



# GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

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

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Fondatore Enrico Michetti

## IN QUESTO NUMERO

- **LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALL'INOSSERVANZA DEL TERMINE DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: LA DOPPIA FORMA DI RISTORO CONSEGUIBILE DAL PRIVATO**
- **DECRETO LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE: DALLA CORTE UN NUOVO STOP AI CONTENUTI ETEROGENEI**
- **ATTESTATI DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LICENZA DI ESPORTAZIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**
- **CRITERI INTERPRETATIVI IN ORDINE ALLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NELL'ART. 38, CO. 1, LETT. A) DEL D.LGS. N. 163/2006 AFFERENTI ALLE PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 186 BIS DELLA LEGGE FALLIMENTARE (CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE)**
- **QUANDO L'INTERPRETAZIONE DI SISTEMA PREVALE SULL'INTERPRETAZIONE LETTERALE. UN CASO IN TEMA DI RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO PENALE E PROCEDIMENTO DISCIPLINARE NELL'IMPIEGO DI DIRITTO PUBBLICO**
- **LA COMPETENZA FUNZIONALE INDEROGABILE DEL TAR LAZIO, SEDE DI ROMA: LIMITI ED ECCEZIONI NELLA PRODUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE**
- **LA GIURISDIZIONE SULLE CONCESSIONI PUBBLICHE ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE N. 11022 E N. 11023 DEL 20.5.2014**
- **IL RIESAME CON ESITO CONFERMATIVO: ONERE DI IMPUGNAZIONE PER IL PRIVATO ED ONERE PARTECIPATIVO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**
- **LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI**
- **GIOCO E SCOMMESSE TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO: IL FUTURO DELL'ART. 88 T.U.L.P.S. DOPO LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL CONSIGLIO DI STATO**
- **AUTORIZZAZIONE PER L'APERTURA DI STRUTTURE SANITARIE PRIVATE: IL LIMITE DEL FABBISOGNO SANITARIO E LE RECENTI NOVITA' LEGISLATIVE**

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

# SOMMARIO



## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	4
<b>REDAZIONALI</b> .....	13
LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALL'INOSSERVANZA DEL TERMINE DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: LA DOPPIA FORMA DI RISTORO CONSEGUIBILE DAL PRIVATO <i>della Dott.ssa Cristina Zaccheo</i> .....	13
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	18
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI .....	18
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE .....	27

## USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	32
<b>REDAZIONALI</b> .....	34
DECRETO LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE: DALLA CORTE UN NUOVO STOP AI CONTENUTI ETEROGENEI <i>del Dott. Marco Polese</i> .....	34
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	40

## UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	61
<b>REDAZIONALI</b> .....	63
ATTESTATI DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LICENZA DI ESPORTAZIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA <i>degli Avv.ti Cino Benelli e Federico Mazzella</i> .....	63
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	69



## CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	<b>76</b>
<b>REDAZIONALI .....</b>	<b>83</b>
CRITERI INTERPRETATIVI IN ORDINE ALLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NELL'ART. 38, CO. 1, LETT. A) DEL D.LGS. N. 163/2006 AFFERENTI ALLE PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 186 <i>BIS</i> DELLA LEGGE FALLIMENTARE (CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE) <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....</i>	83
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>87</b>
CONTRATTI PUBBLICI.....	87
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	87
CONCORRENZA.....	87

## PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	<b>107</b>
<b>REDAZIONALI .....</b>	<b>117</b>
QUANDO L'INTERPRETAZIONE DI SISTEMA PREVALE SULL'INTERPRETAZIONE LETTERALE. UN CASO IN TEMA DI RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO PENALE E PROCEDIMENTO DISCIPLINARE NELL'IMPIEGO DI DIRITTO PUBBLICO <i>del Dott. Massimiliano Giuseppe Maffei.....</i>	117
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>126</b>

## PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	<b>137</b>
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>142</b>

## GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....</b>	<b>153</b>
<b>REDAZIONALI .....</b>	<b>157</b>
LA COMPETENZA FUNZIONALE INDEROGABILE DEL TAR LAZIO, SEDE DI ROMA: LIMITI ED ECCEZIONI NELLA PRODUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>dell'Avv. Salvatore Russo .....</i>	157
LA GIURISDIZIONE SULLE CONCESSIONI PUBBLICHE ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE N. 11022 E N. 11023 DEL 20.5.2014 <i>dell'Avv. Antonella Rossi .....</i>	164
IL RIESAME CON ESITO CONFERMATIVO: ONERE DI IMPUGNAZIONE PER IL PRIVATO ED ONERE PARTECIPATIVO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE <i>della Dott.ssa Cristina Zaccheo .....</i>	167
<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>172</b>

---

INCENTIVI E SVILUPPO  
ECONOMICO

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	178
<b>REDAZIONALI</b> .....	182
LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI <i>dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni</i> .....	182
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	185

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	190
GIOCO E SCOMMESSE TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO: IL FUTURO DELL'ART. 88 T.U.L.P.S. DOPO LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL CONSIGLIO DI STATO <i>dell'Avv. Michela Montanari</i> .....	192
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	206

