERSE POSIZIONI PROCESSUALI DELL'IMPRENDITORE TORNATO IN BONIS E DEL LIQUIDATORE

La giurisprudenza di legittimità prevalente, muovendo dalla premessa che, diversamente dal fallimento, nel concordato preventivo con cessione dei beni l'imprenditore rimane in bonis e non perde la capacità processuale, ritiene che tale soggetto sia il solo legittimato rispetto alle controversie concernenti i crediti concorsuali; e che, di contro, la legittimazio-

ne del liquidatore sussista solo per le controverse che investono lo scopo liquidatorio della procedura in questione, essendo limitata quindi ai rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle relative operazioni. Ne consegue, seguendo questa impostazione di massima, che nei giudizi del primo tipo, relativi alle pretese creditorie estranee e precedenti alle operazioni di liquidazione, il liquidatore non è un litisconsorte necessario quanto, semmai, un possibile interventore adesivo, il cui intervento facoltativo si può giustificare in ragione delle possibili conseguenze che indirettamente l'esito della lite può determinare sulle operazioni concordatarie (v. Cass., Sez. III, n. 13340/2013 e 8102/2013; dove la seconda sentenza citata esclude persino che il liquidatore possa essere considerato un successore a titolo particolare del debitore). La sezione osserva come, facendo applicazione di questa impostazione, si è anche affermato, sul piano procedimentale, nei rapporti con i pubblici poteri, che l'atto amministrativo (di imposizione tributaria) emesso nei confronti di una società ammessa al concordato preventivo con cessione dei beni debba essere notificato nei soli confronti del rappresentante legale e non anche del liquidatore (v. Cass., sez. trib., n. 13340/2009).8.3. Se questo è, in tema di legittimazione del liquidatore giudiziale dei beni, l'orientamento giurisprudenziale prevalente (ancorché – il Collegio ne è consapevole – non unanime, v. Cass. I, n. 17748/2009) della Suprema Corte, al quale la Sezione intende

uniformarsi, deve escludersi che la sua posizione possa essere ricostruita, nel caso di specie, nei termini di un litisconsorte necessario nei cui confronti fosse indispensabile integrare il contraddittorio a norma dell'art. 102 c.p.c., e che altrimenti sarebbe stato legittimato, almeno in astratto, a proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 c.p.c. (da qui l'irrelevanza della questione di legittimità costituzionale prospettata con riferimento all'art. 15 del d.p.r. 1199/1971 che tale rimedio non contempla). Alla Liquidazione può essere al più riconosciuta, in conformità all'impostazione seguita dalla Suprema Corte e condivisa dal Collegio, la qualità di interventrice adesiva, che tuttavia non la legittima a proporre l'opposizione di terzo. Deve infatti ricordarsi che, in linea generale, l'interventore adesivo non può proporre opposizione di terzo, ai sensi dell'art. 404 c.p.c., tranne nell'ipotesi in cui egli, intervenuto nel primo grado di giudizio, non sia stato poi evocato in quello di appello, poiché il litisconsorzio necessario di ordine processuale tra le parti principali del giudizio e tale figura di interventore, che giustifica l'opposizione del terzo illegittimamente pretermesso, si determina solo in seguito al suo effettivo intervento in una precedente fase del giudizio, dal cui prosieguo venga poi escluso (v., sul punto e proprio con riferimento alla figura del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni, Cass., sez. III, n. 16534/2012, dalla quale si evince a contrario il principio appena affermato).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA MEDIAZIONE CIVILE DOPO IL DECRETO “DEL FARE” NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

dell'Avv. Antonella Rossi

Con il decreto “del fare” (d.l. n. 69/2013 convertito in l. n. 98/2013) l'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale torna a essere condizione di procedibilità in relazione a numerose controversie. Riflessioni sulla mediazione nella Pubblica Amministrazione.

Italian Decree n. 69/2013 converted into Law n. 98/2013 (so called “Decreto Fare”) provides for mandatory civil and commercial mediation as a condition for the processing of a number of disputes. Reasoning and considerations over mediation within Public Administration.

Sommario: 1. Il d.lgs del 4.3.2010 n. 28 come modificato dalla l. n. 98/2013 di conversione del d.l. n. 69/2013. 2. La mediazione nella Pubblica Amministrazione. Il testo della circolare n. 9/2012. 3. Riflessioni sulla mediazione nella Pubblica Amministrazione dopo il Decreto “del Fare”

1. Il d.lgs del 4.3.2010 n. 28 come modificato dalla l. n. 98/2013 di conversione del d.l. n. 69/2013.

Con l'entrata in vigore del decreto “del fare” (d.l. 21.6.2013 n. 69, convertito in legge dalla l. 9.8.2013 n. 98) torna, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012, l'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale in relazione a numerose controversie e con essa alcune novità rilevanti.

Le materie sono state confermate le medesime del d.lgs 28/2010 tra cui condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari ad eccezione di quelle relative alla responsabilità per danno da circolazione stradale e dall'aggiunta delle cause relative alla responsabilità sanitaria, ossia quelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante da rapporti instaurati tra paziente e struttura sanitaria pubblica o privata.

Importante novità della nuova disciplina è

l'inserimento di un'obbligatorietà temporanea e cioè per quattro anni dall'entrata in vigore della l. n. 98/2013 di conversione del d.l. n. 69/2013, salvo effettuare al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore, su iniziativa del Ministero della Giustizia, il monitoraggio degli esiti dei procedimenti di mediazione e delle conciliazioni raggiunte con essi.

In sintesi, le novità introdotte dal decreto del Fare alla mediazione civile e commerciale di cui al d.lgs. 28/2010 sono le seguenti.

Gli avvocati sono di diritto mediatori, salvo poi dover essere provvisti di un'adeguata formazione tramite corsi di base e di aggiornamento per potersi iscrivere agli organismi di mediazione.

L'introduzione di una competenza territoriale dell'Organismo di mediazione.

L'istanza, quindi, dovrà essere depositata presso un Organismo sito nel luogo del Giudice territorialmente competente per la successiva ed “eventuale” controversia.

La preliminare verifica nel primo incontro informativo con le parti, della possibilità di proseguire il tentativo di mediazione.

Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, in caso positivo, procede con lo svolgimento.

Lo svolgimento dell'incontro preliminare soddisfa l'assolvimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie ove la mediazione è obbligatoria. Inoltre, nel caso in cui al primo incontro emerga l'impossibilità di un accordo, nessun compenso è dovuto all'Organismo di mediazione. La durata del procedimento di mediazione viene ridotta da quattro a tre mesi;

E' prevista l'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione (art. 8: *"Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*);

L'accordo raggiunto in mediazione che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Inoltre, gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del Presidente del Tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 12).

Mediazione delegata dal Giudice. Il Giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione. In tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda di mediazione, anche in sede di giudizio di appello.

2. La mediazione nella Pubblica Amministrazione. Il testo della circolare n. 9/2012.

Con la circolare n. 9/2012 il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha fornito le linee guida per le Pubbliche Amministrazioni in materia di mediazione. Viene precisato che la normativa si applica anche al settore pubblico.

Controversie oggetto di mediazione.

Rientrano nel novero delle controversie disciplinate dal d.lgs 28/2010 esclusivamente quelle che implicino la responsabilità della Pubblica Amministrazione per *"atti di natura non autoritativa"*, con esclusione di quelle in materia fiscale, doganale e amministrativa o che abbiano ad oggetto la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri.

Rappresentanza dell'amministrazione.

Nodo cruciale della circolare è l'indicazione dei soggetti legittimati a partecipare al procedimento di mediazione in rappresentanza della Pubblica Amministrazione.

Viene esclusa la rappresentanza dell'Avvocatura di Stato davanti all'organismo di mediazione, trattandosi di procedura non riconducibile alla tutela legale contenziosa in senso stretto.

L'Avvocatura dello Stato conserva, quindi, una mera funzione consultiva come assistenza tecnica complementare alla rappresentanza processuale e difesa in giudizio delle amministrazioni patrocinate. Soltanto in casi eccezionali, giustificati dalla particolare rilevanza della potenziale controversia, l'Avvocatura dello Stato, a fronte della richiesta avanzata dall'amministrazione interessata, potrà intervenire nella procedura di mediazione in ogni caso non sostituendo ma affiancando il rappresentante dell'amministrazione.

La sottoscrizione dell'accettazione della proposta di conciliazione nonché la rappresentanza dell'amministrazione davanti all'organismo di mediazione è demandata al dirigente dell'ufficio competente della materia o ad altro dirigente delegato. Tali funzioni possono essere altresì delegate a dipendenti di qualifica non dirigenziale, purchè di comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella a

cui afferisce la controversia.

Procedimento. Nell'ambito della procedura di mediazione, la circolare evidenzia l'opportunità che l'amministrazione formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia, nei casi in cui il tentativo di transazione riguardi controversie di particolare rilievo, dal punto di vista della materia che ne costituisce l'oggetto o degli effetti in termini finanziari che ne potrebbero conseguire anche in riferimento al numero di controversie ulteriori che potrebbero derivarne.

Al di fuori dei predetti casi, l'amministrazione richiede il parere all'Avvocatura di Stato con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui il dirigente dell'ufficio dirigenziale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero il dirigente o funzionario delegato, abbia proceduto ad una motivata valutazione della controversia in senso favorevole alla conclusione dell'accordo.

Ove la richiesta di parere riguardi la proposta di conciliazione, considerata l'esiguità del termine di sette giorni entro cui accettare o rifiutare la stessa, l'amministrazione dovrà avanzare quanto prima la richiesta all'Avvocatura di Stato ovvero, quando ritenga ipotizzabile una composizione bonaria della controversia, richiedere all'organo di mediazione l'esigenza di un termine più congruo per rivolgersi e ricevere risposta dall'Avvocatura.

L'amministrazione, nella persona del dirigente o funzionario responsabile, sulla base della delega conferita, valuta se accogliere o rigettare la proposta di conciliazione, anche tenuto conto del parere dell'Avvocatura di Stato ove richiesto e pervenuto, assicurando comunque il rispetto dei termini della procedura.

3. Riflessioni sulla mediazione nella Pubblica Amministrazione dopo il decreto del Fare.

Con l'entrata in vigore del decreto del "fare" (d.l. 21.6.2013 n. 69 convertito in legge dalla l. 9.8.2013 n. 98) torna l'obbligatorietà della mediazione anche per le Pubbliche Amministrazioni per "gli atti di natura non

autoritativa".

Come affermato nella circolare n. 9/2012 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, infatti, non rinvenendosi nelle fonti normative in materia di mediazione disposizioni che escludono le Pubbliche Amministrazioni dall'ambito di applicazione della stessa normativa, questa trova applicazione, anche in riferimento al settore pubblico.

Ciò rende necessario rivedere alcune linee guida tracciate dalla circolare n. 9/2012 sul potere di rappresentanza della Pubblica Amministrazione al procedimento di mediazione, alla luce di importanti novità introdotte dalla nuova normativa.

La "toga" nel procedimento di mediazione non spetterà più al dirigente dell'ufficio competente sulla materia, ad altro dirigente appositamente delegato o a dipendenti di qualifica inferiore purchè dotati di "comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella cui afferisce la controversia".

Il decreto del fare sul punto è intervenuto con la previsione di una difesa tecnica obbligatoria nel procedimento di mediazione dove all'art. 8 del d.lgs. 28/2010 si legge che "Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato", avvocato che ai fini dell'omologa dell'accordo raggiunto in mediazione assume un ruolo fondamentale.

Questo sarà chiamato a garantire e certificare la non contrarietà del verbale all'ordine pubblico e/o a norme imperative e, in caso di tale asseverazione, l'omologa non sarà necessaria ai fini del suddetto verbale.

Il co. 1 dell'art. 12 del d.lgs 28/2010 è stato, in tal senso, profondamente modificato con la l. n. 98/2013, norma, però che, per altro verso, sembrerebbe lasciare aperto uno spiraglio alla possibilità che gli avvocati non partecipino al procedimento di mediazione, laddove testualmente recita "ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'ese-

cuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico".

Sul punto è intervenuta la recentissima Circolare del Ministero di Giustizia del 27.11.2013 con la quale è stato chiarito che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice *ex art. 5 co. 2*), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa.

La circolare precisa che a tale soluzione si perviene proprio interpretando il nuovo testo dell'art. 12, co. 1, che configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come mera-

mente eventuale e che a tale conclusione non è di ostacolo la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo, che prevede che *"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*.

Infatti, apparentemente di ambito generale, in realtà tale disposizione costituisce un completamento della previsione di cui all'art. 5, nel senso che, nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza dell'avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4.11.2013, n. 5290
La regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento si applica anche alle azioni risarcitorie proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza in esame ha ribadito i principi sanciti dall'Adunanza plenaria con la sentenza 23.5.2011, n. 3. In tale occasione si è affermato che l'art. 30, co. 3 del codice del processo amministrativo, nel prevedere che in sede di determinazione del risarcimento, "il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti", pur non evocando in modo esplicito il disposto dell'art. 1227, co. 2, del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi. Al riguardo, l'Adunanza plenaria ha chiarito che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento (da ultimo sancita dall'articolo 30, comma 3, del codice del processo amministrativo), risulta

ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di una interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 c.c. Pertanto, la regola in questione risulta applicabile anche alle azioni risarcitorie che (al pari di quella in oggetto) siano state proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, essendo espressione, sul piano teleologico, del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali, mirando a prevenire comportamenti opportunistici che intendano trarre occasione di lucro da situazioni che hanno leso in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi.

Consiglio di Stato, Sez. III, 30.10.2013, n. 5229
Collaboratori di giustizia: i presupposti per la revoca delle misure di protezione e l'erogazione di una somma pari alla capitalizzazione delle misure di assistenza percepite.

In linea di diritto la revoca o la modifica dello speciale programma di protezione adottato dalla Commissione Centrale e sottoscritto dall'interessato (art. 12 l. n. 82/1991 e successive modifiche: "Le speciali misure di protezione sono sottoscritte dagli interessati, i quali si impegnano personalmente a: a) osservare le norme di sicurezza prescritte e collaborare attivamente all'esecuzione delle misure") - e dunque costituenti oggetti di un vero e proprio contratto di natura pubblica, fonte di reciproci diritti ed obblighi - possono essere disposte o per cessazione o modifica del presupposto essenziale delle misure, ossia del pericolo cui è esposto il collaboratore di giustizia in conseguenza dei suoi apporti alle indagini, oppure per i comportamenti inadempienti dello stesso collaboratore. L'art. 13 quater, co. 1, prevede infatti che: "Le speciali misure di protezione sono a termine e, anche se di tipo urgente o provvisorio a norma

dell'art. 13, co. 1, possono essere revocate in relazione all'attualità del pericolo, alla sua gravità e alla idoneità delle misure adottate, nonché in relazione alla condotta delle persone interessate e alla osservanza degli impegni assunti a norma di legge". Il co. 2 aggiunge che costituiscono fatti che possono comportare la revoca e la modifica delle speciali misure di protezione l'inosservanza degli impegni assunti a norma dell'art. 12, fra i quali la rinuncia espressa alle misure, nonché ogni azione che comporti la rivelazione o la divulgazione dell'identità e/o del luogo protetto. Tali previsioni sono state ribadite e dettagliate dal d.m. n. 161 del 23.4.2004, recante il regolamento di attuazione della legge n. 82/1991, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie. Ciò stante il Collegio è ben a conoscenza che quanto alla revoca per condotte inadempienti degli interessati il legislatore disciplina diversamente la violazione dei diversi tipi di obblighi derivanti dalla sottoscrizione delle misure speciali (o dal programma speciale) di protezione, distinguendo l'ipotesi della violazione dell'obbligo primario di collaborare con gli organi di giustizia (sottoposizione ad interrogatori, esami, testimonianze) da quella della violazione degli altri obblighi di natura secondaria e, segnatamente, dei doveri di "osservare le norme di sicurezza prescritte e collaborare attivamente all'esecuzione delle misure" ed "adempiere agli obblighi previsti dalla legge e dalle obbligazioni contratte" (v. art. 12, co. 2, lett. a) e c) l. n. 82/1991 e successive modifiche). Senza dubbio la violazione degli obblighi secondari non sono di per sé sufficienti a giustificare la revoca delle misure imponendosi una valutazione comparativa di tutti gli interessi essenziali in gioco e quindi, nello specifico, dello spessore delle condotte di collaborazione. Applicando gli enunciati principi al caso di specie, il Collegio osserva che l'impugnato provvedimento di revoca imputa al ricorrente ed odierno appellato la violazione del cd. "codice comportamentale", e in particolare la violazione dell'obbligo, personalmente sottoscritto, di comunicare sia la separazione dalla moglie che il trasferimento in altra località presso l'abitazione del fratello, non

sottoposto a misure protettive, ove risulta per di più esser stato assunto presso una P.A., rifiutandosi poi, nonostante più richiami, di trasferirsi in altro luogo protetto in Regione limitrofa. Ciò stante, è ben vero che nella fattispecie si tratta di inadempienze comportamentali, ma è altresì indubbio che l'appellato risulta, con la sua condotta, aver disatteso volontariamente gli obblighi contrattuali sottoscritti e le più elementari norme di sicurezza e riservatezza inerenti il programma di protezione vanificando di fatto la sua attuazione concreta. Infatti il soggetto in questione ha posto in essere una serie di personali determinazioni che, per *facta concludentia*, hanno integrato inequivocabilmente una vera e propria rinuncia alle misure di protezione e l'intendimento comunque di "disvelare" la propria identità e il luogo di residenza a prescindere dal programma di protezione. Per di più – a riprova – lo stesso ha, come gli altri familiari, avanzato richieste di carattere economico a titolo transattivo nel giudizio civile in corso, per cui il Ministero ha provveduto a erogargli la cd. "capitalizzazione" nella misura massima e la relativa deliberazione è stata impugnata presso il TAR Lazio, come le altre riguardanti i familiari. Né d'altra parte emergono dagli atti né risultano prospettati motivi plausibili che avrebbero potuto giustificare il contestato comportamento, per cui il Ministero è stato indotto, anche a tutela dell'erario, a disporre la sospensione del trattamento economico e l'attivazione dell'azione di recupero delle somme già versate. In conclusione il provvedimento *de quo* contiene gli elementi, in fatto e in diritto, indispensabili per configurare la fattispecie all'esame e specificatamente la posizione del soggetto in questione rispetto a quelle dei familiari, pur ricomprese nello stesso, che, d'altra parte, ha previsto anche la segnalazione delle posizioni degli interessati alle competenti Autorità di P.S. per l'adozione delle misure ordinarie di protezione.

Consiglio di Stato, Sez. III, 28.10.2013 n. 5172
Processo amministrativo: il giudice non deve disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati quando il ricorso è palesemente infondato.

Nella sentenza in esame la Terza Sezione del Consiglio di Stato ribadisce l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui "ragioni di economia processuale e l'interesse ad una ragionevole durata del processo, infatti, possono far ritenere non necessario disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati non evocati nel giudizio di primo grado, quando nel merito l'appello è infondato" (v., da ultimo, CdS., III, 27.5.2013, n. 2893). Nel processo amministrativo di primo e di secondo grado, ai sensi degli artt. 49, comma 2, e 95, co. 5, c.p.a., non deve disporsi, infatti, l'integrazione del contraddittorio quando il ricorso è palesemente infondato (CdS, IV, 14.1.2013, n. 160).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.10.2013, n. 5104
Decide il giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto la cessazione anticipata dall'incarico ed il conferimento di nuovo incarico dirigenziale.

Sul difetto di giurisdizione nella controversia concernente la cessazione anticipata dall'incarico ed il conferimento di nuovo incarico dirigenziale, il Consiglio di Stato con la sentenza in esame osserva che in tema di impiego pubblico privatizzato, la previsione dell'art. 63 d. lgs. n. 165/2001, che conferma la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario anche "se vengono in questione atti amministrativi presupposti e quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione", giacché in tal caso il giudice li disapplica ove illegittimi, trova applicazione anche nel caso in cui l'amministrazione revochi anticipatamente l'incarico dirigenziale a tempo determinato attribuito al lavoratore, venendo in considerazione un atto di gestione del rapporto di lavoro rispetto al quale l'amministrazione opera con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (Cass. SS.UU. 27.12.2011, n. 28806; Cass. SS.UU. 1.12.2009, n. 2554), senza che assuma rilievo, attesa l'incidenza solo mediata sulla naturale prosecuzione del rapporto, che la revoca consegua all'istituzione di un nuovo posto cui successivamente la ricorrente sia stata destinata. La relativa controversia è attribuita pertanto alla giurisdizione del giudice ordinario, non essendo riconducibile alla configurazione

strutturale dell'ufficio, come peraltro dimostrato anche dalla diversità dell'autorità emanante (Segretario generale, per la revoca dell'incarico; Presidente della Corte dei Conti, per l'istituzione del nuovo posto dirigenziale).

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.10.2013, n. 5021
Anteponzione di un altro nome e cognome al nome e cognome originali: il Consiglio di Stato consente l'integrazione delle generalità se il nome diverso è concorrente e conosciuto nella vita di relazione e nell'esercizio dell'attività professionale.

