



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

- **ACCESSO AI VERBALI ISPETTIVI: ETERNO CONTRASTO TRA DIRITTO ALLA DIFESA E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA**
- **SEGRETEZZA E INVISIBILITÀ. LA DOPPIA FACCIA DEGLI ARCANA IMPERII**
- **RIFLESSIONI IN MERITO ALLA NATURA DEL SILENZIO DELLA P.A. SULLE ISTANZE DI ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ EX ART. 22 DELLA L. R. LAZIO N. 15/2008. (IL DECORSO DEL TERMINE PRESCRITTO DALLA LEGGE PER LA DEFINIZIONE DELL'ISTANZA DI SANATORIA INTEGRA UN'IPOTESI DI SILENZIO C.D. SIGNIFICATIVO O DI SILENZIO INADEMPIMENTO?)**
- **L'INQUINAMENTO ACUSTICO FERROVIARIO: INTERVENTI PER MITIGARE IL RUMORE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2014/38/UE, DELLA LEGGE QUADRO N. 447/95 E DELLA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 35/2014**
- **CORRUZIONE E FINANZIAMENTO ILLECITO DEI PARTITI NELLE CAMPAGNE ELETTORALI IN ITALIA: LE REGOLE EUROPEE**
- **LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI PARTECIPANTI AD UN RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO TRA IMPRESE IN CASO DI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE?**
- **DICHIARAZIONE DEL PROCURATORE SPECIALE CIRCA IL REQUISITO DI MORALITÀ PROFESSIONALE: L'ADUNANZA PLENARIA DEFINISCE LE CONDIZIONI**
- **I TRASFERIMENTI D'AUTORITÀ ED I TRASFERIMENTI A DOMANDA NELLE F.F.A.A. E NELLE FORZE DI POLIZIA**
- **I COMPENSI INCENTIVANTI AI PUBBLICI DIPENDENTI**
- **L'ORDINE DI ESAME DEL RICORSO INCIDENTALI E DI QUELLO PRINCIPALE IN MATERIA DI APPALTI: LA SOLUZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA**
- **MODELLO DI CONCORRENZA "PER" IL MERCATO E PROCEDURE DI GARANZIA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO PUBBLICO DI TRASPORTO LOCALE. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 2 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE**
- **I POTERI DI VIGILANZA E DI CONTROLLO DELL'A.I.F.A. SUI MEDICINALI IMMESSI IN COMMERCIO (FARMACI GENERICI): NOVITÀ DEL D.LGS. N. 17/14**

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



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

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

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Presidente: Prof. Alberto Romano

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

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

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

COMITATO DI REFEREE

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

COMITATO DI DIREZIONE

Direttore: Prof. Enrico Michetti

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

Coordinatore Ufficio di Direzione: Avv. Domenico Tomassetti

Caporedattore: Avv. Emanuele Riccardi

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

REDAZIONE

Direttore Responsabile: Dott.ssa Marzia Romani

Coordinatore Osservatorio riforme istituzionali ed amministrative: Pietro Marrazzo

Responsabile Organizzazione: Dott. Filippo Gai

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

SOMMARIO



PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	4
REDAZIONALI	8
ACCESSO AI VERBALI ISPETTIVI: ETERNO CONTRASTO TRA DIRITTO ALLA DIFESA E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA <i>dell'Avv. Michela Montanari</i>	8
SEGRETEZZA E INVISIBILITÀ. LA DOPPIA FACCIA DEGLI <i>ARCANA IMPERII</i> <i>della Dott.ssa Virginia Arata</i>	22
GIURISPRUDENZA	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI	28
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	34

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	39
REDAZIONALI	42
RIFLESSIONI IN MERITO ALLA NATURA DEL SILENZIO DELLA P.A. SULLE ISTANZE DI ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ <i>EX ART. 22 DELLA L. R. LAZIO N. 15/2008. (IL DECORSO DEL TERMINE PRESCRITTO DALLA LEGGE PER LA DEFINIZIONE DELL'ISTANZA DI SANATORIA INTEGRA UN'IPOTESI DI SILENZIO C.D. SIGNIFICATIVO O DI SILENZIO INADEMPIMENTO?)</i> <i>della Dott.ssa Cristina Zaccheo</i>	42
L'INQUINAMENTO ACUSTICO FERROVIARIO: INTERVENTI PER MITIGARE IL RUMORE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2014/38/UE, DELLA LEGGE QUADRO N. 447/95 E DELLA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 35/2014 <i>dell'Avv. Andrea Grappelli</i>	47
GIURISPRUDENZA	51

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	57
REDAZIONALI	59
CORRUZIONE E FINANZIAMENTO ILLECITO DEI PARTITI NELLE CAMPAGNE ELETTORALI IN	



- sommario -

ITALIA: LE REGOLE EUROPEE	
<i>del Prof. Vincenzo Musacchio</i>	59
GIURISPRUDENZA	63
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	55

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	78
REDAZIONALI	81
LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI PARTECIPANTI AD UN RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO TRA IMPRESE IN CASO DI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE?	
<i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i>	81
DICHIARAZIONE DEL PROCURATORE SPECIALE CIRCA IL REQUISITO DI MORALITÀ PROFESSIONALE: L'ADUNANZA PLENARIA DEFINISCE LE CONDIZIONI	
<i>della Dott.ssa Tiziana Molinaro</i>	84
GIURISPRUDENZA	87
CONTRATTI PUBBLICI.....	87
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	87
CONCORRENZA.....	87

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	93
REDAZIONALI	96
I TRASFERIMENTI D'AUTORITÀ ED I TRASFERIMENTI A DOMANDA NELLE FF.AA. E NELLE FORZE DI POLIZIA	
<i>dell'Avv. Fabrizio Casella</i>	96
GIURISPRUDENZA	99

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	106
REDAZIONALI	111
I COMPENSI INCENTIVANTI AI PUBBLICI DIPENDENTI	
<i>del Dott. Stefano Chirico</i>	111
GIURISPRUDENZA	114
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	119

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	130
REDAZIONALI	134
L'ORDINE DI ESAME DEL RICORSO INCIDENTALE E DI QUELLO PRINCIPALE IN MATERIA DI	

APPALTI: LA SOLUZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti e dell'Avv. Ilaria De Col</i>	134
GIURISPRUDENZA	137
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO	144

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	148
REDAZIONALI	150
MODELLO DI CONCORRENZA "PER" IL MERCATO E PROCEDURE DI GARANZIA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO PUBBLICO DI TRASPORTO LOCALE. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 2 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>della Dott. Massimiliano Giuseppe Maffei</i>	150
GIURISPRUDENZA	158

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	162
GIURISPRUDENZA	164

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	169
REDAZIONALI	171
I POTERI DI VIGILANZA E DI CONTROLLO DELL'A.I.F.A. SUI MEDICINALI IMMESSI IN COMMERCIO (FARMACI GENERICI): NOVITÀ DEL D.LGS. N. 17/14 <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i>	171
GIURISPRUDENZA	177

DICHIARAZIONE SULL'ETICA, SULLE PRATICHE SCORRETTE E REGOLAMENTO SULLE MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI SCIENTIFICI PUBBLICATI IN GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA	183
--	-----

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

COMUNI: IN G.U. I NUOVI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE TELEMATICA IN MATERIA ELETTORALE, ANAGRAFE, DI STATO CIVILE E CON I NOTAI PER LE CONVENZIONI MATRIMONIALI

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 46 del 25.2.2014 è stato pubblicato il decreto del Ministero dell'Interno 12.2.2014 recante "Modalità di comunicazione telematica tra comuni in materia elettorale, di anagrafe e di stato civile, nonché tra comuni e notai per le convenzioni matrimoniali, in attuazione dell'art. 6, co. 1, lett. a) e c) del d.l. 9.2.2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.4.2012, n. 35" (Decreto del Ministero dell'Interno in Gazzetta Ufficiale n. 46 del 25.2.2014).

«..... GA.....»

TRASPARENZA: ON LINE LE FAQ DELL'A.N.A.C. SULLA CORRETTA APPLICAZIONE DEL D.LGS N. 33/2013

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) ha pubblicato apposite FAQ sull'applicazione del d.lgs. n. 33/2013 in materia di trasparenza amministrativa che sono state elaborate in base alle risposte fornite ai numerosi quesiti posti dalle amministrazioni pubbliche e dagli enti, anche privati, destinatari delle norme sulla trasparenza amministrativa. Le FAQ sono state suddivise per articolo di riferimento del decreto legislativo n. 33/2013. Tenuto conto dell'analiticità del lavoro svolto per la sistematizzazione dei riscontri ai quesiti ricorrenti, l'Autorità racco-

manda di esaminare il testo delle FAQ prima di inviare eventuali ulteriori richieste di chiarimento all'Autorità sulla l. 190/2012 e sul d.lgs. n. 33/2013. Si informano gli utenti che dette FAQ sono state inserite nelle aree di gestione di Amministrazione Trasparente al fine di agevolare le P.A. nelle attività di caricamento dei dati e delle informazioni previste dal d.lgs. n. 33/2013 (FAQ elaborate dall'A.N.A.C del 18.2.2014).

«..... GA.....»

ENTI LOCALI: CHIARIMENTI SULLA PREDISPOSIZIONE DELLA RELAZIONE DI FINE MANDATO

Il Ministero dell'Interno in relazione ad alcune richieste di chiarimento fa presente che l'ultimo anno da considerare nella predisposizione della relazione di fine mandato - da redigere non oltre il novantesimo giorno antecedente la data di scadenza del mandato stesso - è quello dell'ultimo esercizio amministrativo e finanziario gestito. Pertanto, gli enti locali interessati dal prossimo turno elettorale, sono tenuti, comunque, a considerare l'esercizio 2013 come ultimo anno della predetta relazione, pur in mancanza dell'avvenuta approvazione del relativo rendiconto di gestione. In tal ultimo caso, si farà riferimento ai dati di pre-consuntivo dell'anno 2013 sulla base dei dati di chiusura tecnico-contabile dell'esercizio. E', infatti, di tutta evidenza l'importanza di considerare l'ultimo anno in cui la gestione amministrativa e finanziaria si è conclusa ai fini di dare una informazione esaustiva e trasparente

dell'ultima fase del mandato svolto dall'organo politico dell'ente (**Comunicato del Ministero dell'Interno del 14.2.2014**).

«..... GA.....»

TRASPARENZA ANCHE NELLE SOCIETÀ PARTECIPATE: OBBLIGO DI PUBBLICAZIONE DEI BILANCI E DEI COMPENSI DI DIRIGENTI E CONSULENTI NELLA CIRCOLARE DEL MIPA

Il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione Gianpiero D'Alia ha firmato e trasmesso alla Corte dei Conti una circolare volta a chiarire l'ambito di applicazione delle regole di trasparenza e degli obblighi di pubblicazione dei dati sugli enti economici e sulle società controllate e partecipate.

*Il documento rivolge la sua attenzione agli enti e ai soggetti di diritto privato "controllati, partecipati, finanziati e vigilati dalle pubbliche amministrazioni", applicando nei loro confronti nella maniera più estesa possibile le regole contenute nel decreto legislativo 33/2013 che riguardano la pubblicazione dei bilanci e dei compensi di dirigenti e consulenti (**Comunicato MIPA del 14.2.2014**).*

«..... GA.....»

PIANO TRIENNALE DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE: MODALITÀ DI TRASMISSIONE AL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Il Dipartimento della funzione pubblica ha unificato la gestione degli adempimenti a carico delle P.A. mediante il sistema integrato "PERLA PA". Il sistema è stato integrato per ricevere le comunicazioni relative ad alcuni degli adempimenti previsti dalla legge 190 del 2012, tenuto conto delle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) approvato l'11.9.2013. In questa prima fase, il sistema "PERLA PA" è stato integrato per ricevere alcuni dati relativi al Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.). Le amministrazioni non ancora iscritte a "PERLA PA" devono registrarsi

al sistema seguendo le istruzioni riportate alla nella pagina Guida alla registrazione. Dopo la registrazione, il "responsabile Perla-PA" dell'amministrazione provvede a nominare il responsabile per l'adempimento denominato "Anticorruzione". Il responsabile per l'adempimento "Anticorruzione" deve compilare la scheda relativa al P.T.P.C. inserendo le informazioni richieste e allegando il link al P.T.P.C. e al relativo documento di approvazione da parte dell'organo di indirizzo politico.

*Le Amministrazioni che volessero apportare integrazioni e/o modifiche al P.T.P.C. dovranno comunque assicurare il mantenimento sul sito istituzionale del documento nella versione originale comunicata al Dipartimento. Per quanto riguarda le istituzioni scolastiche con successivo comunicato saranno rese note le modalità di trasmissione dei P.T.P.C. (**Comunicato della Funzione Pubblica del 30.1.2014**).*

«..... GA.....»

FUNZIONE PUBBLICA: ON LINE LA NUOVA FUNZIONALITÀ DI "AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE" PER LA TRASMISSIONE DEI DATI ALL'AVCP

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica in data odierna ha diramato il comunicato con il quale evidenzia che in esecuzione del Protocollo d'Intesa sottoscritto dal Ministro per la PA e la semplificazione e la Gazzetta Amministrativa per l'ottimizzazione dei rapporti dei cittadini con la PA, è stata realizzata ed è disponibile gratuitamente per tutte le Amministrazioni una nuova funzionalità che, in ossequio all'art. 51 del d.lgs n. 33/2013 (Invarianza finanziaria), consente di generare il file in formato XML contenente i dati e le informazioni sugli affidamenti. In particolare le Amministrazioni che utilizzano "Amministrazione Trasparente" - distribuito gratuitamente dalla Gazzetta Amministrativa per conto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica - nella sezione di Livello 1 "Bandi di Gara e contratti" prevista dall'art. 37 del d.lgs n. 33/2013 è stata attivata una nuova interfaccia di cari-



ramento dei dati che genera il file conforme alle disposizioni sancite dall'art. 1, co. 32, l. n. 190/2012 nonché alle specifiche tecniche stabilite dall'AVCP (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture). L'applicativo consente poi l'esportazione del file per la pubblicazione sul sito istituzionale dell'Amministrazione affinché si proceda entro il 31 gennaio p.v. nella comunicazione all'AVCP dell'URL di riferimento coincidente con l'indirizzo del sito web istituzionale dell'amministrazione (Comunicato della Funzione Pubblica del 27.1.2014).

«..... GA.....»

ANTICORRUZIONE: L'ADOZIONE DEL PIANO TRIENNALE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NEGLI ENTI LOCALI RIENTRA NELLE COMPETENZE DELLA GIUNTA

Con deliberazione n. 12/2014 del 22.1.2014 l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha chiarito che la competenza ad adottare il piano triennale della prevenzione della corruzione, per quanto concerne gli enti locali spetta alla Giunta, anche alla luce dello stretto collegamento tra il piano triennale di prevenzione della corruzione e i documenti di programmazione previsto dal Piano nazionale anticorruzione, salvo diversa previsione adottata nell'esercizio del potere di autoregolamentazione dal singolo Ente (Delibera A.N.A.C. n. 12 del 22.1.2014).

«..... GA.....»

AVVIO DEL CICLO DELLA PERFORMANCE 2014-2016 E COORDINAMENTO CON LA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE: INDICAZIONI OPERATIVE DELL'A.N.A.C

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha fornito indicazioni alle amministrazioni pubbliche, sia centrali sia territoriali, ai fini dell'avvio del ciclo della performance 2014-2016. In particolare, è stata sottolineata la necessità di integrazione del ciclo della performance con gli strumenti e i processi relativi alla qualità dei servizi, alla trasparenza,

all'integrità e in generale alla prevenzione della anticorruzione. Per le amministrazioni di diretta applicazione del d.lgs. n. 150/2009, relativamente al Piano della performance 2014-2016 (da adottare entro il 31.1.2014), tenendo conto anche dell'evoluzione del quadro normativo sull'anticorruzione e, in particolare, dell'emanazione nel 2013 dei decreti legislativi n. 33 e n. 39 – sul riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza e il regime delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni – l'Autorità ha confermato quanto espresso nella delibera n. 6/2013.

Per rendere evidente l'integrazione degli strumenti programmatori e, quindi, garantire il collegamento tra performance e prevenzione della corruzione, nei Piani della performance dovrà essere esplicitamente previsto il riferimento a obiettivi, indicatori e target relativi ai risultati da conseguire tramite la realizzazione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione (P.T.P.C.) e dei Programmi triennali della trasparenza. In tale ottica di integrazione e coerenza, richiamata anche nell'Allegato 1 del Piano Nazionale Anticorruzione, è opportuno che le amministrazioni prevedano nel Piano della performance 2014-2016 obiettivi, indicatori e target sia per la performance organizzativa (tramite indicatori di risultato e di processo, prevalentemente associabili al livello strategico e operativo) sia per la performance individuale (obiettivi assegnati al responsabile della prevenzione della corruzione e al personale dirigente a vario titolo coinvolto nella realizzazione del P.T.P.C.).

Per gli Enti territoriali (Regioni ed Enti strumentali, Comuni, ecc.) le indicazioni sopra riportate sono applicabili nell'ambito dei rispettivi documenti di programmazione 2014-2016. Infine, per i Ministeri e Enti pubblici non economici nazionali è stata confermata, riguardo alla comunicazione dei documenti e delle informazioni relative al nuovo ciclo, la modalità di trasmissione tramite il Portale della trasparenza (sostitutivo dell'invio tramite mail, PEC, ecc).

A questo proposito, è stata sottolineata l'esigenza che i nuovi Piani contengano le informazioni richieste tramite le schede stan-



dard del Portale (Obiettivi strategici, Iniziative rilevanti, Qualità dei servizi, Obiettivi operativi), in modo da evitare lacune o in-

congruenze tra quanto presente nei documenti e quanto pubblicato sul Portale. (Comunicato A.N.A.C.).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ACCESSO AI VERBALI ISPETTIVI: ETERNO CONTRASTO TRA DIRITTO ALLA DIFESA E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

dell'Avv. Michela Montanari

Il diritto di accesso nasce come diritto costituzionalmente garantito ma non incompressibile a fronte di altri diritti di pari dignità quale quello alla riservatezza: il giudizio di bilanciamento deve operare caso per caso e non sulla base di aprioristici assunti.

The right of access is a right granted by the Constitution but it is not unshrinkable before other constitutional rights as it is the right to privacy: the balancing judgment has to be executed on a case - by case - basis and not on a priori statement.

Sommario: 1. Diritto di accesso nel controverso dibattito normativo tra diritto di difesa e riservatezza. 2. Il limite della riservatezza in particolare nel diritto di accesso agli atti dei verbali ispettivi. 3. La giurisprudenza amministrativa recente: la sentenza del Consiglio di Stato n. 4035/2013. 4. Conclusioni.

1. Diritto di accesso nel controverso dibattito normativo tra diritto di difesa e riservatezza.

L'istituto dell'accesso agli atti amministrativi è stato introdotto dalla l. 7.8.1990 n.241.

In quel periodo era del tutto assente una definizione di "riservatezza" quale bene antagonista per definizione al diritto di accesso e il diritto alla cd. privacy veniva mutuato dal diritto anglosassone ricavandone il fondamento normativo costituzionale nell'art. 2 della Costituzione.

L'art. 22 della l. n. 241/1990 definisce la nozione di "diritto di accesso", individuandone l'ambito soggettivo di applicazione nel successivo art. 23.

Il legislatore sin dall'inizio si è focalizzato particolarmente sui limiti al diritto all'accesso e dunque sulle particolari casistiche escludenti detto diritto.

L'art. 24 ha il compito di fornire in prima battuta un elenco di una serie di ipotesi in cui il diritto in discorso risulta normativamente escluso, a causa della presenza di interessi da considerarsi ad esso sovraordinati, come av-

viene in caso di "segreto" o di divieto di divulgazione normativamente previsti¹.

Poi il legislatore demanda all'autorità governativa la possibilità di prevedere, con fonte secondaria quale il regolamento di delegificazione, ulteriori ipotesi di "esclusione" dal diritto di accesso, qualora l'accesso venga richiesto su documenti riguardanti la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono.

Inizialmente fu l'art. 8 del regolamento successivamente introdotto, con il d.P.R. 27.6. 1992 n.352 deputato a precisare ulte-

¹ La giurisprudenza in relazione a documenti coperti da segreto è orientata nel negare l'accesso considerando detti documenti come atti assolutamente non disponibili (cfr. TAR Sicilia, Ct.,II, 22.9.2005 n.1448).

riormente i criteri che erano sottesi alle ipotesi di esclusione del diritto di accesso, uniformandosi alle esigenze indicate nell'art. 24 della l. n. 241/90.

Successivamente il d.P.R. n. 352/1992 veniva abrogato dal d.P.R. n. 184/2006 rinviando per i casi di esclusione all'art. 24 della l. n. 241/1990 ed alle singole amministrazioni per specifici casi di limite all'accesso.

Per quel che concerne il settore lavoristico il M.ro del lavoro è stato deputato ad individuare quei documenti esclusi dal diritto di accesso.

Venne emanato il d.m. 4.11.1994 n.757, il provvedimento I.N.P.S. n.1951 del 16 febbraio 1994 ed i regolamenti I.N.A.I.L. del 1992, del 1994 e del 13.1.2000 n.5²

In materia di attività ispettiva per verifiche in sede di lavoro per verificare l'esclusione dal diritto di accesso si rinviava alla seguente normativa: a) art.2 del d.m. 757/94, per *"i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi"* (art.2, co.1., lett. c) nonché *"i documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del lavoro"* (art.2, co.1., lett. b), e ciò *"in relazione all'esigenza di salvaguardare la vita privata e la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, di gruppi, imprese e associazioni"*; b) il n. 12 dell'allegato A (punto II) al provv. 1951/94 I.N.P.S., richiamato dall'art.17 dello stesso provvedimento (intitolato *"della tutela della riservatezza"*), *"le dichiarazioni rilasciate da lavoratori che costituiscono base per la redazione del verbale ispettivo, al fine di prevenire pressioni, discriminazioni o ritorsioni ai danni dei lavoratori stessi"*; c) l'ex art. 14 della delibera 5/00 I.N.A.I.L., gli *"accertamenti ispettivi"*, al fine di tutelare *"la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, di gruppi, di imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolari, sanitari, politici, sindacali, religiosi, professionali, finanziari, industriali e commerciali di cui essi siano in concreto titolari, ancorché*

² Per adeguare la disciplina dell'accesso alla normativa nel frattempo sopravvenuta in tema di riservatezza.

*i relativi dati siano stati forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono"*³.

Il primo limite naturale al diritto di accesso fu dunque individuato nel contrapposto diritto alla riservatezza la cui tutela veniva potenziata sempre di più nonostante il suo fondamento normativo venisse trovasse ancora fondamento e tutela esclusivamente nell'art. 2 della Costituzione in tema di diritti della personalità. Infatti, nonostante la valorizzazione della tutela della trasparenza dell'azione amministrativa e l'assenza di una normativa sulla privacy, non appena entrata in vigore la legge sul procedimento amministrativo le prime correnti giurisprudenziali e dottrinarie ritennero prevalente sul diritto di accesso il diritto alla riservatezza perchè diritto di rango costituzionale superiore sia al diritto di difesa che al diritto di accesso e al diritto al buon andamento dell'azione amministrativa.

Il diritto alla riservatezza trova poi espresso consacrazione normativa nella l. 31.12.1996 n.675, che lo qualifica espressamente quale diritto inviolabile personale alla tutela dell'intimità della sfera privata.

Viene così predisposta una tutela forte della riservatezza nei confronti delle cd. *"banche dati"*, attraverso la protezione dei dati personali inerenti l'individuo e la persona giuridica. Negli anni successivi all'entrata in vigore della l. n.675/96, se è vero che la riflessione sul diritto di accesso agli atti amministrativi conosce un consistente sviluppo (soprattutto in ordine alle modalità di esercizio ed al rapporto con gli interessi sui quali va ad incidere), è da dire che ciò accade quasi esclusivamente in virtù di elaborazione giurisprudenziale⁴.

Nel contempo, invece, il dibattito sulle forme di intrusione nella vita privata della persona si amplia notevolmente, in relazione ad una accresciuta capacità - delle pubbliche amministrazioni, così come di tutti i soggetti pubblici e privati che si trovano a trattare dati

³ Sul punto cfr. G. ESPOSITO, *L'accesso agli atti dell'ispezione in materia di lavoro tra diritto di difesa del datore ed interessi del lavoratore*, 2007, in www.privacy.it

⁴ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato interviene con le pronunce n. 5 del 1997 e n.59 del 1999 per tentare di dirimere i conflitti tra accesso e riservatezza.

personali - di elaborazione qualitativa e quantitativa di informazioni, direttamente derivante dalla disponibilità di una strumentazione informatica e telematica sempre più complessa e sofisticata.

L'esigenza di *reductio ad unum* della disciplina sulla *privacy* conduce poi ad emanare il d.lgs. 30.6.2003 n.196 ("*Codice in materia di protezione dei dati personali*").

Il Codice della *privacy* rappresenta l'approdo di un lungo percorso che ha portato a maturazione la concezione giuridica del bene "*riservatezza*" oramai considerato bene soggetto a larghissima protezione per l'individuo

In questo quadro giuridico si inerisce e trova la propria giustificazione ontologica la l. 11.2.2005 n.15, che interviene a modificare l'art. 24 l. n.241/90: il legislatore si preoccupa di affermare che in ogni caso deve essere garantito ai richiedenti l'accesso per quei documenti amministrativi la cui conoscenza sia utile per difendere i propri interessi giuridici.

2. Il limite della riservatezza in particolare nel diritto di accesso agli atti dei verbali ispettivi

Riguardo all'ostensibilità agli atti del procedimento ispettivo solitamente, in caso di diniego di accesso, il ricorso al giudice amministrativo contro detti atti di diniego di accesso è prevalentemente originato dalla volontà del datore di venire a conoscenza del contenuto di una o più richieste d'intervento indirizzate alle Direzioni provinciali del lavoro e agli enti previdenziali e/o delle dichiarazioni rilasciate dai propri dipendenti in occasione dell'accesso in azienda da parte degli organi ispettivi in sede di ispezione.

Qualora il datore di lavoro non sia riuscito ad ottenere l'accesso a detti atti dietro sua semplice richiesta si è reso sovente necessario l'intervento dei Giudici amministrativi chiamati a decidere sulla legittimità degli atti amministrativi di diniego dell'accesso.

Per emettere una decisione i giudici sono dovuti ricorrere ad un giudizio di bilanciamento tra i due opposti diritti: il diritto alla trasparenza e alla riservatezza.

Sul tema, a seguito di sviluppi giurisprudenziali recenti, ne sono nati due orientamenti del tutto opposti a riprova della difficoltà del-

la materia e della difficile riconduzione della soluzione sotto un unico orientamento invocabile *de plano* per ogni fattispecie del settore.

Due dunque le tesi sul tappeto.

Un primo orientamento⁵ che vedeva la prevalenza del diritto di accesso sul diritto alla riservatezza, seguiva l'emanazione del d.P.R. 352/92 e contava numerose pronunce del Consiglio di Stato, e pur rinvenendo un vero e proprio diritto alla riservatezza in capo al lavoratore, le decisioni dei giudici si soffermavano a sottolineare solo le conseguenze discendenti dal giudizio di bilanciamento con il diritto di accesso.

Questo orientamento giurisprudenziale rinviava alla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 1997, sebbene tale Plenaria non attenesse strettamente alla materia del lavoro. Il caso riguardava, infatti, un responsabile sanitario di una U.S.L. marchigiana, che aveva richiesto l'accesso a tutte le lettere o segnalazioni inviate da pazienti alla Regione Marche in merito al suo operato. L'accesso veniva negato al medico con la motivazione dall'esigenza di non deteriorare il rapporto medico-pazienti in seguito alla rivelazione dei nomi di coloro che, tra gli stessi pazienti (o loro familiari), avevano inoltrato alla Regione rimostranze relative ai comportamenti del medico.

L'Adunanza Plenaria, impostava il caso in termini di conflitto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza e - richiamando tra l'altro alcune precedenti sentenze del Consiglio di Stato in materia di lavoro - accoglieva l'appello del medico consentendogli il diritto all'accesso. dà ragione al soggetto istante. Si apriva così quell'impostazione giurisprudenziale che riconosceva la prevalenza del diritto di accesso sulla riservatezza ogniqualvolta

5 Cfr., tra le altre, CdS, VI, 17.10.2003, n.6341; CdS, VI, 10.4.2003, n.1923; CdS, VI, 3.5.2002, n.2366; TAR Abruzzo, Pe, 23.2.2001, n.198; TAR Lazio, III, 30.3.1999, n.810; TAR Toscana 17.12. 1997, n.822; CdS, VI, 4.7.1997, n.1066. Prima della sent. n.5/97 resa dal CdS Ad. Plen., si vedano, tra le altre, CdS, IV, 19.11.1996, n.1604; TAR Lombardia, Bs, 4.45.1996, n.497, TAR Campania, Na, IV, 8.11996, n.17; TAR Veneto 28.12.1995, n.1599; TAR Lazio, Lt, 20.7.1995, n.666; TAR Veneto, 24.6.1995 n.421 e 25.3.1995 n.456.

fosse in discussione la cura e tutela dei propri interessi giuridici anche intesa come cura della propria difesa giuridica.

La giurisprudenza inizia pertanto a risolvere il contrasto in materia di lavoro attraverso l'interpretazione dell'art. 2 del d.m. 757/94. Al riguardo il CdS giunse ad affermare che *"tale previsione regolamentare risulta in contrasto con la norma primaria di cui all'art.24 l. n.241/90 e, in particolare, con la previsione secondo cui il diritto di difesa prevale sulla riservatezza"*⁶.

Seguendo questa impostazione e sulla premessa che il diritto di accesso sia inquadrabile nell'ambito dei diritti soggettivi, il Consiglio di Stato disapplicava sistematicamente la norma regolamentare (art. 2 d.m. 757/1994) da ritenersi in contrasto con la legge 241/90 nell'ambito del conflitto che insorge tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi ed il diritto alla riservatezza.

Si uniformava a detto orientamento anche il TAR Veneto con tre sentenze del 2006⁷. Con la prima delle tre sentenze (TAR Veneto, 18.1.2006, n. 301), il TAR affermava espressamente che *"la preminenza del diritto di difesa sul diritto alla riservatezza, pertanto, impone di disapplicare le norme regolamentari confliggenti con il citato art. 24, ma non anche di annullare le norme stesse perché ciò non appare strettamente necessario ai fini del soddisfacimento dell'interesse sottostante all'azione ex art.25"*.

In definitiva, questo primo orientamento giurisprudenziale, dando per assodato che il conflitto tra datore di lavoro e lavoratore sulla conoscibilità delle dichiarazioni e/o delle generalità di quest'ultimo rientri nell'alveo del bilanciamento tra trasparenza e riservatezza, riporta la risoluzione della questione non solo alla consueta disamina sulla concretezza e personalità dell'interesse fatto valere ma anche al fatto che la richiesta di accesso agli atti sia finalizzata alla tutela di una posizione giuridicamente rilevante, stante l'assunto per cui *"il diritto alla riservatezza è destinato a recedere tutte le volte in cui la conoscenza degli*

*atti sia necessaria per l'esercizio del diritto di difesa"*⁸.

Così ragionando questo orientamento riconosce pertanto la prevalenza del diritto di difesa sul diritto alla riservatezza che deve recedere di fronte ad esigenze difensive che possono essere assolte solo grazie all'ostensibilità di alcuni documenti dei quali si è richiesto l'accesso.

Il secondo orientamento giurisprudenziale che vede, di converso, la prevalenza del diritto alla riservatezza sul diritto di accesso, si basa, invece, su pronunce emesse da diversi tribunali amministrativi di primo grado tra il 2001 ed il 2007.

Questo alternativo orientamento analizza sotto altra luce il rapporto tra il diritto di accesso e la riservatezza arrivando a sostenere che il diritto alla riservatezza ha ad oggetto la sola sfera di intimità della persona, che deve essere tutelata dalla curiosità altrui, dall'indiscrezione con la quale altri indagano e raccolgono notizie sulla vita privata, rendendo pubblici aspetti che invece la persona vorrebbe fossero coperti dal riserbo.

L'innovazione di detto orientamento è proprio nella qualifica attribuita al diritto alla riservatezza atteso che i giudici, nel rapporto con il contrapposto diritto di accesso, riconoscono prevalente lo stesso in quanto escludono rientrano nella riservatezza le dichiarazioni rese dai lavoratori nel corso del procedimento ispettivo.

Dunque nell'elaborazione giurisprudenziale il bene *"riservatezza"* resta sempre circoscritto alla sfera più intima dell'individuo, come tale tutelabile in sé, cioè per la conoscenza che delle notizie a detta sfera pertinenti altri abbiano e non per le eventuali (successive) conseguenze che possano derivare da terzi che si appropriano di tali informazioni.

Quanto appena evidenziato risulta confermato da diverse pronunce dei giudici amministrativi i quali si spingono sino a sostenere che *"in realtà, la conoscenza delle dichiarazioni rese dai lavoratori agli ispettori (...) non è idonea di per sé a ledere direttamente gli interessi professionali dei lavoratori o la loro 'privacy', come normalmente accade*

⁶ CdS 10.4.2003, n.1923.

⁷ Ci si riferisce a TAR Veneto, 18.1.2006, n.301; idem 27.4.2006, n.1130; 19.6.2006, n.1801.

⁸ CdS, IV, 16.9.2003, n.5240.

con l'ostensione di quei dati che attengono effettivamente alla sfera di riservatezza: piuttosto, la cognizione delle dichiarazioni dei lavoratori, in relazione alla loro condizione di parte debole del rapporto di lavoro, può agevolare comportamenti illeciti degli imprenditori, come ad esempio intimidazioni o licenziamenti..."⁹.

Dunque le dichiarazioni rese dai lavoratori in sede di verbali ispettivi non afferiscono al bene "riservatezza" e non lo inficiano in quanto un conto è parlare della definizione di un bene ed un altro è parlare di quel bene sotto il profilo di eventuali effetti che potrebbero scaturire dalla sua violazione.

In altre parole, mentre la lesione di tale bene riservatezza, infatti, viene a concretizzarsi con una intrusione ingiustificata nella sfera intima di un individuo, ogni successiva conseguenza di ogni pubblicazione o divulgazione di informazioni o dati illecitamente acquisiti, ogni ritorsione o pressione che potrebbe derivare ai danni dell'individuo-lavoratore rientra di converso nella sfera di meri effetti che potrebbero discendere in ambito lavorativo dalla conoscenza del procedimento ispettivo.

La riservatezza protegge dunque la sfera intima dell'individuo e non la sua eventuale esposizione a ritorsioni, pressioni, intimidazioni, pregiudizi, azioni discriminatorie, etc., realizzate dal datore di lavoro in danno del lavoratore stesso. Sul punto si veda la sentenza TAR Veneto, 19.6.2006, n.1801: *"riservatezza (...) mal invocata, in quanto la ratio del divieto ivi contenuto non era tanto di salvaguardare la privacy dei lavoratori, quanto di non esporli a 'ritorsioni' da parte del datore di lavoro"*.

In definitiva, l'orientamento ora analizzato evidenzia la non fondatezza della teoria che subordinerebbe il diritto di accesso alle eventuali conseguenze pregiudizievoli che il lavoratore potrebbe subire in concreto a causa dell'ostensione del verbale ispettivo.

Correttamente, si dovrebbe invece inquadrare il pericolo del lavoratore a subire pregiudizi e ritorsioni dal datore di lavoro nell'ambito di azione dell'art. 2087 c.c. che prevede un divieto generale del datore di la-

voro di *neminem ledere* che trova la sua più efficace protezione in ambito processuale piuttosto che in quello procedimentale.

Il possibile pregiudizio che potrebbe subire il lavoratore si rivela dunque in opponibile all'esplicazione del diritto di accesso al verbale ispettivo.

Infatti in ogni caso, in conformità ai principi generali sull'onere della prova, la dimostrazione del carattere ritorsivo di tali iniziative ricade sempre sul lavoratore il quale non può giovare di una tutela preventiva assoluta contro qualunque solo possibile azione discriminatoria a danno dello stesso perpetrata dall'amministrazione.

Diversamente ragionando la par condicio tra datore di lavoro e lavoratore risulterebbe "spuntata" avendo il lavoratore conseguito uno strumento eccessivo di limitazione delle richieste di accesso datoriali in funzione di contrasto di fenomeni ritorsivi che devono comunque essere qualificati come eventuali sino a prova contraria.

Tali motivazioni risultano del resto efficacemente condensate, con specifico riguardo ad atti propulsivi del procedimento ispettivo, in CdS, V, 22.6.1998 n. 923: *"Nell'ordinamento delineato dalla l. 7.8.1990 n.241, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto di diritti deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all'interessato esigenze di riservatezza - foss'anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggono al controllo dell'autorità giudiziaria -, atteso che, per un verso, la tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo alla legalità repubblicana e, per altro verso, l'eccessiva tempestività dell'accesso può tutt'al più giustificare un breve differimento se ciò è opportuno per gli sviluppi dell'istruttoria"*.¹⁰

⁹ TAR Piemonte, 24.6.2005, n.2654.

¹⁰ Lo stesso Consiglio di Stato con specifico riguardo ad atti propulsivi del procedimento ispettivo, in CdS, V, 22.6.1998, n. 923 ha così statuito:

Sovente infatti le richieste di accesso provenienti dal datore di lavoro sono legittime e di conseguenza quell'orientamento giurisprudenziale che nega detto accesso invocando atti di normazione secondaria potrebbe indurre a pensare che l'amministrazione utilizzi detti atti come pretesto per tutelare e mantenere inalterato il proprio operato piuttosto che per proteggere il lavoratore.

D'altronde, la stessa Ad. plen. del CdS n. 5 del 1997 aveva riconosciuto il diritto del richiedente medico a visionare le lettere e segnalazioni che lo riguardavano, con ciò evidenziando la non preoccupazione di possibili ritorsioni risolvendo l'annosa conflittualità tra riservatezza e trasparenza in favore della trasparenza e del diritto a conoscere.

Infatti in via generale, le necessità difensive - riconducibili ai principi tutelati dall'art. 24 della Costituzione - sono ritenute prioritarie rispetto alla riservatezza di soggetti terzi (cfr. CdS, Ad. Plen. 4.2.1997, n. 5) ed in tal senso il dettato normativo richiede l'accesso sia garantito "comunque" a chi debba acquisire la conoscenza di determinati atti per la cura dei propri interessi giuridicamente protetti (art. 20, co. 7, l. n. 241/90 Cit.); la medesima norma tuttavia - come successivamente modificata tra il 2001 e il 2005 (art. 22 L. n. 45/2001, art. 176, c. 1, d.lgs. n. 196/03 e art. 16 L. n. 15/05) - specifica con molta chiarezza come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti

"Nell'ordinamento delineato dalla l. 7.8.1990 n.241, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto di diritti deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all'interessato esigenze di riservatezza — foss'anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggono al controllo dell'autorità giudiziaria —, atteso che, per un verso, la tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo alla legalità repubblicana e, per altro verso, l'eccessiva tempestività dell'accesso può tutt'al più giustificare un breve differimento se ciò è opportuno per gli sviluppi dell'istruttoria".

in cui sia "*strettamente indispensabile*" la conoscenza di documenti, contenenti "*dati sensibili e giudiziari*".

Ciò al fine di sgomberare il campo da ogni possibile sospetto che l'amministrazione si possa trincerare dietro la qualificazione di nuovi documenti qualificati come "*segreti*" e dunque esclusi dal diritto di accesso, allargando sempre di più l'ambito di esclusione dall'accesso che, di converso, dovrebbe prevedere casi ben limitati, tassativi ed insuscetibili di applicazione analogica.

3. La giurisprudenza amministrativa recente: la sentenza del Consiglio di Stato n. 4035/2013.

Laddove sembrava ormai riconfermato con vigore il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, recentemente i giudici amministrativi sembrano essere ritornati sui loro passi in merito all'accesso ai verbali ispettivi. Punto di partenza su cui affrontare il giudizio di bilanciamento di opposti diritti costituzionalmente garantiti resta sempre il d.m.757/1994.

Il d.m. 4.11.1994, n. 757 (regolamento concernente le categorie di documenti, formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto di accesso) inserisce fra tali categorie – all'art. 2, lett. b) e C) – "*i documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del Lavoro*", nonché "*i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi*".

In rapporto a tale quadro normativo, anche la giurisprudenza ha più volte - come già evidenziato nel presente scritto - confermato la sottrazione al diritto di accesso della documentazione, acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo loro affidata (cfr., fra le tante, CdS,VI, 27.1.1999, n. 65 e 19.11.1996, n. 1604) artt. 2 e 3 del d.m. n. 757 del 4.11.1994, che esplicitamente precludono l'accesso ai documenti, la cui conoscenza possa essere causa di pressioni o azioni pregiudizievoli da parte dei datori di lavoro nei confronti dei propri dipendenti).

E' pur vero che il quadro giurisprudenziale è stato dunque da sempre connotato da orientamenti oscillanti e contraddittori che hanno visto affermarsi alternativamente ora la prevalenza del diritto di difesa sancito dall'art. 24 cost., ora la legittimità del diniego di accesso agli atti motivati dalle esigenze di tutela della riservatezza dei lavoratori unitamente a quella di preservazione della funzione pubblica di vigilanza.

Ed è nell'ambito di detto altalenante dimenarsi giurisprudenziale che si inserisce l'importante sentenza del CdS n. 763 del 2009 avverso la sentenza del TAR per la Puglia, sezione di Lecce, n. 2439/08 del 29.8.2008, la quale sottolinea: *“l'Amministrazione sottolineava come, viceversa, il diniego di accesso dovesse ricondursi, in materia di documenti redatti dall'Ispettorato del Lavoro, all'esigenza di salvaguardare la riservatezza e la vita privata di soggetti terzi, in considerazione della peculiarità del rapporto sottostante, trattandosi di rapporto di lavoro normalmente caratterizzato (“soprattutto in un contesto lavorativo come quello attuale, improntato al precariato”) dalla presenza di una “parte debole”, il lavoratore, per il quale sarebbe giustificata una maggiore tutela da parte dell'ordinamento, mentre l'azienda potrebbe efficacemente difendersi in ogni sede, in rapporto ad eventuali concrete contestazioni”*.

Dunque si ritorna a considerare il bene riservatezza come comprensivo anche degli effetti eventualmente pregiudizievoli che potrebbe subire il lavoratore a causa dell'ostensione del documento, ma nel contempo il Consiglio di Stato in conclusione nega il diritto di accesso alla documentazione annullando la sentenza del TAR e accogliendo il ricorso dell'amministrazione appellante.

Secondo quanto statuito dal CdS, VI, n. 1842 del 22.4.2008, *“le disposizioni in materia di diritto di accesso mirano a coniugare la ratio dell'istituto, quale fattore di trasparenza e garanzia di imparzialità dell'Amministrazione - nei termini di cui all'art. 22 della citata l. n. 241/90 - con il bilanciamento da effettuare rispetto ad interessi contrapposti e fra questi - specificamente - quelli dei soggetti “individuati o facilmente individuabili”... che dall'esercizio dell'accesso ve-*

drebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza” (art. 22 cit., comma 1, lett. c); il successivo art. 24 della medesima legge, che disciplina i casi di esclusione dal diritto in questione, prevede al sesto comma casi di possibile sottrazione all'accesso in via regolamentare e fra questi - al punto d) - quelli relativi a “documenti che riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti a cui si riferiscono”.

Ferma restando, dunque, una possibilità di valutazione *“caso per caso”*, che potrebbe talvolta consentire di ritenere prevalenti le esigenze difensive in questione (cfr. CdS, VI, n. 3798/08 del 29.7.2008, che ammette l'accesso al contenuto delle dichiarazioni di lavoratori agli ispettori del lavoro, ma *“con modalità che escludano l'identificazione degli autori delle medesime”*), non può però dirsi sussistente una generalizzata soccombenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro (a cui sono connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti), rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo di tali interessi, infatti, non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni, dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere, nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria.

Dunque il *“terzo”* orientamento giurisprudenziale apre ad una valutazione dei diritti contrapposti da valutarsi caso per caso e non aprioristicamente sulla base di meri postulati giuridici.

In questo quadro giurisprudenziale, che inverte per così dire l'orientamento favorevole all'accesso dei verbali ispettivi, si inserisce nel 2010 il TAR Lazio con la sentenza del 6.4.2010 n. 5671 in cui riconosce la legittimi-

tà del diniego di accesso ad un verbale.

Alla luce del richiamato quadro normativo, ha proseguito il TAR la giurisprudenza ha più volte affermato l'esclusione dal diritto di accesso della documentazione acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo dagli stessi esercitata.

E' pur vero che, "in generale", le necessità difensive, riconducibili ai principi di tutela fissati dall'art. 24 della Costituzione, sono state ritenute prevalenti dallo stesso Legislatore, in linea con quell'orientamento espresso dalla giurisprudenza richiamata dalla ricorrente rispetto a quelle della riservatezza, il quale ha previsto al co. 7 del citato art. 24 della l. n. 241/1990 (come sostituito da ultimo dall'art. 16 della l. 11.2.2005, n. 15), che "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". E' anche vero, però, ha soggiunto il Collegio, che al successivo periodo dello stesso comma si precisa che "Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile".

Viene così ad essere inserito un nuovo concetto accanto alle esigenze di tutelare il diritto di difesa ex art. 24 cost: la sua "stretta indispensabilità".

In altri termini, non sono sufficienti esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile" la conoscenza di documenti, contenenti "dati sensibili e giudiziari".

In materia di accesso agli atti del procedimento ispettivo, non può dirsi sussistente "una generalizzata soccombenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro (a cui sono connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti), rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione"¹¹. Il primo di tali interessi, infatti, non

potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni".

Nella sentenza TAR Lazio n. 5671/2010 era stato fatto accesso a tutti gli atti del procedimento ispettivo, che notoriamente contengono anche dichiarazioni dei lavoratori, ai quali non potrebbe essere garantito l'anonimato. Non erano state fornite chiare indicazioni circa le ragioni per le quali si chiedeva l'accesso a "tutti" gli atti del procedimento e le "indispensabili" esigenze per le quali la richiesta acquisizione era stata così estesa, essendosi limitata la ricorrente a richiamare generiche esigenze difensive per non avere potuto partecipare al procedimento accertativo, ma senza tenere conto dell'ampia ed articolata motivazione contenuta nel verbale ispettivo del 27 gennaio 2009.

Conclusivamente il TAR ha affermato che, risultando il predetto diniego immune dalle dedotte censure, in quanto conforme ai richiamati parametri normativi ed in particolare al regolamento di cui al d.m. n. 757/1994 ed adeguatamente motivato, il ricorso doveva essere, conseguentemente, respinto in ordine a tutte le domande proposte dalla società ricorrente.

Ciò in quanto, se si fosse consentito un accesso così indiscriminato a tutti gli atti a fronte della non provata stretta indispensabilità di detto accesso, si sarebbe solo provocato un pregiudizio a carico dei lavoratori che avevano reso le dichiarazioni nei verbali ai quali non si sarebbe potuto garantire l'anonimato.

Di converso il Consiglio di Stato nel 2011 riconosce illegittimo un diniego di accesso ai verbali ispettivi riconoscendo prevalente il diritto di difesa del datore di lavoro¹².

Il Consiglio di Stato qui ritorna ad argomentare la propria decisione di accoglimento all'accesso partendo ancora una volta dall'art. 2, lett. c), del d.m. n. 757/1994 che vieta l'accesso ai documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o

¹¹ CdS n. 736 del 2009.

¹² CdS, VI, n. 920 del 2011.



pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi.

I giudici amministrativi nella sentenza in commento richiamano la più recente giurisprudenza della Sezione VI, che considera tale norma regolamentare del D.M. 757 valida e non disapplicabile, e questo nell'ottica di evitare possibili pregiudizi per i lavoratori (CdS, VI, 9.2.2009 n. 736; CdS, VI, 22.4.2008 n. 1842), "...così superando la precedente giurisprudenza secondo cui le norme regolamentari (che precludono l'accesso alla documentazione contenente le dichiarazioni rese in sede ispettiva da dipendenti delle imprese che richiedono l'accesso - fondate su un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità degli autori delle dichiarazioni per sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro) recedono a fronte dell'esigenza contrapposta di tutela della difesa dei propri interessi giuridici, essendo la realizzazione del diritto alla difesa garantita "comunque" dall'art. 24, co. 7, della l. n. 241/1990 (CdS, VI: 29.7.2008 n. 3798; 10.4.2003 n. 1923; 3.5.2002 n. 2366, 26 gennaio 1999 n. 59)"¹³.

In rapporto a tale quadro giurisprudenziale la giurisprudenza amministrativa osserva che, se è vero che, in via generale, le necessità di difesa sono sussumibili entro l'art. 24 della Costituzione e sono state più volte ritenute prioritarie rispetto alla riservatezza di soggetti terzi (Cons. St., Ad. Plen. 4.2.1997 n. 5) e proprio in tale ottica teleologica il dettato normativo richiede che l'accesso sia garantito "comunque" a chi debba acquisire la conoscenza di determinati atti per la cura dei propri interessi giuridicamente protetti (art. 20, co. 7, l. n. 241/1990), è altresì vero che la medesima norma tuttavia - come successivamente modificata tra il 2001 e il 2005 (art. 22 l. n. 45/2001, art. 176, co.1, d.lgs. n. 196/2003 e art. 16 l. n. 15/2005) - specifica come non sia sufficiente invocare generiche esigenze di difesa per garantire l'accesso.

L'accesso deve corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi e deve essere ammesso solo nei limiti della sua "stretta indispensabilità" di

difesa al fine di acquisire documenti, contenenti "dati sensibili e giudiziari".

La disamina sulla presenza del requisito della "stretta indispensabilità" deve per i giudici amministrativi essere condotta caso per caso, con modalità ed accorgimenti che siano volti a garantire l'anonimato dei lavoratori interessati (cfr. CdS, VI, 29.7. 2008, n. 3798 che ammette l'accesso al contenuto delle dichiarazioni di lavoratori agli ispettori del lavoro, ma "con modalità che escludano l'identificazione degli autori delle medesime").

Il CdS pertanto conclude statuendo che "Alla luce dell'orientamento della Sezione si deve pertanto affermare che la sottrazione all'accesso degli atti dell'attività ispettiva in materia di lavoro postula che risulti un effettivo pericolo di pregiudizio per i lavoratori, sulla base di elementi di fatto concreti, e non per presunzione assoluta. Si può anche ritenere che il pericolo di pregiudizio sia presunto, ma la presunzione va ritenuta relativa e suscettibile di prova contraria da parte del richiedente l'accesso"¹⁴.

Inoltre si evidenzia come la sottrazione all'accesso dei verbali ispettivi abbia ragione legittima di permanere fintanto che perduri il rapporto di lavoro, salvo che le notizie contenute nei documenti di tale categoria risultino a quella data sottoposti al segreto istruttorio penale.

Di conseguenza qualora il rapporto di lavoro sia cessato e non si sia fornita prova della protrazione del pericolo di pregiudizio per i lavoratori oltre la cessazione del rapporto lavorativo, l'accesso ai verbali ispettivi deve essere concesso, rimuovendo il limite dell'esclusione ex art. 24 l. 241/1990.

Parimenti si deve concedere il diritto di accesso ai verbali ispettivi laddove siano state poste in essere idonee modalità di oscuramento disposte dal giudice in sede di ostensione per garantire la non identificabilità dei lavoratori che hanno reso le dichiarazioni durante la visita ispettiva.

Conclusivamente il terzo orientamento giurisprudenziale cerca di trovare soluzioni meno perentorie a tale diritto di accesso contenendo la prevalenza del diritto di difesa,

¹³ CdS VI, n. 920 cit.

¹⁴ CdS n. 920 cit., punto 2.3.

cui è strumentale la domanda di accesso, sulle esigenze di riservatezza dei terzi, anche e soprattutto qualora non sia stato dimostrato un pericolo di pregiudizio per i lavoratori e sia dimostrata la stretta indispensabilità per acquisire dati a fini difensivi.

Il suindicato orientamento è altresì confermato anche da altra sentenza del TAR Veneto, III, 24.12.2012, n. 1597.

Per il TAR Veneto *“Deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l’accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall’art. 60 del d.lgs. 30.6.2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”*.

Il TAR Veneto opera un importante distinguo ai fini di accogliere o negare l’accesso ai verbali ispettivi sempre sulla base di un giudizio di bilanciamento tra diritto di difesa e diritto di riservatezza, ma correlato all’adozione o meno di provvedimenti sanzionatorio all’esito dell’ispezione effettuata, precisando che *“qualora il procedimento ispettivo si concluda senza l’adozione di atti o provvedimenti a carattere sanzionatorio o comunque in danno al datore di lavoro, si deve ritenere prevalente il diritto del dipendente alla riservatezza circa le dichiarazioni rese all’ispettore e conseguentemente legittimamente negato l’accesso a tali documenti formati nell’ambito del procedimento ispettivo. Viene meno infatti il nesso strumentale tra l’actio ad exhibendum esercitata dal datore di lavoro e la necessità di agire in giudizio a difesa di una posizione soggettiva lesa non riscontrata. Se invece le dichiarazioni costituiscono il supporto di un provvedimento sanzionatorio adottato nei confronti del datore di lavoro, il diritto di difesa del datore di lavoro include l’accesso alle dichiarazioni rese da dipendenti e terzi nel corso del procedimento ispettivo (così CdS, VI n° 7979 del 2010, TAR Veneto, III n. 814 del 2012)”*¹⁵.

In tal caso l’assenza di adozione di sanzioni a carico del datore di lavoro farebbe preva-

lere il diritto alla riservatezza sul diritto di accesso venendo meno le esigenze difensive del datore di lavoro stesso.

Il diritto di difesa viene considerato invece recessivo a fronte del diritto alla riservatezza in caso di richiesta da parte di un’insegnante all’accesso a verbali ispettivi con i quali si era disposto il suo trasferimento sulla base di dichiarazioni rese da altri docenti e genitori degli alunni interessati. L’amministrazione aveva negato l’accesso ai verbali ispettivi e l’insegnante aveva impugnato il diniego di fronte al TAR il quale aveva accolto il ricorso. L’amministrazione aveva appellato la sentenza ed il CdS della VI sez. con la sentenza n. 5153 del 2012 ha accolto l’appello e statuito che *“È legittimo il parziale rigetto, da parte dell’Amministrazione scolastica, dell’istanza di accesso agli atti formulata dall’insegnante destinatario del provvedimento di trasferimento d’ufficio per incompatibilità ambientale e relativa agli atti della procedura, nella parte in cui omette la indicazione delle date degli episodi decisivi per l’avvio del procedimento e dei nominativi delle persone ascoltate dall’ispettore nel corso del procedimento. In circostanze siffatte, invero, ritenuta la carenza di un interesse concreto ed attuale dell’istante, prevalente rispetto all’esigenza di preservare l’identità di coloro che abbiano reso dichiarazioni sul comportamento del docente e che potrebbero essere oggetto di possibili ritorsioni da parte dello stesso, nell’esercizio del potere disciplinare riconosciuto gli dalla legge, il diniego dell’Amministrazione deve essere valutato ai sensi degli artt. 24, co. 6°, lett. d), della l. n. 241/1990, nonché 2 e 3 del d.m. n° 757/1994, nella parte in cui esplicitamente precludono l’accesso ai documenti, la cui conoscenza possa essere causa di violazione della privacy, ma anche di pressioni o azioni pregiudizievoli da parte del destinatario delle dichiarazioni.”*¹⁶

Il diritto di difesa dell’insegnante, dunque, è stato valutato come soccombente rispetto all’interesse pubblico a che l’ispettore acquisisca riservatamente ogni possibile notizia da persone informate sui fatti, allo scopo di controllare la regolare gestione delle delicate funzioni pubbliche sottese a valori garantiti in

¹⁵ TAR Veneto, III, 24.12.2012, n. 1597.

¹⁶ CdS VI, n. 5153/2012.

Costituzione.

In ogni caso, va valutato caso per caso l'eventuale prevalenza di asserite esigenze difensive e gli omissis in caso di esercizio del diritto di accesso non pregiudicherebbero, di per sé, il diritto di difesa, che resterebbe garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e dalla possibilità d'ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziale.

Recentemente il TAR è ritornato a decidere su un caso di accesso ai verbali ispettivi. Con una sentenza (TAR Puglia, Le, II, 13.9.2013, n. 1915) il Tar Lecce ha risolto il noto problema della contrapposizione tra diritto di accesso ai documenti amministrativi e tutela della riservatezza, affermando in questo caso la prevalenza del primo sul secondo nell'ipotesi in cui l'accesso sia preordinato all'esercizio della difesa in giudizio di un proprio diritto o interesse legittimo.

In particolare, per il Giudice Amministrativo adito, in questo senso depone la natura del diritto di difesa in giudizio, il quale, essendo protetto al più alto livello delle fonti normative (art. 24 Cost.), costituisce posizione giuridica riconducibile al catalogo dei diritti di pari rango rispetto alla riservatezza, per assicurare i quali la tutela della cosiddetta privacy può soffrire limitazioni non trattandosi di valore incompressibile in assoluto.

Anche il CdS, VI n. 4035/2013 del 31 Luglio 2013 è tornato ad esprimersi nuovamente in materia: la sentenza in oggetto si inserisce in un contesto giurisprudenziale sempre altalenante in materia di accesso o diniego alle dichiarazioni dei lavoratori rese in sede ispettiva.

Il Consiglio di Stato - sulla scia dell'orientamento consolidato precedente - giunge a negare l'accesso a detti verbali invocando di nuovo l'art. 24 della l.n. 241/1990 che disciplina i casi di esclusione dal diritto di accesso, coordinando la norma con il d.m. 757/1994 ed includendo tra i casi di esclusione anche i documenti contenenti richieste di intervento dell'Ispettorato del Lavoro e documenti contenenti notizie acquisite durante le ispezioni qualora dalla loro divulgazione possano scaturire azioni persecutorie o pressioni contro i lavoratori od i terzi.

I Giudici di Palazzo Spada con questo orientamento hanno ritenuto prevalente

l'esigenza di riservatezza di colui che abbia reso dichiarazioni in sede ispettiva rispetto al diritto di difesa delle società o imprese soggette ad ispezione, non autorizzandone la divulgazione del relativo contenuto dei verbali di ispezione.

In parziale controtendenza la sentenza del CdS del 31.7.2013 n. 4035 che dopo un biennio di giurisprudenza tendenzialmente orientata in favore e dell'accoglimento dell'accesso riafferma anche se con i dovuti distinguo e previa valutazione da effettuare caso per caso la legittimità per le Direzioni Territoriali del Ministero del Lavoro di sottrarre all'accesso le dichiarazioni rese dai lavoratori durante l'ispezione.

La sentenza de qua risolve inoltre la *vexata quaestio* della posizione dei lavoratori in merito alle richieste di accesso alle dichiarazioni dagli stessi rilasciate in sede di ispezione, chiarendo tra l'altro come debba loro essere attribuita la qualifica di "controinteressati e riconoscendo loro dal punto di vista del procedimento amministrativo ogni diritto afferente a detta qualificazione spettanti anche nei confronti di eventuali obbligati solidali diversi dal datore di lavoro.

Nonostante l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, secondo cui le esigenze di difesa, sottostanti all'istanza di accesso, sarebbero state prevalenti rispetto alle esigenze di riservatezza di eventuali soggetti terzi, il Consiglio di Stato con questa sentenza fa una scelta di campo diversa e dichiara prevalente il diritto alla riservatezza *tout court*.

Anche in questa sentenza del 2013 i Giudici di Palazzo Spada insistono sul fatto il giudizio di bilanciamento debba essere svolto dal giudice ogni volta caso per caso e nel caso di specie giungono alla conclusione di confermare la legittimità del diniego di accesso ai verbali ispettivi considerando in tal modo prevalente il diritto alla riservatezza dei verbali "...quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi"¹⁷.

Il CdS dunque prosegue precisando che quanto appena evidenziato è statuito " *Ferma restando, dunque, una possibilità di valuta-*

¹⁷ Consiglio di Stato n. 4035/2013.

zione “caso per caso”, che potrebbe talvolta consentire di ritenere prevalenti le esigenze difensive in questione (cfr. CdS, sez. VI, n. 3798/08 del 29.7.2008, che ammette l’accesso al contenuto delle dichiarazioni di lavoratori agli ispettori del lavoro, ma “con modalità che escludano l’identificazione degli autori delle medesime”), che “non può però affermarsi in modo aprioristico una generalizzata recessività dell’interesse pubblico all’acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro (a cui sono connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti), rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo di tali interessi, infatti, non potrebbe non risultare compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall’obbligo di motivazione per eventuali contestazioni, dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere, nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria.”¹⁸

Il supremo Consesso di giustizia amministrativa nega dunque l’ostensione documentale ma, tuttavia, in ragione di un’altra argomentazione, di natura processuale e non di merito, ovvero a causa dell’omessa notifica del ricorso anche ai lavoratori che avevano rilasciato le dichiarazioni agli Ispettori del lavoro.

Infatti, argomenta il Consiglio di Stato, i lavoratori a cui si riferivano le omissioni contributive si trovano in una posizione contrapposta sia rispetto alla società datore di lavoro che aveva omesso i versamenti, sia nei riguardi della società ricorrente che era stata chiamata a rispondere in solido delle sanzioni pecuniarie comminate.

Dunque, l’omessa notifica del ricorso a detti lavoratori non aveva loro consentito di difendersi ovvero di salvaguardare la propria riservatezza. Per questo motivo, quindi, il diritto d’accesso doveva essere negato.

La valenza di detta sentenza appena citata è stata tale che è stata oggetto di una apposita

circolare del Ministero del Lavoro¹⁹ con cui si è raccomandato a tutti gli uffici del Ministero di “*voler tener conto dell’orientamento in parola*”²⁰ nella istruttoria e decisione delle predette richieste di accesso.

Da ultimo merita di essere segnalata una recentissima nuova sentenza del Consiglio di Stato sulla materia, la sentenza del 24.2.2014 n. 863 che ha negato “*..alle società istanti di accedere alle dichiarazioni rese in sede ispettiva da lavoratori non direttamente impiegati presso le società medesime*”:²¹

La sentenza ultima in commento richiama anche la sentenza n. 4035/2013 per quel che concerne la necessità di procedere ad una valutazione “caso per caso” nel giudizio di bilanciamento di opposti diritti di pari dignità “*..in modo che si possa tener conto degli elementi di fatto e di diritto concretamente posti a fondamento delle richieste medesime, in quanto non potrebbe “affermarsi in modo aprioristico una generalizzata recessività dell’interesse pubblico all’acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti*

¹⁹ Circolare n. 43/2013.

²⁰ Sempre Circolare n. 43/2013

²¹ Cfr. sentenza Consiglio di Stato n. 863/2014: “7.1. In proposito va rilevato che – sulla questione di merito relativa al diritto d’accesso agli atti ispettivi, contenenti dati riservati o quantomeno sensibili, da parte di società non collegate da un rapporto di lavoro diretto con i lavoratori che tali dichiarazioni hanno reso, nonché sulla questione, strettamente connessa alla precedente, relativa al corretto bilanciamento fra i contrapposti diritti costituzionalmente garantiti alla tutela dei propri interessi giuridici (art. 24 Cost. nonché art. 6 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo) ed alla riservatezza dei lavoratori e delle dichiarazioni da loro rese in sede ispettiva (artt. 4, 32 e 36 Cost. nonché art. 8 CEDU) – si rinviene un orientamento giurisprudenziale della Sezione che – ritenendo prioritarie le necessità difensive delle società istanti, tutelate dall’art. 24 della Costituzione e dal disposto dell’art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui dispone che l’accesso sia garantito “comunque” a chi debba acquisire determinati atti per la cura dei propri interessi giuridicamente protetti – ha concesso alle società istanti di accedere alle dichiarazioni rese in sede ispettiva da lavoratori non direttamente impiegati presso le società medesime (Cons. di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1684; 12 dicembre 2012, n. 6380; 9 maggio 2011, n. 2747; 16 dicembre 2010, nn. 9102 e 9103”.

¹⁸ Ancora CdS n. 4035/2013.



di lavoro (a cui sono connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti), rispetto al diritto di difesa” (CdS, Sez. VI, 11 luglio 2013, n. 4035).”

Ad un più maturo esame, la Sezione VI ritiene che il punto nodale di tale questione, relativa al corretto bilanciamento fra i contrapposti diritti costituzionalmente garantiti alla tutela dei propri interessi giuridici (art. 24 Cost. nonché art. 6 CEDU) ed alla riservatezza dei lavoratori e delle dichiarazioni da loro rese in sede ispettiva (artt. 4, 32 e 36 Cost. nonché art. 8 CEDU), risulta essere l’ambito di applicazione dell’art. 24, co.7, della l.n.241 del 1990 (nella parte in cui dispone che l’accesso deve “*comunque*” essere garantito ai soggetti che lo richiedono “*per curare o per difendere i propri interessi giuridici*”), rispetto alle esigenze prese in considerazione da altre disposizioni di legge, applicabili in materia.

In questo ambito assume una sicura e particolare e prevalente rilevanza la tutela della riservatezza dei lavoratori che hanno reso dichiarazioni in sede ispettiva, volta sia a prevenire eventuali ritorsioni o indebite pressioni da parte del datore di lavoro, sia a preservare, in un contesto più ampio, l’interesse generale ad un compiuto controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro.

In relazione a questo profilo la Sezione ritiene di dover modificare il proprio orientamento, così come in precedenza ricordato.

Osserva, infatti, la Sezione che - così come la cura e la difesa degli “*interessi giuridici*” delle società che richiedono l’accesso risulta tutelata dall’art. 24, co. 7 della l.n. 241 del 1990 - allo stesso modo la tutela della riservatezza delle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede ispettiva, quale controlimita rispetto al precitato diritto alla cura ed alla difesa dei propri interessi giuridici, trova il suo fondamento - oltre che nella normativa costituzionale ed europea precedentemente ricordata (artt. 4, 32 e 36 Cost. nonché art. 8 CEDU) - anche nell’art. 8 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 20.5.1970), il quale dispone che “*è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell’assunzione, come nel corso del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non*

rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale”.

Detta disposizione dello Statuto dei lavoratori - quale “*espressione di un principio generale*” dell’ordinamento (Cass. Civ., 12.6.1982, n. 3592) - nel precludere la possibilità per il datore di lavoro di entrare in possesso di informazioni sensibili e non rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore, fornisce una tutela privilegiata alla riservatezza dei lavoratori rispetto alle ingerenze nella loro sfera privata. In questo ambito trova collocazione - in ossequio al disposto dell’art. 24, co. 6, lett. d) della l. n. 241 del 1990 e come specificazione del precitato divieto legislativo - il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 757 del 4.11.1994 che, all’art. 2, co.1, lett. b) e c), stabilisce che siano sottratti al diritto d’accesso i “*documenti contenenti le richieste di intervento dell’Ispettorato del Lavoro*” nonché quelli “*contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi*”.

Pertanto i Giudici di Palazzo Spada ritengono che - alla luce del quadro normativo sopra esposto e nell’ottica di un corretto bilanciamento fra contrapposte esigenze costituzionalmente e legislativamente garantite - non può ritenersi sussistente una recessività generalizzata della tutela della riservatezza delle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede ispettiva rispetto alle esigenze di tutela degli interessi giuridicamente rilevanti delle società che richiedono l’accesso, ma deve al contrario ritenersi in via generale prevalente, se non assorbente, la tutela apprestata dall’ordinamento alle esigenze di riservatezza delle suddette dichiarazioni, contenenti dati sensibili la cui divulgazione potrebbe comportare, nei confronti dei lavoratori, azioni discriminatorie o indebite pressioni.

Ciò, in primo luogo, alla luce di esigenze di giustizia sostanziale, atteso che i lavoratori risultano la “*parte debole*” del rapporto contrattuale esistente fra loro e le società istanti: Si rammenta che è lo stesso art. 24, co.6, lettera d) della l. n. 241 del 1990 che obbliga a prendere atto delle realtà dei singoli settori della vita sociale ed a riconoscere rilevanza

alle esigenze di riservatezza delle “*persone fisiche*”. Detta tutela della riservatezza necessita di maggior tutela proprio quando i lavoratori siano potenzialmente esposti ad un danno o ad un pericolo di danno connesso all’ostensione di dati a loro riferibili.

In altri termini, per assicurare un corretto funzionamento della giustizia, i lavoratori devono essere posti in grado di collaborare con le autorità amministrative e giudiziarie, di presentare esposti e denunce, senza temere possibili ritorsioni nell’ambiente di lavoro nel quale vivono quotidianamente.

La lett. d) del co. 6 del citato art. 24 deve ritenersi dunque riferita alla tutela della riservatezza di coloro che ragionevolmente risultano “*più deboli*” nell’ambito del rapporto di lavoro.

Deve altresì aggiungersi che in ogni caso, anche in assenza dell’accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori, la tutela degli interessi giuridici vantati dalle società medesime risulta sempre garantita pienamente dall’ordinamento.

Il diniego all’accesso alle dichiarazioni ispettive non affievolisce la tutela concessa alle società al fine di difendere i propri interessi, soprattutto con riferimento alla cura *ante causam* degli stessi.

Le società datrici di lavoro, conoscevano già approfonditamente i fatti e le allegazioni contestate in quanto contenute tutte nel verbale di accertamento relativo alle dichiarazioni *de quibus* unitamente alla elencazione dettagliata delle violazioni contestate alle società istanti e dei fatti dai quali sono scaturite.

Il diritto di difesa era dunque stato pienamente garantito alle società anche grazie al generale principio dell’obbligo di motivazione delle contestazioni amministrative e/o penali a prescindere dall’accesso ai verbali ispettivi i cui contenuti pertanto venivano giudicati non strettamente indispensabili alle esigenze difensive.

Diversamente argomentando non si potrebbe garantire anche l’interesse pubblico all’acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare ge-

stione dei rapporti di lavoro: tale interesse verrebbe, infatti, compromesso dalla reticenza dei lavoratori a rendere dichiarazioni ispettive.

4. Conclusioni.

Il diritto di accesso in materia lavoristica riguardante i verbali ispettivi ha dunque suscitato pronunce giurisprudenziali non sempre univoche proprio a causa della eccessiva duttilità e flessibilità dei confini tra ciò che deve essere escluso dall’accesso ai sensi dell’art. 24 della l. 241/1990 e ciò che invece deve essere garantito a tutela del diritto di difesa, della trasparenza e anche dei principi di diritto internazionale come quelli enunciati dalla CEDU agli artt. 6 ed 8 con valore di norme interposte.

Il contrasto deve essere risolto in un giudizio di bilanciamento da effettuarsi a cura del giudice caso per caso valutando una serie di elementi tra cui le esigenze di difesa ex art. 24 Cost. e la stretta indispensabilità di ottenere l’ostensione ai verbali ispettivi per poter tutelarsi e adottare una effettiva difesa giuridica.

Dall’altro lato deve essere tutelata anche l’esigenza alla riservatezza del lavoratore, intesa come tutela della sua sfera intima, individuale, ponendolo al riparo da possibili ritorsioni e pregiudizi che potrebbero derivare dall’accoglimento della richiesta di accesso a dette dichiarazioni che lo interessano. Accorgimenti atti a garantire l’anonimato del lavoratore dichiarante potrebbero contemperare in maniera equilibrata e soddisfacente entrambi i diritti costituzionalmente garantiti (il diritto all’accesso e il diritto alla riservatezza), offrendo la possibilità al datore di lavoro dimostrare l’insussistenza degli addebiti a lui mossi.

Il tutto senza mai dimenticare che in posizione superiore *super partes* deve essere comunque assicurato il corretto svolgimento della giustizia senza l’instaurazione di una cultura della “*paura*” di ripercussioni pregiudizievoli su colui che ha trovato il coraggio di rendere le proprie dichiarazioni.

SEGRETEZZA E INVISIBILITÀ. LA DOPPIA FACCIA DEGLI ARCANI IMPERII

della Dott.ssa Virginia Arata

La promessa democratica dell'inclusione della massa nella procedura decisionale statale, grazie ai propri rappresentanti, eletti, per sedere in Parlamento, ha significato, storicamente e politicamente, il passaggio dalla supremazia della veritas a quella della voluntas.

The democratic promise of inclusion in the decision-making procedure of the mass public, thanks to their representatives, elected to sit in Parliament, has meant, historically and politically, the supremacy of the transition from veritas to that of voluntas.

Sommario: 1. Dalla democrazia alla «postdemocrazia». 2. Il segreto nella semantica pubblico-privato. 3. Segretezza e invisibilità. 4. Il segreto di Stato. 5. La fusione degli orizzonti.

1. Dalla democrazia alla «postdemocrazia».

La promessa democratica dell'inclusione della massa nella procedura decisionale statale, grazie ai propri rappresentanti, eletti, per sedere in Parlamento, ha significato, storicamente e politicamente, il passaggio dalla supremazia della *veritas* a quella della *voluntas*. Gli *arcana dei et naturae* hanno ceduto il passo agli *arcana imperii*.

A partire dall'età moderna, infatti, ciascuno Stato nazionale si è rivolto verso la creazione di una propria comunità autonoma ed indipendente, politicamente ed economicamente, dalle realtà circostanti, circoscritta all'interno di precisi confini territoriali. Questa tendenza, tuttavia, ha subito un'inversione a partire dal secolo scorso, quando, i fenomeni di c.d. globalizzazione hanno comportato la fusione delle differenti politiche ed economiche decisionali, smantellando i confini geografici tradizionali ed istaurandone di nuovi, sulla scorta di dinamiche di ecologia globale fino ad allora sconosciuti, o quasi.

La globalizzazione ha trasformato i governi democratici in «postdemocratici»¹, neutralizzando scientemente il potere disordinante del temuto *démos*. La «postdemocrazia» è, infatti, quella forma di governo originata dall'intervento di interessi ultranei nel proce-

dimento di formazione decisionale da parte dei governi occidentali. Tant'è che «*a parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'integrazione tra i governi eletti e le élites che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici*»². Ciò che più interessa di questa novella dinamica politica riguarda i soggetti intervenienti e il luogo all'interno del quale le decisioni vengono assunte. Non più il palcoscenico ma il proscenio, non l'aula parlamentare ma l'anticamera, la *lobby*, letteralmente. D'altra parte «*se ci basiamo sulle tendenze recenti, il classico partito del XXI secolo sarà formato da una élite interna che si autoriproduce, lontana dalla sua base nel movimento di massa*»³.

La poli(s)tica viene decisa in privato. Questi gli *arcana imperii* di cui si parla e che preoccupano. Preoccupano, soprattutto, laddove si intenda abbracciare il pensiero di Bobbio il quale, riecheggiando le parole di Elias Canetti, ricorda: «*il segreto sta nel nucleo più interno del potere. Ogni forma di potere tende a rendersi invisibile perché è tanto più efficace quanto più è nascosto. Nello stesso tempo cerca di carpire quanto più è possibile della vita segreta di coloro su cui domina. Il massimo potere consiste nel vedere tutto senza essere visti da nessuno. L'ideale del*

¹ C. CROUCH, «Postdemocrazia», ed. Laterza, Roma, 2009

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

potente è quello di essere l'onniveggente invisibile. Due sono i modi con cui il potente aumenta il proprio dominio: o prendendo le proprie decisioni al riparo da sguardi indiscreti, o, se è costretto a presentarsi in pubblico, mentendo, e così occultando la verità. O si nasconde per non farsi vedere o si mette la maschera per non essere riconosciuto. Si tratta di due espedienti complementari che si integrano a vicenda: col primo non si fa sapere quello che si vuole; col secondo si fa credere di volere una cosa diversa da quella che si vuole. La caratteristica principale della democrazia è il controllo del governo da parte dei cittadini, attraverso la libera espressione del consenso e la verifica periodica di questo consenso. Ma come puoi controllarlo se non lo vedi? La ragione profonda della segretezza è proprio lo sfuggire a ogni possibile controllo. Tanto più incontrollabile il potente quanto più invisibile. La differenza tra democrazia e autocrazia sta nel diverso rapporto che l'una e l'altra hanno col segreto. Nell'autocrazia la segretezza è la regola, nella democrazia, là dove la ragione di Stato lo richiede, è l'eccezione e deve comunque essere regolata e controllata dal potere visibile»⁴.

I capitalisti globali diventano i nuovi politici, e politici tecnici. E' proprio la tecnica a rappresentare, nell'età contemporanea, il minimo comun denominatore degli *arcana imperii*. D'altronde non è un caso che si parli di *arc-ana imperii*. L'origine, l'*arché*, era inizialmente *kaos*, disordine, ignoto. L'esigenza di mettere ordine, di «dare un nome alle cose»⁵, è stato da sempre compito del diritto, dei politici, di coloro i quali «fanno cose con le parole».

E' proprio muovendo da tale presupposto che non può che generare stupore l'osservare come la politica stia delegando il proprio compito ad una scienza economica, incerta ed etero-diretta. In quel fenomeno che abbiamo chiamato «*postdemocrazia*», infatti, alla politica si viene sovrapponendo la *governance*, volta esclusivamente alla risoluzione di problemi contingenti. L'azienda diviene il model-

lo istituzionale anche per il pubblico. Si avvia la ristrutturazione degli enti pubblici per renderli più attraenti ai finanziatori privati, mentre l'esternalizzazione da parte dei governi alle imprese di un ingente ambito delle loro attività si traduce in un rapporto più stretto fra potere economico e organi pubblici e nell'aumento del potere politico delle *lobbies*. Si potrebbe parlare di azienda globale.

A ben vedere la relazione nascente fra Stato e Mercato ha già l'aspetto di un esperimento fallimentare. Il problema maggiore in meccanismi di questo genere risiede nell'assenza di uno dei caratteri sostanziali dell'ideale democratico: l'inclusione. La democrazia, alla prova dei fatti, tiene solo a due condizioni: di essere visibile e di essere inclusiva.

2. Il segreto nella semantica pubblico-privato.

Fin dal 1600 l'Occidente ha conosciuto lo stretto rapporto esistente fra diritto e segreto. Il segreto è, infatti, una delle componenti necessarie del diritto e abbisogna di una precisa regolazione. Indagare in questo senso significa, dunque, indagare nei meccanismi istituzionali e politici per carpire l'ontologia del segreto, le sue declinazioni, i suoi limiti ed, in fondo, la sua ricchezza. Molteplici sono gli esempi di segretezza istituzionalizzata, si pensi al «*voto segreto*»⁶ previsto dai Rego-

⁶ Art. 49 Reg. Camera dei Deputati: «1. Le votazioni hanno luogo a scrutinio palese. Sono effettuate a scrutinio segreto le votazioni riguardanti le persone, nonché, quando ne venga fatta richiesta ai sensi dell'art. 51, quelle che incidono sui principi e sui diritti di libertà di cui agli artt. 6, da 13 a 22 e da 24 a 27 della Costituzione, sui diritti della famiglia di cui agli artt. 29, 30 e 31, co. 2, e sui diritti della persona umana di cui all'art. 32, co. 2, cost.. Sono altresì effettuate a scrutinio segreto, sempre che ne venga fatta richiesta, le votazioni sulle modifiche al Regolamento, sull'istituzione di Commissioni parlamentari di inchiesta, sulle leggi ordinarie relative agli organi costituzionali dello Stato (Parlamento, Presidente della Repubblica, Governo, Corte costituzionale) e agli organi delle regioni, nonché sulle leggi elettorali. 1-bis. Non è consentito lo scrutinio segreto nelle votazioni concernenti la legge finanziaria, le leggi di bilancio, le leggi collegate, previste dalla l. 23.8.1988, n. 362, e tutte le deliberazioni che abbiano comunque conseguenze finanziarie. 1-ter. Nelle Commissioni hanno luogo a scrutinio segreto soltanto le votazioni riguardanti persone. 1-quater. La votazione finale delle leggi avviene a scru-

⁴ N. BOBBIO, Conferenza organizzata nel 1994 dal Comune di Brescia in occasione del XX anniversario della strage di Piazza della Loggia.