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	212
<b>REDAZIONALI</b> .....	214
AUTORIZZAZIONE PER L'APERTURA DI STRUTTURE SANITARIE PRIVATE: IL LIMITE DEL FABBISOGNO SANITARIO E LE RECENTI NOVITA' LEGISLATIVE <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i> .....	214
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	220
DICHIARAZIONE SULL'ETICA, SULLE PRATICHE SCORRETTE E REGOLAMENTO SULLE MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI SCIENTIFICI PUBBLICATI IN GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA .....	223



# PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **BANCA DATI SIOPE: IN GAZZETTA UFFICIALE IL DECRETO MEF SULLE MODALITÀ DI ACCESSO AL SISTEMA INFORMATIVO DELLE OPERAZIONI DEGLI ENTI PUBBLICI**

*Il Ministero dell'Economia e delle Finanze con decreto del 30.5.2014 pubblicato sulla G.U. Serie Generale n.133 del 11.6.2014 ha provveduto a disciplinare le modalità di accesso alla banca dati SIOPE (Sistema Informativo delle Operazioni degli Enti Pubblici). (Decreto MEF 30.5.2014 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 133 del 11.6.2014).*

«..... GA.....»

### **AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE: SONO INEFFICACI LE SOVVENZIONI EROGATE DA PIÙ ENTI PER IMPORTO SUPERIORE AD EURO 1.000 SE È OMESSA LA LORO PUBBLICAZIONE ON LINE DALL'ENTE CHE ADOTTA IL PROVVEDIMENTO FINALE**

*Evidenzia l'Autorità Anticorruzione nell'orientamento n. 15/2016 come considerato che, ai sensi dell'art. 26, co. 3, del d.lgs. n. 33/2013, la pubblicazione sul sito istituzionale dei provvedimenti che dispongono concessioni di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di importo complessivo superiore a 1.000 euro è condizione legale per l'efficacia, qualora il procedimento di attribuzione degli stessi coinvolga più amministrazioni, la pubblicazione deve avvenire a cura dell'ente effettivamente competente ad adottare il provvedimento conces-*

*sorio finale. (A.N.AC n. 15/2014).*

«..... GA.....»

### **DICHIARAZIONE DEI REDDITI DEI POLITICI: NON È SUFFICIENTE PUBBLICARE IL QUADRO RIEPILOGATIVO DELLA DICHIARAZIONE, ON LINE VA LA COPIA DELL'ULTIMA DICHIARAZIONE CON OSCURAMENTO DEI DATI SENSIBILI**

*Sull'assolvimento dell'obbligo di pubblicazione di cui all'art. 14, co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 33/2013, l'Autorità Anticorruzione con orientamento n. 14/2014 precisa che non è sufficiente la pubblicazione del quadro riepilogativo della dichiarazione dei redditi, tenuto conto che l'art. 2, n. 2), della legge n. 441/1982, a cui la citata lett. f) rinvia, fa espresso riferimento alla copia dell'ultima dichiarazione dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche. Tuttavia, è necessario limitare, con appositi accorgimenti a cura dell'interessato o dell'amministrazione, la pubblicazione dei dati sensibili contenuti nella stessa dichiarazione (A.N.AC n. 14/2014).*

«..... GA.....»

### **PENSIONI E RAPPORTI DI LAVORI DIPENDENTI: L'A.N.AC PRECISA CHE NON DEVONO ESSERE PUBBLICATI ON LINE IN QUANTO GIÀ RESI TRASPARENTI ATTRAVERSO LA PUBBLICAZIONE DELLA DICHIARAZIONE DEI REDDITI**

L'A.N.AC chiarisce nell'orientamento n. 13/2014 che tra gli altri incarichi con oneri a carico della finanza pubblica, che devono essere pubblicati ai sensi dell'art. 14, co. 1, lett. e), del d.lgs. n. 33/2013, non rientrano i rapporti di lavoro dipendente e pensionistici, considerato che non si tratta di "incarichi" e tenuto conto che i dati relativi alla posizione lavorativa o pensionistica sono già resi trasparenti attraverso la pubblicazione della dichiarazione dei redditi disposta dall'art. 14, c. 1, lett. f), del d.lgs. n. 33/2013. (A.N.AC n. 13/2014).

«..... GA.....»

**AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE: TUTTE LE ATTIVITÀ SVOLTE IN QUALITÀ DI LIBERO PROFESSIONISTA DAL TITOLARE DI INCARICO POLITICO VANNO PUBBLICATE ON LINE SE LA SPESA GRAVA SULLA FINANZA PUBBLICA**

L'Autorità Anticorruzione con orientamento n. 12/2014 ha chiarito che gli altri incarichi con oneri a carico della finanza pubblica che devono essere pubblicati ai sensi dell'art. 14, c. 1, lett. e), del d.lgs. n. 33/2013 comprendono le attività svolte in qualità di libero professionista dal titolare di incarico politico, laddove la relativa spesa gravi sulla finanza pubblica. Ad esempio, vi rientrano gli incarichi conferiti da parte di amministrazioni statali, Regioni, Province e Comuni, quali difesa in giudizio, consulenza tecnica etc., qualora sia previsto un compenso (A.N.AC n. 12/2014).

«..... GA.....»