Notoriamente le istanze dei cittadini sono dirette a cambiare nomi ridicoli o vergognosi, nel caso di specie invece la vicenda giudiziaria attiene alla domanda che non si presenta sostitutiva del nome attribuito per filiazione naturale, ma diretta ad aggiungere ad esso un nome diverso che viene utilizzato nella vita di relazione e nell'esercizio della attività professionale. Il Consiglio di Stato nel risolvere la questione ha dapprima richiamato le seguenti norme: - l'art. 6 cod. civ., che nell'esprimere di massima il favor per la certezza e la stabilità del nome - nel binomio comprensivo del prenome e del cognome - nell'evidente intento di salvaguardare l'interesse pubblico alla certezza di status ed all'agevole individuazione delle persone, al comma terzo consente "aggiunte e rettifiche al nome nei casi e con le formalità" previste dalla legge ordinaria; - l'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000 - recante la disciplina della materia de qua - che nell'esemplificare le ipotesi in cui il nome può essere cambiato "anche perché ridicolo o vergognoso o perché rivela l'origine naturale" non recepisce un criterio di tassatività dei casi in cui l'istanza di mutamento delle generalità può formare oggetto di favorevole assenso (cfr. Cons. St., sez. I, n. 515 del 17 marzo 2004). Su tale quadro normativa il Collegio ne fa derivare che la domanda che si propone ai sensi dell'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000 può essere sostenuta anche da intenti soggettivi ed atipici, purché meritevoli di tutela e non contrastanti con il pubblico interesse alla stabilità ed alla certezza degli elementi identificativi della persona e del suo status giuridico e sociale. Nella specie, la domanda avanzata dall'istante non si presenta sostitutiva

del nome attribuito per filiazione naturale, in quanto diretta ad aggiungere ad esso un altro nome e cognome, così che riceve attenuazione l'interesse primario cui nel provvedimento negativo impugnato l'Amministrazione dà rilievo, di garantire la continuità ed immutabilità nel tempo degli estremi anagrafici identificativi della persona (cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 63 del 25 gennaio 1999; n. 615 del 3 giugno 1997). Peraltro le verifiche effettuate dal Comando provinciale dei Carabinieri hanno dato atto del connubio fra la persona del ricorrente ed il nome con il quale si vuole integrare le generalità anagrafiche, nell'ambito della comunità di appartenenza e nello stesso contesto lavorativo, legato al mondo dello spettacolo e della comunicazione, così che il nuovo nomen viene a qualificarsi come concorrente, con quello anagrafico, agli effetti della corretta identificazione della persona. In tal senso per il Collegio i motivi posti a sostegno della domanda prodotta non si configurano futili, né avulsi da esigenze concrete, e non si presentano, quindi, recessivi a fronte della motivazione del provvedimento impugnato che - pur espressione della sfera di discrezionalità che nella materia residua in capo all'Amministrazione - si attesta sulla prevalenza in astratto del principio di immutabilità delle risultanze anagrafiche, in un quadro normativo che, tuttavia, consente di derogare alla tendenziale stabilità del cognome (che peraltro nella specie non riceve vulnus non determinandosi l'ablazione di quello per filiazione naturale) per ragioni che, come innanzi precisato, l'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000 non seleziona con carattere di tassatività..

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.10.2013, n. 4944

Liti condominiali: l'amministratore può proporre ricorso giurisdizionale nell'interesse del condominio che rappresenta solo in presenza di una specifica autorizzazione assembleare.

Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha accolto l'eccezione sollevata dal Comune di Milano di difetto di legittimazione processuale attiva dell'amministratore del Condominio richiamando l'indirizzo giurisprudenziale più volte espresso dalla Corte di Cassazione e recentemente avallato dalle Sezioni Unite (cfr.

Cass., SS.UU., 6.8.2010, n. 18331) che, partendo dalla premessa secondo cui l'amministratore di condominio non ha autonomi poteri, ma si limita ad eseguire le deliberazioni dell'assemblea ovvero a compiere atti conservativi dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio (art. 1130 c.c.), giunge alla conclusione che, anche in materia di azioni processuali, il potere decisionale spetta solo ed esclusivamente all'assemblea, la quale deve deliberare se agire in giudizio, se resistere e se impugnare i provvedimenti in cui il condominio risulta soccombente. Un tale potere decisionale non può competere in via autonoma all'amministratore che, per sua natura, non è un organo decisionale ma meramente esecutivo del condominio. Ove tale potere spettasse all'amministratore, questi potrebbe anche autonomamente non solo costituirsi in giudizio ma anche impugnare un provvedimento senza il consenso dell'assemblea e, in caso di ulteriore soccombenza, far sì che il condominio sia tenuto a pagare le spese processuali, senza aver in alcun modo assunto decisioni al riguardo. Non vi è dubbio, quindi, conclude il Consiglio di Stato che, in base a questo orientamento l'amministratore può proporre ricorso giurisdizionale nell'interesse del condominio che rappresenta solo in presenza di una specifica autorizzazione assembleare, la sola a poter esprimere il relativo potere decisionale, anche in campo processuale.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.10.2013, n. 4942
Liquidazione degli onorari dovuti dal cliente al proprio avvocato: il parere del Consiglio dell'Ordine è vincolante per il giudice in sede di emissione del decreto ingiuntivo, ma non nel successivo giudizio di opposizione.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha richiamato nella sentenza in esame il principio sancito dalla Suprema Corte di Cassazione, Sez. II, 17.4.2013, n. 9366, secondo cui "Il parere del Consiglio dell'Ordine, in materia di liquidazione degli onorari dovuti dal cliente al proprio avvocato, è vincolante per il giudice in sede di emissione del decreto ingiuntivo, ma non nella eventuale fase di opposizione, nella quale il giudice può motivatamente disattendere tale parere"; analogamente, Cass., Sez. II, 27.9.2011, n. 19750, per la quale

“la sola parcella corredata dal parere del consiglio dell’ordine, sulla base della quale il professionista abbia ottenuto il decreto ingiuntivo contro il cliente, se è vincolante per il giudice nella fase monitoria, non lo è nel giudizio di opposizione perché il parere attesta la conformità della parcella stessa alla tariffa legalmente approvata ma non prova, in caso di contestazione del debitore, la effettiva esecuzione delle prestazioni in essa indicate, né è vincolante per il giudice della opposizione in ordine alla liquidazione degli onorari, per cui la presunzione di veridicità da cui è assistita la parcella riconosciuta conforme alla tariffa non esclude né inverte l’onere probatorio che incombe sul professionista creditore, sia quanto alle prestazioni effettivamente eseguite, sia quanto agli importi richiesti”; ed ancora si veda già Cass., Sez II, 7.5.1997, n. 3972, ove è già operato il consueto rilievo che il parere espresso dal Consiglio dell’Ordine in materia di liquidazione degli onorari vincola il giudice ai soli fini della pronuncia di ingiunzione (art. 633 - 636 c.p.c.), nel senso che integra la prova scritta monitoria ma non fa scattare l’art. 642 c.p.c., cioè non anche nel successivo giudizio, a contraddittorio pieno, ove il parere diviene privo di valenza probatoria.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.09.2013, n. 4847

Il mero decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non rileva ai fini della proponibilità dell’azione avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione.

L’azione avverso il silenzio prevista dagli artt. 31 e 117 c.p.a. costituisce strumento di tutela avverso l’inerzia della P.A. che presuppone, oltre all’esistenza di un obbligo di provvedere in capo alla P.A. medesima puntualmente identificato dall’ordinamento, anche un suo comportamento silente. In dipendenza di ciò, quindi, l’azione mediante la quale si intende far dichiarare dal giudice amministrativo l’obbligo di provvedere può essere proposta fintanto che perdura tale situazione di inadempienza, con la conseguenza che il mero decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non rileva ai fini della proponibilità dell’azione medesima qualora sopravvenga un qualsivoglia provvedimento espresso da parte della P.A.: qualora ciò fosse, il ricorso proposto avverso il

silenzio non potrebbe, ragionevolmente, essere portato a una decisione del giudice che dichiari il silenzio e la sua conseguente illegittimità proprio perché il comportamento silente della P.A. risulterebbe oggettivamente venuto meno. A tale conclusione la giurisprudenza è pervenuta già nella vigenza della disciplina antecedente a quella attuale, contenuta nell’art. 21-bis della l. 6.12.1971 n. 1034 introdotto per effetto dell’art. della l. 21.7.2000 n. 205, affermando – per quanto qui segnatamente interessa – che nel caso in cui, dopo la proposizione di un ricorso avverso il silenzio, quest’ultima eserciti la propria funzione con un atto espresso, viene meno l’esigenza di certezza sottesa alla ratio del predetto art. 21 bis della l. 1034 del 1971, sicché il giudice, prima di ogni ulteriore valutazione, dovrà limitarsi a prenderne atto, con le consequenziali statuizioni processuali a seconda del contenuto del provvedimento esplicito, essendo precluso l’esame circa la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere con la procedura del silenzio e la conseguente adeguatezza o sufficienza o legittimità del provvedimento in concreto adottato dalla P.A. (così, ad es., CdS, Sez. IV, 24.5.2010 n. 3270). A fortiori, sussiste un’inammissibilità ab origine dell’azione se l’esistenza di un atto dell’Amministrazione comunque rilevante per la sfera giuridica del destinatario dell’azione amministrativa viene a determinarsi ancor prima della presentazione del relativo ricorso. In entrambi i casi, infatti, l’azione giudiziale del silenzio, proprio perché deputata ad ovviare all’inadempimento dei pubblici poteri, perde la propria utilità se l’Amministrazione, adottando un proprio atto del procedimento, pone spontaneamente fine alla propria situazione di inadempienza.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.9.2013, n. 4798

Il ricorso rivolto al giudice per “ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell’ottemperanza” ha natura giuridica diversa dall’azione di ottemperanza propriamente detta.

Come già rilevato dal Consiglio di Stato (vedi sentenza n. 6468 del 17.12.2012) va dato atto come il codice del processo amministrativo prevede: - che l’azione di ottemperanza può

essere proposta per conseguire l'attuazione giurisdizionali anche di un pluralità di provvedimenti anche di giudici diversi da quello amministrativo (art.112 co. 2 lett. a)-e); - che il ricorso di cui al predetto articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza (co. 5). Avuto riguardo alle diverse espressioni utilizzate dal legislatore nell'ambito dell'art.112 c.p.a. (si parla, invero, di azione di ottemperanza), il Consiglio di Stato ha ritenuto che il ricorso rivolto al giudice per "ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza" presenti natura giuridica diversa dall'azione di ottemperanza propriamente detta . In altri termini ci troviamo sì nell'ambito di un giudizio di ottemperanza che può variare, com'è noto, dall'attuazione o esecuzione della sentenza al più vasto ambito di conformazione della successiva azione amministrativa , ma, in particolare, con il ricorso de quo si è in presenza di un'azione volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza di questa Sezione (n.5189/12).

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.9.2013, n. 4795
Nel giudizio in materia di accesso il termine "lungo" per proporre appello in assenza della notificazione della sentenza è di tre mesi decorrenti dalla pubblicazione della sentenza di primo grado.

Nel 'rito dell'accesso', disciplinato all'articolo 116 del c.p.a., opera la dimidiazione di tutti i termini processuali stabilita per la generalità dei riti camerati dal comma 3 dall'articolo 87 del c.p.a. (con la sola eccezione – che qui non ricorre – del termine per la notificazione del ricorso di primo grado). Nei giudizi quale quello di specie, in materia di accesso, tutti i

termini processuali sono dunque dimezzati, salvo che nei giudizi di primo grado, limitatamente alla notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. Tale previsione di dimezzamento dei termini è espressamente applicabile, quindi, ai giudizi di appello ai sensi dell'art. 116, co. 5, c.p.a. ed in tal senso si è di recente espresso, ripetutamente questo Consiglio di Stato (Sez. VI n. 2516/2012, sez. VI n. 1403/2012) Il termine, cosiddetto lungo, per proporre appello in assenza della notificazione della sentenza è, pertanto, di tre mesi decorrenti dalla pubblicazione della sentenza di primo grado essendo, come si è detto, la deroga al dimezzamento limitata ai soli giudizi in prima istanza. La notificazione, tardivamente intervenuta oltre il termine lungo di tre mesi determina, quindi, la conseguente irricevibilità del presente appello.

Consiglio di Stato, Sez. III, 3.9.2013, n. 4380
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. Cons. St., 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., 7.2.2007 n. 18901; id., sez. un., 1.2.2012 n. 1417).

«.....GA.....»



INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

MARCHI, BREVETTI E DISEGNI: IL VIDEO INFORMATIVO DEL MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO SU COME DEPOSITARE E REGISTRARE GLI STRUMENTI DI TUTELA DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE

Il Ministero dello Sviluppo Economico ha realizzato un video informativo su come depositare marchi, brevetti e disegni. La produzione multimediale, semplice e diretta, comunica attraverso 3 personaggi animati tutti i passaggi necessari al deposito e alla registrazione degli strumenti di tutela della proprietà industriale (marchio, brevetto e disegno).

«..... GA.....»

BONUS PER L'ACQUISTO DI MOBILI E GRANDI ELETTRODOMESTICI: ONLINE LA MINI GUIDA DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

L'agenzia delle Entrate ha pubblicato una mini guida per usufruire di una detrazione Irpef del 50% per l'acquisto di mobili e di grandi elettrodomestici di classe non inferiore alla A+ (A per i forni), destinati ad arredare un immobile oggetto di ristrutturazione. Quando si può avere, Per quali acquisti Come si ottiene il bonus, l'importo detraibile, i pagamenti ed i documenti da conservare questi gli argomenti trattati nella mini guida visualizzabile cliccando su www.gazzettaamministrativa.it.

«..... GA.....»

MEF: AVVIATA INVIMIT PER VALORIZZARE E DISMETTERE IL PATRI-

MONIO IMMOBILIARE PUBBLICO

La Banca d'Italia, sentita la Consob, ha autorizzato la società Invimit (Investimenti Immobiliari Italiani), la sgr immobiliare di cui il Ministero dell'economia e delle finanze è unico azionista, alla gestione collettiva del risparmio. Invimit, in anticipo rispetto alle previsioni, è dunque pienamente operativa e lunedì 14 ottobre aprirà gli uffici. La società, che ha l'obiettivo di valorizzare e dismettere il patrimonio immobiliare pubblico, parte con un capitale sociale di 8 milioni di euro. La sua attività sarà organizzata su un doppio canale: creazione di fondi a gestione diretta di asset pubblici, di enti territoriali e previdenziali, per una proficua amministrazione e messa a reddito degli immobili; istituzione di un 'fondo di fondi' a supporto di programmi di valorizzazione promossi dall'Agenzia del Demanio, da enti territoriali e anche da privati, interessati a partecipare alla riqualificazione del patrimonio pubblico. I primi risultati sono attesi per il 2014 e gli obiettivi saranno contenuti nella legge di stabilità.

«..... GA.....»

PROGRAMMA 6.000 CAMPANILI: 100 MILIONI DI EURO PER FINANZIARE I PICCOLI COMUNI

Con il decreto del fare, 100 milioni di euro destinati alla realizzazione del primo Programma "6.000 Campanili", relativamente al quale possono presentare domanda di contributo finanziario i Comuni che, sulla base dei dati anagrafici risultanti dal censimento della popolazione 2011, avevano una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti nonché le unioni

composte esclusivamente da comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti e i comuni risultanti da fusioni tra comuni ciascuno dei quali con popolazione inferiore a 5.000 abitanti. L'importo del finanziamento richiesto non potrà essere inferiore a € 500.000 e superiore a € 1.000.000. Nel caso di importo superiore il Soggetto interessato dovrà indicare la copertura economica a proprie spese della restante parte. Quanto alle tipologie di intervento si individuano le seguenti: A) Interventi infrastrutturali di adeguamento, ristrutturazione e nuova costruzione di edifici pubblici ivi compresi gli interventi relativi all'adozione di misure antisismiche- Adeguamento normativo di edifici pubblici esistenti (a titolo esemplificativo: sicurezza sismica, sicurezza antincendio, risparmio e-

nergetico, sicurezza sui luoghi di lavoro, eliminazione di barriere architettoniche, ecc.)- Ristrutturazione e rifunzionalizzazione di edifici pubblici - Nuova costruzione di edifici pubblici B) Realizzazione e manutenzione di reti viarie e infrastrutture accessorie e funzionali alle stesse o reti telematiche di NGN e WI-FI- interventi sulle reti viarie di competenza comunale ivi compresi gli eventuali lavori connessi a sottostanti sottoservizi (fognature, acquedotti, pubblica illuminazione, cablaggio, ecc.). C) Salvaguardia e messa in sicurezza del territorio Tali interventi possono riguardare, a titolo esemplificativo: regimazione idraulica, consolidamento di frane, prevenzione incendi boschivi, bonifiche ambientali.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

FINANZIAMENTO DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, SPENDING REVIEW E AUTORITÀ DI REGOLAZIONE. UN'ANALISI DEL DATO NORMATIVO E DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

della Dott.ssa Laura Magnifico

Il finanziamento del trasporto pubblico locale, per effetto delle norme relative alla spending review, torna ad essere di competenza statale. Questa “modalità di gestione” non sembra compatibile né con l’evoluzione normativa né con la recente giurisprudenza costituzionale. Il dibattito tra finanziamento statale o regionale viene inoltre arricchito per l’ingresso della nuova Autorità dei trasporti che sarà chiamata a regolare anche il settore del trasporto pubblico locale.

The funding system of local public transport, because of spending re-view law, come back under state jurisdiction. This way of management does not seem compatible either with the evolution of the legislation nor with the recent constitutional jurisprudence. The debate between regional or state funding is also enriched by the arrival of the new Transport Authority which will be involved in regulating also the local public transport.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il d.l. 95/2012 e le novità introdotte nell’art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013 in materia di trasporto pubblico locale. 3. L’art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013: la compatibilità della modalità di finanziamento del trasporto pubblico locale con la giurisprudenza costituzionale. 4. L’art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013: un ritorno alla finanza derivata. 5. L’art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013: il difficile equilibrio tra Regioni e Autorità di regolazione dei trasporti.

1. Premessa.

Il decreto 6.7.2012 n. 95, noto come decreto sulla *spending review*, convertito con modificazioni dalla l. 7.8.2012, n. 135, interviene, *inter alia*, in materia di trasporto pubblico locale con una serie di misure che sollevano seri dubbi di compatibilità con la consolidata giurisprudenza costituzionale. Infatti la norma, di fatto, (re)istituisce un “Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale” su una materia che la Consulta aveva definitivamente annoverato tra quelle di competenza residuale regionale¹. Si pone, ancora una volta, la questione di legittimità costituzionale di fi-

nanziamenti vincolati in materie di competenza regionale concorrente o residuale. Ma v’è di più. Il costante dibattito tra decentramento dei poteri verso le Regioni o centralizzazione delle funzioni allo Stato in materia di trasporto pubblico locale, si arricchisce per l’ingresso di un nuovo ed autorevole soggetto nel panorama dei trasporti: l’Autorità di regolazione dei trasporti.

Si manifesta, quindi, il problema del coordinamento delle competenze attribuite all’Autorità dei trasporti con quelle proprie delle Regioni, nell’ambito del trasporto pubblico locale.

L’intento di queste pagine è di esaminare la normativa alla luce della giurisprudenza costituzionale consolidata e di provare a con-

¹ Sentenza C.cost. 8.6.2005, n. 222.

tribuire alla riflessione inerente al ruolo della nuova autorità indipendente nel settore del trasporto pubblico locale. Nel paragrafo seguente viene esaminata la normativa relativa alla *spending review* ed alla legge di stabilità 2013 mentre nei paragrafi successivi, l'attenzione è incentrata sugli aspetti della normativa, in materia di trasporto pubblico locale, di dubbia compatibilità con la giurisprudenza costituzionale. Dopo un breve cenno sulla genesi della modalità di finanziamento statale, attraverso i fondi vincolati, viene affrontato, nell'ultimo paragrafo, il tema inerente al ruolo dell'autorità di regolazione dei trasporti.

2. Il d.l. 95/2012 e le novità introdotte nell'art. 1, comma 301, della legge di stabilità 2013 in materia di trasporto pubblico locale.

Nella versione originale il d.l. 6.7.2012, n. 95 non dice nulla a proposito del trasporto pubblico locale tuttavia, nel corso dell'esame parlamentare, vengono approvati due emendamenti relativi proprio a tale materia. Il primo a sostituzione del secondo comma dell'articolo 16, prevede che dalla riduzione delle risorse dovute dallo Stato alle Regioni a statuto ordinario, siano escluse le risorse «destinate al finanziamento corrente del Servizio sanitario nazionale e del trasporto pubblico locale». Il secondo inserisce l'art. 16 bis² nella

² L'art. 16 bis della legge l. 7.8.2012 n. 135 di conversione del decreto legge, precisa che: "i criteri e le modalità con cui ripartire e trasferire alle regioni a statuto ordinario le risorse del fondo di cui agli art. 21, co. 3, del d.l. 6.7.2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111 e 30, co. 3, del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni dalla l. 22.12.2011, n. 214 [...] sono, in particolare, finalizzati ad incentivare le regioni e gli enti locali a razionalizzare ed efficientare la programmazione e la gestione dei servizi relativi al trasporto pubblico locale, anche ferroviario mediante: a) un'offerta di servizio più idonea, più efficiente ed economica per il soddisfacimento della domanda di trasporto pubblico; b) il progressivo incremento del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi; c) la progressiva riduzione dei servizi offerti in eccesso in relazione alla domanda e il corrispondente incremento qualitativo e quantitativo dei servizi a domanda elevata; d) la definizione di livelli occupazionali appropriati; e) la previsione di idonei strumenti di monitoraggio e di verifica [...] Le risorse del fondo non possono essere destinate a finali-

legge di conversione che individua quale fonte di finanziamento per il trasporto pubblico locale il fondo statale istituito dall'art. 21 del d.l. 6.7.2011 n. 98. La dotazione del fondo, originariamente pari a 400 milioni di euro a decorrere dal 2011, è stata successivamente incrementata di 800 milioni di euro annui a partire dall'anno 2012 secondo quanto disposto dall'art. 30 co. 3, del d.l. 6.12.2011 n. 201³. La definizione dei criteri e delle modalità di ripartizione e trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle risorse del fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale, è demandata ad un d.P.C.M. da emanare entro il 31.10.2012⁴.