⁵ PLATONE, *Cratilo*, 389 A, ed. Rusconi, Milano, 1991



tinio palese, salvo i casi previsti dal co. 1, mediante procedimento elettronico con registrazione dei nomi. 1-quinquies. Lo scrutinio segreto può essere richiesto solo sulle questioni strettamente attinenti ai casi previsti nel co. 1. In relazione al carattere composito dell'oggetto, può essere richiesta la votazione separata della parte da votare a scrutinio segreto. 1-sexies. In caso di dubbio sull'oggetto della deliberazione, per la quale sia stato richiesto lo scrutinio segreto, decide il Presidente della Camera, sentita, qualora lo ritenga necessario, la Giunta per il Regolamento. 2. Nello scrutinio palese i voti sono espressi per alzata di mano, per divisione nell'aula o per votazione nominale. 3. Nello scrutinio segreto i voti sono espressi deponendo nelle urne pallina bianca o pallina nera, ovvero, se si tratta di elezioni, apposita scheda. 4. Nello scrutinio palese e nello scrutinio segreto i voti possono essere altresì espressi mediante procedimenti elettronici. 5. Quando si deve procedere a votazione mediante procedimento elettronico, il Presidente ne dà preavviso con almeno venti minuti di anticipo. Nei casi previsti nei coo. 1 e 4 dell'articolo 53 il preavviso è ridotto a 5 minuti. Il preavviso non è ripetuto quando nel corso della stessa seduta si effettuino altre votazioni mediante procedimento elettronico»; e art. 113 Reg. Senato: «1. I voti in Assemblea sono espressi per alzata di mano, per votazione nominale, o a scrutinio segreto. Le votazioni nominali sono effettuate con scrutinio simultaneo o con appello. 2. L'Assemblea vota normalmente per alzata di mano, a meno che quindici Senatori chiedano la votazione nominale e, per i casi consentiti dai commi 4 e 7, venti chiedano quella a scrutinio segreto. La relativa richiesta, anche verbale, dev'essere presentata dopo la chiusura della discussione e prima che il Presidente abbia invitato il Senato a votare. Se il numero dei richiedenti presenti nell'Aula al momento dell'indizione della votazione è inferiore a quindici per la votazione nominale o a venti per quella a scrutinio segreto, la richiesta si intende ritirata. I Senatori richiedenti sono considerati presenti, agli effetti del numero legale, ancorché non partecipino alla votazione. 3. Sono effettuate a scrutinio segreto le votazioni comunque riguardanti persone e le elezioni mediante schede. 4. A richiesta del prescritto numero di Senatori, sono inoltre effettuate a scrutinio segreto le deliberazioni relative alle norme sulle minoranze linguistiche di cui all'art. 6 cost.; le deliberazioni che attengono ai rapporti civili ed etico-sociali di cui agli artt. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31 e 32, co. 2, della Costituzione; le deliberazioni che concernono le modificazioni al Regolamento del Senato. 5. Laddove venga sollevato incidente in ordine alla riferibilità della votazione alle fattispecie indicate nel precedente co. 4, la questione è risolta dal Presidente sentita, ove lo creda, la Giunta per il Regolamento. 6. In nessun caso è consentita la votazione a scrutinio segreto allorché il Senato sia chiamato a deliberare sui disegni di legge finanziaria o di approvazione di bilanci e di consuntivi, su disposizioni e relativi emendamenti in materia tributaria o contributiva, nonché su disposizioni di qualunque disegno di legge e relativi

lamenti parlamentari o al "segreto di Stato"⁷ tutelato da numerosissime disposizioni normative; orbene, la natura del segreto in un ordinamento democratico, può essere analizzata da un duplice punto di vista: il pubblico ed il privato. Infatti, il segreto insiste su tale semantica senza trovar esclusioni, partecipando dell'uno e dell'altro. Oltre alle esemplificazioni suddette, che attengono, naturalmente, alla sfera pubblica, anche i cittadini godono, a ben vedere, della possibilità di veder tutelate le proprie situazioni giuridiche soggettive, di difenderle, proteggerle da sguardi indiscreti, apponendo, ad esempio, il diritto alla *privacy*⁸ così come, oggi, persino, il neo diritto all'oblio⁹. Dunque, il segreto, a tutti gli effetti

emendamenti che comportino aumenti di spesa o diminuzioni di entrate, indichino i mezzi con cui farvi fronte, o comunque approvino appostazioni di bilancio. Nel caso in cui tali disposizioni siano comprese in articoli o emendamenti attinenti alle materie di cui al precedente co. 4, esse sono sottoposte a votazione separata a scrutinio palese. 7. Le votazioni finali sui disegni di legge avvengono, di regola, a scrutinio palese, a meno che, trattando tali disegni di legge prevalentemente le materie di cui al precedente comma 4, non sia avanzata richiesta di votazione a scrutinio segreto. Sulla prevalenza decide il Presidente sentita, ove lo creda, la Giunta per il Regolamento».

⁷ L. 3.8.2007 n. 124 e d.P.C.M. 8.4.2008

⁸ d.lgs. 30.6.2003 n. 196

⁹ Cass. civ., Sez. III, 5.4.2012 n. 5525 che, al riguardo sostiene: «Con il d.lgs. n. 196 del 2003 il legislatore ha introdotto un sistema informato al prioritario rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e della dignità della persona, e in particolare della riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali nonché dell'identità personale o morale del soggetto (art. 2 d.lgs. n. 196 del 2003). In tale quadro, imprescindibile rilievo assume il bilanciamento tra contrapposti diritti e libertà fondamentali, dovendo al riguardo tenersi conto del rango di diritto fondamentale assunto dal diritto alla protezione dei dati personali, tutelato agli artt. 21 e 2 Cost. nonché all'art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., quale diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni che, spettando a «chiunque» (art. 1 d.lgs. n. 196 del 2003) e ad «ogni persona» (art. 8 Carta), nei diversi contesti ed ambienti di vita, «concorre a delineare l'assetto di una società rispettosa dell'altro e della sua dignità in condizioni di eguaglianza» (così Cass., 4.1.2011, n. 186). Il d.lgs. n. 196 del 2003 ha pertanto sancito il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica della tutela della riservatezza, tesa al controllo dell'utilizzo e del destino dei dati. L'interessato è divenuto compartecipe nell'utilizzazione dei propri dati personali».

si innesta all'interno della dialettica pubblico-privato senza approdare definitivamente presso l'uno o l'altro polo. Guardando al pubblico, questo rappresenta l'esercizio indiscriminato del potere, guardando al privato una garanzia. Potere e garanzia, dunque, gli effetti del funzionamento e dell'esistenza del segreto all'interno degli ordinamenti democratici.

Appare allora evidente, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni, come in fondo la democrazia sia esattamente il luogo del segreto. L'esigenza che si avverte è, non già, quella di allontanare tale ente dai meccanismi di governo bensì quella di regolamentarne il fenomeno al fine di evitare che, soprattutto nel pubblico, l'uso diventi abuso, per evitare l'esclusione della *polis* dalla politica. Il problema del segreto è, insomma, la sua non-regolamentazione. L'attenzione, quindi, scivola dall'esistenza del segreto all'interno dell'ordinamento democratico alla sua forma più o meno regolamentata. E' possibile distinguere, quindi, a seconda che esista e venga rispettata la regolamentazione dettata, la fisiologia dalla patologia.

Cosa si intende, allora, per segreto fisiologico? Fisiologico è quel segreto che potremmo definire di secondo ordine. Ovvero un segreto che interviene solo in un momento successivo ad un primo di pubblicità. Si pensi allo scrutinio segreto dei voti nell'aula parlamentare, in questi casi, i regolamenti parlamentari disciplinano compiutamente le fattispecie per cui è previsto che il voto possa essere espresso segretamente. I regolamenti in questione possono essere considerati di primo ordine e sono, per loro natura, pubblici, conoscibili, quindi, dalla generalità dei consociati. Il voto da questi disciplinato, sebbene segreto, è di secondo ordine e dunque, fisiologico perché previsto da una fattispecie di primo. Viceversa, laddove il segreto afferisca tanto al primo che al secondo ordine, oppure sia segreto il primo ordine e pubblico il secondo, emergerà l'aspetto patologico del segreto in quanto ipotesi di questo genere si sottrarrebbero al controllo da parte di chicchessia. Fenomeni di segreto patologico non sono certo del tutto sconosciuti alla giustizia occidentale,

basti pensare a quell'epoca¹⁰ in cui i processi venivano svolti a porte chiuse ed era solo l'esecuzione del condannato ad aver luogo nella pubblica piazza, laddove ad un segreto di primo ordine seguiva una pubblicità di secondo la quale non garantiva affatto il rispetto delle previsioni normative a tutela del diritto di difesa. La distinzione fra primo e secondo ordine permette di comprendere, quindi, che il segreto, sebbene sia parte della democrazia moderna e contemporanea e partecipi del rapporto pubblico-privato ma non è un elemento originario. E', a ben vedere, un elemento estremamente presente nel campo semantico delle costituzioni europee, costante ma subordinato ad un ordine di pubblicità. Finché si è in grado di controllare questo fenomeno, assoggettandolo a regolamentazione compiuta e conscia dell'equilibrio più che precario che lo sorregge, non sarà necessario guardare al segreto come ad un elemento distruttivo.

3. Segretezza e invisibilità.

Maggiori problemi si pongono laddove la segretezza venga confusa con l'invisibilità. Appare opportuno, infatti, interrogarsi sulla profonda o presunta differenza fra i due termini. Il segreto è innescato solo in una dinamica narrativa o anche visiva? Ha una sua estetica? Il segreto è solo il non-detto, il taciuto? Qual è la differenza fra segretezza ed invisibilità?

Secondo alcuni il segreto sarebbe in grado di atteggiarsi, indistintamente, a fenomenologia narrativa e visiva. Come non detto e come non luogo. In realtà una ricostruzione di tal fatta, traducendosi in una distinzione prescrittiva e descrittiva, o, se si preferisce, costitutiva e illustrativa, tradisce l'assolutezza dell'aspetto narrativo, esplicandosi in struttura dispositiva. Infatti, parlare di prescrizione e di descrizione significa, in fondo, utilizzare il linguaggio narrativo tipico delle disposizioni normative che possono essere, com'è noto, per loro natura, tanto prescrittive che descrittive a seconda che la loro funzione consista nell'in-formazione della realtà circostante, nel

¹⁰ Si pensi ai Tribunali dell'Inquisizione, presieduti da inquisitori permanenti e istituiti nel 1231-35 d.C. in varie parti d'Europa da Papa Gregorio IX.

ricamare il tessuto sociale di riferimento o, più semplicemente, nel descrivere uno stato dei fatti, così come esso appare. Così facendo, in altre parole, si è vittime della linguistica connaturata all'elemento normativo che non lascia spazio ad alcuna analisi estetica.

Invero, la distinzione fra i due termini risulta capitale tanto per la comprensione ontologica della fattispecie, quanto per l'identificazione del differente grado di garanzia che i due assicurano: se la segretezza, in quanto tale, non minaccia, come detto, la democrazia, la partecipazione alla formazione decisionale della massa, l'invisibilità potrebbe. La segretezza si muove su tracce, quelle che abbiamo chiamato fattispecie di primo grado, e lascia a sua volta tracce (ad esempio, il risultato di una votazione scrutinata segretamente è senz'altro pubblico); l'invisibilità, invece, dissolvendo la forma rende impossibile attingere al contenuto. Detto altrimenti, la segretezza attiene al contenuto dell'atto, della decisione, del provvedimento, della procedura; l'invisibilità alla forma. Se nel primo caso, tramite una forma conosciuta può conoscersi il contenuto, risalendo le tracce che la cancellazione ha prodotto, nel secondo caso tale meccanismo a ritroso è impedito fin dall'inizio.

Tali osservazioni permettono di rispondere, seppure embrionalmente, ai quesiti inizialmente posti. Il segreto non si innesca su alcuna dinamica visiva ma insiste esclusivamente su di una dinamica narrativa. Non rappresenta un non-luogo ma esclusivamente un non-detto. E', in altre parole, *rintracciabile*¹¹.

Possiamo, allora, esser d'accordo con Richard Sennett che nella sua opera¹² sull'autorità, afferma: «*Tutte le idee di democrazia che abbiamo ereditato dal XVIII secolo sono basate sulla nozione di un'autorità visibile*».

4. Il segreto di Stato.

Il segreto di Stato costituisce una delle fattispecie maggiormente utili all'analisi, sebbene sommaria, del rapporto fra democraticità e trasparenza-segretezza.

¹¹ Traccia la cui cancellazione genera altre tracce. Visibili.

¹² PALAIS ROYAL, ed. Feltrinelli, Roma, 1988.

Sono due le leggi che hanno segnato l'evoluzione di questo istituto all'interno dell'ordinamento italiano: la l. 24.10.1977, n. 801 e la l. 3.8.2007, n. 124.

Ponendo l'attenzione sulla più risalente, l'art. 12 indica l'oggetto della disciplina del segreto di Stato, ovvero quali tipi di informazioni o attività possono godere della segretezza accordata dalla normativa. In particolare, «*sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recar danno alla integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, alla indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato fatti eversivi dell'ordine costituzionale*»; dal canto suo, l'art. 39, primo comma, della Legge del 2007, fa da eco, sostanzialmente, al precedente nel senso che: «*sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato*».

Come è agevole evincere da tali disposizioni, ciò che giustifica l'eccezione della segretezza a fronte della regola della pubblicità risiede in primo luogo nella necessità di tutelare la conservazione dello Stato democratico, di garantire l'esistenza ed il buon funzionamento delle istituzioni e di assicurare l'indipendenza nazionale dagli altri Stati. La segretezza, in sintesi, è preposta alla difesa della sovranità Statale da minacce interne ed esterne.

Orbene, nonostante tale funzione rischi di mettere a repentaglio la libertà d'informazione dei privati cittadini ed, eventualmente, pregiudicare il diritto alla difesa dei medesimi - in quanto non è compito dell'autorità

giudiziaria la legittimazione delle politiche di segretezza, essendo quest'ultimo riservato al Presidente del Consiglio dei Ministri – ciò non toglie che tale disciplina sia sostanzialmente connaturata al funzionamento dello Stato, seppur democratico. Infatti, non può che ripetersi in questa sede, quanto già affermato in precedenza: la pubblicità è garantita, piuttosto, dalla positivizzazione della fattispecie che non dal contenuto delle decisioni che quest'ultima legittima. Ciò è sufficiente per trarre almeno due ordini di conclusioni: in primo luogo appare chiara l'esistenza protetica dell'elemento della segretezza all'interno del nostro ordinamento, in secondo luogo non può dubitarsi della sua necessità.

5. La fusione degli orizzonti.

Fintanto che perdura la visibilità si avrà possibilità di partecipazione, di democrazia. Nonostante l'esistenza e l'esigenza della segretezza. Si è già ricordato, infatti, come il segreto non sia altro, in fondo, che un ulteriore enunciato normativo e come tale comprensibile, «la linguisticità del comprendere è il concretarsi della coscienza della determinazione storica. Il nesso essenziale tra linguaggio e comprensione appare anzitutto nel fatto che è costitutivo della trasmissione storica l'esistere del medium del linguaggio, di modo che l'oggetto privilegiato dell'interpretazione [la tradizione] è di natura linguistica»¹³.

Se potessimo utilizzare le stesse categorie concettuali coniate dal padre della linguistica¹⁴, «*significato*» e «*significante*», potremmo affermare che il significante è la fusione dei significati, la fusione degli orizzonti, da cui necessariamente e inevitabilmente muovono gli interlocutori.

Tale fusione, indispensabile non solo per comprendere ma anche per intendersi¹⁵, deve partire: dalla consapevolezza della finitezza storica dell'uomo, dalla consapevolezza delle sue conoscenze già e sempre acquisite e dalla volontà di confrontarsi con qualcosa di altro rispetto a sé, ma che origina dalle stesse pre-

messe, al quale si conferiscono delle pretese di verità e di validità¹⁶. «*Si tratta di riconoscere che ogni interpretazione è intimamente intessuta di concetti, respingendo ogni teoria che non riconosca l'intima unità di parola e cosa*».

Se ciò che si è chiamato «*segreto*» non sfugge alla dinamica narrativa, in quanto rimane assorbito dal non-detto, allora sarà pienamente comprensibile e partecipante. Laddove vi è segreto si verifica uno sdoppiamento tra quello che si dice e quello di cui si parla, la dimensione segnica è apparente¹⁷.

Qualsiasi enunciato linguistico – compresa la segretezza – non sfugge, in fondo, alla comprensione, tanto che sia originariamente conoscibile quanto che necessiti di un'attività interpretativa ulteriore e successiva, ermeneutica. La conoscibilità del contenuto è suggerita, infatti, dall'esistenza di pretese di verità e validità, di «*ordini di primo grado*».

Se le premesse sono pubbliche, ovvero se ad esse viene riconosciuto carattere di verità e validità, ben potrà legittimamente permanere all'interno di un ordinamento democratico il segreto come componente non strutturale ma protetica.

¹⁶ Si deve intendere per consapevolezza della finitezza storica la visione di sé come parte del tutto non soltanto sull'asse spaziale ma anche, e soprattutto sull'asse temporale, come *finitude*, come ontologia del presente; per consapevolezza delle sue conoscenze già e sempre acquisite si intendono i necessari pre-giudizi che esistono in ogni uomo per il semplice fatto di esserci, ovvero di essere qui e ora, in una porzione di mondo nel quale è stato gettato; per volontà di confrontarsi con qualcosa di altro rispetto a sé al quale di conferiscono delle pretese di verità e validità si deve intendere il riconoscimento, di fronte all'opinione di un interlocutore e di fronte ad un testo scritto, della possibilità di essere e, allo stesso tempo, riconoscere a se stessi la possibilità di far essere quell'opinione e quel testo più di quanto non fosse originariamente.

¹⁷ Sebbene anche il non detto non cessi di collaborare alla comprensione del tutto.

¹³ H-G. GADAMER, *Verità e Metodo*, ed. Bompiani, Milano, 2010.

¹⁴ FERDINAND DE SAUSSURE.

¹⁵ J. HABERMAS, *Etica del discorso*, ed. Laterza, Bari, 2009.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. VI, 10.3.2014, n. 1095
Accesso ai documenti amministrativi: gli atti della contrattazione collettiva nazionale di lavoro sono ricompresi fra quelli, la cui sottrazione all'accesso può essere prevista con regolamento governativo, ma questo non esclude che possano essere oggetto anche della normativa regolamentare di singole amministrazioni

Se - a norma dell'art. 22, co. 2, l. 7.8.1990 n. 241 - l'accesso ai documenti amministrativi costituisce "principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza", è anche vero che si richiede al riguardo (art. 24 cit., co. 1, lett. b)) un "interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", con ulteriore previsione, nell'art. 24 della medesima legge, non solo di una serie tipizzata di atti non accessibili (art. cit., co. 1, lett. a), b), c) e d)), ma anche della possibilità per le pubbliche amministrazioni d'individuare, con propri regolamenti, ulteriori categorie di documenti sottratti all'ambito applicativo dell'istituto in questione, fermo restando che "non sono ammissibili istanze di accesso, preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni", essendo tale controllo estraneo alle finalità, perseguite tramite l'istituto in esame (art. 24 cit., coo. 2 e 3). Gli atti inerenti alla contrattazione collettiva nazionale di lavoro sono ricompresi fra quelli, la cui sottrazione all'accesso può essere prevista con regolamento governativo, ma questo non esclude che gli stessi possano essere oggetto anche della normativa regolamentare di singole amministrazioni, per i settori di relativa competenza (art. 24, l. n. 241/90 cit., co. 6 e 2). Nel caso di specie, l'art. 18 del regolamento I.n.p.s. sull'accesso prevede appunto tale esclusione, ma non è dall'omessa impugnazione di tale

norma che discende l'infondatezza delle argomentazioni dell'appellante (potendo della norma stessa - a certe condizioni - anche postularsi la disapplicazione: cfr. fra le tante CdS, sez. V, 7.4.2011 n. 2155; sez. VI, 19.6.2008 n. 3083).

Consiglio di Stato, Sez. III, 14.2.2014, n. 730
Sospensione dalla carica di Consigliere comunale: per il Consiglio di Stato non sussiste alcun eccesso di delega del d.lgs. n. 235/2012 rispetto alla legge anticorruzione n. 190/2012 della sospensione quale effetto di condanne penali "non definitive"

Nel giudizio in esame l'appellante, già ricorrente in primo grado, è stato proclamato eletto consigliere comunale, in surrogazione di un consigliere dimissionario. Il Prefetto lo ha dichiarato sospeso di diritto dalla carica, ai sensi dell'art.11, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 235/2012. Questa disposizione prevede che sia sospeso di diritto dalla carica il consigliere comunale condannato, con sentenza non definitiva, per determinati reati. Se in seguito la condanna diviene definitiva, il consigliere sospeso decade dalla carica; se invece sopravviene una nuova decisione (sia pure essa stessa non definitiva) che elimina la condanna la sospensione cessa, e l'interessato viene reintegrato nelle funzioni; in ogni caso, lo stato di sospensione non può eccedere una certa durata, e cessa di diritto allo scadere del termine se nel frattempo la sentenza non definitiva non è stata né confermata né riformata. Innanzi al Consiglio di Stato la prima e principale questione di costituzionalità che viene dedotta attiene ad un supposto "eccesso di delega". Premesso che il d.lgs. n. 235/2012 è un testo unico emanato sulla base della delega conferita dal legislatore con l'art. 1, coo. 63 e 64 della l. n. 190/2012 (detta anche legge anticorruzione), il ricorrente sostiene che la legge delega indica esclusivamente le condanne penali "definitive" quali presupposto della incandidabilità alla carica di consigliere

comunale, ovvero della decadenza dalla stessa carica (se l'impedimento si verifica dopo l'assunzione della carica) o infine della sospensione. Ciò posto, sempre secondo il ricorrente, là dove il testo unico (decreto delegato) prevede la sospensione quale effetto di condanne penali "non definitive", vi sarebbe un contrasto con la legge delega. Il Collegio osserva, innanzi tutto, che la "sospensione" è, per definizione, uno stato transitorio, necessariamente limitato nel tempo, e destinato a concludersi o con la definitiva cessazione dall'incarico (decadenza) o con la reintegrazione nelle funzioni. Sembra evidente dunque che la "sospensione" non possa dipendere, per sua stessa natura, che da una condanna non definitiva. Se invece la condanna è definitiva, vi è la decadenza, non la sospensione. Se la l. n. 190/2012 avesse veramente inteso accomunare la sospensione e la decadenza nel riferimento alla condanna "definitiva" avrebbe fatto un non senso; si sarebbe trattato, in realtà, della soppressione dell'istituto della "sospensione" e tanto valeva dirlo apertamente. Ciò appare ancor più evidente se si considera che nel disposto del d.lgs. n. 235/2012 (come del resto nella normativa anteriore) le fattispecie penali che danno luogo alla sospensione sono un campo più ristretto di quello delle fattispecie che comportano la decadenza. Questa differenza si spiega ed appare perfettamente logica se si correla la sospensione ad una condanna non definitiva: proprio perché la posizione penale dell'interessato è ancora sub iudice la sospensione si giustifica solo per le ipotesi più gravi di reato; quando invece l'illecito penale è definitivamente accertato la decadenza si giustifica anche per ipotesi relativamente meno gravi. Si è visto, dunque, che subordinare la sospensione all'esistenza di una condanna "definitiva" equivale a cancellare la figura della sospensione. Ci si chiede, ora, se sia credibile che dettando la legge n. 190/2012 il legislatore avesse questa intenzione. Per rispondere a questa domanda è utile ripercorrere le evoluzioni della normativa in materia. L'istituto della sospensione degli amministratori regionali e degli enti locali assoggettati a un procedimento penale ha avuto la prima manifestazione nell'art. 15 della l. n. 55/1990. La sospensione si verificava al momento del rinvio a giudizio, peraltro limitatamente al delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.) ovvero al favoreggiamento dello stesso. La sospensione si trasformava in decadenza al

momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. E' poi intervenuta la legge n. 16/1992, art. 1, che ha modificato radicalmente il citato art. 15, introducendovi la nuova figura della "incandidabilità" alle elezioni amministrative e regionali. La norma disponeva l'incandidabilità in caso di condanna "anche non definitiva" per una serie di fattispecie penali di una certa gravità; per altre fattispecie meno gravi prevedeva che l'incandidabilità sorgesse per effetto di una condanna definitiva, o anche di una condanna in primo grado confermata in appello. Sin qui la norma si riferiva alle sentenze penali pronunciate prima dell'elezione. Nel caso che le condanne in questione sopravvenissero dopo l'elezione, la norma prevedeva la sospensione dalla carica, convertita di diritto in decadenza al momento del passaggio in giudicato. Queste disposizioni sono state trasfuse, con qualche modifica, nel testo unico enti locali (d.lgs. n. 267/2000), art. 58 e 59. L'art. 58 concerneva l'incandidabilità conseguente alla condanna definitiva (era eliminato ogni riferimento alle condanne non definitive; l'art. 59 la sospensione conseguente alla condanna non definitiva (e, per talune fattispecie, alla condanna in primo grado confermata in appello). Il testo degli artt. 58 e 59 del t.u.e.l. è stato a sua volta trasfuso, senza rilevanti variazioni, nel testo degli artt. 10 e 11 del d.lgs. n. 235/2012. Da questa disamina risulta dunque che lo sviluppo della normativa in materia, anteriormente alla legge delega del 2012 e a partire dalla l. n. 55/1990, è stato sempre coerente nel prevedere lo strumento della sospensione dalla carica, in presenza di un procedimento penale per fattispecie penali di una certa gravità, pur in assenza di una condanna definitiva; sopravvenendo la quale alla sospensione subentra la decadenza. Anzi i vari passaggi hanno affinato la disciplina della sospensione, nel trasparente scopo di rendere tale strumento maggiormente efficace, e non già di renderlo evanescente. Ci si deve ora dar carico dell'interpretazione del "criterio" di cui all'art. 1, co. 63, lett. (m), della legge delega: «disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al comma 63 in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica». Secondo l'appellante, si è visto sopra, questa formulazione farebbe intendere che il legislatore delegante abbia voluto uniformare la disciplina del-



la sospensione a quella della decadenza, facendo dipendere entrambe da una sentenza “definitiva” di condanna. Questa tesi interpretativa può sembrare suggestiva ove si abbia riguardo esclusivamente all’aspetto letterale. Ma, com’è noto, il criterio letterale è uno solo degli strumenti a disposizione dell’interprete, il quale deve usare anche gli strumenti della razionalità, della coerenza logica, della sistematica, etc., per ricostruire la effettiva volontà del legislatore. Comunque si voglia risolvere la questione interpretativa ora posta, dalla lettera (m) emerge senza possibile ambiguità, proprio sul piano letterale, che il legislatore delegante non ha voluto sopprimere l’istituto della sospensione, ma anzi conservarlo, tanto è vero che ha chiesto al legislatore delegato di “disciplinarlo”, vale a dire recepirlo nell’emanando testo unico. Peraltro, come si è già detto al punto 6, il concetto stesso di “sospensione”, in questa materia, reca in sé il necessario riferimento ad un presupposto (in questo caso la condanna penale) non ancora definitiva. Se vi è una condanna definitiva, non avrebbe alcun senso applicare una sospensione; a maggior ragione in quanto la condanna definitiva produce di diritto la “decadenza” (peraltro non tutte le fattispecie penali che comportano decadenza comportano anche la sospensione, mentre tutte le fattispecie che comportano la sospensione comportano anche la decadenza). In questa situazione, anche volendo tutto concedere alla tesi interpretativa dell’appellante, resta il fatto che sul piano letterale emergono due indicazioni inconciliabili fra loro: da un lato, la dichiarata volontà di conservare nel sistema l’istituto della sospensione (che implica per definizione il riferimento ad un processo in itinere) e dall’altro lato la (supposta) volontà di subordinare la sospensione all’esistenza di una condanna definitiva. L’esesesi meramente letterale non permette di sciogliere questa contraddizione. E’ quindi giocoforza ricorrere ad altri criteri. Il primo, già di per sé risolutivo, è quello per cui si deve preferire l’interpretazione che attribuisce un senso alla frase, piuttosto che quella che la rende priva di senso e di effetti pratici. Il secondo è quello per cui si deve preferire l’interpretazione più corrispondente alla ratio legis ed alla presumibile volontà del legislatore (ricostruibile anche mediante il riferimento al contesto politico-programmatico, alla evoluzione storica della legislazione, etc.), e più coerente con il sistema. In questo caso, cia-

scuno di questi criteri porta univocamente a rigettare la tesi interpretativa dell’appellante. Oltre a tutto quanto si è già detto a proposito dell’inquadramento sistematico, basti ricordare che l’intera legge n. 190/2012 è stata concepita con la dichiarata finalità di rendere più efficaci e penetranti gli strumenti di prevenzione e repressione della corruzione, anche per adempiere agli obblighi internazionali assunti in questo senso. Concludendo sul punto, la prospettazione dell’eccesso di delega appare manifestamente infondata. L’appellante propone altresì una seconda questione di costituzionalità sotto il profilo di una presunta illogicità, ovvero irragionevolezza, violazione del principio di uguaglianza, etc.. In sintesi, la questione si basa sulla circostanza che il regime della sospensione è differenziato per le varie fattispecie penali, cosicché può accadere che la sospensione consegua, di diritto ad una condanna a pena più lieve, e non consegua invece ad una condanna a pena più onerosa, solo perché la prima è stata pronunciata per un certo tipo di reato, e la seconda per un reato di altro tipo (in concreto l’interessato è stato sospeso dalla carica perché condannato a quattro mesi di reclusione per il reato di cui all’art. 323 c.p., abuso d’ufficio; mentre reati di altro genere non comportano la sospensione se la pena irrogata è inferiore a due anni di reclusione). Il Collegio ritiene manifestamente infondata anche questa eccezione. Infatti non è irragionevole che il legislatore differenzi il regime della sospensione dalla carica a seconda delle tipologie di reato. La sospensione dalla carica va intesa, in sostanza, come uno strumento cautelare: la norma vuol allontanare dall’esercizio di determinate funzioni pubbliche il soggetto che, avendo riportato una condanna penale sia pur non definitiva, presenta un apprezzabile rischio di esercitarle in modo illecito o comunque contrario al pubblico interesse. E’ intuitivo che, a parità di pena irrogata, le condanne per taluni tipi di reato (ad esempio: i reati del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione) hanno un valore indiziario più significativo rispetto alle condanne per altri tipi di reato. S’intende che le valutazioni compiute dal legislatore al riguardo sono altamente discrezionali, e come tali opinabili: ma nel caso in esame non sono irragionevoli.

Consiglio di Stato Sez. IV, 29.1.2014, n. 461

Accesso ai documenti: ragioni di Privacy non sono sufficiente per legittimare il diniego dell'Agazia delle Entrate all'accesso ai documenti che, ove ricorrano i presupposti, vanno rilasciati con oscuramento della parte dell'8 per mille e delle detrazioni delle spese sanitarie.

Nel giudizio in esame il ricorrente, proprietario di un immobile locato ad una società per usi commerciali, chiedeva all'Agazia delle Entrate di Catanzaro copia delle dichiarazioni reddituali presentati negli ultimi cinque anni di imposta, dalla società, dal suo legale rappresentante e da altro socio. Avanzava dichiaratamente la richiesta in forza della necessità di conoscere le reali condizioni economiche della società e dei soci personalmente responsabili, atteso che la prima era in mora nel pagamento del canone d'affitto, aveva già comunicato preavviso di recesso dal contratto di locazione per insostenibilità economica del relativo canone, nonché programmato la trasformazione in società di capitali. I controinteressati si opponevano al rilascio degli atti per asserite ragioni di privacy. L'Agazia respingeva l'istanza. Il TAR Catanzaro, investito del gravame aveva dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di interesse affermando, in parte motiva, che i dati sono sensibili, non risulta proposta alcuna azione giudiziaria e, soprattutto, i dati reddituali nulla hanno a che vedere con la vicenda locativa. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza ordinando all'amministrazione l'esibizione degli atti richiesti, con l'osservanza di alcune modalità si seguito specificate, entro e non oltre giorni 20 dalla notificazione o comunicazione della decisione. In particolare, il Collegio rileva che la legge subordina l'accessibilità del documento amministrativo ad un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. L'interesse (diretto, concreto ed attuale) è dunque riferito al documento del quale si chiede l'ostensione; la "corrispondenza" è da intendersi invece quale nesso di strumentalità o anche semplicemente connessione con una situazione giuridica che l'ordinamento protegge attraverso la concessione di strumenti di tutela (non importa se essi siano giurisdizionali od amministrativi). La norma non richiede per l'ostensibilità del documento la pendenza di un giudizio, o la dichiarazione di volerlo proporre, nè a fortiori autorizza valutazioni in ordine alla

concreta utilità del documento rispetto alle ragioni difensive dell'istante, non foss'altro perchè spesso è la stessa amministrazione ad essere indicata quale responsabile della lesione della posizione giuridica che l'istante vuol tutelare, sicchè lasciare all'amministrazione il sindacato sull'utilità ed efficacia del documento in ordine all'esito della causa, significherebbe dare ad una parte del giudizio il dominio della causa. Ciò non significa che l'amministrazione non debba fare alcuna valutazione: piuttosto la valutazione deve riguardare il "collegamento" della situazione giuridica da tutelare, con il documento del quale è richiesta l'ostensione. L'amministrazione deve dunque consentire l'accesso se il documento contiene notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante, nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata (ad esempio, la fondano, la integrano, la rafforzano o semplicemente la citano) o con essa interferiscono in quanto la ledono, ne diminuiscono gli effetti, o ancora documentano parametri, criteri e giudizi, rilevanti al fine di individuare il metro di valutazione utilizzato in procedure concorsuali. Accertato il collegamento, ogni altra indagine sull'utilità ed efficacia in chiave difensiva del documento, od ancora, sull'ammissibilità o tempestività della domanda di tutela prospettata, è sicuramente ultronea. Così com'è ultronea l'indagine sulla natura degli strumenti di tutela disponibili, poichè essi possono essere giurisdizionali, ma anche amministrativi, e finanche di natura non remediale (come potrebbe essere semplicemente la costruttiva partecipazione ad un procedimento amministrativo, ad ex art. 10 bis l. 241/90) o sollecitatoria (ad es. la richiesta di annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo). Una volta accertato il collegamento, l'amministrazione deve parimenti accertare se l'interesse sia diretto, concreto ed attuale: ciò significa che l'istante dev'essere il portatore della posizione giuridica soggettiva tutelata (o, ovviamente un suo rappresentante), che l'esigenza di tutela non dev'essere astratta o meramente ipotetica, ed ancora, che vi siano riflessi attuali del documento sulla posizione giuridica tutelata (l'interesse non deve cioè essere meramente storico documentativo). Il quadro muta ove vi siano controinteressati all'accesso per motivi di tutela della propria sfera di riservatezza: in questo caso, in effetti, la norma fa riferimento, alla necessità di "cu-



rare" o "difendere" interessi giuridici. Nel caso di specie tuttavia, deve escludersi che si tratti di dati personali suscettibili nel disposto dell'art. 24 comma 6 lett. d) e comma 7. Il legislatore è addirittura intervenuto ad affermare il principio di trasparenza nei rapporti fiscali consentendo espressamente l'accessibilità delle dichiarazioni fiscali nei modi e con i limiti stabiliti dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della l. 7.8.1990, n. 241, (Cfr. art. 42 d.l.112/2008, convertito in legge 133/2008). Non v'è motivo dunque per negare l'accesso. L'essere titolare di un rapporto contrattuale con la società controinteressata, allo stato morosa, che ha tra l'altro già comunicato preavviso di recesso dal contratto di locazione per insostenibilità economica del relativo canone, nonchè programmato la trasformazione in società di capitali (trasformazione alla quale il sig. Traficante, creditore, si è opposto) costituisce circostanza idonea a sostanziare un interesse giuridicamente rilevante e collegato ai documenti fiscali richiesti, in quanto rappresentativi dell'ammontare dei redditi posseduti dai soggetti debitori. Piuttosto, può ricorrersi all'oscuramento delle parti delle dichiarazioni che possano indirettamente fornire notizie sulle convinzioni religiose o filosofiche, o sulle condizioni di salute (il riferimento è alla scelta dell'8 per mille, o alle detrazioni delle spese per motivi sanitari).

Consiglio di Stato Sez. IV, 29.1.2014, n. 449
Procedimento amministrativo: l'omissione del preavviso di rigetto non è automaticamente causa dell'illegittimità del provvedimento finale, ma deve essere valutata alla luce del disposto dell'art. 21 octies della stessa l. n. 241/1990.

La censurata omissione deve essere valutata alla luce del principio per cui l'art. 10 bis della l. n. 241/1990, al pari delle altre norme in materia di partecipazione procedimentale, va interpretato non in senso formalistico, ma coerentemente con l'effettivo e oggettivo pregiudizio che la parte abbia subito in rapporto con la pubblica amministrazione in relazione all'oggetto controverso.

Conseguentemente, l'omissione non è automaticamente causa dell'illegittimità del provvedimento finale, ma deve essere valutata alla luce del disposto dell'art. 21 octies della stessa l. n. 241/1990, secondo cui il giudice non può an-

nullare il provvedimento per vizi formali che non abbiano inciso sulla sua legittimità sostanziale, quando il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (CdS, Sez. IV, 31.1.2012, n. 480; 28.1.2011, n. 679).

Consiglio di Stato Sez. III, 28.1.2014, n. 418
Preavviso di diniego - comunicazione dei motivi ostativi - accoglimento domanda - interruzione termini per la formazione di un eventuale silenzio assenso - ordinamento ha inteso assegnare al silenzio serbato dall'amministrazione su un'istanza il valore di assenso alla richiesta.

L'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 6 della l. 11.2.2005 n. 15 (poi modificato dal co. 3 dell'art. 9 della l. 11.11.2011, n. 180), ha previsto che "nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale". Tale disposizione ha, quindi, introdotto, in via generale, nel nostro ordinamento l'istituto del preavviso di diniego, che ha la funzione di portare a conoscenza del soggetto che ha fatto una domanda all'amministrazione, i motivi che non consentono di poter accogliere la sua domanda in modo da consentire all'interessato, in via amministrativa e precontenziosa, di rappresentare all'amministrazione, nel termine assegnato, le ragioni che militano invece in favore dell'accoglimento della sua domanda. L'amministrazione provvede poi, in via definitiva, sulla domanda, anche sulla base delle osservazioni presentate dall'interessato o decorso inutilmente il termine assegnato per la presentazione delle osservazioni. E' peraltro ovvio che il termine (ordinatorio o, eventualmente, perentorio) concesso all'Amministrazione per esprimere le

sue definitive determinazioni sulla questione può riprendere a decorrere solo a seguito della presentazione da parte del soggetto istante, nel termine assegnato, delle osservazioni al diniego preannunciato (o comunque dallo scadere del suddetto termine per la presentazione delle osservazioni). Lo stesso art. 10 bis della l. n. 241 ha previsto che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda "interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine" assegnato per la loro presentazione. Si deve ritenere, quindi, in via generale, che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di una domanda interrompe anche i termini per la formazione di un eventuale silenzio assenso, in quei casi in cui l'ordinamento ha inteso assegnare al silenzio serbato dall'amministrazione su un'istanza il valore di assenso alla richiesta. Del resto, non potrebbe ritenersi logica la formazione di un provvedimento tacito di assenso quando la stessa amministrazione, sia pure in modo ancora non definitivo, ha chiaramente indicato (nel preavviso di diniego) le ragioni per le quali la domanda proposta non può essere accolta. Nè si può ritenere che tale disciplina non possa essere applicata nel procedimento, dettato dall'art. 87 del d. lgs. n. 259 del 2003, per l'esame delle domande di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica, sebbene lo stesso procedimento sia chiaramente disciplinato in modo da consentirne la definizione in tempi certi e rapidi. Non può quindi condividersi l'affermazione del giudice di primo grado se-

condo la quale la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza non rientra fra gli atti interruttivi o impeditivi "tassativamente indicati" dal predetto art. 87, co. 9, del d. lgs. n. 259 del 2003. Tale disposizione è, infatti, volta ad impedire l'emanazione di atti puramente dilatori e prevede che la domanda, decorso il termine assegnato, si intende accolta (con la formazione del silenzio assenso), a meno che non intervenga un provvedimento negativo. Ma tale disposizione non consente di non dare valore ad un atto (come il preavviso di diniego) che è comunque negativo e che non è definitivo solo perchè volto a consentire agli interessati di poter esprimere le loro valutazioni ai fini di una possibile diversa conclusione del procedimento. Peraltro l'istituto della comunicazione all'interessato dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è stata introdotta nell'ordinamento con la l. 11.2.2005, n. 15, che è successiva alla emanazione del d. lgs. n. 259 del 2003 recante il Codice delle Comunicazioni elettroniche.

Consiglio di Stato Sez. VI, 7.1.2014, n. 12

Autotutela - non grava sulla Pubblica Amministrazione - obbligo di provvedere sulla istanza presentata dai privati d'esercizio dell'autotutela.

E' stato ribadito dal Consiglio di Stato il principio giurisprudenziale a tenore del quale la richiesta avanzata dai privati d'esercizio dell'autotutela è da considerarsi "una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, (che) non fa sorgere in capo all'amministrazione alcun obbligo di provvedere" (CdS, Sez. VI, 15.5.2012, n.2774; Sez. VI, 11.2.2013, n. 767)".

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Viene richiesto parere in merito al rapporto intercorrente fra i procedimenti disciplinari nell'ambito del pubblico impiego, così come previsti dagli artt. 55 ss. d.lgs. 30.3.2001, n. 165, ed i procedimenti penali aventi ad oggetto i medesimi fatti illeciti. In particolare modo viene richiesto se “la cognizione, da parte dell'amministrazione, della condotta disciplinarmente rilevante (ai fini del conseguente obbligo di tempestiva instaurazione del relativo procedimento sanzionatorio) si realizzi esclusivamente con la comunicazione di tale condotta all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, oppure si perfezioni già con l'accertamento operato da parte dell'organo ispettivo in sede di indagini, indipendentemente dall'eventuale obbligo di riserbo istruttorio”. Ciò soprattutto nell'eventualità in cui gli organi ispettivi di questa Agenzia - che ... nell'ambito della relativa attività istituzionale svolgono attività di polizia giudiziaria e sono forniti della relativa qualifica di ufficiali di P.G. - rilevino condotte dei dipendenti perseguibili non solo sotto profilo disciplinare ma anche sotto quello penale. In particolare, tale evenienza assume connotati di estrema delicatezza qualora la A.G. abbia delegato ... lo svolgimento delle attività di indagine allo stesso organo ispettivo denunciante. In tale situazione può dunque accadere che funzionari dell'Agenzia - i quali svolgano appunto attività investigative a seguito di delega dell'A.G. (cui abbiano precedentemente prodotto rapporti in ordine ad attività illecite rilevate nel corso dello svolgimento

dei propri compiti istituzionali) - rilevino illeciti di natura penale attribuibili anche a dipendenti dell'Agenzia stessa ... Deve peraltro considerarsi che l'organo ispettivo, nel momento in cui rilevi a carico di personale dipendente condotte illecite e perseguibili tanto sotto il profilo penale che disciplinare, potrebbe - contestualmente all'invio del rapporto e/o della denuncia all'A.G. - decidere anche di informare comunque l'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari. In tale evenienza, quest'ultimo Ufficio si troverebbe, in effetti, nella situazione di avere conoscenza della condotta disciplinarmente perseguibile, e di essere soggetto alla decorrenza dei termini previsti per l'apertura del relativo procedimento disciplinare” (Parere 14/02/2014-68988, CS 36967/2012, SEZ. III, Avv. Francesco Meloncelli).

RISPOSTA

In ordine logico, va chiarita, anzitutto, quella che riguarda l'individuazione del momento in cui l'amministrazione abbia conoscenza del fatto che potrebbe dar luogo all'apertura del procedimento disciplinare. In proposito, la soluzione al quesito va rinvenuta nel disposto dell'art. 55 bis del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, oltre che nei generali principi di rappresentanza organica e, quindi, d'imputazione all'amministrazione delle situazioni giuridiche oggettive di conoscibilità in cui si trovino i titolari dei suoi organi. La disposizione normativa menzionata individua espressamente quale sia l'organo a cui è attribuita la titolarità dell'esercizio del potere disciplina-

re: il responsabile, purché abbia qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, allorché “è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni” ovvero, in tutte le altre ipotesi, “l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari”. Dopo aver attribuito la titolarità dell'esercizio della potestà disciplinare in capo a specifici organi dell'amministrazione, il legislatore si è premurato d'indicare i termini perentori d'inizio e di conclusione del procedimento disciplinare. La perentorietà si evince dall'ultimo periodo dei commi 2 e 4 dell'art. 55 bis citato: “La violazione dei termini stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare” (questa è la formulazione del co. 2, quasi identica a quella del co. 4). I termini d'inizio del procedimento sembrano decorrere in funzione della competenza amministrativa ad esercitare l'azione disciplinare, ripartita secondo i criteri fissati nel comma 1 dell'art. 55 bis citato. I termini decorreranno, allora, dal momento in cui il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui lavora il dipendente abbia avuto “notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari” (co. 2 dell'art. 55 bis citato), per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, ovvero, nelle altre ipotesi, dalla data di ricezione degli atti trasmessi all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari ovvero dalla data nella quale l'ufficio stesso ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione (co. 4 dell'art. 55 bis citato). Fermo restando che, per il co. 3 dell'art. 55 bis menzionato, il responsabile della struttura che sia incompetente, con qualifica dirigenziale o no, deve trasmettere gli atti all'ufficio competente entro cinque giorni dal giorno in cui ha avuto conoscenza del fatto illecito, dandone comunicazione all'interessato (l'art. 66, co. 4, del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto delle Agenzia fiscali in vigore deve ritenersi abrogato nella parte in cui prevede

che quel periodo sia di 10 giorni, per effetto degli artt. 67 e 69, co. 1, d.lgs. 27.10.2009, n. 150, con cui è stato introdotto nel d.lgs. n. 165/2001 il citato art. 55 bis), si noti che, quando è competente l'ufficio appositamente istituito per i procedimenti disciplinari, rileva un duplice momento, alternativo: il momento della conoscibilità dell'infrazione, decorrente dalla data di ricezione della notizia che è stata trasmessa da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora oppure il momento della conoscenza effettiva dell'infrazione da parte dell'ufficio stesso, comunque acquisita. Quando titolare dell'esercizio dell'azione disciplinare sia, invece, unicamente il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, il termine decorre soltanto dal momento in cui egli abbia avuto conoscenza effettiva dei comportamenti punibili. La lieve discrasia temporale evincibile dal tenore letterale delle disposizioni normative pari a cinque giorni - sembra prevista dalla legge per garantire l'effettivo interscambio delle informazioni all'interno dell'organizzazione amministrativa e non appare perciò sacrificare irragionevolmente il diritto di difesa del lavoratore dipendente, perché, per un verso, gli viene in ogni caso comunicata l'avvenuta trasmissione della notizia all'ufficio competente e, per altro verso, non mutano per lui i termini conclusivi perentori del procedimento disciplinare, come si sta per constatare. Per quanto concerne il termine perentorio di conclusione del procedimento disciplinare, il regime normativo è il seguente: quando competente all'esercizio dell'azione disciplinare sia il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, il termine per concludere il procedimento disciplinare scade in via ordinaria, cioè salva restando l'eventuale proroga e/o sospensione e/o interruzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito, che a sua volta deve avvenire senza indugio o, al massimo entro venti giorni dalla notizia che il responsabile medesimo della struttura abbia dei comportamenti punibili; in sostanza, quindi, il procedimento deve concludersi, nell'ipotesi estrema, nel termine di ottanta giorni dalla conoscenza effettiva da parte del responsabile della struttu-

ra, che abbia qualifica dirigenziale (ancora una volta è da ritenersi superato l'art. 66, co. 7, del citato contratto collettivo nazionale di lavoro). Quando invece l'azione disciplinare debba essere esercitata dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, il termine di conclusione del procedimento decorre da quello anteriore tra i seguenti due momenti: - quello in cui l'ufficio stesso abbia avuto conoscenza effettiva dell'infrazione; - quello in cui il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora abbia avuto conoscenza effettiva dell'infrazione. Si noti che in entrambe le ultime due ipotesi è irrilevante la situazione di conoscibilità in cui si sia venuto a trovare l'ufficio per effetto della trasmissione, ad esso, della notizia. Poiché nella normativa menzionata sono espressamente individuati gli organi che devono rispettare i termini del procedimento disciplinare e poiché in essa è parimenti esplicitato quali siano gli organi a cui debba imputarsi lo stato soggettivo di conoscenza, potenziale o effettiva, che di volta in volta assume rilevanza giuridica per la determinazione dei termini, se ne trae il convincimento che sia determinante, perché possano decorrere i termini di legge, soltanto lo stato cognitivo dei titolari di quegli organi, cioè del responsabile della struttura (in cui lavora il dipendente), con qualifica dirigenziale o no (in funzione del termine d'interesse), oppure del titolare dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

Stando all'ipotesi prospettata nella richiesta di parere, ne consegue, in definitiva, che, se il titolare dell'organo ispettivo, cioè il soggetto che ha avuto notizia del comportamento punibile, non rivesta contemporaneamente il ruolo di responsabile della struttura in cui lavora il dipendente ovvero il ruolo di titolare dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, il suo stato di conoscenza non è imputabile agli organi dell'amministrazione titolari dell'esercizio dell'azione disciplinare, cosicché non può decorrere dal suo stato soggettivo alcun termine di decadenza dall'azione disciplinare.

Passando gradualmente ad affrontare gli altri problemi prospettati, viene ora in rilievo l'ipotesi in cui il soggetto appartenente all'Agenzia partecipi ad attività d'indagine, come agente o ufficiale di polizia giudiziaria.

Ciò può accadere perché ai funzionari doganali, nei limiti del servizio cui sono destinati, è attribuita la facoltà di accertare le violazioni di ogni legge la cui applicazione è demandata alle dogane, tra cui alcuni reati; nell'esercizio di tali attribuzioni i funzionari predetti rivestono la qualità di ufficiali di polizia tributaria (art. 324 del d.P.R. 23.1.1973, n. 43; art. 31 l. 7.1.1929, n. 4). In quanto ufficiali di polizia tributaria, ai predetti funzionari sono affidate le funzioni previste dall'art. 55 cpp e, quindi, essi, nei limiti del servizio cui sono destinati e secondo le rispettive attribuzioni, sono agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria, ai sensi del co. 3 dell'art. 57 cpp. La loro attività d'indagine può essere espletata anche su delega dell'autorità giudiziaria (art. 55, co. 2, cpp).

Per i dipendenti pubblici sussiste l'obbligo di denunciare, all'organo deputato ai procedimenti disciplinari, il fatto storico che potrebbe costituire fatto illecito punibile disciplinarmente (arg. ex artt. 13 e 20 d.P.R. 10.1.1957, n. 3, ed ex artt. 54 bis e 55 sexies, co., s.lgs n. 165/2001). Ciò, del resto, costituisce corollario della doverosità dell'esercizio del potere disciplinare da parte della pubblica amministrazione, nonostante che si tratti di rapporto di lavoro privatizzato, perché l'azione amministrativa nel suo complesso deve ispirarsi ai principi di efficienza, efficacia e buon andamento (art. 1 l. 7.8.1990, n. 241), sicché l'esercizio della potestà disciplinare, in tale ottica, assume carattere di doverosità non appena l'amministrazione ne possa disporre e ne ricorrano i presupposti. Ne consegue, dunque, che il procedimento disciplinare dev'essere iniziato nonostante la contestuale esigenza di tutela del segreto dell'indagine penale, come si desume dal testo dell'art. 55 ter d.lgs. n. 165/2001 (rubricato proprio: "Rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale"), il quale prevede, come regola generale: "Il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale". In base a tale disposizione, interpretata anche secondo l'intenzione del legislatore ex art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, l'inizio del procedimento discipli-

nare non è in alcun modo ostacolato dalla pendenza, in qualunque tempo, di un procedimento penale; tanto ciò è vero che neanche il contestuale svolgimento del procedimento penale può, in linea di principio, costituire ragione di per sé sufficiente per sospendere il primo. Infatti, ai sensi del citato art. 55 ter, soltanto quando col procedimento disciplinare, il quale comunque dev'essere iniziato dall'amministrazione, possano essere irrogate delle infrazioni considerate dalla legge di maggior gravità, cioè punite con sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, l'ufficio competente dell'amministrazione può sospenderlo, se concorrono ulteriormente due condizioni: - è di particolare complessità l'accertamento del fatto addebitato al dipendente; - all'esito dell'istruttoria non si dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione.

S'invita a porre particolare attenzione alla circostanza che l'attività istruttoria dev'essere comunque svolta dall'ufficio competente prima dell'eventuale sospensione, la cui decisione spetta sì discrezionalmente all'amministrazione, ma con adeguata motivazione sui descritti requisiti, i quali sono previsti dalle predette disposizioni normative proprio per potersi derogare al principio generale di autonomia del procedimento disciplinare da quello penale pendente. Se ne evince, dunque, che l'art. 68 del contratto collettivo nazionale di lavoro citato deve intendersi abrogato e sostituito di diritto in virtù dell'art. 2, coo. 2 e 3 bis, del d.lgs 30.3.2001, n. 165, nella parte in cui, il CCNL, disciplinando il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale, sia in contrasto con l'interpretazione che s'è appena fornita.

Come conseguenza del regime finora descritto, si può venire a creare una situazione in cui l'agente o il funzionario di polizia giudiziaria, che sia gravato dall'obbligo di comunicare il fatto storico costituente illecito all'organo competente dell'Agenzia ovvero di dare avvio al procedimento disciplinare, si trovi al contempo a partecipare alle indagini penali sul fatto (eventualmente anche per apposita delega dell'autorità giudiziaria), col conseguente obbligo, la cui violazione è sanzionata penalmente, di mantenere il segreto

istruttorio ai sensi dell'art. 329 cpp, per il quale, fatti salvi i casi previsti dai coo. 2 e 3 dello stesso articolo, "Gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Occorre, tuttavia, distinguere chiaramente l'ipotesi nella quale l'agente o l'ufficiale di polizia giudiziaria non sia componente dell'organo che deve esercitare il potere disciplinare dell'Agenzia da quella opposta.

Nel primo caso, da un lato, la condotta del funzionario doganale che, pur essendo agente/ufficiale di polizia giudiziaria, riveli il fatto storico punibile di cui ha effettuato la denuncia all'autorità giudiziaria (come ipotizzato nella richiesta di parere) - al fine di dare avvio al procedimento disciplinare, non integrerebbe reato, per l'operare della scriminante dell'adempimento del dovere, tipizzata dall'art. 51 cp, tanto più che, per la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sez. VI, 16.2.2011, n. 20105), il delitto di rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale (art. 379-bis cp) ha ad oggetto quelle notizie che siano state apprese in occasione della partecipazione o dell'assistenza all'atto posto in essere nel procedimento e riguarda, pertanto, l'atto del procedimento in quanto tale, nonché la sua documentazione, ma non il fatto storico oggetto dell'atto e dell'indagine di cui il soggetto abbia avuto precedentemente conoscenza.

Dall'altro lato, ove l'agente/funzionario di polizia giudiziaria, che non sia titolare dell'organo deputato all'esercizio del potere disciplinare, non riveli il fatto storico al titolare di quell'organo, l'amministrazione non incorre in alcuna decadenza dall'azione disciplinare, alla luce di quanto s'è sostenuto sopra circa l'imputazione all'ente dello stato di conoscenza rilevante per legge, sempre finché l'organo deputato ad esercitare l'azione disciplinare non venga a conoscere o a poter conoscere altrimenti l'infrazione del dipendente.

Nel secondo caso, in cui il funzionario/agente di polizia giudiziaria denunciante e/o partecipante alle indagini sia componente



dell'organo titolare dell'esercizio del potere disciplinare, la sua conoscenza comporta che l'Agenzia si trovi in quello stato soggettivo idoneo a far decorrere i termini del procedimento disciplinare. Fermo restando quanto detto circa la responsabilità penale del funzionario, scriminata ex art. 51 cp, l'Agenzia

sarebbe allora tenuta a iniziare e a concludere il procedimento disciplinare, i cui termini decorrono secondo quanto già descritto in questo parere.

Sul presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo di cui alla l. 103/79, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

D.I.A.: ANCHE DOPO LA SCADENZA DEL TERMINE FISSATO DALL'ART. 23, CO. 6, DEL D.P.R. N. 380/2001, L'AMMINISTRAZIONE CONSERVA IL POTERE DI VERIFICARE SE LE OPERE POSSONO ESSERE REALIZZATE SULLA BASE DELLA D.I.A. E PUÒ ESERCITARE I POTERI DI VIGILANZA E SANZIONATORI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO

L'art. 23, co. 1, testo unico, dispone che la denuncia d'inizio di attività deve essere "accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie.". È prescritto perciò con chiarezza che le opere che si intendono eseguire devono essere tutte specificate nella relazione del progettista; soltanto a questa è, infatti, attribuita la funzione specifica di asseverare la loro conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia, non essendo quindi sufficiente che le opere siano rappresentate negli elaborati progettuali, se di esse non risulti attestata la detta conformità, sotto la formale responsabilità del progettista....3.3. Non è fondata, infine, la deduzione per cui, decorso il termine per l'inibizione dell'esecuzione delle opere di cui all'art. 23, co. 6, cit. testo unico, l'amministrazione potrebbe soltanto agire in autotutela, non sanzionando gli abusi edilizi rilevati. Questo Consiglio di Stato ha infatti chiarito al riguardo, con indirizzo da cui non vi è motivo di discostarsi per il caso all'esame, che "anche dopo la scadenza del

termine fissato dall'art. 23, co. 6, del d.P.R. 6.6.2001, n. 380, l'amministrazione conserva il potere di verificare se le opere possono essere realizzate sulla base della d.i.a. e può esercitare i poteri di vigilanza e sanzionatori previsti dall'ordinamento" (sez. IV, sent. 12.2.2010 n. 781), avendo specificato che "l'esercizio dei poteri di vigilanza e repressivi rappresenta, in via generale, una delle imprescindibili modalità di cura dell'interesse pubblico affidato all'una od all'altra branca dell'amministrazione ed è espressione del principio di buon andamento, di cui all'art. 97, cost.", e che "nella specifica materia dell'attività urbanistico-edilizia, un potere specifico di vigilanza (esercitabile, per la sua stessa natura, anche mediante provvedimenti innominati), volto ad assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi, è affidato dalla legge al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale (art. 27, co. 1, del d.P.R. n. 380/2001)" (Consiglio di Stato Sez. VI, 10.3.2014, n. 1058).

«..... GA.....»

DISTANZA MINIMA TRA PARETI FINESTRATE DI EDIFICI PROSPICIENTI: ANCHE UNA RAMPA DI SCALE, CHE NON INCIDE SULLA VOLUMETRIA, COSTITUISCE STRUTTURA O CORPO AGGETTANTE DA CONSIDERARSI AI FINI DEL COMPUTO DELLA DISTANZA

La Terza Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha evidenziato come un vano scale e in particolare, a maggior ragio-



ne una rampa di scala scoperta non incide sulla volumetria, trattandosi, di un volume c.d. tecnico (CdS, IV 7.7.2008 n. 3381), ma altre conseguenze può avere la stessa struttura sul diverso versante della normativa dettata per le distanze dai confini. Invero, nel calcolo della distanza minima fra costruzioni posta dall'art.873 c.c. o da norme regolamentari di esso integrative (come nel caso di specie) deve tenersi conto anche delle strutture accessorie di un fabbricato come la scala esterna in muratura anche scoperta, se ed in quanto presenta connotati di consistenza e stabilità (Cass. Civ. Sez. II 30.1.2007 n.1966; TAR Basilicata 19.9.2013 n.574). A deporre nel senso della computabilità del manufatto in parola nella misurazione delle distanze dai confini, induce la non irrilevante considerazione sulle finalità sottese al rispetto della normativa sui distacchi dal confine e in generale delle disposizioni, di tipo inderogabile recate dal d.m. n.1444 del 1968, volte, com'è noto, ad assicurare le necessarie condizioni di salubrità sotto il profilo igienico- sanitarie, mediante l'eliminazione di perniciose intercapedini. A fronte, perciò, del contenuto "pubblicistico" della disciplina all'uopo dettata e del carattere inderogabile della stessa, deve ritenersi non tollerabile la presenza di una parte sia pure di modesta entità di un opus edilizio che va ad insistere in maniera permanente su uno spazio territoriale che deve libero da qualsiasi ingombro. A diversa conclusione invece si deve pervenire in ordine alla questione dei balconi., senza che per il vero si possa accedere alla tesi pure propugnata dagli appellanti dell'assimilabilità e/o equiparabilità tra la scala scoperta e i balconi in questione in quanto tra le due "strutture" vi è diversità di tipologia e di consistenza e, conseguentemente, diversi sono gli effetti derivanti dalla loro presenza in ordine al rispetto del parametro edilizio in discussione. In realtà l'esclusione dei balconi dal computo delle distanze , nella specie deve avvenire in ragione di un criterio interpretativo sottolineato da un preciso orientamento giurisprudenziale secondo cui il balcone aggettante può essere ricompreso nel computo della distanza dal confine solo nel caso in cui una norma di piano lo preveda espressamente e tale ultima circostanza nella specie non è

rinvocabile, posto che le NTA di Piano del Comune di Cellamare non lo prevede. Va peraltro pure dato atto che nella vicenda all'esame non si rinvennero elementi tali da far ritenere che la maggiore profondità dei balconi sia idonea ad evidenziare una sorta di ampliamento della consistenza del fabbricato, giacchè se si versasse in tale ultima ipotesi, sicuramente le sporgenze andrebbero computate ai fini del rispetto delle distanze (CdS, IV 17.5.2012 n.2847). Con colgono nel segno , infine, le critiche formulate da parte appellante alla statuizione del primo giudice circa la sussistenza del vizio di violazione delle disposizioni recate dal d.m. n.1444/1968 in ordine alla distanza minima da osservarsi tra pareti finestrate di edifici prospicienti. Invero, rilevato che la scala costituisce, come già sopra evidenziato, struttura o corpo aggettante da considerarsi ai fini del computo della distanza , quest'ultima con riferimento al parametro edilizio posto dalla norma di cui all'art.9 del citato Decreto risulta inferiore ai previsti 10 metri, limite minimo da ritenersi inderogabile, fermo restando che la disposizione statale in rassegna si rivela sovraordinata ad altra norma regolamentare locale che fissi una diversa, minore distanza (ex multis, CdS. Sez. IV 17.5.2012 n. 2847) (**Consiglio di Stato Sez. IV, 4.3.2014, n. 1000**).

«..... GA.....»

PIANIFICAZIONE URBANISTICA: E' NECESSARIA UNA MOTIVAZIONE SPECIFICA IN CASO DI VARIANTE CHE INTERESSI AREE DETERMINATE DEL PRG, PER LE QUALI SI PREVEDEVA DIVERSA DESTINAZIONE, MENTRE NON È NECESSARIA QUALORA LA DESTINAZIONE DI UN'AREA MUTA PER EFFETTO DELLA ADOZIONE DI UN NUOVO STRUMENTO URBANISTICO GENERALE, CHE PROVVEDA AD UNA NUOVA E COMPLESSIVA DEFINIZIONE DEL TERRITORIO COMUNALE

Il potere di pianificazione urbanistica, a maggior ragione in considerazione della sua ampia portata in relazione agli interessi pub-

blici e privati coinvolti, così come ogni potere discrezionale, non è sottratto al sindacato giurisdizionale, dovendo la pubblica amministrazione dare conto, sia pure con motivazione di carattere generale, degli obiettivi che essa, attraverso lo strumento di pianificazione, intende perseguire e, quindi, della coerenza delle scelte in concreto effettuate con i detti obiettivi ed interessi pubblici agli stessi immanenti (CdS, IV, 10.5.2012 n. 2710). Tanto affermato sul piano generale, occorre ricordare che l'onere di motivazione gravante sull'amministrazione in sede di adozione di uno strumento urbanistico, salvo i casi in cui le scelte effettuate incidano su zone territorialmente circoscritte, ledendo legittime aspettative, è di carattere generale e risulta soddisfatto con l'indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte predette, senza necessità di una motivazione puntuale e "mirata" (CdS, IV, 3.11.2008 n. 5478), così come, nell'ambito del procedimento volto all'adozione dello strumento urbanistico, non occorre controdedurre singolarmente e puntualmente a ciascuna osservazione e opposizione (CdS, n. 2710/2012 cit.). Come questa Sezione ha già avuto modo di affermare (CdS, IV, 8.6.2011 n. 3497), con considerazioni che devono intendersi riconfermate nella presente sede: "le scelte urbanistiche, dunque, richiedono una motivazione più o meno puntuale a seconda che si tratti di previsioni interessanti la pianificazione in generale ovvero un'area determinata, ovvero qualora incidano su aree specifiche, ledendo legittime aspettative; così come mentre richiede una motivazione specifica una variante che interessi aree determinate del PRG., per le quali quest'ultimo prevedeva diversa destinazione (a maggior ragione in presenza di legittime aspettative dei privati), non altrettanto può dirsi allorché la destinazione di un'area muta per effetto della adozione di un nuovo strumento urbanistico generale, che

provveda ad una nuova e complessiva definizione del territorio comunale.

In questa ipotesi, infatti, non è in discussione la destinazione di una singola area, ma il complessivo disegno di governo del territorio da parte dell'ente locale, di modo che la motivazione non può riguardare ogni singola previsione (o zonizzazione), ma deve avere riguardo, secondo criteri di sufficienza e congruità, al complesso delle scelte effettuate dall'ente con il nuovo strumento urbanistico. Né, d'altra parte, una destinazione di zona precedentemente impressa determina l'acquisizione, una volta e per sempre, di una aspettativa di edificazione non più mutabile, essendo appunto questa modificabile (oltre che in variante) con un nuovo PRG, conseguenza di una nuova e complessiva valutazione del territorio, alla luce dei mutati contesti e delle esigenze medio tempore sopravvenute" (Consiglio di Stato Sez. IV, 20.2.2014, n. 793).

«..... GA.....»

CERTIFICAZIONE ENERGETICA: LE NOVITÀ DEL DECRETO "DESTINAZIONE ITALIA" SULL'OBBLIGO DI DOTAZIONE E DI ALLEGAZIONE DELL'ATTESTATO DI PRESTAZIONE ENERGETICA

Il Consiglio Nazionale del Notariato ha svolto alcune brevi prime riflessioni sulle modifiche apportate ai coo. 3 e 3-bis dell'art. 6 del d.lgs. n. 192 /2005 dal d.l. 23.12.2013 n. 145 (c.d. "Decreto destinazione Italia"), che interviene nuovamente sulla disciplina in tema di certificazione energetica, modificando le regole sull'obbligo di dotazione e sull'obbligo di allegazione dell'attestato di prestazione energetica (APE) (Consiglio Nazionale del Notariato).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

RIFLESSIONI IN MERITO ALLA NATURA DEL SILENZIO DELLA P.A. SULLE ISTANZE DI ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ EX ART. 22 DELLA L. R. LAZIO N. 15/2008. (IL DECORSO DEL TERMINE PRESCRITTO DALLA LEGGE PER LA DEFINIZIONE DELL'ISTANZA DI SANATORIA INTEGRA UN'IPOTESI DI SILENZIO C.D. SIGNIFICATIVO O DI SILENZIO INADEMPIMENTO?)

della Dott.ssa Cristina Zaccheo

E' attuale il dibattito giurisprudenziale sulla natura del silenzio serbato dalla p.a. sulle istanze di accertamento di conformità ex art. 22 della L. R. Lazio n. 15/2008. Tuttavia, un recente orientamento del giudice amministrativo ha conferito natura significativa, in termini di rigetto, al contegno inerte della p.a. sulle istanze in parola. Tanto ovviamente non incide il potere dell'amministrazione di determinarsi espressamente.

It is current the jurisprudential debate about the nature of silence preserved by the p.a. on instances of conformity assessment pursuant to art. 22 of Law No. R. Lazio. 15/2008. However, a recent orientation of the administrative court has given a significant nature, in terms of rejection, the inert behavior of the p.a. on the instances in question. So obviously does not affect the power of the administration to be determined explicitly.

Sommario: 1. Premessa. 2. Riflessioni. 3. Conclusioni.

1.Premessa.

Com' è noto l'istituto dell'accertamento di conformità consente la regolarizzazione delle opere edilizie realizzate *sine titulo*, ovvero in difformità dal titolo abilitativo in precedenza presentato. Esso è stato introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento dall'art. 13 della l. n. 47 del 28.2.1985, ed è stato sostanzialmente recepito nel t.u. sull'edilizia agli artt. 36 e 37. Invero, la disciplina positiva dell'istituto in parola si annesta su una precedente prassi, tipica dei costumi nostrani, ed avallata dalla giurisprudenza già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, di ammettere la sanatoria, anche parziale, di ogni opera sostanzialmente conforme alle norme e prescrizioni urbanistiche vigenti quantomeno al momento

dell'esame dell'istanza di sanatoria¹. Ad intervenire con una disciplina di maggior rigore è stato il legislatore del 1985 il quale ha dato rilievo all'esistenza della conformità sia al momento della realizzazione dell'abuso sia a quello della presentazione della domanda di concessione in sanatoria².

¹ G. MENGOLI, Manuale di diritto urbanistico, Milano, 1997, 1007.

² Così l'art.13 della l. n. 47/1985: "Fino alla scadenza del termine di cui all'articolo 7, terzo comma, per i casi di opere eseguite in assenza di concessione o in totale difformità o con variazioni essenziali, o dei termini stabiliti nell'ordinanza del sindaco di cui al primo comma dell'art. 9, nonche', nei casi di parziale difformità', [...], il responsabile dell'abuso puo' ottenere la concessione o l'autorizzazione in sanatoria quando l'opera eseguita in assenza della concessione o autorizzazione e' conforme agli stru-

Siffatta disciplina, ben più severa di quella in precedenza operante nella prassi, trova ragione nell'intento del legislatore, all'atto di disciplinare l'istituto, di circoscriverlo.

In particolare, ci si è chiesti se vi sia necessità di pronunciamento esplicito in ordine alle istanze di accertamento di conformità relative ad interventi riconducibili alle previsioni di cui all'art. 22, co. 3, d.P.R. n. 380/01.

2. Riflessioni.

In tale prospettiva appare preliminarmente necessario condurre alcune osservazioni sull'istituto in parola, ed in particolare su quale debba ritenersi la natura del silenzio eventualmente serbato dalla p.a. sulle domande in sanatoria, come disciplinate dall'art. 22 L.R. Lazio n. 15/08, in relazione al disposto dagli artt. 36 e 37 d.P.R. n. 380/01.

Atteso che la disciplina di fonte regionale sulle istanze per accertamento di conformità è contenuta nell'art. 22 l. R. Lazio n.15 del 2008, le cui previsioni ricalcano sostanzialmente le disposizioni di fonte statuale canonizzate nell'art. 36 dal d.P.R. n. 380/01 (che recepisce, a sua volta, la previgente disciplina di cui all'art. 13 l. n. 47/1985), è bene ricordare che la normativa di cui al TUE sull'accertamento di conformità si articola in due distinte previsioni, in ragione della differente tipologia di trasformazioni da autorizzare in via di sanatoria.

L'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 disciplina gli interventi realizzati in assenza o in difformità dal permesso di costruire, ovvero in assenza o in difformità della denuncia di inizio attività nelle ipotesi di cui all'art. 22, co. 3; il successivo art. 37, co. 4, concerne la realizzazione degli interventi di cui all'art. 22, co. 1 e 2.

Inoltre, non pare sussistere dubbio interpretativo sulla riferibilità delle previsioni di cui all'art. 36, u.c., d.P.R. n. 380/01 alle ipotesi di trasformazioni richieste ai sensi

menti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto con quelli adottati sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda."

dell'art. 22 co. 3, d.P.R. n. 380/01³. E comunque viene piuttosto in rilievo il comportamento silente della p.a., nella fattispecie ex art. 36 d.P.R. n. 380/01, protrattosi oltre il termine di 60 giorni, così come espressamente qualificato dal Legislatore al comma 3: *"Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata"*.

Occorre rilevare come in Giurisprudenza, a fronte della formulazione della norma, si siano registrati due diversi approcci ermeneutici sulla natura ed il significato dell'inerzia sulla domanda.

Secondo un primo orientamento, accolto di recente dalla giurisprudenza di merito, il silenzio dell'amministrazione integrerebbe un'ipotesi di silenzio significativo - tesi c.d. *attizia del silenzio*⁴; secondo un diverso orientamento, invece, il silenzio serbato dall'amministrazione integrerebbe un mero silenzio rifiuto - tesi del silenzio inadempimento - con la conseguenza che, in caso di mancata pronuncia sull'istanza presentata, l'interessato poteva promuovere direttamente l'azione giudiziale di cui all'art. 21 *bis*, l. n. 1034 del 1971 (ora art. 31 del Codice sul processo amministrativo) entro un anno dalla scadenza del termine previsto dal citato art. 36 u.c. del d.P.R. 380/2001.

In materia, autorevole dottrina⁵ ha chiarito che la teoria "*attizia*" si fonda su argomenti

³ Cfr. Cass. Pen., sez. III, 19.5.2009, n.28048; v. anche Cass. Pen., 2010, 6, n. 2415 secondo cui: *"La sanatoria prevista dall'art. 37 d. P.R. 6 giugno 2001, n. 380 può essere richiesta unicamente per gli interventi edilizi realizzati in assenza o in difformità della denuncia di inizio attività (D.I.A.), previsti dall'art. 22, commi 1 e 2, del d. P.R. citato e non è estensibile anche agli interventi edilizi, di cui al comma 3 della richiamata disposizione, per i quali la D.I.A. si pone qual titolo abilitativo alternativo al permesso di costruire (c.d. SuperDIA), applicandosi in tale ultima ipotesi la sanatoria mediante procedura di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del medesimo d.P.R."*

⁴ VACCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione sull'istanza di accertamento della conformità urbanistica ex art. 36, d.P.R. 6.6.2001 n. 380: natura sostanziale, profili processuali ed alterazioni procedurali*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 3, 858

⁵ VACCA, *op. cit.*

di tipo letterale e sistematico. In particolare, si è osservato che gli atti ai quali il legislatore riserva la disciplina del silenzio diniego hanno carattere vincolato mentre il silenzio rifiuto riguarderebbe quelli discrezionali.

L'istanza di accertamento di conformità urbanistica comporta infatti una valutazione essenzialmente vincolata, priva di apprezzabili profili di discrezionalità, in quanto riferita alla realizzazione di un assetto di interessi prefigurato dalle previsioni dello strumento urbanistico generale⁶. Di contro, sostenitori della teoria del silenzio-inadempimento hanno osservato che anche l'esame dell'istanza in sanatoria, sebbene non comporti alcuna ponderazione di interessi, non possa nemmeno iscriversi tra i meri atti "certazione" o di "accertamento costitutivo" in quanto richiede un'attività di carattere valutativo sia pure strettamente tecnico.

Tale ultimo orientamento sembrerebbe ad oggi minoritario, superato dalla Giurisprudenza più recente del TAR Lazio formatasi in riferimento alla sopraggiunta disciplina regionale dell'istituto, fissata dall'art. 22 l.r. Lazio n. 15/08, ed al suo "inequivoco tenore letterale".

Infatti, come chiarito dal TAR Lazio, I Quater⁷: "Il silenzio in ordine all'istanza di accertamento di conformità ex art. 22 l. r. n. 15/08 è configurabile come provvedimento tacito di rigetto come si evince dall'inequivoco tenore letterale della norma secondo cui sulla richiesta del titolo abilitativo in sanatoria il Comune si pronuncia entro sessanta giorni dal ricevimento della stessa, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata" (Cfr. TAR Lazio, I quater, n. 5592/2011).

Al medesimo approdo è pervenuta la Giurisprudenza di altri TAR⁸; particolarmente copiosa la giurisprudenza del TAR Campania sul punto: "Anche nella nuova formulazione di cui all'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, il si-

lenzio dell'Amministrazione su un'istanza in sanatoria di abusi edilizi costituisce ipotesi di silenzio significativo, al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego, con la conseguenza che si viene a determinare una situazione del tutto simile a quella che si verificherebbe in caso di provvedimento espresso. In virtù della previsione legale di implicito diniego, il silenzio tenuto dall'Amministrazione non può, infatti, essere inteso come mero fatto di inadempimento, ma abilita l'interessato alla proposizione di impugnazione, una volta decorso il termine decadenziale di sessanta giorni"⁹.

La massima appena citata ci rimanda al quesito circa l'eventuale necessità che il diniego formatosi per *silentium* sull'istanza consti da provvedimento espresso, ovvero se l'Amministrazione sia obbligata a fornire una risposta esplicita sull'istanza di accertamento in parola. Sul punto viene in soccorso, ancora una volta, la giurisprudenza del TAR Campania la quale, di recente, ha chiarito che: "L'effetto asseritamente esclusivamente entro il lasso di tempo (sessanta giorni) previsto dalla legge (art. 36, T.U. di cui al d. P.R. n. 380 del 2001) per il formarsi del silenzio diniego sull'istanza del privato. Decorso questo termine e formatosi, dunque, il provvedimento tacito di diniego, è onere della parte agire tempestivamente in giudizio per la relativa impugnativa, in mancanza della quale l'atto tacito di diniego si consolida, diventa inoppugnabile e rende nuovamente operativa l'ingiunzione di demolizione, senza che l'Amministrazione debba riprodurre il provvedimento (nel caso di specie, il provvedimento demolitorio impugnato resta valido ed efficace, stante l'intervenuto rigetto tacito rimasto inoppugnato della domanda di sana-

⁶ In questi termini cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI *Codice dell'Edilizia ed. 2008*

⁷ TAR Lazio, I quater, 2010, n. 4464

⁸ *Ex multis* T.A.R. Basilicata, sentenza n. 28/11; TAR Campania n. 26787/10; T.A.R. Marche n. 3340/10, concordi nel qualificare il silenzio formatosi sull'istanza ex art. 36 d.P.R. n. 380/01 come silenzio significativo ovvero come atto tacito di reiezione dell'istanza.