**DIA E SCIA: L'AMMINISTRAZIONE DEVE PUBBLICARE ON LINE I DATI IN AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE**

In materia edilizia, le DIA e le SCIA sono da considerare equiparate a provvedimenti amministrativi di autorizzazione o di concessione e, pertanto, soggette agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 23 del d.lgs. n. 33/2013, in considerazione degli effetti so-

stanziali ad esse conseguenti, equivalenti a quelli degli atti che esse sostituiscono. In tali casi, l'amministrazione è tenuta a pubblicare, per ciascuna DIA e SCIA, oltre ai dati di cui all'art. 23, co. 2, anche eventuali ulteriori atti adottati dall'amministrazione in conseguenza della presentazione di dette dichiarazioni (quali, ad esempio, gli atti di esercizio dei poteri inibitori di cui all'art. 19, co. 3, della l. n. 241/1990) (A.N.AC n. 11/2014).

«..... GA.....»

**INCOMPATIBILITÀ E INCONFERIBILITÀ: I CHIARIMENTI DELL'A.N.AC SUL CUMULO TRA LA CARICA POLITICA E L'INCARICO AMMINISTRATIVO CONFERITO PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE N. 39/2013**

Per le ipotesi di cumulo della carica politica e dell'incarico amministrativo sorto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 39/2013, trova applicazione quanto previsto dall'art. 29 ter del d.l. n. 69 del 2013, convertito dalla l. n. 98 del 2013, ai sensi del quale "[...] gli incarichi conferiti e i contratti stipulati prima della data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo in conformità alla normativa vigente prima della stessa data, non hanno effetto come causa di incompatibilità fino alla scadenza già stabilita per i medesimi incarichi e contratti". Parimenti, le ipotesi di inconferibilità previste dal citato d.lgs. n. 39/2013 non operano fino alla scadenza del preesistente incarico amministrativo. (A.N.AC n.10/2014).

«..... GA.....»

**ELEZIONI: LA NUOVA COMPOSIZIONE NUMERICA DEI CONSIGLIERI COMUNALI STABILITA DALLA LEGGE DEL RIO**

La l. 7.4.2014, n. 56 recante " Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni dei comuni", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 81 del 7.4.2014 ed in vigore dall'8.4.2014 ha rideterminato il numero dei consiglieri comunali nei Comuni fino a



10.000 abitanti. In particolare, ai sensi del co. 135 dell'articolo unico della legge in oggetto, per i Comuni fino a 3.000 abitanti il numero dei consiglieri è stato elevato a 10, mentre per i Comuni da 3001 a 10.000 abitanti il numero è stato elevato a 12. Le modifiche intervenute sono operative a partire già dalle prossime elezioni. Peraltro, il comma 136 dell'articolo unico della l. n. 56/2014 pone a carico dei Comuni l'obbligo di ridefinire, con propri atti, previa attestazione dei revisori dei conti, gli oneri connessi con le attività inerenti lo status degli amministratori locali di cui al titolo III, capo IV, della parte prima del d.lgs. 18.8.2000, n. 267, recante il testo Unico degli Enti Locali. Ciò al fine di assicurare l'invarianza della relativa spesa in rapporto alla legislazione vigente. (Circolare Prefettura del 8.5.2014).

«..... GA.....»

#### **ELEZIONE: COMPENSI DOVUTI AI COMPONENTI DEI SEGGI**

E' stata pubblicata la circolare n. 4 del 30.4.2014 della Finanza Locale sulle competenze dovute ai componenti dei seggi nella quale si precisa che spetta ai soli Presidenti il trattamento di missione, se dovuto, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 70 del 1980, nella misura corrispondente a quella spettante ai dirigenti dell'amministrazione dello Stato, con le limitazioni introdotte dall'art. 1, co. 213, della l. 23.12.2005, n. 266. Le competenze devono essere pagate dai Comuni, appena ultimate le operazioni di scrutinio. La spesa per gli onorari fissi e per il trattamento di missione grava: - per i Comuni nei quali si effettua solo l'elezione del Parlamento europeo: a totale carico dello Stato; - per i Comuni nei quali si effettua l'abbinamento delle elezioni europee con le elezioni regionali oppure con le elezioni comunali: metà a carico dello Stato e metà a carico della Regione o del Comune; - per i Comuni nei quali si effettua l'abbinamento delle elezioni europee con le elezioni regionali e comunali; - un terzo a carico dello Stato, e un terzo a carico della Regione e un terzo a carico del Comune; - per i Comuni nei quali si effettua l'abbinamento delle elezioni europee con le elezioni regio-