Va precisato che le recenti pronunce della Corte Costituzionale (C. Cost. nn. 229/2013, 230/2013, 236/2013) di censura di incostituzionalità di alcuni articoli⁵ del decreto legge

diverse da quelle del finanziamento del trasporto pubblico locale comprensivo di quello ferroviario".

³ L'art. 30, co. 3, del d.l. 6.12.2011, n. 201, stabilisce inoltre che dal 2013 il Fondo è alimentato da una compartecipazione al gettito derivante dalle accise sui carburanti di cui all'art. 1, coo. da 295 a 297. L'aliquota di compartecipazione doveva essere stabilita entro il 30.9.2012, con d.P.C.M. su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze.

⁴ Nella legge di conversione la l. 7.8.2012 n. 135 del d.l. 6.7.2012 n. 95 all'art. 16-bis è previsto che: "1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare, ai sensi dell'art. 8 della l. 28.8.1997, n. 281, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, entro il 31 ottobre 2012, sono definiti i criteri e le modalità con cui ripartire e trasferire alle regioni a statuto ordinario le risorse del fondo di cui agli articoli 21, comma 3, del d.l. 6.7.2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214." Con la l. 24.12.2012 n. 228 all'art. 1, co. 301, il termine stabilito per l'emanazione del d.P.C.M. è slittato al 31.1.2013.

Sulla base dell'intesa raggiunta dalla Conferenza unificata il 7.2.2013 (Rep. Atti n. 24/CU), è stato pubblicato, nella Gazzetta Ufficiale n. 148 del 26.06.2013, il d.P.C.M. 11 marzo 2013 recante la definizione dei criteri e delle modalità con cui ripartire e trasferire alle Regioni a statuto ordinario le risorse del fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, che ha dato attuazione all'art. 16 bis del d.l. 6.7.2012 n. 95.

⁵ Nel dettaglio, la Consulta nelle pronunce C.cost. 23.7.2013 nn. 229 e 230 ha dichiarato rispettivamente l'illegittimità costituzionale dei coo. 1, 2, 3, secondo periodo, 3-sexies ed 8 dell'art. 4 del d.l. 6.7.2012, n.

6.7.2012 n. 95, non hanno interessato gli aspetti inerenti il trasporto pubblico locale che vengono esaminati nella presente nota. L'art. 16 *bis* viene, poi, sostituito dall'art. 1, co. 301, della l. 24.12.2012 n. 228 recante: “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*” (legge di stabilità 2013), che introduce numerosi elementi di novità in materia di finanziamento del trasporto pubblico locale. In primo luogo prevede che l'aliquota di compartecipazione al fondo, venga, determinata entro il 31 gennaio 2013 con un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle Finanze in misura tale che la dotazione del Fondo corrisponda agli attuali stanziamenti, con una maggiorazione di 465 milioni per il 2013, di 443 milioni per il 2014 e di 507 milioni a decorrere dal 2015. Entro lo stesso termine (il 31 gennaio 2013) devono essere definiti i criteri e le modalità con cui ripartire e trasferire alle Regioni a statuto ordinario le risorse del fondo sopra citato. Tali criteri devono essere finalizzati a razionalizzare e a migliorare l'efficienza del servizio, analogamente a quanto già disposto nell'art. 16-bis⁶. Inoltre, l'art. 1 della legge di stabilità 2013, sancisce che le Regioni debbano procedere alla riprogrammazione dei servizi di trasporto pubblico locale e di trasporto ferroviario regionale entro quattro mesi dalla data di emanazione del decreto con cui vengono ripartiti i fondi, ponendo attenzione al raggiungimento dell'obiettivo di razionalizzazione dei servizi in maniera tale da conseguire l'obiettivo di una copertura dei costi del servizio con ricavi da mercato pari perlomeno

95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 135, nella parte in cui si applicano alle Regioni ad autonomia ordinaria e 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*»; nella sentenza C.cost. 24.07.2013 n. 236 è stato altresì dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 4, del d.l. 6.7.2012, n. 95.

⁶ Nel d.P.C.M 11 marzo 2013 all'art. 1 sono infatti indicati i criteri da utilizzare per la verifica del raggiungimento degli obiettivi previsti all'art. 16-bis del d.l.06.07.2012 n. 95.

alla quota del 35 per cento⁷. Per raggiungere questo obiettivo, la norma in esame prevede esplicitamente che i servizi di trasporto pubblico locale e di trasporto ferroviario regionale vengano riprogrammati, sostituendo i servizi a domanda debole e non sostenibili per la loro diseconomicità con servizi in grado di conseguire un migliore rapporto tra ricavi da traffico e costi del servizio al netto dei costi dell'infrastruttura, revisionando i contratti di servizio, già stipulati da aziende di trasporto anche ferroviario con le Regioni.

Al fine di creare una banca dati utile e un sistema informativo per la verifica dell'andamento del settore, le aziende di trasporto pubblico locale e le aziende esercenti servizi ferroviari di interesse regionale e locale devono trasmettere, per via telematica e con cadenza semestrale, i dati economici e trasportistici all'Osservatorio del Ministero dei Trasporti, la cui istituzione è prevista dal comma 300 dell'art. 1 (omnicomprensivo) della l. 24.12.2007 n. 244 (legge Finanziaria 2008). Infine, l'ultimo comma dell'art. 1, comma 301, della legge di stabilità 2013, stabilisce che “*la regione non può avere completo accesso*” al Fondo del trasporto pubblico locale se non assicura “*l'equilibrio economico della gestione e l'appropriatezza della gestione stessa*”; nell'ipotesi di “*squilibro economico*”, la Presidenza del Consiglio interviene a stabilire con decreto per le Regioni e le Province autonome “*a) le modalità di redazione del piano di riprogrammazione dei servizi, anche con la previsione della eventuale nomina di commissari ad acta; b) la decadenza dei direttori generali degli enti e società regionali che gestiscono il trasporto pubblico locale; c) le verifiche sull'attuazione del piano e dei relativi programmi operativi, anche con la eventuale nomina di commissari ad acta*”.

In pratica, anche il settore del trasporto pubblico locale viene assoggettato a regole che richiamano quelle della sanità, che già vedono da alcuni anni molte regioni commissariate per portare a termine i processi di rientro dal deficit e di efficientamento.

⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 19, co. 5, del d.lgs. 19.11.1997, n. 422

3. L'art. 1, comma 301, della legge di stabilità 2013: la compatibilità della modalità di finanziamento del trasporto pubblico locale con la giurisprudenza costituzionale.

La questione che suscita qualche dubbio, relativamente all'art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013, riguarda la compatibilità delle pronunce della giurisprudenza costituzionale con la previsione di un fondo vincolato relativamente ad una materia di competenza regionale. K.C.Wheare scrive in una monografia sullo stato federale "...può un governo centrale.. spendere denaro in materie sulle quali non ha competenza legislativa?"⁸. Per rispondere a tale interrogativo occorre ripercorrere brevemente l'evoluzione delle sentenze della Corte Costituzionale relativamente ai finanziamenti statali in materia di competenza concorrente e residuale per arrivare ad inquadrare in modo più esaustivo la materia specifica del trasporto pubblico locale. La Corte Costituzionale in un primo "filone" di pronunce (C.cost. 4.10.2005 n. 370 in materia di asili-nido, C.cost. 16.1.2004 n. 16 relativa a dell'istituzione del Fondo nazionale per la riqualificazione urbana dei comuni; C.cost. 29.01.2004 n. 49 relativa al Fondo nazionale per il sostegno alla progettazione delle opere pubbliche delle regioni e degli enti locali, nonché al Fondo nazionale per la realizzazione di infrastrutture di interesse locale) stabilisce che le funzioni pubbliche regionali e locali debbano essere integralmente finanziate tramite i proventi delle entrate proprie e la compartecipazione al gettito dei tributi erariali riferibili al territorio dell'ente interessato nonché con quote del fondo perequativo senza vincoli di destinazione. Pertanto il nuovo assetto di relazioni finanziarie tra i differenti livelli di Governo prevede la possibilità di erogazione di fondi statali senza vincoli di destinazione tramite il fondo perequativo di cui

⁸ Tratto dalla nota a sentenza di M. Barbero, *Quale parallelismo fra poteri legislativi e poteri di spesa nel nuovo assetto istituzionale italiano?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, volume 50 fascicolo 6, 2005, pp.5109 - 5114.

all'art. 119, terzo comma della Costituzione⁹. I fondi a destinazione vincolata, sono previsti dalla Carta Costituzionale ma vanno collocati in una sede diversa, vale a dire vengono a costituire degli autentici "contributi di scopo" diversi dal normale esercizio delle funzioni regionali e degli altri enti territoriali¹⁰. Le argomentazioni utilizzate dal giudice delle leggi tendono ad evidenziare che, fuori dall'ambito di attuazione delle materie conferite alla competenza esclusiva dello Stato e degli interventi finanziari diretti a determinati enti territoriali per l'esercizio di funzioni specifiche e comunque diverse dal normale esercizio delle funzioni (ex art. 119, quinto comma, Cost.), non possono trovare oggi spazio trasferimenti finanziari vincolati nella destinazione¹¹. In definitiva, la Corte sembra aver accolto il principio del parallelismo tra poteri legislativi e poteri di spesa, per cui nelle materie di competenza legislativa regionale residuale o concorrente le Regioni sono in grado di finanziarsi tramite le risorse "ordinarie" individuate dall'art. 119 secondo la c.d clausola di autosufficienza (tributi propri, compartecipazione al gettito erariale e fondi statali senza vincolo di destinazione), mentre nelle materie di competenza esclusiva statale lo Stato può erogare fondi erariali vincolati

Da ciò deriva il problema dell'interpretazione delle materie di esclusiva competenza statale le c.d. "materie trasversali" o "materie non materie". In questo senso è opportuno rammentare la sentenza 29.12.2004 n. 423¹² dove il giudice delle leggi asserisce che "...non sono consentiti finanziamenti a destinazione vincolata, in materie e funzioni la cui disciplina spetti alla legge regionale, siano esse rientranti nella competenza esclusiva delle Regioni ovvero in

⁹ Sul binomio risorse- funzioni F. Covino, *La perequazione finanziaria nella Costituzione*, Jovene, Napoli, 2008, pp..223 ss.

¹⁰ Sul tema F. Covino, *La Corte ricerca un bilanciamento tra unità del sistema e autonomia finanziaria regionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, pp..18-20.

¹¹ Cfr. C. Salazar, *L'art.119 Cost. tra (in)attuazione e "flessibilizzazione"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004.

¹² Nota a sentenza di E.Vivaldi, *Il Fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte Costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005.

quella concorrente...”

Viene ribadito dalla Corte il parallelismo tra gli artt. 119 e 117 della Costituzione: in particolare non rispondono ai principi del novellato titolo V i trasferimenti statali vincolati nella destinazione che rappresentano uno strumento di ingerenza nell'autonomia regionale. Conseguentemente i fondi statali con vincolo di destinazione sono legittimi solo in materie di esclusiva competenza statale.

In tal modo la giurisprudenza costituzionale ridisegna l'intero sistema di relazioni finanziarie tra centro e periferia, superando chiaramente, pur in attesa dell'attuazione dell'art. 119 Cost., il precedente meccanismo di trasferimento di risorse dal bilancio pubblico alle autonomie territoriali.

Nella maggior parte dei casi la Corte, interpretando sistematicamente l'art. 119 Cost., nega l'ammissibilità dei fondi vincolati statali su materie di competenza esclusiva regionale o concorrente. Tale posizione viene ribadita anche con le sentenze nn. 308/2004, 423/2004, 424/2004, 51/2005 e 107/2005.

Alla luce delle suddette pronunce a giurisprudenza costante, appariva ormai scontata la piena definizione delle problematiche determinate dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, e dunque dalla nuova ripartizione di competenze finanziarie tra più livelli di governo, quando, con le pronunce che di seguito si annotano, i termini del dibattito sembrano registrare un sensibile cambiamento.

Infatti con la sentenza C. Cost. 21.07.2004 n. 255¹³, la Corte inaugura una secondo “filo-

¹³ La Consulta, in tale sentenza, dichiara infondate le questioni di costituzionalità sollevate nei confronti del d.l.18.2.2003, n. 24 convertito con la l. 17.4.2003, n. 82 inerenti la gestione del fondo unico per lo spettacolo, pur riconoscendo lo spettacolo, materia di competenza regionale. La Consulta stessa, rileva infatti che “...in un settore del genere si sconta in modo particolare la difficoltà derivante dalla mancanza nella legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di qualunque disposizione transitoria finalizzata a disciplinare la fase di passaggio nelle materie in cui si sia registrato un mutamento di titolarità tra Stato e Regioni...”; da cui deriva l'eccezionalità della situazione. Stesso orientamento viene confermato con la sentenza C.cost. 21.10.2004, n. 307 relativa all'istituzione di un fondo speciale, denominato “Pc ai giovani” con la quale la Consulta ritiene non fondata la questione in quanto non

ne” di pronunce nelle quali, anche in materie di chiara competenza regionale, al principio del parallelismo, subentra e prevale il principio della continuità dell'ordinamento.

Sotto tale profilo la Consulta rende, cioè, ammissibile l'applicazione della normativa previgente la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, laddove non sia intervenuta una modifica del legislatore statale pur in materie di competenza regionale.

Potrebbe essere lecito interrogarsi se si tratti, in questo caso di continuità ordinamentale o di ultrattività, giustificata dall'eccezionalità della situazione¹⁴.

Questo indirizzo interpretativo viene adottato anche nella materia del trasporto pubblico locale. Con la sentenza C. Cost. 8.6.2005, n. 222, la Consulta chiarisce innanzitutto che la materia del trasporto pubblico locale rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 della Cost., “come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del titolo V della Cost., il d.lgs. del 19.11.1997, n. 422 aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati”¹⁵.

Infatti con la riforma del Titolo V, il trasporto pubblico locale non era stato espressamente previsto nell'ambito delle materie e-

ravvisa alcuna lesione delle competenze regionali ma al contrario ritiene l'intervento statale necessario per il raggiungimento di finalità di interesse generale. Sul tema cfr. A. Pace, *I progetti “Pc ai giovani” e “Pc alle famiglie”: esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?* in *Giurisprudenza Costituzionale*, volume 49, fascicolo 5, 2004, pp. 3214 - 3225.

¹⁴ M. Belletti, *Note a margine delle sentenze nn. 255 e 256 del 2004, Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2005

¹⁵ In dottrina A. Zito, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, pp. 387 ss.; G. Sciallo, *Stato, Regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004; C. Buzzacchi, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2006..

lencate nell'art. 117 della Cost. Tra quelle di legislazione concorrente erano richiamate solo le "grandi reti di trasporto e di navigazione" e "porti ed aeroporti civili". La Corte quindi, avendo definito che la materia del trasporto pubblico locale rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni, ricorda di aver ripetutamente affermato che l'attuale sistema di autonomia finanziaria regionale non consente finanziamenti di scopo per finalità non riconducibili a funzioni di spettanza statale (C.cost. 29.12.2004 n. 423).

Nell'ambito del nuovo titolo V della Costituzione non è di norma consentito allo Stato né prevedere propri finanziamenti in ambiti di competenza delle Regioni (cfr. sentenze nn. 160 e 77 del 2005, 320 e 49 del 2004) né istituire fondi settoriali di finanziamento alle attività regionali (cfr. sentenze nn. 16 del 2004 e 370 del 2003).

Le eccezioni a questo divieto, ricorda ancora la Corte, sono possibili solo nell'ambito e negli stretti limiti di quanto previsto dagli artt. 118, primo comma della Cost., 119, quinto comma, Cost. (sentenze nn. 49/2004 e 16/2004), art. 117, secondo comma, lettera e sentenze nn. 77/2005 e 14/2004: tutela della concorrenza "in senso dinamico"). La disposizione impugnata prevede la costituzione di un apposito fondo presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, pur tuttavia il quinto comma dell'art. 119 Cost. autorizza semplicemente lo Stato ad attuare due specifiche e tipizzate forme di intervento finanziario nelle materie non statali: la prima inerente l'erogazione di risorse aggiuntive rispetto alla ordinaria autonomia finanziaria (modalità che presuppone l'attuazione legislativa dei primi quattro commi dell'art. 119, a garanzia del finanziamento integrale delle funzioni pubbliche regionali e locali), la seconda relativa a "risorse aggiuntive" ed "interventi speciali" in favore di "determinati Comuni, Province, città metropolitane e Regioni" (C.cost. 16.01.2004 n. 16)

Ma dal richiamo dei precetti costituzionali, si evince come il fondo non possieda le caratteristiche ascrivibili a nessuno delle due tipologie di stanziamento sopra menzionati.

A fronte della perdurante situazione di mancata attuazione delle prescrizioni costituzionali

in tema di garanzia dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle Regioni e degli enti locali, e del vigente finanziamento statale nel settore del trasporto pubblico locale, la disciplina di riferimento è ancora quella contenuta nell'art. 20 del d.lgs. n. 422 del 1997; il fondo previsto risulta sostanzialmente analogo al meccanismo di finanziamento appena richiamato e ciò appare, al momento sufficiente a giustificare l'intervento finanziario dello Stato e la sua relativa disciplina legislativa.

Si tratta quindi di una soluzione transitoria, in attesa che il legislatore statale attui concretamente la revisione costituzionale prevista dalla legge costituzionale 18 ottobre, 2001, n. 3.

Tuttavia, proprio perché tale finanziamento interviene in un ambito di competenza regionale, le Regioni devono essere pienamente coinvolte nei processi decisionali concernenti il riparto dei fondi (sentenze nn. 49/2004 e 16/2004).

La Corte giudica pertanto insufficiente il meccanismo previsto dalla disposizione censurata, che - a differenza della legislazione previgente si limita a richiedere che sia "sentita" la Conferenza unificata: è invece costituzionalmente necessario, al fine di assicurare in modo adeguato la leale collaborazione fra le istituzioni statali e regionali, che il decreto di riparto sia adottato sulla base di una vera e propria intesa. In definitiva la stessa Corte accoglie nella sentenza n. 222/2005 la regola del parallelismo tra ripartizione legislativa e ripartizione finanziaria; è infatti la sussistenza di un titolo di competenza statale esclusiva a giustificare la previsione di fondi vincolati.

Nonostante ciò e almeno transitoriamente, il giudice delle leggi applica in maniera flessibile tale regola e preferisce optare per il principio di continuità nell'ordinamento¹⁶. Piena continuità dunque nell'ordinamento pur nella necessità di un suo sostanziale adeguamento¹⁷.

¹⁶ Sul tema M.Barbero, *Quale parallelismo tra poteri legislativi e poteri di spesa nel nuovo assetto istituzionale italiano?* in *Giurisprudenza costituzionale*, volume 50, fascicolo 6, 2005, pp. 5109- 5114.

¹⁷ Parimenti nella sentenza C.cost. 07.03.2008, n. 50 la Corte si trova nuovamente a giudicare della legittimità

Pur ammettendo che gli Stati federali interpretano la regola del parallelismo con una buona dose di flessibilità¹⁸, tuttavia le condizioni attuali alla luce della legge 05.05.2009 n. 42 «*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*» sono sostanzialmente mutate.

L'obiettivo generale della legge di delega n. 42 è quello di delineare un nuovo assetto dei rapporti di finanziamento tra Stato, Regioni ed enti locali, con il superamento del sistema dei trasferimenti dal centro alla periferia e con l'attribuzione di una maggiore autonomia di entrata e di spesa a comuni, province, città metropolitane e Regioni¹⁹.

costituzionale relativa all'istituzione di fondi statali e ai vincoli di destinazione di risorse finanziarie (*"Fondo statale destinato all'erogazione di contributi ai gestori di attività commerciali per l'eliminazione delle barriere architettoniche nei locali aperti al pubblico"*, *"Stanziamanti incrementali destinati alle scuole non statali"*, *"Fondo per l'inclusione sociale degli immigrati"*) dichiarandone anche in questa occasione l'incostituzionalità. Inoltre la sentenza 50/2008, si pronuncia anche in merito alle disposizioni normative che prevedono l'incremento del Fondo per le politiche della famiglia e del Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, dichiarate incostituzionali per l'omessa previsione di idonei strumenti di concertazione con le Regioni. Nella fattispecie in esame la Corte, sottolineando ancora una volta la *"perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost."*, ribadisce l'illegittimità dei finanziamenti a destinazione vincolata in materia di competenza regionale ovvero concorrente, in quanto ciò *"si risolverebbe in uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni e degli enti locali, nonché di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza"*.

¹⁸ K. C. Wheare *"Del governo federale"*, trad. di Sergio Cotta. - Milano : Edizioni di Comunità, 1949.