⁹ Così TAR Campania, Na, VIII, 13.12.2011, n.5797, in Foro amm TAR 2011, 12, 4053; Nello stesso senso TAR Campania, Na, VI, 3.12.2010, n. 26787: "Secondo pacifica giurisprudenza, il silenzio serbato dall'Amministrazione sulla domanda di sanatoria ex art. 36 d. P.R. 380 del 2001 è qualificabile come silenzio provvedimento con contenuto di rigetto e non come silenzio inadempimento all'obbligo di provvedere" (cfr. anche CCGARS, 26.5.2010, n. 746, in Foro amm. C.d.S., 2010, 5, 1118; CdS, IV, 6.6.2008, n. 2691, in Foro amm. C.d.S., 2008, 6, 1717)

toria.”¹⁰. E ancora: “*Il silenzio tenuto dall’Amministrazione sull’istanza avanzata ai sensi dell’art. 36, d. P.R. n. 380 del 2001, ha valore provvedimento di reiezione della domanda del privato. Depone in tal senso il tenore letterale della disposizione. Ne consegue che tale provvedimento, in quanto tacito, esonera l’Amministrazione dall’obbligo di fornire una risposta esplicita sull’istanza e dunque non è configurabile a suo carico un’omissione di pronuncia, con l’ulteriore precisazione che, in quanto privo di motivazione, esso non è impugnabile per violazione dell’art. 3 l.n. 241 del 1990.*”¹¹

Sulla questione da ultimo richiamata, ossia sulla necessità di un provvedimento espresso su un’istanza di accertamento di conformità, si è condotta una riflessione, in chiave problematica, circa la previsione di cui all’art. 2 della l. n. 241/90 e sulla relazione sussistente tra questa ed il ricordato art. 36 TUE.

E’ ben vero cioè che il legislatore si è preoccupato di garantire effetti provvedimentali all’inerzia eventualmente serbata dalla P.A. sull’istanza in sanatoria; e tuttavia va necessariamente considerato che la qualificazione *ex ante* del silenzio in termini di rigetto non priva di certo l’Autorità amministrativa del potere-dovere di concludere con provvedimento esplicito (cd. principio di espressività) il procedimento avviato con l’istanza, in ossequio al principio generale scolpito dal citato art. 2 l. n. 241/90.

Ed allora le disposizioni *de quibus* – art. 36, co. 3 TUE ed art. 2 l. n. 241/90 - interpretate l’una per mezzo dell’altra (ovvero nel senso in cui si prestino ad una interpretazione combinata, che elida potenziali discrasie applicative) delineano un quadro normativo in cui la P.A. conserverebbe la facoltà di adottare un provvedimento esplicito che, ove adottato oltre il termine di 60 giorni, partecipi all’interessato l’avvenuta produzione dell’effetto, determinatosi *ope legis*, di rigetto dell’istanza¹² e tuttavia la portata dell’art. 36

TUE (come richiamato nei contenuti dall’art. 22 L.R. cit.) si pone quale norma speciale, dettata per la specifica tipologia procedimentale, in cui la predeterminazione dell’effetto assume portata derogatoria rispetto all’obbligo generale di conclusione esplicita del procedimento (*lex specialis derogat legi generali*), sollevando la P.A., una volta decorso il termine di legge, dall’onere di adozione di provvedimento espresso di diniego.

Si badi: il potere di provvedere facente capo alla p.a. si intenderà di certo correttamente speso nei casi in cui l’amministrazione provveda sull’istanza, eventualmente denegandola, prima dello spirare del termine cui la legge ricollega l’effetto di rigetto tacito; anzi in tali casi la produzione stessa dell’effetto (diniego dell’istanza) dovrà necessariamente riferirsi a tale esplicito provvedimento, la cui conoscenza da parte dell’interessato fisserà la decorrenza per l’impugnativa giurisdizionale, eventualmente anticipandola rispetto alla ipotesi di rigetto *per silentium* determinatosi al consumarsi dei 60 giorni.

Viceversa, ove sia già spirato il termine di cui all’ultimo comma dell’art. 36 cit. senza che sia stato adottato provvedimento alcuno sull’istanza, si discute sulla portata costitutiva, ovvero meramente confermativa del diniego già formatosi per *silentium*, dell’eventuale successivo provvedimento esplicito di diniego.

Al riguardo si potrebbe infatti ritenere che detto provvedimento non avrebbe alcuna attitudine a creare un effetto prodottosi *ex lege*, bensì una portata esclusivamente dichiarativa delle conseguenze venutesi a determinare. Tuttavia, la giurisprudenza di merito ha chiarito che: “*in ipotesi di rigetto dell’istanza medesima, l’atto in quanto emesso a seguito di istruttoria e dotato di motivazione esplicita, non può intendersi come meramente confermativo del diniego formatosi in via tacita*”.¹³

¹⁰ In questi termini TAR Campania, Na, III, 15.1.2013 n. 288, in *Foro amm. TAR* 2013, 1, 206.

¹¹ Così TAR Campania, Na, VIII, 15.4.2010, n. 1981, in *Foro amm. TAR*, 2010, 4, 1419.

¹² L’assunto trova conferma in giurisprudenza: “*Anche a seguito del formarsi del silenzio-rigetto sulla do-*

manda di accertamento di conformità, l’Amministrazione conserva il potere di provvedere in via esplicita in ordine alla conformità delle opere”. TAR Campania, Na, III, 13.7.2010, n. 16689, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2550

¹³ TAR Campania, Na, III, 13.7.2010, n. 16689 cit.;



3. Conclusioni.

In definitiva - consapevoli delle oscillazioni giurisprudenziali e della possibilità quindi che la normativa si presti a differenti interpretazioni - si conclude nel senso che, ai sensi della l.r. n. 15/2008, sulla richiesta di permesso di costruire in sanatoria ovvero di D.I.A. in sanatoria per gli interventi di cui all'art. 22, co. 3, l'inutile decorso del termine di sessanta

giorni comporta rigetto della domanda.

Tanto ovviamente non incide il potere dell'amministrazione di determinarsi espressamente anche, eventualmente, nel senso di rigetto dell'istanza prima dello spirare del termine di legge per la formazione del silenzio-rigetto, con le conseguenze che in tal caso deriveranno anche ai fini della decorrenza del termine per eventuali impugnative.

«.....GA.....»

L'INQUINAMENTO ACUSTICO FERROVIARIO: INTERVENTI PER MITIGARE IL RUMORE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2014/38/UE, DELLA LEGGE QUADRO N. 447/95 E DELLA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 35/2014

dell'Avv. Andrea Grappelli

Con il presente commento si affronta, nei suoi aspetti generali, il tema dell'inquinamento acustico derivante dal utilizzo di reti ferroviarie. La normativa comunitaria di settore e quella nazionale intervengono al fine di garantire interoperatività del sistema ferroviario comunitario e nazionale. Nel rispetto delle disposizioni contenute dalla legge quadro 447/95 non è possibile per un sindaco di un Comune imporre o compiere atti inibitori, parziali o totali, seppur nella tutela della salute dei cittadini ed in urgenza, nei confronti dell'ente gestore, trattandosi di materia sottoposta alla competenza statale a norma dell'art.9 co. 1, della legge quadro sull'inquinamento acustico. Altro aspetto rilevante attiene alla necessità di intervenire con mezzi di mitigazione del rumore non soltanto in modo isolato, e quindi sull'immobile, ma anche sulla sorgente del rumore e ciò al fine di ampliare il raggio di azione della tutela dal rumore, estendendola anche alle aree pertinenti del manufatto edilizio ed aree attigue esterne.

With this comment we deal with the issue of sound pollution arising from using rails infrastructure. The European and national legislation will protect in order to ensure interoperability of the rail system. In accordance with the provisions of the framework law n. 447/95 that matter being subject to State jurisdiction matter pursuant to art. 9, co. 1 of the Law, and only the State can impose or perform acts inhibitors, partial or total. Another relevant aspect concerns the need to contrast the noise not only for the buildings but also for the adjacent areas.

Sommario: 1. L'evoluzione normativa in materia di inquinamento acustico; 2. La direttiva 2014/38/UE; 3. La sentenza del Consiglio di Stato n.35/2014 sui ricettori isolati e sulla sorgente; 4. L'inibitoria parziale o totale di determinate alla luce della Legge quadro n. 447/95; 5. Conclusioni.

1.L'evoluzione normativa in materia di inquinamento acustico.

La normativa diretta a contrastare l'inquinamento acustico elenca una serie di principi generali volti a semplificare l'aggiornamento della normativa stessa rispetto al progresso tecnologico.

In sintesi, la disciplina della tutela dell'ambiente da inquinamento acustico risale alla l. n. 447/1995, a cui hanno fatto seguito numerosi decreti legislativi che hanno recepito le disposizioni comunitarie.

Tra di essi in particolare emergono:

- Dir. 2002/49/CE, recepita con il d.lgs. n. 194/2005, intervenuta sulla gestio-

- ne del rumore ambientale connesso alle principali infrastrutture di trasporti;
- Dir. 2002/30/CE recepita con il d.lgs. n. 13/2005, sull'inquinamento acustico originato dall'esercizio delle infrastrutture aeroportuali;
- Dir. 2000/14/CE recepita con d.lgs. n. 262/2002, diretta a disciplinare più in generale le tematiche di inquinamento acustico dovuto all'utilizzo di macchine ed attrezzature.

L'attenzione del Legislatore comunitario, come anche quello nazionale, nasce sulla consapevolezza che i trasporti sono tra le principali fonti di inquinamento acustico, par-

ticularmente patito da coloro che lavorano e vivono nei pressi di aeroporti e linee ferroviarie.

2. La Direttiva 2014/38/UE

L'Unione Europea, opera nell'ambito della lotta all'inquinamento acustico cercando di definire un approccio comune per evitare, prevenire o ridurre, gli effetti nocivi dovuti all'esposizione al rumore ambientale.

Con l'entrata in vigore della Dir. 2014/38/UE (che dovrà essere recepita entro il 2015) la Commissione Europea, proprio nell'ambito del sistema ferroviario, è andata a modificare l'all. III della dir. 2008/57/CE.

La Commissione ha considerato rilevante che in materia di disposizioni nazionali attinenti alla rumorosità del materiale rotabile, nuovo e ristrutturato, si debba evitare che i Paesi Membri impongano disposizioni più rigorose di quelle già disposte a livello comunitario. In quanto ciò potrebbe influenzare negativamente l'interoperabilità del sistema ferroviario.

I livelli massimi di rumore per il nuovo materiale rotabile ad alta velocità e convenzionale vanno ricercati nelle decisioni della Commissione Europea 2008/232/CE del 21 febbraio 2008 e della decisione Europea 2011/229/UE del 4 aprile 2011.

La dir. dispone che il punto 1.4.4. dell'all. III della dir. 2008/57/CE stabilisce che l'esercizio del sistema ferroviario deve rispettare la normativa esistente e che la progettazione e l'esercizio del sistema ferroviario non devono portare ad un livello inammissibile di rumore da esso emesso: nelle aree in prossimità dell'infrastruttura ferroviaria e nella cabina del macchinista.

L'intervento del legislatore europeo è quindi volto a garantire nel settore ferroviario una omogeneità ed armonizzazione dei requisiti tecnici.

Difatti le notevoli differenze che sono tra le normative degli Stati membri contribuiscono ad ostacolare la creazione di uno spazio ferroviario europeo integrato.

3. La sentenza del Consiglio di Stato n.35/2014 sui ricettori isolati e sulla sorgente.

A livello nazionale nell'ambito della tutela alla salute e contrasto all'inquinamento acustico si è cercato di rispettare la necessità di una visione complessiva della tematica evitando che si intervenisse mediante strumenti di tutela su singoli recettori isolati o tramite interventi diretti ed autonomi da parte di amministrazioni locali (es: atti impositivi di sindaco).

Il Consiglio di Stato con una interessante pronuncia della sesta sezione, di gennaio 2014 (Sentenza n. 35/2014) ha avuto modo di intervenire in materia di mitigazione acustica su ricettori isolari lungo la sub tratta AV/AC "Torino-Novara" e della tratta AV/AC "Torino-Milano".

Con tale pronuncia è stata contestata l'illegittimità dell'approvazione della scelta progettuale che consisteva nell'applicare delle barriere fonoassorbenti sull'abitazione del ricorrente (adibita ad albergo).

Nel merito i giudici dell'Alta Corte hanno chiarito che la mitigazione del rumore non deve essere rivolta sul ricettore singolo anziché sulla sorgente del rumore, e che ciò non può avvenire, altresì, sulla base di mere ragioni di natura economica.

Difatti la barriera di mitigazione materiale del rumore da alta velocità ferroviaria applicata al ricettore anziché alla sorgente può considerarsi irragionevole.

E' stato quindi ritenuto che *"ai fini dell'abbattimento del rumore ferroviario mediante schermi fonoassorbenti o altri mezzi passivi di contenimento, l'immobile andava preso in considerazione come un ambiente di vita, con tanto di spazio circostante, dal quale si va e si viene ed eventualmente può essere considerato anche come una fonte di reddito d'Impresa (come nel caso in cui venga usato come albergo).*

Tale interpretazione trova conforto nella legge quadro sull'inquinamento acustico, ed in particolare dalla lettura combinata delle lettere a) ed e) del co. 1 dell'art. 2 della l. 447/95.

Dalla loro lettura, infatti, si inquadra in modo preciso che cosa debba intendersi per *"inquinamento acustico"* e per *"ricettore"*.

Il primo, inteso come introduzione di rumore nell'ambiente abitativo o nell'ambiente

esterno; mentre il secondo, va ad identificare il ricettore non solo come singolo manufatto edilizio ma piuttosto devono farsi rientrare anche le relative aree pertinenziali ed altre aree all'aperto.

La mitigazione, pertanto, deve avere un valore concreto, ragione per cui alla luce anche della recente pronuncia dei Giudici di Appello, la così detta mitigazione acustica deve essere applicata "a monte", quindi "nella maggior prossimità possibile alla sorgente del rumore, in quanto posizione che massimizza l'effetto schermante".

4. L'inibitoria parziale o totale di determinate alla luce della Legge quadro n. 447/95.

Il quadro interpretativo sulla materia può altresì essere arricchito da un ulteriore aspetto rilevante ai fini dell'analisi del tema sulla mitigazione del rumore dovuto dall'alta velocità ferroviaria, cioè su chi sia legittimato direttamente a contrastare tale fenomeno per tutelare il proprio territorio.

Due recenti pronunce dei giudici di prime cure, seppur territorialmente differenti, TAR Piemonte e TAR Lombardia, a breve distanza l'una dall'altra, hanno confermato l'illegittimità dell'atto emesso da parte del Sindaco che, seppur in tutela del proprio territorio contro tale forma di inquinamento, abbia direttamente emesso provvedimenti o compiuto atti impositivi nei confronti del gestore ferroviario.

Il Sindaco del Comune di Crevoladossola, ha adottato un atto nell'esercizio dei propri poteri contingibili ed urgenti di cui agli artt. 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000 a tutela della salute dei cittadini.

Precisamente ha invitato RFI a dare riscontro all'Amministrazione Comunale sulle misure di mitigazione che la stessa intendeva adottare sul territorio comunale - per evitare i rischi da rumore ferroviario ed il potenziale impatto sulla salute dei residenti - in attesa di una soluzione definitiva del problema, dando un termine perentorio di trenta giorni per provvedervi.

I Giudici del TAR Piemonte (sez. I, con sentenza n. 50 del 10.1.2014), hanno contestato detta modalità operativa del Sindaco in

quanto inosservante delle disposizioni di settore e precisamente dell'art. 9, co. 1 della l. 26.10.1995, 447 che prevede che: "qualora sia richiesto da eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente il sindaco, il presidente della provincia, il presidente della giunta regionale dall'art. 8 della l. 3.3.1987, n. 59, il prefetto, il Ministro dell'ambiente, secondo quanto previsto, e il Presidente del Consiglio dei ministri, nell'ambito delle rispettive competenze, con provvedimento motivato, possono ordinare il ricorso temporaneo a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle missioni sonore, inclusa l'inibitoria parziale o totale di determinate attività".

Tuttavia, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, come nel caso di specie, tale facoltà è riservata esclusivamente al Presidente del Consiglio dei Ministri.

I Giudici, in forza di quest'ultima disposizione, e confortati anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale, hanno così confermato che i provvedimenti concernenti speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l'inibitoria parziale o totale di determinate attività, in materia di servizi pubblici essenziali, sono riservati all'evidente scopo di uniformare l'azione amministrativa alle enucleate fattispecie ove incidenti su servizi pubblici essenziali (TAR L'Aquila, I, 10.1.2013, n. 8; TAR Umbria, I, 22.12.2011, n. 411 e 11.11.2008, n. 722; TAR Firenze, II, 15.3.2002, n. 494; CdS, V, 9.2.2001, n. 508; TAR Friuli Venezia Giulia, 25.8.1998, n. 1008).

La ragione di tale disposizione normativa trova la propria ragione d'essere nel fatto che l'incidenza sulle modalità di gestione del servizio pubblico di trasporto, hanno effetti interferenziali non riconducibili al solo territorio comunale ma estendibili all'intera rete di trasporto nazionale.

Analoga fattispecie è stata affrontata dalla quarta sezione del TAR Lombardia, i cui giudici, in una situazione analoga hanno anch'essi chiarito che la competenza per emettere provvedimenti diretti alla bonifica dall'inquinamento acustico prodotto da una rete ferroviaria, è di competenza dello Stato e non dell'Autorità locale.



Anche in questo caso il Sindaco, del Comune di Segrate, a seguito di una relazione tecnica di monitoraggio dell'ambiente, aveva ingiunto ad RFI a presentare, entro 30 giorni, un piano di bonifica acustica in modo da rientrare nei valori limite di legge relativi alle emissioni fonometriche.

I Giudici milanesi, anch'essi, hanno chiarito che *“la materia delle emissioni acustiche prodotte nello svolgimento di servizi pubblici essenziali, è disciplinata da una legislazione speciale che la sottrae al regime ordinario, concernendo particolari interessi di rilievo nazionale che necessitano di una disciplina settoriale ed unitaria”*.

5. Conclusioni

Alla luce della consolidata giurisprudenza formatasi negli anni e dall'analisi della normativa di settore, sia comunitaria che nazionale, emerge un quadro chiaro e ben delineato entro cui ci si debba muovere nell'ambito della mitigazione del rumore determinato dall'uso di una rete ferroviaria.

L'intento primario è quello di compenetrare esigenze di tutela della salute ma allo stesso tempo contribuire alla creazione di un sistema ferroviario interoperabile ed armonizzato sia a livello comunitario che nazionale.

Come emerge dalla dir. 2014/38/CE, i Paesi membri devono evitare di disporre normative più rigorose sulla rumorosità del materiale rotabile e ristrutturato rispetto a quelle disposte a livello comunitario, ed a livello nazionale l'imposizione di atti diretti a mitigare il rumore non può intervenire ad opera diretta di autorità locali, trattandosi di materia di competenza dello Stato.

Anche in questo ultimo caso la finalità è quella di assicurarsi che nell'ambito del trasporto ferroviario vengano omogeneamente posti in essere comportamenti che abbiano effetti interferenziali riconducibili all'intera rete di trasporto nazionale, non soffermandosi, anche se solo in via di urgenza, su tematiche strettamente connesse alle realtà locali.

Laddove, invece, progettualmente vengano posti in essere sul territorio degli strumenti diretti a tutelare la salute del cittadino, quali l'inserimento di pannelli fonoassorbenti posti tra la rete ferroviaria ed una abitazione, si deve porre attenzione a non realizzare interventi di mitigazione acustica solo sul ricettore isolato bensì si deve procedere con l'intervento sulla sorgente. In questo caso la legittimazione ad intervenire davanti ai giudici per contestare detti strumenti può spettare direttamente al cittadino.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. IV, 13.3.2014, n. 1242
Espropriazione per pubblica utilità - privato, proprietario di un'area sottoposta a procedimento espropriativo per la realizzazione di un'opera pubblica - comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento - possibilità di interloquire con l'amministrazione sulla sua localizzazione prima dell'approvazione del progetto definitivo.

Per costante ed incontrovertita giurisprudenza (ex aliis CdS, IV, 21.8.2013, n. 4229) "al privato proprietario di un'area destinata all'espropriazione, siccome interessata dalla realizzazione di un'opera pubblica, deve essere garantita, mediante la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell'approvazione del progetto definitivo." Contrariamente a quanto sostenutosi nell'appello, peraltro, una imponente produzione giurisprudenziale amministrativa ha sempre costantemente dato atto della circostanza che la necessità dell'avviso di avvio del procedimento amministrativo (nel caso di specie si trattava dell'adozione di provvedimenti di annullamento) costituisca affermazione pacifica e consolidata nella giurisprudenza amministrativa. Secondo tale corrente giurisprudenziale "la preventiva comunicazione di avvio del procedimento rappresenta un principio generale dell'agere amministrativo (TAR Campania Sa, Sez. I, 12.7.2011, n. 1276). La materia relativa alle procedure di espropriazione per pubblica utilità non costituisce certo eccezione a detto approdo della giurisprudenza: ed anzi, come è noto, un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato (cfr. Ad. Plen. 20.12.2002, n. 8; 24.1.2000, n. 2; 15.9.1999, n. 14), dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, ha affermato il principio, generale ed inderogabile, per cui al privato proprietario di un'area destinata all'espropriazione, siccome

interessata dalla realizzazione di un'opera pubblica, dev'essere garantita, mediante la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell'approvazione del progetto definitivo. Con più stringente riferimento alla fattispecie per cui è causa, poi, di recente la giurisprudenza di questa Sezione del Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire il detto principio, essendosi affermato che (CdS, IV, 9.12.2010, n. 8688) costituisce principio generale ed inderogabile dell'ordinamento vigente che al privato, proprietario di un'area sottoposta a procedimento espropriativo per la realizzazione di un'opera pubblica, deve essere garantita, mediante la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell'approvazione del progetto definitivo, né sarebbe invocabile come esimente dal dovere in questione il disposto dell'art. 13, co. 1, l. 7.8.1990 n. 241, in quanto detta norma si riferisce ai soli atti a contenuto generale, mentre l'intesa tra lo Stato e la Regione sulla localizzazione di un'opera di interesse statale non consiste in un documento di pianificazione territoriale, ma produce l'effetto puntuale e specifico dell'individuazione dell'ubicazione dell'intervento (oltre a valere come dichiarazione di pubblica utilità) e si rivela, come tale, idonea ad incidere, in maniera immediata, sugli interessi dei soggetti proprietari del terreno interessato dalla sua realizzazione, con evidenti implicazioni sulla partecipazione di questi al relativo procedimento. Analoghe conclusioni si traggono dalle disposizioni specifiche contenute nel T.U. Espropriazioni. Sotto il profilo strettamente letterale, infatti, le espresse disposizio-

ni di cui agli artt. 11 (“ Al proprietario, del bene sul quale si intende apporre il vincolo preordinato all’esproprio, va inviato l’avviso dell’avvio del procedimento:a) nel caso di adozione di una variante al piano regolatore per la realizzazione di una singola opera pubblica, almeno venti giorni prima della delibera del consiglio comunale;b) nei casi previsti dall’art. 10, co. 1, almeno venti giorni prima dell’emanazione dell’atto se ciò risulti compatibile con le esigenze di celerità del procedimento.L’avviso di avvio del procedimento è comunicato personalmente agli interessati alle singole opere previste dal piano o dal progetto. Allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50, la comunicazione è effettuata mediante pubblico avviso, da affiggere all’albo pretorio dei Comuni nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo, nonché su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale e, ove istituito, sul sito informatico della Regione o Provincia autonoma nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo. L’avviso deve precisare dove e con quali modalità può essere consultato il piano o il progetto. Gli interessati possono formulare entro i successivi trenta giorni osservazioni che vengono valutate dall’autorità espropriante ai fini delle definitive determinazioni.La disposizione di cui al co. 2 non si applica ai fini dell’approvazione del progetto preliminare delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi ricompresi nei programmi attuativi dell’art. 1, co. 1, della l. 21.12.2001, n. 443.Ai fini dell’avviso dell’avvio del procedimento delle conferenze di servizi in materia di lavori pubblici, si osservano le forme previste dal d.P.R. 21.12.1999, n. 554.Salvo quanto previsto dal comma 2, restano in vigore le disposizioni vigenti che regolano le modalità di partecipazione del proprietario dell’area e di altri interessati nelle fasi di adozione e di approvazione degli strumenti urbanistici.”) e 16 co. 4 (“Al proprietario dell’area ove è prevista la realizzazione dell’opera è inviato l’avviso dell’avvio del procedimento e del deposito degli atti di cui al co. 1, con l’indicazione del nominativo del responsabile del procedimento”) del d.P.R. 8.6.2001 n. 327 congiurano nel fare ritenere il detto obbligo assolutamente cogente ed inderogabile in armonia con i principi affermati dalla Cedu e ben recepiti a più riprese da questo Consiglio di Stato.Non appare il caso di immorare vieppiù sul punto, se non per rimarcare, a

fini di coerenza sistematica, che (d.lgs. 12.4.2006 n. 163, art. 166) il detto obbligo è prescritto anche nel caso di opere strategiche, (si veda sul punto CdS. IV n. 4230/2013) per cui esso costituisce principio non dequotabile (co. 2 della in ultimo citata disposizione: “ l’avvio del procedimento di dichiarazione di pubblica utilità è comunicato dal soggetto aggiudicatore, o per esso dal concessionario o contraente generale, ai privati interessati alle attività espropriative ai sensi della l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni; la comunicazione è effettuata con le stesse forme previste per la partecipazione alla procedura di valutazione di impatto ambientale dall’art. 5 del d.P.C.M. 10.8.1988, n. 377. Nel termine perentorio di sessanta giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento, i privati interessati dalle attività espropriative possono presentare osservazioni al soggetto aggiudicatore, che dovrà valutarle per ogni conseguente determinazione. Le disposizioni del presente comma derogano alle disposizioni degli articoli 11 e 16 del d.P.R. 8.6.2001, n. 327.”). Ovviamente – non è superfluo rammentarlo – perché possa produrre l’effetto di pubblicità cui l’incombente è ricollegato, il detto avviso dell’avvio del procedimento non può che essere inviato dall’autorità procedente, come espressamente affermato ex art. 16 del d.P.R. n. 327/2001 laddove il combinato disposto dei commi 1 e quattro rende evidente che l’avviso dell’avvio che assume rilievo debba necessariamente promanare dall’ Autorità procedente, non altrimenti potendosi intendere l’inequivocabile riferimento ivi contenuto al soggetto “responsabile del procedimento” (“Il soggetto, anche privato, diverso da quello titolare del potere di approvazione del progetto di un’opera pubblica o di pubblica utilità, può promuovere l’adozione dell’atto che dichiara la pubblica utilità dell’opera. A tale fine, egli deposita presso l’ufficio per le espropriazioni il progetto dell’opera, unitamente ai documenti ritenuti rilevanti e ad una relazione sommaria, la quale indichi la natura e lo scopo delle opere da eseguire, nonché agli eventuali nulla osta, alle autorizzazioni o agli altri atti di assenso, previsti dalla normativa vigente.In ogni caso, lo schema dell’atto di approvazione del progetto deve richiamare gli elaborati contenenti la descrizione dei terreni e degli edifici di cui è prevista l’espropriazione, con l’indicazione dell’estensione e dei confini, nonché, possibilmente, dei

dati identificativi catastali e con il nome ed il cognome dei proprietari iscritti nei registri catastali. L'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 15 consente anche l'effettuazione delle operazioni previste dal co. 2. Al proprietario dell'area ove è prevista la realizzazione dell'opera è inviato l'avviso dell'avvio del procedimento e del deposito degli atti di cui al comma 1, con l'indicazione del nominativo del responsabile del procedimento.”). Ed in passato la disposizione predetta è stata interpretata esattamente in tal modo (TAR Sicilia Ct, Sez. III 27.3.2007, n. 540 “la norma dell'art. 16 del d.P.R. 8.6.2001, n. 327 modificato dalla l. 1.8.2002 n. 185, ai commi 4 e seguenti prevede che al proprietario dell'area ove è prevista la realizzazione dell'opera va inviato l'avviso dell'avvio del procedimento e del deposito degli atti, con l'indicazione del nominativo del responsabile del procedimento e se la comunicazione prevista dal co. 4 non ha luogo per irreperibilità o assenza del proprietario risultante dai registri catastali, il progetto può essere ugualmente approvato. Infatti se risulta la morte del proprietario iscritto nei registri catastali e non risulta il proprietario attuale, la comunicazione di cui al co. 4 è sostituita da un avviso, affisso per venti giorni consecutivi all'albo pretorio dei comuni interessati e da un avviso pubblicato su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale. Il co. 9 dispone espressamente che l'autorità espropriante non è tenuta a dare alcuna comunicazione a chi non risulti proprietario del bene. Conseguentemente l'indicazione del soggetto direttamente inciso dalla procedura ablatoria va individuato sulla scorta dei dati catastali, secondo un criterio già contenuto nell'art. 10 l. n. 865/1971, e tenuto fermo dagli artt. 11 e 16 del d.P.R. n. 327/2001; pertanto, vigendo un sistema di oggettiva conoscibilità da parte della P.A. del soggetto su cui grava il carico della procedura ablatoria, non è ipotizzabile che tale norma imponga al soggetto pubblico di accertare l'esistenza di altri proprietari al fine di estendere anche ad altri soggetti la partecipazione procedimentale”)

Consiglio di Stato Sez. IV, 13.3.2014, n. 1220
Certificato di agibilità - funzione di accertamento - realizzazione immobile nel rispetto delle norme tecniche vigenti in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti.

Il permesso di costruire ed il certificato di agibilità, sono collegati a presupposti diversi e danno vita a conseguenze disciplinari non sovrapponibili. Infatti, il certificato di agibilità ha la funzione di accertare che l'immobile al quale si riferisce è stato realizzato nel rispetto delle norme tecniche vigenti in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti (come espressamente recita l'art. 24 del Testo unico dell'edilizia), mentre il rispetto delle norme edilizie ed urbanistiche è oggetto della specifica funzione del titolo edilizio. Il che comporta che i diversi piani ben possano convivere sia nella forma fisiologica della conformità dell'edificio ad entrambe le tipologie normative, sia in quella patologica di una loro divergenza (per cui, correttamente il primo giudice ha ricordato episodi giurisprudenziali in cui si è affermata l'illegittimità del diniego della agibilità motivato unicamente con la difformità dell'immobile dal progetto approvato - CdS, V, 6.7.1979 n. 479 - oppure, in senso opposto, l'irrilevanza del rilascio del certificato di agibilità come fatto ostativo al potere del sindaco di reprimere abusi edilizi - id., 3.2.1992 n. 87 - o alla revoca di un eventuale precedente ordine di demolizione delle opere - id., 15.4.1977 n. 335). Dato questo inquadramento, va condivisa, nel suo valore generale, la fondatezza dell'eccezione preliminare proposta, atteso che il provvedimento ex art. 24 del TUED, strettamente vincolato nei suoi presupposti, non potrebbe comunque non essere rilasciato, poiché qui non è stata posta in discussione la conformità dell'immobile realizzato con la disciplina in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti. Va però notato come, nel caso in esame, il detto certificato di agibilità contenga una clausola del tutto estranea al disposto del citato art. 24, atteso che il rilascio viene giustificato “per il tempo necessario e condizionatamente agli esiti definitivi (passaggio in giudizio), dei procedimenti avviati nelle sedi giurisdizionali competenti, connessi a contenzioso legale in essere. Tale contenzioso, come noto all'ufficio ed alla stessa ICAI s.r.l., ha ad oggetto l'accertamento del diritto di servitù sul tratto di viabilità, individuata nella pratica edilizia D.I.A. prot. 12780 del 9.3.2004, dalla S.P. 231 alla proprietà ICAI s.r.l. Ove mai l'esito definitivo dei surrichiamati contenziosi dovesse vedere soccombente la ICAI s.r.l., la presente attestazione di agibilità sarà annullata, rima-



nendo comunque valido il titolo abilitativo edilizio, essendo il lotto ICAI s.r.l., come da atti abilitativi edilizi rilasciati, servito dalla originaria viabilità di accesso". Si tratta di una condizione del tutto abnorme, atteso che, da un lato, costituisce una deviazione rispetto allo schema tipico del provvedimento come disegnato dalla normativa primaria, ossia dal citato art. 24, e quindi si pone come accessorio lesivo del principio di tipicità degli atti amministrativi e, dall'altro, da vita ad un accertamento di fatto e ad una statuizione amministrativa che è contemporaneamente e singolarmente lesiva di entrambe le parti in questioni: è lesiva per la C.M.C. s.r.l. in quanto di fatto trasferisce sul certificato di agibilità delle valutazioni che il Comune avrebbe dovuto compiere (ed in maniera più incisiva) in relazione alla decadenza del permesso di costruire; ed è lesiva anche per la I.C.A.I. s.r.l. perché introduce un fattore temporale su un'attestazione, quella di agibilità, alla quale poteva avere accesso in forma piana ed incondizionata.

Consiglio di Stato Sez. IV, 10.3.2014, n. 1105
Esclusione accessione invertita - intervenuta realizzazione dell'opera pubblica - diritto di proprietà del privato sul bene illegittimamente occupato - domanda - risarcimento - restituzione del fondo.

Nella controversia in esame l'appellante lamenta l'erroneità della declaratoria della prescrizione che il TAR avrebbe affermato in relazione al decorso del termine quinquennale decorrente dalla cosiddetta "accessione invertita". Tuttavia dopo la pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo della nota sentenza del 30.5.2000 n. 24.638. è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d.P.R. 8.6.2001 n. 327 (Corte Cost. 8.10.2010 n. 293). Pertanto il modello della "accessione invertita" non poteva essere più applicabile nel caso in esame in quanto, dopo le ricordate pronunce, l'irreversibile trasformazione del bene illegittimamente occupato è stato ricostruito in termini di illecito di natura permanente, come tale non soggetto alla prescrizione quinquennale. In coerenza si richiede quindi il risarcimento del danno agganciato alla valutazione che la commissione agraria provinciale determina ogni due anni e che, e per i terreni in questione, facenti parte della zona agraria n. 5 sarebbe stato fissato in € 8607,00 per ettaro moltiplicato per gli ettari oggetto di oggetto

dell'occupazione, o comunque alla somma ritenuta equa. L'assunto è fondato nei sensi che seguono. In linea di principio, è esatto che: -- se sull'area occupata senza un legittimo titolo sono state realizzate opere che la stessa Amministrazione continua ad utilizzare per finalità di sicuro interesse pubblico, ci si è in presenza di un illecito a carattere permanente, il quale perdura fino a quando non venga o rimosso il manufatto (cfr. Cass. Civile sez. I 2.12.2013 n. 26965, CdS, IV 16.5.2013 n. 2679); - in tali ipotesi naturalmente non è possibile ritenere applicabile il termine di prescrizione se non dal momento di cessazione dell'illecito vale a dire dalla restituzione dell'immobile da parte della PA., ovvero dalla formazione di un altro titolo legittimo che determini il trasferimento della proprietà. L'accoglimento di tale censura però, facendo venir meno il titolo di acquisizione in capo al Consorzio del terreno, comporta delle conseguenze complesse conseguenti al superamento - alla stregua della convenzione europea e, in particolare, del Protocollo addizionale n.1- dell'interpretazione che faceva derivare dalla costruzione dell'opera pubblica e dall'irreversibile trasformazione effetti sulla titolarità legale del bene. Pertanto, una volta esclusa l' "accessione invertita", l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica, non elide affatto il diritto di proprietà del privato sul bene illegittimamente occupato, per cui egli potrebbe domandare sia il risarcimento che la restituzione del fondo (cfr. CdS, Sez. IV, 30.1.2006, n. 290; CdS, 7.4.2010, n. 1983; CdS, IV 2.9.2011 n. 4970; CdS IV 29.8.2012 n. 4650). Nell'attuale quadro normativo, l'Amministrazione ha infatti l'obbligo giuridico di far venir meno, in ogni caso, l'occupazione "sine titolo" e, quindi deve adeguare la situazione di fatto a quella di diritto attraverso l'emanazione di legittimi provvedimenti ablatori; o di contratti di acquisto delle relative aree, ovvero di provvedimenti di acquisizione ex art. 42 bis, t.u. n. 327 del 2001. La PA. in sostanza ha perciò due sole alternative: o restituisce i terreni ai titolari, demolendo quanto realizzato e disponendo la completa riduzione in pristino allo "status quo ante"; oppure si attiva per acquisire un legittimo titolo di acquisto dell'area da parte del suo legittimo proprietario (cfr. CdS IV 2.9.2011 n. 4970; CdS VI 1.12.2011 n. 6351).

Consiglio di Stato Sez. IV, 4.3.2014, n. 1000
Distanza minima tra pareti finestrate di edi-

fici prospicienti - rampa di scale - volumetria, - struttura - corpo aggettante da considerarsi ai fini del computo della distanza.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha evidenziato come un vano scale e in particolare, a maggior ragione una rampa di scala scoperta non incide sulla volumetria, trattandosi, di un volume c.d. tecnico (CdS, IV 7.8.2008 n.3381), ma altre conseguenze può avere la stessa struttura sul diverso versante della normativa dettata per le distanze dai confini. Invero, nel calcolo della distanza minima fra costruzioni posta dall'art.873 c.c. o da norme regolamentari di esso integrative (come nel caso di specie) deve tenersi conto anche delle strutture accessorie di un fabbricato come la scala esterna in muratura anche scoperta, se ed in quanto presenta connotati di consistenza e stabilità (Cass. civile Sez. II 30.1.2007 n.1966; TAR Basilicata 19.9.2013 n.574). A deporre nel senso della computabilità del manufatto in parola nella misurazione delle distanze dai confini, induce la non irrilevante considerazione sulle finalità sottese al rispetto della normativa sui distacchi dal confine e in generale delle disposizioni, di tipo inderogabile recate dal d.m. n.1444 del 1968, volte, com'è noto, ad assicurare le necessarie condizioni di salubrità sotto il profilo igienico- sanitarie, mediante l'eliminazione di perniciose intercapedini. A fronte, perciò, del contenuto "pubblicistico" della disciplina all'uopo dettata e del carattere inderogabile della stessa, deve ritenersi non tollerabile la presenza di una parte sia pure di modesta entità di un opus edilizio che va ad insistere in maniera permanente su uno spazio territoriale che deve libero da qualsiasi ingombro. A diversa conclusione invece si deve pervenire in ordine alla questione dei balconi., senza che per il vero si possa accedere alla tesi pure propugnata dagli appellanti dell'assimilabilità e/o equiparabilità tra la scala scoperta e i balconi in questione in quanto tra le due " strutture" vi è diversità di tipologia e di consistenza e, conseguentemente, diversi sono gli effetti derivanti dalla loro presenza in ordine al rispetto del parametro edilizio in discussione. In realtà l'esclusione dei balconi dal computo delle distanze , nella specie deve avvenire in ragione di un criterio interpretativo sottolineato da un preciso orientamento giurisprudenziale secondo cui il balcone aggettante può essere ricompreso nel computo della distanza dal confine solo nel caso in cui una

norma di piano lo preveda espressamente e tale ultima circostanza nella specie non è rinvenibile, posto che le NTA di Piano del Comune di Cellamare non lo prevede. Va peraltro pure dato atto che nella vicenda all'esame non si rinvenivano elementi tali da far ritenere che la maggiore profondità dei balconi sia idonea ad evidenziare una sorta di ampliamento della consistenza del fabbricato, giacchè se si versasse in tale ultima ipotesi, sicuramente le sporgenze andrebbero computate ai fini del rispetto delle distanze (CdS, IV, 17.5.2012 n.2847). Con colgono nel segno , infine, le critiche formulate da parte appellante alla statuizione del primo giudice circa la sussistenza del vizio di violazione delle disposizioni recate dal d.m. n.1444/1968 in ordine alla distanza minima da osservarsi tra pareti finestrate di edifici prospicienti. Invero, rilevato che la scala costituisce, come già sopra evidenziato, struttura o corpo aggettante da considerarsi ai fini del computo della distanza , quest'ultima con riferimento al parametro edilizio posto dalla norma di cui all'art. 9 del citato Decreto risulta inferiore ai previsti 10 metri, limite minimo da ritenersi inderogabile, fermo restando che la disposizione statale in rassegna si rivela sovraindicata ad altra norma regolamentare locale che fissi una diversa, minore distanza (ex multis, CdS Sez. IV 17.5.2012 n. 2847).

Consiglio di Stato Sez. IV, 4.2.2014, n. 493

Opere pubbliche - non menzionate nel programma triennale - realizzazione sulla base di un autonomo piano di finanziamento.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato ribadisce nella sentenza in esame l'insegnamento consolidato della ante vigente giurisprudenza – di inalterata validità- per cui "il difetto di inserimento dell'opera nel programma triennale non rende illegittima la sua realizzazione nel caso in cui sia finanziata attraverso fondi differenti rispetto a quelli contemplati in ambito di redazione del programma stesso, in quanto in base all'art. 14 n. 9, l. n. 109 dell'11.2.1994, sost. dall'art. 4, L. n. 413 del 1998, le opere pubbliche, non inserite nel programma triennale , possono essere realizzate sulla base di un autonomo piano di finanziamento che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco" (TAR Toscana, Fi, III, 16.4.2004, n. 1162). Ciò implica che l'opera, ovviamente ed a fortiori, sia progettabile ma



soprattutto che affermazione della doverosità della “ricerca “ del piano finanziario autonomo antecedentemente alla emissione dichiarazione di pubblica utilità costituisca affermazione frutto di un evidente errore: la sentenza è in parte qua immune da censure.

Consiglio di Stato Sez. VI, 9.1.2014, n. 32

Concessioni demaniali - tutela indiretta del procedimento di immodificabilità dei luoghi disposta in applicazione dell'art. 46 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Nel giudizio in esame l'appellante, tra l'altro, impugna la sentenza di primo grado che ha respinto il secondo motivo di ricorso, fondato sulla non operatività dell'art. 46 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che collega alla comunicazione d'avvio del procedimento di vincolo, ai soli fini cautelari, la temporanea immodificabilità degli immobili interessati dal procedimento. L'appellante assume che, trattandosi della posa di pontili galleggianti amovibili, la Soprintendenza non aveva ragione di impedirla (sia pure ai fini cautelari), e che questa misura cautelare era sproporzionata e non adeguata, se collegata al semplice avviodel procedimento di vincolo. Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondata la censura in quanto, avuto riguardo alle consistenti dimensioni dello specchio acqueo oggetto di concessione demaniale e alle non irrilevanti opere di infrastruttu-

razione (non riconducibili soltanto alla posa dei pontili galleggianti) funzionali per lo stazionamento delle unità di diporto, stima che la misura cautelare delle immodificabilità dei luoghi, disposta in applicazione dell'art. 46 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, non appaia eccessiva né sproporzionata alle finalità proprie del regime vincolistico in corso di adozione. L'effetto ex lege della comunicazione, infatti, è quello (art. 46, comma 4) della “temporanea immodificabilità dell'immobile limitatamente agli aspetti cui si riferiscono le prescrizioni contenute nella comunicazione stessa”; si tratta di un effetto proprio dell'avvio di questo particolare procedimento per la tutela indiretta, che è voluto dalla legge e che comunque, precisa il Collegio nella specie, è ben ragionevole, tenuto conto della esigenze di salvaguardare, nelle more, le visuali (da mare e da terra) del muro borbonico e di Castel dell'Ovo (oggetto entrambi di tutela diretta), che sarebbero state compromesse, sia dall'apposizione dei pontili galleggianti sia soprattutto dagli altri interventi connessi alla gestione dei pontili medesimi (ivi compreso il conseguente stazionamento di flottiglia da diporto). Da questo consegue ad avviso del Collegio che è ragionevole e non sproporzionata la prescrizione precauzionale di non attivare l'esercizio della concessione imposta dalla Soprintendenza con il suindicato atto in primo grado gravato.

«.....GA.....»

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

TRUFFE COMUNITARIE: GLI ORGANISMI NAZIONALI DEVONO ASSICURARE IL CORRETTO UTILIZZO DELLE PROVVIDENZE EROGATE PER CONTO DELLA COMUNITÀ EUROPEA, PROCEDENDO, IN CASO DI ACCERTATA VIOLAZIONE, ALLA REVOCA DEL CONTRIBUTO E AL RECUPERO DELLE SOMME

La fattispecie giunta all'attenzione del Consiglio di Stato ha ad oggetto la decadenza e il recupero di circa 25.000,00 euro erogati, indebitamente, dalla Regione Marche, a titolo di contributo per il sostegno di zone svantaggiate in attuazione di specifico regolamento comunitario. Gli organismi nazionali sono tenuti ad assicurare il corretto utilizzo delle provvidenze erogate per conto della Comunità europea, procedendo, in caso di accertata violazione, alla revoca del contributo e al recupero delle somme (cfr. CdS., VI n. 5765/2008; Corte di Giustizia U.E. C-613/11 del 21.3.2013). Ne deriva che la normativa e le disposizioni attuative, per le finalità perseguite volte anche a evitare le cd. truffe comunitarie, debbono, per intuibili motivi, essere interpretate e applicate nel modo più restrittivo e rigoroso, e prevedono forme di vigilanza e doverosi controlli a tutela dell'erario e degli altri concorrenti e, è bene ricordare, della assoluta regolarità dell'erogazione del contributo di origine comunitaria (cfr. III n. 3115/2013) (Consiglio di Stato Sez.III, 3.3.2014, n. 955).

«..... GA»

MARO' GIUDICATI CON LEGGE ANTIPIRATERIA, ITALIA PRONTA A REAGIRE

Il capo d'imputazione presentato oggi in India dall'Attorney General, che prevede di giudicare il caso dei due fucilieri di marina italiani sulla base della legge antipirateria (SUA) è assolutamente sproporzionato e incomprendibile: assimila l'incidente a un atto di terrorismo. L'Italia non è un Paese terrorista. Qualora fosse convalidata dalla Corte Suprema, questa tesi sarebbe assolutamente inaccettabile. Si tratterebbe di una decisione lesiva della dignità dell'Italia quale Stato sovrano, di cui i due Fucilieri della Marina sono organi impegnati nel contrasto alla pirateria conformemente alla legislazione italiana, al diritto internazionale e alle decisioni rilevanti del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Si tratterebbe di un esito di estrema gravità, sconcertante e contraddittorio. Esso comporterebbe conseguenze negative nelle relazioni con l'Italia e con l'Unione Europea, con ripercussioni altrettanto negative anche sulla lotta globale contro la pirateria. Il Governo italiano chiede che la Corte Suprema, nella propria seduta del 18 febbraio prossimo, decida di portare il caso nella sua corretta dimensione, in ottemperanza con la sentenza del 18.1.2013 della stessa Corte che ha escluso la SUA tra le normative di riferimento ammesse per questo giudizio. Alla luce della decisione della Corte Suprema, il Governo si riserva di assumere ogni iniziativa. Dopo due



anni senza un capo d'accusa, non intendiamo recedere dal nostro obiettivo di riportare quanto prima a casa Salvatore Girone e Mas-

similiano Latorre e di vedere riconosciuti la loro dignità ed i loro diritti. (Presidenza del Consiglio dei Ministri del 10.2.2014).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

CORRUZIONE E FINANZIAMENTO ILLECITO DEI PARTITI NELLE CAMPAGNE ELETTORALI IN ITALIA: LE REGOLE EUROPEE

del Prof. Vincenzo Musacchio

Le regole europee in tema di corruzione e finanziamento illecito dei partiti.

European rules on corruption and illegal financing of political parties.

Sommario: 1. Premessa. 2. Fonti esterne di finanziamento ai partiti politici. 3. Fonti di finanziamento per i candidati alle elezioni e per gli eletti. 4. Controlli e sanzioni. 5. Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione sull'Italia. 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il Comitato dei Ministri, ai sensi dell'articolo 15 dello Statuto del Consiglio d'Europa ha espressamente raccomandato ai Governi degli Stati membri di adottare nei loro ordinamenti giuridici nazionali, regole contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali, sulla base di regole comuni, nella misura in cui delle leggi e delle procedure efficaci e funzionanti non siano già state messe in atto.

Si è incaricato il "Gruppo di Stati contro la corruzione" (GRECO) di monitorare l'attuazione della presente raccomandazione.

2. Fonti esterne di finanziamento ai partiti politici.

L'aiuto pubblico può essere di natura finanziaria. Lo Stato dovrebbe fornire un sostegno secondo criteri oggettivi, in modo equo e ragionevole. Gli Stati dovrebbero garantire che qualsiasi sostegno statale o dei cittadini, non possa influire sull'indipendenza dei partiti politici.

Nel concetto di donazione vi rientra qualsiasi atto volontario in base al quale si concede un vantaggio di natura economica o di altro tipo ad un partito politico. Le misure adottate dagli Stati che regolano le donazioni a

partiti politici dovrebbero prevedere norme specifiche: per evitare conflitti di interesse; per garantire la trasparenza delle donazioni ed evitare donazioni segrete; per non ostacolare l'attività dei partiti politici; per garantire l'indipendenza dei partiti politici.

Gli Stati dovrebbero: stabilire che le donazioni a partiti politici, specialmente quelli superiori ad un massimale stabilito, siano rese pubbliche; esaminare la possibilità di introdurre norme che limitano il valore delle donazioni ai partiti politici; adottare misure per impedire l'elusione dei limiti stabiliti.

La legislazione fiscale può permettere la deducibilità fiscale delle donazioni ai partiti politici. La deducibilità fiscale dovrebbe essere limitata.

Oltre ai principi generali sulle donazioni, gli Stati dovranno prevedere: che le donazioni da parte delle persone giuridiche ai partiti politici appaiano nella contabilità delle società; che gli azionisti o qualsiasi singolo membro della società siano messi a conoscenza della donazione.

Gli Stati dovrebbero prendere misure volte a limitare, interdire o regolamentare in modo rigido le donazioni ai partiti provenienti da persone giuridiche che forniscono beni o servizi alla pubblica amministrazione.

Gli Stati dovrebbero vietare alle persone giuridiche controllate dallo Stato o da altri enti pubblici di fare donazioni ai partiti politici.

Le norme che disciplinano le donazioni ai partiti politici, ad eccezione di quelle relative alle detrazioni fiscali, dovrebbero applicarsi anche a tutte le entità correlate, direttamente o indirettamente, ad un partito politico, o che si trovano in qualche modo sotto il controllo di un partito politico.

Gli Stati dovrebbero limitare, vietare o regolare in modo specifico le donazioni provenienti da fonti estere.

3. Fonti di finanziamento per i candidati alle elezioni e per gli eletti.

Le norme relative al finanziamento dei partiti politici si applicano, *mutatis mutandis*: al finanziamento delle campagne elettorali dei candidati alle elezioni; al finanziamento delle attività politiche degli eletti.

Gli Stati dovrebbero esaminare la possibilità di adottare misure per prevenire eccessive esigenze di finanziamento da parte dei partiti politici, come la previsione di limiti di spesa per le campagne.

Gli Stati dovrebbero richiedere la registrazione di tutte le spese, dirette o indirette, effettuate nel quadro delle campagne elettorali di ciascun partito, di ogni lista di candidati e per ogni singolo candidato.

Gli Stati dovrebbero richiedere ai partiti politici ed alle entità collegate con i partiti di cui all'articolo 6 di tenere una contabilità completa ed adeguata. I conti dei partiti politici dovrebbe essere consolidati in modo da includere, se del caso, i conti degli enti di cui all'articolo 6. Nel caso di donazioni che superino un certo importo, il donatore deve essere identificato nei registri.

Gli Stati dovrebbero richiedere ai partiti politici di presentare i conti di cui all'articolo 11, regolarmente, almeno una volta all'anno, all'autorità indipendente di cui all'articolo 14.

Gli Stati dovrebbero esigere che siano resi pubblici regolarmente, almeno una volta l'anno, i conti dei partiti politici menzionati nell'art. 11, quanto meno un riassunto di questi conti comprendete le informazioni richieste dall'articolo 10 e, se del caso, dall'art.12.

4. Controlli e sanzioni.

Il sistema di controllo indipendente dovrebbe comportare la verifica dei conti dei partiti politici e delle spese delle campagne elettorali, nonché la loro presentazione e pubblicazione.

Gli Stati dovrebbero promuovere la specializzazione del personale giudiziario, di polizia ed altri corpi in materia di lotta contro il finanziamento illegale dei partiti politici e delle campagne elettorali.

Gli Stati dovrebbero esigere che la violazione delle regole relative al finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali fosse oggetto di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

5. Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione sull'Italia.

Il rapporto si compone di una parte generale, dedicata allo studio del fenomeno criminale e dei mezzi adottati per contrastarlo all'interno dell'Unione europea nel suo complesso, e di singoli capitoli dedicati ad ogni Stato membro.

Nonostante auspichi un miglioramento della situazione italiana dopo i recenti interventi di riforma, la Relazione evidenzia alcuni dati a dir poco sconcertanti, che si vanno di seguito a riassumere: 1) il 97% degli italiani ritiene che la corruzione sia un fenomeno dilagante in Italia (contro una media Ue del 76%); 2) il 42% degli italiani afferma di subire personalmente la corruzione nel quotidiano (contro una media Ue del 26%); 3) l'88% degli italiani ritiene che la corruzione e le raccomandazioni siano spesso il modo più semplice per accedere a determinati servizi pubblici (contro una media UE del 73%); 4) il 92% delle imprese italiane ritiene che favoritismi e corruzione impediscano la concorrenza commerciale in Italia (contro una media Ue del 73%); 5) il 90% delle imprese italiane pensa che la corruzione e le raccomandazioni siano spesso il modo più facile per accedere a determinati servizi pubblici (contro una media Ue del 69%); 6) il 70% degli italiani giudica la corruzione un fenomeno diffuso negli appalti pubblici gestiti dalle autorità nazionali (contro una media Ue del 56%); 7) il 69%

degli italiani giudica la corruzione un fenomeno diffuso negli appalti gestiti dagli enti locali (contro la media Ue del 60%); 8) i costi totali diretti della corruzione in Italia ammontano a 60 miliardi di euro l'anno (pari a circa il 4% del PIL), cioè la metà del costo complessivo della corruzione in tutta l'economia europea (costo stimato in 120 miliardi di euro l'anno); 10) nel 2012 sono state avviate indagini penali e ordinanze di custodia cautelare nei confronti di esponenti politici regionali in circa la metà delle venti regioni italiane; 11) più di 30 parlamentari della precedente legislatura sono stati o sono attualmente indagati per reati collegati alla corruzione o al finanziamento illecito ai partiti; 12) l'alta velocità in Italia è costata 47,3 milioni di euro al chilometro nel tratto Roma-Napoli, 74 milioni di euro tra Torino e Novara, 79,5 milioni di euro tra Novara e Milano e 96,4 milioni di euro tra Bologna e Firenze, contro gli appena 10,2 milioni di euro al chilometro della Parigi-Lione, i 9,8 milioni di euro della Madrid-Siviglia e i 9,3 milioni di euro della Tokyo-Osaka. In totale il costo medio dell'alta velocità in Italia è stimato a 61 milioni di euro al chilometro.

La Relazione della Commissione va ad affiancare numerosi altri rapporti di organizzazioni internazionali (OCSE, GRECO, UE) che si sono susseguiti negli ultimi anni nell'opera di monitoraggio del fenomeno corruttivo in Italia e dei rimedi adottati per contrastarlo. Per la prima volta, però, un'organizzazione internazionale è chiamata a valutare il quadro italiano successivamente alle riforme che si sono succedute tra le fine del 2012 e l'inizio del 2013.

Il riferimento è, ovviamente, in primo luogo alla l. 6.11.2012, n. 190 *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*; ma sono considerati anche il d.lgs. 31.12.2012, n. 235 (sull'incandidabilità e il divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a livello centrale e regionale in seguito a condanne definitive per reati di corruzione o altri reati contro la pubblica amministrazione), il d. lgs. 14.3.2013, n. 33 (sugli obblighi di trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni) e il d.lgs. 8.4.2013, n. 39 (sull'inconferibilità e

l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni in seguito a condanne definitive o non definitive per i reati contro la pubblica amministrazione e gli enti privati in controllo pubblico).

La valutazione complessiva della Commissione sui recenti interventi di riforma non è pienamente positiva. Anche se alcuni interventi hanno infatti consentito all'Italia di fare *"un piccolo passo avanti" dopo che per anni sono stati "più volte ostacolati i tentativi di definire un quadro giuridico in grado di garantire l'efficacia dei processi e la loro conclusione"*.

La Relazione si riferisce alle varie leggi *ad personam* (proposte o approvate) a favore di politici imputati in procedimenti penali, anche per reati di corruzione: ne è un esempio il progetto di legge sulla *"prescrizione breve"* (il cui iter parlamentare si è interrotto nell'ottobre 2011) che comportava l'elevato rischio di vedere estinguere i procedimenti a carico di indagati incensurati; un altro esempio è il *"lodo Alfano"* (dichiarato incostituzionale) che imponeva, per le quattro più alte cariche dello Stato, la sospensione dei processi relativi a fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione e dei processi penali in corso; un ulteriore esempio è la legge del 2010 (dichiarata incostituzionale) sul *"legittimo impedimento"* a comparire in udienza per il Presidente del Consiglio dei Ministri e i Ministri della Repubblica italiana; altri esempi consistono, infine, nella depenalizzazione nel 2002 di determinati reati, come alcune forme di falso in bilancio.

La Relazione evidenzia l'esistenza di alcune criticità nel sistema italiano, concentrando l'attenzione soprattutto sul versante della prevenzione del fenomeno corruttivo. Secondo la Commissione europea, responsabilizzando pubblici ufficiali e classe politica, si riuscirebbe a completare il percorso già intrapreso dalla l. 190/2012 di riequilibrio dell'onere della lotta anticorruzione, che attualmente grava quasi esclusivamente sulle forze dell'ordine e sulla magistratura (oltre che sulla Corte dei Conti). La Relazione sottolinea quindi la necessità di rafforzare la tutela del dipendente (pubblico, ma anche privato) che segnali illeciti (c.d. *"whistleblowing"*), di garantire la

trasparenza delle attività di lobbismo, di assicurare la libertà di stampa, di estendere i poteri e sviluppare le capacità dell'autorità nazionale anticorruzione (CIVIT), di rendere più rigorosa la normativa in materia di finanziamento dei partiti politici, di rendere meno controversa la normativa in materia di conflitto di interessi e di dichiarazioni patrimoniali dei soggetti titolari di cariche elettive e di governo, di rendere più trasparenti le procedure relative agli appalti pubblici, di rafforzare il regime di integrità per le cariche elettive e di governo nazionali, regionali e locali, anche con codici di comportamento completi.

Vi sono anche i rilievi di carattere penalistico. Il giudizio sulla l. 190/2012, complessivamente positivo, viene però inficiato da una serie di problemi che sono rimasti irrisolti. In particolare, la riforma non ha modificato la normativa penale in materia di falso in bilancio, così come non ha introdotto la possibilità di reprimere né il c.d. "autoriciclaggio", né il voto di scambio.

Il nuovo testo, inoltre, ha frammentato le norme incriminatrici della concussione e della corruzione (e, soprattutto, ha affiancato alla fattispecie della concussione di cui all'art. 317 c.p. quella della induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 *quater* c.p.), rischiando di lasciare spazio ad ambiguità qualificatorie ed applicative.

Viene anche riferito un dato criminologico interessante, relativo ai rapporti fra corruzione e criminalità organizzata: è la corruzione diffusa nella sfera sociale, economica e politica ad attrarre i gruppi criminali organizzati e non già la criminalità organizzata a causare la corruzione. Particolarmente serio è il problema della prescrizione. In Italia i procedimenti penali estinti per decorso dei termini di prescrizione sono stati circa l'11,4% nel 2007 ed il 10,16% nel 2008 (contro una media Ue che va dallo 0,1 al 2%).

La l. n. 190/2012 ha lasciato invariata la disciplina sulla prescrizione. La riforma ha, da un lato, aumentato la pena massima per alcuni reati, prorogando così di fatto i termini di prescrizione, ma, dall'altro, ha previsto sanzioni minori per nuove fattispecie di reato, come per la induzione indebita a dare o promettere utilità (ritenuta dagli operatori più

frequente di quella classica per costrizione, oggi punita dall'art. 317 c.p.), abbreviando così i termini di prescrizione. Occorre inoltre tener presente che le nuove norme penali più favorevoli, cioè quelle che abbreviano i termini di prescrizione, si applicano anche ai procedimenti in corso.

In conclusione, secondo la Commissione, inasprire le sanzioni per determinati reati di corruzione non è di per sé una soluzione idonea, essendo invece necessaria una più generale rivisitazione dell'istituto della prescrizione. Insufficienti risultano anche gli interventi di riforma in materia di corruzione nel settore privato, risultando l'attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI ancora deficitaria. Le nuove disposizioni, contenute nel codice civile, non definiscono in modo sufficientemente ampio le cariche dirigenziali che possono far sorgere la responsabilità dell'impresa per reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza.

Il regime sanzionatorio applicabile alle persone giuridiche non sembra essere sufficientemente dissuasivo. Le attuali disposizioni sulla corruzione tra privati sono quindi troppo limitate e restringono il campo di applicazione alle categorie di dirigenti del settore privato cui il reato è imputabile.

I procedimenti sono peraltro su querela della persona offesa e non *ex officio*, salvo che derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Infine, sono auspicati miglioramenti normativi anche nel settore della contabilità delle imprese.

6. Conclusioni.

Cosa occorrerebbe fare nell'immediatezza? In primis rafforzare il regime di integrità per le cariche elettive e di governo nazionali, regionali e locali, anche con codici di comportamento completi, strumenti adeguati di rendicontazione e sanzioni dissuasive in caso di violazione.

Poi, vagliare l'opportunità di spronare i partiti politici ad adottare codici di comportamento e di promuovere patti deontologici tra partiti e gruppi politici.

Bloccare l'adozione delle leggi *ad personam*. Rafforzare il quadro giuridico e attuati-

vo sul finanziamento ai partiti politici, soprattutto per quanto riguarda le donazioni, il consolidamento dei conti, il coordinamento e adeguati poteri di controllo sul finanziamento dei partiti e l'applicazione di sanzioni dissuasive.

Colmare le lacune della disciplina della prescrizione, come richiesto dalle raccomandazioni rivolte all'Italia a luglio 2013 nel quadro del semestre europeo, vagliando la modifica della normativa sulla decorrenza dei termini di prescrizione (anche escludendo le istanze d'appello dai termini di prescrizione) e l'adozione di norme più flessibili sulla sospensione e sull'interruzione. Valutare il rischio di prescrizione per i procedimenti in corso per reati di corruzione e dare priorità ai procedimenti che presentano tale rischio.

Estendere i poteri e sviluppare la capacità dell'autorità nazionale anticorruzione in modo che possa reggere saldamente le redini del coordinamento e svolgere funzioni ispettive e di supervisione efficaci, anche in ambito regionale e locale. Garantire un quadro uniforme per i controlli interni e affidare la revisione contabile della spesa pubblica a controllori esterni indipendenti a livello regionale e locale, soprattutto in materia di appalti pubblici.

Garantire un sistema uniforme, indipen-

dente e sistematico di verifica del conflitto di interessi e delle dichiarazioni patrimoniali dei pubblici ufficiali, con relative sanzioni deterrenti e rendere più trasparenti gli appalti pubblici, prima e dopo l'aggiudicazione, come richiesto dalle raccomandazioni rivolte all'Italia a luglio 2013 nel quadro del semestre europeo.

Questo obiettivo potrebbe essere raggiunto ponendo l'obbligo per tutte le strutture amministrative di pubblicare online i conti e i bilanci annuali, insieme alla ripartizione dei costi per i contratti pubblici di opere, forniture e servizi, in linea con la normativa anticorruzione. Considerare di conferire alla Corte dei Conti il potere di effettuare controlli senza preavviso. Garantire il pieno recepimento ed attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato. Vagliare la messa a punto di dispositivi preventivi e di monitoraggio della corruzione per le imprese che operano in settori, come la difesa e l'energia, in cui casi di corruzione transnazionale su larga scala hanno evidenziato l'esposizione al fenomeno.

Ecco cominciando a fare questo si potrebbe iniziare una seria lotta alla corruzione in Italia.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. VI, 9.1.2014, n. 21
Ingegneri ed Architetti: per il Consiglio di Stato non sussiste alcuna ‘discriminazione alla rovescia’ in danno degli ingegneri civili italiani rispetto agli Ingegneri di altri Paesi dell’Unione europea in relazione alle opere di edilizia civile che l’architetto può esercitare sui beni di interesse storico e artistico.

La vicenda giunta all’attenzione del Consiglio di Stato riguarda due ricorsi aventi ad oggetto controversie insorte in ordine alla legittimità di determinazioni amministrative consistite essenzialmente nell’escludere professionisti italiani appartenenti alla categoria degli ingegneri dal conferimento in Italia di incarichi afferenti la direzione di lavori da eseguirsi su immobili di interesse storico-artistico. In particolare, nel primo ricorso viene in rilievo il diniego implicito adottato dalla Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici di Verona in ordine alla comunicazione di subentro di un ingegnere nell’incarico di direttore dei lavori relativi alla concessione edilizia rilasciata dal Comune di San Martino Buon Albergo (Verona) per la realizzazione di lavori su un immobile di interesse storico-artistico e in quanto tale sottoposto al vincolo di tutela ai sensi del d. lgs. 29.10.1999, n. 490 (‘Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell’articolo 1 della l. 8.10.1997, n. 352’ – in seguito: d. lgs. 22.1.2004, n. 42). Il provvedimento è stato adottato sull’assunto che l’attività professionale in oggetto debba ritenersi inibita agli ingegneri, essendo riservata agli architetti, ai sensi dell’art. 52, secondo comma, del r.d. n. 2537 del 23.10.1925 (recante il regolamento per le professioni di ingegnere e di architetto). L’ingegnere..., unitamente all’Ordine degli ingegneri di Verona, ha impugnato il provvedimento negativo, deducendo in via principale la sua illegittimità per contrasto con la direttiva del Consiglio CE 10.6.1985 n. 384 (cui l’Italia ha dato esecuzione con il d. lgs. 27.1.1992 n. 129) nella parte in cui la stessa, con il proposito di uniformare in ambito europeo le condizioni minime di formazione di co-

loro che operano nel settore dell’architettura, avrebbe sostanzialmente parificato i titoli di laurea in ingegneria ed in architettura, ricorrendo alcune condizioni minime in relazione ai percorsi formativi dei distinti corsi di laurea ovvero - a titolo transitorio - in relazione ad alcuni titoli rilasciati fino ad una certa data da istituzioni europee di formazione tassativamente indicate. Da tanto i ricorrenti hanno tratto la conclusione secondo cui ogni discriminazione tra le due categorie professionali sarebbe illegittima alla luce del diritto comunitario e dei principi dallo stesso desumibili. Il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, investito della decisione sul ricorso, ha ritenuto prioritario rimettere alla Corte di Giustizia la questione interpretativa in relazione al contenuto degli artt. 10 e 11 della dir. n. 85/384/CE, richiedendo in particolare se le predette disposizioni comunitarie impongano ad uno Stato membro di non escludere dall’accesso alle prestazioni dell’architetto i propri laureati in ingegneria civile che abbiano seguito un percorso didattico conforme alle prescrizioni di cui agli artt. 3 e 4 della direttiva stessa o che comunque versino nelle condizioni per l’automatico riconoscimento del titolo in base al regime transitorio previsto dalla stessa direttiva. Con ordinanza 5.4.2004 (resa nel procedimento C-3/02) la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione statuendo che la direttiva n. 85/384/CE non incide sul regime giuridico di accesso alla professione di architetto vigente in Italia ma ha ad oggetto soltanto il reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, dei certificati e degli altri titoli rispondenti a determinati requisiti qualitativi e quantitativi in materia di formazione, allo scopo di agevolare l’esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per le attività del settore dell’architettura. Ha altresì precisato la Corte che ove, in applicazione della richiamata normativa comunitaria, dovesse porsi all’interno dell’ordinamento giuridico italiano un problema di discriminazione in danno della sola categoria degli ingegneri italiani, esclusi da attività

riservate agli architetti, cui invece hanno accesso i professionisti migranti di altri Stati membri in virtù delle disposizioni della ricordata direttiva, si potrebbe porre un problema di discriminazione alla rovescia in danno dei soli cittadini: ma anche tale questione sarebbe da risolvere ad opera del giudice nazionale in quanto giuridicamente non rilevante per il diritto dell'Unione europea. A seguito di tale decisione i Giudici di primo grado hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale dell'art. 52, secondo comma, del R.D. n. 2537 del 23.10.1925, ravvisando nella disposizione che riserva ai soli architetti (e non anche agli ingegneri civili) gli interventi professionali sugli immobili di pregio storico-artistico un possibile contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione italiana. Tuttavia la Corte costituzionale, con ordinanza 16-19.4.2007, n. 130, ha dichiarato la manifesta inammissibilità, stante la natura regolamentare e non legislativa delle disposizioni censurate, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 52, co. 2, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione. Infine, con sentenza 15.11.2007 n. 3630, il Tar del Veneto ha accolto il ricorso di primo grado, previa disapplicazione per quanto di interesse dell'art. 52 del r.d. n. 2537 del 1925, sull'assunto della impossibilità di configurare, alla stregua dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione desumibili anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, effetti discriminatori tra professionisti migranti da Paesi membri diversi dall'Italia e professionisti nazionali. Tale sentenza ha formato oggetto di ricorso in appello dinanzi a questo Consiglio di Stato da parte del Ministero per i beni e le attività culturali (ricorso n. 6736/2007). Nel ricorso in appello n. 2527 del 2009, a formare oggetto della impugnazione di primo grado è invece un bando di gara redatto dall'IRE – Istituzioni di Ricovero e di Educazione Venezia - per l'affidamento del servizio di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di restauro e recupero funzionale di Palazzo Contarini del Bovolo in Venezia, immobile di rilevante interesse culturale e come tale sottoposto a vincolo di tutela. Gli ordini provinciali veneti degli ingegneri, in epigrafe meglio indicati, hanno impugnato in pri-

mo grado il bando di gara, unitamente agli atti di aggiudicazione della stessa, nelle parti in cui con quell'atto la stazione appaltante riservava le attività professionali oggetto di affidamento ai soli architetti e non anche agli ingegneri. I motivi di ricorso sono stati proposti anzitutto sul rilievo della estraneità delle attività oggetto di affidamento da quelle riservate agli architetti in base all'art. 52, co. 2, del R.D. n. 2537 del 1925 e, in ogni caso, sul carattere ingiustificatamente discriminatorio di tale ultima disposizione, alla luce dei principi desumibili dalla direttiva n. 85/384/CE e dalla normativa italiana di trasposizione della stessa (d.lgs. 27.1.1992 n. 129). Con sentenza n. 3651 del 25.11.2008 il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto ha respinto il ricorso, pervenendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle rassegnate nella dianzi richiamata sentenza n. 3630 del 15.11.2007, anch'essa qui oggetto di impugnazione. Aderendo alla impostazione contenuta nella decisione di questo Consiglio di Stato n. 5239 del 2006 e richiamando il contenuto della ordinanza della Corte di Giustizia del 5.4.2004 (resa nell'ambito del ricorso di primo grado RG n. 1994/01), il TAR del Veneto ha evidenziato che la lettura interpretativa del giudice comunitario muove dal presupposto che la direttiva n. 384/85/CE si riferisca al mutuo riconoscimento dei corsi di formazione e non riguardi le condizioni d'accesso alle distinte professioni; di guisa che non implica la piena equiordinazione del titolo di laurea in ingegneria a quello di architettura ai fini dell'accesso alle attività riservate agli architetti dal regio decreto n. 2537 del 1925 (art. 52). A parere del Giudici di primo grado, dunque tale ultima disposizione normativa nazionale deve ritenersi senz'altro legittima, unitamente agli atti amministrativi adottati in conformità alle sue previsioni. Anche tale sentenza ha formato oggetto di ricorso in appello dinanzi a questo Consiglio di Stato da parte degli ordini provinciali degli ingegneri, già ricorrenti in primo grado. Come in premessa già precisato, in entrambi i ricorsi in appello che vengono all'esame di questo Consiglio di Stato viene riproposta, sia pure con prospettazione asimmetrica nelle distinte controversie, in ragione delle antitetiche posizioni processuali delle parti, la questione della compatibilità comunitaria della disciplina nor-

mativa italiana che riserva ai soli architetti le prestazioni principali sugli immobili di interesse culturale (art. 52 del R.D. del 22.10.1925 n. 2537). Nel ricorso in appello RG n.6736/08, in particolare, è il Ministero dei beni e le attività culturali a censurare la sentenza di accoglimento del T.A.R. del Veneto, rilevando che dalla stessa ordinanza della Corte di Giustizia 5.4.2004 si ricaverebbe il principio secondo cui la diversificazione normativa nell'accesso ad alcune prestazioni particolari dell'architettura, oltre che essere una esclusiva prerogativa statutale, come tale estranea alla sfera di intervento del diritto comunitario, rappresenterebbe anche una soluzione coerente con la diversità dei percorsi formativi degli ingegneri e degli architetti. In ogni caso, poiché anche agli ingegneri italiani non sarebbe inibito l'accesso all'esame di abilitazione per il conseguimento del titolo professionale di architetto, e considerato che la normativa comunitaria si occupa del mutuo riconoscimento dei titoli di studio ma non delle condizioni di accesso alla professione, a parere del Ministero appellante la normativa italiana oggetto di causa (articolo 52 cit.) non arrecherebbe alcun vulnus al principio della parità di trattamento, essendo giustificata la distinzione tra le due categorie di professionisti ai fini dell'accesso a talune prestazioni sugli immobili di interesse culturale ed essendo in ogni caso tale normativa indistintamente applicabile ai cittadini italiani ed ai professionisti migranti di altri Paesi membri. Nel ricorso in appello RG n. 2527/09 sono gli ordini provinciali degli ingegneri del Veneto a censurare la sentenza di rigetto di primo grado ed a riproporre, sia pure in via subordinata, la stessa questione afferente la illegittimità de iure comunitario dell'art. 52 del R.D. 22.10.1925 n. 2537, sostenendosi in via principale l'affidabilità (anche) agli ingegneri dell'incarico oggetto d'appalto, in ragione della natura delle attività oggetto di gara, in tesi estranee al campo applicativo delle prestazioni riservate agli architetti secondo la richiamata disposizione di diritto interno. Con la richiamata ordinanza 27 gennaio 2012, n. 386 questo Consiglio ha ritenuto che, al fine della definizione della controversia, fosse necessario investire la Corte di giustizia dell'UE di due quesiti pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 del

TFUE. Il Collegio rimettente, ha quindi formulato i seguenti quesiti: a) se la direttiva comunitaria n. 85/384/CE, nella parte in cui ammette (artt. 10 e 11), in via transitoria, all'esercizio delle attività nel settore dell'architettura i soggetti migranti muniti dei titoli specificamente indicati, non osta a che in Italia sia ritenuta legittima una prassi amministrativa, avente come base giuridica l'art.52, comma secondo, parte prima del r.d. n. 2537 del 1925, che riservi specificamente taluni interventi sugli immobili di interesse artistico soltanto ai candidati muniti del titolo di "architetto" ovvero ai candidati che dimostrino di possedere particolari requisiti curriculari, specifici nel settore dei beni culturali e aggiuntivi rispetto a quelli genericamente abilitanti l'accesso alle attività rientranti nell'architettura ai sensi della citata direttiva; b) se in particolare tale prassi può consistere nel sottoporre anche i professionisti provenienti da Paesi membri diversi dall'Italia, ancorché muniti di titolo astrattamente idoneo all'esercizio delle attività rientranti nel settore dell'architettura, alla specifica verifica di idoneità professionale (ciò che avviene anche per i professionisti italiani in sede di esame di abilitazione alla professione di architetto) ai limitati fini dell'accesso alle attività professionali contemplate nell'art. 52, co. 2, prima parte del R.D. n 2357 del 1925. La Corte di giustizia ha definito il ricorso per rinvio pregiudiziale con la sentenza della Quinta Sezione 21.2.2013 (in causa C-111/12). Con tale decisione, in particolare, la Corte ha statuito che gli artt. 10 e 11 della direttiva 85/384/CEE del Consiglio, del 10.6.1985, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale secondo cui persone in possesso di un titolo rilasciato da uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante - titolo abilitante all'esercizio di attività nel settore dell'architettura ed espressamente menzionato al citato articolo 11 - possono svolgere, in quest'ultimo Stato, attività riguardanti immobili di interesse artistico solamente qualora dimostrino, eventualmente nell'ambito di una specifica verifica della loro

idoneità professionale, di possedere particolari qualifiche nel settore dei beni culturali. Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali, mentre ha respinto il ricorso proposto dagli Ordini degli Ingegneri delle Province del Veneto. 4. Giova premettere che la questione della complessiva compatibilità de iure comunitario della parziale riserva di cui all'articolo 52 del R.D. 2537 del 1925 è stata scrutinata da questo Giudice di appello attraverso un filone giurisprudenziale ormai consolidato (e le cui conclusioni sono qui condivise) il quale è giunto a soluzioni sostanzialmente condivise circa l'insussistenza di profili di incompatibilità con i pertinenti dettami del diritto dell'Unione europea (ex multis: Sez. VI, 16.5.2006, n. 2776; id., VI, 11.9.2006, n. 5239; id., VI, 24.10.2006, n. 6343). Con la presente decisione, quindi, ci si domanderà in particolare se le conclusioni cui il richiamato orientamento è sino ad oggi pervenuto possano essere in qualche misura revocate in dubbio in considerazione del paventato rischio che le disposizioni di cui al richiamato art. 52 possano determinare, in danno degli Ingegneri italiani, un fenomeno di 'reverse discrimination' – o discriminazione alla rovescia – (un fenomeno, quest'ultimo, noto alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e in relazione al quale il Legislatore ha da ultimo approntato un rimedio generale di tutela preventiva attraverso l'adozione dell'art. 53 della l. 24.12.2012, n. 234 – sul punto, v. infra -). Tanto premesso sotto l'aspetto generale, si svolgeranno qui di seguito alcune considerazioni utili a delimitare il campo d'indagine della presente decisione. 4.1. Per quanto riguarda, in primo luogo, la delimitazione dell'ambito oggettivo della richiamata, parziale riserva, la giurisprudenza di questo Consiglio ha condivisibilmente osservato che, ai sensi dell'art. 52, cit., non la totalità degli interventi concernenti gli immobili di interesse storico e artistico deve essere affidata alla specifica professionalità dell'architetto, ma solo "le parti di intervento di edilizia civile che riguardino scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico", restando invece nella competenza dell'ingegnere civile la cd. parte

tecnica, ossia "le attività progettuali e di direzione dei lavori che riguardano l'edilizia civile vera e propria (...)" (in tal senso: CdS, VI, 11.9.2006, n. 5239). Il che, come è evidente, sortisce di per sé l'effetto di ridurre grandemente la portata di un eventuale effetto di 'reverse discrimination' (effetto che, comunque – e per le ragioni che nel prosieguo si esporranno – non è comunque nel caso di specie configurabile). Ed infatti, nonostante alcune enfaticizzazioni sul punto contenute nelle difese delle parti in causa, la presente controversia non coinvolge la generale questione della delimitazione oggettiva delle professioni di architetto e di ingegnere (si tratta di una questione che, allo stato attuale di evoluzione dell'ordinamento comunitario, non conosce misure di armonizzazione al livello UE, né interventi di ravvicinamento delle legislazioni), né le condizioni di accesso a tali professioni. Allo stesso modo, la presente controversia non riguarda la più o meno integrale assimilazione fra i due ambiti professionali al livello comunitario o nazionale, ma concerne (anche all'esito delle indicazioni interpretative fornite dalla Corte di giustizia) la ben più limitata questione relativa al se la previsione di cui al più volte richiamato art. 52 determini una 'discriminazione alla rovescia' in danno dell'ingegnere italiano nei confronti dell'ingegnere di un qualunque altro Paese dell'Unione europea e in relazione ad alcune soltanto delle attività che l'architetto può esercitare in relazione alle opere ed interventi che presentano rilevante carattere artistico o che riguardano beni di interesse storico e culturale (ci si riferisce alle sole opere di edilizia civile, con esclusione dell'ampio novero degli interventi inerenti la c.d. 'parte tecnica'). 4.2. Sempre con riferimento all'ambito di applicazione della parziale riserva di cui al più volte richiamato art. 52, la giurisprudenza nazionale (ancora una volta, sulla scorta dei chiarimenti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia dell'UE) ha ulteriormente chiarito che le disposizioni della direttiva 85/384/CEE (concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi e da ultimo trasfusa nel corpus della dir. 2005/37/CE) non

hanno in alcun modo comportato la piena equiparazione dei titoli di architetto e di ingegnere civile ai fini dell'esercizio delle attività professionali nel campo dell'architettura. Al riguardo, la stessa Corte di Giustizia ha chiarito che la direttiva 85/384/CEE non si propone di disciplinare le condizioni di accesso alla professione di architetto, né di definire la natura delle attività svolte da chi esercita tale professione. In particolare, dal nono "considerando" di tale direttiva risulta che il suo articolo 1, n. 2, non intende fornire una definizione giuridica delle attività del settore dell'architettura. Spetta, piuttosto, alla normativa nazionale dello Stato membro ospitante individuare le attività che ricadono in tale settore. Al contrario, la direttiva 85/384/CEE ha ad oggetto solamente il reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli rispondenti a determinati requisiti qualitativi e quantitativi minimi in materia di formazione, allo scopo di agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi per le attività del settore dell'architettura, come emerge dal secondo "considerando" della medesima direttiva. Tale direttiva prevede, inoltre, un regime transitorio diretto, in particolare, a preservare i diritti acquisiti dai possessori di titoli già rilasciati dagli Stati membri anche qualora tali titoli non soddisfino i detti requisiti minimi. Inoltre (come chiarito dalla medesima Corte di giustizia), sebbene l'art. 11, lett. g), della dir. 85/384 menzioni, per l'Italia, i diplomi di "laurea in architettura" e di "laurea in ingegneria" come titoli che beneficiano del regime transitorio previsto dall'art. 10 di tale direttiva, ciò è solo al fine di assicurare il riconoscimento di tali diplomi da parte degli altri Stati membri, e non allo scopo di armonizzare, nello Stato membro interessato, i diritti conferiti da tali diplomi per quanto riguarda l'accesso alle attività di architetto (in tal senso, l'ordinanza della Corte 5 aprile 2004 in causa C-3/02, resa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato dal TAR del Veneto nell'ambito del ricorso di primo grado n. 1994/2001 – Mosconi Alessandro e altri -). In definitiva, secondo la Corte di giustizia, la più volte richiamata direttiva non impone allo Stato membro di porre i diplomi di laurea in architettura e in ingegneria civile indicati all'articolo