nali, comunali e circoscrizionali: un quarto a carico dello Stato; un quarto a carico della Regione e due quarti a carico del Comune; - per i Comuni nei quali si effettua l'abbinamento delle elezioni europee con le elezioni comunali e circoscrizionali: un terzo a carico dello Stato e due terzi a carico del Comune. Relativamente all'ONORARIO, la circolare precisa che ai componenti dei seggi, sia normali che speciali, spetta un onorario fisso nelle misure di seguito indicate. Le competenze dovute ai componenti dei seggi ordinari, sono comprensive delle maggiorazioni di € 37,00 (Presidenti) e di € 25,00 (Scrutatori e Segretari), da corrispondere per ogni consultazione da effettuare contemporaneamente alla prima. **SEGGI ORDINARI:** Elezione del Parlamento europeo Presidenti: € 120,00; Scrutatori e Segretari: € 96,00. Elezione del Parlamento europeo ed elezioni amministrative: In caso di abbinamento dell'elezione europea con le elezioni regionali o comunali: Presidenti: € 157,00; Scrutatori e Segretari: € 121,00. In caso di abbinamento dell'elezione europea con le elezioni regionali e comunali ovvero con le elezioni comunali e circoscrizionali Presidenti: € 194,00; Scrutatori e Segretari: € 146,00. -In caso di abbinamento della elezione europea con le elezioni regionali, comunali e circoscrizionali Presidenti: € 231,00; Scrutatori e Segretari: € 171,00. **SEGGI SPECIALI:** (qualunque sia il numero delle consultazioni) Presidenti: € 72,00; Scrutatori e Segretari: € 49,00. L'onorario, essendo forfetario per la specifica funzione di ciascun componente di seggio, è dovuto per intero nel caso che sia stata interamente espletata la funzione stessa. Ove, invece, il componente sia stato sostituito nel corso delle operazioni, per qualsiasi motivo, l'onorario deve essere ripartito in proporzione alla durata della rispettiva partecipazione alle operazioni del seggio. Si ricorda che l'onorario retribuisce tutta l'opera prestata da ciascuno dei componenti dei seggi e, quindi, anche quella per l'eventuale recapito dei plichi relativi alle operazioni dei seggi stessi. Alla relativa liquidazione le Amministrazioni comunali provvedono in base al prospetto conforme all'allegato modelloA, da compilarsi distintamente per ciascuna sezione. Le indicazioni di cui alle colonne dall'1 al

5 devono essere apposte dai Presidenti dei seggi. Per il resto, il prospetto deve essere completato a cura degli uffici comunali.

**TRATTAMENTO DI MISSIONE: RIMBORSO SPESE** Diritto al trattamento di missione. La l. 13.3.1980, n. 70 ha stabilito che oltre all'onorario fisso, compete il trattamento di missione, se dovuto, ai soli Presidenti dei seggi. Tale diritto si matura allorché essi debbono recarsi fuori dai Comuni di residenza nei quali, per effetto delle disposizioni di cui alla l. 24.12.1954, n. 1228 ed al d.P.R. 30.5.1989, n. 223 si presuppone abbiano anche la dimora abituale. Il trattamento di missione è stabilito dalla l. 18.12.1973, n. 836 e successive modificazioni ed integrazioni Ai sensi dell'art. 1, co. 213, della l. 23.12.2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), l'indennità di trasferta per le missioni nel territorio nazionale, l'indennità supplementare sul costo del biglietto ferroviario o di altri mezzi di trasporto terrestre o marittimo e l'indennità commisurata all'intera diaria di missione sono state soppresse. Rimangono, pertanto, rimborsabili le spese per il viaggio, l'albergo, i pasti, nonché l'attribuzione, nei casi di utilizzo del mezzo proprio, dei compensi chilometrici a titolo di rimborso spese nei casi previsti dalla legge.

**3.1 - Spese per il pernottamento in albergo e per il vitto.** Ai Presidenti di seggio spetta il rimborso delle spese per il pernottamento in albergo a 4 stelle (1° categoria), nonché il rimborso per le spese di vitto (l. 18.12.1973, n. 836 e successive modificazioni ed integrazioni). I predetti rimborsi sono effettuati, entro i limiti massimi consentiti e ove ne ricorrano le condizioni, soltanto se riguardano spese documentate da fattura o da ricevuta fiscale rilasciata da esercizio commerciale abilitato all'attività alberghiera e/o di ristoro. La spesa massima che può essere ammessa a rimborso ai sensi del d.P.C.M del 15.2.1995, è stabilita nelle seguenti misure: complessivi € 61,10 per due pasti giornalieri; detto importo compete nella misura ridotta del 50% per la consumazione di un solo pasto; prezzo di una camera singola in alberghi a 4 stelle (1a categoria).

**3.2 - Spese di viaggio e compensi chilometrici.** Per il raggiungimento delle località sedi di seggio vengono rimborsate le spese di viaggio ferroviario effettivamente sostenute sulla base dei

relativi biglietti che gli interessati devono produrre. Può corrisponderci anche il rimborso dell'intera spesa occorsa per i viaggi effettuati con altri mezzi di trasporto di linea se l'uso di questi consenta un evidente, notevole risparmio di tempo, o se manchi un collegamento ferroviario con le località sedi di seggio elettorale. Le spese inerenti il ritorno alle rispettive sedi di provenienza possono essere rimborsate nella stessa misura di quelle ammesse per i viaggi di raggiungimento delle località sedi di seggio elettorale, data la necessità che al pagamento delle competenze in parola sia provveduto appena ultimate le operazioni di scrutinio e per l'ovvia impossibilità di documentare le tabelle di missione con i regolari biglietti di viaggio per il rientro in sede. Per i percorsi effettuati con mezzi propri, in relazione alla facoltà riconosciuta esplicitamente dall'art. 4 della l. 13.3.1980, n. 70, spetta una indennità chilometrica pari ad 1/5 del prezzo della benzina vigente al momento, nonché, ove ricorra il caso, il rimborso della eventuale spesa per il pedaggio autostradale. Inoltre, non è estendibile ai Presidenti dei seggi, anche se dipendenti statali, la stipula e il rimborso di assicurazioni in proposito. Non spetta alcun rimborso per eventuali spese di trasporto di bagaglio. In riferimento alle disposizioni di cui all'art. 6, co. 12, della d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30.7.2010, n. 122, relativo all'utilizzo del mezzo proprio, si precisa che, su conforme parere del Ministero dell'economia e delle finanze, nel caso dei Presidenti di seggio possa essere assentito l'utilizzo del mezzo proprio in considerazione della specificità degli orari in cui si svolgono le consultazioni elettorali, difficilmente conciliabili con l'utilizzo dei mezzi pubblici e vista la particolare rilevanza politica e sociale che rivestono le elezioni.