¹⁹ Lo spirito della norma si evince fin dal primo articolo che afferma: *"La presente legge costituisce attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, assicurando autonomia di entrata e di spesa ai comuni, province, città metropolitane e regioni [...] in maniera da sostituire gradualmente per tutti i livelli di governo, il criterio della spesa storica"*. Come è stato già rilevato da R. Bifulco, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, 24.5.2009, in www.astrid-online.it, il valore di tale legge è di grande rilevanza in quanto va ad incidere *".....sull'intera forma di Stato, non solo nella sua accezione territoriale di distribuzione del potere sul territorio, ma anche in quella più ampia di rapporto tra Stato e società....."*

Se nelle sentenze ante legge 42 si poteva ammettere la previsione, in base al principio della continuità dell'ordinamento e della flessibilità della regola del parallelismo, di fondi vincolati statali, ora che la legge sul federalismo è in vigore e che sono stati emanati i relativi decreti attuativi, sembra quanto meno anacronistico continuare a prevedere un sistema di finanza derivata. Se prima dell'entrata in vigore della legge richiamata, le pronunce giurisprudenziali dovevano colmare un vuoto normativo e la Corte veniva chiamata a traghettare la transizione del regime competenziale, ora tale ragionamento non vale più.

A partire dalla sentenza 370/2003 e con giurisprudenza costante, infatti, la Corte ha ribadito il principio di attuazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni nelle materie di competenza regionale financo concorrente e la conseguente possibilità di un'attuazione del fondo vincolato nelle materie di competenza esclusiva statale. Considerato quanto affermato dalla Corte Costituzionale nel caso di specie relativamente alla possibilità di un fondo vincolato in materia di competenza regionale del trasporto pubblico locale, si è chiamati ad interrogarsi se allora anche nel caso della legge di stabilità 2013 il fondo vincolato possa essere comunque consentito.

Tale interrogativo è stato sollevato anche dalla Regione Veneto che ha impugnato l'art. 1 co. 301 della legge 24.12.2012.

Le censure di illegittimità costituzionale prospettate dalla Regione ricorrente attengono al mancato rispetto del principio di leale collaborazione, che sarebbe stato leso dalla determinazione unilaterale dello Stato riguardo alla determinazione del Fondo, e alla presunta violazione dell'autonomia legislativa e finanziaria di cui le regioni sono titolari a seguito della legge costituzionale 18.10.2001, n. 3.

Quanto al primo rilievo, la ricorrente ritiene che il legislatore statale abbia tentato di determinare autonomamente sia il *quantum*

²⁰ Si fa riferimento al ricorso n. 34 del 2013 parte 1 pubblicato sulla G.U. del 03.04.2013 n. 14.

di risorse da stanziare, sia i relativi criteri per la ripartizione delle risorse, escludendo di fatto la regione, in palese violazione dell'art. 120 della Cost..

Nella norma impugnata si evince un rispetto più formale che sostanziale del principio di leale collaborazione, senza un vero coinvolgimento pieno delle Regioni nel processo decisionale concernente il riparto di fondi

L'altro rilievo operato dalla Regione Veneto riguarda la violazione degli artt. 117 e 119 della Costituzione, in quanto la disposizione de qua avrebbe introdotto vincoli di destinazione al Fondo attinente materia di competenza residuale delle Regioni.

Premesso che la materia del trasporto pubblico locale è materia di competenza regionale, a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 222 del 2005, a parere della ricorrente “...lo Stato non può e non deve proseguire nella pratica di disporre il trasferimento diretto di risorse per scopi determinati dalla legge statale, in base a criteri stabiliti dall'amministrazione dello Stato, ignorando, eludendo, o peggio, confliggendo con il riparto di competenze attualmente vigente tra Stato e Regioni.”

Per avvalorare la propria tesi la Regione Veneto richiama le molteplici pronunce costituzionali in cui il giudice delle leggi ha censurato i finanziamenti a destinazione vincolata sia nelle materie di potestà legislativa concorrente, indicate nell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, e *a fortiori* nella materie di potestà legislativa residuale regionale di cui all'art. 117, quarto comma, Cost. che determinano un'ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle regioni e degli enti locali.

Inoltre il Fondo de quo potrebbe pregiudicare non solo il riparto costituzionale delle competenze legislative tra Stato e Regioni ma altresì il concreto esercizio delle funzioni amministrative regionali, coincidenti con quei “compiti di programmazione e di riparto dei fondi all'interno del proprio territorio”, ponendosi dunque in palese contrasto con l'art. 119 della Costituzione.

Pertanto, la Regione Veneto, con il ricorso in parola, chiede la sospensione dell'art. 1 co. 301, della l. 24.12.2012, n. 228 e la relativa

dichiarazione di illegittimità costituzionale.

4. L'art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013: un ritorno alla finanza derivata.

Per comprendere meglio la *ratio* sottostante l'istituzione del fondo nazionale dei trasporti introdotto con l'art. 1, co. 301, della l. 24.12.2012 n. 228, occorre ricordare brevemente la genesi dei fondi statali vincolati nel nostro ordinamento, in materia di trasporto pubblico locale. Il fondo *de quo* rievoca un concetto di finanza derivata, applicato in passato, fondato sostanzialmente sui meccanismi di trasferimento delle risorse dallo Stato agli enti locali, ed in cui le entrate proprie territoriali vengono relegate ad un ruolo puramente simbolico. Con la l. 10.4.1981 n. 151 vengono istituiti due fondi a livello statale, uno per il finanziamento dei disavanzi d'esercizio (art. 9) e l'altro finalizzato agli investimenti nel settore dei trasporti pubblici locali (art. 11)²¹. L'art. 6 di quella legge poneva, infatti, l'obiettivo del raggiungimento dell'equilibrio economico dei bilanci e sostituiva, ai fini della determinazione del risultato d'esercizio, ai costi ed ai ricavi effettivi, il costo economico standardizzato del servizio ed i ricavi presunti di traffico²².

Fin da quegli anni si cercò di imprimere un carattere di efficienza al trasporto pubblico locale, ma gli obiettivi perseguiti dal legislatore furono disattesi per il mancato adeguamento ai principi contenuti nella legge quadro 10.4.1981, n. 151. Anzi, come è stato detto, la legge stessa pose le premesse per il proprio fallimento nel momento in cui affidò alle Regioni il compito di determinare i costi standard senza prevedere criteri uniformi a tal fine²³.

²¹ Per approfondimenti si veda A.Giordano, *Il nuovo trasporto pubblico regionale e locale dalla L.151/81 ai DL 422/97 e 400/99. Aspetti normativi, tecnici, economici e tributari per enti e aziende*, Giuffrè, Milano, 2000.

²² Sul tema G.Rando, *Il finanziamento dei Trasporti pubblici locali in Italia*, in *Quad. reg. fasc.1* – 2010, pp.189 e ss.

²³ Per approfondimenti V. Malfatti, *I costi standard nella legge quadro sui trasporti pubblici locali: esperienze e prospettive di applicazione*, in *Diritto dei Trasporti*, n. 2, 1989, pp.95 e ss.

Anche l'Unione Europea cerca di indirizzare gli Stati membri verso logiche di stimolo alla concorrenza. Fondamento normativo di tale orientamento si rinviene nel secondo comma dell'art. 106 del TFUE, ove, pur non menzionando espressamente i servizi pubblici, si fa esplicito riferimento alle imprese incaricate della gestione di attività di interesse economico generale che devono essere sottoposte alle norme del trattato ed in particolare alle regole sulla concorrenza.

Tale indirizzo comunitario ha ispirato, in gran parte, il d.lgs. 18.11.1997 n. 422 emanato in attuazione della legge delega n. 59 del 15.3.1997 (c.d. legge Bassanini)²⁴. In merito al finanziamento del trasporto pubblico locale, l'art. 20 del decreto delegato, prevede che ogni Regione, in relazione ai servizi minimi, ai piani regionali di trasporto e al tasso programmato d'inflazione, costituisce annualmente un fondo destinato ai trasporti alimentato sia dalle risorse proprie sia da quelle statali. Il d.lgs. 18.11.1997 n. 422 modificato dal d.lgs. 20.9.1999, n. 400, ha infatti trasferito alle Regioni e agli enti locali le funzioni amministrative, ma non ha dotato le Regioni di risorse proprie per il finanziamento del servizio. Il settore continua dunque ad essere sostenuto dai finanziamenti statali, sia per quanto concerne il funzionamento delle aziende, sia per quanto riguarda i costi del personale. Bisogna aspettare l'art. 1 comma 295 e seguenti della l. 24.12.2007 n. 244 (la legge fi-

⁶ Il d.lgs. 18.11.1997 n. 422, ispirato anche dal reg. CE 23.10.2007 n. 1370, è entrato in vigore il 3.12.2009 ed è tutt'ora vigente.

²⁴ Il decreto delegato, sopra richiamato, introduce tre principi innovativi e di notevole rilevanza, in materia di trasporto pubblico locale: *in primis* il trasferimento delle competenze dal Governo agli enti locali, in secondo luogo la separazione delle funzioni di indirizzo, programmazione e controllo da quelle di gestione e da ultimo la trasformazione di un mercato di servizi caratterizzato da un'offerta di tipo monopolistico in uno di tipo concorrenziale, dove la gestione può essere affidata a soggetti privati. In attuazione di tali principi le Regioni definiscono la politica regionale dei trasporti, in linea con il piano nazionale dei trasporti e delle sue articolazioni settoriali; fissano gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali e per i piani di bacino, elaborano il Piano Regionale dei Trasporti e della Mobilità, compiendo scelte istituzionali, gestionali e infrastrutturali a livello regionale, anche in considerazione degli indirizzi a livello nazionale.

nanziaria 2008) che riconosce alle Regioni le risorse proprie per lo svolgimento dei compiti attribuiti dal d.lgs. 422 del 1997 dando in tal modo concreta applicazione a quanto previsto dall'art. 119 co. 2 della Costituzione sull'autonomia di entrata degli enti territoriali. La "doverosa attuazione", più volte richiesta dalla Corte Costituzionale al legislatore, del disposto dall'art. 119 della Cost. si realizza di fatto solo con la l. 5.5.2009, n. 42. Senza addentrarsi nella valutazione della legge 42, si ritiene importante ribadire i due principi fondamentali che tale norma introduce: *in primis* il principio di responsabilità ed autonomia finanziaria a tutti i livelli di governo, in secondo luogo il superamento graduale del criterio della spesa storica a favore del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali e delle funzioni fondamentali. Se questa è stata la direzione indicata dal legislatore solo quattro anni fa, ora, a causa del cosiddetto "ciclo dello spread", la riforma sul federalismo sembra naufragata e la nuova legge di stabilità, con il conseguente ritorno alla finanza derivata, sembra voler invertire completamente la rotta.

Tale orientamento è stato aspramente criticato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome con "Il parere sul disegno di legge di stabilità 2013", pubblicato il 25.10.2012²⁵ in cui viene contestata la centralizzazione del fondo nazionale presso il Ministero dei trasporti e il mancato rispetto del principio di responsabilità di entrata correlato alla responsabilità di spesa che riporta in auge un concetto di finanza derivata ante legge "finanziaria Giarda" (l. 28.12.1995, n. 549), stravolgendo così lo spirito dell'Accordo Stato-Regioni del 21.12.2011²⁶. Nell'art. 2, punto f) della legge 42 viene delegato il Governo a determinare i costi ed i fabbisogni standard, in una logica di efficienza e di efficacia, quali indicatori rispetto ai quali comparare e valu-

²⁵ Conferenza delle regioni e delle province autonome - Parere sul disegno di legge di stabilità 2013 - documento n. 12/141/CU4/C2 in www.Regioni.it

²⁶ In tale accordo si concordava di sottoscrivere un Patto sul Trasporto pubblico locale dove fossero definite le modalità di fiscalizzazione delle risorse per il TPL in attuazione del d.lgs. 6.5.2011, n. 68 sul federalismo fiscale.

tare l'azione pubblica.

Se il Governo con la legge di stabilità 2013 vuole avocare a sé un potere sostitutivo, di finanziamento del trasporto pubblico locale per l'inerzia regionale, va comunque evidenziato che lo stesso Governo è riuscito a determinare solo recentemente i fabbisogni standard e solo limitatamente ad alcune funzioni²⁷.

5. L'art. 1, co. 301, della legge di stabilità 2013: il difficile equilibrio tra Regioni e Autorità di regolazione dei trasporti.

L'ultima questione, non meno rilevante, riguarda la compatibilità tra decentramento regionale da un lato e regolazione attraverso l'Autorità indipendente dei trasporti dall'altro.

Come noto il d.l. 6.12.2011 n. 201 (c.d. *decreto Salva Italia*) all'art. 37, ha istituito l'Autorità di regolazione dei Trasporti. Il decreto è stato successivamente modificato con la legge di conversione 22.12.2011, n. 214, e poco dopo riformulato dal Governo stesso, con l'art. 36 del d.l. 24.1.2012 n. 1, significativamente emendato anche in sede di conversione.

Nel dettaglio l'art. 36 modificato dalla legge di conversione l. 24.3.2012, n. 27, pre-

²⁷ Finora sono stati definiti i fabbisogni standard relativi ad una serie di funzioni: in particolare per quel che riguarda i Comuni, la polizia locale e le funzioni generali di amministrazione (pari al 35% della spesa corrente totale delle sei funzioni fondamentali dei Comuni), mentre per le Province le funzioni oggetto di standardizzazione sono state quelle nel "*Campo dello sviluppo economico relative ai servizi del mercato del lavoro*" e quelle "*Generali di amministrazione, di gestione e di controllo*" (pari al 35% della spesa corrente totale delle sei funzioni fondamentali delle Province). Nel corso del 2013 saranno analizzate, a completamento del processo di standardizzazione, le restanti funzioni fondamentali dei comuni (Funzioni di Istruzione Pubblica, Funzioni nel settore sociale, Funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti, Funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente) e delle province (Funzioni di Istruzione Pubblica, Funzioni riguardanti la Gestione del Territorio, Funzioni nel campo dei trasporti, Funzioni nel campo della tutela ambientale, Servizi di Polizia provinciale).

Documentazione sul sito del Ministero Economie e Finanze - Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale; sull'argomento L. Antonini, *Federalismo all'italiana*, Marsilio, Padova, 2013.

vede e disciplina l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti che è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle Regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione.

Nell'ambito del trasporto nazionale e locale l'Autorità provvede a definire i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori.

Stabilisce inoltre le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, definisce gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

L'Autorità di regolazione dei trasporti, menzionata nell'art. 1, co. 301 della legge 24.12.2012, n. 228, rappresenta un ulteriore soggetto, previsto dalla legge e chiamato a svolgere compiti rilevanti nell'ambito del trasporto pubblico locale²⁸.

Si pone, pertanto, il problema di come si possa conciliare la presenza di un'autorità indipendente a carattere nazionale con le attri-

²⁸ Il 12.7.2013 il Consiglio dei Ministri ha indicato Andrea Camanzi, Barbara Marinali e Mario Valducci rispettivamente quali Presidente e Commissari dell'Autorità di regolazione dei trasporti. Il 31 luglio 2013 la Commissione dei Trasporti alla Camera (bollettino 66 delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari del 31.7.2013) e la Commissione dei Lavori Pubblici del Senato (resoconto sommario n. 16 del 31.7.2013) hanno espresso parere favorevole alla nomina dei tre membri proposti dal governo. Con d.P.R. del 9.8.2013 sono stati nominati i componenti dell'Autorità di regolazione dei trasporti. Va inoltre segnalato che in sede di conversione del d.l. 21.6.2013 n. 69 c.d. "*decreto del fare*" è stato introdotto l'art. 25-bis che ha trasferito la sede della Autorità di regolazione dei trasporti da Roma a Torino.

buzioni regionali.

Come sostiene M. Clarich– (Autorità indipendente Bilancio e prospettive di un modello, Il Mulino, Bologna, 2005, pag.38) “... fino a pochi anni fa, la distanza che separava le autorità indipendenti dalle Regioni nello spazio regolatorio era siderale.[...] Il federalismo ha causato dei guasti al sistema; se da un lato ha ampliato i poteri legislativi e di regolazione di alcuni servizi ed attività (es. il trasporto) attribuiti alle Regioni, dall'altro lato ha creato il rischio che a livello decentrato vengano ripristinate restrizioni e vincoli aboliti o allentati, spesso con fatica, da interventi normativi attuati a livello nazionali”.

E' indubbio che con la riforma costituzionale del 2001 sia divenuta urgente la necessità di riesaminare la complessiva costruzione delle Autorità di regolazione e le attribuzioni regionali per evitare “guasti al sistema”.

Su tale profilo la Corte Costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi in merito alle funzioni attribuite all'Autorità di regolazione dei trasporti in relazione alle competenze proprie delle autonomie territoriali in materia di trasporto pubblico locale²⁹.

La pronuncia C.cost. 15.3.2013, n. 41 prende le mosse dal ricorso presentato dalla Regione Veneto relativo alla presunta illegittimità costituzionale dell' art. 36, co. 1, lett. a), del d.l. 24.12.2012, n. 1.

La ricorrente censura la disposizione citata in quanto attribuisce ad un'Autorità nazionale una competenza inerente la materia del trasporto pubblico locale, rientrando nell'ambito delle competenze residuali regionali.

Il giudice delle leggi, con la sentenza in esame, nel respingere le censure di illegittimità costituzionale, pone in risalto la *ratio* dell'istituzione dell'Autorità dei trasporti, che si inserisce nel sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità, in un settore particolarmente resistente a processi di

²⁹ Sentenza C.cost.15.03.2013, n. 41. Per approfondimenti A. Cardone, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi “automatismi a danno dell'autonomia?” (nota a Corte Cost., sent. 41 del 2013)* in www.forumcostituzionale.it, 2013; C. Seri, *L'Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*, in *Giornale di diritto amministrativo* 8-9/2013, pp. 835 e ss.

liberalizzazione.

Con la citata pronuncia la Consulta ribadisce una posizione già espressa con la sentenza 20.07.2012 n. 200, secondo cui “...il legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale”.

Le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo ma consentono il corretto svolgimento dell'attività di concorrenza all'interno della cornice di regolazione economica dettata dalla stessa Autorità.

La Corte Costituzionale legittima, con la sentenza in parola, la nuova Autorità dei trasporti e dà nuovo impulso a quella rinascita della regolazione per le autorità indipendenti in perfetta corrispondenza con l'evoluzione istituzionale nell'ordinamento europeo³⁰.

Pur tuttavia in merito all'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti emergono alcune perplessità: l'esigenza di contenere la spesa pubblica, di cui il d.l. 95/2012 è diretta espressione, mal si concilia con il proliferare di Autorità indipendenti.

Inoltre, se in generale risulta condivisibile l'istituzione di un'Autorità dei trasporti, soprattutto nel settore ferroviario e delle autostrade³¹, qualche dubbio sorge in merito al trasporto pubblico locale che in base al principio di sussidiarietà verticale presuppone che il potere proceda dal basso verso l'alto, perché proprio in basso trova il suo titolo originario e il suo modo ottimale di esercizio³².

Nonostante le perplessità manifestate, va riconosciuto che l'istituzione della nuova Autorità di regolazione dei trasporti può rappre-

³⁰ Cfr. G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3, 2012, pp. 229 ss..

³¹ Il settore aereo è già stato avviato ad un processo di liberalizzazione e l'attività di determinazione tariffaria è attualmente svolta dall'Ente Nazionale dell'Aviazione Civile (ENAC) attraverso un meccanismo regolatorio del *price cap*.

³² F. Carinci, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in www.forumcostituzionale.it, 2006

sentare l'occasione per il legislatore nazionale di procedere ad un riordino e ad un riassetto dei ruoli e delle competenze tra i vari livelli

istituzionali che prevedano moduli di concertazione tra organi statali e regionali.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 4.11.2013 n. 259

Erogazioni contributi finanziari a soggetti privati.

Art. 10, co. 1 e 2, della legge della Regione Umbria 19.10.2012, n. 16.

Come questa Corte ha già affermato, le funzioni attribuite alle Regioni «ricomprendono pure la possibilità di erogazione di contributi finanziari a soggetti privati, dal momento che in numerose materie di competenza regionale le politiche pubbliche consistono appunto nella determinazione di incentivi economici ai diversi soggetti che vi operano e nella disciplina delle modalità per la loro erogazione (sentenze n. 50 del 2008, punto 3 del Considerato in diritto; n. 423 del 2004, punto 7.6 del Considerato in diritto). Inoltre, è stato chiarito che appartengono «alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone o delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale» (sentenza n. 14 del 2004, punto 4 del Considerato in diritto). Nel caso in esame, i finanziamenti pubblici previsti dalla norma censurata attengono, per l'appunto, alla realtà produttiva regionale, non incidono su aspetti inerenti alla tutela della concorrenza ed hanno la finalità di porre in essere interventi regionali di sostegno alle imprese vittime di reati di mafia e di criminalità organizzata, per tali dovendosi intendere le imprese «che abbiano subito danni, a qualsiasi titolo, in conseguenza di delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale purché il fatto delittuoso sia stato tempestivamente denunciato e riscontrato in sede giudiziale» (art. 10, co. 3, della legge regionale n. 16 del 2012).

La disposizione, dunque, persegue uno scopo indennitario o risarcitorio, in coerenza con gli obiettivi individuati dalla legge ora citata (art. 10, co. 1, e artt. 3 e seguenti) e, pertanto, estraneo alla materia dei contratti pubblici.