11 su un piano di perfetta parità per quanto riguarda l'accesso alla professione di architetto in Italia; né tantomeno essa può essere di ostacolo ad una normativa nazionale che riservi ai soli architetti i lavori riguardanti gli immobili d'interesse storico-artistico sottoposti a vincolo (in tal senso: CdS., 5239/06, cit.). 5. La Corte di giustizia (la quale – come si è detto in precedenza – è stata adita per ben due volte nel corso della presente vicenda contenziosa ai sensi dell'art. 234 del TCE – in seguito: art. 267 del TFUE -) ha reso statuizioni che risultano determinanti al fine di delimitare e definire la controversia nel suo complesso. 5.1. Con la prima di tali decisioni (si tratta dell'ordinanza in data 5 aprile 2004 sul ricorso C-3/02, resa sull'ordinanza di rimessione del TAR del Veneto n. 4236/2001) la Corte ha chiarito: - che l'art. 52, co. 2, del R.D. 2537 del 1925 non è ex se incompatibile con la direttiva comunitaria 85/384/CEE, in quanto (come si è già anticipato) quest'ultima non si propone di disciplinare le condizioni di accesso alla professione di architetto né di definire la natura delle attività svolte da chi esercita tale professione, ma soltanto di garantire "il reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli rispondenti a determinati requisiti qualitativi e quantitativi minimi in materia di formazione allo scopo di agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per le attività del settore dell'architettura"; - che la richiamata direttiva non obbliga in alcun modo gli Stati membri a porre i diplomi di laurea in architettura ed in ingegneria civile (con particolare riguardo a quelli indicati all'art. 11) su un piano di perfetta parità ai fini dell'accesso alla professione di architetto in Italia, ma, in coerenza con il principio di non discriminazione tra Stati membri, impone soltanto di non escludere da tale accesso in Italia coloro che siano in possesso di un diploma di ingegneria civile o di un titolo analogo rilasciato da un altro Stato membro, laddove tuttavia (e si tratta di un chiarimento determinante ai fini della presente decisione) tale titolo risulti abilitante - in base alla normativa di quello Stato membro - all'esercizio di attività nel settore dell'architettura (e nel prosieguo della presente decisione si vedrà che tale possibilità non può

essere ammessa in modo indiscriminato ai professionisti ingegneri, ma solo al ricorrere di alcune tassative condizioni); - che la dir. 85/384/CEE non trova in definitiva applicazione in relazione alla fattispecie di causa, poiché le relative disposizioni non impongono in alcun modo all'Italia di non escludere gli ingegneri civili che hanno conseguito in Italia il proprio titolo dall'attività di cui all'art. 52, co. 2, del R.D. 2537 del 1925 (ma le impongono soltanto di non escludere – nella logica del mutuo riconoscimento e della libera circolazione che caratterizza la direttiva in parola - gli ingegneri civili o possessori di analoghi titoli conseguiti in altri Stati membri al ricorrere delle condizioni dinanzi richiamate). Sotto tale aspetto, la Corte ha svolto una considerazione che ha in seguito assunto un rilievo dirimente nella complessiva economia del giudizio, laddove ha affermato che “è vero che, come sostiene la Commissione, ne può derivare una discriminazione alla rovescia, poiché gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Italia non hanno accesso, in tale Stato membro, all'attività di cui all'art. 52, co. 2, del R.D. 2537 del 1925, mentre tale accesso non può essere negato alle persone in possesso di un diploma di ingegnere civile o di un titolo analogo rilasciato in un altro Stato membro, qualora tale titolo sia menzionato nell'elenco redatto ai sensi dell'art. 7 della direttiva 85/384/CEE o in quello di cui all'art.11 della detta direttiva. 53. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando si tratta di una situazione puramente interna come quella di cui alla causa principale, il principio della parità di trattamento sancito dal diritto comunitario non può essere fatto valere. In una situazione del genere spetta al giudice nazionale stabilire se vi sia una discriminazione vietata dal diritto nazionale e, se del caso, decidere come essa debba essere eliminata (...).” Di conseguenza, la Corte ha concluso nel senso che “quando si tratti di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, né la dir. 85/384 -in particolare i suoi artt. 10 e 11, lett. g) -né il principio della parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori riguardanti in particolare gli immobili vinco-

lati appartenenti al patrimonio artistico”. 5.2. Con la seconda delle richiamate decisioni (si tratta della sentenza della quinta sezione del 21.2.2013 sul ricorso C-111/12, resa sull'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 386/2012) la Corte ha dovuto pronunciarsi su un'ulteriore ipotesi ricostruttiva prospettata da questo Consiglio di Stato in sede di ordinanza di rimessione. In particolare, questo Giudice di appello (mosso dall'evidente intento di rinvenire una sintesi fra – da un lato - l'obbligo di matrice comunitaria di operare il mutuo riconoscimento delle professionalità straniere coperte dalle previsioni della dir. 85/384/CEE e - dall'altro - l'esigenza di prevenire i richiamati, possibili fenomeni di ‘reverse discrimination’) aveva ipotizzato un sistema applicativo volto a temperare entrambe le richiamate esigenze. Segnatamente, con l'ordinanza di rimessione n. 386/2012 questo Consiglio aveva ipotizzato l'introduzione (invero, ex novo) di una prassi applicativa consistente nel sottoporre anche i professionisti provenienti da altri Paesi membri dell'UE (e ancorché muniti di titolo astrattamente idoneo all'esercizio delle attività rientranti nel settore dell'architettura), a una specifica ed ulteriore verifica di idoneità professionale (in tutto simile a quelle svolta nei confronti dei professionisti italiani in sede di esame di abilitazione alla professione di architetto) ai limitati fini dell'accesso alle attività professionali contemplate nell'art. 52, co. 2, prima parte del Regio decreto n 2357 del 1925. Come si è anticipato in narrativa, la Corte di giustizia non ha condiviso l'ipotesi formulata da questo Consiglio di Stato e ha concluso nel senso che gli artt. 10 e 11 della direttiva 85/384/CEE devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale (rectius: a una prassi applicativa, quale quella ipotizzata in sede di ordinanza di rimessione) secondo cui persone in possesso di un titolo rilasciato da uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante (titolo, questo, abilitante all'esercizio di attività nel settore dell'architettura ed espressamente menzionato al citato art. 11), possono svolgere, in quest'ultimo Stato, attività riguardanti immobili di interesse artistico solamente qualora dimostrino, eventualmente nell'ambito di una specifica verifica della loro idoneità professio-

nale, di possedere particolari qualifiche nel settore dei beni culturali. In definitiva la Corte ha ritenuto di non potersi pronunciare in modo espresso sul se la normativa italiana rilevante comporti o meno un fenomeno di 'discriminazione alla rovescia' in danno dei professionisti italiani (giacché ciò esula dalle sue competenze istituzionali, le quali non includono le 'situazioni puramente interne', al cui ambito sono pacificamente da ricondurre le controversie in esame – punto 34 della motivazione -). Tuttavia, la Corte ha ritenuto di dover comunque definire e chiarire ulteriormente i contorni applicativi della normativa comunitaria dinanzi richiamata (e segnatamente, degli obblighi di mutuo riconoscimento di cui agli artt. 7, 10 e 11 della dir. 85/384/CEE) al fine di consentire a questo Giudice del rinvio di disporre di un quadro conoscitivo più completo per definire il giudizio – ad esso solo demandato in via esclusiva – relativo alla sussistenza o meno del richiamato fenomeno di discriminazione alla rovescia. 6. Ebbene, impostati in tal modo i termini concettuali della questione, il Collegio ritiene che l'esame degli atti di causa e della pertinente normativa comunitaria e nazionale non palesino i paventati profili di discriminazione alla rovescia in danno dell'ingegnere civile italiano, al quale (nella tesi degli ordini degli Ingegneri appellanti nel ricorso n. **2009, condivisa dal T.A.R. del Veneto con la sentenza n. 3630/2007) sarebbe indiscriminatamente e irrazionalmente vietato l'esercizio di alcune attività professionali (quelle inerenti gli interventi sui beni di interesse storico e artistico) le quali – al contrario – sarebbero altrettanto indiscriminatamente consentite agli Ingegneri di altri Paesi dell'Unione europea. 6.1. Al riguardo si osserva in primo luogo che la richiamata sentenza n. 3630/2007 sembra essere incorsa in una semplificazione eccessiva dei termini della questione laddove (indotta forse dalle abili prospettazioni di parte) ha descritto un quadro normativo e applicativo non coincidente con quello effettivamente riscontrabile. Secondo il T.A.R., in particolare, sussisterebbe una 'evidente' disparità di trattamento ai danni degli ingegneri civili italiani (pag. 9 della motivazione) in quanto, di fatto, a tutti gli ingegneri civili italiani sarebbero indiscriminatamente vietate tutte le attività riconducibili all'articolo 52,

cit., mentre - al contrario - a tutti gli ingegneri civili di altri Paesi dell'Unione l'esercizio di quelle stesse attività sarebbe indiscriminatamente consentito. 6.1.1. Secondo i primi Giudici, in particolare, "nel momento in cui la normativa europea afferma che l'ingegnere civile laureatosi in Italia può svolgere l'attività propria dell'architetto in tutta l'Europa, ma (in virtù di una norma interna) non in Italia, si offre al giudice italiano un parametro normativo per un giudizio di disapplicazione della norma interna contrastante con quella europea". Al riguardo i primi Giudici proseguono affermando che "è evidente l'arbitraria discriminazione a danno degli ingegneri civili italiani operata dalla norma in esame, i quali, equiparati agli ingegneri civili ed agli architetti europei dalla normativa comunitaria, possono esercitare, diversamente da questi ultimi, l'attività professionale riservata ai titolari di diploma di architetto in tutta l'Europa, ma non in Italia: discriminazione che, trovando causa nel contrasto tra la normativa nazionale e il diritto comunitario, va risolta con la disapplicazione della disciplina interna e la conseguente invalidità degli atti applicativi". 6.1.2. Al riguardo si osserva: - che, come più volte chiarito, nello stato attuale di evoluzione del diritto comunitario, la disciplina sostanziale dell'attività degli architetti e degli ingegneri non costituisce oggetto di armonizzazione, né di ravvicinamento delle legislazioni, così come risulta allo stato non armonizzata la disciplina delle condizioni di accesso a tali professioni, ragione per cui non risulta esatto affermare (contrariamente a quanto si legge a pag. 10 della sentenza n. 3630, cit.) che la dir. 384, cit. avrebbe sancito la piena "equiordinazione sul piano comunitario dei titoli di ingegnere civile e di architetto"; - che lo stesso passaggio dell'ordinanza della Corte di giustizia del 5 aprile 2004 il quale ha ipotizzato la sussistenza nell'ordinamento italiano di un'ipotesi di 'reverse discrimination' in danno dell'ingegnere civile italiano e in favore di ogni altro ingegnere di altri Paesi UE, non ha in alcun modo affermato la sicura sussistenza di una siffatta discriminazione, ma ne ha soltanto ipotizzato la possibilità, al ricorrere di taluni presupposti soggettivi e oggettivi, la cui ricorrenza dovrà essere scrutinata dal Giudice nazionale del rinvio. In particolare, con la deci-

sione dell'aprile 2004, la Corte ha affermato che tale ipotesi potrebbe verificarsi nella sola ipotesi in cui il possesso di un diploma di ingegnere civile o di un titolo analogo rilasciato da altro Paese dell'UE fosse espressamente menzionato negli elenchi redatti – per così dire: - ‘a regime’ ai sensi dell’art. 7 della dir. 85/384/CEE, ovvero nello speciale elenco transitorio di cui agli artt. 10 e 11 della medesima direttiva e laddove analoga possibilità fosse esclusa nei confronti di un professionista italiano in possesso dei medesimi requisiti. Tuttavia, è del tutto determinante osservare che (contrariamente a quanto affermato nell’impugnata sentenza n. 3630/2007 e a quanto sembrano sostenere gli Ordini degli ingegneri appellanti nel ricorso n. 2527/2009) non tutti i diplomi, certificati e altri titoli di ingegnere civile rilasciati da altri Paesi dell’UE consentono l’indifferenziato svolgimento di tutte le attività proprie della professione di architetto. Al contrario, l’esame della pertinente normativa comunitaria (e, segnatamente, dell’articolo 7 della direttiva 85/384/CEE) rende chiaro che l’inclusione negli elenchi nazionali predisposti – per così dire – ‘a regime’ ai sensi del medesimo articolo 7 è consentita solo ai professionisti i quali abbiano svolto un adeguato percorso di formazione tipico della professione di architetto. Ed infatti, la stessa dir. 85/384/CEE, all’art. 3, individua il contenuto minimo obbligatorio che i percorsi formativi nazionali devono possedere affinché i professionisti che abbiano seguito tali percorsi possano pienamente essere inclusi negli elenchi nazionali che consentono ai relativi iscritti di vantare il diritto al mutuo riconoscimento e alla libera circolazione (diritto in quale rappresenta, a ben vedere, l’ubi consistam del complesso sistema delineato dalla medesima direttiva 85/384/CEE). Ma, se solo ci si sofferma ad esaminare il contenuto minimo obbligatorio che la direttiva in questione impone affinché un determinato percorso di formazione sia incluso fra quelli che consentono di invocare il richiamato mutuo riconoscimento, ci si rende conto che tali requisiti sono pienamente compatibili con il consolidato orientamento di questo Consiglio il quale ha ritenuto del tutto congrua e non irragionevole la parziale riserva di cui all’articolo 52 del R.D. 2537 del 1925. Come è noto, infatti, la giuri-

sprudenza di questo Consiglio ha giustificato dal punto di vista sistematico la richiamata, parziale riserva sul rilievo secondo cui “per quanto nel corso di studi degli ingegneri civili non manchino approfondimenti significativi nel settore dell’architettura, al professionista architetto si riconosce generalmente una maggiore capacità, frutto di maggiori studi e approfondimenti della evoluzione dell’architettura sul piano storico e di un più marcato approccio umanistico alla professione, di penetrare le problematiche e le sottese valutazioni tecniche afferenti gli immobili o le opere di rilevanza artistica” (in tal senso, da ultimo, la stessa ordinanza di rimessione di questa Sezione n. 386/2012, dinanzi richiamata). Ebbene, l’approccio in questione risulta del tutto compatibile con l’ordito normativo di cui alla direttiva 85/384/CEE la quale (al di là della coincidenza nominalistica dei titoli professionali di riferimento - ‘architetto’ piuttosto che ‘ingegnere’ -) ammette l’esercizio in regime di mutuo riconoscimento e di libera circolazione delle attività tipiche della professione di architetto a condizione che il professionista in questione possa vantare un cursus di studi e di formazione il cui contenuto minimo essenziale comprende studi (anche) di carattere storico e artistico quali quelli richiesti in via necessaria per operare con adeguata cognizione di causa nel settore dei beni storici e di interesse culturale. Non a caso, lo stesso art. 3 della direttiva richiama in modo espresso, fra i requisiti minimi necessari del percorso formativo che legittima un professionista ad invocare il regime di mutuo riconoscimento nell’esercizio delle attività tipiche dell’architetto, “una adeguata conoscenza della storia e delle teorie dell’architettura nonché delle arti, tecnologie e scienze umane ad essa attinenti”, nonché “una conoscenza delle belle arti in quanto fattori che possono influire sulla qualità della concezione architettonica”. Si tratta, come è evidente (e riguardando la questione secondo l’approccio sostanzialistico proprio dell’ordinamento comunitario, al di là delle distinzioni puramente nominalistiche) di un orientamento normativo in tutto coincidente con quello fatto proprio dalla giurisprudenza di questo Consiglio appena richiamato. 6.2. Concludendo sul punto: - non è esatto affermare che l’ordinamento co-

munitario riconosca a tutti gli ingegneri di Paesi UE diversi dall'Italia (con esclusione dei soli ingegneri italiani) l'indiscriminato esercizio delle attività tipiche della professione di architetto (fra cui – ai fini che qui rilevano – le attività afferenti le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico, ovvero relative ad immobili di interesse storico e artistico); - al contrario, in base alla pertinente normativa UE, l'esercizio di tali attività – in regime di mutuo riconoscimento - sarà consentito ai soli professionisti i quali (al di là del nomen iuris del titolo professionale posseduto) possano vantare un percorso formativo adeguatamente finalizzato all'esercizio delle attività tipiche della professione di architetto. Come si è visto, l'art. 3 della dir. 85/384/CEE include in modo espresso gli studi della storia e delle teorie dell'architettura, nonché delle belle arti e delle scienze umane fra quelli che integrano il bagaglio culturale minimo e necessario perché un professionista possa svolgere in regime di mutuo riconoscimento le richiamate attività (anche) in relazione ai beni di interesse storico e culturale; - quindi, anche ad ammettere che un professionista non italiano con il titolo professionale di ingegnere sia legittimato sulla base della normativa del Paese di origine o di provenienza a svolgere attività rientranti fra quelle esercitate abitualmente col titolo professionale di architetto, ciò non è sufficiente a determinare ex se una discriminazione 'alla rovescia' in danno dell'ingegnere civile italiano. Ed infatti, sulla base della dir. 85/384/CEE, l'esercizio di tali attività sarà possibile (non sulla base del mero possesso del titolo di ingegnere nel Paese di origine o di provenienza, bensì) in quanto tale professionista non italiano avrà seguito un percorso formativo adeguato ai fini dell'esercizio delle attività abitualmente esercitate con il titolo professionale di architetto; - allo stesso modo, la sussistenza dei richiamati profili di 'discriminazione alla rovescia' è da escludere alla luce dell'art. 11, lett. g) della dir. 85/384/CEE, cit. Ed infatti, in base a tale disposizione, i soggetti che abbiano conseguito in Italia il diploma di laurea in ingegneria nel settore della costruzione civile rilasciati da Università o da istituti politecnici possono nondimeno esercitare le attività tipiche degli architetti (ivi comprese quelle di cui al

più volte richiamato articolo 52) a condizione che abbiano altresì conseguito il diploma di abilitazione all'esercizio indipendente di una professione nel settore dell'architettura, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione a seguito del superamento dell'esame di Stato che lo abilita all'esercizio indipendente della professione (in tal modo conseguendo il titolo di 'dott. Ing. architetto' o di 'dott. Ing. in ingegneria civile');- conclusivamente, non è possibile affermare che il sistema normativo nazionale di parziale riserva in favore degli architetti delle attività previste dall'articolo 52 del R.D. 2537 del 1925 sia idoneo a sortire in danno degli ingegneri italiani l'effetto di 'discriminazione alla rovescia' richiamato dalla sentenza del TAR del Veneto n. 3630/2007 e la cui sussistenza in concreto la stessa Corte di giustizia ha demandato alla verifica in sede giudiziale da parte di questo Giudice del rinvio, trattandosi pur sempre - secondo quanto statuito dalla medesima Corte - di controversia nell'ambito della quale vengono pacificamente in rilievo 'situazioni puramente interne' (in tal senso: CGCE, sentenza in causa C-111/12, cit. punto 34). 6.3. E il richiamato (e meramente paventato) effetto di 'reverse discrimination' quale effetto della previsione di cui all'articolo 52, cit. deve essere escluso sia per quanto riguarda il particolare sistema transitorio e derogatorio di cui agli artt. 10 e 11 della direttiva 85/384/CEE, sia per quanto riguarda il sistema 'a regime' di cui all'art. 7 della medesima direttiva. 6.3.1. Per quanto concerne, infatti, il particolare sistema (transitorio e derogatorio) di cui agli artt. 10 e 11 della direttiva 85/384/CEE, è noto che il primo di tali articoli ha previsto la possibilità per ciascuno degli Stati membri di individuare taluni diplomi, certificati e altri titoli del settore dell'architettura da ammettere sin da subito al regime di mutuo riconoscimento, anche a prescindere dalla piena rispondenza ai requisiti minimi di formazione di cui all'art. 3 della medesima direttiva. Il successivo art. 11 ha, quindi, individuato per ciascuno degli Stati membri tali diplomi, certificati ed altri titoli da ammettere immediatamente al richiamato regime di mutuo riconoscimento (per l'Italia, tale regime di immediata ammissione ha riguardato: a) i diplomi di 'laurea in architettura' rilasciati dalle università,

dagli istituti politecnici e dagli istituti superiori di architettura di Venezia e di Reggio Calabria, accompagnati dal diploma di abilitazione all'esercizio indipendente della professione di architetto, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione una volta che il candidato abbia sostenuto con successo, davanti ad un'apposita Commissione, l'esame di Stato che abilita all'esercizio indipendente della professione di architetto (dott. architetto); b) i diplomi di 'laurea in ingegneria' nel settore della costruzione civile rilasciati dalle università e dagli istituti politecnici, accompagnati dal diploma di abilitazione all'esercizio indipendente di una professione nel settore dell'architettura, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione una volta che il candidato abbia sostenuto con successo, davanti ad un'apposita Commissione, l'esame di Stato che lo abilita all'esercizio indipendente della professione (dott. ing. architetto o dott. ing. in ingegneria civile)). Ebbene, in relazione a tale periodo transitorio, non è dato individuare i paventati profili di 'discriminazione alla rovescia' in danno degli ingegneri civili italiani, laddove si consideri: - che, esaminando gli elenchi delle professioni ammesse dagli altri Stati membri al regime di immediata applicazione al mutuo riconoscimento, non è dato rinvenire pressoché alcun caso di professioni che, anche dal punto di vista del nomen iuris, si discostino dal tipico ambito della professione di architetto, fino a coincidere con il tipico ambito della professione di ingegnere. Le uniche eccezioni a questa regola sostanzialmente generalizzata sono rappresentate: a) dal caso belga dei diplomi di 'ingegnere civile-architetto' e di 'ingegnere-architetto' rilasciati dalle facoltà di scienze applicate delle università e dal politecnico di Mons; b) dal caso portoghese del diploma di genio civile (licenciatura em engenheria civil) rilasciato dall'Istituto superiore tecnico dell'Università tecnica di Lisbona; c) dai casi greci dei diplomi di 'ingegnere-architetto' rilasciati da alcuni Istituti di formazione e dei diplomi di 'ingegnere-ingegnere civile' rilasciati dal Metsovion Polytechnion di Atene (in ambo i casi, peraltro, a condizione che il possesso dei richiamati diplomi si accompagni a un attestato rilasciato dalla Camera tecnica di Grecia e conferente il diritto di esercitare le attività nel settore dell'architettura). Si tratta, pe-

rò, di eccezioni talmente puntuali e limitate da non poter essere assunte (nella richiamata ottica di carattere sostanzialistico) quali indizi dell'esistenza di un effettivo fenomeno di 'reverse discrimination' in danno degli ingegneri civili italiani e in favore di una platea indiscriminata o quanto meno significativa di ingegneri di altri Paesi dell'Unione europea; - che, paradossalmente, esaminando gli elenchi nazionali di cui al richiamato art. 11, è proprio il caso italiano dei professionisti in possesso del diploma di 'laurea in ingegneria' nel settore della costruzione civile (e nondimeno abilitati per il diritto italiano all'esercizio di una professione indipendente di una professione nel settore dell'architettura) a presentare (al pari dei richiamati casi belgi, portoghesi e greci) possibili profili di vantaggio in favore dei professionisti nazionali, con potenziali effetti distorsivi in danno degli ingegneri di altri Paesi dell'UE la cui normativa nazionale di riferimento non consenta agli ingegneri di conseguire una analoga abilitazione; - che, in ogni caso, anche a voler ammettere (il che – per le ragioni appena esaminate – non è) che la disciplina transitoria e derogatoria di cui ai richiamati articoli 10 e 11 consenta in talune ipotesi a un limitato numero di ingegneri di alcuni Paesi dell'UE di svolgere in regime di mutuo riconoscimento (e quindi anche in Italia) talune attività nel settore dell'architettura sui beni di interesse storico e culturale (attività tipicamente sottratte agli ingegneri italiani); ebbene, anche in questo caso, non si individuerrebbero ragioni sufficienti per ritenere la sussistenza di un'ipotesi di 'reverse discrimination' in danno degli ingegneri italiani, sì da indurre alla generalizzata disapplicazione della previsione di cui all'art. 52 del R.D. 2537 del 1925. Al riguardo si osserva che non appare metodologicamente corretto assumere quale parametro stabile di valutazione, nell'ambito di un giudizio volto a stabilire se una discriminazione vi sia oppure no, talune situazioni per definizione transitorie ed eccezionali (quali quelle contemplate dagli artt. 10 e 11 della più volte richiamata direttiva del 1985). E' evidente al riguardo che, laddove si accedesse alla soluzione qui non condivisa, si perverrebbe alla inammissibile conseguenza per cui le situazioni e i dettami propri di una fase transitoria (assunti quali impropri para-

metri stabili di comparazione) costituirebbero essi stessi un ostacolo definitivo e insormontabile per la piena entrata a regime di un sistema di mutuo riconoscimento basato, invece, sull'oggettiva valutazione di un determinato livello quali-quantitativo di formazione prepedeutica all'esercizio della professione di architetto. 6.3.2. Per quanto concerne, poi, il sistema – per così dire – ‘a regime’ delineato dall'art. 7 della dir. 85/384/CEE, l'assenza dei richiamati profili di ‘discriminazione alla rovescia’ emerge con tanto maggiore evidenza laddove si consideri: - che l'iscrizione di una categoria di professionisti nell'ambito degli elenchi nazionali ‘a regime’ di cui all'articolo 7 della direttiva presuppone che il rilascio dei relativi diplomi, certificati o titoli faccia seguito a percorsi formativi i cui contenuti minimi e necessari siano conformi alle previsioni di cui all'articolo 3 della direttiva (e si è detto in precedenza che tali percorsi formativi devono comprendere in via necessaria un'adeguata conoscenza della storia e delle tecniche dell'architettura, nonché delle belle arti e delle scienze umane – ossia, di quel complesso di discipline umanistiche che caratterizzano il bagaglio culturale tipico dell'architetto e il cui possesso giustifica la parziale riserva professionale di cui al più volte richiamato articolo 52 -); - che, anche ad ammettere che un professionista di Paese dell'UE in possesso del titolo di ingegnere possa essere incluso negli elenchi di cui all'art. 7, cit. (e sia, quindi, ammesso ad esercitare in Italia le attività tipiche dell'architetto anche in relazione ai beni di interesse storico ed artistico), ciò non costituirà di per sé una discriminazione in danno dell'ingegnere italiano (nei cui confronti l'esercizio di quelle stesse attività resta tipicamente escluso). E infatti, l'inclusione di quella particolare tipologia di ingegnere UE nell'ambito degli elenchi di cui all'art. 7, cit. dimostrerà ex se che quel professionista ha seguito un percorso formativo idoneo (anche nei campi della storia e delle tecniche dell'architettura, nonché delle belle arti e delle scienze umane) tale da giustificare in modo pieno l'esercizio da parte di quel professionista ingegnere (e al di là delle limitazioni recate dal nomen iuris della qualifica professionale posseduta) delle attività abitualmente esercitate

con il titolo professionale di architetto (ivi comprese quindi, ai fini che qui rilevano, le opere di edilizia che presentano rilevante carattere artistico e il ripristino degli edifici di cui alla l. 20.6.1909, n. 364). Anche sotto tale aspetto, quindi, deve essere esclusa la sussistenza della paventata ipotesi di ‘discriminazione alla rovescia’ in danno degli ingegneri civili italiani. 7. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in appello proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere respinto il ricorso di primo grado proposto dall'ingegnere e dall'Ordine degli ingegneri di Verona e provincia. 8. Per le medesime ragioni il ricorso in appello proposto dagli Ordini degli ingegneri delle province di Venezia, Padova, Treviso, Vicenza, Verona, Rovigo e Belluno, deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza del TAR n. 3651/2008 la quale ha sancito la legittimità degli atti e delle determinazioni amministrative le quali avevano escluso gli ingegneri dall'affidamento del servizio di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di restauro e di recuperi funzionali di un immobile di interesse storico e artistico. 8.1. Per quanto riguarda, in particolare, il ricorso in appello n. 2527/2009 il Collegio deve ora esaminare i motivi di appello ulteriori e diversi rispetto a quelli inerenti la portata applicativa del più volte richiamato art. 52 del R.D. 2537 del 1925. 8.1.1. In primo luogo si osserva che non può essere accolto il motivo di appello con cui (reiterando un analogo motivo di doglianza già articolato in primo grado e disatteso dal TAR) si è osservato che i servizi messi a gara con gli atti impugnati in primo grado non rientrano a pieno titolo nell'ambito di quelli per i quali opera la riserva parziale in favore degli architetti di cui al medesimo art. 52, avendo essi ad oggetto ‘la parte tecnica’ delle lavorazioni (la quale, ai sensi del medesimo art. 52, può essere demandata tanto all'architetto, quanto all'ingegnere). Il motivo in questione non può essere condiviso, dovendo - al contrario - trovare puntuale conferma in parte qua la sentenza appellata, la quale ha affermato che l'attività di direzione dei lavori per il restauro di Palazzo Contarini del Bovolo in Venezia – San Marco 4299 implica con ogni

evidenza scelte connesse “al restauro, al risanamento e al recupero funzionale dell’immobile, per la cui attuazione ottimale è conferente l’intervento dell’architetto in ragione dell’indubbia preminenza della sua professionalità nell’ambito delle belle arti, nel mentre risultano - con altrettanta evidenza – del tutto residuali le ulteriori lavorazioni strutturali ed impiantistiche rientranti nell’edilizia civile propriamente intesa”. Al riguardo si osserva che, anche a voler enfatizzare la previsione di cui all’ultima parte del secondo comma dell’art. 52, cit. (secondo cui la parte tecnica delle opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico e il restauro e ripristino degli edifici di interesse storico e artistico “ne può essere compiuta tanto dall’architetto quanto dall’ingegnere”), non può ritenersi che le attività relative al servizio di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori all’origine dei fatti di causa possano farsi rientrare fra quelle relative alla sola ‘parte tecnica’. Al riguardo si osserva che, secondo un condiviso orientamento, la parziale riserva di cui al più volte richiamato art. 52 non riguarda la totalità degli interventi concernenti immobili di interesse storico e artistico, ma inerisce alle sole parti di intervento di edilizia civile che implicino scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell’ambito delle attività di restauro e risanamento di tale particolarissima tipologia di immobili (si richiama ancora una volta, al riguardo, la sentenza di questo Consiglio n. 5239 del 2006). Tuttavia (e si tratta di una notazione dirimente ai fini della presente decisione) non può negarsi che la richiamata riserva operasse in relazione alle attività all’origine di fatti di causa, il cui contenuto essenziale e certamente prevalente riguardava – appunto - scelte connesse al restauro, al risanamento e al recupero funzionale di un immobile sottoposto a vincolo storico-artistico, sì da giustificare certamente sotto il profilo sistematico e funzionale la richiamata riserva. Non può, pertanto, essere condivisa la tesi degli Ordini appellanti secondo cui l’attività di direzione dei lavori nel caso di specie potesse essere ricondotta alle attività di merito rilievo tecnico, in quanto tali esercitabili anche dai professionisti ingegneri. Né può essere

condiviso l’argomento secondo cui, a ben vedere, l’attività di direzione dei lavori coinciderebbe ex se con la nozione di ‘parte tecnica’ delle attività e delle lavorazioni, atteso che i) di tale coincidenza non è traccia alcuna nell’ambito della normativa di riferimento; ii) laddove si accedesse a tale opzione interpretativa, di fatto, si priverebbe di senso compiuto la stessa individuazione di una ‘parte tecnica’ (intesa quale componente di una più ampia serie di attività) facendola coincidere, di fatto, con il più ampio e onnicomprensivo novero delle attività relative alla direzione dei lavori. Ma la sentenza in epigrafe è altresì meritevole di conferma laddove ha osservato che gli atti della *lex specialis* impugnati in primo grado, lungi dall’aver irragionevolmente compresso le prerogative dei professionisti ingegneri, ne hanno – al contrario – tenuto in adeguata considerazione le peculiarità. Ciò, in quanto la medesima *lex specialis* ha previsto l’istituzione di un organo collegiale di direzione dei lavori composto – fra gli altri – da un direttore operativo per gli impianti (ruolo, questo, che avrebbe certamente potuto essere ricoperto da un ingegnere), da un direttore operativo per le strutture e da un direttore operativo restauratore di beni culturali. 8.1.2. Neppure può essere condiviso il secondo motivo di appello, con il quale (reiterando un analogo motivo di doglianza già articolato in primo grado e disatteso dal TAR) si è lamentata la contraddittorietà intrinseca che sussisterebbe fra: - (da un lato), gli atti impugnati in primo grado, con cui sono state precluse agli ingegneri le attività di direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei richiamati lavori di restauro e recupero funzionale e - (dall’altro) un diverso bando di gara, indetto dalla medesima amministrazione e relativo al medesimo immobile vincolato, con cui è stata – al contrario – consentita agli ingegneri la partecipazione (insieme agli architetti) alla gara avente ad oggetto la progettazione esecutiva dei lavori. Al riguardo giova premettere (e si tratta di notazione dirimente ai fini del decidere) che, quand’anche il richiamato profilo di contraddittorietà fosse in concreto sussistente, ciò non sortirebbe l’effetto di consentire agli ingegneri la partecipazione alla gara per l’affidamento del servizio di direzione dei lavori e di coordinamento della sicu-

rezza (si tratta di attività che, per le ragioni dinanzi richiamate, sono state legittimamente precluse agli ingegneri in coerente applicazione dell'art. 52 del R.D. 2537 del 1925). Al contrario, l'eventuale accoglimento del richiamato motivo potrebbe al più sortire l'unico effetto di palesare l'illegittimità delle determinazioni con cui l'amministrazione ha ammesso gli ingegneri a partecipare alla gara avente ad oggetto la progettazione esecutiva dei lavori. Il che palesa altresì rilevanti dubbi in ordine alla sussistenza di un effettivo interesse in capo agli Ordini professionali appellanti alla proposizione del motivo di appello in esame. Ma, anche a prescindere da tale assorbente rilievo, si osserva che la sentenza in epigrafe risulta comunque meritevole di conferma laddove ha osservato che, nel caso in esame, le scelte anche di dettaglio relative agli interventi di restauro, risanamento e recupero funzionale dell'immobile erano state effettuate in sede di stesura del progetto definitivo (progetto, quest'ultimo, che era stato peraltro approvato dalla competente Soprintendenza per i Beni architettonici e dalla Commissione per la salvaguardia di Venezia). Ne consegue che – come condivisibilmente osservato dai primi Giudici – la stesura del progetto definitivo coincideva di fatto, nel caso in esame, con la mera ingegnerizzazione del progetto definitivo, in tal modo giustificando che la relativa attività potesse essere demandata anche ad ingegneri, senza contrasto alcuno con la previsione di cui all'articolo 52 del più volte richiamato R.D. n. 2537 del 1925. Né può essere condiviso l'ulteriore motivo al riguardo profuso dagli Ordini appellanti (motivo che risulta basato su una sorte di argomento a fortiori, in base al quale: i) se viene legittimamente demandata agli ingegneri un'attività puramente tecnica quale quella propria della progettazione esecutiva, ii) a maggior ragione non potrà essere negata agli ingegneri l'effettuazione di un'attività – quella di direzione dei lavori – “più tecnica rispetto alla progettazione vera e propria” – pag. 19 dell'atto di appello -). E' evidente al riguardo che l'argomento in questione si fonda sull'assiomatica affermazione secondo cui, appunto, l'attività di direzione dei lavori risulterebbe “più tecnica” rispetto a quella di mera progettazione ed ingegnerizzazione. Si tratta di un'affermazione il cui carat-

tere indimostrato non può evidentemente essere assunto a parametro di giudizio. 8.1.3. Infine, non può trovare accoglimento il terzo motivo di appello, con il quale (reiterando ancora una volta un motivo di doglianza già articolato in primo grado e disatteso dal TAR) si è lamentata l'illegittimità della scelta di riservare agli architetti anche il ruolo di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione. Secondo gli Ordini appellanti, la sentenza in epigrafe si sarebbe inammissibilmente limitata a motivare la reiezione in parte qua del ricorso sulla base dell'articolo 127 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (il quale al comma 1, primo periodo, stabilisce che “le funzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori previsti dalla vigente normativa sulla sicurezza nei cantieri sono svolte dal direttore dei lavori”). Tuttavia, i primi Giudici avrebbero ommesso di tenere in considerazione la previsione di cui all'articolo 10 della legge 14 agosto 1996, n. 494 il quale ammette –inter alios – gli ingegneri a svolgere i compiti tipici del coordinatore per l'esecuzione dei lavori. Il motivo in esame non può trovare accoglimento in considerazione dell'evidente carattere di specialità che caratterizza la previsione di cui all'art. 127 del d.P.R. 554 del 1999 (ora: art. 152 del d.P.R. 207 del 2010) rispetto all'art. 10 del d.lgs. 494 del 1996. Ed infatti, premesso che la vicenda di causa resta governata dalle pregresse disposizioni di cui al richiamato articolo 127, cit., è pacifico che tale disposizione imponesse la coincidenza soggettiva fra il direttore dei lavori e il coordinatore per l'esecuzione dei lavori (fatta salva l'ipotesi in cui il direttore dei lavori designato fosse privo dei requisiti previsti per svolgere altresì i compiti tipici del coordinatore per l'esecuzione dei lavori – ma sul punto non è stata sollevata contestazione alcuna in corso di causa -). Tuttavia, nelle ipotesi in cui (come nel caso di specie e per le ragioni dinanzi esaminate) i compiti di direttore dei lavori fossero riservate a un professionista architetto, del tutto legittimamente l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto (rectius: dovuto) riservare a quest'ultimo anche le funzioni di coordinatore per l'esecuzione dei lavori (scil.: sempre che il professionista in questione fosse altresì munito dei prescritti requisiti). Anche sotto questo aspetto, quindi, il ricorso in appello n. 2527/2009

deve essere respinto. Conclusivamente, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso in appello proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali deve essere accolto, mentre respinto il ricorso di primo grado proposto dall'ingegnere

e dall'Ordine degli ingegneri di Verona e provincia e ha altresì respinto il ricorso in appello proposto dagli Ordini degli ingegneri delle province di Venezia, Padova, Treviso, Vicenza, Verona, Rovigo e Belluno, deve essere respinto.

«.....GA.....»

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

AVVALIMENTO: LE NUOVE INDICAZIONI DELL'AVCP PER ARMONIZZARE IL QUADRO NORMATIVO CON LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

L'AVCP ha ritenuto necessario diramare un intervento chiarificatore volto ad armonizzare le indicazioni della Sentenza della Corte di Giustizia Europea con il complessivo quadro normativo precisando che le stazioni appaltanti, nell'affidamento dei contratti relativi all'esecuzione di lavori o opere, sono richiamate ad osservare le seguenti indicazioni:1) Alla luce di quanto statuito dalla Corte di Giustizia Europea nella Sentenza 10.10.2013 è incompatibile con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, par. 3, della dir. 2004/18/CE del 31.3.2004 una disposizione nazionale, come quella dell'art. 49, co. 6, del d.lgs. n. 163/2006, che vieta in via generale agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese;2) In attuazione della sentenza della Corte di Giustizia Europea è ammessa, in sede di gara, la possibilità che il concorrente, mediante avvalimento, utilizzi cumulativamente, per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara, più attestati di qualificazione per ciascuna categoria;3) Resta fermo il principio espresso dalla Corte nel caso di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori; in un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrà legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente,

*facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici;4) La legittimazione riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice di esigere un livello minimo di capacità, di cui al punto 3), trova fondamento anche negli indeclinabili principi contenuti nell'art.2, co. 1 del codice dei contratti la cui applicazione si pone a garanzia, per la stazione appaltante, di ricevere la migliore prestazione. Tale esigenza della stazione appaltante deve risultare da adeguata motivazione espressa in seno alla delibera o determina a contrarre o, al più tardi, negli atti di gara.5) Nel caso di cui al punto 3) la stazione appaltante deve chiaramente specificare nel bando o nella lettera di invito qual è il livello minimo di capacità richieste in termini di classifica minima che deve essere posseduta dall'operatore o dagli operatori economici di cui si intenda cumulare le capacità per il raggiungimento della classifica richiesta nel bando di gara;6) Il punto 4 della determinazione 1.8.2012, n. 2, si intende modificato nella parte concernente la disciplina dettata dall'art. 49, co. 6, alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea e secondo le indicazioni contenute nel presente Comunicato (**Comunicato dell'AVCP del 27.3.2014**).*

«..... GA.....»

AVCP: ON LINE IL BANDO-TIPO PER GLI AFFIDAMENTI DEI SERVIZI DI PULIZIA E IGIENE AMBIENTALE

E' stato pubblicato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici il modello di disciplinare per le gare di appalti che hanno per oggetto l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari. Il Bando-tipo n. 1 del 26.2.2014

elaborato dall'Avcp a seguito di una previsione normativa - art. 64, co. 4 bis del codice dei contratti - serve a guidare e a semplificare la complessa attività di predisposizione della documentazione di gara da parte delle così dette stazioni appaltanti con l'effetto di ridurre il contenzioso nell'aggiudicazione degli appalti. Il documento, che tiene conto delle osservazioni degli operatori del settore formulate in una recente consultazione pubblica e del parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, regola gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria nei settori ordinari, valorizzando la componente progettuale e qualitativa delle imprese mediante l'aggiudicazione del contratto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Oltre a riprodurre le clausole tassative di esclusione, il Bando-tipo fornisce indicazioni su altri importanti aspetti dell'iter di affidamento, come la definizione dei requisiti di partecipazione e le modalità di presentazione delle offerte. Trascorsi 12 mesi, durante i quali le stazioni appaltanti potranno formulare osservazioni e commenti, l'Autorità verificherà il raggiungimento degli obiettivi: semplificazione e riduzione del contenzioso. (**Comunicato AVCP del 18.3.2014**).

«..... GA.....»

AVCP: APPROVATO IL NUOVO REGOLAMENTO SUL PRECONTENZIOSO

E' stato approvato il 24 febbraio scorso dal Consiglio dell'Avcp il nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. n), del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 - del 24.2.2014. L'atto è in attesa di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Le principali novità introdotte riguardano: - L'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati a richiedere il parere (soggetti portatori di interessi pubblici o privati, soggetti portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni o comitati). - La possibilità per uno dei soggetti interessati di presentare istanza di parere anche dopo l'aggiudicazione definitiva. - La possibilità - su iniziativa congiunta della stazione appaltante e

dell'esecutore del contratto - di chiedere un parere su questioni insorte dopo la stipula del contratto. - La possibilità che l'Autorità si pronunci fino all'emissione in primo di una qualunque pronuncia giurisdizionale. - Previsione di un termine di conclusione del procedimento, stabilito in massimo 90 giorni; - Disciplina tesa a garantire l'effettivo contraddittorio fra le parti mediante lo scambio delle reciproche memorie. (**AVCP - Comunicato del 26.2.2014**).

«..... GA.....»

AVCP: NUOVE INDICAZIONI OPERATIVE ALLE STAZIONI APPALTANTI SUL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DEI REQUISITI SPECIALI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

E' stata pubblicato sulla G.U. n. 34 del 11.2.2014 la determina AVCP recante "Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163" L'Autorità, con la determinazione n. 5/2009 recante «Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163», ha fornito indicazioni interpretative in merito al procedimento di verifica dei requisiti speciali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. L'Autorità, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, ritiene opportuno riesaminare la materia con una nuova determinazione al fine di fornire indicazioni operative alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici (**Determina AVCP del 15.1.2014 in Gazzetta Ufficiale n. 34 del 11.2.2014**).

«..... GA.....»

AVCP: DISPONIBILI PER LE STAZIONI APPALTANTI I NUOVI MODELLI PER LE SEGNALAZIONI ALL'AVCP DELLE NOTIZIE DA INSERIRE NEL CASELLARIO INFORMATICO

Sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale i nuovi modelli che le Stazioni appaltanti devono utilizzare per la segnalazione all'AVCP



degli episodi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi o forniture che incidono sui requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs n. 163/2006, nonché altre notizie utili di gara, nonché per l'applicazione di sanzioni ex art. 48 del citato d.lgs. n. 163/2006. Le segnala-

zioni dovranno essere inviate una sola volta via pec all'indirizzo protocollo@pec.avcp.it o in caso d'impossibilità a mezzo raccomandata all'indirizzo: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, Via Ripetta n. 246, 00186 Roma (**Comunicato AVCP in G.U. n. 28 del 4.2.2014**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI PARTECIPANTI AD UN RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO TRA IMPRESE IN CASO DI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE?

dell'Avv. Salvatore Napolitano

Ancora contrasti interpretativi in ordine alla novella apportata all'art. 37, co. 13, del codice dei contratti pubblici che ha differenziato la disciplina della corrispondenza tra quote di partecipazione ad un Raggruppamento Temporaneo di Imprese e quote di esecuzione delle prestazioni, differenziando gli appalti aventi ad oggetto lavori dagli appalti aventi ad oggetto servizi e forniture.

Still contrasts interpretation with regard to the novel made to art. 37, para. 13 of the Code of public contracts which differentiated the discipline of matching shares to a temporary association of companies and units of performance, differenziando contracts involving work by contracts for services and supplies.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Considerazione conclusive.

1. Introduzione.

Come è noto, la modifica intervenuta al co. 13 dell'art. 37 del Codice dei Contratti pubblici, la quale ha testualmente limitato ai soli appalti di lavori la necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione al Raggruppamento temporaneo tra imprese (R.T.I.) e quota di esecuzione dell'appalto, ha aperto un notevole dibattito dottrinario e giurisprudenziale circa la portata della modifica con riferimento anche agli appalti di servizi e forniture.

Più chiaramente, ci si è interrogati se la modifica legislativa avesse comportato la definitiva eliminazione della corrispondenza tra qualificazione dell'operatore economico, che partecipa alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto di servizi e forniture, e la parte del servizio o della fornitura eseguita dal singolo partecipante al R.T.I. e specificata nell'offerta ai sensi del citato art. 37, co. 4.

La "ratio" di tale corrispondenza viene comunemente ascritta alla opportunità, per la stazione appaltante, di individuare il soggetto,

aderente al Raggruppamento temporaneo, cui imputare ciascuna prestazione e, conseguentemente, consentire la verifica, in capo ad ogni partecipante al Raggruppamento, del possesso dei requisiti di qualificazione corrispondenti alle prestazioni da eseguire, evitando quindi adesioni al Raggruppamento puramente fittizie e di comodo.

2. Considerazioni conclusive.

Ciò premesso, in ordine alla problematica evidenziata, si contrappongono due tesi.

La prima ritiene, sulla base del dato letterale, scaturente dall'intervenuta novella dell'art. 37, co. 13, che la corrispondenza tra quote di partecipazione al Raggruppamento e quote di esecuzione, con la correlativa qualificazione, si debba ormai applicare in senso restrittivo, vale a dire con esclusivo riferimento alle ipotesi di appalto di lavori e non già alle fattispecie non espressamente previste, costituite appunto dalle ipotesi di appalti di servizi e forniture (CdS, IV, 11.4.2014 n 1753).

La seconda tesi - che appare maggiormente fondata - non ritiene, per effetto della citata novella della norma, esclusa a priori l'applicabilità dell'art. 37 del Codice, agli appalti di forniture e servizi; si osserva infatti che il legislatore è intervenuto a disciplinare la sola fase di esecuzione dei contratti di servizi e forniture specificando che, per gli stessi, il R.T.I. non è tenuto ad eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al Raggruppamento e non già che il singolo aderente al R.T.I. non debba essere qualificato per la parte di prestazione corrispondente alla quota di partecipazione assunta in seno al Raggruppamento.

Ne consegue che la disciplina relativa alla fase di partecipazione alle procedure di gara non risulterebbe modificata, sicché rimarrebbe immutato il principio di necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione delle imprese e quote di partecipazione al R.T.I., anche con riferimento agli appalti di servizi e forniture.

Tale tesi si basa soprattutto sulla circostanza che non è stata modificata la previsione del co. 4 dell'art. 37 che prevede *“nel caso di forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*, previsione che ha senso solo per consentire che la stazione appaltante possa verificare, nella fase di ammissione alla gara, se, per la prestazione che il concorrente dichiara di voler assumere, vi sia effettivamente la corrispondente (necessaria) qualificazione.

In altre parole, per i fautori di tale indirizzo esegetico, nonostante la modifica dell'art. 37, co. 13, permane in capo al RTI l'obbligo normativo di indicare le parti del servizio o della fornitura imputate alle singole imprese raggruppate o raggruppande, obbligo che, come chiarito costantemente dalla giurisprudenza, tende a garantire la Stazione aggiudicatrice in ordine all'affidabilità del concorrente.

Sul punto, l'Adunanza Plenaria, con la recentissima sentenza del 30.1.2014 n. 7 ha avuto modo di chiarire che: *“a) giusta il tenore letterale della nuova disposizione e la sua finalità di semplificare gli oneri di dichiara-*

zione incumbenti sulle imprese raggruppate che operano nel mercato dei contratti pubblici, l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione sancito dal più volte menzionato comma 13, sia rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori; b) per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal co. 4 dell'art' 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa deve essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella legge di gara; c) rimane inteso, in entrambi i casi, che le norme in questione continuano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e sono dunque capaci di eterointegrare i bandi silenti”.

In altri termini, con la citata pronuncia l'Adunanza Plenaria è assolutamente chiara nel ribadire che negli appalti di servizi e forniture, anche a seguito della modifica apportata al co. 13 dell'art. 37, la singola impresa componente del RTI deve avere la qualificazione ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla quota di partecipazione (si veda in termini, CdS, III, 16.2.2012, n. 793).

Del resto, nei medesimi termini, l'Adunanza Plenaria si era già espressa in precedenti pronunce affermando che *“l'indicazione delle “parti” del servizio o della fornitura imputate alle singole imprese associate o associande si rende necessaria onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dall'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti in relazione ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria fissati dalla “lex specialis” e che “siffatte esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono in modo persino rincarato nei Raggruppamenti a struttura orizzontale, in seno ai quali tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione*

anche quantitativa delle “parti” di servizi che saranno eseguiti dalle singole imprese, sarebbe inibita alla stazione appaltante una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l’entità delle prestazioni di servizio da ognuna di esse assunte (CdS, Ad. Plen., 13.6. 2012 n. 22; CdS, Ad. Plen., 5.7.2012 n. 26.

In conclusione, alla luce dei più recenti interventi dell’Adunanza Plenaria non pare possa dubitarsi del fatto che ancora sussista, in

caso di appalti di servizi e forniture, l’obbligo di assicurare, sin dalla fase dell’offerta, la sostanziale corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di partecipazione al Raggruppamento temporaneo, trattandosi di un obbligo finalizzato ad assicurare l’esecuzione della prestazione da parte di una impresa in possesso della qualificazione in misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa deferita in base alle previsioni dell’accordo associativo.

«.....GA.....»

DICHIARAZIONE DEL PROCURATORE SPECIALE CIRCA IL REQUISITO DI MORALITÀ PROFESSIONALE: L'ADUNANZA PLENARIA DEFINISCE LE CONDIZIONI

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato definisce le condizioni per la dichiarazione del procuratore speciale circa il requisito di moralità professionale.

The Plenary Conference of the State Council defines the conditions for the declaration of the pro-
litern about the requirement of professional conduct.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Considerazioni conclusive.

1.Introduzione.

Come noto agli operatori del diritto, l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 prevede una serie di adempimenti onerosi a carico delle imprese che intendono partecipare a procedure di affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi.

In particolare, il legislatore ha stabilito il divieto di partecipazione alle gare "per gli amministratori muniti del potere di rappresentanza" nei confronti dei quali sia stata emessa sentenza penale di condanna passata in giudicato o decreto penale di condanna.

Infatti, l'art. 38, co. 1, lett. c), prevede espressamente che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, par. 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se

la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima".

A tal proposito, la V sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla sentenza del TAR Campania, Na, n. 2888/2012, relativamente all'obbligo di dichiarazione dell'impresa partecipante alla gara circa il possesso dei requisiti di moralità professionale di soggetti che non rivestono la qualifica formale di amministratori muniti del potere di rappresentanza, come nel caso dei procuratori, sussistendo in tal senso orientamenti giuri-

sprudenziali contrastanti, ha ritenuto di rinviare la questione all'Adunanza Plenaria.

Al fine di comprendere esattamente la natura del contrasto fra due diversi orientamenti giurisprudenziali, uno come si vedrà più legato al dato formale, l'altro a quello sostanziale, e la conseguente impossibilità per il Supremo Consesso di addivenire a una risoluzione della controversia pacifica senza coinvolgere l'organo in seduta plenaria, è opportuno premettere che l'art. 45 della dir. 2004/18/CE, di cui l'art. 38 del d.lgs n. 163/2006 costituisce trasposizione nell'ordinamento nazionale, stabilisce che i candidati e gli offerenti che hanno riportato condanne per fattispecie di reato precisamente individuate, debbano essere esclusi dalla partecipazione alle gare di appalto.

La *ratio* della norma comunitaria è evidentemente quella di evitare che la pubblica amministrazione si trovi ad *"avere a che fare"* con operatori economici dalla dubbia professionalità.

Ebbene, come premesso, la medesima disposizione ha generato due indirizzi totalmente divergenti che l'Adunanza plenaria ha inteso ripercorrere brevemente.

Il primo indirizzo, ritiene che non si debba superare in alcun modo il dato formale dell'art. 38 del codice degli appalti limitando dunque l'obbligo di dichiarare la sussistenza dei requisiti morali e professionali agli *"amministratori muniti del potere di rappresentanza"* come espressamente affermato nella disposizione e *"prevenendo malcerte indagini sostanzialistiche"* non consentite da una norma che, in quanto prescrittiva dei requisiti di partecipazione a una gara, assume carattere eccezionale e non può essere applicata in via analogica a figure non espressamente contemplate, per esempio ai procuratori.

Di contro, secondo altro indirizzo, la *ratio* dell'art. 38 è quella di effettuare un'indagine sulle persone fisiche che operano nell'interesse dell'impresa tentando di evitare che ricadano sull'affidabilità e professionalità di quest'ultima condotte ritenute riprovevoli dall'ordinamento giuridico comunitario e nazionale.

Stando così le cose, si è ritenuto non sufficiente soffermarsi al dato letterale della di-

sposizione, chiedendo dunque che la dichiarazione circa i requisiti morali e professionali sia effettuata esclusivamente dagli *"amministratori muniti di rappresentanza"* bensì di fare riferimento anche a quei procuratori che, in quanto assegnatari di consistenti poteri di rappresentanza dell'impresa, perciò solo *"siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della propria condotta al soggetto rappresentato"*.

Non si può fare a meno di notare, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, che quest'ultimo indirizzo delinea per così dire una zona di discrezionalità valutativa all'amministrazione appaltante, che si troverà a poter selezionare le posizioni dei soggetti tenuti ad assolvere agli obblighi di cui all'art. 38 del codice.

2. Considerazioni conclusive.

Ciò posto, il supremo Consesso in seduta plenaria ha provato a dirimere la suddetta *querelle* ritenendo che l'art. 38 del codice degli appalti con la locuzione *"amministratori muniti del potere di rappresentanza"* *"ha inteso 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"*.

Allo stesso tempo, però, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di dover differenziare dal ruolo dell'amministratore munito di poteri di rappresentanza quello del procuratore ad negozia, figura solo eventuale e non necessaria all'interno dell'assetto della compagine societaria, la quale si trova ad operare nell'interesse della società per oggetto limitato e a soggiacere comunque al controllo di chi gli ha conferito la procura e, per tale motivo, non tenuti a effettuare le dichiarazioni relative ai requisiti di moralità e professionalità.

Risolta in questo modo la questione relativa agli obblighi dichiarativi *ex art. 38* sia per gli amministratori muniti del potere di rappresentanza che per i procuratori *ad negotia*, i giudici non negano che nella prassi societaria si vada gradualmente affermando il consoli-



damento di una figura di terzo genere, ovvero quella di procuratori muniti non solamente di poteri di particolare ampiezza bensì in riferimento ad una pluralità di oggetti tali da considerarli omologhi, se non di spessore superiore, agli amministratori di cui all'art. 38 del codice.

Questi "procuratori speciali" tendono sempre più a rientrare nel raggio di applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 poiché, se da una parte si presentano come amministratori di fatto *ex art.* 2639, co. 1, c.c.; dall'altra, in virtù della procura rilasciatagli, assurgono al ruolo di rappresen-

tante della società anche se limitatamente ad una serie di atti.

In tal caso, dunque, l'elemento risolutore è costituito dalla *lex specialis* che, qualora non contenga alcuna specifica comminatoria al riguardo, autorizza la stazione appaltante a escludere la società solo se effettivamente mancante del requisito in questione e non in via automatica.

Nel caso di specie, non potendosi desumere dal bando di gara alcun onere dichiarativo a carico del procuratore speciale, è da considerarsi illegittimo il provvedimento di esclusione della ditta dalla gara.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. IV, 26.2.2014, n. 936
Appalti - immediata impugnazione del Bando di gara - chiarimenti del Consiglio di Stato.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame richiama l'orientamento interpretativo di cui alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 con il quale si è affermato che l'onere di impugnazione della lex specialis, per l'esigenza che venga ad emersione una lesione immediata, diretta ed attuale e non solo potenziale per effetto del contenuto dell'atto, assume giuridica consistenza solo allorquando il bando contenga clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione; di conseguenza, le clausole del bando o della lettera di invito che onerano l'interessato ad una immediata impugnazione, sono rappresentate (esclusivamente) da quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente; configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (cfr., tra le tante, CdS, V, 4.3.2011 n. 1380 e 21.2.2011 n. 1071 e VI, 24 febbraio 2011 n. 1166). L'onere di immediata impugnazione del bando di gara sorge, quindi, in relazione alle clausole: - concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, che risultino esattamente e storicamente identificate, che siano preesistenti alla gara e non siano suscettibili di poter essere condizionate dal suo stesso svolgimento - che impongano oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara - oppure, ancora, concernenti la previsione di criteri selettivi inapplicabili o di criteri di valutazione incongrui e fonte d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta (ex plurimis: CdS, V, 7.9.2001 n. 4679). Ogni diversa questione riguardante l'illegittimità della procedura di gara può - e deve - essere proposta unitamente agli atti che facciano diretta applicazione delle clausole dimostratesi lesive

(provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Consiglio di Stato Sez.III, 26.2.2014, n. 930
Interdittiva antimafia - fratelli o cugini del capo clan camorristico - estromissione dal contratto d'appalto - respinge.

Nella controversia in esame la misura interdittiva trae motivazione dal rapporto di parentela (fratello) dell'amministratore unico della società con un affiliato al clan dei casalesi con pregiudizi per associazione a delinquere, nonché dalla circostanza che i socio sono inoltre cugini di primo grado del capo del clan camorristico dei casalesi. Dagli atti dell'istruttoria emergono anche frequentazioni con soggetti con pregiudizi per associazione mafiosa. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello annullando le informative prefettizie in quanto "com riguardo alla rilevanza del rapporto di parentela con soggetti risultati appartenenti alla criminalità organizzata, agli effetti dell'inibitoria della costituzione di rapporti contrattuali o di sovvenzione con enti che utilizzano risorse pubbliche, la prevalente giurisprudenza è orientata nel senso che il mero rapporto di parentela (o di affinità), in assenza di ulteriori elementi, non è di per sé idoneo a dare conto del tentativo di infiltrazione, in quanto non può ritenersi un vero e proprio automatismo tra un legame familiare, sia pure tra stretti congiunti, ed il condizionamento dell'impresa, che deponga nel senso di un'attività sintomaticamente connessa a logiche e ad interessi malavitosi (CdS, III, n. 96 del 10.1.2013; n. 4995 del 5.9.2011; sez. VI, n. 5880 del 18.8.2010; n. 3664 del 23.7.2008; n. 3707 del 27.6.2007). Se è infatti vero, in base alle regole di comune esperienza, che il vincolo di sangue può esporre il soggetto all'influsso dell'organizzazione, se non addirittura imporre (in determinati contesti) un coinvolgimento nella stessa, tuttavia l'attendibilità dell'interferenza dipende anche da una serie di circo-



stanze ed ulteriori elementi indiziari che qualificano, su un piano di attualità ed effettività, una immanente situazione di condizionamento e di contiguità con interessi malavitosi. Si è, in particolare, ritenuto che l'eventuale attività pregiudizievole posta in essere da un genitore non può riverberarsi automaticamente sull'attività imprenditoriale del figlio, perché altrimenti quest'ultimo sarebbe, senza sua colpa, nell'impossibilità di poter svolgere attività lecite costituzionalmente tutelate. L'applicazione automatica della misura interdittiva rappresenterebbe inoltre un irragionevole ostacolo al ripristino di un regime di vita lavorativa improntato al rispetto della legge nelle aree geografiche del Paese contraddistinte dalla forte presenza di organizzazioni criminali (CdS, VI, n. 5866 del 25.11.2009). Atteso che il vincolo di parentela – per le ragioni innanzi indicati – non può da solo assurgere ad elemento significativo del pericolo di condizionamento mafioso, l'accertata esistenza dello stesso non appare corroborata da elementi significativi di un'attuale contiguità con i soggetti gravati da pregiudizi penali. L'ascritta frequentazione è, invero, ricondotta a due soli riscontri, risalenti del tempo e non accompagnati da specifiche circostanze idonee ad evidenziare l'ingerenza nell'attività di impresa. Per di più l'appellante pone in rilievo l'intervenuto arresto di due dei tre fratelli, con disarticolazione del sodalizio al quale l'informativa ascrive il potenziale condizionamento dell'impresa, sopravvenienza che non risulta presa in considerazione dalla misura di rigore da ultimo adottata nel marzo 2012. Quanto al richiamo nella sentenza appellata ad un contatto cui si ascrivono pregiudizi per il reato di riciclaggio, i riscontri documentali versati in giudizio dall'appellante (certificato generale del casellario giudiziario e certificato dei carichi pendenti) hanno tuttavia escluso l'esistenza a carico del predetto di condanne e di procedimenti in corso in sede penale, in disparte la circostanza che a detta frequentazione non risulta essere stato dato rilievo ai fini dell'adozione della misura di rigore. I canoni di proporzionalità della misura adottata al fine di interesse pubblico perseguito e di ragionevole bilanciamento dell'elevazione della soglia di prevenzione con le situazioni di diritto soggettivo incise inducono all'accoglimento dell'appello – non emergendo allo stato elementi significativi di interferenza nell'attività di impresa, ovvero intrecci societari e di parteci-

pazione al capitale da parte di altre imprese e soggetti collusi – fatto salvo ogni provvedimento dell'amministrazione in presenza di nuovi riscontri che si configurino idonei, su un piano di attualità ed effettività, a suffragare il giudizio prognostico del pericolo di infiltrazione mafiosa.

Consiglio di Stato Sez. IV, 20.2.2014, n. 781
Appalti di lavori o servizi e concessioni di servizi pubblici - ricorso alla trattativa privata - estrema urgenza nel provvedere - sussistenza di presupposti d'ordine tecnico impedimento ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale.

Costituisce principio pacifico che in ogni caso di appalti di lavori o di servizi, di concessioni di pubblici servizi, ma in linea generale per ogni contratto, il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto in limiti ristretti e coincidenti con l'impossibilità, per la p.a., di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza nel provvedere ovvero in relazione alla sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale (tra tante, CdS, V, 12.9.2012, n. 4842)".

Consiglio di Stato Sez. IV, 20.2.2014, n. 790
Procedure ad evidenza pubblica - Consiglio di Stato - casi che configurano una responsabilità precontrattuale a carico della Pubblica Amministrazione.

In linea generale e in punto di diritto, la responsabilità precontrattuale consiste nella violazione del dovere di buona fede e correttezza durante la fase delle trattative (art. 1337 c.c.), ormai ritenuto pacificamente applicabile anche alla Pubblica Amministrazione. Costituisce violazione della buona fede il c.d. recesso ingiustificato, che si configura quando chi ha creato nella controparte un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto recede, anche incolpevolmente, provocando un danno. Integra gli estremi della responsabilità precontrattuale altresì la situazione in cui una parte, conoscendo o dovendo conoscere la esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra, che confidava nella sua validità (art. 1338 c.c.) Altra ipotesi in cui si ravvisa fattispecie di responsabilità precontr-

trattuale (sottoposta alla Adunanza Plenaria n.920 del 7.3.2005) è quella in cui incorre la stazione appaltante che, indetta la gara e avvedutasi successivamente di motivi negativi (sopravvenuta carenza di fondi) prosegue nella gestione della procedura senza informare i partecipanti, per poi revocare l'aggiudicazione. Il danno, in tal caso, si è detto, non è causalmente riconducibile al doveroso e legittimo esercizio del potere di autotutela (annullamento, revoca o ritiro che sia), ma trova la sua causa nella condotta omissiva tenuta dall'amministrazione nella gestione della gara. La revoca degli atti di gara è stata disposta dalla stazione appaltante nell'esercizio dei poteri di autotutela e sotto tale profilo l'appellante non contesta la legittimità della revoca. Ha chiarito la giurisprudenza (CdS, VI, 15.3.2012, n.1440) che in caso di revoca legittima degli atti della procedura di gara può sussistere una responsabilità precontrattuale della P.A. nella ipotesi di affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi, in quanto l'impresa può aver confidato sulla possibilità di diventare affidataria e, ancor più, in caso di aggiudicazione intervenuta e poi revocata, sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso. E' quindi ammessa – e anzi è proprio il caso di scuola – la responsabilità precontrattuale della parte pubblica nel caso in cui la interruzione della procedura di gara sia stata ritenuta legittima e anzi doverosa per sopravvenuta valutazione dell'interesse pubblico (per esempio, sopravvenuta mancanza di finanziamenti). In tali ipotesi (così CdS, V, 7.9.2009, n.5245) ai fini della responsabilità precontrattuale non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nell'ultimo provvedimento amministrativo, ma della correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti contraenti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c., tanto è vero che l'art. 1337 è invocabile anche quando vi sia stata la stipulazione del contratto. Con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, tale responsabilità può configurarsi sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale sia in caso dell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia e in particolare: a) in caso di revoca

della indizione e della aggiudicazione per esigenze di ampia revisione del progetto disposta dopo vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera per mutate condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento di ufficio degli atti di gara per vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente alla aggiudicazione definitiva o che avrebbe dovuto rilevare all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione o rifiuto di stipulare il contratto per mancanza di fondi. In tutti tali casi, se la diversa valutazione dell'interesse pubblico è stata dovuta a carenze gestionali o di attenzione sin dall'inizio della indizione della procedura di gara, sussistono gli estremi della responsabilità precontrattuale. In punto di fatto, nella fattispecie esaminata, la revoca, piuttosto che annullamento, della aggiudicazione (delle aggiudicazioni) è stata disposta per due sostanziali ragioni, che secondo il primo giudice, sarebbero ampiamente condivisibili elidendo possibili responsabilità: lo schema di contratto che prevedeva due separate localizzazioni del sistema impiantistico non realizzava economie di scala, determinando a carico dei Comuni non sostenibili oneri economici; a valle della procedura selettiva i Comuni interessati avevano manifestato la loro assoluta indisponibilità alla localizzazione dell'intervento sul loro territorio. Il Collegio, ritenendo tali ragioni ampiamente prevedibili secondo la ordinaria diligenza, osserva che è pacifica la responsabilità della pubblica amministrazione in caso di evidente negligenza nella progettazione dell'opera da eseguire. Sotto il profilo della colpa evincibile in generale secondo la definizione dell'art. 43 c.p., definizione che il codice civile presuppone e indirettamente richiama, in tema di responsabilità civile della p.a. nell'esecuzione di un'opera pubblica, ad escludere l'antigiuridicità del fatto e la colpa dell'amministrazione per i danni arrecati a terzi non basta la circostanza che quest'ultima abbia seguito correttamente il complesso iter tecnico-amministrativo previsto dalla legge per l'esecuzione dell'opera pubblica, poiché l'esito favorevole dei vari controlli non esime la p.a. dal dovere di seguire anche le regole tecniche e di comune prudenza e diligenza allo scopo di non ledere l'incolumità e il patrimonio di alcuno. Essendo questi i principi applicabili al caso di specie, non può non concludersi che, per una amministrazione diligente, la mancata considerazione iniziale delle diseconomie di scala a



causa delle due separate localizzazioni e il mancato previo coinvolgimento (se non addirittura il previo assenso) dei Comuni interessati, costituiscono gravi negligenze rispetto al dovere di diligenza professionale (arg. ex art. 2236 c.c.) applicabile anche all'attività della pubblica amministrazione. Tali negligenze sono attribuibili a evidenti carenze progettuali e professionali riconducibili al momento della formazione della volontà contrattuale iniziale all'interno dell'amministrazione. E' evidente che le ragioni del ripensamento sono state poi giustificate dall'amministrazione con la sopravvenuta insorgenza di tali problematiche, che potevano anche essere nel tempo superate, ma è altresì evidente che esse erano ampiamente ex ante prevedibili, secondo il metro della ordinaria diligenza amministrativa. Sussistono pertanto gli estremi della colpa o negligenza quale elemento soggettivo. Con riguardo alla quantificazione del danno risarcibile, è costante l'orientamento per cui in caso di responsabilità precontrattuale spetta il solo interesse negativo, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative (non alla lesione del contratto); il danno risarcibile è quindi unicamente quello consistente nella perdita derivata dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (interesse negativo). La differenza in negativo del patrimonio attiene all'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili e dispendiose, non già all'interesse alla positiva esecuzione dei doveri contrattuali. Come chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (3380 del 2008) nella sua più autorevole espressione, dopo la "legittima" revoca dell'aggiudicazione può residuare lo spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa (cfr. Ap. n. 6 del 2005). Perché sussista una tale responsabilità precontrattuale occorre però, da un lato, che il comportamento tenuto dalla P.A. risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del c.c.; dall'altro, che lo stesso comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro. Peraltro, come è regola nel caso della responsabilità precontrattuale, delimitando il quantum, il risarcimento riguarda il

solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata. Inoltre, la regola generale dell'onere probatorio, secondo cui spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti su cui fonda la pretesa avanzata, trova infatti integrale applicazione nel giudizio risarcitorio, nel quale non ricorre quella disegualianza di posizioni tra amministrazione e privato che giustifica nel giudizio di legittimità l'applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo. In caso di responsabilità precontrattuale, il danno va risarcito nei limiti dell'interesse negativo, che include soltanto le spese sostenute per la partecipazione alla gara ed, eventualmente, la perdita della cd. chance contrattuale alternativa. Non meritano, quindi, risarcimento le voci che fanno riferimento all'interesse cd. positivo (l'interesse all'esecuzione dell'appalto), che attengono, appunto, alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto. Tra tali voci di danno non risarcibile vi è quella relativa al cd. danno curriculare, preteso dall'appellante. Non spetta il preteso danno curriculare, in quanto nell'ambito della responsabilità precontrattuale, esso non attiene all'interesse negativo, ma più propriamente all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa. Il cd. danno curriculare può, infatti, essere definito come il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del "curriculum" professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto. La responsabilità precontrattuale della p.a. non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento, e presuppone la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative, in quanto l'art. 1337 c.c. pone in capo alla p.a. obblighi analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali. Il danno derivante dalla violazione di tali regole è limitato al cd. interesse contrattuale negativo, consistente nel ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla gara e di una percentuale equitativa delle spese generali di impresa, e nel ristoro per la perdita - adeguatamente documentata - di altre favorevoli occasioni contrattuali, con esclusione del dan-

no cd. curriculare. Al fine della dimostrazione del danno da perdita di chance, è necessario e sufficiente che la parte documenti la rinuncia a diverse proposte contrattuali, accettate da altre ditte, senza dar conto di una struttura di impresa tale da impedire di essere contemporaneamente impegnata su più fronti, in quanto la scelta di non impegnarsi su più cantieri esprime un uso lineare e corretto della diligenza imprenditoriale. Nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, cioè che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale. Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, il c.d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all'interesse negativo ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa. Il c.d. danno curriculare può, infatti, essere definito come il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto. Con riguardo alla quantificazione del danno la parte appellante pretende le seguenti voci di danno: 1) la partecipazione alle due gare per costi vivi è costata euro 42.530,00 per asseverazioni, relazioni idrogeologiche, di impatto ambientale, stampe, progetti, cartografie; 2) ulteriori costi per euro 37.562,14 per relazione di impatto acustico, spese notarili, progettazione, flottaggio e stampe, polizze fidejussorie, rilievo celerimetrico, relazione geologica, perizia e progettazione economica; 3) le spese sostenute a titolo di onorari per l'ing. Fernando Tramonte pari ad euro 336.072,97; per l'ing. Luigi Putignano pari ad euro 253.801,66; per l'ing. Carmine Carella, pari ad euro 368.253,02, per l'attività professionale di questi tre ingegneri per la predisposizione del progetto, tenendo conto che il valore dell'impianto, di natura complessa, è di circa venti milioni di euro; 4) per spese di giudizio amministrativo (per il giudizio che le ha consentito la riammissione in gara) sono documentate spese per euro 26.000,00; 5) i costi della struttura aziendale (servizi generali, gestione dell'immobile sede della società e per gli ammortamenti) in funzione della gara poi annullata, costi ammontanti a euro 1.100.000,00; 6) il danno c.d. curriculare, per la misura del tre per cento del valore dell'appalto (e quindi 576.270,00 su euro 19.209.000,00). Con ri-

guardo al danno curriculare, valgono le considerazioni sopra riportate sulla non dovutezza in caso di interesse contrattuale negativo. Sono certamente dovute le voci vive per la partecipazione alle due gare e quindi: circa 80.000 complessivi (42.530,00 e 37.562,14) per relazioni e altro. Non sono dovute le spese per i giudizi amministrativi, in quanto, per definizione, esse sono compensate dalla eventuale condanna alle spese di giudizio. In relazione a quanto preteso per la prestazione dei tre professionisti ingegneri, da un lato si ritiene di ridurre alla pretesa per un solo ingegnere responsabile del progetto e dall'altro lato, in assenza di contestazioni da parte dell'amministrazione, non può non riconoscersi quantomeno il minore degli importi professionali riferiti ad uno dei tre ingegneri (e per ciò euro 253.000,00 circa).

Consiglio di Stato Sez. III, 29.1.2014, n. 454
Farmacie - revisione della pianta organica - istituzione nuove sedi farmaceutiche, in applicazione dell'art. 104 del r.d. 1265/1934 - analitica motivazione calibrata sulle singole situazioni locali - diniego.

Il Consiglio di Stato ribadisce nella sentenza in esame il principio a tenore del quale Consiglio "le scelte programmatiche compiute in sede di revisione della pianta organica delle farmacie e, in particolare, le decisioni di istituire nuove sedi farmaceutiche, in applicazione dell'art. 104 del r.d. 1265/1934, non necessitano di una analitica motivazione calibrata sulle singole situazioni locali (CdS, V, 30.9.2009, n. 5895), precisando che la motivazione di un provvedimento come quello in esame non va ricercata solo alla luce delle scarse espressioni contenute nell'atto conclusivo, ma negli atti dell'istruttoria, che nel caso della revisione della pianta organica delle farmacie è condotta nell'ambito di un procedimento articolato e complesso, aperto alla partecipazione degli enti locali e di quelli esponenziali delle categorie professionali interessate (CdS, V, 16.2.2009, n. 846)".

Consiglio di Stato Sez. V, 27.12.2013, n. 6271
Procedure di gara - anche per l'amministratore cessato dalla carica dopo la pubblicazione del bando deve essere presentata la dichiarazione di moralità.