**LIQUIDAZIONE** Liquidazione degli onorari. Gli onorari devono essere liquidati su prospetti conformi all'allegato modello A, che per le colonne dall'1 al 5 vengono compilati a cura dei Presidenti dei seggi. In ordine alle ritenute erariali, si fa presente che l'art. 9, comma 2, della l. 21.3.1990, n. 53, dispone che gli onorari dei componenti gli uffici elettorali di cui alla l. 13.3.1980, n. 70, costituiscono rimborso spese fisso forfetario non assoggettabile a ri-



tenute o imposte (incluse quelle relative al bollo di quietanza) e non concorrono alla formazione della base imponibile ai fini fiscali. Prima di effettuare le liquidazioni i Comuni devono accertare che sia stato indicato il numero di codice fiscale dei componenti dei seggi. A Liquidazione dei rimborsi per le spese di viaggio. Il rimborso delle spese di viaggio potrà essere liquidato su apposite tabelle conformi all'allegato modello B. A corredo di dette tabelle occorre unire i documenti di viaggio e le fatture o le relative ricevute fiscali per l'eventuale rimborso delle spese sostenute per vitto e alloggio. Per i tratti percorsi con mezzi propri o mezzi diversi dalle ferrovie ovvero da altri servizi di linea, è necessario allegare alle tabelle i certificati delle amministrazioni comunali comprovanti le relative distanze. Le distanze si devono computare, per i viaggi compiuti in ferrovia, tra la stazione ferroviaria di partenza e quella del luogo del seggio elettorale. Se la stazione è situata fuori del centro abitato, si aggiunge la distanza intercorrente fra la stazione e il centro abitato. In modo analogo si calcolano le distanze per i viaggi compiuti con altri mezzi di linea. Per i viaggi compiuti con mezzi diversi dalle ferrovie e da altri servizi di linea, le distanze si computano secondo quanto disciplinato in merito dall'art. 6, coo. 2 e 3, della l. n. 836/1973. E' ovvio che le predette distanze devono essere calcolate secondo i percorsi più brevi. Sulle tabelle, per ciascun viaggio, devono essere indicate le date di partenza dalla residenza nonché di rientro. La data del rientro definitivo viene determinata in base agli orari dei primi mezzi utilizzabili, da parte dei Presidenti, per il rientro stesso. Qualora si siano utilizzati mezzi propri, la data di partenza dalla residenza e quella di rientro definitivo dovranno risultare da apposita dichiarazione dell'interessato. Qualora qualcuno di essi presenti, a dimostrazione della propria residenza, un certificato di servizio rilasciato dall'amministrazione di appartenenza nel quale non sia espressamente menzionata, oltre alla sede di servizio, l'effettiva residenza, essa deve risultare da una esplicita dichiarazione rilasciata dall'interessato, sotto la sua personale responsabilità. I Comuni debbono astenersi dal liquidare i rimborsi delle spese di viaggio in

tutti i casi di impossibilità di accertare il diritto al rimborso stesso ovvero di incompletezza della documentazione formale, specie per quanto attiene alle dichiarazioni che, come sopra detto, debbono rilasciare i Presidenti dei seggi. Sono esenti da ritenuta e da contribuzione previdenziale i rimborsi delle spese di viaggio, anche se corrisposti sotto forma di indennità chilometrica previsti dall'art. 12 della citata l. n. 836 del 1973. **(Circolare Finanza Locale n. 7/2014).**

«..... GA.....»

#### **RELAZIONE DI FINE MANDATO: GLI ENTI LOCALI INTERESSATI DAL PROSSIMO TURNO ELETTORALE, SONO TENUTI A CONSIDERARE L'ESERCIZIO 2013 COME ULTIMO ANNO DELLA RELAZIONE, PUR IN MANCANZA DELL'AVVENUTA APPROVAZIONE DEL RENDICONTO DI GESTIONE**

Il Ministero dell'Interno precisa che l'ultimo anno da considerare nella predisposizione della relazione di fine mandato - da redigere non oltre il sessantesimo (alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 16 del d.l. 16/2014 al D. lgs 149/2011) 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 della Finanza Locale del 16.4.2014).**

«..... GA.....»