Orbene, il ricorso (come, del resto, la delibera-

zione del Consiglio dei ministri che l'ha preceduto) trascura del tutto i suddetti profili, non argomenta in alcun modo in ordine ai finanziamenti pubblici e alla loro natura giuridica, tratta soltanto della disciplina dei contratti pubblici richiamando l'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, al cui ambito applicativo, però, come ora si è detto, i finanziamenti pubblici restano estranei. Ne deriva che l'impugnazione come sviluppata dalla difesa statale, nella parte relativa alla potestà della Giunta regionale di concedere i suddetti finanziamenti alle imprese previste dalla normativa censurata, si rivela priva di supporto argomentativo, mentre il parametro costituzionale evocato (art. 117, co. 2, lett. e, Cost.), nonché il parametro interposto (art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 163 del 2006) risultano non pertinenti. Pertanto, in parte qua, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile. 3.- La questione promossa con riguardo alla potestà della Giunta regionale di adottare «posizioni preferenziali» per le imprese come sopra individuate nei bandi per l'affidamento di contratti con la Regione e con gli enti, aziende e società regionali (art. 10, co. 1, della l. reg. n. 16 del 2012), nonché per l'affidamento in via prioritaria di contratti di cottimo fiduciario (art. 10, co. 2, della stessa legge regionale), è fondata. Questa Corte, con giurisprudenza costante, ha chiarito che l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato. In particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione (ex plurimis: sentenze n. 28 del 2013; n. 339 del 2011; n. 186 del 2010; n. 283

del 2009 e n. 401 del 2007). È stato, altresì, precisato che, con riferimento (tra gli altri) al principio di parità di trattamento, è necessario che le procedure di affidamento e i criteri di aggiudicazione siano disciplinati dal legislatore statale, appunto perché riconducibili alla tutela della concorrenza (sentenza n. 28 del 2013, punto 10 del Considerato in diritto).

Nel caso di specie, la norma censurata, ad onta del richiamo al rispetto del “codice dei contratti” e del relativo regolamento di attuazione contenuto nell’incipit della norma stessa, non si conforma alla disciplina statale e, segnatamente, all’art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, in forza del quale le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del detto codice, in relazione (tra gli altri) alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento ed ai criteri di aggiudicazione. Essa, infatti, consente alla Giunta regionale di adottare, in uno specifico ambito territoriale, misure e criteri per attribuire a determinate imprese «posizioni preferenziali» nei bandi per l’affidamento di contratti con la Regione e con gli altri soggetti nella norma medesima individuati. In tal guisa operando, si introduce per

dette imprese (e sia pure per ragioni commendevoli, come nota la difesa erariale) un criterio preferenziale destinato inevitabilmente a risolversi in un’alterazione del libero gioco della concorrenza, andando così ad incidere in una materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Considerazioni analoghe valgono anche per le misure concernenti l’affidamento «in via prioritaria» di contratti di cottimo fiduciario. Invero, il carattere generico e ambiguo della formula adottata la rende poco coerente con l’art. 125, co. 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, cui la formula stessa si richiama. Peraltro, la norma ora menzionata chiarisce che l’affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto (tra gli altri) del principio di parità di trattamento, che deve ritenersi in contrasto con un affidamento «prioritario». Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono, va dichiarata l’illegittimità costituzionale: a) dell’art. 10, comma 1, della legge della Regione Umbria n. 16 del 2012, limitatamente alle parole «e per l’affidamento di contratti con la Regione e con gli enti, aziende e società regionali»; b) dell’art. 10, co. 2, della medesima legge.

«.....GA.....»

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

SCUOLA: 15 MILIONI DI EURO PER POTENZIARE LE CONNESSIONI WIRELESS

Il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha firmato il decreto che spiega alle scuole come accedere al finanziamento di 15 milioni di euro (5 per il 2013 e 10 per il 2014) previsto dal decreto legge 'L'Istruzione riparte' per il potenziamento delle loro connessioni wireless. I fondi serviranno per realizzare o ampliare infrastrutture di rete. L'obiettivo principale dello stanziamento è incrementare l'uso di contenuti digitali in aula da parte degli insegnanti e, soprattutto, degli studenti per innovare e rendere più interattiva la didattica. Potranno candidarsi al finanziamento tutte le scuole secondarie statali. Sarà data la priorità nell'assegnazione dei fondi a quelle di II grado. Gli Istituti potranno mettersi in rete fra loro per ottenere risorse. Sarà possibile candidarsi al finanziamento di una delle seguenti tipologie di progetto: ampliamento dei punti di accesso alla rete WiFi, potenziamento del cablaggio fisico, realizzazione o adeguamento dell'infrastruttura di rete (Lan/Wlan) di edificio o campus. Il finanziamento sarà proporzionato al tipo di progetto presentato, come spiega nel dettaglio l'Avviso pubblicato sul sito del Miur in contemporanea con il decreto ministeriale.

Ogni scuola potrà presentare un solo progetto. Le istituzioni scolastiche interessate potranno presentare la loro domanda di partecipazione, con progetto allegato, esclusivamente on line dal 6.12.2013 al 16.12.2013. (comunicato MIUR del 13.11.2013).

«..... GA.....»

CONDOMINIO E PRIVACY: LA NUOVA GUIDA DEL GARANTE

Per facilitare un dialogo equilibrato tra tutti gli "abitanti" del condominio - dai condomini agli inquilini in affitto, dal portiere ai fornitori esterni - il Garante privacy ha predisposto un sintetico manuale che affronta i temi più caldi in materia di trattamento di dati personali: "Il condominio e la privacy". Il vademecum prende in esame i casi che più frequentemente emergono nella vita condominiale, dall'assemblea all'accesso agli archivi, dalle comunicazioni agli interessati ai rapporti con l'amministratore. La guida tiene conto anche delle novità introdotte dalla recente riforma del condominio, entrata in vigore nello scorso mese di giugno 2013, e offre le prime risposte ad alcuni dei quesiti già pervenuti al Garante in merito alla corretta applicazione delle nuove norme, come quelle relative al cosiddetto "condominio digitale". Il Vademecum è suddiviso in otto capitoli: l'amministratore; l'assemblea; la bacheca condominiale; la gestione trasparente del condominio; la videosorveglianza; il condominio digitale; il diritto di accesso ai propri dati e altri diritti; ulteriori chiarimenti e risponde i numero ai quesiti quali: 1) si può videoregistrare l'assemblea condominiale? l'assemblea condominiale può essere videoregistrata, ma solo con il consenso informato di tutti i partecipanti. la documentazione, su qualsiasi supporto, deve essere conservata al riparo da accessi indebiti. 2) L'amministratore può utilizzare i numeri di telefono o gli indirizzi e-mail dei condòmini? i numeri di telefono fisso, di telefono cellulare e l'indirizzo di posta elettronica possono essere utilizzati se sono già indicati in elenchi pubblici (come le pagine bianche o le pagine gialle) oppure se l'interessato abbia fornito il

proprio consenso. in ogni caso, occorre sempre tenere presente il principio di proporzionalità circa l'uso di tali recapiti, con particolare riferimento a frequenze e ad orari: il loro utilizzo può essere opportuno in casi di necessità ed urgenza (soprattutto per evitare situazioni di pericolo o danni incombenti), mentre occorre massimo discernimento per le attività ordinarie e non possono essere comunicati a terzi. 3) quali sono le regole per installare un sistema di videosorveglianza condominiale? nel caso in cui il sistema di videosorveglianza sia installato dal condominio per controllare le aree comuni, devono essere adottate in particolare tutte le misure e le precauzioni previste dal codice della privacy e dal provvedimento generale del garante in tema di videosorveglianza. tra gli obblighi che valgono anche in ambito condominiale vi è quello di segnalare le telecamere con appositi cartelli, eventualmente

*avvalendosi del modello predisposto dal garante. le registrazioni possono essere conservate per un periodo limitato tendenzialmente non superiore alle 24-48 ore, anche in relazione a specifiche esigenze come alla chiusura di esercizi e uffici che hanno sede nel condominio o a periodi di festività. per tempi di conservazione superiori ai sette giorni è comunque necessario presentare una verifica preliminare al garante. le telecamere devono riprendere solo le aree comuni da controllare (accessi, garage...), possibilmente evitando la ripresa di luoghi circostanti e di particolari che non risultino rilevanti (strade, edifici, esercizi commerciali ecc.). i dati raccolti (riprese, immagini) devono essere protetti con idonee e preventive misure di sicurezza che ne consentano l'accesso alle sole persone autorizzate (titolare, responsabile o incaricato del trattamento). **(Garante per la Privacy)**.*

«..... GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 16.7.2013 n. 219

Giudizio di legittimità costituzionale - artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 13 del d.lgs. 6.9.2011, n. 149, e art. 1 bis, co. 1 e 4, del d.l. 10.10.2012, n. 174, convertito con modificazioni in l. 7.12.2012, n. 213.

La latitudine dell'oggetto proprio della relazione di fine legislatura impedisce di attribuire la previsione impugnata ad alcuna delle norme di delega su cui espressamente si fonda il d.lgs. n. 149 del 2011, ovvero agli artt. 2, 17 e 26 della l. n. 42 del 2009. In particolare, l'art. 2, co. 2, lett. h) ed i), della legge delega consente al Governo, sia di definire il termine entro il quale Regioni ed enti locali sono tenuti a comunicare i propri bilanci preventivi e consuntivi, sia di introdurre l'obbligo di pubblicarli «in siti internet». Si tratta di una previsione così dettagliata nell'oggetto, da non poter venire posta a fondamento di prescrizioni diverse da quelle indicate. L'art. 2, co. 2, lettera a), permette al delegato di estendere le sanzioni indicate dalla lettera z) nel caso di mancata o tardiva comunicazione dei dati ai fini del coordinamento della finanza pubblica, ma con ciò evidentemente si appoggia a specifiche previsioni normative che fondano l'obbligo comunicativo, e non lo introduce. L'art. 26 della l. n. 42 del 2009, poi, permette di prevedere forme di reciproca integrazione delle basi informative di cui dispongono le Regioni, gli enti locali e lo Stato, ma al solo fine di contrastare l'evasione fiscale: anche in questo caso, l'oggetto della delega è ben distinto dalla materia invece regolata dalla disposizione impugnata. Il legislatore delegato può emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo dei principi fissati dal delegante, e, se del caso, anche un completamento delle scelte compiute con la delega (ex plurimis, ord. n. 73 del 2012 e sentenza n. 293 del 2010), ma non può spingersi ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse. In particolare, il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata,

deve ritenersi avere esito negativo, quando quest'ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in campi più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega. La norma impugnata risponde ad una finalità di verifica e pubblicità sull'intera gamma delle attività regionali, di carattere normativo e amministrativo, così lata da coinvolgere, e potenzialmente incidere, l'intero fascio delle competenze costituzionali delle Regioni, il cui esercizio, nella maggior parte dei casi, è inevitabilmente connesso ad impegni di spesa.

Proprio la circostanza che la norma di delega abbia assunto in considerazione specifiche e limitate ipotesi di trasmissione e pubblicazione dei dati regionali rende priva di copertura ai sensi dell'art. 76 Cost. una disposizione delegata che si prefigge, invece, il ben più ambizioso, e ben distintamente connotato, obiettivo di "trasparenza" (art. 1, co. 1, impugnato), in definitiva, dell'intera azione delle Regioni. L'art. 1 del d.lgs. n. 149 del 2011 è stato perciò assunto in carenza di delega, e va per tale ragione dichiarato costituzionalmente illegittimo, quanto ai commi 1, 2, 3, 4, e 5. Tale declaratoria si estende in via consequenziale ai coo. 3-bis e 6 dell'art. 1 del d.lgs. n. 149 del 2011, introdotti dal d.l. n. 174 del 2012, giacché essi sono del tutto privi di autonomia e significato, una volta caduta la porzione principale della disposizione cui accedono. 13. - Sono assorbite le questioni di costituzionalità promosse avverso l'art. 1 del d.lgs. n. 149 del 2011, per altri profili, dalle Regioni Calabria e Lazio. 14.- L'art. 2 del d.lgs. n. 149 del 2011 costituisce il cuore dell'intervento normativo in oggetto, ed è infatti stato impugnato da tutte le ricorrenti, ciascuna con riferimento ai commi sopra indicati. Con tale disposizione, adottata sulla base della delega conferita dall'art. 17, co. 1 (recte: unico comma), lettera e), della l. n. 42 del 2009, si è per la prima volta data attuazione all'art. 126, co. 1, Cost. Come è noto, si tratta della norma costituzionale che

prevede e disciplina, con riguardo alle Regioni a statuto ordinario, la rimozione cd. sanzionatoria (sentenza n. 196 del 2003) del Presidente della Giunta regionale e lo scioglimento del Consiglio regionale per atti contrari alla Costituzione, gravi violazioni di legge, o ragioni di sicurezza nazionale. Il comma 1 della norma impugnata descrive una fattispecie di «grave dissesto finanziario» in materia sanitaria, subordinata al congiunto verificarsi di tre presupposti: a) in una Regione tenuta a presentare il piano di rientro dal disavanzo previsto dall'art. 2, co. 77, della l. 23.12.2009, n. 191 recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)», il Presidente della Giunta, già nominato commissario ad acta dal Consiglio dei ministri, non adempie all'obbligo di redazione del piano, o agli obblighi da esso derivanti, anche sotto l'aspetto temporale; b) si riscontra in sede di verifica annuale il mancato raggiungimento degli obiettivi del piano e il conseguente perdurare, o l'aggravamento, del disavanzo; c) si adotta per due esercizi consecutivi, stante l'omesso raggiungimento degli obiettivi del piano, un ulteriore incremento dell'aliquota dell'addizionale regionale IRPEF al livello massimo consentito dall'art. 6 del d.lgs. 6.5.2011, n. 68 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario). L'art. 2, co. 2, prevede che il grave dissesto finanziario costituisce grave violazione di legge ai sensi dell'art. 126 Cost. Ove venga accertato dalla Corte dei conti, sia tale requisito, sia l'attribuzione di esso alla responsabilità, con dolo o colpa grave, del Presidente della Giunta, il Capo dello Stato dispone lo scioglimento e la rimozione, previa delibera del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, e previo parere conforme della Commissione parlamentare per le questioni regionali, espresso a maggioranza di due terzi dei componenti. L'art. 2, co. 3, introduce sanzioni a carico della persona del Presidente rimosso, stabilendone l'incandidabilità a cariche elettive per dieci anni, e il divieto di nomina per il medesimo periodo

quale componente di organi di governo di Unione europea, Stato, Regioni ed enti locali. L'art. 2, co. 5, chiude l'insieme di precetti dedicati all'attuazione dell'art. 126 della Costituzione, attribuendo al Consiglio dei ministri il compito di nominare un commissario ad acta che sostituisca il Presidente della Giunta rimosso ai fini dell'ordinaria amministrazione e dell'adozione degli atti improrogabili, e fino all'insediamento del nuovo Presidente. Le Regioni Emilia-Romagna, Umbria, Lazio e Calabria hanno impugnato, tra l'altro, tutte queste previsioni, mentre la sola Regione Campania ha omesso di censurare il comma 1. Con riferimento ai ricorsi delle Regioni Lazio e Calabria bisogna poi puntualizzare che il tenore logico e letterale dei ricorsi consente di ritenere l'impugnativa circoscritta ai coo. 1, 2, 3 e 5 dell'art. 2, ovvero alle sole previsioni direttamente relative al potere di scioglimento del Consiglio e di rimozione del Presidente della Giunta regionale. 14.1.– In ordine logico, è opportuno esaminare anzitutto le censure sollevate dalle Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Calabria, con riferimento alla violazione dell'art. 76 Cost. da parte dell'art. 2, co. 1, impugnato. Le prime due di tali ricorrenti osservano, in via preliminare, che la legge delega n. 42 del 2009 sarebbe stata parzialmente abrogata, e comunque modificata, proprio dalla legge n. 191 del 2009 (art. 2, coo. 77 e seguenti), ovvero dal testo normativo cui la norma impugnata rinvia espressamente per definire il proprio campo applicativo. Si aggiunge che, in ogni caso, la l. n. 191 del 2009 avrebbe direttamente formulato previsioni sovrapponibili all'art. 2 del d.lgs. n. 149 del 2011, introducendo in tal modo una revoca parziale della delega originariamente conferita. La Corte condivide, in linea di principio, la premessa teorica su cui si basa il ragionamento delle ricorrenti, ovvero che il Parlamento, esclusivo titolare della funzione legislativa (art. 70 Cost.), ben possa precludere al Governo l'esercizio di una delega in precedenza conferita, attraverso l'abrogazione, espressa o tacita, della norma delegante. La legge di delega, per tale verso, non si sottrae agli ordinari criteri ermeneutici cui è soggetto qualsiasi atto di legge, e, di conseguenza, alla possibilità che l'interprete

possa rilevarne l'abrogazione per incompatibilità da parte di una legge sopravvenuta. E, naturalmente, il Governo è, perlomeno in ordine di tempo, il primo soggetto chiamato a verificare se continuino a sussistere i presupposti costituzionali di esercizio legittimo della delega (sentenza n. 278 del 2010), indagando, prima di tutto, sulla persistenza della norma delegante nell'ordinamento. Tuttavia, se ciò vale in linea astratta, non altrettanto può dirsi in concreto con riferimento alla questione oggi da decidere. L'art. 2, co. 77, della l. n. 191 del 2009, anziché porsi in linea di collisione con la legge delega e con la norma impugnata, definisce i presupposti di applicabilità di quest'ultima, perché stabilisce in quali casi la Regione sia tenuta ad elaborare un piano di rientro. Le previsioni contenute nei commi successivi, a propria volta, indicano a quali condizioni il Governo possa procedere a nominare il Presidente della Giunta commissario ad acta per l'attuazione del piano. Ed è a questo punto che la norma impugnata, anziché sovrapporsi o contrastare con simili disposizioni, ne recepisce il contenuto. Proprio la circostanza che l'art. 2 del d.lgs. n. 149 del 2011 operi un costante rinvio all'art. 2 della l. n. 191 del 2009, per quanto qui interessa, dimostra che tra i due assetti normativi vi è non conflitto, ma continuità. Un conto, infatti, è affermare che il legislatore delegato non può attuare la delega, quando essa è stata abrogata; tutt'altro conto è aggiungere, secondo la erronea linea di pensiero delle ricorrenti, che il Governo non possa e non debba tenere in considerazione i mutamenti del quadro normativo, entro cui viene a collocarsi la legislazione delegata.

Del resto, eventuali problemi di coordinamento sono sempre possibili, specie a fronte di normative così complesse fin dai presupposti applicativi; ma certamente essi non generano illegittimità costituzionale, se non quando sia del tutto da escludere una possibile soluzione da parte degli interpreti. Nel caso di specie, la Corte, anche alla luce del rapporto di integrazione tra le norme in questione, e comunque della alterità dei piani su cui esse intervengono, esclude che si sia verificata quest'ultima eventualità. Le questioni sono, perciò, non fondate con riferimento sia alla

violazione dell'art. 76 Cost., sia alla compromissione del principio della certezza del diritto, che viene richiamato dalle Regioni Emilia-Romagna e Umbria in modo peraltro incongruo sotto il profilo dell'eccesso di delega, posto che, semmai, esso introdurrebbe una autonoma lesione della Costituzione, riconducibile all'art. 3 della Costituzione.

14.2.– Le Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Calabria eccediscono, quanto all'art. 2, commi 1, 2, 3 e 5, la violazione dell'art. 76 Cost., anche sotto il profilo dell'eccesso di delega, rispetto a quanto consentito dall'art. 17, lettera e), della l. n. 42 del 2009. Le questioni non sono fondate. La delega consente l'introduzione di meccanismi automatici sanzionatori degli "organi di governo" delle Regioni: ciò è indiscutibile, posto che tali misure scattano «nel caso di mancato rispetto degli equilibri e degli obiettivi economico-finanziari assegnati alla regione», oltre che agli enti locali. L'art. 17 della l. n. 42 del 2009 aggiunge che «tra i casi di grave violazione di legge di cui all'art. 126, co. 1, della Costituzione, rientrano le attività che abbiano causato un grave dissesto nelle finanze regionali». È da precisare che quest'ultima norma rientra, in base a quanto indicato dallo stesso art. 17, tra i "principi e criteri direttivi" posti a fondamento della delega. La Corte reputa del tutto evidente, perciò, che l'attuazione dell'art. 126 Cost. sia stata legittimamente ritenuta oggetto del potere legislativo delegato. Altrettanto chiaro è che il Governo ben poteva sviluppare la delega, senza limitarsi ad una mera scansione linguistica di essa, purché con riferimento ai soli casi di «grave dissesto nelle finanze regionali». Ora, l'eccesso di delega prospettato dalle ricorrenti avrebbe potuto palesarsi se la norma impugnata avesse travalicato tale limite, ma non certamente nel caso opposto, e in concreto realizzatosi. Il legislatore delegato ha infatti scelto di circoscrivere l'oggetto della rimozione e dello scioglimento sanzionatorio al caso del disavanzo nel solo settore sanitario, che a tutti gli effetti è parte costitutiva, e di grande rilievo, del complessivo dissesto delle finanze regionali, per cause imputabili in parte alle stesse Regioni (sentenza n. 98 del 2007). In secondo luogo, la fattispecie del "grave dissesto finanziario" disegnata dalla norma impugnata

non nasce dal nulla, ma consegue proprio al compimento di un complesso di “attività”, anche di carattere omissivo, poste in essere dal Consiglio regionale e dalla persona fisica del Presidente della Giunta, in qualità di commissario ad acta. In terzo luogo, tale fattispecie conduce alla rimozione e allo scioglimento degli organi di governo della Regione, in linea con quanto previsto dalla delega, attraverso il rinvio all’art. 126 Cost. Se, poi, sia costituzionalmente illegittimo che una simile sanzione colpisca l’organo, a causa di violazioni di legge imputabili non a quest’ultimo, ma al commissario ad acta, veste con la quale ha operato la persona del Presidente della Giunta, è questione che non riguarda l’osservanza della delega, ma la conformità dell’esercizio di essa al modello costituzionale rappresentato dall’art. 126 Cost. (di cui si dirà infra). 14.3.– La Regione Lazio impugna l’art. 2, coo. 1, 2, 3 e 5, del d.lgs. n. 149 del 2011, in riferimento agli artt. 120, 121, 122, 123 e 126 Cost. ed al principio di leale collaborazione, poiché non sarebbe spettato al legislatore conferire attuazione all’art. 126 Cost., sovrapponendosi alla valutazione, di esclusiva competenza del Capo dello Stato, in ordine alla sussistenza dei presupposti costituzionali per procedere alla rimozione e allo scioglimento sanzionatorio. Le Regioni Emilia-Romagna e Umbria denunciano i commi 1 e 2 della norma impugnata, in riferimento all’art. 126 Cost., poiché essi non descriverebbero “fatti specifici e puntuali” così gravi, da poter giustificare l’attivazione del rimedio straordinario. La Regione Campania ritiene lesivo degli artt. 122 e 126 Cost. che, con l’art. 2, co. 2, impugnato, il legislatore abbia proceduto ad “autoqualificare” il grave dissesto finanziario quale grave violazione di legge ai sensi dell’art. 126 Cost. Le questioni non sono fondate. 14.4.– L’art. 126 Cost., nel testo vigente, e per quanto interessa, risponde alle medesime finalità, e riproduce il medesimo assetto nei rapporti tra Stato e Regioni, che fu voluto dal Costituente. Esso stabilisce sia i presupposti in presenza dei quali è consentito lo scioglimento sanzionatorio, sia gli organi costituzionali competenti ad intervenire nel procedimento. Come è noto, in origine l’art. 126 Cost. prevedeva che il potere di

scioglimento fosse esercitabile nei confronti del solo Consiglio regionale, anche quando quest’ultimo non avesse corrisposto all’invito del Governo a sostituire la Giunta o il Presidente, che avessero compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge.