Rispetto agli obblighi di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, la data della pubblicazio-

ne del bando di gara costituisce il discrimine temporale che definisce sia i soggetti in carica sia quelli cessati, imponendo le dichiarazioni di rito ad entrambe le categorie con riferimento quindi tanto alla situazione esistente a quella data quanto a quella antecedente. Tale onere dichiarativo rimane quindi indifferente al mutamento, dopo il giorno di pubblicazione dell'atto indittivo, delle persone nelle cariche sociali e negli incarichi previsti dalla norma (in termini cfr. TAR Puglia, Ba, I, 6.7.2011, n. 1022; TAR Puglia, Le, 23.1.2012, n. 1134). Ne consegue ad avviso del Consiglio di Stato che è priva di consistenza giuridica la tesi dell'appellante secondo la quale il soggetto cessato dalla carica nel periodo tra l'indizione del bando e la presentazione dell'offerta non sarebbe tenuto a rendere la dichiarazione del pregiudizio penale. Tale prospettazione presuppone l'esistenza di una vacatio tra l'indizione del bando e la presentazione dell'offerta, una specie di zona neutra che non trova ragione né nella ratio della norma né nell'interpretazione letterale, atteso che la norma non individua i soggetti tenuti alla dichiarazione del pregiudizio penale esclusivamente in coloro che sono amministratori muniti di poteri rappresentativi al momento dell'offerta, sicché non può che farsi riferimento alla data di indizione del bando. Conclude il Collegio che la società appellante avrebbe do-

vuto presentare la dichiarazione di moralità dell'amministratore cessato dalla carica dopo la pubblicazione del bando di gara, dovendosi interpretare il richiamo all'art. 38 operato dal disciplinare di gara come comprensivo di tale obbligo. Parimenti priva di fondamento è la tesi difensiva con cui controparte sostiene che l'omessa dichiarazione potesse essere sanata dalla produzione in giudizio del certificato del casellario giudiziale nel quale non risultano annotate condanne a carico del suddetto amministratore. La teoria del c.d. "falso innocuo", cui fa riferimento l'appellante, non può operare laddove trattasi di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando a pena di esclusione. D'altra parte non è ravvisabile nella lex di gara alcuna carenza che possa aver indotto in errore circa l'obbligo della dichiarazione, sì da giustificare una tardiva produzione documentale. Invero la ricorrente si sofferma sulla disposizione della lex di gara riguardante la dichiarazione dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando e non considera i soggetti in carica alla data di pubblicazione del bando. Sono di conseguenza non pertinenti i richiami contenuti in ricorso a quella giurisprudenza che ammette l'integrazione delle dichiarazioni rese in conformità del bando e dei moduli da essa predisposti, riguardando fattispecie del tutto diverse da quella qui in questione.

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PREVENZIONE INFORTUNI: AVVIATA LA CAMPAGNA 2014 SUL RISCHIO DA SCIVOLAMENTO ED INCIAMPO

Il Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali ha promosso una campagna informativa straordinaria, patrocinata dal "comitato degli alti responsabili degli Ispettorati del lavoro" (SLIC) inerente gli infortuni sul rischio da scivolamento inciampo e cadute in piano. Tale iniziativa è stata intrapresa dalla Direzione Generale Attività Ispettiva del Ministero Lavoro unitamente ad un gruppo di lavoro appositamente costituito di cui fanno parte i rappresentanti di diversi Paesi guidati dall'Estonia ovvero: Irlanda Polonia Danimarca e Regno Unito, affiancati da rappresentanti dell'Agenzia Europea per la sicurezza e salute sul lavoro. La campagna in argomento utilizzerà un software interattivo dedicato sulle cause che conducono a tali sinistri e sulle possibilità di prevenzione. (Comunicato del Ministero del Lavoro del 18.3.2014).

«..... GA.....»

LA NUOVA MAXISANZIONE PER IL LAVORO NERO: I CHIARIMENTI DEL MINISTERO DEL LAVORO

La l. n. 9/2014, entrata in vigore il 22 febbraio u.s., di conversione del d.l. n. 145/2013 ha previsto una maggiorazione delle sanzioni amministrative per l'occupazione di lavoratori in nero, per la violazione della disciplina in materia di durata media dell'orario di lavoro e di riposi giornalieri e settimanali nonché una maggiorazione delle "somme aggiuntive

" da versarsi ai fini della revoca del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale. Il Ministero del lavoro ha emanato un'apposita circolare diretta a indicare le novità introdotte dal legislatore in sede di conversione nella commisurazione degli importi sanzionatori da applicare in relazione al tempo di commissione dell'illecito (Circolare del Ministero del Lavoro n. 5 del 4.3.2014)

«..... GA.....»

INPS: DURC INTERNO, VERIFICA SULLA LEGITTIMITÀ DELLE AGEVOLAZIONI CONTRIBUTIVE

L'Istituto Nazionale di Previdenza, con il messaggio n. 2889 del 27/2/2014, ha inteso promuovere un controllo straordinario nel periodo gennaio 2008 – maggio 2014 relativamente al regolare possesso del "Durc interno" (obbligatorio per i datori di lavoro) al fine di essere destinatari degli incentivi/agevolazioni contributive. Il monitoraggio avverrà in più fasi (maggio, giugno, settembre, 2014) e sarà finalizzato a riscontrare se i fruitori delle agevolazioni avessero eventualmente prodotto irregolarità, ovvero inadempienze sugli obblighi previdenziali e quindi essere invitati a sanare entro il termine di 15 giorni la propria posizione, in mancanza della quale scatterebbe l'automatica esclusione dai bonus e conseguente recupero delle somme beneficiarie assommate alle relative sanzioni. Il funzionamento innovato del Durc interno, attuato autarchicamente da parte dell'Inps, si sostanzia ora nella cosiddetta accensione semaforica (collegata al

cassetto previdenziale aziende) verde, gialla, rossa, rispettivamente per indicare la situazione di Durc regolare, Durc irregolare con avvio richiesta regolarizzazione, Durc negativo in assenza di regolarizzazione. Tali controlli, entrando a regime, verranno effettuati con cadenza mensile. Le aziende avranno la possibilità di verificare l'esattezza della propria posizione nel cosiddetto "cassetto previdenziale" accedendo alla sezione "regolarità contributiva", con un'altra funzione, prevista sempre nel cassetto, le aziende avranno anche la possibilità di verificare le motivazioni del non riconoscimento dei benefici sulle contribuzioni. In passato, di contro, era il datore di lavoro che provvedeva a dichiarare il possesso della regolarità contributiva al momento della richiesta incentivi. La suddetta innovazione, introdotta dall'Inps, si inquadra nell'ottica dell'efficientamento dell'apparato nonché della sburocrazia e agevolazione dell'utenza che accede a servizi offerti dalla Pubblica Amministrazione. (Messaggio INPS n. 2889 del 27.2.2014).

«..... GA.....»

TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE: TROPPE SEGNALAZIONI DI INADEMPIMENTO, L'A.N.A.C. IMPLEMENTA LE RISORSE UMANE PER LA VIGILANZA SUGLI OBBLIGHI DI PUBBLICAZIONE NEI SITI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

L'Autorità Anticorruzione (A.N.A.C.) cerca collaboratori per il supporto all'attività di vigilanza sull'adempimento degli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 33/2013, in particolare delle attestazioni degli OIV, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 150/2009, e dei siti delle amministrazioni pubbliche per le quali sono pervenute all'Autorità segnalazioni di presunte violazioni del d.lgs. n. 33/2013 (Avviso A.N.A.C. del 22.1.2014).

«..... GA.....»

MINISTERO DEL LAVORO: PUBBLICATO IL NUOVO CODICE DI COMPORTAMENTO AD USO DEGLI ISPETTORI DEL LAVORO

Con il d.m. del Ministero del Lavoro del 15.1.2014 è stato emanato il nuovo Codice di comportamento ad uso degli Ispettori del lavoro. Tale Codice sostituisce il precedente adottato con Decreto Direttoriale del 20.4.2006. Il suddetto codice integra i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta già presenti nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al recente d.P.R. n.62/2013. Il codice risponde, altresì, all'esigenza di definire e diffondere principi guida per un corretto e uniforme comportamento del corpo ispettivo nell'esercizio delle funzioni istituzionali. (Comunicato del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 21.1.2014).

«..... GA.....»

IL GARANTE BOCCIA IL FAR WEST DEL MERCATO DEL LAVORO VIA INTERNET

Intervento a tutela di migliaia di aspiranti lavoratori iscritti ad un sito web. Maggiore trasparenza e correttezza nel mercato del lavoro via Internet. E' quanto chiede il Garante privacy che ha vietato [doc. web n. 2865637] ad una società l'uso dei dati personali di oltre 400 mila aspiranti lavoratori raccolti e gestiti in modo illecito. La società che svolgeva attività di intermediazione attraverso il proprio sito web senza la prescritta autorizzazione ministeriale, non aveva neppure conferito, come necessario, i dati dei candidati a Cliclavoro, il portale del Ministero del lavoro che costituisce la Borsa continua nazionale del lavoro. L'azienda raggiunta dal divieto del Garante non si limitava a mettere a disposizione una mera "bacheca digitale" in cui rendere pubbliche le offerte di lavoro e le candidature, ma offriva veri e propri servizi di intermediazione (consultazione di un database con centinaia di migliaia di curriculum, comunicazione di informazioni sui candidati, invio di offerte di lavoro "su misura", ecc.). Un'attività effettuata, peraltro, senza fornire agli utenti che si registravano al sito una informativa trasparente con l'indicazione di tutte le operazioni realmente svolte. La grave situazione è emersa nel corso di verifi-

che ispettive disposte dall'Autorità a seguito di alcune segnalazioni in cui si lamentavano irregolarità nel trattamento dei dati personali. I candidati denunciavano il fatto che per poter completare la procedura di registrazione al sito e concorrere così alle offerte di lavoro erano obbligati a dare il consenso, tramite un'opzione preselezionata, alla ricezione di informazioni promozionali per posta, telefono, email, sms. Alla luce delle verifiche svolte il Garante, oltre ad inibire l'uso dei dati raccolti senza autorizzazione, ha dichiarato illeciti e ha vietato anche questi trattamenti perché effettuati in violazione della norma del Codice privacy che garantisce a chiunque la possibilità di esprimere un consenso libero e informato per ogni tipo di operazione che la società intende svolgere. Dopo l'intervento del Garante la società non potrà più utilizzare le informazioni raccolte né per attività di intermediazione né per attività promozionali. I dati potranno essere solo conservati in vista di un'eventuale acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria o per la tutela dei diritti in sede giudiziaria. L'Autorità si è riservata l'applicazione di una sanzione amministrativa per l'inidonea informativa agli utenti. Il provvedimento è stato inviato al Ministero del lavoro per le valutazioni di competenza (Comunicato del Garante della Privacy del 16.1.2014).

«..... GA.....»

LAVORO NERO: DISPOSIZIONI APPLICATIVE DEL MINISTERO DEL LAVORO SULLE INNOVAZIONI INTRODOTTE CON L'ART.14 D.L. N.145/2013

Il Ministero del Lavoro, con sua Circolare emanata dalla Direzione Generale Attività Ispettiva in data 27.12.2013, ha inteso fornire prime indicazioni sull'applicazione dell'art.14 del d.l. 145/2013. In particolare per quanto attiene il sostanziale aumento dell'importo delle sanzioni amministrative connesse all'impiego di lavoratori in nero, l'aumento delle sanzioni per violazioni inerenti la durata giornaliera delle prestazioni di lavoro, i riposi giornalieri e settimanali. Specificamente, con detta circolare è stato disposto di procrastinare la "notifica" (ancorché possibile entro i 90 giorni dall'accertamento) dei relativi verbali ispettivi, per violazioni poste in essere successivamente alla data del 24.12.2013, ad una data susseguente la conversione in legge del citato dl, ciò al fine di operare in costanza di definitiva efficacia della disposizione contemplata nell'art. 14 dello stesso (Circolare del Ministero del Lavoro).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

I TRASFERIMENTI D'AUTORITÀ ED I TRASFERIMENTI A DOMANDA NELLE FF.AA. E NELLE FORZE DI POLIZIA

dell'Avv. Fabrizio Casella

I provvedimenti di trasferimento d'autorità sono qualificabili come ordini, rispetto ai quali l'interesse del militare a prestare servizio in una sede piuttosto che in un'altra assume, di norma, una rilevanza di mero fatto, che non abbisogna di una particolare motivazione nè di particolari garanzie di partecipazione preventiva, quale è quella di cui all'art.7 L.241/90.

The measures of transfer of authority are classified as orders in respect of which the interest of the military to serve in a home rather than another generally assume a significance of mere fact, that does not need a particular motivation neither of particular guarantees of prior participation, which is that under Article 7 L.241/90.

Sommario: 1. Introduzione. Il comando, il distacco e la trasferta. 2. I trasferimenti d'autorità ed i trasferimenti a domanda nelle FF.AA. e nelle Forze di Polizia. Discrezionalità. 3. Limiti alla discrezionalità amministrativa. Profili di illogicità, incongruità, contraddittorietà.

1. Introduzione. Il comando, il distacco e la trasferta.

Prima di procedere alla disamina sistematica dei provvedimenti di trasferimento, sia essi d'autorità che a domanda, molto spesso nel linguaggio comune detto termine viene utilizzato, impropriamente, anche per descrivere fattispecie totalmente differenti come il comando ed il distacco.

Ed invero a norma dell'art. 56 T.U. 3/57 rubricato "Comando presso altra amministrazione": "l'impiegato può essere comandato a prestare servizio presso altra amministrazione statale o presso enti pubblici, esclusi quelli sottoposti alla vigilanza dell'amministrazione cui l'impiegato stesso appartiene. Il comando è disposto, per tempo determinato e in via eccezionale, per riconosciute esigenze di servizio o quando sia richiesta una speciale competenza".

La nozione di comando, quindi, descrive il fenomeno per cui l'impiegato pubblico viene temporaneamente a prestare servizio presso altra Amministrazione o presso altro ente

pubblico e importa da un lato, l'obbligo di prestare servizio presso un ufficio od un ente diverso da quello di appartenenza e, dall'altro, la dispensa dagli obblighi di servizio presso l'Amministrazione di origine.

Il collocamento nella posizione di comando deve essere considerato un istituto di carattere eccezionale per cui l'Amministrazione procedente, vi può ricorrere solo di fronte ad esigenze straordinarie che ne giustificano l'adozione.

Corollario di ciò è che il dipendente comandato ad altra amministrazione non acquisisce un nuovo rapporto di impiego, né modifica quello originario, restando sottoposto alla pregressa regolamentazione giuridica dell'ente di provenienza con l'unica variante della prestazione di fatto del servizio a favore di un'amministrazione diversa sostituendosi, quest'ultima solo nell'esercizio dei poteri di supremazia gerarchica.

Distinta dal comando è la fattispecie relativa al provvedimento di distacco e si distingue dal primo poiché l'impiegato non viene

assegnato ad una pubblica Amministrazione diversa da quella di appartenenza, ma temporaneamente, ad un ufficio diverso da quello nel quale è formalmente incardinato, ma comunque dall'Amministrazione datrice di lavoro.

Si distingue poi il distacco dalla trasferta per la circostanza che quest'ultima, che comporta anch'essa un'assegnazione temporanea del dipendente ad una sede diversa da quella abituale, è disposta nell'interesse e su disposizione unilaterale dell'Amministrazione precedente.

2. I trasferimenti d'autorità e i trasferimenti a domanda nelle FF.AA. e nelle Forze di Polizia. Discrezionalità.

I provvedimenti di trasferimento, a differenza del comando e del distacco, comportano un radicale mutamento definitivo del luogo di lavoro da parte del pubblico dipendente.

I trasferimenti a loro volta, si distinguono in trasferimenti a domanda ed in trasferimenti d'autorità.

I primi sono caratterizzati da una iniziativa del dipendente che, in relazione a sue particolari esigenze di natura privata o di natura professionale, avanza alla propria Amministrazione una istanza di movimentazione.

Si instaura quindi un procedimento amministrativo, su iniziativa di parte, a fronte del quale l'Amministrazione, nel valutare le esigenze rappresentate dal dipendente, dovrà nel contempo verificare che le stesse non siano in contrasto con i propri aspetti organizzativi.

Di tutt'altra natura sono invece i trasferimenti d'autorità ossia quei provvedimenti mediante i quali l'Amministrazione dispone che un militare venga assegnato d'ufficio e per esigenze di servizio ad un'altra sede.

Detti provvedimenti fanno parte della tipologia degli ordini, e sono adottati molto spesso dalle Amministrazioni militari, in relazione ad esigenze strettamente organizzative e di servizio.

Dette esigenze sono poi connotate da un'ampia discrezionalità, a fronte delle quali, la posizione del singolo militare, quanto alle sue esigenze personali e professionali è senz'altro recessiva, con la conseguenza che dette scelte possono avvenire solo nei limiti

della oggettiva irrazionalità delle stesse.

I limiti di cui sopra pertanto, si riverberano evidentemente sul piano della motivazione dell'ordine stesso, non rinvenendosi a carico dell'Amministrazione uno specifico onere motivazionale, risultando sufficiente l'esternazione, nel provvedimento, delle esigenze di servizio.¹

In sostanza i provvedimenti di trasferimento d'autorità sono qualificabili come ordini, rispetto ai quali l'interesse del militare a prestare servizio in una sede piuttosto che in un'altra, assume una rilevanza di mero fatto, che non abbisogna di una particolare motivazione né di particolari garanzie di partecipazione preventiva, quale è quella di cui all'art.7 l. n. 41/90.²

La non necessità della motivazione nel provvedimento di trasferimento dipende dalla circostanza che, in tale ambito, l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente su altri eventuali interessi del militare.

Comunque, in ogni caso, proprio in virtù dei limiti alla discrezionalità menzionati, l'ordinamento militare non si trova in una posizione di separatezza ed isolamento e quindi sottratto ai principi ed alle regole dell'ordinamento repubblicano, né quindi è impermeabile al sindacato del Giudice, qualora non vi siano appunto ragioni discriminatorie, o profili di incongruità ed irrazionalità³.

Fermo quanto sopra esposto, il CdS, con la sentenza n. 8018/2010 sezione quarta, ha anche affermato che i principi propri dell'ordinamento militare devono comunque correlarsi all'affermazione, di fonte costituzionale (art. 52 co. 3 della Costituzione) che l'ordinamento militare, per quanto caratterizzato per sua natura, da uno speciale rapporto di gerarchia e da marcato obbligo di obbedienza, si conforma anch'esso, e non potrebbe essere altrimenti, allo spirito democratico della Repubblica con la conseguente necessità, anche per l'Amministrazione della difesa, di osservare i principi ed i criteri che connotano il modo d'essere di tutti i rapporti tra

¹ In tal senso cfr. Cds, IV, n.4651/09.

² Cfr. CdS, IV, 15.2.2013, n. 926/13; CdS, IV, 21.5.2010, n.3227; CdS, IV, 24.4.2009, n. 2642.

³ Cds, IV, 10.6.2010, n. 3695

Stato e cittadini.

Pertanto il sindacato del Giudice dovrà svolgersi tenendo conto delle peculiarità dell'argomento trattato, tra le quali la non sussistenza, di norma, di un interesse particolarmente tutelato alla sede di servizio del militare; sicchè ove non vi siano a monte del trasferimento, ragioni discriminatorie o vessatorie o macroscopicamente incongrue od illogiche, stante l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, prevale l'interesse pubblico.

Altro discorso meriterebbero i trasferimenti a domanda nei quali è il militare stesso a chiedere di essere trasferito in altra sede.

A tal riguardo non vi è dubbio, diversamente dal trasferimento di autorità, sull'applicabilità della normativa che disciplina il procedimento amministrativo e dunque al rispetto dei principi base, posti dalla l. n. 241/90 (responsabile del procedimento, obbligo di motivazione, termine, partecipazione e diritto di accesso).

Tale assunto, comunque, a seguito di alcune pronunce del Consiglio di Stato non è così pacifico come sembra.

Infatti si sta facendo strada, in alcune pronunce del Consiglio di Stato, un diverso orientamento per cui anche i trasferimenti a domanda subiscono dei limiti.⁴

In particolare, in tale pronuncia si sostiene quanto segue: *"Sono state più volte sottolineate da questo Consiglio di Stato la natura e la specialità degli atti riguardanti il trasferimento dei militari e le determinazioni che riguardano la mobilità del personale organico delle FF.AA, risponde a dei fini strettamente organizzativi, per cui, anche in presenza di trasferimenti a domanda, gli atti che definiscono tali istanze, quanto alla normativa di riferimento, subiscono alcuni limiti nel senso che ad essi non appare applicabile tout court la normativa di tipo garantista dettata dalla legge sul procedimento amministrativo e se così è, nella specie, non appare configurabile a carico del provvedimento negativamente assunto il vizio di mancata comunicazione delle ragioni ostative"*.

3. Limiti alla discrezionalità ammini-

⁴ Cds, IV, 23.4.2013, 2261.

strativa nell'ambito dei trasferimenti. Profili di illogicità, incongruità, contraddittorietà.

La discrezionalità amministrativa, comunque, non può tradursi in arbitrio ma incontra dei limiti che possono formare oggetto di censura e pertanto valutabili dal Giudice.

Quindi il Giudice amministrativo è tenuto, in fase di disamina del ricorso con il quale si impugna un provvedimento di diniego al trasferimento, a verificare se esistano dei profili di illogicità, incongruità o contraddittorietà del provvedimento impugnato sulla base dei quali accogliere la domanda del ricorrente.

A tal proposito molteplici sono i pronunciamenti sia dei TAR che del Consiglio di Stato in merito.

Frequentemente i provvedimenti che vengono impugnati sono affetti da profili di illogicità e contraddittorietà quando ad esempio non spiegano, né argomentano compiutamente, le ragioni per le quali, pur in presenza di pareri favorevoli al trasferimento ci si discosti da quelli senza darne contezza nelle motivazioni.⁵

Altre volte invece i profili di contraddittorietà e di illogicità possono essere rinvenuti nelle ipotesi in cui, ad esempio in tema di incompatibilità ambientale, l'Amministrazione procedente non abbia provveduto ad una congrua verifica della effettiva situazione di incompatibilità, in merito ad attività ritenute minimali⁶.

Pertanto da quanto sopra esposto discende che nei casi in cui i provvedimenti di diniego al trasferimento siano affetti dalle c.d. forme sintomatiche dell'eccesso di potere, ossia contraddittorietà, illogicità e incongruità il Giudice non può non annullarli con ogni conseguenza che ne deriva.

⁵ Cfr. TAR Lazio, Lt, n. 356/2013

⁶ Cfr. Cds IV, 6.3.2012, R.G. 7544/09

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. IV, 10.3.2014, n. 1121
Procedure di avanzamento dei militari - vizio di eccesso di potere - figura di ufficiale con precedenti di carriera costantemente ottimi ed esenti da qualsiasi menda o attenuazione di rendimento.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha più volte avuto modo di chiarire che la censura di eccesso di potere in senso assoluto, nelle procedure di avanzamento dei militari, presuppone necessariamente una figura di ufficiale con precedenti di carriera costantemente ottimi (tutti giudizi finali apicali, massime aggettivazioni nelle voci interne, conseguimento del primo posto nei corsi basici, etc.), ed esenti da qualsiasi menda o attenuazione di rendimento, di tal che i sintomi di tale vizio possono cogliersi esclusivamente quando nella documentazione caratteristica risulti un livello tanto macroscopicamente elevato dei precedenti dell'intera carriera dell'ufficiale, da rendere a prima vista il punteggio a lui attribuito dalla Commissione di avanzamento nella scheda valutativa, del tutto inadeguato (CdS, IV, 28.9.2009, n. 5833; CdS, IV, 22.3.2011, n. 1744). Del resto, la indiscussa qualità di coloro che concorrono per giungere ai vertici della carriera militare ed assumere posizioni di comando, spesso comporta il restringimento dei valutandi in una ristretta fascia di punteggio, comunque elevata, nell'ambito della quale finiscono per assumere valenza dirimente, aspetti (massime aggettivazioni nelle voci interne, conseguimento dei primi posti nei corsi basici, frequenza di determinati corsi dell'amministrazione) che pur non incidendo sulle qualità di base dell'ufficiale, determinano scostamenti minimi capaci di condizionare l'ingresso nel quadro d'avanzamento. In un siffatto contesto può dibattersi di eccesso di potere in senso assoluto solo ove vi sia effettivo e palese scollamento tra documentazione e valutazione, in guisa da far ritenere che, posta la meritevolezza del punteggio massimo per l'ufficiale che ha primeggiato in ogni profilo rilevante, anche interno, nonché nei corsi basici, una diversa va-

lutazione in assenza di documentati elementi decrementativi possa presumersi in assoluto non ragionevole. Ciò detto, è parimenti evidente che non possa concepirsi una rigida, dettagliata e millimetrica scala di corrispondenze tra valutazione e documentazione caratteristica, non foss'altro perché quest'ultima descrive l'intera vita professionale dell'aspirante esaminando fatti, comportamenti e circostanze la cui rilevanza e meritorietà non può che passare attraverso il filtro di un'indefettibile discrezionalità tecnica del valutatore, opportunamente riservata dalla legge alla Commissione.

Consiglio di Stato Sez. IV, 4.3.2014, n. 1017
Forze armate - indennità di trasferimento 'di autorità - requisito generale della distanza minima - tra la sede di provenienza e quella di destinazione.

Come è stato più volte affermato da questa Sezione (cfr. CdS, IV, 27.11.2010, n. 8293 19.12.2008 n. 6417) con un indirizzo poi fatto proprio dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. 14.12.2011 n. 23), l'indennità per il trasferimento 'di autorità', prevista dall'art. 1, co. 1, della l. 29.3.2001, n. 86, spetta solo se sussiste il requisito generale della distanza minima, non inferiore ai dieci chilometri, tra la sede di provenienza e quella di destinazione. La disciplina dell'indennità di trasferimento del personale delle Forze armate di cui alla l. 29.3.2001, n. 86 (che ha abrogato l'art. 1 l. 10.3.1987, n. 100), ha lasciato intatto lo stesso previgente regime giuridico dell'indennità di missione, compresa la necessaria sussistenza della distanza chilometrica minima di dieci chilometri tra la nuova e l'originaria sede di servizio di cui all'art. 1 della -- mai abrogata -- l. 26.7.1978, n. 417 per cui "le indennità di trasferta dovute ai magistrati, agli avvocati e ai procuratori dello Stato, agli appartenenti alle Forze armate ed ai corpi organizzati militarmente, ai professori universitari ed ai dirigenti statali" spettano solo nel caso di "missione fuori dell'ordinaria sede di servizio in località distanti almeno 10 chilometri, fuori della ordina-

ria sede di servizio". In sostanza, sulla scia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2011, si deve ricordare che l'art. 1, co. 1, della l. 29.3.2001, n. 86 ha un contenuto diverso rispetto alla precedente previsione dell'art. 1, co. 1, della l. 10.3.1987, n. 100, e in ogni caso non incide sul presupposto applicativo generale costituito dall'art. 3 della l. 18.12.1973, n. 836 che, nel prevedere l'indennità di missione, stabilisce che questa non sia dovuta qualora la località disti meno di 10 km dalla residenza comunale ovvero dall'ufficio. A favore di questa conclusione la Plenaria cit. ha sottolineato che: - la normativa del 2001 richiama, in modo esplicito, il trattamento economico "di missione", per cui la corresponsione dell'indennità di "missione" giornaliera tuttora subordinata al requisito della distanza minima di cui all'art. 3 della l. 18.12.1973, n. 836; -- il rinvio all'art. 13 della l. n. 97 del 1979" non può ritenersi limitato al solo quantum dell'indennità e non anche ai presupposti necessari per conseguirla", anche perché, se il legislatore avesse voluto concedere l'indennità prescindendo dalla distanza minima tra la vecchia e la nuova sede di servizio, avrebbe dovuto prevederlo espressamente. Di conseguenza, per assicurare la coerenza dell'ordinamento, il medesimo requisito deve sussistere anche per la corresponsione della indennità mensile di trasferimento, qui richiesta. Ciò in punto di diritto (il che, come si è detto nell'incipit della presente motivazione avrebbe fatto propendere per l'accoglimento dell'appello). 2.2. Senonchè occorre tenere conto della circostanza che, a seguito delle vibrante affermazioni provenienti da parte appellata secondo cui la distanza tra la sede di provenienza (ex Brigata di Gaeta) e quella di destinazione (comando Compagnia di Formia) era in concreto superiore a 10 chilometri, il Collegio ha disposto l'incombente istruttorio cui si è fatto dianzi riferimento. Quest'ultimo ha fornito esito univoco (rimasto in punto di fatto incontestato dalla difesa erariale) in quanto l'Anas ha accertato che la distanza chilometrica tra la sede della Brigata della Guardia di Finanza ubicata in Gaeta e la sede della Compagnia ubicata in Formia è pari (seguendo il normale percorso stradale) a km 10,5 (la distanza in linea d'aria, invece, sarebbe inferiore e pari a Km 8,6). In armonia con la ratio e lo

scopo della norma (che riposa nella esigenza di compensare il militare trasferito del disagio e del maggiorato esborso economico discendente dall'essere stato trasferito in altra sede) appare chiaro che il dato della distanza in linea d'aria non è assolutamente significativo, e non può valere ad escludere la spettanza del beneficio. Il dato cui deve farsi riferimento, invece, è quello relativo alla normale percorrenza stradale: e quest'ultimo, come si è chiarito, è superiore a dieci chilometri. Ne consegue che il presupposto fattuale in ordine al quale l'Amministrazione ha negato il suddetto beneficio non sussiste e che pertanto, per tal via, la decisione di primo grado, seppur non condivisibile in diritto, deve essere confermata nella parte dispositiva . A seguito del deposito della memoria da parte della difesa erariale, il Collegio deve farsi carico anche della possibile incidenza sul procedimento in corso della "novella" normativa rappresentata dal comma 1 bis dell'art. 1 della l. 29.3.2001 n. 86 aggiunto dal co. 163 dell'art. 1, l. 24.12.2012, n. 228. Tale disposizione così prevede "l'indennità di cui al comma 1 nonché ogni altra indennità o rimborso previsti nei casi di trasferimento d'autorità non competono al personale trasferito ad altra sede di servizio limitrofa, anche se distante oltre dieci chilometri, a seguito della soppressione o dislocazione dei reparti o relative articolazioni." Non è ben chiaro al Collegio, però, il motivo per cui la difesa erariale ha introdotto tale argomento: trattasi infatti di disposizione superveniens, soppressiva (rectius: a determinate condizioni limitativa) del suddetto beneficio, che in quanto tale, ratione temporis non può applicarsi alla fattispecie per cui è causa, che resta integralmente regolata dall'antevigente disposizione (si rammenta infatti che la detta disposizione è entrata in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, co. 561, della medesima legge n. 228/2012, e che da nessun indice testuale può trarsi il convincimento che essa possa spiegare effetto retroattivo e che comunque, anche ove ne fosse stata espressamente prevista la retroattività in via legislativa, ciò porrebbe delicate problematiche di compatibilità costituzionale trattandosi di possibile applicazione di disposizione sfavorevole a condotte che hanno integralmente esaurito la loro effi-

cazia sotto l'usbergo dell'antevigente legislazione).

Consiglio di Stato Sez. V, 20.2.2014, n. 808

Regioni - illegittima stabilizzazione di dipendenti senza concorso - comprovate ed insuperabili esigenze - assenza.

In virtù della giurisprudenza della Corte Costituzionale, la regola del pubblico concorso va applicata ai sensi dell'art. 97 cost. anche al personale delle regioni - materia sottoposta alla potestà legislativa esclusiva di queste - da ciò consegue che non solo la stabilizzazione di dipendenti senza concorso, in assenza di comprovate ed insuperabili esigenze dell'ente pubblico, è del tutto illegittima, ma lo sono anche quelle disposizioni che permettono alle amministrazioni regionali la potestà di indizione di concorsi interamente riservati (sentenza n. 169 del 2010) ovvero laddove i bandi possono fissare un limite minimo, da espandere discrezionalmente in sede di concorso, di posti riservati ai dipendenti. Simili previsioni, oltre a contrastare con il suddetto principio del pubblico concorso, sono illegittime anche in riferimento ai principi di uguaglianza e di buon andamento della pubblica amministrazione (sentenze n. 137 del 2013, nn. 99 e 51 del 2012). Quindi resta ammessa solamente l'ipotesi di un parziale riserva, poiché il concorso pubblico, per essere tale, deve essere aperto all'esterno e la riserva di posti a personale già dipendente oppure a particolari categorie deve essere giustificata da puntuali requisiti, ossia dalla peculiarità delle funzioni che il personale deve svolgere o da specifiche necessità funzionali dell'amministrazione (sentenza n. 99 del 2012): nel caso di specie la giustificazione può essere quella dei posti messi a concorso di ingegnere con particolari specializzazioni. Ma lo svolgimento di un concorso con posti riservati, così come sottolineato dal TAR, deve rimanere un unico concorso nel quale i concorrenti esterni ed interni partecipano in condizioni di parità di fronte alle prove previste dal bando di concorso, e della riserva potrà tenersi conto al momento della redazione della graduatoria finale dei vincitori. Solo in tale momento eventuali candidati idonei interni all'amministrazione che ha bandito il concorso potranno eventualmente superare concorrenti esterni con voto migliore, in quanto

dotati di un titolo di preferenza, alla stregua delle previsioni del d.P.R. n. 497/1994 circa la presentazione dei documenti attestanti il possesso dei titoli di riserva successivamente alle prove orali. E' del tutto evidente che una diversa regolamentazione, ossia quella di prove pre-selettive separate tra esterni ed interni, se non anche quella della separazione delle prove scritte ed orali tra le due categorie, condurrebbe inevitabilmente a una struttura procedimentale di un concorso del tutto duplice e quindi, in buona sostanza, a due concorsi, l'uno pubblico e l'altro totalmente interno, la cui ammissibilità, come si è visto, difficilmente può superare il vaglio della legittimità costituzionale, fatte salve circostanze eccezionali (sentenza n. 205 del 2004). Senza contare poi, come evidenziato in primo grado, che due diverse preselezioni potrebbero costituire un meccanismo di riserva intermedia a favore dei candidati interni, potendo anche eventualmente amplificare la riserva di base già prevista.

Consiglio di Stato Sez. IV, 17.2.2014, n. 745

Concorsi pubblici - commissioni esaminatrici - criteri e modalità di valutazione delle prove concorsuali - dopo "la prima riunione" - purchè anteriore alla valutazione.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato nella sentenza in esame come sebbene l'art. 12 co. 1 del d.P.R. 9.5.1994, n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi) preveda che le commissioni esaminatrici debbano stabilire i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali "alla prima riunione", nondimeno è giurisprudenza consolidata che, proprio in vista delle esigenze di trasparenza sottese alla disposizione, è ammissibile che i criteri siano determinati anche in un momento successivo, e quindi anche dopo lo svolgimento delle prove, purchè in momento anteriore alla valutazione, e quindi, nel caso delle prove scritte, all'avvio delle operazioni di correzione degli elaborati (cfr. CdS, V, 25.5.2012, n. 3062, Sez. IV, 22.9.2005, n. 4989, Sez. VI, 25.7.2003, n. 4284). Aggiunge poi il Collegio che per un verso è giurisprudenza affatto consolidata che il voto numerico co-

stituisce valida e sufficiente estrinsecazione del giudizio valutativo delle prove dei concorsi pubblici, salve specifiche diverse previsioni, come ad esempio per i concorsi notarili, ove è espressamente richiesto che il giudizio di non idoneità sia motivato (cfr. tra le tante, e solo più recenti, CdS, V, 13.2.2013, n. 866, Sez. IV, 2.11.2012 n. 5581, Sez. VI, 13.6.2012, n. 3492).

Consiglio di Stato Sez. VI, 28.1.2014, n. 423

Le sanzioni amministrative, per principio generale, si estinguono ope legis (art. 7, l. n. 689/1981) con la morte del trasgressore, non essendo trasmissibili agli eredi.

Giunge all'attenzione della Sesta Sezione del Consiglio di Stato la controversia con la quale i ricorrenti nella qualità eredi, impugnano la sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, Roma che ha respinto il ricorso proposto dal dante causa degli odierni appellanti, per l'annullamento del decreto del Ministero dei beni culturali 3.10.1997 recante l'intimazione di pagamento, a titolo di sanzione amministrativa, della somma di lire 1.026.760.000, quale responsabile della distruzione di una villa romana in località Eleuterio del Comune di Cisterna (Latina). Gli appellanti tornano a contestare in questo grado la legittimità della pretesa sanzionatoria fatta valere dall'Amministrazione di tutela dei beni culturali, rilevando l'erroneità della sua duplicazione rispetto alla misura risarcitoria e della sua determinazione da parte della speciale commissione di cui al quarto comma dell'art. 59 della legge n. 1089 del 1939. Orbene, rileva il collegio che le sanzioni amministrative, per principio generale, si estinguono ope legis (art. 7, l. n. 689/1981) con la morte del trasgressore, non essendo trasmissibili agli eredi. Pertanto, nel caso in esame, gli eredi che hanno riassunto il giudizio di primo grado ed hanno interposto appello nella dichiarata veste di aventi causa dell'originario destinatario della sanzione, non hanno un interesse autonomo, sul piano processuale, a contrastare una pretesa sanzionatoria che l'amministrazione avrebbe potuto far valere solo nei confronti dell'effettivo trasgressore (e cioè del dante causa degli appellanti, deceduto durante la pendenza del giudizio di primo grado). Il principio dell'intrasmissibilità agli eredi della sanzione amministrativa è co-

rollario del carattere personale che contraddistingue (quantomeno a far data dall'entrata in vigore della legge di depenalizzazione n. 689/1981), oltre che la responsabilità penale, anche la responsabilità amministrativa dell'agente, di tal che lo stesso principio deve ritenersi di applicazione indistinta e generalizzata, senza cioè che sia necessaria una espresa previsione in tal senso nell'ambito della particolare disciplina normativa di settore (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 23.3.2004 n. 5743; Cass., sez. lavoro, sent. 8.9.2003 n. 13113). La correttezza della conclusione riguardo alla natura sanzionatoria della somma posta a carico del trasgressore, ai sensi del citato art. 59, l. n. 1089/1939 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta, ma analoga previsione è stata riprodotta) è confermata dalla circostanza che il giudice penale (cfr. sentenza della Corte d'appello di Roma n. 3283/1996), nell'irrogare la sanzione penale all'imputato, ha riservato alla sede civile la sola determinazione del risarcimento del danno. Tuttavia, come correttamente argomentato sul punto dal giudice di primo grado, detta misura risarcitoria non è assimilabile alla sanzione amministrativa, che qui solo viene in rilievo, la quale ultima ha natura punitiva, in quanto costituisce la monetizzazione dell'ordine di ripristino rimasto non eseguito da parte del trasgressore (per impossibilità oggettiva del recupero dei reperti ormai irreversibilmente distrutti). Ed invero, mentre le sanzioni civili sono sanzioni aggiuntive, destinate a risarcire il danno ed a rafforzare l'obbligazione con funzione di deterrente per scoraggiare l'inadempimento, le sanzioni amministrative (di cui alla legge n. 689/1981) e quelle - altrettanto intrasmissibili - tributarie (di cui alla l. n. 472/1997) hanno un carattere afflittivo ed una portata di carattere generale e non settoriale, sicchè rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire, nei limiti della ragionevolezza, quando la violazione debba essere colpita da un tipo di sanzione piuttosto che da un altro (in tal senso, cfr. Cass., sez. lavoro, sent. n. 15067 del 6.6.2008). A tale scelta si ricollega il regime applicabile, anche in riferimento alla trasmissibilità agli eredi, prevista solo per le sanzioni civili, quale principio generale in materia di obbligazioni, e non per le altre, per le quali opera il diverso

principio dell'intrasmissibilità, quale corollario del carattere personale della responsabilità. In definitiva, alla luce dei rilievi svolti l'appello e, prima ancora, il ricorso in riassunzione proposto in primo grado dagli odierni appellanti vanno dichiarati inammissibili per difetto d'interesse.

Consiglio di Stato Sez. III, 10.1.2014, n. 52

Dipendenti pubblici: le dimissioni volontarie dell'impiegato non producono effetto prima del momento in cui vengano formalmente accettate dall'amministrazione, salvo il caso in cui sia stato lo stesso interessato ad indicare una decorrenza anteriore.

Nella vicenda in esame l'amministrazione, accettando le dimissioni con una determinata decorrenza, si è uniformata alla volontà manifestata dall'interessato in modo esplicito e non equivoco. Questo punto ad avviso del Consiglio di Stato ha una rilevanza essenziale, perché fra le opinioni comunemente condivise in materia di dimissioni volontarie degli impiegati (nel sistema del testo unico n. 3 del 1957, cui tuttora si può fare riferimento per quanto non diversamente disciplinato dagli ordinamenti delle singole carriere) vi è quella che quanto alla decorrenza della risoluzione del rapporto, l'amministrazione deve, di norma, aderire alla richiesta dell'impiegato dimissionario, salvo che ritenga di discostarsene per giustificate ragioni. In particolare, si ritiene, come principio generale, che le dimissioni non producano effetto prima del momento in cui vengano formalmente accettate; ma si eccettua il caso in cui sia stato lo stesso interessato ad indicare una decorrenza anteriore (CdS., IV, 15.11.1969, n. 728). In tale ultima evenienza si porrà, semmai, il problema della retribuzione delle prestazioni di servizio rese nel frattempo; ma in questo caso il problema non si pone, perché nel momento in cui l'interessato ha sottoscritto l'atto di dimissioni "con effetto immediato" egli si trovava già privo della libertà personale per effetto del procedimento penale e pertanto non vi è stata prestazione. Per il resto, vi è giurisprudenza consolidata nel senso che non compete all'amministrazione indagare sui motivi che abbiano indotto l'impiegato a presentare le dimissioni, tanto meno darsi carico di tutelare i suoi interessi sostituendosi a lui

nell'apprezzare se sia più conveniente restare in servizio piuttosto che uscirne.

Consiglio di Stato Sez. VI, 9.1.2014, n. 33

Scuola - giudice del lavoro - atto di gestione della graduatoria al fine del conferimento della supplenza.

Nel giudizio in esame un professore ha impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza di primo grado con la quale si afferma che, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, la giurisdizione sulla controversia in esame non è del giudice amministrativo poiché questa sussiste fino all'approvazione della graduatoria di merito e vi subentra poi quella del giudice ordinario per tutte le fasi attinenti all'evoluzione del rapporto di lavoro, per cui è devoluta al giudice civile specializzato (giudice del lavoro) la cognizione di ogni tipo di vertenza inerente alla fase successiva a quella concorsuale e, quindi, anche di quelle - come nella specie - concernenti l'atto di assunzione (provvedimento di nomina a supplente) disposto sulla base delle graduatorie (provvisorie o definitive). Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello rilevando che il primo giudice non ha motivato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario con il mero richiamo alla giurisprudenza ma ha esposto le ragioni di questa valutazione ritenendo la controversia in esame attinente alla tutela di posizioni giuridiche costituite dopo la conclusione della procedura concorsuale. Questo indirizzo interpretativo, già presente in giurisprudenza all'atto della sentenza impugnata (Cass., 13.2.2008, n. 3399 e n. 3401; CdS., VI, 1.10.2008, n. 4751), è stato poi confermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (12.7.2011, n. 11), sulla base della considerazione "della situazione giuridica protetta, della natura della attività esercitata dall'amministrazione e della assenza, nella fattispecie, di una procedura concorsuale in senso stretto: si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale..." concernendo la pretesa azionata solo la "conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione". Tale indirizzo, ricognitivo di un principio già ritenuto in giurisprudenza, ad av-

viso del Collegio si applica compiutamente al caso in esame in cui si tratta della contestazione di un atto di gestione della graduatoria al fine del conferimento della supplenza. Da quanto sopra consegue anche l'impossibilità dell'esame della domanda di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, non prospettabile nel caso di specie poiché relativo ad una pretesa basata sull'asserita lesione di una posizione di diritto soggettivo, essendo fondata l'attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie di cui qui si tratta, come specificato nella citata sentenza n. 11 del 2011 dell'Adunanza plenaria, sull'accertamento che "...la situazione giuridica soggettiva, vantata dagli iscritti nelle graduatorie in discorso, è definita di "diritto soggettivo" e non di "interesse legittimo": l'insegnante iscritto nella graduatoria vanta una vera e propria pretesa ad ottenere il posto di lavoro con il regolare scorrimento della graduatoria stessa".

Consiglio di Stato Sez. VI, 9.1.2014, n. 31

Scuola - anzianità progressa - nessuna conservazione - ispettori tecnici periferici - legge n. 417 del 1989 - nuovo status di dirigente dello Stato.

Il d.lgs. 31.5.1974, n. 417, ha riordinato la funzione ispettiva tecnica della scuola (art. 4) ed ha distinto gli ispettori tecnici nelle due qualifiche degli ispettori periferici e centrali (articolo 119), cui sono stati attribuiti ben distinti status. Agli ispettori periferici, è stato attribuito uno status tale da farli inserire nel novero del personale della scuola (col relativo regime degli accordi), mentre ai soli ispettori centrali è stato attribuito lo status di dirigente, con la conseguente applicabilità delle disposizioni del decreto legislativo n. 748 del 1972 (v. tab. IX, quadro B). In attuazione del decreto legislativo n. 417 del 1989, a seguito della vincita del relativo concorso l'appellante è stata inquadrata nella qualifica di ispettore periferico, sulla base di provvedimenti (rimasti inoppugnati) che hanno conferito status, funzioni e responsabilità non assimilabili a quelli degli ispettori centrali. L'art. 5 del d.l. n. 357 del 1989, convertito dalla l. n. 417 del 1989, ha innovativamente superato il sistema del duplice ruolo degli ispettori tecnici, istituendo il ruolo unico ed equiparando gli ispettori periferici a quelli cen-

trali, sotto il profilo giuridico ed economico e in particolare quanto alla attribuzione dello status di dirigente dello Stato. Tale equiparazione non è stata però disposta sic et simpliciter, perché: - sotto il profilo giuridico, gli effetti dell'inquadramento nel ruolo unico sono stati riferiti alla data dell'11 luglio 1989; - sotto il profilo economico, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 5, gli ispettori tecnici periferici hanno mantenuto il loro trattamento sino al 31.12.1990, conseguendo dal 1° gennaio 1991 il trattamento spettante ai dirigenti. Sul presupposto che il d.lgs. n. 417 del 1974 aveva nettamente distinto i ruoli degli ispettori tecnici (attribuendo ai soli ispettori tecnici centrali lo status di dirigente), l'art. 5 del d.l. n. 357 del 1989 non ha disposto l'inquadramento nel ruolo unico di due categorie di personale tra loro assimilabili, ma ha per la prima volta disposto l'equiparazione di tutti gli ispettori tecnici, con l'attribuzione ex novo dello status di dirigente agli appartenenti al ruolo di ispettore periferico.

Dopo aver ricostruito il quadro normativo il Consiglio di Stato precisa che la pretesa dell'appellante, volta all'integrale conservazione della anzianità progressa, non solo dunque non si fonda su una norma espressa (necessaria perché tale anzianità sia valutata sotto il profilo economico), ma non tiene conto dello specifico criterio previsto dall'articolo 4 del decreto legge n. 681 del 1982, convertito dalla legge n. 869 del 1981, che l'Amministrazione ha legittimamente applicato, in ragione della sostanziale promozione che, sia pure ex lege, hanno ottenuto gli ispettori periferici, mediante un formale passaggio di ruolo (in tal senso, v. anche Sez. VI, 7.8.2001, nn. 4285-4288). Aggiunge poi il Collegio che anche il secondo motivo d'appello è infondato laddove viene lamentata anche la violazione dell'art. 1 del d.l. 27.12.1989, n. 413, convertito dalla l. n. 37 del 1990, e dell'art. 5 del d.l. 24.11.1990, n. 344, convertito dalla l. n. 21 del 1991, poiché la retribuzione dovrebbe essere calcolata sulla base degli aumenti attribuiti al personale dirigente dello Stato dalle leggi n. 37 del 1990 e n. 21 del 1991, entrate in vigore dopo l'11.7.1989 e prima del 1.1.1991. L'art. 5 del d.l. n. 417 del 1989 ha disposto che, sotto il profilo economico, l'equiparazione degli ispettori tecnici peri-

ferici a quelli centrali avesse luogo con decorrenza dal 1° gennaio 1991. Fino a tale data (discrezionalmente determinata dal legislatore per contemperare tutti gli aspetti della riforma), gli ispettori tecnici periferici non hanno

acquisito il diritto di percepire la retribuzione inerente alla qualifica dirigenziale e, di conseguenza, neppure hanno titolo ad ottenere aumenti strettamente conseguenti al possesso di tale qualifica, per loro insussistente.

«.....GA.....»

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

FISCO, ACCELERAZIONE SUI RIMBORSI ALLE IMPRESE

Cittadini ed imprese potranno utilizzare la nuova modalità messa in campo dall' Agenzia delle Entrate per abbattere le lunghe attese legate ai rimborsi e farsi accreditare, mediante semplice comunicazione dell' Iban, le somme direttamente sul conto corrente bancario. Per accelerare l'erogazione dei rimborsi, l' Agenzia delle Entrate sta, infatti, richiedendo alle società beneficiarie di comunicare il proprio Iban per poter accreditare le somme direttamente sul conto corrente bancario dell'azienda. I destinatari riceveranno la richiesta delle coordinate via Posta elettronica certificata (Pec), all'indirizzo della società presente nel registro delle imprese. Il codice Iban si comunica tramite internet o di persona. Nel comunicato diramato dall' Agenzia si precisano inoltre le due strade alternative da seguire per trasmettere all' Agenzia il codice Iban del conto della società: 1. E' possibile comunicare o aggiornare l' Iban utilizzando i servizi online disponibili sul sito www.agenziaentrate.it, nell'area autenticata riservata agli utenti registrati; 2. In alternativa, le società possono fornire o modificare l' Iban del conto corrente direttamente presso qualsiasi ufficio dell' Agenzia, presentando il modello per la richiesta di accredito disponibile presso gli sportelli o sul sito delle Entrate. I rimborsi con l' Iban mandano in pensione le lunghe attese - Fornire all' Agenzia l' Iban è il modo migliore per accelerare i tempi del rimborso: anziché impiegare alcuni mesi per arrivare a destinazione, arriva sul proprio conto in maniera veloce e sicura, senza alcun aggravio economico per il contribuente. Un'opportunità offerta a tutti i cittadini, non solo alle società. Basta, infat-

ti, compilare il modello dedicato disponibile sul sito internet dell' Agenzia (Comunicato dell' Agenzia delle Entrate del 21.3.2014).

«..... GA.....»

SPENDING REVIEW: COTTARELLI HA TRASMESSO LE PROPOSTE DI INTERVENTO AL COMITATO INTERMINISTERIALE

Il Commissario straordinario per la revisione della spesa, Carlo Cottarelli, come previsto dal programma di lavoro, ha trasmesso le sue proposte di intervento al Comitato interministeriale, presieduto dal Presidente del Consiglio, appositamente costituito. Il prossimo passaggio è l'intervento del Commissario presso la Commissione bilancio del Senato, per un'audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva per l'acquisizione di elementi informativi sullo stato delle procedure di revisione della spesa pubblica (Comunicato MEF del 11.3.2014).

«..... GA.....»

MUTUI ENTI LOCALI, VIA IL LIMITE PREVISTO DAL TUEL

Per favorire gli investimenti, per gli anni 2014 e 2015 gli enti locali possono assumere nuovi mutui e ricorrere ad operazioni di indebitamento oltre il limite attualmente previsto e comunque per un importo non superiore alle aliquote di capitale dei mutui e dei prestiti obbligazionari precedentemente contratti e rimborsati nell'esercizio precedente. Questa la novità introdotta dall'art 5 del d.l. n. 16/2014 - G.U. n. 54 del 6.3.2014 nel quale espressamente si stabilisce che: " 1. Ai fine di

favorire gli investimenti degli enti locali, per gli anni 2014 e 2015, i medesimi enti possono assumere nuovi mutui e accedere ad altre forme di finanziamento reperibili sul mercato, oltre i limiti di cui al co. 1 dell'art. 204 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267, per un importo non superiore alle quote di capitale dei mutui e dei prestiti obbligazionari precedentemente contratti ed emessi rimborsate nell'esercizio precedente." (Art. 5 del decreto legge n. 16/2014 - G.U. n. 54 del 6.3.2014).

«..... GA.....»

MEF, ENTRATE TRIBUTARIE 2013 IN LINEA CON IL 2012

*Nel 2013 le entrate tributarie erariali accertate in base al criterio della competenza giuridica si sono attestate a 423.385 milioni di euro (-0,2%, pari a -903 milioni di euro), facendo registrare un risultato sostanzialmente in linea con quello dell'anno precedente, che segnala una marcata attenuazione dell'andamento negativo osservato nei primi mesi del 2013. La dinamica del gettito complessivo è stata sostenuta principalmente dalle imposte dirette che si attestano a 232.308 milioni di euro (+1,4%, pari a +3.299 milioni di euro). Le imposte indirette risultano pari a 191.077 milioni di euro (-2,2%, pari a -4.202 milioni di euro). Nel dettaglio: **IMPOSTE DIRETTE** Il gettito IRPEF registra una flessione rispetto al 2012 dell'1,1% (-7.711 milioni di euro) per effetto della variazione negativa delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente del settore privato (-455 milioni di euro, pari a -0,7%) e delle ritenute sui redditi dei lavoratori autonomi (-686 milioni, pari a -5,3%), legate alla fase sfavorevole del ciclo economico. Risultano, invece, positive le ritenute sui redditi di lavoro dipendente del settore pubblico (+1.676 milioni di euro, pari a +2,7%). I versamenti in autoliquidazione si attestano a 21.047 milioni di euro (-2.635 milioni di euro, pari a -11,1%). Rientra in parte la dinamica negativa registrata nel mese di novembre 2013 (-36,4%) dovuta al differimento a dicembre del versamento dell'acconto 2013. Il gettito IRES registra un incremento del 9,3% rispetto al 2013 (+3.414 milioni di euro) per effetto, sostanzialmente,*

*dell'aumento della percentuale del secondo acconto dal 100% al 102,5% (per gli enti creditizi e finanziari la percentuale di acconto è salita al 130%). Tra le altre imposte dirette si registra un incremento dell'imposta sostitutiva sui redditi da capitale e plusvalenze (+1.546 milioni di euro, pari a +174,3%) e dell'imposta sostitutiva sulle riserve matematiche dei rami vita (+911 milioni di euro, pari a +64,7%). In aumento anche il gettito dell'imposta sostitutiva sul riallineamento dei valori di bilancio relativi ad attività immateriali (+1.946 milioni di euro, pari a +329,3%). Infine, si registra una variazione positiva del gettito della cedolare secca sugli affitti (+476 milioni di euro, pari a +45,8%). **IMPOSTE INDIRETTE** Nel 2013 l'IVA si attesta a 112.134 milioni di euro (-3.100 milioni di euro, pari a -2,7%), per effetto della sostanziale tenuta della componente del gettito sugli scambi interni (-0,4%) e dell'attenuazione del calo della componente sulle importazioni da Paesi extra UE (-17,1%). Continua la ripresa del gettito IVA sugli scambi interni che recupera 6,7 punti percentuali rispetto al mese di gennaio 2013. A partire dal mese di ottobre la dinamica favorevole del gettito IVA sugli scambi interni riflette anche gli effetti dell'aumento di un punto percentuale dell'aliquota IVA ordinaria dal 21% al 22%. Significativa la variazione positiva del gettito dell'imposta di bollo (+1.525 milioni di euro, pari a +24,7%). Tra le altre imposte indirette si registra l'andamento negativo dell'imposta di fabbricazione sugli oli minerali (-4,5%) e dell'imposta di consumo sul gas metano (-4,7%) che continua a risentire del calo dei consumi dei prodotti energetici. Le entrate dell'imposta sul consumo dei tabacchi mostrano una flessione del 4,9% (-543 milioni di euro). **ENTRATE DA GIOCHI** Presentano, nel complesso, una lieve flessione dello 0,2% (-26 milioni di euro). **ENTRATE DA ACCERTAMENTO E CONTROLLO** Le entrate tributarie derivanti dall'attività di accertamento e controllo ammontano a 8.183 milioni di euro (+282 milioni di euro pari a +3,6%). Sul sito del Dipartimento delle Finanze <http://www.finanze.gov.it> è disponibile il Bollettino delle entrate tributarie del periodo gennaio-dicembre 2013, corredato dalle*

appendici statistiche e dalla guida normativa, che fornisce l'analisi puntuale dell'andamento delle entrate tributarie, e la relativa Nota tecnica che illustra in sintesi i principali contenuti del documento (**Comunicato del MEF del 6.3.2014**).

«..... GA.....»

ENTI LOCALI: IL 31 MARZO SCADE IL TERMINE PER INVIARE IL NUOVO MODELLO DI CERTIFICATO SUI MUTUI CONTRATTI NEL 2013

Gli enti locali sono tenuti a presentare, ai sensi del d.l. n. 41/1995, entro il termine perentorio del 31.3.2014 ed a pena di decadenza, apposita certificazione firmata dal responsabile del servizio, per quantificare l'onere dei mutui contratti nell'anno 2013. A tal fine è in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale il decreto interdipartimentale del 13 febbraio 2014, di approvazione del modello di certificato sui mutui contratti nell'anno 2013 - ammortamento 2014 - da tutti gli enti locali (province, comuni e comunità montane). Il modello - scaricabile, in formato pdf cliccando su "Accedi al Provvedimento" - deve essere compilato, firmato e trasmesso dagli enti locali, in due copie autentiche, alle prefetture competenti per territorio, entro il suddetto termine perentorio del 31.3.2014 (**Comunicato del Ministero dell'Interno del 27.2.2014**).

«..... GA.....»

ENTRATE: SOSPESA LA RITENUTA DEL 20% SUI FLUSSI FINANZIARI DALL'ESTERO

Su richiesta del Ministro dell'Economia e delle Finanze, è stato assunto in data 19.2.2014 un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate che sospende l'operatività della ritenuta del 20 per cento sui redditi derivanti da investimenti esteri e dalle attività estere di natura finanziaria applicata automaticamente dagli intermediari finanziari. Gli acconti eventualmente già tratti da intermediari finanziari sulla base della norma in oggetto saranno rimessi a di-

sposizione degli interessati dagli stessi intermediari. L'evoluzione del contesto internazionale in materia di contrasto all'evasione fiscale cross-border, che ha subito una forte accelerazione, attraverso la creazione di un modello di accordo intergovernativo (IGA) per lo scambio di informazioni tra gli USA e gli altri Paesi, fa ritenere ormai superata la disposizione che ha introdotto la predetta ritenuta alla fonte, atteso che le informazioni sui redditi di fonte estera di pertinenza di residenti italiani saranno disponibili attraverso il canale dello scambio automatico multilaterale di informazioni. Tale modello ha costituito la base per la nascita di un sistema automatico di scambio di informazioni multilaterale tra Paesi (Common Reporting Standard), presentato dall'OCSE nel gennaio scorso, e sottoposto all'approvazione del meeting del G20 di questo mese di febbraio. Lo scambio di informazioni costituisce il nuovo percorso condiviso per la lotta all'evasione fiscale internazionale. La disposizione che ha previsto l'obbligo, per gli intermediari residenti, di applicare la ritenuta del 20 per cento sui redditi derivanti da investimenti esteri e dalle attività estere di natura finanziaria, è stata originariamente predisposta, nel corso dell'anno 2012, nel quadro delle iniziative di risposta alla richiesta di informazioni della Commissione Europea (caso EU Pilot 171/11/Taxu), relative alla non proporzionalità degli adempimenti e delle sanzioni in materia di monitoraggio fiscale, rispetto agli obiettivi di contrasto all'evasione perseguiti dall'Italia, attraverso il predetto monitoraggio. La stessa disposizione è stata introdotta nell'ordinamento soltanto il 6 agosto 2013 con la legge europea n. 97. Contestualmente al provvedimento di sospensione degli effetti della norma, è stata predisposta, per le valutazioni del prossimo Governo - nell'ambito del disegno di legge concernente disposizioni per l'attuazione dell'accordo IGA con gli USA e per l'implementazione del Common Reporting Standard - una norma di abrogazione della ritenuta di cui sopra, ai fini di semplificazione (**Comunicato MEF del 19.2.2014**).

«..... GA.....»

IL PROCESSO TRIBUTARIO DIVENTA TELEMATICO: IN G.U. IL REGOLAMENTO SULL'USO DI STRUMENTI INFORMATICI E TELEMATICI

E' stato pubblicato sulla G.U. n. 37 del 14.2.2014 il regolamento del Ministro dell'Economia e delle Finanze, che disciplina il processo tributario telematico. Il regolamento disciplina l'uso degli strumenti informatici e telematici nell'ambito del processo tributario, che come evidenziato nel comunicato del MEF contribuiranno, attraverso la dematerializzazione dei flussi documentali, al miglioramento del servizio di giustizia tributaria nel suo complesso, con una notevole riduzione dei costi diretti e indiretti per tutti gli operatori di settore (giudici, difensori, enti impositori, contribuenti, uffici di segreteria delle commissioni tributarie). Le successive regole tecnico-operative dell'informatizzazione del processo tributario saranno adottate con uno o più decreti direttoriali. Il primo dei quali individuerà anche le commissioni tributarie presso le quali troverà applicazione la nuova modalità (Decreto MEF n. 163/2013 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 37 del 14.2.2014).

«..... GA.....»

PATTO DI STABILITÀ: PUBBLICATO IL RIPARTO DEGLI SPAZI FINANZIARI ATTRIBUITI AI COMUNI PER L'ESCLUSIONE DAL PATTO DI STABILITÀ INTERNO PER L'ANNO 2014 DEI PAGAMENTI IN CONTO CAPITALE

In attuazione del co. 9 bis, dell'art. 31, della l. 12.11.2011, n. 183 (introdotto dal co. 535, dell'art. 1, della l. 27.12.2013, n. 147), si pubblica il riparto degli spazi finanziari attribuiti a ciascun comune per escludere dal patto di stabilità interno i pagamenti in conto capitale per un importo complessivo di 840 milioni di euro previsto per i comuni (10 milioni di euro sono destinati ai comuni della provincia di Olbia colpiti dagli eventi alluvionali dell'8.11.2013 ai sensi del comma 536, dell'articolo 1, della legge n. 147/2013). La distribuzione degli importi della citata e-

sclusione tra i singoli comuni è stata operata attribuendo gli spazi finanziari in proporzione all'obiettivo assegnato a ciascuno di essi. I comuni possono utilizzare i predetti spazi finanziari, nonché gli eventuali ulteriori spazi finanziari che si liberano a seguito della esclusione in parola, esclusivamente per pagamenti in conto capitale da sostenere entro il primo semestre del 2014. Mediante il monitoraggio semestrale, di cui al comma 19 del richiamato articolo 31, entro il termine perentorio ivi previsto, gli enti danno evidenza dell'importo dei pagamenti esclusi nel primo semestre 2014. Pertanto, i pagamenti in conto capitale che avverranno nel secondo semestre non potranno essere esclusi a valere sui predetti spazi finanziari (Comunicato RGS del 13.2.2014).

«..... GA.....»

PAGAMENTI ELETTRONICI: IN G.U. LE LINEE GUIDA PER I PAGAMENTI A FAVORE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E DEI GESTORI DI PUBBLICI SERVIZI

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 31 del 7.2.2014 è stata pubblicata la determina del 22.1.2014 con la quale l'Agenzia per l'Italia Digitale approva ed emana il documento recante «Linee guida per l'effettuazione dei pagamenti a favore delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi». (Linee Guida AgiD in G.U. n. 31 del 7.2.2014).

«..... GA.....»

EQUITALIA NEL 2013 RISCOSSI 7,1 MILIARDI DI EURO

7,1 Miliardi di euro riscossi nel 2013 da Equitalia nell'attività di recupero di risorse pubbliche e di lotta all'evasione nel 2013. L'amministratore delegato di Equitalia, Benedetto Mineo ha precisato che «Le procedure di recupero, come negli anni passati, si stanno concentrando sulle fasce di inadempienza più elevate, cioè nei confronti di quei contribuenti recidivi che per anni hanno sottratto al fisco ingenti risorse a danno di tutta la collettività.» (Comunicato di Equitalia del



16.1.2014).

«..... GA.....»

**CANONE RAI LEGITTIMO, FALSA LA
NOTIZIA SULLA SENTENZA DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO**

È falsa la notizia sulla presunta decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo l'illegittimità della riscossione del Canone radiotelevisivo. Al contrario, la Cor-

te Europea si è pronunciata con decisione 33/04 del 31.3.2009, affermandone la piena legittimità.

Questo il comunicato dell'Agenzia delle Entrate con il quale, pertanto, si ribadisce che tutti i possessori di un apparecchio atto o adattabile alla ricezione di programmi radio-televisivi sono tenuti al pagamento del Canone entro il 31 gennaio 2014.

*In caso di inottemperanza, saranno applicate le sanzioni previste dalla Legge (**Comunicato dell'Agenzia delle Entrate**).*

«..... GA.....»

REDAZIONALI

I COMPENSI INCENTIVANTI AI PUBBLICI DIPENDENTI

del Dott. Stefano Chirico

I compensi incentivanti ai dipendenti pubblici per la pianificazione urbana: una soluzione per ottimizzare i bilanci, coerente con la spending review.

The incentive fees to public workers for urban planning: a solution for optimising the balance sheets consistent with the spending review.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Trattazione. 3. Conclusioni.

1. Introduzione.

La crisi della finanza locale spinge le pubbliche amministrazioni e, tra queste, gli enti locali a favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne, in modo da perseguire efficacia ed efficienza nella gestione, assicurando qualità del servizio reso al cittadino, riduzione nelle tempistiche dei procedimenti e, non da ultimo, risparmio di spesa.

In questa chiave, acquista una particolare rilevanza la norma contenuta nel comma 6 dell'art. 92 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, cit. *“Il trenta per cento della tariffa professionale relativa alla redazione di un atto di pianificazione comunque denominato è ripartito, con le modalità e i criteri previsti nel regolamento di cui al co. 5 tra i dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice che lo abbiano redatto”*.

2. Trattazione.

La norma, dunque, prevede la corresponsione di un compenso incentivante ai dipendenti pubblici impegnati nella redazione di atti di pianificazione (comunque denominati).

La logica che sottende il comma 6 in esame è chiaramente quella di valorizzare il ruolo dei dipendenti pubblici e, con ciò, favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne e assicurare un risparmio di spesa sugli affidamenti all'esterno degli incarichi tecnici – quando, come spesso accade, tali professionalità siano disponibili all'interno degli enti.

L'applicazione di tale norma è tuttavia resa difficile dalle interpretazioni, di diversa natura, rese dalla Corte dei Conti o dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Da ultimo, la C. conti, Sezione Autonomie N. 7/SEZAUT/2014/QMIG, Adunanza del 4 aprile 2014 ha reso la pronuncia di orientamento generale in merito all'interpretazione delle disposizioni contenute nel co. 6 dell'art.92 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 ed, in particolare, della definizione ivi riportata *“atto di pianificazione comunque denominato”*.

Secondo l'interpretazione della Corte dei Conti, Sezione Autonomie, cit. *“Ai fini della riconoscibilità del diritto al compenso incentivante, la corretta interpretazione delle disposizioni in esame considera determinante, non tanto il nomen juris attribuito all'atto di pianificazione, quanto il suo contenuto specifico, che deve risultare strettamente connesso alla realizzazione di un'opera pubblica, ovvero quel quid pluris di progettualità interna, rispetto ad un mero atto di pianificazione generale, che costituisce il presupposto per l'erogazione dell'incentivo”*.

Si tratta di una questione annosa, sulle quali si sono pronunciate, con i relativi pareri, diverse sezioni regionali della Corte dei Conti, con pareri contrastanti.

Si veda, in particolare, la deliberazione n. 361/2013/PAR della sezione regionale Veneto, secondo la quale l'art. 92, co.6, rappresenta un'autonoma e distinta previsione di legge

che legittima l'erogazione dell'incentivo per l'attività di pianificazione. E' proprio la stessa formulazione letterale, nell'utilizzo della locuzione "*atto di pianificazione comunque denominato*", lungi dall'autorizzare interpretazioni restrittive, a consentire di ascrivere all'ambito oggettivo della norma ogni atto di pianificazione, prescindendo dal suo collegamento alla progettazione di un'opera pubblica.

Il legislatore non ha inteso fare un distinguo tra le tipologie di redazione degli elaborati tecnici, generali o particolari, intendendo utilizzare una dizione sufficientemente generale ed aperta quale "*atto di pianificazione comunque denominato*", senza entrare nel merito di ulteriori distinzioni.

L'interpretazione secondo cui il compenso incentivante spetta solo in caso di pianificazione urbanistica collegata alla progettazione di un'opera pubblica reca un insanabile vulnus ai principi dettati dall'art. 36 della Costituzione, la cui diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego non può non implicare "*l'obbligo di integrare il trattamento economico del dipendente nella misura della quantità del lavoro effettivamente prestato*" (C. cost. 23.2.1989, n. 57; C. cost. ord. 26.7.1988, n. 908; C. cost. 27.5.1992, n. 236; C. cost. 19.6.1990 n. 296).

Peraltro, la stessa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di servizi, lavori e forniture ha richiesto al Parlamento ed al Governo, con l'atto di segnalazione n. 4 del 25.9.2013, di intervenire sulla norma in esame, l'art. 92, co.6, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, al fine di "*individuare in maniera chiara la tipologia di atti di pianificazione in relazione ai quali è possibile riconoscere l'incentivo ivi contemplato in favore dei tecnici interni che li hanno redatti*".

A nostro avviso, condividendo l'interpretazione della sezione regionale di controllo per il Veneto, nell'atto "*di pianificazione comunque denominato*" vanno necessariamente compresi gli elaborati finalizzati a programmare il corretto assetto del territorio comunale, prescindendo dal collegamento alla progettazione di un'opera pubblica o di uso pubblico. In ogni caso, gli atti di pianificazione del territorio comunale perseguo-

no anche la finalità di definire puntualmente l'ubicazione anche delle opere pubbliche nell'ambito del tessuto urbano, per cui la pianificazione urbanistica è comunque collegata alla progettazione di tali opere.

Su tale questione, a nostro parere, può farsi l'ovvia, semplice e, riteniamo, dirimente constatazione che se il legislatore avesse voluto prevedere la stretta connessione tra l'atto di pianificazione e la realizzazione di un'opera pubblica, come è nell'interpretazione della Sezione Autonomie della C.conti, l'avrebbe dovuto stabilire espressamente.

Invece, la norma in questione – co. 6 dell'art. 92 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 – si limita a disporre che ai dipendenti dell'amministrazione che hanno redatto "*un atto di pianificazione comunque denominato*", spetta l'incentivo costituito dal trenta per cento della tariffa professionale.

Ciò non toglie che il compenso previsto dal comma 6 citato va riferito alla redazione dell'atto di pianificazione, e non a compiti e funzioni assolti dal personale nei propri doveri d'ufficio.

Il dipendente impegnato nella redazione dell'atto di pianificazione ha perciò, a nostro avviso, il diritto di percepire il compenso incentivante previsto dal comma 6 citato, con la relativa obbligazione per l'amministrazione di integrarne il trattamento economico del nella misura della quantità del lavoro effettivamente prestato per tale attività, comprese le cartografie, i testi illustrativi, le norme tecniche che, per l'appunto, compongono l'atto di pianificazione "*comunque denominato*" previsto dalla norma in esame.

In questa nostra interpretazione siamo confortati dalle osservazioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, contenute nell'Atto di segnalazione n. 4 del 25.9.2013.

Citiamo, in particolare, quanto segue:

- la natura stessa e il contenuto della pianificazione urbanistica consente l'erogazione dell'incentivo a favore dei dipendenti che abbiano partecipato alla redazione di tali strumenti urbanistici, in quanto tali atti afferiscono, sia pure mediamente, alla progettazione

di opere o impianti pubblici o di uso pubblico, dei quali definiscono l'ubicazione nel tessuto urbano;

- è rimessa all'autonomia regolamentare dell'amministrazione interessata l'individuazione degli atti di pianificazione che possono dar luogo al riconoscimento del compenso incentivante;
- l'incentivo può essere corrisposto al solo personale dell'ente che abbia materialmente redatto l'atto, in funzione incentivante e premiale.

L'Autorità, infine, segnala, al Governo ed al Parlamento *“l'opportunità di procedere ad una modifica o ad una integrazione dell'art. 92, co.6, del codice, volta ad individuare in maniera chiara la tipologia di atti di pianificazione in relazione ai quali è possibile riconoscere l'incentivo ivi contemplato in favore dei tecnici interni che li hanno redatti, in mo-*

do da contemplare espressamente anche il riferimento a quegli atti che afferiscono, sia pure mediamente, alla progettazione di opere o impianti pubblici o di uso pubblico”.

3. Conclusioni.

Pertanto, a nostro avviso, almeno fino ad eventuale intervento legislativo finalizzato a chiarire la questione in via di interpretazione autentica, la norma in esame non può essere soggetta ad interpretazioni restrittive, volte al riconoscimento dell'incentivo nel solo caso di stretta connessione tra atto di pianificazione e realizzazione di un'opera pubblica. La norma, semmai, va interpretata secondo il suo *“spirito”*, tanto più nella fase attuale che il Paese sta vivendo: ottimizzare i bilanci comunali, favorire i risparmi di spesa, perseguire la qualità del servizio, tramite la valorizzazione e l'utilizzo ottimale delle professionalità dei pubblici dipendenti.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V, 24.3.2014, n. 1423
Tributi: non rientra nella competenza del consiglio comunale la determinazione delle aliquote di tributi già istituiti.

Come osserva l'amministrazione, l'art. 42, co. 1, lett. f), t.u.e.l. esclude dalla competenza del consiglio comunale in materia di tributi la "determinazione delle relative aliquote". La formulazione letterale della norma è chiara, così come la relativa ratio. Quest'ultima consiste nel riservare all'organo di indirizzo politico-amministrativo l'individuazione dei tributi e dunque le linee fondamentali della politica fiscale e del sistema tributario dell'ente. In queste linee fondamentali non rientra certamente la determinazione delle aliquote di tributi già istituiti, le cui decisioni attengono non già all'an del tributo medesimo, ma alla quantum del prelievo di ricchezza con esso determinato. Le scelte relative a questo secondo profilo non attengono alla definizione dell'indirizzo politico-amministrativo in materia fiscale, ma sono strettamente connesse ai vincoli ed agli obiettivi di bilancio e, nel caso di specie, alla copertura del costo del servizio di gestione dei tributi. Si tratta dunque di decisioni di chiara matrice gestionale, che la norma di legge in esame ha coerentemente devoluto all'organo esecutivo di vertice dell'ente comunale, titolare del potere di iniziativa in materia di programmazione economico-finanziaria e di politica di bilancio (art. 174 t.u.e.l.). Non può invece essere condiviso quanto affermato dal giudice di primo grado, e cioè che la maggiorazione qui contestata consiste in un "nuovo prelievo fiscale". Il termine risulta in realtà impiegato dal giudice di primo grado in una accezione atecnica. La locuzione prelievo fiscale ha infatti un suo significato compiuto nell'ambito di discipline economico-finanziarie quali in particolare la scienza delle finanze, ma dal punto di vista giuridico presenta ambiguità. Da quest'ultimo punto di vista invece – l'unico che rileva nella presente sede giurisdizionale - non vi è dubbio

che la maggiorazione consista non già in un tributo nuovo, ma in una variazione quantitativa di uno già istituito, rientrando dunque nel caso testualmente sottratto alla competenza consiliare dalla ridetta lett. f) dell'art. 42, comma 1, d.lgs. n. 267/2000. Devono a questo punto essere esaminati i motivi assorbiti dal TAR e riproposti dagli originari ricorrenti. Con una prima censura questi ultimi si dolgono sostanzialmente del difetto di motivazione di cui sarebbe affetto il provvedimento impugnato, anche in relazione al fatto che la maggiorazione sarebbe stata deliberata senza alcuna effettiva necessità di copertura del servizio di raccolta rifiuti. Con una seconda censura se ne assume il carattere retroattivo, in violazione dell'art. 1, co. 169, l. n. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007), in quanto introdotta dalla giunta con delibera n. 118 del 30.8.2011 con decorrenza 1.1.2011. Entrambe sono infondate. La delibera in questione costituisce atto di natura normativa e di rango regolamentare, pertanto sottratto ai sensi dell'art. 3, co. 2, l. n. 241/1990 da qualsiasi obbligo di motivazione. Palese è inoltre l'insussistenza della violazione del predetto art. 1, comma 169 della legge finanziaria per il 2007, la quale consente agli enti locali di deliberare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di loro competenza anche "successivamente all'inizio dell'esercizio", in questo caso con effetto "dal 1° gennaio dell'anno di riferimento". Ciò è quanto avvenuto nel caso di specie, in cui la maggiorazione è stata deliberata nel corso del 2011 e con effetto dal 1° gennaio del medesimo anno. Nessun effetto retroattivo è dunque configurabile, visto che l'obbligazione relativa a tributi periodici corrisponde all'intero anno nel quale essa matura, ed in coerenza con queste caratteristiche, oltre che con i principi generali in materia tributaria, la citata norma di legge finanziaria autorizza variazioni quantitative prima di tale maturazione. In conclusione, in accoglimento dell'appello ed in riforma della sentenza di

primo grado deve essere respinto il ricorso colà proposto.

Consiglio di Stato Sez. IV, 4.3.2014, n. 1011

Sulla Tarsu e sulla Tia si applica l'IVA.

Nel giudizio in esame la parte appellante eccepisce, tra l'altro, profili attinenti al contenuto della cartella di pagamento gravata, sotto il doppio profilo dell'entità delle somme richieste e dell'arbitraria applicazione dell'imposta sul valore aggiunto. Le censure non sono state accolte dal Consiglio di Stato. Ad avviso del Collegio non può condividersi la posizione del Comune appellante in relazione all'affermata illegittimità dell'applicazione dell'IVA, sulla scorta dell'osservazione che la TARSU e la TIA sarebbero prelievi estranei all'ambito di operatività del predetto tributo, in quanto va rammentato il disposto di cui al punto 127-sexiesdecies della Tabella A allegata al d.P.R. 26.10.1972 n. 633, dove si indicano le prestazioni assoggettate ad IVA nella misura del 10% (giusta la generale previsione di cui all'art. 16 del decreto medesimo) e tra queste "le prestazioni di gestione, stoccaggio e deposito temporaneo, previste dall'art. 6, co. 1, lett. d), l) e m), del d.lgs. 5.2.1997, n. 22, di rifiuti urbani di cui all'art. 7, co. 2, e di rifiuti speciali di cui all'art. 7, co. 3, lett. g), del medesimo decreto, nonché prestazioni di gestione di impianti di fognatura e depurazione".