#### **FUNZIONE PUBBLICA: LA PRIORITÀ**

## DI CITTADINI ED IMPRESE, SEMPLIFICARE FISCO ED EDILIZIA

*Semplificazione Fisco ed edilizia è questa la priorità di cittadini ed imprese nei risultati della consultazione telematica sulle "100 procedure più complicate da semplificare" Alla consultazione (organizzata in collaborazione con la Conferenza delle Regioni, l'ANCI e l'UPI) hanno partecipato circa 2000 tra cittadini e imprese, inviando contributi e storie che offrono uno spaccato di straordinario interesse per l'analisi della complicazione burocratica in Italia. Il rapporto presenta, inoltre, una vera e propria classifica delle complicazioni burocratiche. In cima alla graduatoria delle complicazioni, sia per cittadini che per le imprese, appaiono il fisco e l'edilizia. Seguono, per i cittadini, l'accesso ai servizi sanitari, le procedure per i diversamente abili e gli adempimenti in materia di lavoro e previdenza. Per le imprese le ulteriori insidie burocratiche vengono dalle autorizzazioni per l'avvio delle attività di impresa, dal DURC e dalla documentazione da presentare per la partecipazione agli appalti e dagli adempimenti formali in materia di sicurezza del lavoro. Questi risultati rappresentano per il Governo una base conoscitiva indispensabile per avviare una nuova politica di semplificazione, in grado di rispondere alle domande di cittadini e imprese. La Funzione Pubblica sul punto precisa che sarà predispesa l'agenda per la semplificazione, condivisa con le Regioni e gli Enti Locali: per ciascuna delle priorità indicate dai cittadini e dalle imprese saranno individuati obiettivi, risultati attesi, tempi e responsabilità per realizzarli. Infine massima trasparenza: lo stato di avanzamento degli interventi di semplificazione sarà verificabile sulle pagine web del Dipartimento della Funzione Pubblica (**Rapporto "Semplificazione: cosa chiedono i cittadini e le imprese" della Funzione Pubblica del 16.4.2014**).*

«..... GA.....»

**ANAC: I PROBLEMI DENUNCIATI ALLA FUNZIONE PUBBLICA E LE PROPOSTE DI SEMPLIFICAZIONE PER ANTICORRUZIONE, TRASPA-**

## RENZA E PERFORMANCE

*L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha predisposto e trasmesso al Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione un documento in cui sono riportati i problemi aperti in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza e performance e proposte di semplificazione nel quale peraltro si evidenziano le proposte di semplificazione in materia visualizzabili cliccando su "Accedi al Provvedimento". Per quanto attiene invece alle problematiche, l'Anac precisa che: "1. L'art. 16, co. 3 del d. lgs. n. 39/2013 come modificato dal d.l. n. 69/2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 98/2013, ha trasferito al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione le funzioni consultive relativamente al d.lgs. 39/2013, originariamente di competenza dell'Autorità. Di conseguenza, numerose questioni sollevate da pubbliche amministrazioni ed enti in ordine all'applicazione dell'art. 3 in tema di inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione sono in attesa da tempo di essere risolte con direttive o circolari del Ministro. 2. Sempre con riferimento al d. lgs. n. 39/2013, come già evidenziato nel Rapporto sul primo anno di attuazione della l. n. 190/2012, sarebbe opportuno un intervento legislativo per risolvere l'asimmetria tra le situazioni di inconferibilità e incompatibilità previste per i dirigenti statali e quelli di amministrazioni regionali e locali e di società in controllo pubblico presenti nel d.lgs. n. 39/2013. Inoltre, va segnalato il diverso ambito di applicazione della disciplina del d.lgs. n. 39/2013 al presidente e ai componenti dei consigli di amministrazione degli enti e delle società privi di deleghe rispetto a quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013. 3. Attenzione particolare merita il problema dell'applicazione della normativa in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione alle società partecipate da Pubbliche Amministrazioni o in controllo pubblico. In generale, vanno chiariti i profili di applicazione della l. 190/2012, stante la genericità delle previsioni normative al riguardo, e i continui tentativi, promossi da più parti, per rimanere al di fuori dell'ambito di applicazione. E' indicativo, al riguardo, il ricorso*



straordinario presentato dalla SEA Spa per l'annullamento del Piano Nazionale Anticorruzione nella sua interezza o, in subordine, nelle parti in cui indica le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni o da queste controllate ex art. 2359 del Codice civile, non in house, quali destinatari dei suoi contenuti e di ogni altro atto o provvedimento presupposto non conosciuto. In proposito, come già comunicato al Ministro dell'epoca, per garantire la più ampia dialettica sull'argomento, l'Autorità ha invitato l'Avvocatura dello Stato a richiedere il passaggio alla sede giurisdizionale davanti al TAR del Lazio. Sempre con riferimento alle società partecipate dalle P.A. o in controllo pubblico, alcuni aspetti della circolare n. 1/2014 "Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012 n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33: in particolare, gli enti economici e le società controllate e partecipate" destano preoccupazione in quanto forniscono un'interpretazione che limita l'ambito soggettivo di applicazione delle norme sulla trasparenza a un settore che, come testimoniato anche da recenti fatti di cronaca, dovrebbe essere, invece, oggetto di particolare attenzione nelle politiche di prevenzione. Alcuni di questi contenuti offrono interpretazioni difformi rispetto a posizioni già espresse dall'Autorità che sarebbe necessario approfondire in un apposito tavolo tecnico. Il superamento delle criticità rilevate è, infatti, presupposto indispensabile per l'attività di vigilanza dell'Autorità e per l'adozione dei provvedimenti previsti ai sensi della legge n. 190/2012, in particolare l'art. 1 c.3, e del decreto legislativo n. 33/2013. Nelle more della costituzione del tavolo tecnico, l'Autorità ha, quindi, deciso di sospendere i riscontri e i controlli sull'assolvimento degli obblighi di trasparenza da parte delle società partecipate al fine di non ingenerare ulteriori incertezze applicative. Proprio l'esperienza maturata con riferimento alla circolare prima richiamata, dei cui contenuti l'Autorità è venuta a conoscenza solo con la pubblicazione sul sito istituzionale del Ministero, mette in evidenza la necessità di definire modalità di coordinamento tra le attività del Ministero e