Il testo dell’art. 126 Cost. fu poi sostituito dall’art. 4 della legge costituzionale 22.11.1999, n. 1 (Disposizioni concernenti l’elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l’autonomia statutaria delle Regioni), nel quadro di un processo di revisione costituzionale volto a rafforzare l’autonomia statutaria delle Regioni, e ad attribuire ad esse, in particolare, la determinazione della forma di governo regionale, purché in armonia con la Costituzione. Significativamente, a parte lievi modifiche di carattere testuale, il nucleo dell’art. 126 Cost. non ha subito alterazioni di sistema. Accanto allo scioglimento sanzionatorio del Consiglio, il legislatore della revisione costituzionale ha posto la rimozione del Presidente della Giunta, in ragione del rafforzamento che i nuovi statuti avrebbero potuto riservare a tale organo di governo, preannunciato del resto dall’opzione della Costituzione per l’elezione diretta di esso, nel caso di silenzio della fonte statutaria (art. 122 Cost.). Ne è seguita l’abrogazione dell’ipotesi di scioglimento del Consiglio quando non avesse dato corso all’invito del Governo a sostituire l’organo esecutivo, posto che, ad oggi, l’art. 126 Cost. permette di procedere direttamente a tanto nei riguardi del Presidente della Giunta. Si è poi cancellata la previsione concernente la nomina, con il decreto di scioglimento, di una commissione di tre cittadini che adottasse gli atti necessari, fino all’insediamento dei nuovi organi di governo regionali, ma tale soppressione si è accompagnata al riconoscimento implicito della competenza dello Stato a disciplinare tale fase in via “esclusiva” (sentenze n. 68 del 2010 e n. 196 del 2003). Del resto, all’applicabilità dell’art. 126 Cost. quanto alle Regioni a statuto ordinario corrispondono speculari previsioni degli statuti speciali, seppure in taluni casi non armonizzati con le modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 1 del 1999 (art. 48 dello statuto della Regione Valle d’Aosta; art. 49-bis

dello statuto della Regione Trentino-Alto Adige; art. 50 dello statuto della Regione Sardegna; art. 22 dello statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia). Solo nella Regione siciliana l'art. 8 dello statuto subordina lo scioglimento dell'Assemblea regionale a delibera delle Camere, ma, in ogni caso, ne ribadisce la configurabilità. Difatti, il potere di scioglimento e, oggi, di rimozione funge da elemento caratteristico della forma di Stato regionale. Esso risponde alla perdurante esigenza di coniugare due fondamenti dell'architettura repubblicana, che accomunano Regioni ordinarie, Regioni a statuto speciale e Province autonome. Da un lato, vi è la necessità di preservare l'autonomia costituzionale e politica delle Regioni, che si pone alla base dell'ordinamento delle autonomie territoriali, e che questa Corte ha già ritenuto caratterizzare «la stessa forma di Stato italiana come “Stato regionale”» (sentenza n. 229 del 1989). Dall'altro lato, tale autonomia si inserisce pur sempre nella cornice imposta dal principio fondamentale di unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.). L'autonomia regionale, specie a seguito della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione, ha acquisito vaste competenze, anzitutto di carattere legislativo. Esse fanno capo ad un circuito politico-rappresentativo che è ulteriore e diverso rispetto all'indirizzo politico ed amministrativo di cui si rende garante il Governo della Repubblica, e che corrisponde all'accentuato pluralismo istituzionale e delle fonti del diritto prescelto dalla Costituzione. Ben si comprende che l'art. 126 Cost. consenta il ricorso al potere sanzionatorio dello Stato verso gli organi regionali di vertice solo a fronte di una «situazione veramente eccezionale» (sentenza n. 50 del 1959), determinata da atti contrari alla Costituzione, gravi violazioni di legge e ragioni di sicurezza nazionale: in nessun caso, in particolare, lo scioglimento del Consiglio e la rimozione del Presidente della Giunta possono conseguire ad un conflitto con il Governo concernente scelte di discrezionalità politica, se non quando esse siano mediate da specifici obblighi legittimamente gravanti sul sistema regionale in forza della Costituzione, ovvero delle leggi, che risultino invece

trasgrediti. Autonomia non significa, infatti, potestà di deviare rispetto al comune percorso definito dalla Costituzione, sulla base della condivisione di valori e principi insensibili alla dimensione territoriale, tra i quali spicca l'adempimento da parte di tutti dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.). L'esperienza seguita alla revisione del Titolo V della Costituzione ha mostrato che le stesse forme più accentuate di autonomia legislativa regionale non si sottraggono all'azione trasversale di competenze assegnate allo Stato dall'art. 117, secondo comma, Cost., mentre, nell'ambito di una competenza concorrente quale è il coordinamento della finanza pubblica, ripetutamente questa Corte ha stimato recessiva la dimensione dell'autonomia finanziaria ed organizzativa della Regione, a fronte di misure necessariamente uniformi sull'intero territorio nazionale e costituenti principi fondamentali della materia (ex plurimis, sentenze n. 169 del 2007; n. 417 del 2005; n. 36 del 2004). Questa Corte perciò ha già ritenuto che «nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117, primo comma) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, co. 2). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto, lo Stato appunto, avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento» (sentenza n. 274 del 2003). Come la sentenza n. 274 del 2003 riconobbe nel Governo il destinatario di questa istanza unitaria, così deve ritenersi quanto all'art. 126 Cost. In conformità al suo ruolo di responsabile dell'indirizzo politico generale, non può che spettare al Governo della Repubblica l'apprezzamento preliminare, ed inevitabilmente segnato da margini di

discrezionalità, in ordine alla gravità delle violazioni in cui sia incorsa la Regione ai sensi dell'art. 126 Cost., anche con riferimento alla latitudine e alla profondità del pregiudizio che ne sia conseguito.

Stato e Regioni operano su piani in buona parte sovrapponibili, e per i quali si rende spesso necessario che le scelte poste in essere dal primo siano portate a compimento, e se del caso completate, dalle seconde. In relazione a tale profilo, è il Governo che è meglio in grado di percepire gli effetti pregiudizievoli che possono conseguire ad una grave violazione di legge. Non a caso, inoltre, la Costituzione attribuisce proprio al Governo il potere di sostituirsi alla Regione, per garantire la tutela dei beni primari indicati dall'art. 120, secondo comma, Cost. Con riguardo allo scioglimento sanzionatorio, la competenza dell'organo esecutivo, del resto, è espressamente riconosciuta dalle disposizioni di fonte costituzionale degli statuti speciali, le quali condividono presupposti e finalità con l'art. 126 Cost., e richiedono la previa delibera del Consiglio dei ministri (art. 48 dello statuto della Regione Valle d'Aosta; art. 49-bis dello statuto della Regione Trentino-Alto Adige; art. 50 dello statuto della Regione Sardegna; art. 22 dello statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia), o comunque ne presuppongono l'iniziativa (art. 8 dello statuto della Regione siciliana). Di conseguenza, l'art. 51 della l. 10.2.1953, n. 62 (Costituzione e funzionamento degli organi regionali) prevede che il decreto di scioglimento sia adottato dal Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e previa delibera di tale ultimo organo; parimenti, l'art. 3, co. 3, lett. o), della l. 23.8.1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) continua ad affidare in via generale al Consiglio dei ministri la delibera sulla proposta di scioglimento del Consiglio regionale, secondo uno schema cui si adegua il co. 2 della norma impugnata.

Infine, questa Corte, pronunciandosi in riferimento all'art. 48 dello statuto della Regione Valle d'Aosta, ovvero ad una disposizione di livello costituzionale analoga all'art. 126 Cost., ha già, per tali ragioni, riconosciuto il carattere determinante che

riveste in questa materia il ruolo del Governo (sentenza n. 101 del 1966). Tuttavia, a garanzia dell'autonomia regionale, l'art. 126 Cost. non si limita a confinare il potere sanzionatorio dello Stato, per quanto interessa, alla violazione di specifici obblighi legislativi legittimamente imposti alla Regione ed ai suoi organi, ma consegna ad un decreto motivato del Presidente della Repubblica la decisione di scioglimento e di rimozione, previo parere della Commissione parlamentare costituita per le questioni regionali. La necessità di motivare il decreto di scioglimento e di rimozione non vale soltanto a rafforzare la posizione della Regione soggetta a potere sanzionatorio, ma rende chiaro che il Capo dello Stato, mediante tale atto, interviene nella propria veste di rappresentante e garante dell'unità nazionale, «non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica» (sentenza n. 1 del 2013). Egli, attraverso la motivazione del decreto di scioglimento e rimozione, si risolve a ritenere soccombente l'istanza territoriale, che di tale unità è parte costitutiva, a fronte delle esigenze della Repubblica compromesse dalle azioni, od omissioni, illegittime degli organi di governo regionali. In tal modo, la Costituzione persegue e bilancia armoniosamente tutti gli interessi di rilievo prioritario sottesi all'esercizio del potere sanzionatorio: a tutela del sistema regionale contro un potere dai confini altrimenti troppo vasti, esige che all'organo regionale venga contestata una "violazione di legge", ovvero un'ipotesi tipica di trasgressione agli obblighi di fonte primaria o statutaria cui soggiace la stessa autonomia regionale, e a cui debbono prestare obbedienza, nell'ambito delle rispettive competenze, il Consiglio e il Presidente della Giunta; aggiunge che siffatta violazione in sé non è sufficiente, ma che ne deve essere valutata la gravità; coinvolge nell'esito di questa delicata valutazione il Presidente della Repubblica e il Governo proponente, chiamato tramite l'organo competente alla controfirma del decreto presidenziale di scioglimento; assicura che il procedimento possa valersi

dell'apporto consultivo del Parlamento, espresso dalla Commissione per le questioni regionali. Va allora ribadito che la Costituzione definisce sia i presupposti del potere sanzionatorio, sia gli organi costituzionali coinvolti, ciascuno secondo competenze chiaramente ripartite.

14.5.– Alla luce di queste premesse, va rilevata l'infondatezza delle censure svolte dalle ricorrenti. Quanto al presunto divieto costituzionale di arricchire l'art. 126 Cost., mediante l'indicazione di uno specifico caso di "violazione di legge", denunciato dalle Regioni Lazio e Campania, questa Corte non si limita ad osservare che il legislatore resta il primo destinatario della Costituzione, incaricato di attuarne le linee programmatiche e di svilupparne i principi, parallelamente all'evoluzione della società democratica. Vi è qui, inoltre, la considerazione che la norma impugnata rafforza (e comunque è coerente con) il profilo di legalità che l'art. 126 Cost. ha posto a presidio dell'autonomia regionale.

Come si è osservato, quest'ultima viene non minata, ma garantita dalla previsione che il potere di scioglimento e di rimozione non possa venire attivato, se non innanzi alla violazione di un puntuale precetto normativo, legittimamente imposto alla Regione. L'articolazione della più ampia fattispecie di inosservanza delle leggi di coordinamento della finanza pubblica in una maggiormente dettagliata ipotesi di "grave dissesto finanziario", dunque, sviluppa con coerenza un principio espresso dall'art. 126 Cost., a vantaggio dell'autonomia costituzionale delle Regioni.

Siamo perciò di fronte ad un caso, legittimo, di attuazione della Costituzione per mezzo della legge ordinaria, e non di un'incostituzionale "estensione" del potere sanzionatorio a vicende incompatibili con l'art. 126 Cost. (sentenza n. 229 del 1989).

Non si può dubitare, peraltro, che la reiterata e pervicace violazione dei principi volti al coordinamento della finanza pubblica, ma talvolta declinati in forma stringente, possa costituire in sé un'ipotesi di violazione di legge rilevante ai sensi dell'art. 126 Cost. Quando tali principi comportino l'obbligo di contenere la spesa, la Regione, sottraendosi a misure destinate ad operare sull'intero territorio

nazionale, anche nella prospettiva di assicurare uno standard uniforme dei livelli essenziali delle prestazioni attraverso la compressione di prestazioni eccedenti tale standard (sentenza n. 104 del 2013), in definitiva viene meno all'obbligo solidaristico sopra rammentato, avvantaggiando indebitamente i propri residenti, rispetto a chiunque altro. Sul piano della formulazione astratta del precetto normativo, quindi, errano le Regioni Emilia-Romagna e Umbria, quando contestano la corrispondenza della norma impugnata al modello di responsabilità raffigurato dall'art. 126 Cost. È però necessario precisare che, quando invece si dovesse passare sul versante della concreta applicazione della norma impugnata, essa non potrebbe, né dovrebbe essere interpretata nel senso di assorbire nella fattispecie legale il giudizio di gravità dell'inadempimento, al quale resta subordinata la legittimità costituzionale del potere di scioglimento e rimozione sanzionatori.

La Corte ha appena osservato che, nel comporre armonicamente gli interessi costituzionali in gioco, l'art. 126 Cost. ha affiancato alla dimensione di pura legalità incarnata dalla "violazione di legge" una dimensione di apprezzamento discrezionale sugli effetti di tale violazione, il cui "grave" carattere è rimesso alla stima del Governo e del Presidente della Repubblica.

Neppure il legislatore può incidere su di un assetto così disegnato dal Costituente, e ribadito dal legislatore della revisione costituzionale. Ne consegue che la norma impugnata può e deve essere interpretata nel senso che la fattispecie di grave dissesto finanziario ivi introdotta non giustifichi da sé l'esercizio del potere sanzionatorio dello Stato, se non accompagnata da una valutazione circa la gravità degli effetti da essa cagionati, da parte dei soli organi costituzionali a ciò chiamati dalla Costituzione.

14.6.– Le Regioni Emilia-Romagna ed Umbria censurano l'art. 2, coo. 1, 2, 3 e 5, del d.lgs. n. 149 del 2011, in riferimento all'art. 126 Cost., e al principio di ragionevolezza, per due profili concomitanti: in senso difforme da quanto prevede l'art. 126 Cost., il potere sanzionatorio dello Stato colpirebbe la persona fisica del Presidente della Giunta non già in quanto

organo di governo della Regione, ma nella veste di commissario ad acta nominato dal Consiglio dei ministri per attuare il piano di rientro dal disavanzo sanitario. Inoltre, la rimozione è preceduta da un procedimento facente capo alla Corte dei conti, del quale, in modo manifestamente irragionevole, il legislatore non specifica la natura e i tempi, con la conseguenza che esso potrebbe protrarsi così a lungo da generare uno stato di «grave incertezza e di delegittimazione degli organi costituzionali della Regione».

La prima di tali censure, diretta contro le medesime previsioni, è sviluppata anche dalle Regioni Lazio e Calabria, entrambe con riferimento, tra l'altro, all'art. 126 Cost. e l'ultima anche con riguardo al principio di ragionevolezza. La seconda delle censure appena esposte è proposta anche dalla Regione Campania ed investe l'art. 2, coo. 2, 3 e 5 del d.lgs. n. 149 del 2011, in riferimento agli artt. 122 e 126 Cost. Entrambe le questioni sono fondate, limitatamente all'art. 2, coo. 2, 3 e 5 del d.lgs. n. 149 del 2011, in riferimento all'art. 126 Cost. ed al principio di ragionevolezza.

14.7.– Questa Corte non può esimersi dal rilevare, incidentalmente, che la norma impugnata presenta due profili apertamente contrari al modello costituzionale al quale doveva, invece, uniformarsi.

Come si è appena specificato, l'art. 126 Cost. ha compiuto scelte precise in ordine al riparto delle competenze costituzionali tra gli organi investiti dell'applicazione del potere sanzionatorio. Tra questi ultimi non compare la Corte dei conti, mentre al parere affidato alla Commissione parlamentare per le questioni regionali non è attribuito carattere vincolante.

L'art. 2, comma 2, impugnato esige, invece, che il Capo dello Stato possa adottare il decreto di scioglimento e rimozione solo su parere conforme della Commissione, per di più espresso a maggioranza di due terzi. L'asse della decisione è stato così alterato rispetto alla previsione costituzionale, poiché il Presidente della Repubblica è tenuto ad esercitare il potere, uniformandosi al parere che proviene dalle Camere.

Parimenti, il conferimento alla Corte dei conti della funzione di accertare la «diretta responsabilità, con dolo o colpa grave del

Presidente della Giunta regionale» spezza indebitamente il delicato equilibrio con cui la Costituzione ha conciliato la sfera di stretta legalità propria della “violazione di legge” con la concomitante dimensione di discrezionalità politica, nel senso sopra precisato, sottesa alla rimozione, e vertente sulla gravità della violazione. Merita di essere osservato a tale proposito che il Costituente, dopo avere ipotizzato che lo scioglimento del Consiglio regionale fosse preceduto dal parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (Commissione per la Costituzione, 2° Sottocommissione, seduta del 13.11.1946), ben presto si risolve nel senso opposto di escludere l'opportunità di un parere proveniente da un organo giurisdizionale, o comunque tecnico (Commissione per la Costituzione, 2° Sottocommissione, seduta del 4 dicembre 1946). La Costituzione ha attribuito al Capo dello Stato e al Governo, l'uno rappresentante dell'unità nazionale e l'altro garante dell'indirizzo politico generale, il compito di valutare il grado di responsabilità implicato dalla violazione di legge, giacché anche da esso si desume l'ampiezza e la gravità dell'inadempimento. Inoltre, essa assicura la piena tutela delle istanze regionali, affidando a questa Corte la risoluzione di eventuali conflitti tra Stato e Regione che possano insorgere in sede di applicazione dell'art. 126 Cost. In questo contesto, non vi è spazio per un intervento dell'organo della giurisdizione contabile. Detto ciò, e venendo alle censure, il comma 2 della norma impugnata, nella parte in cui prevede questo intervento, senza tuttavia specificarne presupposti, natura e tempi di svolgimento, viola anche per tale profilo l'art. 126 Cost. e il principio di ragionevolezza, la lesione del quale senz'altro qui ridonda sulle attribuzioni costituzionali della Regione.

Questa Corte ha già affermato che l'esercizio del potere sanzionatorio in oggetto risponde alla necessità costituzionale di un “immediato allontanamento” dalla carica della persona che la occupa (sentenza n. 12 del 2006). In effetti, la situazione non sarebbe davvero “eccezionale” (sentenza n. 50 del 1959), e tale da giustificare un “atto di penetrante ingerenza” (sentenza n. 81 del 1979) nell'autonomia regionale, se essa fosse

compatibile con i tempi occorrenti alla definizione del giudizio contabile, che sono per necessità ben altri rispetto ai tempi della politica. In queste condizioni, l'organo di governo della Regione viene assoggettato ad un procedimento sanzionatorio, di per sé contraddittorio rispetto all'urgenza del decidere, e comunque dai tratti così indefiniti, da rendere incerte le prospettive di esercizio della carica, in danno dell'autonomia regionale. Fondate sono altresì le questioni sollevate con riferimento al fatto che la rimozione colpisce il Presidente della Giunta in ragione di attività svolte non in tale veste, ma nella qualità di commissario ad acta nominato, e diretto, dal Governo. L'art. 126 Cost. richiede che la grave violazione di legge sia imputabile all'organo di vertice della Regione, che ne viene sanzionato. L'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 149 del 2011, con espressione piuttosto impropria, subordina la fattispecie di grave dissesto finanziario al fatto che la Regione sia «assoggettata a piano di rientro ai sensi dell'art. 2, co. 77, della l. 23.12.2009, n. 191». Quest'ultima disposizione si limita a stabilire a quali condizioni la Regione sia tenuta a presentare un piano di rientro di durata non superiore a tre anni. È agevole interpretare la norma impugnata nel senso che essa si riferisca al caso in cui la Regione non ha ottemperato all'obbligo di redigere il piano, o ne ha stilato uno inadeguato, imponendo al Governo la soluzione estrema di nominarne il Presidente della Giunta proprio commissario, ai sensi dell'art. 2, co. 79, della l. n. 191 del 2009, ed in conformità all'art. 120 Cost. L'attività del commissario, inserendosi nell'ambito del potere sostitutivo esercitabile dallo Stato nei confronti della Regione, è perciò direttamente imputabile al primo, e quindi va posta «al riparo da ogni interferenza degli organi regionali» (sentenza n. 78 del 2011), al punto che resta legittimamente precluso persino un adempimento tardivo nella qualità di Presidente della Giunta (sentenza n. 193 del 2007). La separazione dei ruoli, pur svolti dalla medesima persona fisica, è così netta, che la stessa legge regionale non può sovrapporne le funzioni, attribuendo al Presidente compiti riservati al commissario (sentenza n. 2 del 2010, par. 9 del Considerato in diritto). Infine,

durante la vigenza del piano di rientro, neppure il legislatore regionale può interferire con esso (sentenza n. 78 del 2011). Anzi, l'art. 2, co. 80, della l. n. 191 del 2009 obbliga il Consiglio regionale a modificare, sospendere o abrogare norme regionali che siano di ostacolo all'attuazione del piano, e comunque dall'astenersi dal produrne di nove.