Consiglio di Stato Sez. III, 3.2.2014, n. 475

Province - sentenza del TAR sull'illegittimità del decreto del Ministero dell'Interno di riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio e dei trasferimenti erariali alle Province

L'art. 16, co. 7, del d.l. n. 95/2012 dispone per l'anno 2012 che il fondo sperimentale di riequilibrio in favore delle province, di cui all'art. 21 del d. lgs. 6.5.2011, n. 68, ed il fondo perequativo, di cui all'art. 23 del medesimo decreto legislativo, sono ridotti di 500 milioni di euro. Quanto alle modalità e criteri per le riduzioni, la norma prevede un procedimento articolato su due alternative: 1) le riduzioni da imputare a ciascuna provincia sono determinate dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali, sulla base dell'istruttoria condotta dall'UPI, e recepite con decreto del Ministero dell'Interno entro il 15.10.2012,

(tenendo conto delle analisi della spesa effettuate dal commissario straordinario di cui all'art. 2 del d.l. 7.5.2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.7.2012, n. 94, degli elementi di costo nei singoli settori merceologici, dei dati raccolti nell'ambito della procedura per la determinazione dei fabbisogni standard, nonché dei fabbisogni standard stessi, e dei conseguenti risparmi potenziali di ciascun ente); 2) in caso di mancata deliberazione della Conferenza Stato-città ed autonomie locali, il decreto del Ministero dell'interno "è comunque emanato entro i 15 giorni successivi, ripartendo le riduzioni "in proporzione alle spese sostenute per consumi intermedi desunte, per l'anno 2011, dal SIOPE." Il procedimento è, dunque, articolato su due possibilità: una prima privilegia il confronto e la collaborazione tra gli enti interessati e gli organi centrali, demandando all'accordo la individuazione di criteri e modalità di ripartizione del sacrificio finanziario imposto; la seconda possibilità, subordinata al mancato raggiungimento dell'accordo, assegna al Ministero dell'Interno il compito di ripartire la riduzione dei trasferimenti secondo un criterio matematico proporzionale che fa riferimento come base di calcolo ai dati raccolti dal SIOPE, concernenti "le spese sostenute per consumi intermedi" per l'anno 2011. E' evidente che, secondo tale meccanismo procedimentale, predisposto dal legislatore al fine di addivenire in tempi rapidi e con metodo oggettivo ed imparziale al perseguito contenimento della spesa pubblica, il ricorso alla seconda possibilità è obbligato, sia nell'"an" che nel "modo", laddove non sia stato raggiunto l'accordo, e non possa, pertanto, configurarsi neppure quella violazione del principio di leale collaborazione, che il TAR ha ritenuto di rinvenire nel caso in esame, per il fatto che il Ministero non abbia tenuto in considerazione i risultati, anche parziali, ai quali la conferenza Stato-Città e autonomie locali era pervenuta, in prima battuta. Il criterio di ripartizione delle riduzioni dei finanziamenti statali, nella volontà legislativa, appare un dato vincolato; nessun intervento discrezionale è consentito al Ministero, com'è reso palese dalla terminologia usata nel testo normativo a

proposito del decreto che il Ministero è tenuto ad assumere comunque, allo scadere del termine previsto per il raggiungimento dell'accordo. Pertanto, non è condivisibile neppure quanto sostenuto dal TAR e dalle Province appellate, ossia che il decreto ministeriale avrebbe sostanzialmente violato il criterio proporzionale dei tagli come previsto dalla norma, in quanto dai dati SIOPE avrebbe dovuto estrapolare il dato riferibile esclusivamente ai "costi intermedi" sostenuti per il funzionamento delle amministrazioni provinciali, ad esclusione di costi riferibili invece alla prestazione di servizi (c.d. "consumi finali").

1.2 - La critica della provincia di Genova si appuntava sul concetto di "consumi intermedi" assunta dal Ministero, che sarebbe, tra l'altro, in contrasto col regolamento CE n.2223/1996. La provincia di Pisa sostiene anche che la legislazione statale successiva (art. 10 del d.l. n. 35/2013, convertito in l. n. 64/2013) confermerebbe la bontà della tesi interpretativa del TAR a tal proposito, rappresentando quasi una sorta di interpretazione autentica da parte del legislatore statale della precedente normativa. La norma introduce una modifica al testo dell'art. 16, co. 7, d.l. 95/2012 prevedendo che per gli anni 2013 e 2014 le riduzioni da imputare a ciascuna provincia sono determinate in proporzione alle spese, desunte dal SIOPE, sostenute nel 2011 per l'acquisto di beni e servizi, "con l'esclusione di quelle relative alle spese per formazione professionale, per trasporto pubblico locale, per la raccolta di rifiuti solidi urbani e per servizi socialmente utili finanziati dallo Stato".

1.3 - Osserva il Collegio, quanto al primo aspetto, che il riferimento contenuto nell'art. 16, comma 7, è unicamente ai "consumi intermedi" desumibili dai dati SIOPE e non da altri fonti normative, neppure di rango europeo. Da questo punto di vista il Decreto ministeriale impugnato costituisce un mero atto esecutivo di una scelta compiuta dal legislatore, da cui è vincolato nei tempi e nel metodo di calcolo. D'altra parte il meccanismo di funzionamento della banca dati SIOPE (sistema informativo sulle operazioni degli enti pubblici – consistente in un sistema di rilevazione telematica degli incassi e dei

pagamenti effettuati dai tesoriери di tutte le amministrazioni pubbliche, disciplinato dalla l. n. 196 del 2009, che rappresenta lo strumento fondamentale per il monitoraggio dei conti pubblici) chiarisce ulteriormente come i dati, cui ha attinto il Ministero, sono stati desunti con criterio uniforme, non suscettibile di creare disparità di trattamento e violazione dell'art. 3 della Costituzione. Difatti, l'art. 14, co. 6, della l. 69/2009 così dispone: "Le amministrazioni pubbliche, trasmettono quotidianamente alla banca dati SIOPE, tramite i propri tesoriери o cassieri, i dati concernenti tutti gli incassi e i pagamenti effettuati, codificati con criteri uniformi su tutto il territorio nazionale. I tesoriери e i cassieri non possono accettare disposizioni di pagamento prive della codificazione uniforme". Il servizio registra in modo meccanico, per via telematica, i dati che vengono inseriti dai tesoriери degli enti, ai quali soltanto è imputabile eventualmente la scelta delle voci di costo inserite con codici che identificano costi intermedi. Il SIOPE in corrispondenza delle voci che individuano i consumi intermedi contempla: "acquisto di beni di consumo e/o materie prime", "prestazioni di servizi", "utilizzo di beni dei terzi". Le Amministrazioni appellanti, a tal proposito, deducono che, operativamente, gli addetti presso ciascuna provincia effettuano la scelta dei dati relativi alle spese del proprio ente in modo autonomo e indipendente l'uno dall'altro, sicché la codificazione di fatto utilizzata potrebbe essere diversa da provincia a provincia. Tale affermazione non è smentita dalle appellate Province. Il Ministero, individuate le percentuali di riduzione da applicare, ha semplicemente operato la riduzione della quota di fondo sperimentale da erogare applicando il medesimo metodo sulla base dei dati forniti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, classificati come sopra detto nella voce "consumi intermedi". Pertanto, non sembrano pertinenti le osservazioni svolte dalla sentenza a proposito della violazione del principio di buon andamento e del maggiore nocimento che potenzialmente potrebbe derivare alle province che erogano più servizi ai cittadini e in danno alle province più virtuose. Neppure è accettabile la tesi sostenuta dal TAR e dalle

Province che vorrebbe mutuare la categoria dei consumi intermedi dal regolamento CE 2223/1996. Premesso che il regolamento ha lo scopo di consentire l'elaborazione di conti e di tabelle su basi comparabili per le esigenze della Comunità e "non obbliga alcuno Stato membro ad elaborare per le proprie esigenze i conti in base al SEC 95", elaborato dal regolamento (art. 1, co. 3,) che non è vincolante neppure per gli istituti di statistica nazionale (all.1 cap. 1. 1.06: "il sistema SEC costituisce lo standard per la trasmissione di dati di contabilità nazionale a tutte le organizzazioni internazionali; soltanto nelle pubblicazioni a livello nazionale non è obbligatoria una rigorosa conformità al SEC"); ciò premesso, va osservato che la nozione comunitaria di consumi intermedi, come definita all'all 1, P.2 , punto 3.69. ("I consumi intermedi rappresentano il valore dei beni e dei servizi consumati quali input in un processo di produzione"), è dettata ad altri fini, statistici e comparativi, e non assume i dati dei flussi di cassa, come il sistema di monitoraggio SIOPE. In definitiva, la scelta del Ministero di ancorare la riduzione dei tagli al dato dei consumi intermedi dedotti dal SIOPE, senza alcun intervento discrezionale, anziché alla nozione di consumi intermedi di cui al regolamento CE 2223/1996, risulta pienamente conforme alla scelta operata dal legislatore. 1.4 - Sotto l'altro profilo, evidenziato dalla Provincia di Pisa, la circostanza che la normativa sopravvenuta (art. 10, comma I, lett. b) d.l. n. 35/2013, convertito in l. 64 del 6.6.2013) abbia inteso modificare il criterio, disponendo espressamente per l'avvenire (per gli anni 2013 e 2014), e in modo innovativo rispetto alla disciplina dell'art. 16, co. 7, in esame, l'esclusione delle spese relative a "formazione professionale, trasporto pubblico locale, raccolta rifiuti solidi urbani e servizi socialmente utili finanziati dallo stato" conferma, anziché escludere, la legittimità del provvedimento impugnato, che non consentiva al Ministero di espungere dai dati SIOPE le voci di spesa ora espressamente eliminate dalla base di calcolo. Né potrebbe attribuirsi un'efficacia retroattiva propria di norme interpretative alla norma in questione, che si qualifica come norma modificativa – innovativa

e dispone espressamente per gli anni successivi al 2012.

Corte dei Conti Sez. giur. Friuli Venezia Giulia del 17.2.2014, n. 16

Rendicontazione delle spese dei gruppi consiliari: condanna della Corte dei Conti in Friuli Venezia Giulia.

E' stato condannato il Presidente del gruppo consigliere del popolo delle Libertà per euro 36.234,09 di danno erariale in favore della Regione Friuli Venezia Giulia. La Corte ha, tra l'altro, rilevato nella parte motiva della sentenza che per quanto attiene alle "spese di rappresentanza" l'allegazione di un'adeguata motivazione doveva ritenersi una condizione necessaria, alla stregua dei comuni principi di rendicontazione contabile, per giustificare il diretto collegamento del rimborso della spesa con l'attività istituzionale svolta dal gruppo consiliare. L'allegazione di specifici elementi giustificativi costituiva, in definitiva, l'irrinunciabile presupposto di legittimità per il conseguimento del rimborso, e dunque un onere che andava assolto in sede di rendicontazione mediante specifici riferimenti alle finalità di rappresentanza istituzionale perseguite. Non è superfluo ricordare come all'epoca dei fatti, la giurisprudenza della Corte dei conti offrì agli amministratori pubblici indicazioni chiare su quelli che dovevano ritenersi i limiti e le condizioni per l'utilizzo del denaro pubblico per finalità di rappresentanza istituzionale. Costituiva, dunque, un dato pacificamente acquisito, e dunque noto a chi operava in ambiti istituzionali di assoluta rilevanza, che le spese di rappresentanza, per essere giustificate, dovessero porsi in relazione ad eventi connotati da "eccezionalità" e "ufficialità", atti a promuovere all'esterno all'immagine dell'Ente, e che tali connotazioni non potessero ricorrere nell'ambito di normali occasioni di incontro con soggetti che non fossero rappresentativi degli organi di appartenenza (C.d.C., Sez. Friuli Venezia Giulia n. 216/2010). Doveva ritenersi altrettanto noto, in considerazione dell'eco mediatica suscitata da casi eclatanti di mala gestio dei fondi destinati a spese di rappresentanza, che la giurisprudenza della Corte dei conti considerasse fonte di inammissibile sperpero di denaro pubblico e, dunque, di respon-

sabilità per danno erariale, le spese effettuate per omaggi e pranzi offerti dall'Amministrazione ai propri dipendenti, gli incontri conviviali non occasionati da manifestazioni ufficiali ovvero quelli afferenti ai "normali rapporti istituzionali", gli esborsi sostenuti in favore di soggetti non rappresentativi degli organi di appartenenza, gli omaggi di confezioni di cioccolatini, le strenne natalizie, le erogazioni liberali disposte in favore di associazioni (cfr. tra le innumerevoli sentenze della Corte dei conti in materia di spese di rappresentanza, C.d.C., Sez. Friuli Venezia Giulia n. 216/2010; id. Sez. Umbria n. 178/2004; id. Sez. II n. 106/2002; id. Sez. III n. 158/2000; id. Sez. Basilicata n. 129/2000). Appare, altresì, utile ricordare che la giurisprudenza del Giudice contabile ha sempre considerato un onere imprescindibile a carico del soggetto che dispone la spesa, l'allegazione di "un'adeguata esternazione delle circostanze e dei motivi che hanno giustificato l'esborso in relazione all'esigenza dell'ente di manifestarsi all'esterno, nonché una puntuale dimostrazione documentale degli aspetti soggettivi, temporali e modali della spesa stessa, tale da consentire una valutazione della rispondenza ai fini pubblici, non potendosi pertanto ritenere sufficiente una mera esposizione della spesa in forma generica o globale" (C.d.C., Sez. Veneto n. 456/1996). Da ultimo

osserva altresì la Corte che l'esistenza di una "prassi" perpetrata da anni, invocata quale esimente dalla difesa, secondo cui il Presidente del gruppo consiliare doveva limitarsi ad attestare l'effettività delle spese sostenute e la custodia delle relative ricevute presso la segreteria del gruppo, senza effettuare un sindacato sulle spese disposte dai singoli consiglieri e' argomentazione poco convincente, tenuto conto che l'obbligo di vigilanza sulle spese di funzionamento dei gruppi consiliari doveva ritenersi cogente in virtù del quadro normativo che disciplinava la materia in esame (leggi regionali nn. 54/1973 e 52/1980 e Regolamento adottato con delibera n. 196/1996). Nessuna prassi, infatti, per quanto radicata nel tempo, può ad avviso del Collegio giustificare il perpetrarsi della violazione degli obblighi inerenti alla corretta rendicontazione dell'impiego di denaro pubblico.

In disparte, peraltro, il rilievo che il mantenimento di una prassi illegittima può addirittura costituire un elemento di aggravio della responsabilità erariale, ove la posizione di particolare rilievo del soggetto agente avrebbe potuto consentire di porre rimedio o comunque modificare una situazione foriera di pregiudizio per le finanze pubbliche (cfr. C.d.C., Sez. II, n. 539/2013; id. Sez. Lazio n. 1096/2012; id. Sez. III n. 177/2006; id. Sez. III n. 56/2005).

«.....GA:.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

1. Con la nota 3.10.2013 la Ragioneria Generale dello Stato richiede il parere dell'Avvocatura dello Stato, in ordine ad una bozza di accordo "predisposto dalla Banca d'Italia, con alcune modifiche ed integrazioni effettuate da questo Dipartimento, che soddisfano più adeguatamente le varie esigenze operative della Ragioneria Generale dello Stato". L'accordo, frutto di una serie di incontri svolti presso le sedi della Banca d'Italia (Napoli e Roma) prende le mosse da due consultazioni rese dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli con le quali: a) si risolveva un contrasto di opinioni tra amministrazioni periferiche in ordine ai presupposti che potessero legittimare il ricorso alla procedura di conto sospeso per i pagamenti dello Stato a soggetti privati a seguito "dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi aventi efficacia esecutiva" (CS 9378/12 GER); b) si segnalavano alla Banca d'Italia (e all'Avvocatura Generale dello Stato) alcune irregolarità ed anomalie che caratterizzavano, soprattutto nei pignoramenti presso terzi innanzi al Tribunale di Napoli, le procedure esecutive di assegnazione e pagamento di somme dovute dallo Stato (CS 10923/12 CNZ). Avviato nell'autunno 2012 un "tavolo di lavoro" presso la Banca d'Italia, con la presenza di funzionari del Ministero dell'Economia e Finanze e, in una fase immediatamente successiva, del Ministero della Giustizia, attraverso progressivi affinamenti, si definiva una bozza concordata di accordo, ai sensi dell'art. 15 della l. 7.8.1990, n. 241,

sulla quale la Ragioneria Generale dello Stato aveva modo di richiedere (ed ottenere) dalla Banca d'Italia quelle "modifiche ed integrazioni" cui fa cenno nella richiesta di parere." (Parere 11.3.2014 - 111107/111139, CT 40397/2013, SEZ. III, Avv. Giuseppe Fiengo).

RISPOSTA

2. In linea preliminare la Scrivente concorda sullo schema procedimentale adottato secondo cui l'accordo quadro predisposto con gli uffici della Banca d'Italia, possa essere regolato ai sensi dell'articolo 15 della l. 7.8.1990, n. 241, a norma del quale "... le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune". Come noto, la funzione di Tesoreria provinciale dello Stato è stata affidata alla Banca d'Italia, sin dal 1894 mentre con d.lgs. n. 430/97 è stato affidato alla Banca d'Italia anche il servizio di Tesoreria centrale, prima svolto dalla Direzione generale del tesoro. Per disciplinare entrambi i servizi sono state approvate convenzioni con d.m. 17 gennaio 1992 per il servizio di Tesoreria provinciale e d.m. 9.10.1998, per quello di Tesoreria centrale che, prevedono, tra l'altro, che i compiti delle Sezioni di tesoreria della Banca d'Italia siano regolati dalla Legge sulla Contabilità Generale dello Stato e dal suo Regolamento, nonché dalle Istruzioni Generali sui Servizi del Tesoro (IGST) e che "Il Servizio di Tesoreria è soggetto a vigilanza da parte della Direzione Generale del Teso-

ro, ai sensi delle vigenti disposizioni”¹. Anche se l’organizzazione delle strutture di tesoreria resta di esclusiva competenza della banca, che svolge il servizio senza vincolo gerarchico rispetto all’amministrazione statale, dal quadro normativo sinteticamente richiamato consta che la Banca d’Italia è “Istituto di diritto pubblico”, “... assolve inoltre gli altri compiti ad essa attribuiti dalla legge” e “... esercita il servizio di tesoreria dello Stato secondo speciali convenzioni. Può svolgere altri servizi per conto dello Stato” (artt. 1 e 37 dello Statuto, da ultimo approvato con d.P.R. 27.12.2013). Le attività compiute dalla Tesoreria centrale e dalle sezioni di tesoreria implicano l’emersione di una precisa figura soggettiva, le cui attività finiscono per imputarsi direttamente all’amministrazione statale, nella specie il Ministero dell’Economia e delle Finanze. Con riferimento al Servizio di Tesoreria si è, quindi, di fronte ad un organo dello Stato, del quale - tuttavia - è titolare la Banca d’Italia, persona giuridica pubblica distinta dallo Stato, figura soggettiva della “persona giuridica titolare di ufficio” (GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, 1970, p. 253)².

¹ In relazione alle procedure esecutive, l’art. 69 R.D. 2440/1923 e l’art. 498 comma 3 R.D. 827/1924, richiamano l’obbligo dell’Amministrazione, destinataria di atti di pignoramento, di rendere la dichiarazione del terzo (art. 611 c.p.c. 1865 ora art. 543 c.p.c. 1940). Le norme di contabilità si riferiscono alla posizione debitoria dell’Amministrazione e non, in via immediata, a quella della Banca d’Italia quale terzo pignorato nella qualità di *tesoriere dello Stato*. Cionondimeno, l’art. 165 IGST prevede tra le fattispecie di “impedimento” dei pagamenti dovuti dallo Stato la notifica, nelle forme di cui all’art. 543 c.p.c. di un atto di pignoramento (richiamato indirettamente attraverso il rinvio all’art. 498 R.D. 827/1924). A norma dell’art. 4 lett. o) delle IGST, le Sezioni di Tesoreria provinciali hanno il compito di attendere al “ricevimento degli atti intesi a sospendere o ad impedire il pagamento di somme dovute dallo Stato e alla trasmissione di tali atti, a seconda dei casi, in originale o in copia, all’Avvocatura dello Stato o alle amministrazioni interessate”. Appare evidente che tali disposizioni si riferiscono essenzialmente ai casi nei quali l’Amministrazione dello Stato abbia un debito nei confronti del soggetto privato pignorato e mirano ad individuare le procedure idonee per procedere al pagamento di somme dovute dallo Stato a soggetti diversi da quelli che ne avevano originario diritto.

² La tesi sembra smentita da Corte Cost. n. 350/98, ma l’affermazione è stata fatta per finalità diverse, afferen-

Le osservazioni finora svolte, se, per un verso, rendono congruo il ricorso all’accordo tra pubbliche amministrazioni, previsto dall’art. 15 della l. n. 241/90, sotto altro profilo mettono in dubbio la natura giuridica di “terzo” della Banca d’Italia, laddove esercita funzioni di Tesoreria dello Stato. Una conferma indiretta su questo punto si ricava dall’art. 5 co. 1 del d.P.R. 30.12.2003 n. 398, pure citato nelle premesse della bozza di accordo, a norma del quale “La Banca d’Italia non può concedere anticipazioni di alcun tipo al Ministero”. La prassi, talvolta utilizzata dalla Banca di far fronte ai pagamenti del terzo ricorrendo a fondi propri sembra operativamente volta a evitare il pignoramento mobiliare da parte dell’Ufficiale Giudiziario sui beni dell’Istituto³. Ove la stessa assumesse carattere continuativo e valori rilevanti potrebbe ritenersi, limitatamente al tempo necessario per il ripianamento delle somme da parte dell’amministrazione interessata, non in linea con la normativa comunitaria, che - come detto - vieta anticipazioni allo Stato da parte delle Banche Centrali (cfr. in particolare gli Artt. 123, 258 e 271, lett. d) TFUE all’art. 35.5 e 35.6 dello Statuto del SEBC e al considerando n. 9 del reg. (CE) del Consiglio n. 3603/93). In altri termini la Banca d’Italia, in relazione alle somme di Tesoreria, non è tecnicamente un debitore dello Stato ed i pignoramenti, ai quali una prassi ultradecennale sembra averla assog-

ti alla rappresentanza e difesa nel giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi, e finisce per assumere nel contesto della citata decisione la funzione logica di un *obiter dictum* (vedi oltre).

³ Ci si riferisce a quei casi in cui, nonostante una dichiarazione di terzo negativa resa dalla Banca d’Italia, il G.E. assegna somme a favore del creditore e quest’ultimo promuove un pignoramento presso la Banca d’Italia per riscuotere coattivamente la somma. In tale ipotesi la Banca mette a disposizione dell’Ufficiale giudiziario somme attinte dai propri conti e, di norma, si oppone all’esecuzione per rientrare in possesso delle somme pignorate. Nell’eventualità che l’opposizione non venga accolta dal Tribunale, la Banca chiede al MEF di essere autorizzata a scritturare le somme pignorate al conto sospeso collettivi. Tale meccanismo potrebbe essere evitato se il MEF autorizzasse in via generale l’Istituto a scritturare direttamente in tale evenienze le somme pignorate al conto sospeso collettivi, curando - ricorrendone i presupposti - direttamente il giudizio di opposizione.

gettata, sembrano non avere le caratteristiche del tipico “pignoramenti presso terzi”, ma presentano, al più, spiccate connotazioni di anomali “pignoramenti diretti”. Alle stesse conclusioni conduce un’analisi funzionale delle norme del codice di procedura civile: a) ai sensi dell’art. 543, co. 1, l’espropriazione forzata presso terzi comprende sia il pignoramento di “crediti del debitore verso terzi” sia il pignoramento di “cose mobili”, e, quindi, anche di somme di danaro di proprietà del debitore “che siano in possesso di terzi”; b) con riferimento alla prima ipotesi (a differenza di quanto accade nel caso di depositi bancari, accessivi a contratti di conto corrente di corrispondenza o di ordinarie convenzioni di tesoreria, nei quali si configura il cosiddetto deposito irregolare, in cui il depositario acquista la proprietà del bene diventando debitore del tandundem nei confronti del depositante) lo Stato conserva la piena proprietà delle somme depositate in Tesoreria e non diventa quindi creditore del tandundem nei confronti della Banca d’Italia; c) con riferimento alla seconda ipotesi occorre distinguere il caso in cui il debitore escusso non abbia la immediata disponibilità delle cose mobili (nel caso di specie, il danaro) in possesso del terzo (ipotesi nelle quali il pignoramento può avvenire nelle forme dell’art. 543 c.p.c.), da quello in cui il debitore abbia l’immediata disponibilità del danaro, ipotesi nella quale il pignoramento deve invece avvenire nelle forme di cui all’art. 513 e segg. c.p.c.; d) ne deriva che l’espropriazione forzata per la realizzazione di crediti pecuniari verso lo Stato deve avvenire nelle forme di cui all’art. 513 e segg. del codice di procedura civile (pignoramento mobiliare diretto), sia perché, relativamente alle somme giacenti in Tesoreria, non esiste un rapporto di credito/debito tra lo Stato e la Banca d’Italia, incaricata del servizio di custodia e gestione, sia perché lo Stato mantiene l’immediata disponibilità delle liquidità giacenti presso la Tesoreria, escludendosi per questa via che si possa trattare di “cose del debitore che sono in possesso di terzi” ai sensi dell’art. 543 c.p.c..

3. Nasce, da quanto sopra riportato, la necessità di un approfondimento sul tema del ricorso all’esecuzione forzata per il pagamento di somme dovute da

Amministrazioni dello Stato. Va premesso che nel recente passato, sul tema della possibilità di espropriare danaro e crediti pecuniari dello Stato e degli enti pubblici, secondo il costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità, le somme, ancorché esistenti presso le banche con funzioni di tesoriere, si presumevano destinate al pubblico servizio e quindi insuscettibili di pignoramento (cfr. Cass. 3.1.1976 n. 1). Tale orientamento rispondeva all’esigenza comune di evitare quello che comunemente si individua come “assalto alla diligenza”, che avrebbe determinato serie difficoltà operative per lo Stato, che rischiava - come poi è avvenuto - di vedere vincolate le risorse destinate al suo stesso funzionamento. Dal 1979 la giurisprudenza si è orientata nel senso contrario, ritenendo che il bilancio preventivo non consentisse di collegare le singole entrate a singole uscite e pertanto, in sé, l’iscrizione in bilancio non poteva considerarsi fonte di vincolo di destinazione, tale da sottrarre le somme in esso affluite all’azione espropriativa dei creditori dello Stato: secondo il nuovo orientamento l’ammissibilità della condanna della P.A. al pagamento di somme di danaro comportava come conseguenza imprescindibile la ammissibilità della esecuzione forzata. La Cassazione ritenne quindi che rimettere al debitore PA. la determinazione circa il tempo ed il modo di adempiere un’obbligazione, sancita in una condanna giudiziale, avrebbe significato escludere l’esistenza stessa dell’obbligazione; che il pagamento fosse comunque atto dovuto privo di margini di discrezionalità a fronte del quale il creditore vanta un diritto soggettivo come tale tutelabile innanzi al giudice ordinario nel procedimento di espropriazione forzata (cfr. Cass. SS.UU. del 13 luglio 1979 n. 4071 e del 9.3.1981 n. 1299). I principi enunciati in dette sentenze trovarono definitiva consacrazione nella sentenza n. 138 del 1.7.1981 della Corte Costituzionale, che, richiamando anche propri precedenti (n. 32/1970 e n. 161/1971), affermò la ammissibilità del ricorso alla esecuzione forzata in danno della P.A. secondo le norme del codice di rito (in particolare nelle forme della espropriazione presso terzi). Anche tale pronuncia, tuttavia, come di seguito si esporrà, va letta alla luce della e-

voluzione del giudizio amministrativo ed in particolare del giudizio di ottemperanza. Diversamente da quanto si legge anche in recenti pronunce della Cassazione (cfr. sentenza n. 7863 del 6.4.2011) ed in molti contributi di dottrina sull'argomento, non si ritiene che l'introduzione dell'art. 1 bis nella l. n. 720/1984 abbia posto fine alla questione. Tale norma infatti prevede espressamente il richiamo alla disciplina dell'esecuzione forzata presso la tesoreria solo per gli enti ed organismi pubblici di cui all'allegato richiamato nel precedente art. 1 fra i quali, chiaramente non si rinvergono le amministrazioni dello Stato. L'assunto che si legge nella citata pronuncia della Cassazione secondo cui "la normativa sulla tesoreria unica prevede quindi quale unica forma di pignoramento del danaro delle pubbliche amministrazioni ivi contemplate (tra cui, se non altro per quel che qui interessa, le amministrazioni centrali dello Stato) quelle del pignoramento presso terzi presso il tesoriere", assunto alla quale la Corte perviene dopo una attenta ricostruzione del quadro normativo, può essere condiviso solo nell'ipotesi in cui: a) sia pignorato il credito di un terzo verso le amministrazioni dello Stato (e tanto non in forza dell'art. 1 bis della l. 720/1984, ma in virtù delle disposizioni del r.d. n. 827/1924 di cui agli artt. 498 e segg. e comunque nei limiti da tali norme previsti); b) nell'ipotesi di credito che un terzo vanta, non nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ma nei confronti di enti ed organismi pubblici (in forza, questa volta sì, della l. n. 720/1984). Ciò alla luce di quanto segue: a) non si riviene alcuna norma che preveda, per le amministrazioni dello Stato, la possibilità del ricorso all'esecuzione forzata nella forma dell'espropriazione presso terzi (Tesoreria) che veda lo Stato quale debitore esecutato, possibilità che quindi, all'attualità, deve ritenersi ammessa solo per prassi, che non esclude la ragionevolezza di previsioni che -concretamente - svuotino tale ritenuta generale applicabilità dell'espropriazione forzata presso terzo; b) gli artt. 498 e segg. del R.D. n. 827/1924 hanno riguardo, solo a volere leggere la rubrica del Capo IV nel quale essi sono inseriti "degli atti aventi per scopo di impedire e di trattenere il pagamento di somme dovute dal-

lo Stato", alle ipotesi in cui sia lo Stato ad essere terzo; c) l'unica fonte normativa secondaria che potrebbe prevedere (come sopra si è detto e in certa qual misura smentito) è il d.m. 29.5.2007, recante le Istruzioni sul servizio di Tesoreria dello Stato, che al capo III, intitolato "Atti impeditivi al pagamento" all'art. 165 co. 4 prevede: "qualora l'atto impeditivo sia rivolto contro uffici centrali o periferici dello Stato (...) la Tesoreria vincola le eventuali disponibilità del debitore esecutato nella misura stabilita dalla legge e rende la conseguente dichiarazione di terzo (...)". Ma anche qui è evidente che il riferimento non è allo Stato debitore. Nell'ambito di una riflessione sulle conseguenze che la prassi del ricorso all'esecuzione presso terzi per il soddisfacimento di crediti nei confronti dello Stato ha comportato, non possono sfuggire le considerazioni che seguono.

Il vincolo apposto continuativamente sui capitoli di spesa delle amministrazioni dello Stato comporta non solo la indisponibilità dei fondi, che spesso si protrae indefinitivamente, per le anomalie che connotano il sistema, ma anche la necessità di proporre un numero molto elevato di opposizioni all'esecuzione per far valere la impignorabilità delle somme, impignorabilità prevista da numerose disposizioni di legge. Infatti, per evitare la paralisi dell'attività ordinaria della P.A., il legislatore è stato costretto ad introdurre sempre più disposizioni che impongono vincoli di destinazione (sulla cui estensione è inevitabile insorgano questioni anche spesso giuridicamente complesse) con le conseguenze immaginabili in termini di durata e del costo dei giudizi. Su tali disposizioni particolari, sempre più utilizzate dal Legislatore, per garantire la continuità dell'azione amministrativa nel campo dei cosiddetti servizi essenziali e ripresa pedissequamente - come sopra descritto - anche in relazione ai pagamenti previsti in esecuzione dei decreti di condanna per la Legge Pinto, si è - tra l'altro - pronunciata la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 350 del 1998. Le conclusioni della Corte, se convincono in ordine alla ragionevolezza e legittimità costituzionale della speciale norma impugnata, lasciano aperte e meritano approfondimento in ordine: a) all'esistenza in queste procedure di una effet-

tiva tutela del creditore procedente; b) all'estensione che si è avuta (soprattutto nei periodi di crisi nei pagamenti dello Stato) a molteplici fattispecie della descritta impignorabilità; c) alla natura del rapporto di tesoreria tra Ministero dell'Economia e Banca d'Italia, che non può ragionevolmente, in assenza di gara o di procedure aperte, risolversi in un'ordinaria concessione di servizio. Il recente ricorso massiccio al giudizio di ottemperanza (artt. 112 e segg. c.p.a.), segnalato dalle amministrazioni statali interessate e le forme anomale di pignoramento di azioni di società a totale partecipazione pubblica in possesso del Ministero del Tesoro, le difficoltà, infine, di far fronte alla prassi diffusa dei creditori di proseguire comunque nel tentativo di dar corso a pignoramenti presso terzi, costituiscono chiari sintomi di una vera e propria "crisi di sistema". Per contro l'evoluzione della giustizia amministrativa, segnata dall'approvazione del nuovo codice del processo amministrativo, apre inedite prospettive in ordine alla puntuale esecuzione da parte degli organi dello Stato di dar corso, in tempi ragionevoli e senza iniqui oneri aggiuntivi, al pagamento delle condanne a somme di danaro. L'art. 112 del Codice del processo amministrativo laddove estende, al co. 2, il giudizio di ottemperanza agli "altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo" e "delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il giudizio di ottemperanza" sembra offrire una connotazione residuale e generale al nuovo giudizio di ottemperanza, affidandolo ad un giudice specializzato, non di sola legittimità, in grado di condurre per mano, e con duttilità nelle soluzioni in concreto adottate, l'amministrazione alla immediata realizzazione dell'interesse del creditore insoddisfatto. In altri termini opinione della Scrivente è che, nei giudizi resi dalla Cassazione e confermati dalla Corte Costituzionale, ai quali sopra si è accennato, il punto essenziale che ha giustificato l'estensione in via meramente interpretativa della possibilità, genericamente prevista dall'ordinamento civile, di assoggettare a pignoramento (diretto o presso il terzo tesoriere) le somme assegnate dal bilancio statale alle singole amministrazioni,

risiede nella circostanza che, nella prassi interpretativa dell'epoca, un creditore munito di titolo nei confronti dello Stato per somme di danaro non potesse utilmente esperire l'azione di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo, ancorchè il giudizio di ottemperanza fosse nato proprio per garantire l'esecuzione delle condanne rese dal giudice ordinario nei confronti della P.A.. Una volta pacificamente ammesso che oggetto del giudizio di ottemperanza possa essere l'esecuzione di sentenze di condanna di somme di danaro emesse dal giudice ordinario, sarebbero venuti meno i presupposti legittimanti la ammissibilità del ricorso all'espropriazione forzata secondo il codice di rito, così come è oggi. Nulla osta a che il Legislatore intervenga a disciplinare la impignorabilità di ogni risorsa finanziaria dello Stato, considerata l'esistenza dello specifico mezzo che consente al creditore di soddisfare la propria pretesa attraverso il giudizio di ottemperanza: il principio secondo cui l'amministrazione statale, al pari di ogni altro debitore, risponde delle obbligazioni con l'intero patrimonio - principio che ha sorretto e giustificato l'orientamento della Corte di Cassazione - informa infatti parimenti l'istituto del giudizio di ottemperanza.

In tale contesto è avviso della Scrivente che sia opportuno che il Legislatore intervenga per prevedere che l'unica forma per la soddisfazione coattiva di crediti monetari consacrati da titolo giudiziale nei confronti dell'Amministrazione statale sia il ricorso al giudizio di ottemperanza, norma che garantirebbe la eliminazione, in radice, di tutte le conseguenze negative che discendono dal ricorso all'espropriazione presso terzi regolata dal codice di rito. Si ritiene che tale previsione normativa possa superare il vaglio di costituzionalità tenuto conto della adeguatezza del rimedio per la effettiva soddisfazione (e quindi per l'effettiva tutela giurisdizionale) del creditore e della coeva tutela delle posizioni della amministrazione statale che trovano copertura costituzionale. In linea con le suddette conclusioni è la volontà del Legislatore che, nel progetto iniziale della commissione per la adozione del codice del processo amministrativo, intendeva sostituire al nome "giudizio di ottemperanza" quello di "giudizio

di esecuzione". Rimasta immutata la disciplina che ora conosciamo, si è tornati al giudizio di ottemperanza: la celerità del rito, il dimezzamento dei termini processuali, gli ampi poteri del giudice amministrativo, la sicura soddisfazione del creditore a mezzo degli atti che eventualmente il commissario ad acta è chiamato ad adottare, la previsione ed applicazione della sanzione pecuniaria per l'inadempimento⁴, secondo i parametri dell'art. 614 bis c.p.c. anche per le statuizioni di condanna non tempestivamente eseguite, la proponibilità del giudizio per la esecuzione di pronunce giurisdizionali la cui esecutività non sia sospesa (C.d.S. n. 6155/2011), sono tutti elementi che dovrebbero fare del giudizio di ottemperanza lo strumento di elezione per la soddisfazione delle pretese creditorie nei confronti dello Stato che siano consacrate in un titolo esecutivo.

In tale sede potranno essere anche adottate congrue misure dirette ad evitare quelle anomalie e aggravii di spesa che, con dovizia di particolari ed una sostanziale ragionevolezza, vengono puntualmente segnalate dal Ministero della Giustizia. Evidentemente, ad esempio, occorrerà particolare attenzione nel far coincidere la nomina di commissari ad acta con funzionari della stessa amministrazione debitrice in grado di redigere efficacemente i mandati (elettronici) di pagamento, in modo da evitare che il compito affidato dal giudice si sovrapponga, come lavoro aggiuntivo, ai normali compiti d'istituto svolti dai diversi dipendenti nominati commissari. L'iniziativa legislativa potrebbe trovare la sua sede naturale nei provvedimenti che il Governo sta predisponendo proprio in relazione ai pagamenti delle pubbliche amministrazioni. 4. In questo contesto e sulla base delle considerazioni in diritto sopra svolte, la bozza di accordo che si va a sottoscrivere con

⁴ Il ministero della Giustizia ha trasmesso in visione la nota CEDU del 13.12.2012 con la quale la Corte segnala, in caso di componimento bonario, l'obbligo di corrispondere per il ritardo nell'adempimento (attestato dai ricorsi promossi presso l'organismo internazionale di giustizia) una somma forfettaria aggiuntiva di euro 200 a titolo di "danno morale". La questione, in relazione al giudizio amministrativo è oggi all'esame della Corte Costituzionale presso la quale è stata rimessa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

la Banca d'Italia assume una funzione strumentale di regolare al meglio una situazione di fatto, che presentava in relazione ai pignoramenti presso la Tesoreria, anche ulteriori anomalie e disfunzioni che le parti intendono comunque superare. Nell'esprimere, quindi, sostanziale condivisione sulle premesse, sull'oggetto e sugli obiettivi della bozza di accordo proposta, una particolare attenzione va riposta all'utilizzo degli speciali ordini di pagamento in conto sospeso. Su tale tema, in sede di tavolo di lavoro, l'Avvocatura, sulla scorta dei pareri resi in varie circostanze (Nota AGS 9356 del 29.1.2003 e, da ultimo, dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli) aveva condiviso la formula (in verità generica) circa "un maggiore utilizzo di tale strumento anche con riferimento a fattispecie assimilabili a quelle contemplate dalla lettera della norma di legge (transazioni stipulate per atto pubblico, conciliazioni giudiziali etc.). Tale formulazione è stata espunta nelle modifiche richieste dalla Ragioneria Generale dello Stato. Su tale punto la Scrivente ritiene che il testo debba essere reintrodotta o, perlomeno, la questione affrontata. Il pagamento in conto sospeso è stato introdotto dall'art. 14 del d.l. 31.12.1996, n. 669, convertito con modificazioni nella l. 28.2.1997, n. 30 e concerne letteralmente "procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro". Il co. 2 prevede che: "Nell'ambito delle amministrazioni dello Stato, nei casi previsti dal comma 1, il dirigente responsabile della spesa, in assenza di disponibilità finanziarie nel pertinente capitolo, dispone il pagamento mediante emissione di uno speciale ordine di pagamento rivolto all'istituto tesoriere, da regolare in conto sospeso. La reintegrazione dei capitoli avviene a carico del fondo previsto dall'articolo 7 della l. 5.8.1978, n. 468, in deroga alle prescrizioni dell'ultimo comma. Con decreto del Ministro del tesoro sono determinate le modalità di emissione nonché le caratteristiche dello speciale ordine di pagamento previsto dal presente comma". La problematica relativa al pagamento da regolare in conto sospeso precede chiaramente le tematiche relative al pignoramento e riguarda le ammini-

strazioni presso le cui sedi vengono ex lege notificati i titoli esecutivi, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 14 del d.l. 669/96. L'Avvocatura dello Stato, alla quale il titolo viene notificato per l'ulteriore finalità della decorrenza del termine breve per l'impugnazione o comunicato dalla cancelleria dell'autorità emittente, di norma trasmette il titolo all'amministrazione correlandolo del relativo parere sulla impugnabilità o meno della statuizione, raccomandando comunque, ove non vi siano ragioni ostative, la pronta esecuzione, con riserva di ripetizione nell'eventualità di gravame. Si segnala che, come già affermato dall'Avvocatura Generale con nota n. 9356 del 29.1.2003 e ribadito con recente parere (CS 9378/12 GER) dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, l'amministrazione è tenuta al pagamento, anche in conto sospeso, a prescindere dalla notifica del titolo in forma esecutiva, costituendo la notifica del titolo esecutivo (ed il decorso dello spatium adimplendi) solo un onere in capo al creditore ed avendo già prima il titolo efficacia esecutiva con la operatività della statuizione di condanna del debitore, determinante, ad esempio, la maturazione di interessi in capo al creditore, eventualmente statuiti, o comunque legalmente prescritti. È avviso della Scrivente che la procedura di conto sospeso possa ragionevolmente estendersi, eventualmente attraverso un atto di interpretazione autentica del Legislatore, agli atti di transazione e alle clausole conciliative le quali ove autenticate (art. 474 c.p.c.) acquistano natura di titolo esecutivo per le obbligazioni di somme di denaro in esse contenute. In altri termini sia la transazione e, ancor di più l'atto conciliativo in sede giudiziaria, nel quale può agevolmente confluire la stessa transazione, consentirebbero un notevole risparmio di spese e, spesso, in relazione a controversie relative ad apposizioni a decreti ingiuntivi, un abbattimento della stessa sorte richiesta dalla controparte. 5. In ordine all'impignorabilità dei fondi l'intesa raggiunta, seppur rappresenta un passo avanti rispetto alle attuali prassi, non consente di superare del tutto le notevoli difficoltà frapposte dal mondo forense e dagli stessi giudici dell'esecuzione in relazione all'applicazione di disposizioni di legge, quali quelle che san-

ciscono la non pignorabilità di determinate somme, avvertite dal mondo giudiziario come ingiuste norme di privilegio. Inoltre spesso alla declaratoria legale di impignorabilità di determinate somme a disposizione dell'amministrazione statale non segue l'esplicita esenzione per la Tesoreria dall'obbligo di accantonamento, sicché il riacquisto della disponibilità da parte dell'amministrazione intimata avviene solo all'esito (spesso incerto) di un giudizio di opposizione; si rammenta al riguardo l'art. 168 del decreto ministeriale 29 maggio 2007 recante le Istruzioni sui servizi del Tesoro laddove genericamente prevede che "in tutti i casi in cui l'ordinamento giuridico riconosca impignorabili e/o insequestrabili determinate disponibilità, le Tesorerie sono tenute ad apporre ugualmente il vincolo ad eccezione dei soli casi in cui norme di legge espressamente le esonerino dall'obbligo di accantonare ...". È una chiara anomalia del sistema, dal momento che l'impignorabilità è stabilita dal Legislatore proprio per evitare che la mancanza di disponibilità di fondi paralizzi attività delle amministrazioni statali costituenti servizi pubblici essenziali⁵.

⁵ A titolo riassuntivo, e probabilmente non esaustivo, si evidenziano le disposizioni che concernono le fattispecie di impignorabilità. L'art. 1 d.l. 313/94 primo comma individua alcuni limiti oggettivi di impignorabilità per categorie di somme di denaro: i fondi di contabilità speciale a disposizione delle prefetture delle direzioni di amministrazione delle Forze armate e della Guardia di finanza; le aperture di credito a favore dei funzionari delegati degli enti militari, degli uffici o reparti della Polizia di Stato, della Polizia penitenziaria e del Corpo forestale dello Stato, del Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari e dei comandi del Corpo nazionale dei vigili del fuoco o del Cassiere del Ministero dell'interno; i fondi destinati al pagamento di spese per servizi e forniture aventi finalità giudiziaria o penitenziaria; tutti i fondi comunque destinati a servizi e finalità di protezione civile, di difesa nazionale, di sicurezza pubblica di vigilanza, prevenzione e repressione delle frodi nel settore agricolo, alimentare e forestale; al rimborso delle spese anticipate dai comuni per l'organizzazione delle consultazioni elettorali; al pagamento di emolumenti e pensioni a qualsiasi titolo dovuti al personale amministrato. Fuori dei casi di impignorabilità, questi fondi sono tutti assoggettati esclusivamente alla procedura di espropriazione mediante pignoramento diretto di cui al co. 2 dell'art. 1 d.l. 313/94. Il co. 3 ("Non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento ai sensi del presen-

te articolo presso le sezioni di tesoreria dello Stato a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Gli atti di sequestro o di pignoramento eventualmente notificati non determinano obbligo di accantonamento da parte delle sezioni medesime né sospendono l'accreditamento di somme nelle contabilità speciali intestate alle prefetture ed alle di notificato al funzionario delegato nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati, con l'effetto di sospendere ogni emissione di ordinativi di pagamento relativamente alle somme pignorate. Il funzionario, sempreché esistano sulla contabilità speciale fondi pignorabili, provvederà a vincolare l'ammontare delle somme pignorate (si veda art. 1, co. 2 del d.l. 25.5.1994, n. 313 il quale espressamente afferma che detti pignoramenti si effettuano secondo le peculiari forme ivi indicate e così "si eseguono esclusivamente, a pena di nullità rilevabile d'ufficio"). È inoltre espressamente previsto dal successivo comma 3 dell'art. 1 DL 313/94 che "non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento ai sensi del presente articolo presso le sezioni di tesoreria dello Stato a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio" e che "gli atti di sequestro o di pignoramento eventualmente notificati non determinano obbligo di accantonamento da parte delle sezioni medesime". (NB la norma è pedissequamente riproposta all'art. 5 *quinquies* della legge 89/01. Vedi oltre). Dal rapido *excursus* normativo sin qui effettuato, appare evidente che l'atto di pignoramento, effettuato in difformità dal peculiare modello disciplinato dal D.L. 313/94, è assoggettato al seguente regime: a) la forma del pignoramento diretto è l'unica esclusivamente utilizzabile, diversamente opinando, la nuova forma del pignoramento diretto presso il debitore non potrebbe mai essere applicata perché l'azione esecutiva o è diretta ad aggredire fondi impignorabili (perché destinati ai particolari scopi individuati dalle singole normative sopra richiamate) oppure altri fondi (fondi diversi) che sarebbero pignorabili nelle normali forme dell'espropriazione presso terzi. Ma la previsione di due diverse forme di pignoramento non è contemplata dall'art. 1 del d.l. 313/1994; b) l'atto difforme dal suddetto paradigma normativo è qualificato espressamente come nullo e tale nullità è espressamente qualificata come rilevabile d'ufficio; c) gli atti di pignoramento eventualmente effettuati presso le tesorerie (in difformità del paradigma normativo) sono assolutamente inefficaci in quanto non comportano obbligo di accantonamento. Essi, in altri termini, sottraggono all'oggetto dell'espropriazione le somme depositate presso le Tesorerie, e ciò fanno privando gli atti di pignoramento erroneamente effettuati di ogni idoneità all'imposizione del vincolo conservativo, così evidenziando la *voluntas legis* di sottrarre le suddette somme al soddisfacimento forzato del credito per cui si procede. Trattandosi di nullità assoluta e rilevabile d'ufficio che è volta ad impedire la prosecuzione del processo esecutivo verso l'esito finale, la stessa non può ritenersi assoggettata ai limiti temporali di rilevanza di cui all'art. 617 co. 2 c.p.c., né il giudice dell'esecuzione è libero nel non rilevarla costituendo lo stesso un vero e proprio potere-dovere. L'inefficacia assoluta dell'atto

Se così stanno le cose, allo stato degli atti la posizione assunta dalla Banca d'Italia, laddove dichiara di attenersi ad una "interpretazione restrittiva della normativa che dispone le ipotesi di impignorabilità" e "rende dichiarazione negativa solo se la legge con-

di pignoramento - ove effettuato nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. anziché nelle forme di cui al d.l. 313/94 - è costruita in modo da impedire il sorgere dello stesso obbligo di accantonamento e custodia in capo al terzo e quindi in modo da impedire il sorgere di alcun vincolo di indisponibilità del credito sussistente nei confronti del *debitor debitoris*. Ciò rinviene la sua *ratio*, evidentemente, nella volontà di sottrarre le somme depositate presso le Tesorerie all'oggetto dell'espropriazione, il che avviene privando gli atti di pignoramento erroneamente effettuati di ogni idoneità all'imposizione del vincolo conservativo: emerge così la *voluntas legis* di sottrarre le suddette somme al soddisfacimento forzato del credito per cui si procede. Infatti, una volta escluso l'obbligo del terzo *debitor debitoris* di effettuare l'accantonamento, viene a mancare l'oggetto stesso dell'espropriazione, giacché quel credito è sottratto al processo ed è ineseguibile, in quanto al medesimo non attratto, per l'assenza di produzione degli effetti preliminari di indisponibilità. Se lo scopo della norma è quello di sottrarre le somme giacenti presso la Tesoreria al processo esecutivo, stabilendo per altra via le modalità con cui vanno individuate le somme destinate al soddisfacimento del creditore precedente, allora ammettere che comunque il pignoramento erroneamente effettuato nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. possa proseguire costituirebbe un'interpretazione abrogratrice del chiaro dettato normativo che identifica il pignoramento diretto secondo le forme imposte dall'art. 1 d.l. 313/94 quale forma esclusiva a pena di nullità assoluta delle altre forme di pignoramento senza che sia ipotizzabile alcuno spazio residuo per l'espropriazione presso terzi. A mente della consolidata giurisprudenza di legittimità "le situazioni invalidanti, che si producano nella fase che è conclusa dalla ordinanza di autorizzazione della vendita, sono suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo" (SS.UU. n. 11178 del 27/10/1995) allorché impediscano che il processo consegua il risultato che ne costituisce lo scopo, e cioè l'espropriazione del bene pignorato come mezzo per la soddisfazione dei creditori. Detto principio è stato confermato e precisato da Cass. Sez. 3, Sentenza n. 837 del 16/01/2007 con la quale si è statuito che le nullità "sono suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo - me diante opposizione agli atti esecutivi anche oltre il termine dei cinque giorni previsti a pena di decadenza, o d'ufficio dal giudice dell'esecuzione". In definitiva, la sottrazione dei fondi delle suddette contabilità alla possibilità dell'espropriazione presso terzi integra un vizio di nullità assoluta che, dal lato degli obblighi della tesoreria, impone di non eseguire l'accantonamento e, sul versante dell'azione esecutiva (per ciò che concerne l'attività dell'Avvocatura) è impediante lo svolgimento del processo (il quale sarebbe altrimenti mancante del suo oggetto); il relativo vizio è sottratto ai termini di cui all'art. 617 c.p.c.

templa espressamente l'esonero dall'obbligo di accantonamento", diverge dall'interpretazione prospettata della ratio e funzionalità della declaratoria di impignorabilità disposta dalla legge e pone le premesse per il protrarsi di un contenzioso inutile e dannoso per l'Erario. Il semplice coordinamento dell'attività della Banca d'Italia con la difesa assunta dall'Avvocatura dello Stato, ancorché prassi utile (finora raramente seguita) non appare misura sufficiente ad una serena trattazione di siffatti "anomali" processi esecutivi. Evidentemente un atto legislativo che, in relazione a tutti i casi in cui la legge prevede l'impignorabilità di determinati fondi, faccia seguire l'esenzione dall'obbligo di accantonamento da parte del terzo, con riguardo al complesso delle disponibilità dell'amministrazione interessata, risolverebbe alla radice il problema. In tal modo il terzo (Banca d'Italia) sarebbe esentato dal verificare la destinazione dei fondi ed il meccanismo, previsto dal legislatore, dispiegherebbe appieno i suoi effetti. 6. Quanto alle spese di registrazione dei titoli oggetto di esecuzione forzata l'intesa operativa con la Banca d'Italia appare utilmente perseguibile, soprattutto in relazione all'effetto di svincolo di somme che, date le circostanze, resterebbero accantonate e non disponibili da parte dell'Amministrazione per tempo indefinito. È apprezzabile altresì sia l'inserimento di una formula di salvaguardia nella dichiarazione che va a compiere la Banca d'Italia, sia l'interlocuzione che si prospetta con l'Avvocatura dello Stato in ordine all'eventuale opposizione al pignoramento. Per quanto concerne la soluzione pratica prospettata di ricorrere in talune ipotesi a "conti sospesi collettivi", la Scrivente non può che ribadire quanto già esposto sul punto nel documento di lavoro a suo tempo inviato, che si riporta in nota⁶.

⁶ È noto al riguardo che le spese di registrazione per sentenze, provvedimenti e gli atti che occorrono nei procedimenti contenziosi nei quali sono interessate le amministrazioni dello Stato sono prenotati a debito, in quanto, in caso di soccombenza dell'Amministrazione, le stesse costituiscono una partita di giro per l'Erario, che non subisce un vero e proprio esborso, rientrando nel c.d. Campione Civile (oggi, ai sensi dell'art. 161 del Testo unico delle disposizioni legislative e regola-

mentari in materia di spese di giustizia "registro delle spese prenotate a debito"). La statuizione del G.E. sul punto sarebbe infatti illegittima per violazione del combinato disposto di cui agli artt. 59 del d.P.R. 131/1986 e 158 del d.P.R. 115/2002 secondo cui si registrano a debito, cioè senza contemporaneo pagamento delle imposte dovute, le sentenze, i provvedimenti e gli atti che occorrono nei procedimenti contenziosi nei quali sono interessate le amministrazioni dello Stato e sono prenotati a debito, se a carico dell'amministrazione, tra gli altri, anche l'imposta di registro ai sensi di detto articolo 59. Ove sussista, dunque, un titolo esecutivo (giudiziale) nei confronti dell'Amministrazione dello Stato e il G.E., in sede di procedura esecutiva a carico di quest'ultimo, disponga nell'ordinanza di assegnazione il pagamento anche delle spese di registrazione, la Tesoreria dovrebbe assumere l'impegno di trasmettere immediatamente tale ordinanza all'Avvocatura dello Stato onde consentire la tempestiva proposizione di opposizione agli atti esecutivi. La Tesoreria, ai sensi dell'art. 170 del citato D.M. 29/5/2007, dovrà comunque eseguire tempestivamente, e comunque nel termine di legge, le ordinanze di assegnazione corrispondendo, in aggiunta a quelle indicate nel provvedimento, quelle di registrazione solo se il creditore ne comprova il pagamento, trasmettendo copia degli atti all'Avvocatura dello Stato per consentire l'azione di ripetizione all'esito dell'opposizione agli atti esecutivi. In difetto di prova del pagamento si ritiene che la tesoreria abbia l'obbligo di svincolare le somme che residuano dopo l'esecuzione dell'ordinanza in quanto il vincolo di indisponibilità per l'importo pari alle spese di registrazione dell'ordinanza di assegnazione, che si risolve in grave danno per le amministrazioni debentrici, non sarebbe giustificato, non costituendo l'ordinanza di assegnazione con contestuale liquidazione delle spese dell'esecuzione, titolo esecutivo. Essa non può contenere neanche una condanna in caso di incapienza del residuo credito insoddisfatto (cfr. Cass. Civ. ord. n. 30457 del 30 dicembre 2011). Con tale pronuncia la S.C. sembra aver superato il precedente orientamento (Cass. 19363/2007 e 3976/03) secondo cui l'ordinanza di assegnazione costituiva titolo esecutivo non solo per la somma assegnata, ma anche per le spese della procedura sia nei confronti del debitore sia nei confronti del terzo. Si legge in tale pronuncia: "l'art. 95 c.p.c., in relazione alla espropriazione forzata - ipotesi ricorrente nel caso in esame, si limita ad enunciare il principio secondo cui le spese sono a carico di chi ha subito l'esecuzione, il che già consente di escludere che, in questo tipo di esecuzione, sia consentito al giudice dell'esecuzione adottare una pronuncia di condanna, costituente titolo esecutivo, nei confronti del soggetto che ha subito l'esecuzione.(...) Deve infatti ribadirsi che, nel procedimento di espropriazione forzata - come nella specie - l'onere delle spese non segue il principio della soccombenza, come nel giudizio di cognizione, ma quello della soggezione del debitore all'esecuzione con il proprio patrimonio (artt. 2740 e 2910 c.c.), per cui il provvedimento di liquidazione delle spese, ancorché autonomamente emesso dal giudice dell'esecuzione, ha solo la funzione di verifica del relativo credito, del tutto analoga a quella che il giudice dell'esecuzione compie per il credito di cui si procede (ed i relativi interessi) ai fini del progetto di distribuzione e dell'assegnazione della somma ricavata dalla vendita dei beni pignorati (Cass. 8/5/1998 n. 4653; Cass. ord. 11/10/1994 n. 789). Ne deriva la correttezza della sentenza in questa sede impugnata, la quale ha ritenuto che l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. non costituisce titolo esecutivo nei confronti del debitore né potesse contenere una condanna, nel caso - verificatosi nella specie - di



7. *In relazione all'estensione temporale dell'obbligo del terzo e alle cosiddette dichiarazioni integrative la soluzione prospettata nella bozza di accordo, soprattutto se letta alla luce della nota della Banca d'Italia n. 269841 del 15.3.2013 allegata all'accordo stesso è - ad avviso della Scrivente pienamente soddisfattiva.*

Nel documento di lavoro proposto dall'Avvocatura dello Stato si esprimeva l'avviso che la questione, derivante da una prassi largamente diffusa nel Foro campano, costituisse il punto più delicato della trattazione in corso nel tavolo di lavoro.

A fronte di un orientamento tuttora diffuso secondo il quale il pignoramento si estende a tutte le somme "dovute e debende" fino all'effettiva determinazione e soddisfazione del credito, o mediante dichiarazione o me-

incapienza del residuo credito soddisfatto". Del resto, sulla inidoneità dell'ordinanza di assegnazione ad acquisire il valore di giudicato si veda Cass. n. 11404/2009. Quindi la prassi seguita dalla Banca d'Italia secondo cui, in assenza di prova del versamento dell'imposta di registro, gli accantonamenti permangono fino al decorrere del termine ordinario di prescrizione ordinaria presuppone, con ciò incorrendo in errore, che l'ordinanza di assegnazione, quanto alle spese di registrazione, costituisca titolo esecutivo. Ovviamente, nel caso in cui il G.E. nulla disponga, correttamente, sulle spese di registrazione, giammai esse dovranno, seppur documentate, essere corrisposte al creditore procedente acquisendo il pagamento, in caso contrario, il carattere di indebito alla luce dei richiamati artt. 59 del D.P.R. 131/1986 e 158 del D.P.R. 115/2002. Del pari la Tesoreria dovrà astenersi dal dare corso al pagamento di somme intimate con precetto che abbiano esse riguardo a spese di registrazione, a spese della procedura esecutiva o al credito residuo per incapienza della somma assegnata. Sul punto peraltro soccorre anche l'art. 165 comma 5 del d.m. 29/5/2007 di approvazione delle Istruzioni sul servizio di tesoreria dello Stato, a mente del quale "le eventuali inibitorie o diffide notificate, anche a mezzo ufficiale giudiziario, alla Tesoreria non determinano la sospensione dei pagamenti. La Tesoreria dà informativa di tali atti all'amministrazione emittente, senza darne comunicazione agli interessati circa l'inefficacia degli atti stessi". Sempre riguardo alle spese di registrazione ove queste siano poste a carico del creditore procedente (all'esito fruttuoso di un giudizio di opposizione), le stesse potranno essere recuperate attivando la riscossione mediante ruoli effettuata dall'Ufficio del Campione Civile esistente presso ogni Ufficio giudiziario giusta la previsione di cui all'art. 158 del D.P.R. 115/2002 comma 3, a mente del quale "le spese prenotate a debito e anticipate dall'erario sono recuperate dall'amministrazione, insieme alle altre spese anticipate, in caso di condanna dell'altra parte alla rifusione delle spese in proprio favore". La Tesoreria, in tale eventualità, e nell'ipotesi in cui si sia corrisposto in esecuzione dell'ordinanza del G.E. il pagamento dell'importo pari alle spese di registrazione, dovrebbe quindi impegnarsi a trasmettere al suddetto Ufficio del campione Civile la documentazione attestante l'avvenuta liquidazione.

dante sentenza che accerti l'obbligo del terzo, sul punto non può che richiamarsi a quanto dedotto nel parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli (CS 10923/2012 CNZ), soggiungendo che l'obbligo di accantonamento del terzo si arresta, a rigore, alle somme dovute alla data di notifica del pignoramento e al più tardi al momento della formazione della dichiarazione, che sarà poi oggetto di comunicazione a mezzo raccomandata o pec sia all'ufficio giudiziario che al creditore procedente ed al debitore esecutato. Al riguardo va ricordato, che con riferimento alle procedure esecutive intraprese a far data dal 1.1.2013 la novella introdotta con la l. 228/2012 ha profondamente mutato la natura e la struttura del pignoramento presso terzi. È previsto, infatti, che la dichiarazione del terzo venga resa, oltre che a mezzo raccomandata, alternativamente anche a mezzo posta elettronica certificata. Su questo punto sembra doversi sottolineare l'opportunità di impiegare esclusivamente questo strumento, anche tenuto conto del fatto che l'atto di pignoramento è compiuto dalla parte con il patrocinio di difensore, obbligato a indicare nell'atto l'indirizzo di PEC. In via legislativa sarebbe opportuno rendere obbligatorio, a pena di improcedibilità dell'esecuzione forzata rilevabile anche d'ufficio, l'indicazione del codice IBAN del conto corrente del creditore procedente, al fine di snellire le procedure di pagamento (nel caso in cui non si ritenga di proporre opposizione) e di evitare la duplicazione continuativa di pignoramenti per le spese successive. Se il creditore procedente dichiara di non aver ricevuto la dichiarazione, e comunque il terzo non compaia all'udienza, il giudice fissa un'ulteriore udienza con ordinanza da notificarsi al terzo almeno 10 giorni prima della nuova udienza. Se il terzo non compare a tale ulteriore udienza la somma pignorata si considera non contestata e si forma il titolo di assegnazione. Appare evidente, come il meccanismo si presti a un utilizzo abusivo da parte del creditore procedente, il quale potrebbe omettere il deposito della dichiarazione (affermando di non averla ricevuta) onde attivare il meccanismo di non contestazione in caso di mancata comparizione in udienza. Si badi che, in vista della seconda udienza, non è prevista la possibi-

lità di emettere dichiarazione a mezzo raccomandata o PEC ma è consentita solo la partecipazione all'udienza. D'altra parte, non è previsto che il debitore venga a conoscenza dell'avvenuta emissione della dichiarazione del terzo onde è altamente probabile che non abbia modo di opporsi tempestivamente e fondatamente all'assegnazione basata sul meccanismo di non contestazione. Inoltre, l'unica ragione di opposizione agli atti riconosciuta al terzo è quella relativa all'eccezione di non aver avuto conoscenza della citazione di cui all'art. 543 c.p.c..

Possibili rimedi: anzitutto sarebbe opportuno che la dichiarazione del terzo venga trasmessa via PEC anche all'Avvocatura dello Stato per il tempestivo deposito in vista dell'udienza. In via legislativa: sarebbe auspicabile la promozione di una norma che consenta l'invio direttamente alla cancelleria del giudice, a mezzo PEC, della dichiarazione di quantità, affinché la stessa venga d'ufficio aggiunta al fascicolo dell'esecuzione. In tale nuovo contesto tuttavia la prassi che intende adottare (ed ha in parte già adottato) la Banca d'Italia, a seguito della nota a firma Saccomanni n. 269841 del 15 marzo 2013, appare ragionevole e non lesiva delle possibilità di effettiva difesa da parte dell'amministrazione che subisce il pignoramento.

1. *Sull'estinzione delle procedure esecutive da lungo tempo pendenti, ma tuttora non dichiarate formalmente estinte e sullo svincolo delle relative somme accantonate (art. 169 IST), la collaborazione promessa dalla Banca d'Italia e dal Ministero della Giustizia appaiono idonee a dar luogo ad uno snellimento*

negli accertamenti necessari. Il dato decisivo appare la possibilità di accesso da parte della Banca d'Italia alle procedure telematiche presso le Cancellerie del GE, anche se la disponibilità di elenchi aggiornati (e dei relativi accantonamenti) consentono comunque agli uffici amministrativi e, all'occorrenza, all'Avvocatura dello Stato di pervenire in tempi ragionevoli ad utili risultati.

2. *In conclusione la Scrivente è dell'avviso che - sia pure nel quadro di incertezza normativa sopra delineato - l'accordo predisposto con la Banca d'Italia possa essere utilmente sottoscritto, rimettendosi la Scrivente alle valutazioni di codeste amministrazioni in ordine: a) all'eventuale ripristino della formula a suo tempo concordata relativamente all'art. 3, circa una più estesa utilizzazione della procedura di pagamento in conto sospeso; b) ad una riformulazione dell'art. 4 che tenga conto dell'effettiva portata della impignorabilità, comunque sancita da fonte legislativa.*

In realtà la materia dell'esecuzione per somme di danaro nei confronti di organi dello Stato necessita ad avviso della Scrivente di una urgente riscrittura unitaria, muovendo, ove se ne ravvisi l'opportunità, proprio dall'esecuzione dei decreti di condanna sulla legge Pinto e chiarendo fino in fondo la valenza e l'estensione delle varie "impignorabilità", diffuse in disposizioni sparse e frammentate nella legislazione amministrativa vigente.

Nei sensi di cui sopra è il richiesto parere, sul quale è stato acquisito l'avviso del Comitato consultivo, che si è espresso in conformità.

«.....GA.....»

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: IL NUOVO ATTO EMANATO DALL'AMMINISTRAZIONE, DOPO L'ANNULLAMENTO GIURISDIZIONALE DEL PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO, PUÒ ESSERE CONSIDERATO ADOTTATO IN VIOLAZIONE O ELUSIONE DEL GIUDICATO SOLO QUANDO DA QUEST'ULTIMO DERIVI UN OBBLIGO ASSOLUTAMENTE PUNTUALE E VINCOLATO

Per giurisprudenza consolidata l'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato dalla puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione (CdS, sez. V, 30.8.2013, n. 4322; 23.11.2007, n. 6018; 3.10.1997, n. 1108; sez. IV, 15.4.1999, n. 626; 17.10.2000, n. 5512). Detta verifica, che deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione (CdS, V, 9.5.2001, n. 2607; sez. IV, 9.1.2001, n. 49; 28.12.1999, n. 1964), comporta una puntuale attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, sulla base della sequenza "petitum – causa petendi – motivi – decisum" (CdS, IV, 19.5.2008, n. 2312; V, 7.1.2009, n. 10): di conseguenza in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato (CdS, V, 24.1.2013, n. 462; sez. IV,

17.1.2002, n. 247) e non possono essere neppure proposte domande che non siano contenute nel decisum della sentenza da eseguire (CdS, sez. IV, 9.1.2001 n. 49; 10 agosto 2000, n. 4459), trovando ingresso solo questioni che sono state oggetto dell'accertamento nel giudizio di cognizione (CdS, VI, 8.3.2013, n. 1412; 3.6.2013, n. 3023; IV, 28.5.2013, n. 2911). E' stato osservato che la delineata ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza non implica un vulnus alla stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, rappresentando piuttosto il naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi e dei principi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo, ed in particolare di quello secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vittoriosa (che ha diritto, però, all'esecuzione del giudicato in base allo stato di fatto e di diritto vigente al momento dell'atto lesivo, caducato in sede giurisdizionale) e di quello della stessa dinamicità dell'azione amministrativa e dell'esercizio della relativa funzione da parte della pubblica amministrazione che ne è titolare (che non consente di poter ragionevolmente ipotizzare una sorta di "congelamento" o di "fermo" della stessa, tant'è che sia l'atto amministrativo che la sentenza di primo grado, ancorché impugnati, non perdono in linea di principio la loro efficacia e la loro idoneità a spiegare gli effetti loro propri, tranne che questi ultimi non siano ritenuti meritevoli di essere sospesi, su istanza degli interessati, da parte rispettivamente del giudice di primo grado o da quello di appello). Per completezza deve aggiungersi che è stato

anche sottolineato come nel giudizio di ottemperanza può essere dedotta come contrastante con il giudicato non solo l'inerzia della pubblica amministrazione cioè il non fare (inottemperanza in senso stretto), ma anche un *facere*, cioè un comportamento attivo, attraverso cui si realizzi un'ottemperanza parziale o inesatta ovvero ancora la violazione o l'elusione attiva del giudicato (CdS, VI, 12.12.2011, n. 6501). Il nuovo atto emanato dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento illegittimo, può essere considerato adottato in violazione o elusione del giudicato solo quando da quest'ultimo derivi un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, così che il suo contenuto sia integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza (CdS, VI, 3.5.2011, n. 2602; IV, 13.1.2010, n. 70; 4.10.2007, n. 5188), con la conseguenza che la verifica della sussistenza del vizio di violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall'atto stesso rispetto all'obbligo processuale di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire (C.d.S., sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3233; sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418; sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3415; 5 dicembre 2005, n. 6963). La violazione del giudicato è pertanto configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale ovvero quando si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione del giudice, mentre si ha elusione del giudicato allorquando l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l'obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo (CdS, IV, 1.4.2011, n. 2070, 4.3.2011, n. 1415; 31.12.2009, n. 9296) (**Consiglio di Stato Sez. IV, 27.1.2014, n. 416**).

«..... GA.....»

RISARCIMENTO DEL DANNO CAGIONATO DALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: IL RISARCIMENTO NON E' UNA CONSEGUENZA AUTOMATICA DELLA PRONUNCIA DEL GIUDICE

DELLA LEGITTIMITÀ

*Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame condivide quanto a più riprese affermato dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui "l'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'Amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità." (Consiglio Stato, Sez. IV, 1.10.2007, n. 5052).... Il Collegio ben conosce l'orientamento di autorevole giurisprudenza amministrativa (CdS, V, 12.2.2013, n. 799 "in tema di responsabilità civile della P.A. l'omessa impugnazione di un atto amministrativo lesivo può rilevare unicamente ai fini del riconoscimento o della quantificazione del danno, quale comportamento –rispettivamente- determinante o meramente concausale del pregiudizio subito, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c.") in punto di applicabilità dell'art. 1227 cc con riferimento alla omessa attivazione in sede giurisdizionale del danneggiato. E sono note le critiche che ad esso ha mosso qualificata dottrina – muovendo dalla interpretazione che di tale art. 1227 cc ha costantemente reso la giurisprudenza civile di legittimità -. Tuttavia non ha luogo nel caso di specie ad immorare su detta tematica per una troncante ragione: avuto riguardo all'andamento processuale ed alla scansione temporale siccome sinteticamente riassunta nessun addebito può muoversi alla richiedente ditta in proposito e ciò in disparte la circostanza che essa, addirittura, ebbe a versare le somme (€ 17.561.00) dovute all'Amministrazione a titolo di onere concessorio (somme che, certamente, dovranno comunque essere restituite) (**Consiglio di Stato Sez. IV, sentenza del 10.1.2014, n. 45**).*

«..... GA.....»

PROCESSO AMMINISTRATIVO: IL RICORRENTE DEVE RIPROPORRE NELL'ATTO DI APPELLO LE DOMANDE E LE ECCEZIONI DICHIARATE ASSORBITE O NON ESAMINATE NELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO, IN MANCANZA DELLA QUALE ESSE SI INTENDONO ABBANDONATE

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame precisa che ai sensi dell'art. 101, co. 2, c.p.a., "si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello [...]". L'onere di riproposizione si lega alla previsione contenuta nell'art. 105, co. 1, c.p.a. che, enunciando il principio di tassatività dei casi di annullamento con rinvio al primo giudice, stabilisce (implicitamente ma univocamente) che, in tutti gli altri casi, il Consiglio di Stato si pronunci nel merito dei ricorsi proposti in primo grado, anche se il giudizio innanzi al Tribunale amministrativo regionale si sia concluso con una erronea dichiarazione di inammissibilità, improcedibilità o irricevibilità. Proprio per consentire la decisione del giudice di appello sul merito dei ricorsi primo grado, l'art. 101, co. 2, Cod. proc. amm. pone in capo al ricorrente l'onere di riproposizione delle domande, in mancanza della quale esse si intendono abbandonate. Nel caso di specie, nessuna delle domande proposte in primo grado è stata riproposta, avendo, anzi, l'appellante chiesto espressamente, nelle conclusioni del suo gravame, l'annullamento con rinvio al Tribunale amministrativo regionale per la decisione nel merito. L'appellante contesta, tuttavia, l'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione. Si tratta, come è pacificamente riconosciuto da una giurisprudenza univoca, di un caso che non rientra fra quelli, tassativamente indicati nell'art. 105, co. 1, c.p.a. che consentirebbero l'annullamento con rinvio. L'eventuale fondatezza dell'appello imporrebbe, quindi, a questo Consiglio di Stato di decidere nel merito le domande proposte. Tuttavia, tali domande, atteso che non sono state riproposte ai sensi dell'art. 101, co. 2,

c.p.a., si intendono tutte rinunciate. È evidente, allora, che avendo l'originaria ricorrente implicitamente rinunciato ai ricorsi di primo grado (attraverso la mancata riproposizione in appello delle relative domande), non ha più un vero interesse a che si decida il presente appello, non potendo, comunque, da esso ricavare alcuna forma di concreta utilità. Nemmeno si può ritenere che l'interesse all'appello permanga (a fronte della rinuncia ai ricorsi di primo grado) solo per ottenere una statuizione sull'astratta ed ipotetica esistenza di una legittimazione al ricorso, al fine di ottenere un eventuale precedente giurisprudenziale favorevole da utilizzare in altri giudizi. La connotazione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo, diretta cioè a tutelare su impulso di parte obiettivi interessi personali, diretti e concreti (qui ormai volontariamente estromessi dal thema decidendum), esclude in radice la praticabilità di una simile impostazione priva a questo punto di un autentico oggetto processuale (Consiglio di Stato Sez. VI, 9.1.2014, n. 22).

«..... GA.....»

SOVVENZIONI, CONTRIBUTI PUBBLICI E AIUTI COMUNITARI: LA GIURISDIZIONE SPETTA AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI ADOZIONE DI ATTI DI AUTOTUTELA PUBBLICISTICA VOLTI ALL'ANNULLAMENTO O ALLA REVOCA, IN RAGIONE DEL CONTRASTO CON L'INTERESSE PUBBLICO, DEL PROVVEDIMENTO ATTRIBUTIVO

Secondo il condivisibile orientamento del Consiglio di Stato (cfr., ex multis, CdS, V, 10.11.2010, n. 7994; sez. VI, 24.1.2011, n. 465), il riparto di giurisdizione in materia di sovvenzioni, contributi pubblici e aiuti comunitari, è retto dal criterio generale fondato sulla natura delle situazioni soggettive azionate (vedi, in materia, da ultimo, anche Consiglio di Stato, Ad. Plen, 29.7.2013, n. 17). Ne deriva che la giurisdizione spetta al giudice ordinario ove vengano in rilievo atti di ritiro, ancorché denominati revoca e decadenza,

fondati sull'asserito inadempimento, da parte del beneficiario, degli obblighi assunti in sede di erogazione mentre deve affermarsi la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo a fronte dell'adozione di atti di autotutela pubblicistica volti all'annullamento o alla revoca, in ragione del contrasto con l'interesse pubblico, del provvedimento attributivo. La Sezione deve convenire con il Primo Giudice che nella specie la determinazione di ritiro è stata adottata non in virtù della ritenuta ricorrenza di un inadempimento da parte del beneficiario ma in ragione di una sopravvenuta valutazione di non rispondenza dello stesso all'interesse pubblico cagionata da criticità e problematiche attuative.

Si deve soggiungere che, in ossequio all'indirizzo assunto dalla Corte di Legittimità, la cognizione della controversia relativa all'impugnazione di un provvedimento di re-

voca del beneficio finanziario accordato per la realizzazione, come nella specie, di un investimento produttivo in sede di approvazione di un «patto territoriale», costituente una delle possibili forme di programmazione negoziata tra parti pubbliche e parti private - in cui è, tra l'altro, necessario definire gli accordi programmatici ai sensi dell'art. 27 della l. n. 142 del 1990 e individuare le convenzioni necessarie per l'attuazione di detti accordi - appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla stregua dell'art. 11, ultimo comma, della l. 7.8.1990, n. 241, che demanda, in generale, a tale giurisdizione le questioni relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento pubblico di erogazione di una sovvenzione economica (Cass. Civ. Sez. Un., 8.7.2008, n. 18630) (Consiglio di Stato Sez. V, 27.12.2013, n. 6277).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

L'ORDINE DI ESAME DEL RICORSO INCIDENTALI E DI QUELLO PRINCIPALE IN MATERIA DI APPALTI: LA SOLUZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA

dell'Avv. Domenico Tomassetti e dell'Avv. Ilaria De Col

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n.9/2014 consente l'esame del ricorso principale anche in presenza di un ricorso incidentale interdittivo ma solo in casi limitati

The judgment of the Plenary Session n.9/2014 also allows the exam of the principal appeal in the presence of a cross-appeal disqualification but only in limited cases

Sommario: 1. Premessa. 2. L'Adunanza Plenaria n. 9/2014.3. Profili critici e conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 9 del 25.2.2014 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulle questioni sollevate dal CdS, VI (ordinanza n. 2681/2013) con le quali si chiedeva, tra l'altro, un *revirement* rispetto alle conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 4/2011, anche in relazione alla pronuncia della C.giust.UE, sez. X, del 4.7.2013, intervenuta nelle more della decisione.

Noti essendo i profili critici sottesi all'orientamento di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 (per una analisi dei quali si rimanda al contributo di cui al precedente numero di questa rivista) deve porsi attenzione, al fine di una analisi critica della statuizione in oggetto, ai principi di parità delle parti e, soprattutto, di tutela della concorrenza.

Proprio in tale ottica si era auspicato un superamento dell'arresto dell'A.P. n.4/2011 nel senso di ritenere che fosse la correttezza del procedimento di aggiudicazione ciò che dovesse essere garantito in via principale, al netto di ogni disquisizione di carattere processuale e/o sistematico.

Ciò anche in considerazione del chiaro disposto della sentenza *Fastweb*, ove la Corte di Giustizia ha affermato che, quando le imprese

ammesse alla procedura di gara siano soltanto due, la conferma dell'offerta dell'aggiudicatario/ricorrente incidentale a seguito della pronuncia di inammissibilità del ricorso principale, pur nell'ipotesi in cui le offerte siano inficiate dal medesimo vizio che rende inammissibili, sarebbe contrario al fondamentale principio dell'uguaglianza concorrenziale.

Senonché, con la sentenza in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, pur tenendo in conto le argomentazioni contenute nella sentenza della Corte di Giustizia, ha di fatto confermato l'orientamento di cui alla precedente sentenza n.4/2011 con una motivazione che, seppur ampia ed articolata, non ha pienamente soddisfatto le aspettative di coloro i quali si attendevano una presa di posizione più netta nell'ottica della tutela della concorrenza e del mercato.