l'A.N.AC, naturalmente nel rispetto delle prerogative di ciascuno. Tale coordinamento è necessario per l'efficace attuazione della normativa anticorruzione, per evitare condizioni di incertezza alle amministrazioni ed eventuale contraddittorietà di indirizzi e per facilitare i flussi informativi senza pregiudicare l'attività di vigilanza dell'A.N.AC. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è preoccupante che, a distanza di due mesi dalla scadenza del termine per l'adozione e la trasmissione al Dipartimento della Funzione pubblica dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, l'Autorità non sia stata ancora messa in condizione di accedere ai relativi dati per l'esercizio della doverosa attività di vigilanza. Pertanto, è urgente la definizione di modalità di accesso da parte dell'ANAC alla banca dati "Perla PA" e/o di modalità alternative di acquisizione delle informazioni; la condivisione con il Dipartimento dei contenuti delle schede di monitoraggio intermedio e di consuntivo, relativamente all'implementazione delle misure previste nei Piani triennali di prevenzione della corruzione; la progettazione delle linee di intervento per l'integrazione e l'aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione, previsti per settembre 2014. 4. Sulla base dell'esperienza maturata nell'applicazione del d.lgs. n. 150/2009 e nel primo anno di attuazione della l. n.190/2012 nonché delle difficoltà applicative segnalate dai destinatari, l'Autorità ha definito una proposta di interventi di semplificazione della normativa in materia di trasparenza prevenzione della corruzione e performance coerente con l'obiettivo di assicurare efficienza, efficacia ed economicità all'azione pubblica. 5. Nel contempo, è importante un intervento di sensibilizzazione sulle amministrazioni centrali per superare le criticità connesse alla effettiva attuazione della valutazione individuale, in collegamento con gli obiettivi di performance organizzativa, passaggio indispensabile per il miglioramento della qualità e dell'efficienza dell'azione pubblica. La valutazione può costituire, infatti, uno strumento importante per promuovere la riorganizzazione dell'amministrazione, anche attraverso nuove politiche retributive e di reclutamento mirate. La conclusione del ciclo della performance

2012 ha messo in evidenza che la valutazione dei dirigenti (di prima e seconda fascia) è divenuta una prassi generalizzata in tutte le amministrazioni, ma è preoccupante che, nella gran parte dei casi (ad eccezione degli enti previdenziali) la quasi totalità dei dirigenti abbia conseguito una valutazione non inferiore al 90% del livello massimo atteso. Appare fortemente critico il legame tra gli esiti della valutazione individuale e le forme di incentivazione premiale previste, spesso legate alle modalità ed alle procedure dagli accordi contrattuali pre-riforma. Inoltre, la valutazione del personale non dirigente è ancora in una fase molto iniziale (**Comunicato ANAC del 15.4.2014**).

«..... GA.....»

#### **ELEZIONI AMMINISTRATIVE: AL VOTO DI MAGGIO 4106 I COMUNI**

Il Ministero dell'Interno rende noto l'elenco dei Comuni che andranno al voto nel mese di maggio. I primi ad andare al voto il 4 maggio saranno gli 11 comuni del Trentino-Alto Adige. Poi, il 25 maggio i restanti 4095 comuni tra cui 27 capoluoghi. Si vota il 4.5. in 11 comuni del Trentino-Alto Adige e il 25 maggio in 4095 comuni delle regioni a statuto ordinario, del Friuli Venezia Giulia, della Sicilia e della Sardegna. I comuni interessati alle consultazioni elettorali del 25 maggio prosimo relative alla elezione del sindaco e del consiglio comunale sono 3908 nelle regioni a statuto ordinario, 131 in Friuli Venezia Giulia, 37 in Sicilia e 19 in Sardegna. I dati sono stati forniti dalla Direzione centrale dei servizi elettorali. I capoluoghi di provincia chiamati ad eleggere il sindaco e il consiglio comunale sono ventisette: Biella, Verbanico-Cusio-Ossola, Vercelli, Bergamo, Cremona, Pavia, Padova, Ferrara, Forlì-Cesena, Modena, Reggio Emilia, Firenze, Livorno, Prato, Perugia, Terni, Ascoli Piceno, Pesaro e Urbino, Pescara, Teramo, Campobasso, Bari, Foggia, Potenza, Caltanissetta, Sassari, Tortolì (**Comunicato del Ministero dell'Interno dell'11.4.2014**).

«..... GA.....»