In questo quadro, sia l'inadempimento del commissario ad acta indicato dalla lettera a) dell'art. 2, co. 1, impugnato, sia il mancato raggiungimento degli obiettivi del piano di rientro previsto dalla lett. b), e tale da coinvolgere lo stesso Consiglio regionale quale destinatario delle iniziative legislative necessarie, esulano dalla piena ed esclusiva imputabilità agli organi di vertice della Regione. Né ha rilievo che la legge individui proprio nel Presidente della Giunta il commissario ad acta, essendo egli corresponsabile dell'attuale stato di dissesto finanziario. La norma impugnata vincola l'esercizio dell'eccezionale potere di rimozione al verificarsi di violazioni che sono tutte da collocare nella fase posteriore alla nomina del commissario governativo. Lo Stato, optando per l'esercizio del potere sostitutivo, ovvero di una prerogativa che resta ben distinta dal potere di scioglimento e rimozione degli organi regionali (sentenza n. 81 del 1979), si assume l'onere del processo coartato di risanamento delle finanze regionali. Conseguentemente, la norma impugnata incorre nella violazione dell'art. 126 Cost., là dove contestualmente pretende di imputare la responsabilità di tali attività direttamente alla Regione, sanzionandone gli organi in caso di fallimento. Tali considerazioni comportano l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, coo. 2, 3 e 5, del d.lgs. n. 149 del 2011, ovvero delle norme che definiscono compiutamente gli effetti del grave dissesto finanziario, con riferimento al disavanzo sanitario, ai sensi dell'art. 126 Cost. 14.8.– Sono assorbite le ulteriori questioni di costituzionalità sollevate dalle ricorrenti in riferimento all'art. 2, coo. 2, 3 e 5, del d.lgs. n. 149 del 2011. 14.9.– Le medesime questioni, e parimenti tutte le questioni sollevate in riferimento agli altri parametri costituzionali indicati al paragrafo n. 1 della presente sentenza, e non altrimenti decise, sono invece

inammissibili nella parte in cui investono l'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 149 del 2011.

Tale disposizione conserva una propria autonomia logico-giuridica, pur cadute le previsioni che, in base a questo istituto, permettevano di procedere in forza dell'art. 126 Cost. Il "grave dissesto finanziario", in particolare, comporta la potestà del Governo di nominare un nuovo commissario ad acta (art. 2, comma 4, non impugnato), e determina le decadenze automatiche previste dall'art. 3 del d.lgs. n. 149 del 2011. Tutte le ricorrenti, salvo la Regione Campania, hanno censurato l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 149 del 2011 esclusivamente per la parte in cui esso costituiva una fattispecie di grave violazione di legge, in base all'art. 126 Cost. L'inammissibilità delle questioni deriva, perciò, direttamente dal rilievo per cui esse non recano alcuna motivazione idonea a contestare la legittimità costituzionale, in sé e per sé, della fattispecie indicata dalla norma impugnata, quale fondamento per l'applicazione di ulteriori previsioni del d.lgs. n. 149 del 2011.

14.10.– Le sole Regioni Emilia-Romagna e Umbria impugnano l'art. 2, comma 7, del d.lgs. n. 149 del 2011, in riferimento all'art. 120 Cost. La questione non è fondata. La disposizione censurata prevede che il Presidente della Giunta sia nominato commissario ad acta del Governo, quando la Regione, in settori diversi da quello sanitario, non abbia garantito l'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni e il raggiungimento degli obiettivi di servizio. Le ricorrenti appuntano la propria attenzione proprio su questi obiettivi, che non sarebbero tali da giustificare l'esercizio del potere sostitutivo.

La norma impugnata può e deve essere interpretata nel senso, costituzionalmente conforme, secondo cui essa giustifica il potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., solo se il mancato conseguimento dell'obiettivo di servizio abbia, o possa compromettere, i livelli essenziali delle prestazioni: questi ultimi rimangono, perciò, l'esclusivo punto di riferimento, al quale calibrare gli effetti dell'inerzia regionale.

Né mancano alla Regione gli strumenti di tutela, anche innanzi a questa Corte, avverso atti del Governo lesivi di tale principio.

15.– L'art. 3 del d.lgs. n. 149 del 2011 reca disposizioni in punto di decadenza automatica e interdizione dei funzionari regionali e dei revisori dei conti, in conseguenza dello stato di grave dissesto finanziario di cui al precedente art. 2. Le Regioni Emilia-Romagna ed Umbria hanno dedotto la violazione dell'art. 76 Cost., posto che la legge delega limiterebbe questo regime sanzionatorio ai soli amministratori degli enti locali. La questione è fondata, limitatamente ai coo. 2 e 3 della norma impugnata. L'art. 17, co. 1 (recte: unico comma), lettera e), della legge delega, come si è già visto, permette al Governo di introdurre la «previsione di meccanismi automatici sanzionatori degli organi di governo e amministrativi nel caso di mancato rispetto degli equilibri e degli obiettivi economico-finanziari assegnati alla regione e agli enti locali, con individuazione dei casi di ineleggibilità nei confronti degli amministratori responsabili degli enti locali per i quali sia stato dichiarato lo stato di dissesto finanziario di cui all'art. 244 del citato testo unico di cui al d.lgs. 18.8.2000, n. 267, oltre che dei casi di interdizione dalle cariche in enti vigilati o partecipati da enti pubblici». Tale disposizione è chiara nel circoscrivere il potere del legislatore delegato di disciplinare l'interdizione dalle cariche con riguardo ai soli funzionari degli "enti locali", nozione nella quale non possono ricomprendersi le Regioni (sentenze n. 165 del 2011; n. 33 del 2011; n. 278 del 2010; n. 20 del 2010). Viceversa, il comma 2 della norma impugnata regola l'interdizione nei confronti di funzionari appartenenti al plesso organizzativo regionale, ed il comma 3 pone sempre verso costoro un divieto di nomina di analoga natura, e quindi da ricomprendersi nei casi che la legge delega definisce di interdizione dalle cariche. 15.1.– La medesima questione non è fondata, con riguardo all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 149 del 2011. La legge delega, infatti, consente al Governo di disciplinare automatismi sanzionatori anche nei confronti degli organi di governo e amministrativi della Regione, che è appunto quanto si è realizzato con la norma impugnata. Parimenti non fondata è la questione proposta dalla Regione Lazio, in riferimento all'art. 3 del d.lgs. n. 149 del 2011,

e per violazione dell'art. 76 Cost. La ricorrente rileva che la delega subordinerebbe il meccanismo sanzionatorio al compimento di "attività", mentre la norma delegata lo comminerebbe a prescindere da tale requisito. La Corte ha già osservato, a tal proposito, che il grave dissesto finanziario è il frutto conclusivo di atti e di omissioni illegittime, e questo rilievo basta a dar conto della infondatezza della censura. 15.2.– Sono assorbite le ulteriori censure svolte dalle Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Lazio, con riferimento all'art. 3, coo. 2 e 3, del d.lgs. n. 149 del 2011. 15.3.– Le Regioni Emilia-Romagna ed Umbria impugnano l'art. 3, co. 1, del d.lgs. n. 149 del 2011, per violazione dell'art. 117, terzo e quarto comma, Cost. La Regione Lazio impugna la medesima disposizione, per violazione degli artt. 117, co. 4, e 123 Cost. La norma censurata, al verificarsi del grave dissesto finanziario, impone la decadenza automatica dei direttori regionali, dei direttori amministrativi e sanitari degli enti del servizio sanitario, del dirigente responsabile dell'assessorato regionale competente, e dei revisori dei conti. Le ricorrenti lamentano la pervasiva ingerenza che da ciò deriva alla propria organizzazione interna e, quanto alla Regione Lazio, alla autonomia statutaria regionale. Le questioni non sono fondate. La Corte premette che la norma impugnata ha un campo applicativo del tutto sottratto ai rigorosi presupposti enunciati dall'art. 126 Cost., ed estraneo all'autonomia assegnata dall'art. 123 Cost. allo statuto regionale. Essa, in primo luogo, non raggiunge gli organi che compongono la forma di governo della Regione, ma colpisce determinati funzionari appartenenti all'organizzazione regionale, coinvolti, sia obiettivamente (i direttori generali), sia previo accertamento della responsabilità (tutti gli altri), nel grave disavanzo sanitario. Ora, spetta allo statuto determinare i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento dell'apparato regionale (art. 123 Cost.). Nel caso di specie, viene invece incisa, per ragioni del tutto peculiari, la continuità del rapporto di lavoro che lega alla Regione taluni funzionari. Si è, perciò, su di un livello di concretezza che senza dubbio esula dallo statuto, e ricadrebbe

piuttosto nell'ambito della potestà residuale della Regione in tema di organizzazione interna, da esercitare nel rispetto dei principi statutari (sentenza n. 233 del 2006).

Tuttavia, questa Corte ha già affermato che tale competenza della Regione recede a fronte di misure volte al coordinamento della finanza pubblica, purché il nucleo di esse possa attribuirsi ad un principio fondamentale di quest'ultima materia (ex plurimis, sentenze n. 169 del 2007; n. 417 del 2005; n. 36 del 2004). In linea di massima, effetti così dettagliati potrebbero venire introdotti, per finalità organizzative e di contenimento della spesa, dal solo legislatore regionale. Ma la norma impugnata fa seguito ad una grave inadempienza da parte della Regione, nella quale i funzionari preposti al settore sanitario, e soggetti alle direttive del commissario ad acta, sono senz'altro coinvolti.

La Corte ribadisce che, quando una Regione viola gravemente e sistematicamente gli obblighi derivanti dai principi della finanza pubblica, come nel caso che conduce alla nomina del commissario ad acta, allora essa patisce una contrazione della propria sfera di autonomia, a favore di misure introdotte per sanzionare tali inadempimenti da parte dello Stato. Queste misure, benché mirate e specifiche, appartengono all'ambito dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica (sentenza n. 155 del 2011), e sono perciò legittimamente adottabili dal legislatore statale, come è accaduto nel caso di specie. 16.– L'art. 5 del d.lgs. n. 149 del 2011, nel testo introdotto dall'art. 1 bis, co. 4, del d.l. n. 174 del 2012, è stato impugnato dalle Regioni Valle d'Aosta (reg. ric. n. 16 del 2013), Friuli-Venezia Giulia (reg. ric. n. 17 del 2013) e Sardegna (reg. ric. n. 20 del 2013), e dalla Provincia autonoma di Trento (reg. ric. n. 18 del 2013), in relazione ai parametri indicati supra, punto 2 della presente sentenza. La disposizione censurata, come si è anticipato, è del tutto innovativa rispetto alla norma originaria. Quest'ultima si limitava ad attribuire allo Stato il potere di attivare verifiche sulla gestione amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche indicate dall'art. 14, co. 1, lett. d), della l. 31.12.2009, n. 196 (Legge di contabilità e

finanza pubblica), con espressa eccezione per le Regioni e le Province autonome. Tali verifiche, le cui modalità avrebbero dovuto essere definite d'intesa con la Conferenza unificata, si risolvevano in un'ipotesi ulteriore di "controllo e monitoraggio dei conti pubblici" (art. 14 della l. n. 196 del 2009), anzitutto degli enti locali, finalizzato all'eventuale adozione del piano per il conseguimento degli obiettivi di convergenza indicato dalla lettera d) dell'art. 14, comma 1, della l. n. 196 del 2009.

A seguito della novella legislativa, il potere di verifica è stato configurato «anche nei confronti delle Regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano», ove emergano «indicatori» di squilibrio finanziario, ed è stato costruito al fine della immediata comunicazione dei dati acquisiti alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti competente per territorio. A fronte di un'esplicita previsione di diretta applicabilità al sistema regionale e delle autonomie speciali, non possono trarsi argomenti contrari, quanto a queste ultime, né dalla clausola di salvaguardia espressa dall'art. 13 del d.lgs. n. 149 del 2011, né da quella contenuta nell'art. 11-bis del d.l. n. 174 del 2012 (sentenza n. 241 del 2012).

Una volta riconosciuto il nuovo significato della norma impugnata, ne muta anzitutto il rapporto con l'art. 14 della legge n. 196 del 2009, che continua a disciplinare una fattispecie tipica, con riguardo a finalità estranee al controllo contabile. Con ogni evidenza, ad oggi, l'art. 5 del d.lgs. n. 149 del 2011 rinvia all'art. 14 della legge n. 196 del 2009 al solo scopo di allargare il potere di vigilanza fino all'impiego dei servizi ispettivi di finanza pubblica qui indicati. Lo Stato, ed in particolare il Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale, non intende limitarsi all'acquisizione per via telematica dei dati rilevanti, "anche" attraverso il Sistema informativo di cui all'art. 28 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)» attuato con il decreto ministeriale 5.3.2007, n. 17114, recante «Codificazione, modalità e tempi per

l'attuazione del SIOPE per le Regioni (articolo 28, co. 5, l. 27.12.2002, n. 289 e art. 1, co. 79, l. 30.12.2004, n. 311)», ma si dota di un ben più penetrante potere generale di accesso agli uffici regionali.

Tale potere, in ogni caso, trova il proprio sbocco naturale nell'attivazione delle attribuzioni di controllo spettanti alla Corte dei conti, venendo anche per tale verso a divaricarsi rispetto a quanto normato dall'art. 14 della l. n. 196 del 2009.

Così coordinata con quest'ultima previsione, la disposizione impugnata si sottrae quindi al profilo di manifesta contraddittorietà ed irrazionalità, per il quale è stata denunciata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia e dalla Provincia autonoma di Trento in riferimento all'art. 3 Cost. 16.1.– Tutte le ricorrenti, ciascuna con riguardo alle rispettive norme statutarie e di attuazione degli statuti speciali, lamentano, con riguardo all'esercizio della vigilanza statale nei confronti degli uffici regionali e della Provincia, la lesione della propria autonomia finanziaria e contabile. Le Regioni Valle d'Aosta e Friuli-Venezia Giulia, oltre che la Provincia autonoma di Trento, richiamano anche la competenza in materia di ordinamento degli uffici regionali, e, quanto alla prima e alla terza di tali ricorrenti, la riserva alla Regione e alla Provincia autonoma delle funzioni amministrative nell'ambito materiale delle corrispondenti attribuzioni legislative. 16.2.– La sola Regione Valle d'Aosta censura la norma impugnata, anche con riferimento all'esercizio del potere di verifica nei confronti degli enti territoriali del territorio valdostano, alla luce della competenza primaria in tema di "ordinamento degli enti locali" assegnata dall'art. 2, comma 1, lettera b), dello statuto. La questione è inammissibile, giacché non è supportata dalla necessaria adeguata motivazione (sentenza n. 41 del 2013). La ricorrente si limita, infatti, ad ipotizzare che la «gestione amministrativo-contabile di un ente locale ne caratterizzi l'ordinamento», senza spiegare perché e in quali termini la funzione di vigilanza, preposta al posteriore controllo della Corte dei conti, a propria volta inerisca all'ambito materiale posto a base della censura; in particolare, la ricorrente non si interroga, e non motiva, su

quale rapporto vi sia tra la potestà della Regione in tema di ordinamento dell'ente territoriale e l'autonomia statutaria ed organizzativa che a quest'ultimo compete.

Per tale verso, dunque, non vi è alcun parallelismo immediato, tale da non richiedere congruo supporto motivazionale, rispetto alla competenza legislativa sulla organizzazione degli uffici regionali, che di per sé comprende un'organica disciplina di essi. Ponendo sul medesimo piano argomentativo l'una e l'altra tra tali distinte competenze legislative della Regione, la ricorrente ha prospettato una questione generica, e perciò inammissibile.

16.3.– La Corte esclude che l'art. 5 del d.lgs. n. 149 del 2011, nel testo introdotto dall'art. 1-bis, co. 4, del d.l. n. 174 del 2012, abbia disciplinato una nuova forma di controllo sul sistema regionale e locale, affidato alla Corte dei conti, come erroneamente opinano tutte le ricorrenti.

La disposizione impugnata non spende parola sui confini e sugli effetti di un simile controllo, come invece sarebbe stato necessario, ove davvero il legislatore fosse stato mosso dall'intenzione di ampliare il campo di azione del giudice contabile. È invece evidente che la norma si colloca in una fase anteriore, attribuendo al Ministero dell'economia e delle finanze un potere di verifica strumentale all'esercizio delle funzioni che l'ordinamento già riconosce alla Corte dei conti, e la cui legittimità costituzionale non è oggi in discussione.

Una conclusione diversa potrebbe essere tratta, solo se si ritenesse fin d'ora che lo "squilibrio finanziario" su cui verte il potere di verifica assegnato dalla norma impugnata sia in linea di principio estraneo all'oggetto del controllo di gestione esercitabile nei confronti delle Regioni.

Ma questa affermazione, sviluppata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia, è già stata smentita da questa Corte, fin dalla sentenza n. 29 del 1995, con la quale si è ritenuta la legittimità costituzionale di «un tipo di controllo, come quello previsto dalle disposizioni contestate, che abbia ad oggetto, non già i singoli atti amministrativi, ma l'attività amministrativa, considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento, e che

debba essere eseguito, non già in rapporto a parametri di stretta legalità, ma in riferimento ai risultati effettivamente raggiunti collegati agli obiettivi programmati nelle leggi o nel bilancio, tenuto conto delle procedure e dei mezzi utilizzati per il loro raggiungimento. Infatti, il disegno costituzionale della pubblica amministrazione - delineato in base ai principi del buon andamento dei pubblici uffici (art. 97), della responsabilità dei funzionari (art. 28), del tendenziale equilibrio di bilancio (art. 81) e del coordinamento dell'autonomia finanziaria delle regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni (art. 119) - permette al legislatore ordinario di sviluppare le potenzialità in esso contenute attraverso la previsione di forme di controllo ulteriori rispetto al controllo, essenzialmente esterno, di legittimità e l'estensione di tali forme ulteriori alle amministrazioni regionali» (sentenza n. 29 del 1995, punto 9.1 del Considerato in diritto).

È pacifico che entro una nozione così larga, e così attenta a rimarcare in particolar modo l'impatto dell'attività amministrativa sulle finanze pubbliche, debba rientrare non solo il controllo sulla gestione amministrativa, ma anche quello sulla gestione finanziaria. In seguito, tale profilo è stato ribadito dall'art. 7, co. 7, della l. 5.6.2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), per il quale «la Corte dei conti, ai fini del coordinamento della finanza pubblica, verifica il rispetto degli equilibri di bilancio da parte di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea». Questo principio, senza dubbio applicabile ai soggetti ad autonomia speciale (sentenze n. 60 del 2013 e n. 267 del 2006), convive, ma non viene meno per effetto della «potestà delle Regioni a statuto speciale, nell'esercizio della loro competenza, di adottare particolari discipline nel rispetto delle suddette finalità». Si tratta di attribuzione, anch'essa prevista dall'art. 7, co. 7, della l. n. 131 del 2003 concernente infatti le sole modalità di adattamento del controllo della Corte dei conti alle peculiarità recepite dagli statuti speciali, al pari dell'analogo art. 20

della l. 24.12.2012, n. 243 (Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione). Né la Corte ha mai mutato avviso sul punto: la sentenza n. 236 del 2004, richiamata in senso contrario dalla Regione Friuli-Venezia Giulia, ha riguardato il solo co. 1 dell'art. 7 della l. n. 131 del 2003, in tema di conferimento delle funzioni amministrative, e dunque materia affatto diversa dal controllo di gestione.

Più in generale, è costante nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione secondo cui legittimamente il legislatore statale conferisce alla Corte dei conti funzioni esercitabili nei confronti non solo delle Regioni a statuto ordinario, ma anche delle autonomie speciali (sentenza n. 29 del 1995; in seguito, sentenze n. 60 del 2013; n. 267 del 2006; n. 171 del 2005). Ben si comprende, infatti, che attribuzioni fondate sugli artt. 28, 81 e 97 Cost., anche in riferimento all'art. 119 Cost. ed al coordinamento della finanza pubblica, non possano incontrare i limiti peculiari dell'autonomia speciale, ma si impongano uniformemente, perlomeno nei tratti costitutivi ed essenziali, sull'intero territorio della Repubblica. Non hanno perciò mai avuto successo i tentativi delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di opporre al legislatore statale, in questa materia, sfere di più ampia autonomia legislativa e amministrativa, rispetto a quelle di cui godono le Regioni a statuto ordinario. Non a caso, sono state di regola le norme di attuazione degli statuti delle parti ricorrenti ad adeguarsi alla l. 14.1.1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), istitutiva del controllo di gestione, e non il contrario (art. 3 del d.lgs. 15 maggio 2003, n. 125 per la Regione Friuli-Venezia Giulia; art. 1 del d.lgs. 14 settembre 2011, n. 166 per la Regione autonoma Trentino-Alto Adige; art. 1 del d.lgs. 5 ottobre 2010, n. 179 per la Regione Valle d'Aosta), mentre, altrove, la normativa dello Stato si è naturalmente sovrapposta alla disciplina statutaria e di attuazione (d.P.R. n. 21 del 1978 per la Regione Sardegna).