2. Adunanza Plenaria n.9/2014.

Il profilo maggiormente innovativo che deve essere segnalato è il superamento del principio espresso nella sentenza n. 4/2011 secondo il quale, anche nelle procedure di gara con due soli partecipanti ed anche quando le impugnazioni dei due ricorrenti siano specularmente finalizzate alla reciproca esclusione, il Giudice debba dare prevalenza logica

alla disamina del ricorso incidentale e, nel caso di fondatezza della censura a carattere escludente ivi contenuta, sia allo stesso precluso l'esame del ricorso principale.

Viene infatti enunciato il principio di diritto secondo il quale *“nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le sue offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale”*.

Giova, innanzitutto, precisare che la soluzione de qua non trova ragione in una rinnovata configurazione dell'interesse strumentale come interesse legittimo idoneo a sostenere la legittimazione ad agire del ricorrente principale; anzi, l'Adunanza Plenaria ne ribadisce il carattere non attuale e concreto ritenendo che mediante il richiamo allo stesso si faccia riferimento ad una utilità meramente ipotetica o eventuale, essendo la soddisfazione dello stesso subordinata alla decisione - rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione - di indire o meno una nuova procedura di gara.

L'apertura, è, piuttosto, derivata dalla necessità di dare applicazione alla *“particolare regola iuris”* contenuta nella sentenza della Corte di Giustizia Europea la quale aveva ritenuto configgente con una corretta interpretazione della disciplina europea in materia di appalti pubblici la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito della fondatezza di quello incidentale escludente, anche nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori fosse contestata *“per motivi identici”*.

E' solo in tale eccezionale ipotesi che, nell'ambito di una procedura di gara nella quale sono rimaste due sole imprese, il ricorso principale merita di essere comunque esaminato, anche nel caso di fondatezza del ricorso incidentale interdittivo.

3. Profili critici e conclusioni.

Il principale problema interpretativo cui avrebbe dovuto dare risposta l'Adunanza Ple-

narica era, quindi, quello di valutare quali fossero i casi di identità dei vizi escludenti innanzi al quale l'ordine di trattazione dei ricorsi non avrebbe più comportato l'esame prioritario del ricorso incidentale e, in caso di sua fondatezza, la sola esclusione del ricorrente principale.

E' proprio con riferimento a tale valutazione che la soluzione accolta dall'Adunanza Plenaria non appare del tutto convincente.

In particolare, la sentenza non appare condivisibile nella parte in cui ha ritenuto, dopo aver esaminato le diverse traduzioni della sentenza della Corte di Giustizia, che la locuzione *“identici motivi”* non dovesse essere riferita all'effetto conseguito, vale a dire l'esclusione degli operatori dalla procedura di aggiudicazione, bensì alla causa per cui è stata disposta l'esclusione.

Sarebbe quest'ultima a dover essere identica sia per il ricorrente principale che per quello incidentale e, ai fini di tale identità, non è richiesto che i vizi dedotti siano esattamente i medesimi ma, piuttosto, che attengano entrambi ad una delle tre fasi procedurali individuate dalla sentenza medesima: tempestività della domanda ed integrità dei plichi, requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa e carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

Orbene, tale conclusione comporta, come rilevato nella stessa statuizione, che nell'ipotesi in cui il ricorrente principale domandi l'annullamento dell'aggiudicazione per essere l'impresa aggiudicataria carente di un requisito di affidabilità morale ovvero di un requisito economico e il ricorrente incidentale deduca la non integrità del plico dell'altro contendente, non vi sarà quella simmetria escludente richiesta per l'esame congiunto di entrambi i ricorsi e, conseguentemente, il ricorso principale dovrà essere dichiarato inammissibile.

E' evidente che una tale soluzione non supera le criticità già rilevate in merito alla necessità che il procedimento di aggiudicazione si svolga nel rispetto delle regole dettate in materia e, soprattutto, che il soggetto al quale l'appalto sia affidato abbia conseguito tale risultato in esito ad una procedura di gara alla

quale poteva legittimamente partecipare.

Si ritiene, allora, che un'interpretazione più teleologicamente aderente della sentenza della Corte di Giustizia avrebbe potuto condurre l'Adunanza a sostenere che con l'espressione identità del vizio e/o dei motivi di ricorso si facesse riferimento alla deduzione di motivi comportanti l'esclusione degli operatori, senza che potesse avere rilevanza il segmento procedurale nel quale il vizio stesso andava ad inserirsi.

Così facendo, invece, sebbene si sia comunque fatto un passo avanti rispetto al rigido orientamento di cui alla sentenza 4/2011, permettendosi l'esame di entrambi i ricorsi a fronte di censure relative la medesima fase procedimentale, l'Adunanza ha individuato un ulteriore criterio – quello dell'ordine cronologico delle fasi della procedura nelle quali il vizio inerisce - al fine di consentire al giudice di dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale.

Infatti, in mancanza di comunanza del motivo escludente - inteso esclusivamente come motivo attinente la medesima fase procedimentale - diventa irrilevante l'esame del ricorso principale nonostante l'aggiudicazione risulti, sotto altri profili, non conforme al diritto ovvero avvenuta in presenza di vizi, anche rilevanti, della procedura.

L'Adunanza Plenaria sostiene che in tali casi rimarrebbe al più *“fermo il potere di autotutela della stazione appaltante”*, la quale potrà decidere se intervenire nei confronti dell'impresa aggiudicataria in presenza di una causa di esclusione.

Ci si domanda, tuttavia, sulla base di quale accertamento la stazione appaltante dovrebbe intervenire nei confronti dell'aggiudicatario, considerando che il vizio dedotto nel

ricorso principale non viene neppure esaminato dall'organo giudicante, in tal modo impedendo il verificarsi della situazione - prevista nella sentenza della Corte di Giustizia Europea - nella quale l'amministrazione aggiudicatrice è indotta a *“constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare”*.

Del resto, è la regolarità del procedimento, unitamente alla concorrenza, l'interesse principale che dovrebbe essere tutelato.

Ed invece la sentenza dell'Adunanza Plenaria ha tralasciato del tutto la problematica relativa alla legittimità dell'aggiudicazione, limitandosi a porre l'accento sui soli profili processuali dell'interesse e della legittimazione ad agire. Gli effetti della commentata statuizione sono, sotto tale profilo, piuttosto deludenti e rischiano di generare ulteriori problemi interpretativi.

Insomma l'A.P., preoccupata dalla ricadute della sua pronunzia sui principi processualistici dell'interesse e della legittimazione ad agire, sembra aver dimenticato di valutare a fondo il problema sotteso *all'ordo questionum* nel rito degli appalti e, cioè, quello di sancire la prevalenza del principio della libera concorrenza rispetto a quello della realizzazione a tutti i costi dell'appalto.

Ed, in vero, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra, piuttosto, favorevole all'affermazione del principio per cui è solo attraverso un'aggiudicazione il più possibile trasparente e legittima che l'appalto potrà essere realizzato per tempo ed a costi economici e *“sociali”* (vedi gli ultimi casi di indagini sui fenomeni corruttivi) sostenibili.

Ma l'Adunanza Plenaria non ha avuto il coraggio di seguire fino in fondo l'indicazione del giudice comunitario.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V 13.3.2014, n. 1256

Giudizio di ottemperanza: la verifica della sussistenza del vizio di violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall'atto stesso rispetto all'obbligo processuale.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame evidenzia come per giurisprudenza consolidata l'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato dalla puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione (CdS, V, 30.8.2013, n. 4322; 23.11.2007, n. 6018; 3.10.1997, n. 1108; sez. IV, 15.4.1999, n. 626; 17.10.2000, n. 5512). Detta verifica, che deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione (CdS, V, 9.5.2001, n. 2607; IV, 9.1.2001, n. 49; 28.12.1999, n. 1964), comporta una puntuale attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, sulla base della sequenza "petitum – causa petendi – motivi – decisum" (CdS, IV, 19.5.2008, n. 2312; sez. V, 7.1.2009, n. 10): di conseguenza in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato (CdS, V, 24.1.2013, n. 462; IV, 17.1.2002, n. 247) e non possono essere neppure proposte domande che non siano contenute nel "decisum" della sentenza da eseguire (CdS, IV, 9.1.2001 n. 49; 10.8.2000, n. 4459), trovando ingresso solo questioni che sono state oggetto dell'accertamento nel giudizio di cognizione (CdS, VI, 8.3.2013, n. 1412; 3.6.2013, n. 3023; sez. IV, 28.5.2013, n. 2911). E' stato osservato che la delineata ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza non implica un

vulnus alla stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, rappresentando piuttosto il naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi e dei principi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo, ed in particolare di quello secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vittoriosa (che ha diritto, però, all'esecuzione del giudicato in base allo stato di fatto e di diritto vigente al momento dell'atto lesivo, caducato in sede giurisdizionale) e di quello della stessa dinamicità dell'azione amministrativa e dell'esercizio della relativa funzione da parte della pubblica amministrazione che ne è titolare (che non consente di poter ragionevolmente ipotizzare una sorta di "congelamento" o di "fermo" della stessa, tant'è che sia l'atto amministrativo che la sentenza di primo grado, ancorché impugnati, non perdono in linea di principio la loro efficacia e la loro idoneità a spiegare gli effetti loro propri, tranne che questi ultimi non siano ritenuti meritevoli di essere sospesi, su istanza degli interessati, da parte rispettivamente del giudice di primo grado o da quello di appello). Per completezza, aggiunge il Consiglio di Stato, è stato anche sottolineato come nel giudizio di ottemperanza può essere dedotta come contrastante con il giudicato non solo l'inerzia della pubblica amministrazione cioè il non fare (inottemperanza in senso stretto), ma anche un fare, cioè un comportamento attivo, attraverso cui si realizzi un'ottemperanza parziale o inesatta ovvero ancora la violazione o l'elusione attiva del giudicato (CdS, VI, 12.12.2011, n. 6501). Il nuovo atto emanato dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento illegittimo, può essere considerato adottato in violazione o elusione del giudicato solo quando da quest'ultimo derivi un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, così che il suo contenuto

sia integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza (CdS, VI, 3.5.2011, n. 2602; IV, 13.1.2010, n. 70; 4.10.2007, n. 5188), con la conseguenza che la verifica della sussistenza del vizio di violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall'atto stesso rispetto all'obbligo processuale di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire (CdS, IV, 21.5.2010, n. 3233; V, 6.5.2013, n. 2418, VI, 7.6.2011, n. 3415; 5.12.2005, n. 6963). La violazione del giudicato è pertanto configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale ovvero quando si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione del giudice, mentre si ha elusione del giudicato allorché, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l'obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo (CdS, IV, 1.4.2011, n. 2070, 4.3.2011, n. 1415; 31.12.2009, n. 9296).

Consiglio di Stato Sez. IV, 10.3.2014, n. 1087
Silenzio della P.A.: il rito speciale in tema di silenzio non può essere attivato per la restituzione dell'immobile ed il pagamento del corrispondente valore per il quale deve essere proposta un'azione di accertamento e di condanna.

Secondo piani e consolidati principi (CdS, V, 30.9.2013, n. 4835; IV, 22.1.2013, n. 355; C.G.A.S. 17.1.2012, n. 65; CdS, IV, 12.11.2009, n. 7057), il rito speciale in tema di silenzio serbato dalla pubblica amministrazione non ha lo scopo di tutelare, come rimedio di carattere generale, la posizione del privato di fronte a qualsiasi tipo di inerzia comportamentale della p.a., bensì quello di apprestare una garanzia avverso il mancato esercizio di potestà pubbliche discrezionali, dal quale non può prescindersi al fine di valutare la compatibilità con l'interesse pubblico di quello sostanziale dedotto dall'interessato. Conseguentemente, tale rimedio non può essere attivato per la tutela di una posizione di diritto soggettivo allo scopo di ottenere l'adempimento di un obbligo convenzionale, come, nella specie, la restitui-

zione dell'immobile ed il pagamento del corrispondente valore, per il quale deve essere proposta un'azione di accertamento e di condanna (CdS, V, 27.6.2012, n. 3787; C.G.A. 28.7.2011, n. 523; CdS, V, 17.1.2011, n. 210; IV, 27.2.2008, n. 741). La situazione non muta per effetto della devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie in materia di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e di atti e di provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici (art. 133, lett. a, n. 2 e b) c.p.a.), dal momento che anche in sede di giurisdizione esclusiva non è ammessa la tutela di diritti soggettivi mediante il ricorso avverso il silenzio, sussistendo le medesime ragioni dell'esclusione.

Consiglio di Stato Sez. VI, 5.3.2014, n. 1059
E' sufficiente impugnare l'atto presupposto, già lesivo dell'interesse dell'interessato, se il provvedimento finale ha carattere meramente esecutivo.

Secondo un consolidato principio l'impugnazione dell'atto presupposto (qui: l'approvazione del progetto definitivo), già lesivo dell'interesse dell'interessato, consente di soprassedere senza pregiudizio all'impugnazione dell'atto consequenziale (qui: l'atto di stipula dell'accordo di programma) quando l'annullamento del primo è ad effetto non meramente viziante del secondo, ma caducante: vale a dire, è tale da causare un'automatico venir meno del secondo, come avviene quando il provvedimento successivo ha carattere meramente esecutivo di quell'atto presupposto, ovvero lo segua nel procedimento in immediata derivazione logica e causale dall'atto precedente (ex multis: CdS, IV, 27.3.2009, n. 1869). Non è necessario impugnare l'atto finale, una volta impugnato quello preparatorio, se fra i due vi è una relazione di presupposizione e consequenzialità immediata, diretta e necessaria, perché l'atto successivo è inevitabile conseguenza di quello precedente, e non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi (ex multis: CdS, V, 2.11.2009, n. 6710; IV, 24.5.2013, n. 2823).

Consiglio di Stato Sez. IV, 4.3.2014, n. 1001
Elusione del giudicato: l'Amministrazione deve uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice e prendere diligentemente in esame

la situazione controversa nella sua complessiva estensione.

Nella sentenza in esame la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha precisato che si ravvisa il vizio di violazione e/o elusione del giudicato allorchè l'amministrazione esercita nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerca di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, per cui la P.A. pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti nel giudicato, finisce in realtà con aggirare le stesse statuizioni sul piano sostanziale (CdS, VI 5.7.2011 n.4037; CdS, IV 4.3.2011 n.1415; idem 6.10.2003 n. 5820 e 15.10.2003 n.6334). Del pari questo Consesso ha avuto modo di sancire che l'Amministrazione è tenuta non solo a uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice e a determinarsi secondo i limiti imposte dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva azionata e consolidata in sentenza, ma anche a prendere diligentemente in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione del giudice, ma pure quelli comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa, all'evidente scopo di evitare ogni possibile elusione del giudicato (CdS, IV 27.5.2010 n.3382; CdS, V 13.3.2000 n..1328). Altresì, costituisce dovere dell'amministrazione, in sede di riesame della vicenda, di essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti esaminando l'affare nella sua interezza, non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione non ancora esaminati per evitare che la situazione sostanziale dell'interessato sia frustrata (CdS, VI 3.12.2004 n.7858; CdS, V 6.2.1999 n.134).

Consiglio di Stato Sez. III, 28.2.2014, n. 945

Giudizio di ottemperanza: il termine decennale per l'esercizio dell'azione è termine di prescrizione e non di decadenza come tale soggetto ad interruzione.

L'esecuzione delle pronunce del giudice costituisce un obbligo per la p.a. ed il giudizio di ottemperanza non è un giudizio impugnatorio,

tendendo esclusivamente l'azione medesima ad adeguare la situazione di fatto a quella di diritto risultante dal giudicato. Pertanto, il termine decennale per l'esercizio dell'actio iudicati di cui l'art. 114 c.p.a. è termine di prescrizione e non di decadenza (CdS V, 18.10.2011, n. 5558). Trattandosi di termine prescrizione deve intendersi soggetto ad interruzione; conformemente al principio del giusto processo, di cui all'art. 111 cost., richiamato dall'art. 2 del codice del processo amministrativo, vanno privilegiate, nell'interpretazione delle norme processuali, le soluzioni che agevolino la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini (CdS, III, 28.10.2013, n. 5162). Conseguentemente, nella controversia in esame il Collegio ha ritenuto ineludibile che il ricorso per ottemperanza proposto per ottenere l'esecuzione della sentenza del Tar Puglia, Le n. 300/93 fosse ammissibile, in quanto l'interessato aveva compiuto atti interruttivi, ex art. 2943 c.c..

Consiglio di Stato Sez.III, 26.2.2014, n. 934

Il ricorso avverso il silenzio non si applica alle richieste di informazioni e chiarimenti.

Ai sensi dell'art. 117 del c.p.a. la procedura del silenzio non può applicarsi alla mera richiesta di informazioni e chiarimenti priva di qualsiasi contenuto provvedimentale, quale deve considerarsi la istanza nella quale non è formulata la richiesta di un determinato provvedimento, ma come nel caso giunto innanzi al Consiglio di Stato si sostiene solo la tesi della piena assimilazione delle posizioni ai partecipanti ai corsi di formazione in medicina generale a quella dei specializzandi in ambito universitario, chiedendo informazioni e chiarimenti sulle procedure che conducono ad un diverso trattamento economico. La richiesta di informazioni e chiarimenti tende evidentemente - per l'argomentazione svolta - ad ottenere un cambiamento, ma non giunge a formulare la concreta richiesta di un determinato provvedimento amministrativo perché non ne esistono i presupposti nella normativa e il cambiamento richiede modifiche a livello legislativo.

Consiglio di Stato Sez. V, 20.2.2014, n. 772

Processo amministrativo: la legittimazione a proporre opposizione di terzo.

L'opposizione di terzo cd. ordinaria, introdotta

nell'ordinamento processuale amministrativo con la sentenza n. 177 del 17.5.1995 della Corte costituzionale, è stata disciplinata dall'art. 108, co. 1, c.p.a., secondo il quale: "Un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi". Prima della citata sentenza della Corte Costituzionale, la tutela del terzo, che avesse subito un pregiudizio diretto dalla sentenza amministrativa, veniva assicurata attraverso vari strumenti processuali, affinati in via interpretativa dalla giurisprudenza di questo Consiglio, prevedendosi: - una nozione estesa della legittimazione ad appellare; - un'ampia possibilità di intervento nel giudizio di secondo grado; - la teorizzata possibilità di introdurre nel giudizio amministrativo la chiamata di terzo jussu judicis. L'art. 108 del c.p.a. ha allineato in linea di principio il processo amministrativo a quello civile, prevedendo alla stregua dell'art. 404 c.p.c., sia l'opposizione di terzo cd. ordinaria che quella cd. revocatoria. Allo stesso modo di quanto dispone l'art. 404 c.p.c., infatti, anche l'attuale formulazione dell'art. 108, comma 1, c.p.a., dopo le modifiche portate dal d.lgs. n. 195/2011, incentra la legittimazione a proporre opposizione: a) sulla mancata partecipazione al giudizio conclusosi con la sentenza opposta; b) sul pregiudizio che reca la sentenza ad una posizione giuridica di cui l'opponente risulti titolare. Quanto al primo dei due presupposti, va chiarito che la nozione di terzo va parametrata su quella di parte e – se si tratta di una sentenza che ha deciso su posizioni di interesse legittimo – deve tenere conto della nozione di parte in senso formale nel suo significato riguardante il giudizio amministrativo di legittimità. Quindi, ai fini dell'opposizione di terzo ordinaria, quale 'terzo' deve ritenersi il litisconsorte necessario pretermesso, ma non anche i successori delle parti a titolo universale o particolare (CdS, IV, 3.9.2008, n. 4109), ovvero i creditori o aventi causa, che possono, invece, utilizzare lo strumento della cd. opposizione revocatoria. Pertanto, il litisconsorte necessario pretermesso (dunque, il controinteressato cui non sia stato notificato il ricorso di primo grado) deriva la sua legittimazione a proporre

l'opposizione di terzo direttamente dalla sua qualità soggettiva, a differenza degli altri soggetti 'terzi' (siano stati anch'essi legittimati ad impugnare il provvedimento e che vi abbiano fatto acquiescenza, ovvero che siano titolari posizioni di posizioni secondarie derivate, rispetto a quelle di cui siano titolari le parti necessarie del giudizio). Quanto alla delimitazione del secondo dei due presupposti, ossia quella del 'pregiudizio', mentre nel caso del litisconsorte necessario pretermesso la lesione della sua sfera giuridica deriva in re ipsa dal riconoscimento stesso della sua condizione processuale e dalla sentenza che abbia annullato l'atto per lui favorevole, la questione richiede maggiori indagini per il caso in cui una sentenza (o la sua esecuzione) arrechi un pregiudizio ad una posizione giuridica riferibile ad un soggetto non definibile quale controinteressato e dunque quale litisconsorte necessario pretermesso. Al riguardo, osserva la Sezione che, per la pacifica giurisprudenza, per 'controinteressato' si deve intendere quel soggetto titolare di un interesse alla conservazione dell'atto o alla mancata adozione dell'atto, che il ricorrente intende superare, individuato nell'atto stesso o facilmente individuabile (come chiarito da CdS, Ad. Plen., 8.5.1996, n. 2): ebbene, il controinteressato pretermesso nel caso di mancato coinvolgimento in giudizio assume la qualifica di litisconsorte necessario pretermesso e può agire con lo strumento di cui all'art. 108, co. 1, c.p.a. Accanto a quest'ultima figura, però, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – nella pronuncia n. 2 del 2007 – ha chiarito che esistono altre tipologie di controinteressato, individuandole nel controinteressato sopravvenuto e nel controinteressato occulto, ossia o in colui che abbia conseguito un titolo abilitativo, un beneficio o uno status da un provvedimento ulteriore conseguente alla conclusione di un procedimento autonomo rispetto a quello presupposto già impugnato, ovvero in colui che sia sostanzialmente un controinteressato (in quanto la sentenza di accoglimento del ricorso lederebbe in via immediata l'interesse che questi nutre alla conservazione del provvedimento amministrativo o alla sua mancata adozione), ma non sia facilmente individuabile dalla lettura dell'atto impugnato. Quest'ultimi – per proporre l'opposizione di terzo e non avendo la

qualità di controinteressato cui andava notificato il ricorso originario – devono risultare titolari di una posizione giuridica autonoma e incompatibile, come in tutte le altre ipotesi nelle quali un terzo pretenda di proporre opposizione. In una ben diversa situazione si trovano coloro che – come gli odierni oppositori – sono titolari di una posizione secondaria, e pertanto accessoria e riflessa, ad es. perché hanno stipulato un contratto con una delle parti necessarie (nella specie, con la società controinteressata in primo grado, ma il principio è ugualmente applicabile anche all'avente causa del ricorrente principale). L'ordinamento - per i titolari delle posizioni secondarie, accessorie e riflesse - non solo non ha previsto il conferimento della qualità di parte necessaria del processo (sicché risultano infondati i primi due motivi d'appello), ma, inoltre, non ha previsto alcun autonomo rimedio di impugnazione avverso la sentenza che sia sfavorevole al proprio dante causa, titolare della situazione primaria, autonoma e sostanziale. La situazione primaria, autonoma e sostanziale (a parte la posizione del ricorrente) è riferibile alla figura del controinteressato in senso stretto, al c.d. controinteressato sostanziale che sia beneficiario dell'atto impugnato (ma in esso non menzionato espressamente) ed a quella del beneficiario del provvedimento finale del procedimento, ovvero successivo e connesso a quello presupposto, originariamente impugnato. A differenza della parte necessaria pretermessa, il titolare della posizione secondaria, accessoria e riflessa (pur potendo intervenire nel giudizio, presentare la domanda di fissazione di udienza e proporre il regolamento preventivo di giurisdizione: Sez. IV, 31 luglio 1981, n. 891, Sez. VI, 15.3.1977, n. 239), non è una parte necessaria, si trova in una posizione processuale subordinata a quella della parte principale, non può ampliare in alcuna sede l'oggetto della controversia (o porre in essere atti che comportino la disponibilità del rapporto controverso) e non è legittimato a proporre opposizione avverso la sentenza (di primo o di secondo grado) lesiva per il titolare della posizione principale. Egli (sia o meno intervenuto nel corso del giudizio, anche in sede di appello) non è comunque legittimato a proporre l'opposizione di terzo ordinaria, proprio perché per la pacifica dottrina e giurisprudenza

la relativa legittimazione va riconosciuta unicamente al litisconsorte necessario pretermesso ed al titolare di una posizione autonoma, incompatibile e prevalente (cfr. Sez. IV, 20.5.1996, n. 655). Infatti, la sussistenza di un interesse ad intervenire nel giudizio (di cui sia parte il dante causa, titolare della posizione giuridica oggetto di una controversia) non comporta che sussista anche la legittimazione ad impugnare la sentenza lesiva per il dante causa (Ad. Plen., 11.6.2001, n. 3). Al riguardo, va notato che, prima delle modifiche portate dal d.lgs. 195/2011, il comma 1 dell'art. 108 c.p.a. faceva riferimento esplicito al terzo "titolare di una posizione autonoma e incompatibile", che nel testo vigente è venuta meno. Questa eliminazione non deve far ritenere, però, che sia stato esteso l'utilizzo dello strumento de quo anche ai soggetti titolari di una posizione derivata. La novella, infatti, ha voluto evitare che possa essere richiesto al litisconsorte pretermesso una prova diversa e più gravosa rispetto a quella della sua pretesa processuale alla non integrità del contraddittorio, che inficia la sentenza opposta. La diversità tra le due posizioni porta anche a valutare in modo differente gli strumenti a disposizione delle due categorie di soggetti, giacché, nel caso di litisconsorte pretermesso, la sua opposizione ha un marcato tratto rescindente, tendendo alla demolizione della sentenza ed alla ripetizione del giudizio; nel caso, invece, del terzo titolare di una posizione autonoma e incompatibile l'opposizione ha natura rescindente e rescissoria, poiché mira anche all'accertamento di una pretesa in conflitto con quella accertata giudizialmente. Resta a questo punto da chiarire cosa debba intendersi per posizione giuridica autonoma e incompatibile. Innanzitutto, l'interesse fatto valere non deve essere un interesse di mero fatto, ma una situazione giuridica soggettiva. Inoltre, la situazione giuridica in questione deve essere autonoma, ossia non deve essere direttamente incisa dalla sentenza opposta, né deve risultare in posizione di derivazione o dipendenza rispetto a quella oggetto di accertamento giudiziale. Come rilevato da CdS, IV, 18.11.2013, n. 5451, "la legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti della decisione del giudice amministrativo resa tra altri soggetti va riconosciuta: a) ai controinteressati pretermessi; b) ai

controinteressati sopravvenuti; c) ai controinteressati non facilmente identificabili; d) in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione, con esclusione, di conseguenza, dei titolari di un diritto dipendente, ovvero di soggetti interessati di riflesso, non sussistendo per questi, per definizione, il requisito dell'autonomia della loro posizione soggettiva". Infine, la situazione giuridica deve essere 'incompatibile', nel senso che l'accertamento giudiziale deve aver prodotto la contemporanea esistenza di poteri e facoltà su di un bene della vita che non possono coesistere, sotto forma di convergenza di interessi ovvero di divergenza di interessi (CdS, V, 28.9.2011, n. 5391; Cass., Sez. Un., 11.2.2003, n. 1997).

Consiglio di Stato Sez. V, 20.2.2014, n. 816

Termini dimezzati per l'appello sul giudizio di ottemperanza.

In base al combinato disposto degli artt. 114, coo. 8 e 9, e 87, co. 3, c.p.a., l'appello su un giudizio di ottemperanza, in quanto procedimento che segue il rito della Camera di consiglio segue i termini ordinari dimezzati. Pertanto, in ipotesi di termine lungo per appellare la sentenza di ottemperanza, l'ordinario termine di sei mesi per l'impugnazione (ex art. 92 c.p.a. in relazione all'art. 327 c.p.c., che successivamente all'entrata in vigore dell'art. 46, comma 17, l. 18.6.2009, n. 69, ha ridotto da un anno a sei mesi dalla pubblicazione della sentenza il termine lungo previsto per la proposizione dell'appello - cfr. CdS, VI, 27.12.2011, n. 6842) è ridotto della metà ed è, quindi, pari a tre mesi. Infatti, in base all'art. 87, comma 3, c.p.a., nei giudizi di ottemperanza tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti (cfr., per analogo caso di procedimento trattato con il rito camerale, in materia di silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a., CdS, III, 21.5.2012, n. 2929).

Consiglio di Stato Sez. IV, 4.2.2014, n. 496

L'esistenza di una disparità di trattamento

da parte dell'amministrazione può costituire motivo di ricorso al giudice amministrativo soltanto in ipotesi di situazioni assolutamente identiche.

L'esistenza di una disparità di trattamento da parte dell'amministrazione può costituire motivo di ricorso al giudice amministrativo soltanto in ipotesi di situazioni assolutamente identiche. Per consolidata giurisprudenza (ex aliis CdS Sez. IV, 8.1.2013, n. 28) ribadita da ultimo dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame "l'esistenza di una disparità di trattamento da parte dell'amministrazione può costituire motivo di ricorso al G.A. soltanto in ipotesi di situazioni assolutamente identiche, gravando comunque sul ricorrente il relativo onere probatorio"; nel caso di specie la stessa appellante, pur riproponendo la censura, afferma che non v'era identità, ma similitudine (si trattava di osservazioni afferenti la rilocalizzazione) e, pertanto, la originaria e riproposta sesta censura va disattesa.

Consiglio di Stato Sez. III, 31.1.2014, n. 468

Risarcimento del danno da ritardo - presupposti per il suo riconoscimento.

Il primo giudice ha ricondotto la fattispecie risarcitoria nel danno da ritardo a provvedere, che trova specifica disciplina nell'art 2 bis della l. n. 241 del 1990 a mente del quale "le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 ter (della legge medesima), sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Aggiunge il Consiglio di Stato che si tratta di disposizione che, come posto in rilievo in giurisprudenza, tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della pubblica amministrazione, ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento (cfr. CdS, V, n. 3405 del 21.6.2013; V, n. 1271 del 28.2.2011). Sul piano oggettivo l'illecito de quo riceve qualificazione dall'inosservanza del termine ordinamentale per la conclusione del procedimento; sul piano



soggettivo il ritardo deve essere ascrivibile ad un'inosservanza dolosa o colposa dei termini di legge o di regolamento stabiliti per l'adozione dell'atto terminale.

«.....GA.....»

PARERI



Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Con la nota in epigrafe, Codesta Avvocatura Distrettuale ha rimesso alle valutazioni di questo G.U., al fine di esprimere un parere di massima, la controversa questione circa il rimborso delle spese legali ex art. 18 d.l. 67/1997, richiesto dall'Ispettore Capo della Polizia di Stato (...), imputato in un procedimento penale per i reati di cui agli artt. 326 e 61 n. 10 c.p., poiché avrebbe “delegato con ... agevolando l'associazione mafiosa in questione, tenendola informata su tutte le indagini in corso e volte ad inquinare le investigazioni ...”. Il GIP presso il Tribunale di Bari, con sentenza successivamente confermata dalla Corte d'Assise d'Appello di Bari, ha assolto l'Ispettore Capo perché “il fatto non sussiste”. (Parere 22.2.2014-83052, CS 39454/2013, Sez. IV, Avv. Agnese Soldani).

RISPOSTA

Codesta Avvocatura dubita della possibilità di inquadrare la condotta tenuta dal pubblico ufficiale in questione - e dalla quale ha avuto origine il procedimento penale a suo carico - come inerente ad “atti e fatti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali”, come richiesto dal citato art. 18, in considerazione del fatto che in un passaggio della motivazione della sentenza la Corte d'Appello avrebbe espresso riserve sulla correttezza deontologica e disciplinare della condotta tenuta dall'imputato.

Viene pertanto sottoposto all'esame di questo G.U. il seguente quesito di massima: “se, in assenza di una condanna in sede penale e di-

disciplinare, al pubblico dipendente che abbia tenuto un comportamento, che nella motivazione della sentenza penale, sia stato censurato sotto il profilo morale, professionale e/o deontologico, vada comunque riconosciuto il rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. 67/97 o, di contro, debba essere data rilevanza ai citati comportamenti, i quali per la loro finalità, costituiscono una netta cesura tra i fatti e/o gli atti posti in essere dal dipendente e il perseguimento delle finalità istituzionali, ponendo dunque fine al necessario rapporto di immedesimazione organica, che deve sussistere ai fini del rimborso ex art. 18 d.l. 67/97”. A riguardo, sembra opportuno preliminarmente chiarire, in via generale, che se è vero che l'Amministrazione deve sostenere gli oneri della difesa del suo dipendente solo nei casi in cui “l'imputazione riguardi un'attività svolta in diretta connessione con i fini dell'ente e sia in definitiva imputabile all'ente stesso” (CdS, VI, 22.11.2004 n. 7660), è pur vero che tale nesso di strumentalità va accertato caso per caso a seconda della condotta concretamente tenuta e non può essere valutato esclusivamente sulla base del titolo di reato contestato. Più in particolare, non è sufficiente che il dipendente sia imputato per un reato c.d. “proprio”, vale a dire commesso in qualità di pubblico ufficiale, affinché tale nesso possa ritenersi automaticamente sussistente. Invero, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche in presenza di un'imputazione per reato proprio, il rimborso deve essere negato ogni qualvolta la connessione della condotta con la qualifica di pubblico ufficiale sia mera-

mente occasionale e non ascrivibile al novero delle incombenze direttamente promananti dalla posizione funzionale ed organizzativa rivestita dall'interessato nell'ambito della struttura dell'amministrazione di appartenenza (cfr. CdS, IV, 26.2.2013 n. 1190)¹. Pertanto la mera considerazione che nel procedimento penale in oggetto fosse stato contestato all'imputato il reato di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.) non è di per sé decisiva al fine di accordare il richiesto rimborso delle spese legali, dovendosi, come accennato, valutare la condotta concretamente tenuta dal dipendente. Invero, v'è connessione con il servizio svolto quando la predetta condotta sia riconducibile all'attività funzionale del dipendente e in rapporto di stretta dipendenza con l'adempimento dei propri obblighi, dovendo trattarsi di attività che necessariamente si ricollegano all'esercizio diligente della pubblica funzione. La connessione è, viceversa, certamente esclusa qualora la condotta non sia in alcun modo ricollegabile all'espletamento del servizio o all'assolvimen-

to di obblighi istituzionali, in quanto non è posta in essere in ragione del compimento dei doveri di ufficio, ma risulta addirittura contraria ai medesimi. Tuttavia tra questi due estremi "paradigmatici", è sovente dato ravvisare una "zona grigia", di non agevole definizione, che si configura ogniqualvolta la condotta del pubblico dipendente, pur traendo origine da un valido mandato dell'amministrazione, nella sua concreta esecuzione travalichi i limiti dei compiti che gli sono stati affidati. In linea di principio, nell'ipotesi in cui vi sia un tale travalicamento, il rimborso può essere negato, in quanto esso determina il venir meno del nesso di strumentalità necessario ai fini dell'applicabilità della norma in questione. Peraltro il predetto travalicamento generalmente coincide, ad avviso della Scrivente, con la condotta disciplinarmente rilevante o, comunque, deontologicamente scorretta. Come costante giurisprudenza ha chiarito, nei casi in cui la PA. si sia costituita parte civile e/o abbia assunto una iniziativa disciplinare, deve considerarsi per ciò stesso sussistente un conflitto d'interessi tra il dipendente e l'amministrazione con conseguente esclusione dell'applicabilità dell'art. 18, a prescindere dall'esito del procedimento penale e dall'accertamento della responsabilità disciplinare (ex plurimis CdS. V, 7.10.2009, n. 6113; Cass. Civ. 19.11.2007, n. 23904; Cass. Civ. 17.9.2002, n. 13624). Ciò tuttavia non significa che, a contrario, nell'ipotesi di mancata apertura di un procedimento disciplinare da parte dell'Amministrazione competente, sarebbe in radice preclusa all'Avvocatura dello Stato - al fine di rendere il parere ex art. 18 - qualsiasi autonoma valutazione della condotta e della sussistenza del predetto nesso di strumentalità. Ciò in quanto il procedimento disciplinare potrebbe non essere stato avviato per ragioni diverse da una valutazione negativa dell'amministrazione circa la rilevanza disciplinare della condotta (ad esempio, scadenza dei relativi termini). Inoltre, l'Avvocatura è comunque tenuta - a prescindere dalle determinazioni assunte dall'amministrazione in sede disciplinare - all'autonoma verifica della sussistenza o meno della connessione con il servizio, in quanto quest'ultima costituisce uno

¹ «Ai fini del rimborso delle spese legali sostenute da un pubblico dipendente (nella specie, un maresciallo aiutante), affinché sia ravvisabile una connessione tra la condotta tenuta e l'attività di servizio del dipendente, è necessario che la suddetta attività sia tale da poterne imputare gli effetti dell'agire del pubblico dipendente direttamente alla Amministrazione di appartenenza, poiché il beneficio del ristoro delle spese legali richiede un rapporto causale con una modalità di svolgimento di una corretta prestazione lavorativa le cui conseguenze ricadrebbero sull'Amministrazione nè è sufficiente che l'evento avvenga durante e in occasione della prestazione (tra tante, CdS., III, 1.3.2010, n. 275). L'imputazione basata sulla qualifica di pubblico ufficiale muove da giudizi prognostici ed astratti che non possono valere ad imdebitamente estendere il perimetro applicativo dell'art. 18 d.l. n. 67 del 1997 modificandone il paradigma legale, il quale richiede che le condotte siano connesse con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali, e dunque rientranti nell'alveo della riferibilità al valore dell'Amministrazione, con esclusione di quelle che siano occasionalmente ricollegabili ad un incarico - come per esempio, come nella specie, l'acquisto a titolo privato di beni quali telefoni cellulari, abusando della qualità - e non pure al diretto svolgimento delle funzioni istituzionali e i cui effetti non siano imputabili all'Amministrazione, in quanto non ascritte al novero delle incombenze direttamente promananti dalla posizione funzionale ed organizzativa rivestita dall'interessato nell'ambito della struttura dell'Amministrazione di appartenenza. La mera connessione occasionale delle condotte con la qualifica di pubblico ufficiale non è, quindi, sufficiente ai fini dell'ammissibilità del rimborso delle spese legali, altrimenti dovendo farsi rientrare nel campo applicativo della norma tutte le imputazioni relative ai reati propri inerenti a condotte che trovino nel servizio la mera occasione di realizzazione» (CdS, IV, 26.2.2013 n. 1190).

degli elementi essenziali della fattispecie prevista dall'art. 18, sulla quale l'Avvocatura dello Stato è chiamata a rendere il proprio parere. Per converso deve parimenti affermarsi, come è stato fatto da alcune sentenze, che l'amministrazione, altrettanto autonomamente può decidere di discostarsi dal parere espresso dall'Avvocatura sull'an della pretesa, salvo l'obbligo di congrua motivazione (V. sentenza TAR Campania Na, Sez. IV, 23.3.2010, n. 1572)².

Tanto premesso in via generale, nel caso in questione l'Ispettore Capo è stato assolto dall'imputazione di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.) ai sensi del comma 1 dell'art 530 c.p.p. perché il fatto non sussiste. Tuttavia, nella motivazione della sentenza di secondo grado, che ha confermato quella assolutoria di primo grado, la Corte d'Appello di Bari ha affermato: «Si devono però confermare le perplessità, già manifestate dal giudice di primo grado, circa la scarsa linearità sul piano deontologico del comportamento di quei carabinieri, tra gli imputati, che hanno avuto rapporti di frequentazione molto accentuati con ..., come risulta dalle inequivoche fotografie che li ritraggono insieme tra loro ed anche con varie donne, in ambienti marittimi. In proposito al più ogni valutazione spetta agli organi disciplinari dell'Arma dei Carabinieri (essendo all'uopo necessari opportuni approfondimenti)» (pag. 131 della sentenza). Al riguardo, va anzitutto osservato che non è chiarissimo - non disponendo la Scrivente di ulteriori elementi istruttori quali

² «Il Collegio non ravvisa dalla normativa in questione elementi per affermare la necessità che la valutazione dell'Avvocatura dello Stato sia strettamente limitata all'aspetto relativo al quantum affermato da parte ricorrente, risultando ragionevole che la valutazione tecnica da parte della citata avvocatura possa riguardare l'intera vicenda inerente al rimborso. In ogni caso, la stretta attinenza alla valutazione di congruità intesa come quantum del rimborso con-credibile, potrebbe venire in rilievo ai fini del carattere vincolante del parere inerente a tale valutazione (trattasi difatti di parere obbligatorio e vincolante), ma non inficerebbe la possibilità da parte dell'Avvocatura dello Stato, in quanto organo consultivo dell'Amministrazione, di far presente le sue valutazioni giuridiche sulla questione, essendo poi rimesso all'Amministrazione la decisione se aderire o meno alle valutazioni ricevute, in base al criterio della sussistenza o meno dei presupposti previsti nel più volte citato art. 18».

ad esempio le "fotografie" citate dalla Corte - se la Corte intendesse riferirsi ad entrambi i due imputati che, nel processo, risultavano appartenere alle forze dell'ordine (come sembrerebbe suggerire l'uso del plurale) o solo all'imputato R., unico dei due che appartenga all'Arma dei Carabinieri. Ad ogni modo, anche qualora il giudizio di disvalore espresso dal giudice di merito fosse da intendersi riferito anche all'Ispettore, esso comunque non concerne i fatti oggetto dell'imputazione di rivelazione di segreti d'ufficio elevata a carico del medesimo - imputazione dalla quale è stato assolto perché il fatto non sussiste - ma concerne il contesto e la modalità delle frequentazioni - accertate nel corso del giudizio - nell'ambito delle quali sarebbero intervenute le presunte rivelazioni (nello specifico conversazioni telefoniche e incontri in uno stabilimento balneare). In altri termini, l'eventuale apertura di un procedimento disciplinare volto a verificare se le predette frequentazioni con esponenti della malavita fossero o meno corrette sul piano deontologico non avrebbe potuto influire, ad avviso della Scrivente, sull'esito del presente parere, in quanto la valutazione della sussistenza del diritto al rimborso delle spese legali sostenute nel processo penale, ai sensi dell'art. 18, va perimetrata avendo esclusivo riguardo alla condotta oggetto dell'imputazione - come accertata in sentenza - che, nel caso di specie, riguardava la rivelazione di segreti d'ufficio. Più in particolare, l'addebito del quale l'Isp. Capo ha dovuto rispondere consiste nell'aver, in qualità di titolare delle indagini ... rivelato ... per il tramite del carabiniere R., informazioni sullo stato delle indagini coperte da segreto istruttorio. Poiché l'imputato è stato assolto perché il fatto non sussiste, quand'anche sui medesimi fatti fosse stato aperto un procedimento disciplinare, il dipendente non sarebbe certo stato passibile di sanzione alcuna, atteso che ai sensi dell'art. 653 c.p.p. «la sentenza penale di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste...» (art. 653 c.p.p.).

Alla luce di tali considerazioni, poiché le spese di patrocinio sono state sostenute dal di-

pendente per difendersi da un'accusa di rivelazione di segreti d'ufficio e non da un'accusa di tipo diverso, e poiché la sentenza ha accertato che egli, in qualità di incaricato delle indagini ... si è limitato a redigere un'informativa di reato il cui contenuto, diversamente da quanto ipotizzato dall'accusa, non ha rivelato ... per il tramite del carabiniere R., non sembra possa affermarsi che nel caso di specie, avuto riguardo alla condotta oggetto di vaglio penale, l'Ispettore abbia

travalicato i limiti delle proprie funzioni istituzionali sì da interrompere il nesso di strumentalità, richiesto dall'art. 18, tra condotta e servizio svolto. Si ritiene pertanto che, nel caso di specie, la richiesta di rimborso possa essere accolta, salve le valutazioni di competenza di codesta Distrettuale in ordine alla congruità delle somme richieste.

Sulla questione è stato sentito il comitato consultivo che nella seduta del 20.2.2014 si è espresso in conformità..

«.....GA.....»



INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO: FINANZIAMENTO INAIL ALLE IMPRESE PER MIGLIORARE I LIVELLI DI SICUREZZA

C'è tempo fino all'8 aprile per partecipare al Bando Isi 2013 con il quale l'Inail finanzia in conto capitale le spese sostenute per progetti di miglioramento dei livelli di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

I destinatari degli incentivi sono le imprese, anche individuali, iscritte alla Camera di Commercio Industria, Artigianato ed Agricoltura. Fondi a disposizione Sono resi disponibili 307,359 milioni di euro con il Bando Isi 2013.

Il contributo, pari al 65% dell'investimento, per un massimo di 130.000 euro, viene erogato dopo la verifica tecnico-amministrativa e la realizzazione del progetto.

I finanziamenti sono a fondo perduto e vengono assegnati fino a esaurimento, secondo l'ordine cronologico di arrivo.

Sono cumulabili con benefici derivanti da interventi pubblici di garanzia sul credito (es. gestiti dal Fondo di garanzia delle PMI e da Ismea).

Come accedere ai finanziamenti Le imprese, previa registrazione sul portale Inail, hanno a disposizione una procedura informatica per l'inserimento guidato della domanda di contributo con le modalità indicate negli Avvisi regionali, attraverso semplici passaggi operativi per i quali sono stati predisposti appositi tutorial e un manuale utente: inserimento

della domanda nella sezione Servizi online e verifica delle condizioni minime di ammissibilità download del codice identificativo invio della domanda attraverso la procedura online nei tempi e nelle modalità previste dagli Avvisi pubblici regionali.

«..... GA.....»

"IO SCRITTORE", BANDITO IL PRIMO TORNEO LETTERARIO GRATUITO ON LINE

Partiranno il 23.1.2014, le iscrizioni al concorso letterario, patrocinato dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, riservato a romanzi inediti ed anonimi. Sul sito www.ioscrittore.it tutte le istruzioni ed i suggerimenti per presentare i lavori che, in un unico caso, vedranno la pubblicazione in cartaceo: tutto il resto è "virtuale" quindi legato alla rete in grado di assicurare trasparenza e professionalità. Saranno la capacità di coniugare l'assoluta meritocrazia democratica - che internet esige e l'abilità editoriale di primarie case editrici - che in questa innovazione mettono tutta la loro esperienza, ad offrire una possibilità ad aspiranti scrittori di farsi notare nell'universo letterario italiano.

Le preiscrizioni sono già attive.

Ulteriori informazioni: Sito internet www.ioscrittore.it; Preiscrizioni



www.ioscrittore.it/ioscrittore2014/preiscrizione.aspx; Regolamento www.ioscrittore.it/regolamento; Facebook www.facebook.com/

ioscrittore; Twitter www.twitter.com/IOScrittore.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

MODELLO DI CONCORRENZA “PER” IL MERCATO E PROCEDURE DI GARANZIA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO PUBBLICO DI TRASPORTO LOCALE. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 2 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

della Dott. Massimiliano Giuseppe Maffei

Breve nota a margine della sentenza della C. cost., 13.1.2014, n. 2, in cui il giudice delle leggi ribadisce come il tema della modalità di affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, in particolare del trasporto locale su gomma, rientri nella materia “trasversale” della tutela della concorrenza di competenza esclusiva dello Stato, tenuto conto della sua incidenza sul mercato e perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio. Pertanto è solo mediante il ricorso a procedure concorsuali, nell’affidamento del servizio, che si viene ad operare una effettiva apertura di tale settore al mercato e a garantire il superamento di assetti monopolistici.

Short comment on the judgment of the Constitutional Court n. 2, dated 13.1.2014, where the Court reaffirms that the issue of the assignment of economically relevant public services, in particular road-based local public transport services, falls under the “*trasversal*” topic of the protection of competition reserved to the exclusive competence of the Nation State. Therefore, it is only by means of competitive public procedures in the assignment of public services that this sector can effectively enter the open market, transcending monopolistic assets.

Sommario: 1. Premessa. 2. Breve ricostruzione della vicenda 3. Le modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica a tutela della concorrenza. 4. Oggetto della tutela e Titolo V. 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La Corte costituzionale, con la sentenza in esame, torna ad affrontare una delle materie chiave nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni, quella della “*tutela della concorrenza*”; e lo fa sia sul piano dell’esercizio della potestà legislativa, che del rispetto del diritto europeo.

La tutela della concorrenza di cui all’art. 117, co. 2, lett. e), cost., rientra, secondo l’elaborazione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale all’indomani della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, non soltanto tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ma altresì tra quelle più propriamente

chiamate “*trasversali*”.

L’ambito della tutela della concorrenza è rappresentato, infatti, non da uno specifico e determinato settore omogeneo di intervento, quanto piuttosto da obiettivi e da valori, entrambi di rango costituzionale, da proteggere e da conseguire; quali appunto il favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e l’instaurare assetti concorrenziali. Più che materie sono, come attenta dottrina ha osservato, “*competenze senza oggetto, chiamate a definire se stesse mediante il proprio esercizio*”¹; o ancora “*un regime giuridico*”²,

¹ A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in Quad. cost. n. 1/2003.

un “tipo di disciplina”³ che taglia le competenze assegnate allo Stato e alle regioni influenzando su di esse, individuandone gli scopi che devono essere perseguiti. Porte di accesso attraverso le quali lo Stato impone agli altri soggetti della Repubblica scelte uniformi sul piano nazionale in tutti i settori connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese che ne sono attraversati, anche se apparentemente rientranti nella potestà concorrente o residuale delle regioni.

Se, dunque, a qualificare la materia è un criterio teleologico, quello del perseguimento di un interesse di rilevanza nazionale destinato a sovrapporsi agli interessi che la Costituzione affida al legislatore regionale, il confine tra le competenze dello Stato e delle Regioni diviene assai incerto e frequente il conflitto. Conflitto che la Corte costituzionale risolve, come nel caso della sentenza in commento (la disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali), valutando quale sia l’interesse destinato nella circostanza a prevalere (la tutela della concorrenza) e, quindi, quale l’ente della Repubblica competente (lo Stato).

2. Breve ricostruzione della vicenda.

La decisione n. 2 del 2014, prende origine da un ricorso promosso in via principale dallo Stato contro l’art. 2 della legge della regione Toscana 24.11.2012, n. 64, nella parte in cui inserisce, all’art. 82 della legge finanziaria regionale per l’anno 2011, 29.12.2010, n. 65, il co. 1 bis. Infatti, quest’ultima disposizione, nel prevedere che “Nelle more dell’espletamento della procedura concorsuale per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma al gestore unico di cui all’articolo 90⁴ e fino al subentro dello

stesso, gli enti locali competenti provvedono, nei limiti degli stanziamenti di bilancio, a garantire la continuità del servizio reiterando, anche oltre il primo biennio, i provvedimenti di emergenza emanati ai sensi del co. 1”⁵, è destinata, secondo il ricorrente, a violare la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza di cui all’art. 117, co. 2, lett. e), nonché il primo comma della medesima norma costituzionale, per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario, in quanto in contrasto con l’art. 5 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto dei passeggeri su strada e per ferrovia, 23.10.2007, n. 1370.

La Regione, con tale previsione, ha - da una parte - reiterato la proroga dei contratti di affidamento in concessione relativi al trasporto pubblico locale su gomma, peraltro senza stabilire un termine finale e, dall’altra, revocato un bando di gara per le nuove concessioni, che era destinato a realizzare un sistema di trasporti regionali integrato; contratti che era-

ta di nove anni ed ha ad oggetto i servizi relativi ai contratti scaduti e in scadenza negli anni 2011, 2012 e 2013. 2. La gara per l’affidamento dei servizi di cui al comma 1 può avere ad oggetto anche i servizi regionali di trasporto pubblico su ferro relativi ad uno o più lotti di cui all’articolo 84, comma 1-ter. In tal caso l’affidamento dei servizi avviene dalla data di scadenza del contratto relativo ai servizi su ferro ed il nuovo contratto ha durata fino al nono anno successivo a detta scadenza. 3. Qualora nell’ambito della gara di cui al presente articolo si richieda agli offerenti la realizzazione di investimenti finalizzati al miglioramento del servizio, la durata del contratto dovrà essere proporzionata ai tempi di recupero degli investimenti stessi, anche in deroga ai limiti di durata di cui ai commi 1 e 2.”

⁵ Art. 82, co. 1. Disposizioni urgenti per il trasporto pubblico locale.

“1. Gli enti locali titolari di contratti per il servizio di trasporto pubblico locale su gomma scaduti o in scadenza entro il termine di decorrenza dell’affidamento ad un unico soggetto gestore di cui all’articolo 90, provvedono a garantire la continuità del servizio in applicazione dell’articolo 5, comma 5, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.10.2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga il regolamento (CEE) n. 1191/69 e il regolamento (CEE) n. 1107/70. Resta ferma la facoltà di bandire specifica gara con scadenza dell’affidamento del servizio al 31.12.2011, con possibilità di proroga fino a sei mesi.”

² A. SANDULLI, *La concorrenza nei servizi pubblici e negli appalti: tre sentenze della Corte costituzionale*. Report annuale 2011, in IUS publicum network review.

³ F. S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie “trasversali”*: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002, in Giur. Cost., 2002, 2952.

⁴ Art. 90. Affidamento del servizio.

“1. Entro il 31.3.2011, l’ufficio di cui all’articolo 86 avvia le procedure per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma ad un unico soggetto gestore, a partire dal 1.1.2012. L’affidamento ha dura-

no stati, per di più, già a loro volta prorogati proprio al fine di garantire la continuità del servizio fino all'espletamento proprio di quella procedura concorsuale, poi revocata, in applicazione di quanto previsto dal co. 5 dell'art. 5 del Regolamento CE 23.10.2007, n. 1370⁶.

Il giudice delle leggi ha, così, riconosciuta fondata la questione di legittimità costituzionale con riguardo, innanzitutto, all'invasione della potestà legislativa esclusiva dello Stato in *subjecta materia*. Nel disciplinare, in maniera difforme dalla normativa nazionale, le modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, la Regione ha posto in essere una disciplina che opera una distorsione nel concetto di concorrenza, invadendo la sfera di competenza esclusiva statale e ponendosi in contrasto con i principi generali.

3. Le modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica a tutela della concorrenza.

La Corte, con espresso richiamo alla copiosa giurisprudenza relativa alla tutela della concorrenza⁷, ribadisce che seppure la materia del servizio pubblico locale di rilevanza economica rientri nella sfera di competenza legislativa regionale di tipo residuale, il tema delle modalità di affidamento della sua ge-

⁶ Art. 5, co. 5. *Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*. "5. L'autorità competente può prendere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico o di una proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di determinati servizi pubblici. I contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che impongono di stipulare un contratto di questo tipo hanno una durata non superiore a due anni".

⁷ *Ex multis*: C. cost., 13.3.2013, n. 46; C. cost., 11.12.2012, n. 291; C. cost., 21.3.2012, n. 62; C. cost., 7.2.2012, n. 18; C. cost., 22.12.2011, n. 339; C. cost., 15.6.2011, n. 187; C. cost., 18.4.2011, n. 150; C. cost., 17.11.2010, n. 325; C. cost., 8.10.2010, n. 288; C. cost., 14.12.2007, n. 431; C. cost., 14.12.2007, n. 430; C. cost., 23.11.2007, n. 401; C. cost., 22.2.2006, n. 80.

stione, attesa la sua diretta incidenza sul mercato, non può e non deve esaurirsi o risolversi in detta sfera; in particolare, poi, la modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale su gomma, in quanto "*strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio*" stesso, per le ragioni storiche cui in seguito faremo breve cenno. La necessità, perciò, di garantire procedure finalizzate a consentire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici, fa rientrare la regolamentazione delle modalità di affidamento del servizio a pieno titolo nell'alveo della tutela della concorrenza.

Il giudice delle leggi proseguendo nel ragionamento, osserva come rinnovare o prorogare in via automatica le concessioni relative al trasporto pubblico locale, contrasti inevitabilmente con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento, di circolazione delle merci, di prestazione dei servizi e di tutela della concorrenza (*ex art. 117, co. 1, cost.*), e determina altresì una disparità di trattamento tra gli operatori economici (*ex art. 117, co. 2, lett. e, cost.*). Come, infatti, recentemente constatato in analoga circostanza⁸, coloro che in precedenza non gestivano il servizio non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. La disciplina regionale di fatto finisce col dettare dei vincoli all'entrata del mercato, ponendo delle barriere che impediscono l'ingresso di altri potenziali operatori economici, alterando il gioco della libera concorrenza.

E', allora, solo con il ricorso alle procedure concorsuali della gara pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali che si viene a realizzare una effettiva apertura di tale settore e a garantire il superamento di assetti monopolistici.

Né ricorrono, nel caso di specie, quelle circostanze eccezionali ed imprevedibili, evocate dal co. 5 dell'art. 5 del Regolamento CE n.1370/2007, al cui verificarsi la regione sa-

⁸ C. cost., 4.7.2013, n. 171 (e non n. 173 come erroneamente riportato nel corpo della sentenza).

rebbe legittimata ad adottare, così come ha fatto, provvedimenti emergenziali.

Il legislatore regionale, con la disposizione impugnata, avrebbe - a detta della difesa - solo cercato di evitare il rischio di interruzioni nello svolgimento dei servizi di trasporto pubblico locale, in ossequio alla *ratio* stessa della normativa comunitaria; rischio concreto ed imminente a causa dell'impossibilità, in assenza della necessaria copertura finanziaria, di attivare, nei tempi previsti, la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del nuovo contratto di servizio.

Infatti, l'aggravarsi della crisi economica finanziaria che ha prodotto un'ulteriore ed imprevista riduzione dei fondi statali per il trasporto pubblico locale, avrebbe determinato la necessità di una nuova programmazione delle risorse disponibili sul bilancio regionale ed un rinvio dell'espletamento delle procedure di gara per il gestore unico. Tanto che solo in un prossimo futuro la Toscana potrà garantire la disponibilità finanziaria necessaria per poter espletare la gara finalizzata al rinnovo dei contratti in concessione per l'affidamento del servizio pubblico locale grazie al nuovo meccanismo di concorso finanziario dello Stato agli oneri relativi al trasporto pubblico locale previsto dal legislatore nazionale per fronteggiare la situazione di emergenza creatasi.

Con riguardo, poi, alla risposta che la direzione generale della mobilità e dei trasporti della Commissione europea ha fornito al quesito relativo alla possibilità di reiterare, in situazioni emergenziali, anche oltre i due anni previsti dal co. 5 dell'art. 5 del citato Regolamento CE, le misure consentite da tale disposizione, il giudice delle leggi non può non stigmatizzare che se il quesito fosse stato indirizzato anche alla direzione generale per la concorrenza la risposta, in particolare con riferimento alla mancanza di qualsivoglia termine finale per l'attivazione delle procedure ad evidenza pubblica, forse sarebbe stata più completa e, si intuisce, diversa.

In sostanza, come la Corte ha più volte precisato, *“trattandosi di materia attinente alla tutela della concorrenza, è solo il legislatore statale che, in base all'ordinamento costituzionale italiano, deve farsi carico di*

eventuali problemi emergenziali”.

4. Oggetto della tutela e Titolo V.

La nozione di *“tutela della concorrenza”* accolta e propugnata dalla Corte costituzionale nell'ultimo decennio, nel riflettere quella operante in ambito comunitario, presenta - com'è noto - un contenuto composito.

Ricomprende, infatti, sia gli interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo ed eventualmente anche di sanzione (*antitrust*)⁹, sia gli interventi volti a ridurre gli squilibri del mercato. E ciò attraverso, da una parte, la liberalizzazione dei mercati, eliminando le barriere all'entrata e riducendo i vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese” (c.d. concorrenza nel mercato) e, dall'altra, mediante la creazione delle precondizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali, imponendo la scelta del contraente con procedure di gara, in modo da assicurare così la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (c.d. concorrenza per il mercato)¹⁰.

L'aver accorpato la *“tutela della concorrenza”* con la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, la perequazione delle risorse finanziarie, i sistemi tributario e contabile dello Stato, ci rivela come il Legislatore abbia guardato ad essa, la *“tutela”*, alla stregua di una delle leve della politica economica statale, tanto da non poterla intendere *“soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*¹¹.

Ed infatti, se non si trascura di assegnare

⁹ C. cost. n. 430 del 2007, cit.

¹⁰ C. cost. n. 401 del 2007, cit.

¹¹ C. cost., 13.1.2004, n. 14.

l'esatto significato suo proprio alla disposizione contenuta nell'art. 117 cost. che fa riferimento non alla concorrenza *strictu sensu* bensì alla sua tutela, emerge in tutta chiarezza il suo carattere "finalistico"; la tutela della concorrenza come fine pubblico al cui perseguimento è deputato l'ordinamento giuridico intero¹².

Da qui la portata generale e trasversale della materia, che non essendo preventivamente delimitabile, consente di legittimare interventi di promozione come di protezione dell'assetto concorrenziale del mercato, da valutarsi in concreto al momento dell'esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle Regioni. Modalità di organizzazione dell'agire economico che, in quanto tale, non può non attraversare più oggetti relativi a competenze non solo statali, ma anche regionali, quali ad esempio il commercio, l'industria, la produzione e la prestazione di servizi.

Bisogna però tenere conto dei rischi di come la nozione di trasversalità essendo caratterizzata dalla negazione di sovrapposizioni sia in grado di spostare le competenze costituzionali dalle Regioni allo Stato, e di come tale elisione di competenza finisca con il determinare una separazione tra la suddetta materia di competenza statale e, nello specifico, la materia del trasporto pubblico locale di competenza regionale, "la quale, ancorché contigua, diventa l'oggetto su cui inevitabilmente incide la funzione esercitata dallo Stato, finendo per assorbirlo ed eliminando in tal modo il fondamento concettuale della garanzia partecipativa"¹³.

Il legislatore costituzionale del 2001, senza voler in questa sede affrontare il corposo dibattito circa il contenuto originario dell'art. 41 della Costituzione e sulla possibilità di ricomprendervi anche la tutela della concorren-

za¹⁴, sembra essersi preoccupato di assicurare, in ossequio, ai principi comunitari europei che parlano di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva quale base per lo sviluppo sostenibile dell'Europa¹⁵, una tutela dell'assetto concorrenziale del mercato secondo un'ottica essenzialmente macroeconomica. La competenza statale è giustificata, allora, dall'esigenza di mantenere una visione complessiva, di garanzia, dell'economia a livello nazionale tale da incidere sull'equilibrio economico generale e sullo sviluppo del Paese; i fenomeni economici possono incidere, così come incidono, anche su settori di competenza legislativa regionale, ma la visione di insieme delle forze e delle tendenze capaci di influenzare, nel suo complesso, il sistema economico italiano deve competere necessariamente al soggetto unitario Stato¹⁶.

In tale quadro, si è mosso il Giudice delle leggi, il quale non fa altro che confermare come, affinché un sistema concorrenziale resti tale, sia necessario che vengano regole analoghe su tutto il territorio e che si persegua l'uniformità della disciplina di tali regole. Pertanto, se in una regione vengono adottate misure diverse rispetto a quelle statali, ancorché si tratti di una disciplina relativa ad un servizio localizzato esclusivamente sul territorio regionale, si produrrà inevitabilmente una intollerabile differenziazione delle regole concorrenziali a livello nazionale¹⁷.

¹⁴ Sul punto per una completa ricostruzione si vedano: F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti n. 4/2012; R. MICCÚ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI, R. MICCÚ (a cura di). Il modello europeo di regolazione, Napoli, 2011.

¹⁵ Per approfondimenti si veda R. MICCÚ, *L'economia sociale di mercato come nuovo 'principio-speranza'?: diritti fondamentali e politiche sociali in un sistema costituzionale 'multilivello'*, in V. Atripaldi/R. Miccú/I. Pernice, Napoli, 2004.

¹⁶ R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent.14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 21-29.

¹⁷ P. CHIRULLI, *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?* in Rivista trimestrale degli appalti, vol. 4; p. 740-776, 2008.

¹² L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella Costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione.

¹³ M. GIACCHETTI FANTINI, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione*, in *federalismi.it* n. 10/2014, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato.

5. Considerazioni conclusive.

Orbene, il pronunciamento della Corte nel confermare un orientamento univoco e ben consolidato in materia, seppure non si caratterizza per particolare originalità, si rivela come occasione per alcuni spunti di riflessione: uno più generale circa i rapporti tra Stato e Regioni e l'incidenza su questi dell'ultima grande crisi economico-finanziaria; ed uno più specifico intorno lo stato dell'arte in cui versano il c.d. modello nazionale di concorrenzialità nei servizi pubblici locali e il processo di liberalizzazione in corso nel nostro Paese.

Partendo da quest'ultimo, la storica frammentazione dei poteri locali e la conseguente difficoltà se non impossibilità di identificare un mercato rilevante nell'area operativa di un servizio pubblico a rilevanza economica quando questo, per l'appunto, è locale, ha reso assai artificiosa l'introduzione di un sistema concorrenziale puro. Ci si è accontentati, allora, di un modello minore di concorrenza, quella c.d. "per" il mercato, ossia "*la sottoposizione periodica a gare per la gestione dei servizi locali sul presupposto che la periodica gara per il mercato determini una efficienza nell'erogazione dei servizi*"¹⁸. Quindi, non più tanti operatori che concorrono nel mercato ma un solo operatore scelto secondo regole, a questo punto verrebbe da dire, più concorsuali che concorrenziali, ispirate ai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Una sorta, per usare un ossimoro d'effetto, di *concorrenza monopolistica*, dove risulta prevalere ora l'aspetto concorrenziale nella scelta del soggetto erogatore del servizio, ora l'aspetto monopolistico nell'attività di erogazione del servizio stesso all'utenza.

Il servizio di trasporto pubblico locale, in particolare, sconta – come ha avuto modo di soffermarsi in una recente sentenza la stessa Corte costituzionale parlando della necessità di introdurre una regolazione affidata ad un'autorità indipendente¹⁹ - non pochi obiettivi limitati ed "*appare resistente più di altri all'ingresso di operatori privati, a causa di*

alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l'altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell'offerta dei servizi". Tanto è vero che le regioni sono state eccezionalmente legittimate, rispetto alla nuova legislazione di liberalizzazione del settore, a ritardarne in parte, a certe condizioni ed entro un periodo massimo, l'immediata applicazione.

Se da una parte solo allo Stato spetta di decidere anche per ciò che riguarda possibili trattamenti derogatori, qualora vi siano gravi situazioni contingenti, è altrettanto vero che tale competenza statale debba connotarsi di una certa "*sensibilità regionale*", attraverso la necessaria individuazione di efficaci meccanismi di effettiva partecipazione delle regioni alla politica economica del Paese²⁰, ed uno di questi potrebbe essere proprio, con sguardo rivolto al processo di riforma del bicameralismo parlamentare in atto²¹, la previsione di un organo costituzionale rappresentativo degli enti-regioni.

Infine, l'aspetto generale sul quale riflettere, è l'incidenza della crisi economico-finanziaria del 2008 nella riscrittura del Titolo V della Costituzione in occasione della legge costituzionale 20.4.2012, n. 1, capace di svuotare o comunque grandemente scemare il patrimonio di cui è costituita l'autonomia. Si veda per l'appunto l'introduzione del principio di equilibrio di bilancio, tra armonizzazione dei bilanci pubblici attratta nell'area della competenza esclusiva statale *ex art. 117, co. 2, lett. e) cost.*, e la individuazione - contenuta nella l. 24.12.2012, n. 243 - nelle gra-

¹⁸ F. MERUSI, La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali, in *Munus Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2011, 2, 413 ss.

¹⁹ C. cost. 15.3.2013, n. 41.

²⁰ Audizione dell'allora Presidente Tesoro dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato presso la 1^a Commissione Permanente Affari Costituzionali del Senato della Repubblica (5.12.2001), su <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/174924.pdf>

²¹ Ddl costituzionale n. 7 e atti connessi Legislatura XVII (tra i quali l'Atto Senato n. 1429, presentato dal Governo) di revisione della seconda parte della Costituzione "*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione*".



vi recessioni economiche, nelle crisi finanziarie e nelle gravi calamità naturali al di fuori del controllo dello Stato, di quegli eventi eccezionali, al verificarsi dei quali è consentito il ricorso all'indebitamento.

Se già l'assetto istituzionale del 2001 aveva lasciato intendere come, attraverso le materie "trasversali" residuasse poco spazio alla regolazione regionale tutte le volte che poteva emergere l'interesse nazionale, oggi più che mai, in stato di emergenza, si impone il ritorno al centro. Come se la crisi più che fornire la riscrittura dei rapporti tra Stato e regioni ne vada a svelare la vera anima. Decentramento con l'accentramento a fungere, questa volta lui sì, da "ascensore". Tanto da poter annotare come "siamo passati dalla retorica del federalismo che non c'è alla centralizzazione che c'è"²².

Il punto critico è, allora, il rischio di porre nel nulla il sistema di riparto a base tripartita configurato dall'art. 117 cost., che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle regioni materie, come il servizio pubblico locale per l'appunto, la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico. Si tratta allora di stabilire fino a qual punto la riserva allo Stato della predetta competenza trasversale sia in sintonia con l'ampliamento delle attribuzioni regionali disposto dall'originaria revisione del Titolo V. L'eccessivo contenzioso Stato- Regioni sorto su una tale linea di confine, caratterizzata per lo più da un poco felice elencazione delle materie di rispettiva competenza, potrebbe essere risolto allargando l'area della competenza statale senza necessariamente definirla esclusiva, posto che trattasi di termine ormai superato da una serie di processi di regolazione che coinvolgono una pluralità di soggetti a vario titolo, a partire dall'Unione europea²³.

Ed a ciò, unire un "sobrio" elenco di materie di competenza regionale in grado di dare un senso a politiche pubbliche di livello e di

interesse regionale, "svincolato dal limite del rispetto dei principi fondamentali della materia, ma soggetto alla clausola di garanzia dell'intervento dello Stato quando siano in gioco esigenze di carattere unitario e di interesse nazionale"²⁴, evitando l'insorgere di normative che possano non solo bloccare il processo di liberalizzazione e di privatizzazione in atto, ma anche e soprattutto introdurre eventuali elementi di distorsione della concorrenza e del mercato.

In tale prospettiva, proprio l'inclusione di questa competenza statale nella lett. e) dell'art. 117, co. 2, cost., evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico²⁵.

Il confine tra l'autonomia regionale e la riserva statale può, allora, essere individuato nel punto di equilibrio tra il carattere unitario degli strumenti di politica economica e gli interventi vicini alla realtà produttiva regionale, secondo il rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità delle singole disposizioni, di volta in volta emanate, rispetto alla finalità perseguita.

La stessa giurisprudenza amministrativa, all'indomani dell'abrogazione, da ultimo, dell'art 4 del d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14.9.2011, n. 148, da parte della Corte costituzionale con la sentenza 20.7.2012, n. 199, ha affermato la necessità di riconoscere una maggiore autonomia degli enti locali per l'affidamento dei servizi pubblici in base al tipo di servizio da offrire ai cittadini e naturalmente all'interesse dei medesimi, alla remuneratività della gestione, all'organizzazione del mercato, alle

²² P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: economia, istituzioni e dinamica delle forze politiche*, in www.giustizia-amministrativa.it 2012

²³ M. P. IADICICCO, *I progetti di riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti - Osservatorio Costituzionale* 01/2014.

²⁴ P. CARETTI, *La riforma del Titolo V*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n. 2/2014.

²⁵ L. MAGNAFICO, *Finanziamento del trasporto pubblico locale, spending review e autorità di regolazione. Un'analisi del dato normativo e della recente giurisprudenza costituzionale* in *Gazzetta Amministrativa* n. 3/2013.

condizioni delle infrastrutture e delle reti (TAR Lombardia, Br, II, 1.6.2013, n.558).

L'ordinamento non prevedendo più un modello organizzativo di elezione a cui aderire per l'affidamento del servizio pubblico di trasporto locale - né l'*in house*, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato, e neppure il partenariato pubblico privato - rinvierebbe il tutto alla scelta concreta del singolo Ente affidante, purché adeguata alle condizioni esistenti onde rispondere massimamente alle esigenze dei cit-

tadini (TAR Campania, Na, I, 11.4.2013, n.1925).

Un tale indirizzo è stato confermato anche dal Consiglio di Stato (CdS, VI, 11.2.2013, n. 762), secondo il quale la modalità di gestione dei servizi pubblici locali rientra nelle opzioni giuridico organizzative a discrezione degli enti locali, cui spetta individuare il modello più efficiente ed economico, con adeguata istruttoria e motivazione per soddisfare tutti gli interessi localizzati, pubblici e privati, coinvolti.

«..... GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 10.2.2014 n. 26

Erogazioni contributi a soggetti privati.

1. – La Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia ha impugnato numerose norme del d.l. 6.12.2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 22.12.2011, n. 214, tra le quali l'art. 1, co. da 1 ad 8, e l'art. 2, commi 1 e 2. 1.1. – I co. da 1 ad 8 dell'art. 1 prevedono quanto segue: «1. In considerazione della esigenza di rilanciare lo sviluppo economico del Paese e fornire un aiuto alla crescita mediante una riduzione della imposizione sui redditi derivanti dal finanziamento con capitale di rischio, nonché per ridurre lo squilibrio del trattamento fiscale tra imprese che si finanziano con debito ed imprese che si finanziano con capitale proprio, e rafforzare, quindi, la struttura patrimoniale delle imprese e del sistema produttivo italiano, ai fini della determinazione del reddito complessivo netto dichiarato dalle società e dagli enti indicati nell'art. 73, co. 1, lett. a) e b), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22.12.1986, n. 917, è ammesso in deduzione un importo corrispondente al rendimento nozionale del nuovo capitale proprio, secondo le disposizioni dei co. da 2 a 8 del presente articolo. Per le società e gli enti commerciali di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), del citato testo unico le disposizioni del presente articolo si applicano relativamente alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato.»; «2. Il rendimento nozionale del nuovo capitale proprio è valutato mediante applicazione dell'aliquota percentuale individuata con il provvedimento di cui al comma 3 alla variazione in aumento del capitale proprio rispetto a quello esistente alla chiusura dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2010.»; «3. Dal settimo periodo di imposta l'aliquota percentuale per il calcolo del rendimento nozionale del nuovo capitale proprio è determinata con decreto del Ministro

dell'economia e delle finanze da emanare entro il 31 gennaio di ogni anno, tenendo conto dei rendimenti finanziari medi dei titoli obbligazionari pubblici, aumentabili di ulteriori tre punti percentuali a titolo di compensazione del maggior rischio. In via transitoria, per il primo triennio di applicazione, l'aliquota è fissata al 3 per cento; per il periodo d'imposta in corso al 31.12.2014, al 31.12.2015 e al 31.12.2016 l'aliquota è fissata, rispettivamente, al 4 per cento, al 4,5 per cento e al 4,75 per cento.»; «4. La parte del rendimento nozionale che supera il reddito complessivo netto dichiarato è computata in aumento dell'importo deducibile dal reddito dei periodi d'imposta successivi.»; «5. Il capitale proprio esistente alla chiusura dell'esercizio in corso al 31.12.2010 è costituito dal patrimonio netto risultante dal relativo bilancio, senza tener conto dell'utile del medesimo esercizio. Rilevano come variazioni in aumento i conferimenti in denaro nonché gli utili accantonati a riserva ad esclusione di quelli destinati a riserve non disponibili; come variazioni in diminuzione: a) le riduzioni del patrimonio netto con attribuzione, a qualsiasi titolo, ai soci o partecipanti; b) gli acquisti di partecipazioni in società controllate; c) gli acquisti di aziende o di rami di aziende.»; «6. Gli incrementi derivanti da conferimenti in denaro rilevano a partire dalla data del versamento; quelli derivanti dall'accantonamento di utili a partire dall'inizio dell'esercizio in cui le relative riserve sono formate. I decrementi rilevano a partire dall'inizio dell'esercizio in cui si sono verificati. Per le aziende e le società di nuova costituzione si considera incremento tutto il patrimonio conferito.»; «7. Il presente articolo si applica anche al reddito d'impresa di persone fisiche, società in nome collettivo e in accomandita semplice in regime di contabilità ordinaria, con le modalità stabilite con il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze di cui al co. 8 in modo da assicurare

un beneficio conforme a quello garantito ai soggetti di cui al co. 1.»; «8. Le disposizioni di attuazione del presente articolo sono emanate con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Con lo stesso provvedimento possono essere stabilite disposizioni aventi finalità antielusiva specifica». A loro volta, i coo. 1 e 2 dell'art. 2 prevedono che: «1. A decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31.12.2012 è ammesso in deduzione ai sensi dell'art. 99, co. 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con il d.P.R. 22.12.1986, n. 917, e successive modificazioni, un importo pari all'imposta regionale sulle attività produttive determinata ai sensi degli art. 5, 5-bis, 6, 7 e 8 del d.lgs. 15.12.1997, n. 446, relativa alla quota imponibile delle spese per il personale dipendente e assimilato al netto delle deduzioni spettanti ai sensi dell'art. 11, co. 1, lett. a), 1-bis, 4-bis, 4-bis.1 del medesimo d.lgs. n. 446 del 1997.»; «2. All'art. 11, co. 1, lett. a), del d.lgs. 15.12.1997, n. 446, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al numero 2), dopo le parole "periodo di imposta" sono aggiunte le seguenti: ", aumentato a 10.600 euro per i lavoratori di sesso femminile nonché per quelli di età inferiore ai 35 anni"; b) al numero 3), dopo le parole "Sardegna e Sicilia" sono aggiunte le seguenti: ", aumentato a 15.200 euro per i lavoratori di sesso femminile nonché per quelli di età inferiore ai 35 anni".». 1.2.– Tali disposizioni sono state censurate in quanto (senza che sia previsto alcun meccanismo compensativo) stabiliscono deduzioni che vanno ad abbassare la base imponibile delle imposte IRES, IRPEF ed IRAP, con l'effetto di diminuirne il gettito, destinato pro quota o interamente ad essa Regione, in virtù di quanto disposto dalla legge costituzionale 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), che (all'art. 49) prevede la spettanza di determinate quote fisse di entrate tributarie erariali (quali quelle in esame) riscosse nel territorio della Regione stessa. Secondo la ricorrente, che non contesta la previsione di deduzioni in sé, ma la mancata compensazione a favore delle Regioni speciali, le norme impugnate si pongono in contrasto: a) con l'art. 3, co. 1, della Costituzione, poiché,

da un lato, l'istituzione rappresentativa della comunità regionale del Friuli-Venezia Giulia "partecipa" al peso della riduzione delle imposte dirette in misura più rilevante del resto della comunità nazionale; e, dall'altro lato (nonostante i cittadini della Regione paghino, come tutti gli altri, il previsto aumento delle imposte), tale aumento di entrata non si traduce affatto in un corrispondente aumento della capacità di spesa della Regione; b) con l'art. 63 dello statuto speciale (che prevede che le disposizioni finanziarie di cui al Titolo IV «possono essere modificate con leggi ordinarie, su proposta di ciascun membro delle Camere, del Governo e della Regione» ma, «in ogni caso, sentita la Regione») e con il principio di leale collaborazione, in quanto (pur non apportando una formale modificazione delle disposizioni statutarie), il loro effetto equivale ad una riduzione della quota di partecipazione, che determina un'alterazione del rapporto tra finanza statale e finanza regionale quale fissato dall'art. 49 dello statuto, senza alcuna attivazione di una procedura di consultazione; c) con il principio di corrispondenza tra entrate e funzioni, implicito nel sistema statutario (art. 50) ed espresso nell'art. 119, co. 4, cost., essendo evidente come la dimensione quantitativa delle entrate regionali sia correlata all'ampiezza delle funzioni proprie della stessa Regione, e come un "taglio" delle risorse a sua disposizione comporti lo squilibrio tra queste e le funzioni. 2. La trattazione della suddetta questione di legittimità costituzionale va affrontata in modo distinto rispetto a quella delle altre questioni proposte con il medesimo ricorso, riservate a separate pronunce. 3. La questione non è fondata. 3.1. La Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia ripropone (mutuandone, finanche letteralmente, le medesime proposizioni argomentative) altra questione già proposta e decisa, nel senso della non fondatezza, dalla sentenza n. 155 del 2006 sulla base di argomentazioni motivazionali che vanno integralmente ribadite in questa sede, data la sostanziale identità del thema decidendum. Ora come allora, gli evocati profili di censura sono tra loro essenzialmente collegati da un unico e comune motivo di doglianza e cioè dal rilievo che le norme

oggetto di denuncia abbiano alterato il rapporto tra finanza statale e finanza regionale, con conseguente lesione dell'autonomia regionale - garantita dagli artt. 49 e seguenti dello statuto speciale di cui alla legge costituzionale n. 1 del 1963 - quanto alla capacità di finanziare i propri compiti. Ed, in tal senso, è da apprezzarsi anche la dedotta violazione dell'art. 3, co. 1, Cost.: la quale non assume autonomo rilievo rispetto alle altre censure e si palesa ammissibile proprio perché la prospettazione che la sorregge intende evidenziare e far valere (non già, o non solo, una mera diversità di trattamento rispetto alla Regioni ordinarie) bensì un vulnus alla sfera di competenza della ricorrente in ambito finanziario. La tesi che sostanzia dette censure è nuovamente, in sintesi, quella per cui il legislatore statale, nell'esercizio della sua potestà esclusiva in materia tributaria, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. e), cost., avrebbe dovuto contemplare - a fronte di misure, quali quelle dettate dalle disposizioni denunciate, che riducono il gettito fiscale derivante dalle imposte dirette oggetto dell'intervento legislativo - anche misure compensative in favore della Regione che su quel gettito fa affidamento per finanziare la realizzazione dei propri compiti. Pertanto, anche nell'odierno giudizio, è alla luce di tale premessa che va letto il petitum sottoposto alla Corte, avente ad oggetto la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme denunciate proprio a causa della mancata previsione, diversamente da quanto disposto in favore delle Regioni ordinarie, di un riequilibrio della finanza regionale. 3.2. Ciò premesso, va sottolineato che, anche nel presente giudizio, la ricorrente non contesta che la disciplina dei tributi su cui incidono le norme denunciate appartenga alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., la quale consente al legislatore statale di variarne la disciplina, incidendo sulle aliquote, e persino di sopprimerli (sentenza n. 97 del 2013). Orbene, nell'esercizio di tale potestà esclusiva (e dunque, come nel caso di specie, nella modulazione del prelievo fiscale), non può reputarsi che ogni intervento su un tributo che, in ragione di siffatta modificazione, comporti

un minor gettito per le Regioni, debba «essere accompagnato da misure compensative per la finanza regionale, la quale - diversamente - verrebbe ad essere depauperata» (così la citata sentenza n. 431 del 2004). Ciò in quanto deve escludersi, da un lato, che possa essere effettuata una atomistica considerazione di isolate disposizioni incidenti sul tributo, senza valutare nel suo complesso la manovra fiscale entro la quale esse trovano collocazione, ben potendosi verificare che, per effetto di plurime disposizioni, contenute nella stessa legge oggetto di impugnazione principale, o in altre leggi dirette a governare la medesima manovra finanziaria, il gettito complessivo destinato alla finanza regionale non subisca riduzioni (sentenze n. 298 del 2009, n. 155 del 2006 e n. 431 del 2004). E dall'altro lato, che, dalla evocata previsione statutaria (art. 49) di spettanza alla Regione di quote fisse di entrate tributarie erariali riscosse nel territorio della stessa, sia desumibile un principio di invarianza del gettito per la Regione in caso di modifica di tributi erariali, che si traduca in una rigida garanzia "quantitativa" di disponibilità di entrate tributarie non inferiori a quelle ottenute in passato (sentenza n. 241 del 2012). E va nuovamente ribadito come, a seguito di manovre di finanza pubblica, ben possano anche determinarsi riduzioni nella disponibilità finanziaria delle Regioni, purché esse non siano tali da comportare uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa regionale e, in definitiva, rendano insufficienti i mezzi finanziari dei quali la Regione stessa dispone per l'adempimento dei propri compiti (sentenze n. 97 del 2013, n. 241 del 2012, n. 298 del 2009 e n. 256 del 2007). Evenienza, questa, che non è possibile verificare, giacché - al di là di una generica contestazione in ordine al fatto che, quella richiesta alla Regione, sarebbe una probatio diabolica - l'assunto riguardante l'inadeguatezza finanziaria della manovra non è stato oggetto neppure di un tentativo di dimostrazione da parte della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, la quale non ha fornito alcun dato quantitativo concreto, dal quale poter desumere l'effettiva incidenza negativa della diminuzione del gettito derivante dalle norme impuginate rispetto allo svol-

gimento delle sue funzioni costituzionali di ente dotato di autonomia speciale. 3.3. Altrettanto infondato risulta, infine, il correlato profilo di doglianza riguardante la dedotta violazione dell'art. 63, quinto comma, dello statuto (secondo cui «Le disposizioni contenute nel titolo IV possono essere modificate con leggi ordinarie, su proposta di ciascun membro delle Camere, del Governo e della Regione, e, in ogni caso, sentita la Regione») e del principio di leale collaborazione, proposto in ragione della mancata attivazione, nella specie, della procedura di consultazione, prevista dalla citata norma, allorquando si debba provvedere alla modificazione delle disposizioni finanziarie di cui al Titolo IV dello statuto medesimo.