16.4.– Appare oramai chiaro, alla luce di quanto appena osservato, in primo luogo, che questa Corte è chiamata a valutare della

legittimità costituzionale non già di una nuova forma di controllo del giudice contabile, ma esclusivamente di un potere strumentale all'esercizio delle funzioni altrove assegnate alla Corte dei conti; in secondo luogo, che a fronte di un tale oggetto, i confini dell'autonomia finanziaria ed organizzativa delle ricorrenti sono definiti da parametri costituzionali comuni a tutte le Regioni, in quanto più ampi di quelli garantiti dallo statuto e dalle norme di attuazione (art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001).

Si tratta, infatti, di valutare se la norma impugnata comprima illegittimamente la competenza regionale residuale in materia di organizzazione degli uffici della Regione (ex plurimis, sentenze n. 43 del 2011; n. 200 del 2008; n. 159 del 2008; n. 95 del 2008; n. 233 del 2006; n. 274 del 2003), eccedendo dai limiti di un principio di coordinamento della finanza pubblica, come tale applicabile, per espressa volontà del legislatore statale riferita a questo caso specifico, anche ai soggetti ad autonomia speciale (sentenza n. 193 del 2012; inoltre, sentenze n. 229 del 2011; n. 169 del 2007).

16.5.– La questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 149 del 2011, nel testo introdotto dall'art. 1 bis, co. 4, del d.l. n. 174 del 2012, è fondata in riferimento agli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119 Cost., più favorevoli rispetto alle rispettive disposizioni statutarie in materia di autonomia finanziaria (richiamate da tutte le ricorrenti) e in materia di organizzazione degli uffici (evocata da tutte le ricorrenti, salvo la Regione Sardegna).

Questa Corte ha ripetutamente riconosciuto la legittimità di leggi statali intese ad acquisire dalle Regioni dati utili, anche nella prospettiva del coordinamento della finanza pubblica (sentenza n. 376 del 2003; in seguito, sentenze n. 36 del 2004; n. 35 del 2005), ed in particolare in rapporto alle attribuzioni della Corte dei conti (sentenze n. 57 del 2010; n. 417 del 2005; n. 64 del 2005).

La disposizione impugnata eccede tali confini, circoscritti alla trasmissione da parte degli uffici regionali delle notizie ritenute sensibili, per attribuire non al giudice contabile, ma direttamente al Governo un potere di verifica sull'intero spettro delle attività amministrative e finanziarie della Regione, nel caso di

squilibrio finanziario, per mezzo dei propri servizi ispettivi.

Il grado e la rilevanza costituzionale dell'autonomia politica della Regione si misura anche sul terreno della sottrazione dei propri organi e dei propri uffici ad un generale potere di sorveglianza da parte del Governo, analogo a quello che spetta invece nei confronti degli enti appartenenti al plesso organizzativo statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost. Naturalmente, non possono escludersi casi specifici in cui gli interessi costituzionali sollecitati dalla fattispecie si coagulano intorno ad un nucleo di competenze, la cui titolarità spetta esclusivamente allo Stato. Per tali ipotesi, non è contestabile la legittimità costituzionale di una disciplina che protegga simili interessi, attribuendo poteri ispettivi e di vigilanza ad organi statali (sentenze n. 159 del 2008; n. 97 del 2001; n. 452 del 1989; n. 29 del 1995; n. 219 del 1984), né è contestabile l'esercizio di tali poteri al fine di far valere uno specifico obbligo gravante sul sistema regionale, in particolare nella prospettiva di riferirne alla competente Procura contabile (sentenza n. 370 del 2010). Ben diverso, però, è il caso in cui a finire sotto osservazione è l'attività amministrativa tutta delle Regioni e delle Province autonome, sia pure in presenza di indici di squilibrio nella gestione finanziaria.

L'ampiezza e l'incisività di un tale potere di verifica cela in definitiva un corrispondente potere di vigilanza, attivabile per mezzo dei servizi ispettivi dello Stato, volto a rilevare la cattiva gestione degli uffici da parte della Regione, cui spetta organizzarli ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.

Né vale in senso contrario porre in rilievo che la disposizione impugnata è finalizzata a rafforzare l'intervento della Corte dei conti.

Allo scopo di contemperare l'autonomia costituzionale del sistema regionale con l'interesse unitario alla sana gestione amministrativa e finanziaria, e a soli fini collaborativi, l'art. 3 della l. n. 20 del 1994 ha individuato nella Corte dei conti l'organo al quale riservare il potere di «effettuare e disporre ispezioni e accertamenti diretti», anche nei confronti delle Regioni e delle Province autonome. E questa Corte, chiamata a

giudicare della legittimità costituzionale della normativa che introduceva in tal modo il controllo di gestione, ha stimato che tale attribuzione non costituisse un aspetto secondario dell'intervento in questione, ma ne fosse piuttosto un fondamento. Difatti, tale organo agisce «quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico», «di modo che l'imputazione alla Corte dei conti del controllo sulla gestione esercitabile anche nei confronti delle amministrazioni regionali non può essere considerata come l'attribuzione di un potere che si contrappone alle autonomie delle regioni» (sentenza n. 29 del 1995).

Ora, la norma impugnata supera il punto di sintesi che si era in tal modo raggiunto a tutela dell'autonomia regionale, affidando al Governo l'esercizio di un potere di verifica che, pur restando strumentale rispetto ai compiti del giudice contabile, ugualmente si divarica dal procedimento attivabile e gestibile da quest'ultimo, ed in definitiva si duplica in danno delle Regioni e delle Province autonome. Tale assetto normativo eccede i limiti propri dei principi di coordinamento della finanza pubblica, e si ripercuote sulla competenza legislativa regionale in materia di organizzazione degli uffici, per entrambi questi aspetti. Anzitutto, poiché riserva all'apparato ministeriale un compito fino ad oggi consacrato all'imparziale apprezzamento della Corte dei conti (sentenze n. 198 del 2012, n. 179 del 2007, n. 267 del 2006 e n. 29 del 1995). Inoltre, poiché ciò accade in difetto di proporzionalità tra il mezzo impiegato ed il fine perseguito, non essendovi ragione di supporre l'inidoneità degli ampi poteri ispettivi di quest'ultima a conseguire i medesimi risultati, secondo modalità maggiormente compatibili con l'autonomia regionale.

L'art. 5 del d.lgs. n. 149 del 2011 va perciò dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui si applica alle Regioni a statuto ordinario e a statuto speciale e alle Province autonome. 16.6.— Sono assorbite le ulteriori questioni proposte dalle parti ricorrenti nei confronti dell'art. 1 bis, co. 4, del d.l. n. 174 del 2012, in riferimento ai parametri indicati supra, punto 2 della presente sentenza.

17.— La Regione Lazio impugna l'art. 7 del

d.lgs. n. 149 del 2011, in riferimento agli artt. 117, quarto comma, e 119 Cost. La disposizione censurata disciplina gli effetti conseguenti alla mancata osservanza del patto di stabilità interno da parte della Regione e degli enti locali, nell'anno successivo a quello dell'inadempienza. La ricorrente circoscrive le proprie censure all'incisione dell'autonomia regionale, e ritiene che si sia in presenza di "sanzioni" così gravi e dettagliate, da ledere l'autonomia finanziaria tutelata dall'art. 119 Cost. e da eccedere la competenza dello Stato a dettare i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica.

Quanto, poi, alla specifica misura regolata dalla norma impugnata alla lett. d) del co. 1, ovvero al divieto di assumere personale a qualsiasi titolo, vi sarebbe anche la lesione dell'art. 117, co. 4, Cost., relativo alla competenza residuale della Regione in materia di organizzazione interna e del personale. Le questioni non sono fondate. Questa Corte ha ripetutamente affermato che Regioni ed enti locali sono tenuti a concorrere alle manovre volte al risanamento dei conti pubblici, anche al fine di garantire l'osservanza degli obblighi assunti in sede europea, e che le misure adottate a tal fine dallo Stato costituiscono

inevitabili limitazioni, in via indiretta, all'autonomia finanziaria e organizzativa regionale e locale (sentenza n. 36 del 2004). Quest'ultima non è perciò lesa, quando lo Stato abbia adottato misure contenute nei limiti di un principio di coordinamento della finanza pubblica. Si è però aggiunto che i margini costituzionalmente tutelati dell'autonomia finanziaria e organizzativa della Regione si riducono, quando essa ha trasgredito agli obblighi legittimamente imposti dalla legislazione dello Stato, al fine di garantire la tenuta della finanza pubblica allargata (sentenza n. 155 del 2011).

È questo il caso su cui interviene la disposizione censurata: essa non è fonte di obblighi direttamente applicabili alle Regioni, ma piuttosto, come la stessa ricorrente mostra di sapere, di sanzioni cagionate proprio dalla violazione pregressa del patto di stabilità interno da parte della Regione. Posto che esso non è stato rispettato, rientra senza dubbio nei limiti, resi più ampi, del coordinamento della finanza pubblica un insieme di misure stringenti, divenute necessarie proprio a causa dell'inadempimento regionale, e che ben avrebbero potuto essere evitate se fosse stato osservato il patto di stabilità.

«.....GA.....»

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

SANITÀ: NUOVO SITO PER RICERCARE I MIGLIORI OSPEDALI PER PATOLOGIA

Si chiama www.Doveecomemicuro.it e contiene i dati di 1.233 strutture sanitarie (ospedali e case di cura accreditate) italiane suddivise per specialità in base a 50 indicatori selezionati, tra gli altri, dal Ministero della Salute e l' Agenzia Nazionale per i servizi Sanitari Nazionali (Agenas). Un vero e proprio motore di ricerca per scegliere dove curarsi per determinate patologie. Il progetto è realizzato da esperti del mondo sanitario, coordinati dal Dipartimento di Sanità Pubblica dell'università Cattolica di Roma. Il sito, chiarisce Linea Amica, è facile da usare: la ricerca si effettua sulla parte del corpo e il problema di salute di proprio interesse oppure inserendo criteri di distanza geografica. I risultati della ricerca saranno contrassegnati da una simbologia (semaforo rosso, giallo e verde) che permette di sintetizzare i dati di qualità. Una legenda aggiuntiva, basata sulla misurazione "a tacche" valuterà la performance della singola struttura rispetto agli standard internazionali di qualità dell'assistenza. **(Comunicato di Linea Amica del 11.11.2013).**

«..... GA.....»

LA CONSULTA SBLOCCA LE AZIONI ESECUTIVE CONTRO 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 della 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.....»

GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale ord. 23.10.2013 n. 253
Artt. 1, co. 4, 9, co. 1, e 10, co. 1 della legge della Regione Veneto 29.6.2012, n. 23.
... che l'art. 1, co. 4, della legge reg. Veneto n. 23 del 2012 è censurato in quanto individua la figura del direttore generale alla sanità e al sociale e prevede che questi sia nominato dal Consiglio regionale su proposta del Presidente della Giunta regionale e abbia il compito di realizzare gli obiettivi sociosanitari di programmazione, indirizzo e controllo, nonché di coordinare le strutture e i soggetti afferenti al settore; che, data la formulazione generica e poco chiara, la norma censurata istituirebbe una nuova figura senza precisarne adeguatamente la collocazione organizzativa; che la medesima disposizione impugnata, prevedendo che sia il Consiglio regionale a nominare tale direttore, comporterebbe una violazione degli artt. 46 e 58 della legge regionale statutaria 17.4.2012, n. 1 (Statuto del Veneto) e degli artt. 97, 121 e 123 della Costituzione; che il Presidente del Consiglio censura, inoltre, gli artt. 9, co. 1, e 10, co. 1, della l. reg. n. 23 del 2012; che l'art. 9, co. 1, stabilisce che l'adeguamento al Piano socio sanitario regionale delle schede di dotazione ospedaliera sia effettuato dalla Giunta, previo parere obbligatorio e vincolante della competente commissione consiliare; che l'art. 10, comma 1, dispone che le schede di dotazione territoriale delle unità organizzative dei servizi e delle strutture di ricovero intermedie siano approvate dalla Giunta, ugualmente previo parere obbligatorio e vincolante della commissione consiliare competente; che, di conseguenza, per le medesime ragioni già esposte in riferimento all'art. 1, co. 4, della legge reg. Veneto n. 23 del 2012, anche gli artt. 9, co. 1, e 10, co. 1, censurati si porrebbero in contrasto con gli artt. 46 e 58 dello statuto e con gli artt. 97, 121 e 123 Cost.; che la Regione Veneto si è costituita in giudizio con atto depositato nella cancelleria della Corte il giorno 10.12.2012, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso; che, con legge della Regione Veneto

3.12.2012, n. 46 (Modifiche di disposizioni regionali in materia di programmazione ed organizzazione socio-sanitaria e di tutela della salute) è sopravvenuta una modifica di ciascuna delle norme censurate; in particolare l'art. 1 della l. reg. n. 46 del 2012 ha previsto che il direttore generale alla sanità e al sociale sia nominato dalla Giunta regionale su proposta del Presidente della Giunta, mentre con riferimento alle schede di dotazione ospedaliera e territoriale l'art. 2 ha sostituito la previsione del parere obbligatorio e vincolante della competente commissione consiliare con il solo parere obbligatorio di quest'ultima; che, con memoria depositata il giorno 15.4.2013, la Regione Veneto ha sostenuto che, a causa delle intervenute modifiche legislative regionali, le ragioni di doglianza sarebbero cessate e che, medio tempore, la legislazione censurata non avrebbe avuto alcuna applicazione, chiedendo pertanto la dichiarazione di cessazione della materia del contendere; che l'Avvocatura dello Stato, il giorno 15.4.2013, ha depositato richiesta di rinvio a nuovo ruolo della trattazione del giudizio, inizialmente fissata per il 7.5.2013, al fine di consentire di valutare se permanesse l'interesse alla coltivazione del ricorso, e che la difesa regionale, con atto depositato il 18.4.2013, ha aderito all'istanza di rinvio; che, con atto depositato il 3.6.2013, il Presidente del Consiglio dei ministri ha dichiarato di rinunciare all'impugnazione, a causa della intercorsa modifica legislativa che ha emendato le disposizioni impuginate in senso satisfattivo; che, con atto depositato il 23.7.2013, la Regione Veneto ha accettato la citata rinuncia all'impugnazione. Considerato che il Presidente del Consiglio dei ministri, con atto depositato il 3.6.2013, a seguito delle modifiche apportate alle disposizioni della legge della Regione Veneto 3.12.2012, n. 23 (Norme in materia di programmazione socio sanitaria e approvazione del Piano socio-sanitario regionale 2012-2016), ha rinunciato al ricorso; che la Regione Veneto, in data 23.3.2013, ha depositato atto di

accettazione della rinuncia; che, ai sensi dell'art. 23 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, la rinuncia al

ricorso, seguita da accettazione della controparte, estingue il processo.

«.....GA:.....»

Dichiarazione sull’Etica, sulle pratiche scorrette e Regolamento sulle modalità di valutazione dei contributi scientifici pubblicati in Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana

Sezione di ricerca scientifica della “Gazzetta amministrativa della Repubblica Italiana”

Al fine di garantire un elevato standard della qualità scientifica dei documenti pubblicati, la Rivista ha sempre effettuato un’attività di valutazione scientifica preventiva, da parte del Direttore, dei membri della Direzione, del Comitato scientifico e dei Direttori dei focus, dei contributi pubblicati. Di tale attività di valutazione (che spesso permette arricchimenti e correzioni del contributo, specie se proveniente da giovani studiosi e ricercatori) viene regolarmente conservata traccia dalla redazione della Rivista.

Attualmente, al fine di soddisfare in modo ottimale i parametri per la valutazione scientifica dei contributi da pubblicare, la Rivista svolge una sistematica attività di referaggio.

A tal proposito è stato creato un comitato di *referees* composto da 80 esperti, compresi i membri del Comitato scientifico, ossia un numero superiore a tre volte il numero delle uscite annuali. I componenti sono scelti tra professori universitari italiani e stranieri in settori disciplinari e scientifici di interesse della rivista, magistrati, dirigenti pubblici, avvocati.

L’attività di valutazione scientifica dei contributi si differenzia a seconda del tipo di documento da pubblicare:

Presentazione del contributo:

Il contributo deve essere inviato in appositi *templates* forniti dalla redazione all’indirizzo e-mail info@gazzettaamministrativa.it unitamente a:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica professionale e i recapiti;
- 2) un abstract di massimo 250 parole sia in italiano che in inglese, 6 parole chiave e la sua qualificazione attraverso le categoria del sistema U-Gov Miur (saggio, commento, nota... etc...);
- 3) una formale richiesta (v. allegato a) di pubblicazione comprensiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:

a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;

b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica sia scientifica che di informazione;

c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la rivista;

d) che l’Autore esonera la rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare, in parti separate, non pubblicare lo scritto oltre che di rimuovere il contributo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Esame preliminare:

La redazione, su proposta del **Direttore** o del Vice **Direttore**, svolge un esame preliminare dello scritto e, in particolare, ne valuta:

a) l’attinenza del tema trattato con quelli oggetto della rivista;

b) la qualificazione, anche sulla base dell’ espressa richiesta dell’Autore, tra le diverse tipologie di contributi di cui alla classificazione U-Gov Miur;

c) la presenza dei requisiti minimi di accettabilità anche con riguardo alle informazioni rese dall’Autore all’atto della richiesta di pubblicazione di cui ai punti da a) a d);

d) l’eventuale modifica dell’ area tematica;

e) qualora lo scritto venga classificato come contributo di “attualità” finalizzato all’aggiornamento professionale, il successivo invio per la valutazione finale da parte di due componenti del **Comitato di redazione**.

Referaggio:

L’Autore di "saggi e contributi scientifici", in caso di esito positivo dell'esame preliminare, riceverà la comunicazione che lo scritto sarà sottoposto a referaggio.

L'attività di valutazione scientifica dei contributi è differenziata a seconda del tipo di contributo da pubblicare:

a) Referaggio di saggi e contributi scientifici:

Nel caso di collocazione dello scritto nella categoria "saggi e contributi scientifici", il lavoro sarà sottoposto alla valutazione di due revisori fra i componenti del **Comitato di referee**, italiani o stranieri, esperti della materia o del tema oggetto dello scritto medesimo, di cui almeno un professore ordinario, che saranno in rapporto esclusivamente con la **Direzione** della rivista.

È adottato, in via preferenziale, il **sistema di valutazione** c.d. *doublé blind peer review*: il contributo è inviato dal **Direttore** della Rivista ai due revisori in forma anonima e all'autore non sono rivelati i nomi dei revisori, i quali sono vincolati (alla pari del **Direttore** della Rivista) a tenere segreto il loro operato. La segretezza dell'identità dei revisori, anche in caso di giudizio positivo, è a garanzia di una maggiore indipendenza di giudizio.

In via residuale e a discrezione del **Direttore**, può essere utilizzato anche il sistema di valutazione del *peer review* c.d. *open*, in cui si garantisce la forma anonima della valutazione, ma i soggetti chiamati ad effettuare la valutazione potranno conoscere l'identità dell'autore del contributo sottoposto a valutazione.

b) Referaggio di contributi di “attualità” finalizzati all’aggiornamento professionale:

Per i contributi classificati sotto la categoria "attualità", la valutazione del lavoro sarà effettuata da due componenti del **comitato di redazione** della rivista. In ogni caso, a garanzia di una maggiore indipendenza del giudizio, la valutazione del contributo avverrà sempre in forma rigorosamente anonima e l'autore non potrà conoscere l'identità dei soggetti chiamati a valutare il contributo. Per garantire la celere pubblicazione di un documento di estrema attualità, la valutazione del contributo potrà essere effettuata anche dal **Direttore**.

c) Referaggio di note a sentenza e recensioni:

In ragione del loro carattere più o meno snello, note a sentenza e recensioni possono essere assoggettate, a scelta del **Direttore**, alla procedura di cui *sub a* ovvero *sub b*.

d) Referaggio di saggi e contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica:

In via eccezionale, su proposta del **Direttore** accolta dal comitato di **Direzione**, i contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica possono essere pubblicati senza referaggio preventivo, ferma rimanendo la responsabilità del **Direttore**.

Valutazione del contributo:

La valutazione del contributo avviene sulla base dei seguenti criteri:

- a) la rigorosità 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.

Chiuso in redazione il 20 novembre 2013
Finito di stampare nel novembre 2013
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)



Tipolitografia SPEDIM
Via Alfredo Serranti, 137
00040 Monte Compatri (RM) ITALY
www.spedim.it

per informazioni rivolgersi a:



REDAZIONE G.A.
Tel. **06.3242351 - 06.3242354** Fax **06.3242356**
Sito web: **www.gazzettaamministrativa.it**
E-mail: **info@gazzettaamministrativa.it**

Edit. La Gazzetta Amministrativa Srl
Sped. Abb. Post. D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1

Prezzo abbonamento annuale € 120,00 (iva assolta dall'Editore)