In merito a tale censura risulta, di per sé, dirimente la considerazione che, nella specie, nessuna delle norme statutarie è stata oggetto di alcuna modificazione, né formale, né sostanziale, da parte delle disposizioni impugnate, che, come detto, hanno per oggetto la determinazione della base imponibile di tributi erariali, di competenza esclusiva del legislatore statale.

D'altronde, questa Corte ha ripetutamente e costantemente escluso che le procedure collaborative fra Stato e Regioni (salvo che l'osservanza delle stesse sia imposta direttamente o indirettamente da norme costituzionali) trovino applicazione nell'attività legislativa esclusiva dello Stato, per cui non vi

è concorso di competenze diversamente allocate, né ricorrono i presupposti per la chiamata in sussidiarietà (sentenze n. 121 e n. 8 del 2013, n. 207 del 2011); e che l'esclusione della rilevanza di tali procedure, che è formulata in riferimento al procedimento legislativo ordinario, «vale a maggior ragione per una fonte come il decreto-legge, la cui adozione è subordinata, in forza del secondo comma dell'art. 77 cost., alla mera occorrenza di “casi straordinari di necessità e d'urgenza”» (sentenze n. 79 del 2011 e n. 298 del 2009). per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE riservata a separate pronunce la decisione delle altre questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia con il ricorso in epigrafe; dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, co. da 1 ad 8, e 2, coo. 1 e 2, del d.l. 6.12.2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 22.12.2011, n. 214, promossa - in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 119, quarto comma, della costituzione, nonché agli artt. 49 e 63 della l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia) ed al principio di leale collaborazione - dalla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia con il medesimo ricorso.

«.....GA.....»

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CODICE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE: IN GAZZETTA UFFICIALE IL COMUNICATO SUL RIUSO E LA VALUTAZIONE COMPARATIVA

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 21 del 27.1.2014 il comunicato afferente l'adozione della circolare n. 63/2013 da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale che illustra, attraverso l'esposizione di un percorso metodologico e di una serie di esempi, le modalità e i criteri per l'effettuazione della valutazione comparativa delle soluzioni prevista dal Codice per l'Amministrazione Digitale all'art. 68. Le citate Linee guida sono indirizzate alle pubbliche amministrazioni elencate nell'art. 2, co. 2 del d.lgs. 7.3.2005, n. 82 che devono acquisire prodotti e soluzioni software da utilizzare nell'ambito dei propri compiti istituzionali. Alcuni dei contenuti delle Linee guida sono peraltro d'interesse anche per gli operatori del mercato ICT (**Comunicato dell'Agenzia dell'Italia Digitale in Gazzetta Ufficiale n. 21 del 27.1.2014**).*

«..... GA.....»

NUOVI FONDI PER I SERVIZI DIGITALI EUROPEI

Il 26.2.2014 il Parlamento europeo ha approvato un pacchetto di investimenti di 1 miliardo di euro per sostenere progetti digitali paneuropei e reti a banda larga ad alta velocità. I membri del Parlamento europeo hanno votato per sostenere la parte digitale del "Connecting Europe Facility" (CEF Digital) proposto dalla Commissione europea nel 2011.

L'Agenzia per l'Italia Digitale partecipa direttamente alla gestione del CEF Digital nell'ambito del "CEF Telecom Expert Group" istituito dalla Commissione europea.

Neelie Kroes, vicepresidente della Commissione europea e responsabile della Digital Agenda for Europe, ha dichiarato: "Le infrastrutture digitali sono importanti per l'intera economia.

Quindi questo voto non riguarda solo le telecomunicazioni e Internet, ma tutto ciò che serve per competere e per fornire servizi pubblici in ogni settore. Dando priorità a servizi che rappresentano "mattoni" riusabili in ogni campo, come l'eID, la firma elettronica, la fattura elettronica e la traduzione automatica, il CEF Digital costruirà gradualmente un ecosistema digitale a sostegno di un vero mercato interno digitale, senza barriere digitali."

Nell'ottobre 2011 la Commissione propose il piano "Connecting Europe Facility" (CEF) a sostegno dei trasporti, dell'energia e delle infrastrutture digitali nell'ambito del quadro finanziario pluriennale 2014-2020. Il CEF comprendeva un budget di 9,2 miliardi di euro per il CEF Digital, 7 dei quali previsti per sostenere gli investimenti in banda larga ad alta velocità, mentre 2,2 miliardi per costruire infrastrutture di servizi digitali di interesse pubblico.

Al Consiglio europeo di febbraio 2013, i finanziamenti disponibili per il CEF Digital furono ridotti a 1 miliardo, spingendo la Commissione a riorientare radicalmente il piano. Secondo la nuova proposta, ben l'85% dei finanziamenti coprirà i servizi digitali (infrastrutture, piattaforme pan-europee e servizi pubblici transfrontalieri di eProcurement, eHealth, Open Data e altro) mentre il 15%

sosterrà progetti banda larga dei quali almeno un terzo dovrà puntare a velocità di almeno 100 Mb/s. - See more at:

<http://www.agid.gov.it/notizie/nuovi-fondi-i-servizi-digitali-uropei#sthash.snRjv1NG.dpuf>
(comunicato dell'Agenzia dell'Italia Digitale).

«..... GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 15.1.2014 n. 7

Giudizio di legittimità costituzionale - artt. 9, coo. 1, 2 e 21, e 12, co. 7 e 10, del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122.

1.- Con tre ordinanze di identico tenore (reg. ord. n. 184, n. 185 e n. 194 del 2012) il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 9, coo. 1, 2 e 21, e 12, coo. 7 e 10, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, per violazione degli artt. 2, 3, 36, 42, 53, 97 e 117 della Costituzione. 1.1.- In considerazione dell'identità delle questioni, deve essere disposta la riunione dei giudizi, al fine di definirli con un'unica pronuncia. Va, preliminarmente, affermato che è da condividere l'argomentazione con cui il TAR ritiene di respingere la tesi, che priverebbe di rilevanza la questione di costituzionalità, con cui i ricorrenti nel giudizio principale sostengono che sussisterebbe un limite non superabile delle somme da destinare al bilancio dello Stato, rappresentato dai soli importi corrispondenti ai contributi da quest'ultimo direttamente versati all'AGCOM. Lo Stato non potrebbe, con un atto di normazione primaria avente ad oggetto le retribuzioni di coloro che vi lavorano, eccedere rispetto a tale importo, che, per gli esercizi finanziari rientranti nel periodo di vigenza delle misure in oggetto, sarebbe di entità irrilevante e non potrebbe, quindi, estendere il prelievo alla parte relativa ai contributi versati dai soggetti regolati, anche se tale contribuzione deriva da scelte di finanziamento coattivo operate dalla legislazione statale. Poiché a fondamento di tale tesi viene invocato un parere emesso nell'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato (n. 385 del 26.1.2012), deve rilevarsi che, anche prescindendo dalla condivisibilità delle conclusioni cui perviene, esso riguardava un aspetto diverso, vale a dire la destinazione al bilancio dello Sta-

to delle somme provenienti dalle riduzioni di spesa conseguenti all'applicazione dell'art. 6, comma 21, del d.l. n. 78 del 2010, e che, quindi, esso si riferiva ad una fase successiva che presupponeva proprio l'applicazione della normativa contestata. 1.2.- La prima questione posta dal rimettente riguarda l'art. 9, co. 2, del d.l. n. 78 del 2010 nella parte in cui dispone che «a decorrere dal 1.1.2011 e sino al 31.12.2013 i trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, previsti dai rispettivi ordinamenti, delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai sensi del comma 3, dell'art. 1, della legge 31.12.2009, n. 196, superiori a 90.000 euro lordi annui sono ridotti del 5 per cento per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonchè del 10 per cento per la parte eccedente 150.000 euro». La citata disposizione violerebbe gli artt. 3 e 53 cost., poiché, colpendo la sola categoria dei dipendenti pubblici, si porrebbe in contrasto con il principio di universalità dell'imposizione a parità di reddito, creando un effetto discriminatorio, reso evidente dalla diversa disciplina relativa al contributo di solidarietà previsto per gli altri cittadini, che fa riferimento ai redditi oltre i 300.000 euro, il quale, sebbene giustificato dalla medesima ratio, prevederebbe una soglia superiore, un'aliquota inferiore e la deducibilità dal reddito complessivo. Inoltre, in via subordinata, il Tribunale rimettente ritiene violati gli artt. 2 e 3 Cost. in quanto la norma ridurrebbe, «in senso ablativo, un trattamento economico già acquisito alla sfera del pubblico dipendente sub specie di diritto soggettivo» e, in tal modo, verrebbe ad incidere in pejus sullo status economico dei lavoratori, alterando quel sinallagma che è il proprium dei rapporti di durata ed, in particolare, caratteristica non eliminabile dei rapporti di lavoro, trasmodando in un regolamento irrazionale con riguardo a situazioni fondate su leggi precedenti e così

frustrando il principio del legittimo affidamento, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto. Infine, il TAR del Lazio ritiene che, qualora si escludesse la natura tributaria dell'art. 9, co. 2, del d.l. n. 78 del 2010, in questo caso la norma si porrebbe in contrasto in primo luogo con l'art. 42 cost., avendo natura sostanzialmente espropriativa, dal momento che determinerebbe una vera e propria ablazione di redditi formanti oggetto di diritti quesiti, senza alcuna indennità, e, in secondo luogo, con l'art. 97, cost., perché verrebbe ad essere completamente svuotata la capacità autorganizzativa delle pubbliche amministrazioni, che dovrebbe normalmente potersi esprimere anche in riferimento allo stato economico del personale. 1.3.- La seconda questione di costituzionalità riguarda l'art. 12, co. 7, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui dispone lo scaglionamento della corresponsione del trattamento di fine rapporto fino a tre importi annuali, a seconda dell'ammontare complessivo della prestazione. Secondo il rimettente, la citata disposizione violerebbe gli artt. 3 e 36 Cost., in quanto sarebbe irragionevole imporre ai soli dipendenti pubblici lo scaglionamento dell'indennità di buonuscita e, una tale previsione costituirebbe anche una violazione del principio di adeguatezza della retribuzione, caratterizzandosi la buonuscita come «retribuzione differita». Il TAR del Lazio ritiene sussistere anche la violazione dell'art. 97 Cost. perché risulta svuotata la capacità auto organizzativa della pubblica amministrazione, che dovrebbe normalmente potersi esprimere anche in riferimento allo stato economico del personale. 1.4.- La terza e ultima questione ha ad oggetto gli artt. 9, coo. 1, 2 e 21, e 12, coo. 7 e 10, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui non estendono anche ai dipendenti dell'AGCOM la disciplina prevista dall'art. 3, comma 3, del medesimo decreto-legge per la Banca d'Italia. Secondo il Tribunale rimettente, la mancata applicazione all'AGCOM del regime speciale previsto per la Banca d'Italia violerebbe gli artt. 3, 97 e 117, primo comma, cost. in quanto, oltre a comportare una ingiustificata disparità di trattamento tra enti appartenenti alla medesima categoria delle autorità indipendenti, pregiudicherebbe gravemente l'autonomia e l'indipendenza organizzativa e finanziaria riconosciuta

all'AGCOM dall'ordinamento comunitario e da quello nazionale. 2.- Le questioni relative agli artt. 9, coo. 2, e 12, co. 10, del d.l. n. 78 del 2010 sono inammissibili. Questa Corte, con sentenza n. 223 del 2012, successiva alla proposizione delle ordinanze in esame, ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 9, co. 2, del d.l. n. 78 del 2010, in quanto, integrando una decurtazione patrimoniale con i caratteri del tributo, si pone in evidente contrasto con gli articoli 3 e 53 cost. In tale occasione si è anche affermato che l'introduzione di una imposta speciale, sia pure transitoria ed eccezionale, in relazione soltanto ai redditi di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione viola il principio della parità di prelievo a parità di presupposto d'imposta economicamente rilevante. Tale violazione si manifesta sotto due diversi profili: da un lato, a parità di reddito lavorativo, il prelievo è ingiustificatamente limitato ai soli dipendenti pubblici; d'altro lato, il legislatore, pur avendo richiesto (con l'art. 2 del d.l. n. 138 del 2011) il contributo di solidarietà (di indubbia natura tributaria) del 3% sui redditi annui superiori a 300.000,00 euro, al fine di reperire risorse per la stabilizzazione finanziaria, ha inopinatamente scelto di imporre ai soli dipendenti pubblici, per la medesima finalità, l'ulteriore speciale prelievo tributario oggetto di censura. L'irragionevolezza non risiede nell'entità del prelievo denunciato, ma nella ingiustificata limitazione della platea dei soggetti passivi. La sostanziale identità di ratio dei differenti interventi "di solidarietà", poi, prelude essa stessa ad un giudizio di irragionevolezza ed arbitrarietà del diverso trattamento riservato ai pubblici dipendenti, foriero peraltro di un risultato di bilancio che avrebbe potuto essere ben diverso e più favorevole per lo Stato, laddove il legislatore avesse rispettato i principi di eguaglianza dei cittadini e di solidarietà economica, anche modulando diversamente un "universale" intervento impositivo. Con la medesima sentenza n. 223 del 2012 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 10, del d.l. n. 78 del 2010 con la seguente motivazione «a fronte dell'estensione del regime di cui all'art. 2120 del codice civile (ai fini del computo dei trattamenti di fine rapporto)

sulle anzianità contributive maturate a fare tempo dal 1° gennaio 2011, determina irragionevolmente l'applicazione dell'aliquota del 6,91% sull'intera retribuzione, senza escludere nel contempo la vigenza della trattenuta a carico del dipendente pari al 2,50% della base contributiva della buonuscita, operata a titolo di rivalsa sull'accantonamento per l'indennità di buonuscita, in combinato con l'art. 37 del d.P.R. 29.12.1973, n. 1032. Nel consentire allo Stato una riduzione dell'accantonamento, irragionevole perché non collegata con la qualità e quantità del lavoro prestato e perché – a parità di retribuzione – determina un ingiustificato trattamento deteriore dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, non sottoposti a rivalsa da parte del datore di lavoro, la disposizione impugnata viola per ciò stesso gli articoli 3 e 36 della costituzione». Da quanto detto consegue che le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 9, co. 2, e 12, co. 10, del d.l. n. 78 del 2010, dopo la sentenza n. 223 del 2012, sono divenute prive di oggetto e vanno, quindi, dichiarate inammissibili in relazione ai profili prospettati con le ordinanze di rimessione. 3.- Le questioni relative all'art. 12, co. 7, del d.l. n. 78 del 2010 sono pur esse, anche se per diverso motivo, inammissibili. Deve nuovamente richiamarsi la sentenza n. 223 del 2012 con la quale le medesime questioni di costituzionalità sono state dichiarate inammissibili perché non risulta «individuato alcun immediato pregiudizio subito dai dipendenti in servizio, diverso dalla rateizzazione, che essi subiranno nel momento del collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, il giorno successivo a quello del compimento del settantesimo anno di età o a quello fissato nel provvedimento di trattenimento in servizio, ovvero per anzianità di servizio, ovvero per dimissioni» (sentenza n. 223 del 2012). Anche nel caso in esame deve evidenziarsi che in nessuna delle ordinanze il Tribunale rimettente riferisce di essere investito di una domanda da parte di un dipendente in quiescenza che, per qualunque causa, in epoca successiva al 30.11.2010, abbia subito gli effetti della norma. L'assenza di un pregiudizio e di un interesse attuale a ricorrere rende evidente che il rimettente non deve fare applicazione della norma impugnata. 4.- Anche la questione relativa all'art. 9, coo. 1 e 21, del d.l. n. 78 del

2010 sollevata con riferimento ai parametri di cui agli artt. 97 e 117, primo comma, Cost. è inammissibile. L'ordinanza di rimessione, infatti, è del tutto carente sulle ragioni della non manifesta infondatezza della violazione dei suddetti parametri costituzionali. Sul punto la motivazione si è limitata ad un mero richiamo alle argomentazioni dei ricorrenti, senza riprodurle. Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, nei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi non è ammessa la cosiddetta motivazione per relationem. Il rimettente deve rendere espliciti, facendoli propri, i motivi della non manifesta infondatezza e non può limitarsi ad un mero richiamo di quelli evidenziati dalle parti nel corso del giudizio (ex plurimis, sentenze n. 234 del 2011 e n. 143 del 2010, ordinanze n. 175 del 2013, n. 239 e n. 65 del 2012). Inoltre, poiché tali argomenti, prospettati dalle parti private, riguardano i motivi dell'invocata illegittimità amministrativa dei provvedimenti impugnati, gli stessi non possono essere utilizzati, con un mero richiamo, per sostenere la violazione dei parametri di costituzionalità che si pretendono violati. 5.- La questione relativa all'art. 9, coo. 1 e 21, del d.l. n. 78 del 2010, per violazione dell'art. 3 Cost. non è fondata. Il TAR del Lazio ritiene che l'art. 9, commi 1 e 21, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui non estendono anche ai dipendenti dell'AGCOM la disciplina prevista dall'art. 3, co. 3, del medesimo d.l. per la Banca d'Italia, determinino un'ingiustificata disparità di trattamento, trattandosi in entrambi i casi di autorità amministrative indipendenti, e sussistendo le medesime esigenze di salvaguardia dell'autonomia delle stesse. 5.1.- L'art. 3, co. 3, ora richiamato dispone che «La Banca d'Italia tiene conto, nell'ambito del proprio ordinamento, dei principi di contenimento della spesa per il triennio 2011-2013 contenuti nel presente titolo. A tal fine, qualora non si raggiunga un accordo con le organizzazioni sindacali sulle materie oggetto di contrattazione in tempo utile per dare attuazione ai suddetti principi, la Banca d'Italia provvede sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva eventuale sottoscrizione dell'accordo». La scelta del legislatore di prevedere un meccanismo di adeguamento della Banca d'Italia alla normativa introdotta dal d.l. n. 78 del 2010 corrisponde

all'esigenza, imposta dai Trattati relativi alle modalità di funzionamento dell'Unione europea, di consultare preventivamente la Banca centrale europea per ogni modifica che riguardi una banca centrale nazionale. La Banca d'Italia, infatti, è parte integrante del Sistema europeo di banche centrali (SEBC). L'art. 130 del Trattato sul funzionamento dell'Unione prevede che: «Nell'esercizio dei poteri e nell'assolvimento dei compiti e dei doveri loro attribuiti dai trattati e dallo statuto del SEBC e della BCE, né la Banca centrale europea né una banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri né da qualsiasi altro organismo. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nonché i governi degli Stati membri si impegnano a rispettare questo principio e a non cercare di influenzare i membri degli organi decisionali della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali nell'assolvimento dei loro compiti», principio ribadito ed esplicitato anche dall'art. 7 dello statuto del SEBC e della BCE. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, terzo alinea, della decisione del Consiglio 98/15/CE del 29 giugno 1998 «Le autorità degli Stati membri consultano la BCE su ogni progetto di disposizioni legislative che rientri nelle sue competenze ai sensi del trattato e, in particolare, per quanto riguarda [...] le banche centrali nazionali». Deve riconoscersi che la normativa comunitaria tende ad un rafforzamento dell'indipendenza anche delle autorità nazionali di regolazione. A tal fine, tuttavia, si ritiene sufficiente che sia garantito mediante una previsione esplicita che l'autorità nazionale responsabile della regolazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese sia al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che possa compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere. In particolare, per il settore in esame, la dir. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7.3.2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (cosiddetta direttiva quadro), prevede all'undicesimo “consideran-

do” che: «In conformità al principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni. Il requisito dell'indipendenza lascia impregiudicata l'autonomia istituzionale e gli obblighi costituzionali degli Stati membri, come pure il principio della neutralità rispetto alla normativa sul regime di proprietà esistente negli Stati membri sancito nell'art. 295 del trattato. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere dotate di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati». Si richiede, inoltre, in base al tredicesimo considerando della direttiva n. 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25.11.2009, che siano stabilite preventivamente le norme riguardanti i motivi di licenziamento del responsabile dell'Autorità nazionale di regolazione in modo da dissipare ogni dubbio circa la neutralità di tale ente e la sua impermeabilità ai fattori esterni e che le autorità dispongano di un bilancio proprio che permetta loro di assumere sufficiente personale qualificato. Dall'esame della disciplina europea risulta evidente la differenza che esiste tra le banche centrali nazionali e le autorità di regolazione dei mercati ex ante e di risoluzione delle controversie tra imprese. Pertanto, pur godendo tanto la Banca d'Italia che l'AGCOM di una speciale autonomia organizzativa e funzionale a tutela della loro indipendenza, occorre tuttavia affermare che la Banca d'Italia presenta caratteri del tutto peculiari che la differenziano da ogni altra autorità amministrativa indipendente. In conclusione, il diverso trattamento riservato dall'art. 3, co. 3, del d.l. n. 78 del 2010 alla Banca d'Italia rispetto all'AGCOM è giustificato dall'esigenza imposta dalla disciplina dell'Unione di previa consultazione della Banca centrale europea da parte delle autorità nazionali sui progetti di disposizioni legislative concernenti, tra l'altro, le banche centrali nazionali. Poiché analoga esigenza non viene in rilievo con riferimento alle altre autorità amministrative indipendenti, la disciplina riservata alla Banca d'Italia non può costituire, sotto questo profilo, un utile tertium



comparationis per una pretesa disparità di trattamento e la prospettata questione di legittimità costituzionale è priva di fondamento in riferimento all'art. 3 cost. per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE 1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 9, co. 2, e 12, coo. 7 e 10, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 36, 42, 53, 97 e 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con le ordinanze

indicate in epigrafe; 2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, coo. 1 e 21, del d.l. n. 78 del 2010, sollevate, in riferimento agli artt. 97 e 117, primo comma, Cost., dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con le ordinanze indicate in epigrafe; 3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, coo. 1 e 21, del d.l. n. 78 del 2010, sollevate, in riferimento all'art. 3 Cost., dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con le ordinanze indicate in epigrafe. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 15.1.2014.

«.....GA.....»

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

AIFA: E' ALLARME PER LA SALUTE PUBBLICA PER LA DIFFUSIONE DI CREME AD AZIONE SBIANCANTE ILLEGALI

La pratica dello sbiancamento cutaneo è diffusa in molti paesi e può essere definita come l'uso abitudinario, a fini estetici, di sostanze in grado di ridurre l'intensità della pigmentazione di una cute naturalmente scura. I prodotti utilizzati sono disparati, contengono una grande varietà di principi attivi, spesso associati tra loro, e vengono presentati per lo più in forma di creme che, in diversi stati extra-europei, sono distribuite come cosmetici oppure vendute attraverso canali non regolati dalle norme sanitarie e che, non di rado, entrano a far parte di commerci decisamente illegali.

Le sostanze dotate di un'attività sbiancante sono numerose e vanno da quelle certamente velenose, come il mercurio, a quelle che, invece, sono regolarmente autorizzate come ingredienti di medicinali dermatologici. Tra queste ultime, sono molto utilizzati per la loro capacità di ridurre la pigmentazione cutanea e, quindi, con finalità estetiche improprie e pericolose, i farmaci appartenenti alla famiglia del cortisone e, soprattutto, quelli a lunga durata d'azione ed elevata potenza quali il clobetasolo o il betametasona. Nel nostro paese e in tutta l'unione europea, questi medicinali sono prodotti e commercializzati nel rispetto delle rigorose regole comunitarie dettate a difesa dei cittadini. Le creme sbiancanti introdotte illecitamente in Italia, invece, pur contendo corticosteroidi o altri componenti pericolosi non sono registrate come medicinali nei paesi di provenienza, ma sono generalmente vendute ed acquistate come semplici cosmetici o prodotti di libera vendita. Nel nostro paese, laddove siano prive di

AIC, ne è vietata l'importazione, salvo in presenza delle debite autorizzazioni o condizioni (d.lgs. 219/2006 art. 158 co. 8).

Nel corso delle attività di controllo effettuate dagli uffici di sanità frontiera e delle dogane, è stata rilevata e segnalata la crescente diffusione delle creme sbiancanti anche nel nostro paese. Tra i prodotti rinvenuti, in carichi di merci o nei bagagli a seguito di passeggeri, rientrano sia medicinali la cui commercializzazione in Italia è regolarmente autorizzata, sia farmaci fabbricati legalmente nel nostro paese ma destinati esclusivamente all'esportazione verso i mercati extra-UE, sia, infine, copie contraffatte o prodotti illegali le cui confezioni recano nomi che imitano i marchi commerciali di creme fabbricate in Italia e riportano la dicitura "prodotto italiano".

Le modalità seguite dai soggetti dediti a questa pratica estetica (applicazioni delle preparazioni su superfici corporee molto estese, quotidianamente ripetute e prolungate per mesi o anni) e il frequente ricorso a prodotti di scarsa qualità espongono gli stessi soggetti a conseguenze anche molto gravi per la loro salute.

Quale esemplificazione particolarmente significativa in tal senso, sono stati focalizzati gli effetti dannosi che possono essere provocati dalle creme a base di corticosteroidi - medicinali efficaci e sicuri se impiegati secondo prescrizione medica - quando le stesse sono utilizzate in modo improprio.

In tali condizioni possono infatti causare danni rilevanti non solo a livello cutaneo (quali iperpigmentazione, ipertricosi o comparsa di strie cutanee simili a smagliature) ma anche a carico dell'intero organismo (quali diabete, ipertensione arteriosa o malfunzionamento dell'asse ipotalamo-ipofisurrene) per gli effetti sistemici derivanti



dall'assorbimento cronico del principio attivo.

La conoscenza del fenomeno, lo scambio di informazioni relative ai sequestri di prodotti illegali e/o contraffatti tra gli operatori coinvolti, il rafforzamento dei controlli, in dogana e sul territorio, unitamente ad iniziative di sensibilizzazione sui rischi, rappresentano, rispetto a questa tipologia di prodotto, i principali punti di intervento a tutela della salute pubblica. (**Comunicato AIFA del 21.2.2014**).

«..... GA.....»

TICKET, NIENTE IMPOSTA DI BOLLO SULLE PRESTAZIONI AMBULATORIALI

"Le ricevute di pagamento rilasciate agli assistiti per il pagamento del contributo alla spesa sanitaria previsto dalla l. n. 8 del 1990

e successive modifiche e integrazioni, non devono essere assoggettate all'imposta di bollo, ancorché l'importo sia superiore al limite di euro 77,47."

E' questa la risposta dell'Agenzia delle Entrate, contenuta nella risoluzione 9/E del 15.1.2014, all'interpello con il quale si chiedeva di conoscere il corretto trattamento, applicabile ai fini dell'imposta di bollo, alle ricevute di pagamento del ticket per prestazioni ambulatoriali rese all'utenza, ha chiarito che le ricevute di pagamento rilasciate agli assistiti per il pagamento del contributo alla spesa sanitaria previsto dalla l. n. 8 del 1990 e successive modifiche e integrazioni, non devono essere assoggettate all'imposta di bollo, ancorché l'importo sia superiore al limite di euro 77,47. (**Agenzia delle Entrate n. 9/E del 15.1.2014**).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

I POTERI DI VIGILANZA E DI CONTROLLO DELL'A.I.F.A. SUI MEDICINALI IMMESSI IN COMMERCIO (FARMACI GENERICI): NOVITÀ DEL D.LGS. N. 17/14

dell'Avv. Gianluca Piccinni

I controlli sul commercio dei medicinali: i compiti dell'AIFA e le novità legislative.

Controls on trade in medicines: The tasks AIFA and the new legislation.

Sommario: 1. Il commercio dei farmaci nella comunità europea. 2. Il regime autorizzatorio nazionale e i poteri dell'AIFA. 3. Le novità sul sistema antifalsificazione dei medicinali introdotte dal d.lgs 17/14.

1. Il commercio dei farmaci nella Comunità Europea.

L'immissione in commercio di un nuovo medicinale non consente agli operatori di prevedere in modo completo quali saranno i suoi effetti sulla salute umana.

La sperimentazione di nuove sostanze non può essere condotta che su un numero limitato di casi e durante un arco di tempo non eccessivamente lungo e, di conseguenza, i suoi risultati non sono in grado di garantire, con un assoluto grado di certezza, l'assenza di nocività per l'uomo.

Al contempo, in base al principio dell'equo temperamento, se la somministrazione di un farmaco non ancora sufficientemente sperimentato può causare effetti negativi anche gravi sulla salute umana, il ritardo nella sua immissione in commercio può essere però altrettanto rischioso, in quanto significa escludere dal mercato un prodotto in grado di portare benefici alla salute e, in alcuni casi, indispensabile per salvare vite umane (i c.d. "farmaci salva vita").

La dir. 2001/83/CE del 6.11.2001, che ha riordinato in un codice unitario la materia ha stabilito il principio che "lo scopo principale delle norme relative alla produzione, alla di-

stribuzione e all'uso di medicinali deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica", e che tale scopo "deve essere raggiunto avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica e gli scambi di medicinali all'interno della comunità europea".

L'obiettivo di tutela allo stesso tempo della salute e dell'innovazione viene perseguito attraverso l'armonizzazione dei procedimenti di autorizzazione nazionale all'immissione in commercio e della successiva fase della farmacovigilanza, nonché attraverso la previsione di un complesso sistema di riconoscimento dell'autorizzazione nazionale da parte degli altri stati membri.

La Comunità europea non si è però limitata ad armonizzare le regole relative al mercato dei medicinali nel territorio europeo ma ha introdotto nel 1993¹ un'autorizzazione centralizzata per i farmaci innovativi destinati a curare le malattie più gravi, rilasciata dalla Commissione e valida in tutto il territorio dei paesi membri.

Per assolvere siffatto gravoso compito lo stesso regolamento ha istituito l'Agenzia eu-

¹ Reg. n. 2309/93/CE

ropea di valutazione dei medicinali che ha l'obbligo di fornire alla Commissione la base tecnico - scientifica delle decisioni relative all'immissione in commercio di nuovi farmaci ed in generale di esprimere pareri del più alto livello scientifico su ogni questione riguardante la qualità l'efficacia e la sicurezza dei medicinali.

L'autorizzazione centralizzata è obbligatoria per i medicinali biotecnologici (parte A, allegato al Reg. 2309/93/CE), mentre è facoltativa per i farmaci (inseriti nella parte B, allegato al Reg. cit.) che contengono una nuova sostanza attiva che costituisca *“un'innovazione significativa sul piano terapeutico, scientifico o tecnico”* e in tutti i casi in cui il rilascio di un'autorizzazione centralizzata sia comunque nell'interesse dei pazienti o della sanità animale a livello comunitario (art. 3, co. 1 e 2).

Diversa regolamentazione trovano i medicinali generici di un medicinale di riferimento autorizzato dalla Comunità europea: tale medicinale può essere immesso in commercio da parte dei singoli stati membri, a norma della dir. 2001/83/CE e della dir. 2001/82/CE, alle seguenti condizioni:

a) la domanda d'autorizzazione è presentata a norma dell'art. 10, dir. 2001/83/CE o dell'art. 13, dir. 2001/82/CE;

b) il riassunto delle caratteristiche del prodotto è, in tutti gli aspetti pertinenti, coerente con quello del medicinale autorizzato dalla Comunità, salvo per le parti del riassunto delle caratteristiche del prodotto che si riferiscono a indicazioni o a forme di dosaggio ancora coperte dal diritto di brevetto al momento dell'immissione in commercio del medicinale generico;

c) il medicinale generico è autorizzato con la stessa denominazione in tutti gli Stati membri in cui è stata presentata la domanda;

Per medicinale equivalente (o generico) si intende un medicinale che ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento nonché una bioequivalenza con il medicinale di riferimento dimostrata da studi appropriati di biodisponibilità.

Si tratta, in altri termini, di una *“copia”*

del medicinale di riferimento (medicinale *“di marca”* o *“griffato”*) presente sul mercato già da molti anni e, cosa fondamentale, il cui brevetto sia scaduto.

2. Il regime autorizzatorio nazionale e i poteri dell'AIFA.

L'autorizzazione nazionale all'immissione in commercio è disciplinata in Italia dal d. lgs. n. 219/06, che ha attuato nel nostro ordinamento la dir. 2001/83/CE.

L'istanza per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco sul territorio italiano va presentata all'Agenzia italiana del farmaco (AIFA, art. 8), completa di fascicolo tecnico, che deve, tra l'altro, contenere un riassunto dettagliato delle prove farmaceutiche, cliniche e delle sperimentazioni precliniche elaborate e sottoscritte *“da esperti in possesso delle necessarie qualifiche tecniche o professionali correlate alla materia trattata, specificate un breve curriculum vitae”* (art.15, co. 1).

Con l'introduzione del d.lgs. n. 17/2014, è stato aggiunto il co. i) bis all'art. 8 d.lgs. 219/06 che impone al produttore del medicinale di presentare, in allegato alla domanda di autorizzazione, anche una dichiarazione che attesti la verifica del rispetto della sostanza attiva, dei principi e degli orientamenti sulle norme di buona fabbricazione e di aver eseguito delle verifiche, conformemente all'articolo 51, co. 1, lett. e).

In base all'art. 38 d.lgs. 219/06, l'autorizzazione ha durata quinquennale e può essere rinnovata dopo cinque anni sulla base di una nuova valutazione del rapporto rischio/beneficio effettuata dall'AIFA.

In tal caso, spetta al titolare dell'autorizzazione interessata al rinnovo presentare, almeno sei mesi prima della data di scadenza della validità della stessa, una versione aggiornata del dossier di autorizzazione del medicinale relativa a tutti gli aspetti attinenti alla qualità, alla sicurezza e all'efficacia, comprensiva di tutte le variazioni apportate dopo il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio.

Eventuali variazioni del dossier che si rendessero necessarie per l'aggiornamento dello stesso ai fini del rinnovo, sono presentate se-

paratamente all'ufficio competente dell'AIFA.

Per meglio regolamentare tale fattispecie del rinnovo, il legislatore ha aggiunto, a seguito dell'emanazione del d.lgs. 17/2014, il co. 2 bis all'art. 8 d.lgs. cit., nel quale ha previsto che in mancanza di tempestiva domanda di rinnovo da parte dell'interessato, l'AIFA ha l'obbligo di darne sollecita comunicazione al titolare dell'AIC e di rendere noto, con un comunicato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, che il medicinale non può essere più commercializzato.

E' stato altresì previsto che qualora a seguito di presentazione di domanda di rinnovo, la valutazione del rapporto rischio beneficio sia risultata non favorevole, l'interessato possa proporre opposizione all'AIFA contro il provvedimento di diniego nei 30 gg. successivi; l'AIFA decide sull'opposizione entro i successivi novanta giorni, sentito il Consiglio superiore di Sanità.

Ove la decisione dell'Aifa sia confermativa del diniego, il medicinale non potrà essere più commercializzato.

Viceversa, nel caso in cui la valutazione del rapporto rischio/beneficio sia risultato favorevole, ma i termini dell'autorizzazione debbano essere modificati, l'AIFA adotta uno specifico provvedimento in tal senso.

In tutte le altre ipotesi, l'autorizzazione è automaticamente rinnovata alla data di scadenza di validità dell'autorizzazione originaria.

Dopo il rinnovo, l'AIC ha validità illimitata, salvo che l'AIFA decida, per giustificati motivi connessi con la farmacovigilanza, di procedere a un ulteriore rinnovo di durata quinquennale a norma del comma 2.

Diversamente da quanto previsto a livello comunitario, dunque, l'AIFA, non è responsabile soltanto dell'istruttoria (dell'informazione del pubblico e della sorveglianza), ma anche della decisione finale.

A tal fine l'AIFA redige, avvalendosi della Commissione consultiva tecnico scientifica per la valutazione del farmaco, un rapporto di valutazione sul medicinale, che deve essere "sollecitamente" reso accessibile al pubblico tramite il suo sito internet e aggiornato "ogniquale volta si rendano disponibili nuove in-

formazioni rilevanti ai fini della qualità, sicurezza o efficacia del medicinale" (art. 32).

L'art. 40 dispone che l'autorizzazione è negata quando "dalla verifica dei documenti e delle informazioni" fornite dal richiedente risulta che il rapporto rischio/beneficio non è favorevole, che l'efficacia terapeutica del medicinale non è sufficientemente documentata dal richiedente o che il medicinale non presenta la composizione dichiarata.

Diversamente dal legislatore comunitario, che, come si è visto, prevede che il richiedente debba provare la non nocività del farmaco (con una deroga al principio per cui grava sul soggetto pubblico l'onere di provare l'assenza di fatti impeditivi al rilascio del provvedimento favorevole) quello nazionale sembra disporre un diverso (e meno limitativo per il soggetto privato) onere di allegazione da parte dell'impresa istante di tutti i dati tecnici e delle informazioni scientifiche che devono fornire la base della valutazione della qualità, l'efficacia e la sicurezza del medicinale.

Tra i vari poteri dell'AIFA vi è anche quello, ai fini della "valutazione continua del rapporto rischio-beneficio", di chiedere in qualsiasi momento al titolare dell'autorizzazione di presentare dati che dimostrano che tale rapporto rischio/beneficio resti favorevole (art. 34, co. 4).

In altri termini, se all'impresa spetta il compito di fornire un dossier informativo aggiornato (ciò viene fornito anche dai medici e degli operatori sanitari tenuti segnalare all'AIFA tempestivamente ogni sospetta reazione avversa del farmaco, art. 132), all'Aifa spetta invece l'onere di dare tempestiva notizia al pubblico, mediante il suo sito internet, delle segnalazioni ricevute di sospette reazioni avverse e deve metterle a disposizione dell'EMA e degli altri Stati membri dell'Unione Europea entro quindici giorni dal ricevimento (art. 132, co. 9).

In presenza di nuovi dati attinenti alla sicurezza del farmaco che incidano sul rapporto rischio-beneficio, l'AIFA può, se lo ritiene necessario, sospendere, in via d'urgenza, revocare l'autorizzazione o modificarne il contenuto, informandone immediatamente l'EMA (art. 133).

La revoca è disposta, previo contradditto-

rio con il titolare dell'autorizzazione, quando il medicinale è nocivo alle normali condizioni di impiego, non presenta l'efficacia terapeutica che ne giustifica l'autorizzazione, non ha un rapporto rischio/beneficio favorevole, o non possiede la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata (art. 141).

Quest'ultima circostanza è stato oggetto di attenta analisi dal Consiglio di Stato nelle ultime recentissime sentenze (CdS, III, 1632/2014, 1633/14) nelle quali ha dovuto decidere sulla legittimità o meno di un provvedimento di revoca, da parte dell'AIFA, dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale generico.

La revoca è stata disposta dall'AIFA, in applicazione dell'art. 141 del d. lgs. n. 219/06, a seguito di accertamenti ispettivi che hanno dimostrato come gli studi di bioequivalenza effettuati sul medicinale stesso non erano stati condotti in conformità alle Linee guida delle norme di buona pratica clinica e non potevano perciò essere ritenuti attendibili.

I Giudici di Palazzo Spada, dopo aver inquadrato normativamente la vicenda, hanno respinto l'appello della società.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ricordato che per il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) di un farmaco, da parte dell'AIFA, autorità regolatoria, occorre, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 219 del 2006, la presentazione di un dossier contenente tutti gli elementi ritenuti necessari (denominazione del medicinale, la sua composizione qualitativa e quantitativa, la descrizione del metodo di fabbricazione, le sue indicazioni terapeutiche e le controindicazioni e reazioni sperimentali, i risultati delle prove farmaceutiche, chimico-fisiche, biologiche o microbiologiche etc.).

Per i medicinali generici tale disposizione si integra con quella dettata dall'art. 10, co.1, dello stesso d. lgs. n. 219 del 2006, secondo cui il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche se può dimostrare che il farmaco è un medicinale generico di un medicinale di riferimento che è autorizzato o è stato autorizzato, a norma del precedente articolo 6, da almeno otto anni in Italia o in altro Stato comunitario. Il richiedente è peraltro tenuto a

dimostrare, nel suo dossier, la bioequivalenza con il medicinale di riferimento dimostrata da studi appropriati di biodisponibilità.

Orbene, l'art. 141 del d. lgs. n. 219 del 2006, riconosce poi all'AIFA, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, il potere di revocare un'autorizzazione già rilasciata non solo quando il medicinale risulta nocivo o non permette di ottenere l'effetto terapeutico per il quale è stato autorizzato o non ha la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata (co. 2) ma anche quando (co. 3), come nel caso in esame, *«si riscontra che le informazioni presenti nel fascicolo a norma dell'art. 8 o degli art. 10, 11, 12, 13 e 14 sono errate o non sono state modificate a norma dell'art. 33, o quando non sono stati eseguiti i controlli sul prodotto finito, o sui componenti e sui prodotti intermedi della produzione, in base ai metodi adottati per l'AIC, nonché nei casi in cui le sperimentazioni presentate a supporto della richiesta di AIC siano state condotte senza rispettare i principi e le linee guida delle norme di buona pratica clinica fissati dalla normativa comunitaria»*.

Secondo il Consiglio di Stato, la revoca dell'autorizzazione era stata legittimamente adottata dall'AIFA, vista l'inattendibilità degli studi condotti che hanno determinato il venir meno di uno dei presupposti necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio del farmaco in questione.

Per i farmaci generici, infatti, lo studio di bioequivalenza costituisce la prova che il farmaco può essere commercializzato avendo pari efficacia e sicurezza del medicinale già commercializzato.

L'AIFA, peraltro, nella fattispecie oggetto della decisione del Consiglio di Stato, prima di vietare la commercializzazione del prodotto, aveva anche proceduto ad un riesame della questione a seguito dell'opposizione dell'interessata, in ossequio al procedimento dettato dai co. 3 e 4 dell'art. 141 del d. lgs. n. 219/06; riesaminata la vicenda, l'Aifa ha confermato in maniera definitiva la disposta revoca, ritenendo che le irregolarità riscontrate non potevano consentire l'ulteriore commercializzazione del farmaco e neppure potevano essere superate dalla presentazione di un nuovo stu-

dio di bioequivalenza, perché quest'ultimo non era presente nel dossier condotto in Irlanda su medicinali analoghi.

Il CdS ha altresì precisato che il potere di revoca dell'autorizzazione esercitato dall'AIFA è avvenuto in base ai co. 3 e 4 dell'art. 141, d. lgs. 219/06 e non in base all'art. 141, co. 2, del d. lgs. 219/06, come affermato dall'appellante: solo in quest'ultimo caso, è consentita (ed anzi richiesta) l'acquisizione, in sede di opposizione alla revoca dell'AIC (o di sospensione dell'autorizzazione), la produzione di documentazione sulla effettiva efficacia e sicurezza del prodotto.

3. Le novità sul sistema antifalsificazione dei medicinali introdotte dal d.lgs 17/14.

Per completare l'argomento sui poteri attribuiti all'Aifa, non potevamo fare a meno di segnalare la recente emanazione del d.lgs. n. 17 del 19.2.2014 che recepisce la dir. 2011/62/UE contro l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale.

Con tale decreto si è voluto risolvere uno dei fenomeni che in Italia è divenuto di stretta attualità, che è quello della carenza dei farmaci derivante dalla distribuzione all'estero di medicinali che sarebbero invece destinati al nostro Paese.

Per evitare il ripetersi di tali situazioni, il decreto legislativo ha previsto che "non possono essere sottratti, alla distribuzione e alla vendita per il territorio nazionale, i medicinali per i quali sono stati adottati specifici provvedimenti al fine di prevenire o limitare stati di carenza o indisponibilità anche temporanee, sul mercato o in assenza di valide alternative terapeutiche".

In particolare, sono stati introdotti gli art. 142 *bis*, *ter* e *quater* del d.lgs. n.219/2006, con i quali viene disciplinato il sistema nazionale anti-falsificazione, inteso a impedire sia la circolazione sul territorio nazionale di medicinali di cui si ha notizia che siano falsificati e potenzialmente pericolosi per la salute sia che essi possano raggiungere i pazienti.

Il sistema è gestito dall'AIFA con il supporto di una task-force nazionale e comprende:

a) la ricezione e la gestione delle segnalazioni di medicinali dei quali si hanno notizie

che inducono a ritenere si tratti di medicinali falsificati e di medicinali che si ritiene presentino difetti di qualità;

b) i richiami di medicinali ad opera dei titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio o i ritiri di medicinali dal mercato disposti dall'AIFA presso tutti i soggetti della catena di fornitura, anche al di fuori del normale orario di lavoro;

c) il ritiro dei suddetti medicinali anche presso i pazienti che li hanno ricevuti se necessario con l'assistenza di operatori sanitari.

Qualora si abbiano notizie che inducono a ritenere che un medicinale sia stato falsificato e rappresenti un rischio per la salute pubblica e non si sia già provveduto al riguardo, l'AIFA trasmette immediatamente una notifica di allerta rapida alle autorità competenti degli altri Stati membri e a tutti i soggetti della catena di distribuzione sul territorio nazionale.

Se si ritiene che il medicinale abbia già raggiunto i pazienti, entro 24 ore dalla notifica di allerta rapida sono diramati d'urgenza comunicati pubblici per raggiungere i pazienti medesimi e procedere al ritiro del medicinale presso il loro domicilio. Tali comunicati contengono brevi informazioni sul difetto di qualità o sulla falsificazione, nonché sui rischi connessi per la salute dei pazienti.

Contro la contraffazione dei medicinali è prevista l'introduzione di un nuovo sistema di anticontraffazione che sostituirà il sistema dei bollini attualmente utilizzato e consentirà di verificare l'autenticità del medicinale e di identificare singole confezioni, unitamente ad un dispositivo che permetterà di controllare se l'imballaggio esterno è stato manomesso.

Alla Commissione Europea è affidato il compito di adottare, entro il 2014, un regolamento esecutivo per definire le specifiche tecniche di tale sistema di bollinatura (l'Italia potrà usufruire di un periodo transitorio della durata di 6 anni per il relativo adeguamento nell'ordinamento interno).

Il provvedimento rafforza, inoltre, la tutela dalla contraffazione dei medicinali, attraverso il sistema nazionale antifalsificazione, gestito dall'AIFA con il supporto della task-force nazionale antifalsificazione istituita per la condivisione delle informazioni sulle attività e i casi di falsificazione: a tale task-force par-

teciperà il Ministero della salute, l'Istituto Superiore di Sanità, i Nas, l'Agenzia delle Dogane e gli altri Ministeri interessati, con il supporto della Direzione generale per la lotta alla contraffazione - Ufficio italiano brevetti e marchi del Ministero dello sviluppo economico.

Per quanto riguarda la produzione di sostanze attive utilizzate nella composizione di farmaci, dovranno essere seguite le buone pratiche di fabbricazione, sia che tali sostanze provengano da Paesi UE sia che si tratti di prodotti importati da Paesi terzi.

Allo scopo di rafforzare la tutela della catena distributiva legale, gli importatori, i fabbricanti e i distributori di sostanze attive dovranno essere registrati presso l'autorità competente. L'Aifa inserirà nella banca dati anti-contraffazione UE le informazioni relative ai produttori e agli importatori di sostanze attive e pubblicherà sul proprio sito istituzionale l'elenco dei soggetti che risultano autorizzati alla produzione, all'importazione e al controllo di sostanze attive alla data del 30 giugno di ogni anno.

Si prevede che l'Aifa possa svolgere periodiche ispezioni (anche senza preavviso) nelle sedi di produzione e di stoccaggio di sostanze utilizzate per uso medicinale.

È prevista anche la messa in atto di un sistema che consente, in caso di gravi rischi per la salute pubblica, di estendere l'allerta di un Paese alle autorità degli altri Stati membri e di procedere immediatamente al ritiro dei farmaci pericolosi.

Inoltre, è stata introdotta anche la figura

del "broker di medicinali" con annessa attività di "brokeraggio", che consiste in "qualsiasi attività in relazione alla vendita o all'acquisto di medicinali, ad eccezione della distribuzione all'ingrosso, che non include la detenzione e che consiste nella negoziazione da posizione indipendente e per conto di un'altra persona fisica o giuridica".

Quella dei broker di medicinali diventa così una nuova figura della filiera farmaceutica al pari dei produttori, distributori e farmacisti e come tale soggetta a controlli.

I broker di medicinali devono perciò disporre di un indirizzo permanente e di recapiti nell'Unione europea, al fine di garantire l'accurata identificazione, localizzazione, comunicazione e supervisione delle loro attività da parte del Ministero della salute e delle autorità competenti degli altri Stati membri.

E' previsto inoltre l'obbligo per il broker di garantire che i medicinali oggetto di brokeraggio siano coperti da un'Autorizzazione immissione al commercio rilasciata dalla nostra nazione.

Infine, per fronteggiare il fenomeno della vendita illegale di farmaci tramite internet, pratica che favorisce la circolazione di medicinali falsificati, verrà data vita anche in Italia alle c.d. "Farmacie (o parafarmacie) Online" la cui attività sarà limitata alla vendita dei soli farmaci senza obbligo di prescrizione.

Le farmacie online, inoltre, dovranno richiedere un'autorizzazione e rispondere a severi requisiti; severe sono anche le pene per coloro che metteranno in vendita on line farmaci soggetti a prescrizione medica.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. III 14.3.2014, n. 1281
Chirurgia estetica: per il Consiglio di Stato l'autorizzazione all'esercizio della chirurgia generale non è sufficiente per esercitare l'attività di chirurgia plastica.

Il "caso Regione Calabria" consente al Consiglio di Stato di procedere alla disanima della normativa afferente l'ormai dilagante chirurgia estetica. In particolare la Terza Sezione rileva in primo luogo come la chirurgia estetica è un'attività chirurgica che, con una sua chiara specificità, si propone di correggere o migliorare gli inestetismi, siano essi congeniti, o acquisiti, in seguito a malattia o ad eventi di tipo traumatico o anche fisiologici, quale l'invecchiamento. La chirurgia estetica viene comunemente differenziata dalla chirurgia ricostruttiva, anch'essa ritenuta appartenente alla branca della chirurgia plastica, che si occupa invece delle alterazioni morfologiche determinate da condizioni patologiche. La chirurgia estetica costituisce, quindi, un campo specifico della tecnica chirurgica che oggi ha trovato larga diffusione, con interventi di rinoplastica, sugli zigomi, sulla cute, sulle alterazioni del viso dovute all'invecchiamento (lifting facciale), con l'eliminazione delle adiposità attraverso la cosiddetta liposuzione, con il rimodellamento dei seni. Per tale ragione l'attività di chirurgia estetica (e più in generale quella di chirurgia plastica) anche se può essere praticata da tutti i medici chirurghi (non ostandovi normative di rango primario), in realtà è normalmente esercitata da chirurghi specializzati in chirurgia plastica, estetica e ricostruttiva. Infatti, in numerose Università italiane sono previsti Corsi di specializzazione in Chirurgia Plastica, Estetica e Ricostruttiva o Master di II livello in chirurgia plastica ed estetica, con l'istituzione delle relative aree mediche universitarie e dei corrispondenti posti di funzione. Peraltro anche la recente l. n. 86 del 5.6.2012 ha stabilito che per l'applicazione di protesi mammarie per fini estetici è necessario il titolo di specializzazione in chirurgia plastica, salvo poi ammettere che

l'attività possa essere esercitata anche da chi è in possesso del titolo di specializzazione in chirurgia generale. Considerata la rilevanza assunta nel tempo dal settore e considerata anche la presenza nel mercato di imprese non sufficientemente affidabili per la salute pubblica, le Regioni, alle quali spetta la funzione di disciplinare le attività di rilievo sanitario sul territorio e di vigilare, con l'ausilio delle A.S.L., sull'osservanza delle relative disposizioni, hanno quindi individuato anche i requisiti che devono essere posseduti dai soggetti privati che intendono svolgere (in accreditamento o anche liberamente sul mercato) attività di chirurgia plastica, estetica e/o ricostruttiva. La Regione Calabria, nel disciplinare l'esercizio dell'attività sanitaria, con la legge regionale n. 24 del 18.7.2008, recante "Norme in materia di autorizzazione, accreditamento, accordi contrattuali e controlli delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private", ha quindi dettato disposizioni per le autorizzazioni necessarie all'esercizio (in generale) delle diverse attività sanitarie (comprese le diverse specializzazioni dell'Area chirurgica) ed ha previsto l'assoggettamento ad autorizzazione anche per le attività dei centri estetici dove si praticano attività sanitarie (art. 3, co. 2, lett. p). Nel successivo Regolamento n. 13 del 2009, applicativo della legge regionale n. 24 del 2008, la Regione Calabria ha poi dettato i requisiti minimi organizzativi che devono essere posseduti dalle attività ospedaliere e dalle case di cura ai fini dell'esercizio delle attività sanitarie nelle diverse specializzazioni. In tale Regolamento la Regione, come la stessa ha sostenuto in appello, ha richiesto specifici requisiti per i soggetti che intendono esercitare l'attività di chirurgia plastica. In particolare, la Regione ha inserito la Chirurgia plastica nell'Area chirurgica, tenendola nettamente distinta dalle altre specializzazioni della stessa Area. Infatti ad essa è stato assegnato un proprio codice (12) diverso da quello assegnato alla Chirurgia generale (09) e diverso da quello assegnato alle altre

specializzazioni incluse nell'Area chirurgica (come ad es. la cardiocirurgia, con codice 07, la chirurgia d'urgenza con codice 09, la neurochirurgia con codice 30, l'oculistica con codice 34, l'urologia con codice 43). La Regione ha poi stabilito i requisiti minimi necessari per poter ottenere l'autorizzazione all'esercizio delle diverse attività specialistiche (fra le quali, come si è detto, anche la chirurgia plastica). Per le ragioni esposte, non risulta pertanto condivisibile la tesi secondo cui l'autorizzazione all'esercizio della chirurgia generale, già rilasciata alla Casa di Cura "Villa Elisa", includesse anche quella all'esercizio della chirurgia plastica. Del resto, la concreta differenziazione fra le attività di chirurgia generale e di chirurgia plastica ed estetica è provata, come sostenuto dalla Regione, anche da diversi atti normativi generali, come il DM del 15 ottobre 2010 che prevede per le due specializzazioni due diversi codici di branca (03 Chirurgia generale e 04 Chirurgia plastica). Come sostenuto dall'appellante Regione, l'attività di chirurgia plastica ed estetica è poi considerata in modo specifico (e diverso dalla chirurgia generale) nel sistema internazionale di classificazione delle attività mediche ICD9CM, e diverse (ovviamente) sono le prestazioni rese in concreto, come si evince anche dalle indicazioni contenute nei nomenclatori tariffari. 8.- Ciò chiarito, correttamente la Regione ha ritenuto che l'attività di chirurgia plastica non poteva essere esercitata dalla Casa di Cura "Villa Elisa" sulla base della precedente autorizzazione all'esercizio della chirurgia generale, trattandosi di una attività diversa che deve essere svolta in strutture specialistiche che devono essere provviste di adeguato personale ed adeguate attrezzature.

Consiglio di Stato Sez. III 14.3.2014, n. 1277

Differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori nel settore sanitario: il consolidato e maggioritario orientamento giurisprudenziale.

L'Adunanza plenaria, con la nota decisione 24.3.2006 n. 3, ha ribadito che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 387 del 1998 e salva diversa disposizione di legge specifica, nel settore del pubblico impiego le mansioni superiori, rispetto a quelle proprie della quali-

fica ricoperta formalmente, erano del tutto influenti sul piano giuridico e su quello economico e non consentivano, pertanto, il pagamento delle differenze retributive, eventualmente pretese dal pubblico dipendente per le funzioni effettivamente espletate. Di recente, in linea con le statuizioni dell'appena citata Adunanza plenaria, questo Collegio (cfr., ex multis, CdS, III 31.8.2011, n. 4890) ha ribadito che la retribuità di tali mansioni ha assunto carattere di generalità solo con l'entrata in vigore dell'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, la stessa norma, non potendo considerarsi interpretativa del combinato disposto dei pregressi artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 19 del 1993, dato che la scelta con essa assunta non rientra in nessuna delle varianti di senso compatibili con il tenore letterale delle medesime disposizioni, non può che disporre per il futuro; in secondo luogo, il riconoscimento generalizzato del diritto dei pubblici dipendenti alle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori, solo a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 387 del 1998, trova la sua ratio nell'introduzione da parte dell'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998 (che ha sostituito l'art. 56 ed abrogato il successivo art. 57) di un'organica disciplina delle mansioni, rispettosa dei principi costituzionali ricavabili dagli artt. 51, 97 e 98 Cost.. Va, quindi, ribadito che prima dell'entrata in vigore del predetto d.lgs. n. 387/1998, nel settore del pubblico impiego, salva diversa disposizione di legge, le mansioni svolte da un pubblico dipendente erano del tutto irrilevanti. Nel settore sanitario, che qui rileva, la diversa e specifica disposizione di legge suaccennata si rinviene nell'art. 29, co. 2, del d.P.R. 20.12.1979 n. 761, recante "stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali" e, pertanto, costituente, in relazione al settore di attività del dipendente, il riferimento normativo in materia, per il rispettivo periodo di vigenza. Tale disposizione - secondo l'interpretazione che ne è stata data da giurisprudenza più che consolidata - subordina la possibilità di riconoscere le differenze retributive per l'espletamento di mansioni superiori al ricorrere delle seguenti tre condizioni, giuridiche e di fatto, operanti in modo concomitante: (a) l'effettivo espletamento delle suddette man-

sioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare; (b) le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente nella pianta organica, vacante e disponibile; (c) la previa attribuzione dell'incarico, ad opera del competente organo gestorio, con formale deliberazione, dalla quale deve emergere l'avvenuta verifica dei presupposti richiesti, nonché l'assunzione di tutte le relative responsabilità, anche in ordine ai connessi profili di copertura finanziaria (cfr., da ultimo, CdS, III, 14.11.2012 n. 5734). In mancanza dei riferiti presupposti, deve ritenersi, pertanto, non invocabile l'art. 36 Cost., il quale esprime un principio che non trova applicazione diretta nel pubblico impiego, concorrendo in quest'ambito altri e diversi principi di pari rilevanza (artt. 98 e, soprattutto, 97 cost.) riguardanti l'organizzazione degli uffici pubblici. Non può essere invocato, neanche, l'art. 2126 c.c., che non concerne il diritto al compenso per lo svolgimento di mansioni superiori in via di fatto nel pubblico impiego, ma sancisce il principio della retribuitività del lavoro prestato sulla base di un contratto nullo o annullabile (cfr., ex multis, CdS, III, 8.5.2012 n. 2631 e sez. V, 19.11.2012 n. 5852). Ne deriva, quindi, che, per quel che concerne il personale del sistema sanitario, gli indirizzi elaborati dalla giurisprudenza a partire dall'art. 29 del d.P.R. 761/1979 vanno applicati con rigore, come deroghe ad una generale diversa disciplina. Orbene, alla stregua della giurisprudenza sopra richiamata, la censura non merita accoglimento. Nella fattispecie in trattazione, infatti, non rileva il fatto che, dal giorno del trasferimento dell'allora coordinatore dell'equipe il ricorrente abbia, di fatto, svolto le funzioni di aiuto responsabile; non rileva il fatto che nel corso del giudizio di primo grado il ricorrente abbia fornito la prova di tutte le circostanze richieste dai giudici amministrativi per il conseguimento delle retribuzioni superiori e non rileva, infine, il fatto che, in alcuna parte del ricorso, il ricorrente abbia affermato "di aver svolto le mansioni, di fatto, in assenza del primario...", quanto, piuttosto, l'assenza di una deliberazione formale di conferimento dell'incarico gestorio, dalla quale emerga l'avvenuta verifica dei presupposti richiesti, nonché l'assunzione di tutte le relative responsabilità, anche in ordine ai connessi pro-

fili di copertura finanziaria. Ferma restando la vacanza del posto in organico di livello corrispondente alle mansioni da espletare, l'effettivo esercizio per un periodo di tempo apprezzabile delle mansioni della qualifica superiore presuppone, infatti, sempre l'avvenuto conferimento delle stesse attraverso un incarico formale di preposizione da parte dell'organo che, all'epoca dello svolgimento delle mansioni superiori, era da ritenersi competente a disporre la copertura del posto (CdS, V, 3.12.2001, n. 6011; 24.8.2007, n. 4492; 23.1.2008, n. 134). Come correttamente osservato dal giudice di prime cure, dunque, traslando nella presente controversia i principi sostenuti dalla giurisprudenza, ad oggi maggioritaria va escluso il diritto del ricorrente al riconoscimento delle richieste maggiorazioni retributive. E', proprio, nell'assenza dei presupposti normativi richiesti per derogare al principio generale, in materia di pubblico impiego, che, in sostanza, debba ravvisarsi la ratio della irrilevanza dello svolgimento, di fatto, delle mansioni superiori e, pertanto, l'infondatezza del ricorso.

Consiglio di Stato Sez. III, 3.3.2014, n. 953

E' legittima la fissazione di tetti di spesa alle strutture private accreditate a titolo provvisorio.

Il Consiglio di Stato si è espresso più volte in materia di fissazione di tetti di spesa a strutture private accreditate a titolo provvisorio, affermando la legittimità di quei tetti, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica, con le quali deve rapportarsi lo stesso diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., nonché la natura autoritativa e vincolante delle determinazioni regionali in tema di limiti alle spese sanitarie. Va altresì soggiunto che l'erogazione delle prestazioni per il Servizio Sanitario Nazionale è frutto di una scelta delle strutture private e sottostanno in ogni caso ai programmi e piani regionali e quindi ai conseguenti provvedimenti attuativi da parte delle AA.SS.LL..

Consiglio di Stato Sez. III, 3.3.2014, n. 952

Mansioni superiori: il riconoscimento del diritto dei dipendenti delle unità sanitarie locali alle differenze retributive sussiste se ap-



partengono a qualifica funzionale immediatamente più elevata di quella rivestita.

La possibilità di conferire al dipendente, in via temporanea, mansioni superiori con conseguente spettanza del relativo trattamento economico è stata disciplinata in termini generali solo con l'art. 57, d.lgs. n. 29/1993, previsione la cui entrata in vigore è stata differita fino al 1.1.1999, e, in prosieguo, con l'art. 56, d.lgs. n. 29/1993, introdotto dall'art. 25, d.lgs. n. 80/1998, il cui ultimo comma è stato modificato dall'art. 15, d.lgs. n. 387/1998 mentre in precedenza, la regola generale recata dall'ordinamento del pubblico impiego era quella del divieto di adibire il dipendente a mansioni superiori. In deroga a tale regola generale, per il personale appartenente al comparto sanità l'art. 29, d.P.R. n. 761/1979, aveva già previsto che in caso di esigenze di servizio il dipendente potesse eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori ma che tuttavia l'assegnazione temporanea, che non poteva comunque eccedere i sessanta giorni nell'anno solare, non dava diritto a variazioni del trattamento economico. La giurisprudenza ne ha tratto la duplice conclusione che, ai sensi di tale disposizione qualora l'assegnazione alle medesime mansioni si protragga oltre il termine di sessanta giorni nell'anno solare, spetta al prestatore di lavoro il trattamento economico corrispondente all'attività concretamente svolta, né rilevano quindi i motivi e le circostanze che hanno determinato l'espletamento delle mansioni superiori (CdS, V, 9.3.1995 n. 328). In ogni caso l'esistenza in organico di un posto vacante e disponibile è il presupposto indispensabile perché l'esercizio delle funzioni superiori da parte del dipendente U.S.L., dia diritto (dopo 60 giorni) al corrispondente trattamento economico (CdS, V, 9.4.1994 n. 267). Peraltro, la più recente giurisprudenza ha affermato che anche in base all'art. 29 d.P.R. n. 761/1979 non è possibile configurare l'esercizio di mansioni superiori retribuibili qualora sia inesistente una determinazione formale, sia pure illegittimamente assunta, con la quale il funzionario sia stato incaricato a ricoprire quel determinato posto e qualora l'interessato non abbia ricoperto un posto vacante di livello superiore (CdS, V, 7.4.2009 n. 2150; sez. V, 14.1.2009 n. 100; sez. V, 17.9.2008 n. 4431; V, 8.5.2007 n.

2130; sez. V, 28.1.1998 n. 112). E' stato inoltre sottolineato che il riconoscimento del diritto dei dipendenti delle unità sanitarie locali alle differenze retributive, in seguito allo svolgimento di mansioni superiori, sussiste solo ove queste ultime appartengano a qualifica funzionale immediatamente più elevata di quella dagli stessi rivestita, e non anche in caso di svolgimento per saltum di mansioni superiori, atteso che il diritto del pubblico dipendente ad una equa retribuzione va temperato con altri principi costituzionali ed in specie con quello del buon andamento dei pubblici uffici, sancito dall'art. 97 cost. (ex plurimis CdS, III 29.3.2012 n. 1872).

Consiglio di Stato Sez. III, 10.1.2014, n. 59

Sanità: il principio di equiordinazione tra strutture pubbliche e private non opera con riferimento alle fonti di finanziamento complessivo delle strutture del settore sanitario.

In merito al principio di equiordinazione tra strutture pubbliche e private, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito nella sentenza in esame siffatto principio "opera non con riferimento alle fonti di finanziamento complessivo delle strutture del settore sanitario ma solo in relazione ai criteri e modalità di remunerazione a tariffa delle prestazioni rese sulla base di appositi accordi contrattuali; per cui non coinvolge il finanziamento delle aziende pubbliche costituenti presidi ospedalieri a diretta gestione dell'ASL di appartenenza (cfr. CdS, V, 12.9.2009 n. 3789, nonché Corte cost., n. 111/2005, ivi cit.).

Consiglio di Stato Sez. V, 27.12.2013, n. 6264

Allevamento di animali: il Sindaco è titolare di un'ampia potestà di valutazione della tollerabilità delle lavorazioni provenienti dalle industrie cd "insalubri" e può adottare in via cautelare interventi per impedire la continuazione di attività potenzialmente pericolose.

Come ha già chiarito la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ribadita nella sentenza in esame, in base agli artt. 216-217 t.u. sanitario (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), non modificati ma ribaditi dall'art. 32 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 e dall'art. 32, comma 3, l. 28 dicembre 1978, n. 833, spetta al Sindaco, all'uopo ausi-

liato dalla struttura sanitaria competente, il cui parere tecnico ha funzione consultiva ed endo-procedimentale, la valutazione della tollerabilità, o meno, delle lavorazioni provenienti dalle industrie cosiddette "insalubri", l'esercizio della cui potestà potendo avvenire in ogni tempo e potendo esplicarsi mediante l'adozione, in via cautelare, di interventi finalizzati ad impedire la continuazione o l'evolversi di attività aventi carattere di pericolosità (per esempio, esalazioni, scoli, rifiuti, ecc., specie se riguardanti l'allevamento di animali). Rientra, quindi, nei poteri del Sindaco, ex art. 216 t.u. sanitario r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 ingiungere ad un'impresa, che esercita un'industria cosiddetta "insalubre", di presentare un progetto preordinato ad eliminare un temuto pericolo alla sanità pubblica e di mettere in funzione l'impianto entro un dato termine, anche sulla scorta del parere all'uopo reso dalla struttura sanitaria competente, senza che ciò implichi di per sé alcun difetto di motivazione o d'eccesso di potere. Inoltre, in base agli art. 216 e 217 t.u. l. sanitaria, il Sindaco è titolare di un'ampia potestà di valutazione della tollerabilità o meno delle lavorazioni provenienti dalle industrie, classificate "insalubri" e può estrinsecarsi con l'adozione in via cautelare di interventi finalizzati ad impedire la continuazione o l'evolversi di attività che presentano i caratteri di possibile pericolosità, per effetto di esalazioni, scoli e rifiuti, specialmente riguardanti gli allevamenti, ciò per contemperare le esigenze di pubblico interesse con quelle pur rispettabili dell'attività produttiva. Peraltro, come ha già sancito il Consiglio (Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2005, n. 1794), gli art. 216 e 217 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, conferiscono al Comune ampi poteri in materia di industrie insalubri, anche prescindendo da situazioni di emergenza e dall'autorizzazione a suo tempo rilasciata, a condizione però che siano dimostrati, da congrua e seria istruttoria, gli inconvenienti igienici e che si sia vanamente tentato di eliminarli; nel caso di specie, in riferimento all'ampia ed articolata relazione dell'ASL, sussistono le condizioni individuate dalla giurisprudenza predetta per l'esercizio del potere cautelativo

qui in contestazione. La tesi dell'appellante secondo la quale l'allevamento di animali de qua, per le deiezioni e l'impatto ambientale che produce, può essere oggetto di catalogazione come industria insalubre soltanto ove abbia caratteristiche, appunto, industriali per la quantità dei capi e per il ciclo produttivo a cui essi sono sottoposti, è smentita dal fatto che, in generale, l'allevamento di animali è considerato dalle norme del testo unico delle leggi sanitarie industria insalubre di prima classe e, pertanto, ai sensi dell'art. 216 t.u. 27.7.1934, n. 1265, l'allevamento deve comunque essere isolato nelle campagne e tenuto lontano da abitazioni (cfr., anche, CdS, V, 17.4.2002, n. 2008). Pertanto, non è sostenibile, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale surriferito, la tesi secondo cui la nozione di allevamento di animali sarebbe stata utilizzata per i grandi allevamenti che forniscono all'industria alimentare la materia prima per le lavorazioni di prodotti alimentari. Peraltro, proprio perché si è in presenza di una stalla di bovini con meno di venti capi, ovvero una tipica stalla rurale, condotta dal coltivatore diretto unitamente alla propria personale piccola azienda rurale, è stato consentita la prosecuzione dell'attività, con il solo onere di rispettare una serie di prescrizioni concrete, emanate dalla competente autorità tecnica sanitaria, per consentire una conciliazione fra le esigenze igienico-sanitarie e le esigenze socio-economiche, anch'esse di indubbia valenza e natura pubblica, prescrizioni da ritenersi ragionevoli e compatibili con il potere di ordinanza come sopra descritto. Tali prescrizioni, che sono state il frutto di un'attività amministrativa posteriore agli atti oggetto del presente giudizio, non possono ritenersi inficanti di questi ultimi, poiché logicamente e ragionevolmente il Comune ha in primis disposto in via cautelare la chiusura della stalla per bovini a tutela della salute e sulla base di un'idonea istruttoria (parere della competente struttura sanitaria); in seconda battuta, esaurita l'impellente cautela, ha emanato una serie di atti successivi per consentire comunque il mantenimento dell'attività agricola, in modo soddisfacente per le parti.

«.....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'espresa richiesta dell'Autore, tra le diverse tipologie di contributi di cui alla classificazione U-Gov Miur;

c) la presenza dei requisiti minimi di accettabilità anche con riguardo alle informazioni rese dall'Autore all'atto della richiesta di pubblicazione di cui ai punti da a) a d);

d) l'eventuale modifica dell'area tematica;

e) qualora lo scritto venga classificato come contributo di “attualità” finalizzato all’aggiornamento professionale, il successivo invio per la valutazione finale da parte di due componenti del **Comitato di redazione**.

Referaggio:

L’Autore di "saggi e contributi scientifici", in caso di esito positivo dell'esame preliminare, riceverà la comunicazione che lo scritto sarà sottoposto a referaggio.

L'attività di valutazione scientifica dei contributi è differenziata a seconda del tipo di contributo da pubblicare:

a) Referaggio di saggi e contributi scientifici:

Nel caso di collocazione dello scritto nella categoria "saggi e contributi scientifici", il lavoro sarà sottoposto alla valutazione di due revisori fra i componenti del **Comitato di referee**, italiani o stranieri, esperti della materia o del tema oggetto dello scritto medesimo, di cui almeno un professore ordinario, che saranno in rapporto esclusivamente con la **Direzione** della rivista.

È adottato, in via preferenziale, il **sistema di valutazione** c.d. *doublé blind peer review*: il contributo è inviato dal **Direttore** della Rivista ai due revisori in forma anonima e all'autore non sono rivelati i nomi dei revisori, i quali sono vincolati (alla pari del **Direttore** della Rivista) a tenere segreto il loro operato. La segretezza dell'identità dei revisori, anche in caso di giudizio positivo, è a garanzia di una maggiore indipendenza di giudizio.

In via residuale e a discrezione del **Direttore**, può essere utilizzato anche il sistema di valutazione del *peer review* c.d. *open*, in cui si garantisce la forma anonima della valutazione, ma i soggetti chiamati ad effettuare la valutazione potranno conoscere l'identità dell'autore del contributo sottoposto a valutazione.

b) Referaggio di contributi di “attualità” finalizzati all’aggiornamento professionale:

Per i contributi classificati sotto la categoria "attualità", la valutazione del lavoro sarà effettuata da due componenti del **comitato di redazione** della rivista. In ogni caso, a garanzia di una maggiore indipendenza del giudizio, la valutazione del contributo avverrà sempre in forma rigorosamente anonima e l'autore non potrà conoscere l'identità dei soggetti chiamati a valutare il contributo. Per garantire la celere pubblicazione di un documento di estrema attualità, la valutazione del contributo potrà essere effettuata anche dal **Direttore**.

c) Referaggio di note a sentenza e recensioni:

In ragione del loro carattere più o meno snello, note a sentenza e recensioni possono essere assoggettate, a scelta del **Direttore**, alla procedura di cui *sub a* ovvero *sub b*.

d) Referaggio di saggi e contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica:

In via eccezionale, su proposta del **Direttore** accolta dal comitato di **Direzione**, i contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica possono essere pubblicati senza referaggio preventivo, ferma rimanendo la responsabilità del **Direttore**.

Valutazione del contributo:

La valutazione del contributo avviene sulla base dei seguenti criteri:

- a) la 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 25 marzo 2014
Finito di stampare nel marzo 2014
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)