#### **FABBISOGNI STANDARD: TERMINI PER LA RESTITUZIONE DEL QUESTIONARIO UNICO PER LE PROVINCE DELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO AI FINI DEL MONITORAGGIO DELLA FASE APPLICATIVA E DELL'AGGIORNAMENTO**

E' stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 83 del 9.4.2014 il decreto del MEF recante "Comunicazione della data in cui e' reso disponibile sul sito internet della Soluzioni per il Sistema Economico - SOSE S.p.A., il questionario unico per le province delle regioni a statuto ordinario ai fini del monitoraggio della fase applicativa e dell'aggiornamento dei fabbisogni standard". In particolare l'art. 1 del decreto prevede che "E' reso disponibile sul sito internet della Soluzioni per il Sistema Economico - SOSE S.p.A., all'indirizzo <https://opendata.sose.it/fabbisognistandard>, il questionario di cui all'art. 5, co. 1, lett. c), del d.lgs. 26.11.2010, n. 216, denominato FP10U - Questionario unico per le province, per le province delle regioni a statuto ordinario. 2. Il questionario di cui al comma 1 e' restituito alla Soluzioni per il Sistema Economico - SOSE S.p.A., da parte delle province delle regioni a statuto ordinario, interamente compilato con i dati richiesti e sottoscritto sia dal legale rappresentante che dal responsabile economico finanziario dell'ente. 3. La restituzione del questionario dovrà avvenire entro sessanta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione del Presente provvedimento nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana mediante invio a mezzo telematico, secondo le modalità che saranno rese note nel sito informatico di cui al comma 1. In caso di mancato rispetto del termine di cui al periodo precedente, si applica la sanzione di cui all'art. 5, co. 1, lett. c), del d.lgs. 26.11.2010, n. 216, secondo la procedura stabilita dall'Accordo sancito dalla Conferenza Stato-città e autonomie locali nella seduta del 24.4.2014 (**Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12.3.2014 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 83 del 9.4.2014**).

«..... GA.....»



## **SCUOLA: IN G.U. IL DECRETO LEGGE PER GARANTIRE IL REGOLARE SVOLGIMENTO DEL SERVIZIO SCOLASTICO**

Con d.l. del 7.4.2014, n. 58 recante "Misure urgenti per garantire il regolare svolgimento del servizio scolastico", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.82 del 8.4.2014, si è provveduto da un lato - in considerazione dell'annullamento giurisdizionale, della procedura concorsuale a posti di dirigente scolastico, di cui al decreto direttoriale del 13.7.2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - 4ª serie speciale - n. 56 del 15.7.2011 - ad assicurare la continuità dell'esercizio delle funzioni dirigenziali, in via transitoria e nelle sedi di assegnazione, dai soggetti già dichiarati vincitori delle medesime procedure concorsuali e, dall'altro, consentire la regolare conclusione dell'anno scolastico in ambienti in cui siano garantite idonee condizioni igienico-sanitarie, nelle regioni in cui non è ancora attiva la convenzione-quadro Consip per l'affidamento dei servizi di pulizia e altri servizi ausiliari, prevedendo che dal 1.4.2014 e comunque fino a non oltre il 31.8.2014, le istituzioni scolastiche ed educative provvedono all'acquisto dei servizi di pulizia ed ausiliari dai medesimi raggruppamenti e imprese che li assicurano alla data del 31.3.2014. **(Decreto Legge 58/2014 pubblicato sulla G.U. n. 82 del 8.4.2014).**

«..... GA.....»

## **WHISTLEBLOWER: IL NUOVO MODELLO PER DENUNCIARE ILLECITI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

La Funzione Pubblica ha elaborato un modello, scaricabile cliccando su *Accedi al Provvedimento* che devono utilizzare i dipendenti ed i collaboratori che intendono segnalare situazioni di illecito (fatti di corruzione ed altri reati contro la pubblica amministrazione, fatti di supposto danno erariale o altri illeciti amministrativi) di cui sono venuti a conoscenza nell'amministrazione. Nel modello, peraltro, si precisa che l'ordinamento tutela i dipendenti che effettuano la segnalazione di illecito in quanto la legge e il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) prevedono che: • l'amministrazione ha l'obbligo di predisporre dei sistemi di tutela della riservatezza circa l'identità del segnalante; • l'identità del segnalante deve essere protetta in ogni contesto successivo alla segnalazione. Nel procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata senza il suo consenso, a meno che la sua conoscenza non sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato; • la denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 ss. della l. 7.8.1990, n. 241; • il denunciante che ritiene di essere stato discriminato nel lavoro a causa della denuncia, può segnalare (anche attraverso il sindacato) all'Ispettorato della funzione pubblica i fatti di discriminazione. Per ulteriori approfondimenti, è possibile consultare il P.N.A. **(Comunicato della Funzione Pubblica del 7.4.2014).**

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALL'INOSSERVANZA DEL TERMINE DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: LA DOPPIA FORMA DI RISTORO CONSEGUIBILE DAL PRIVATO

della Dott.ssa Cristina Zaccheo

*L'inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta: a) in via generale, il risarcimento del danno ingiusto, qualora – con dimostrazione del nesso di causalità - questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; b) nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il cui titolo sorge (nelle condizioni previste dalla legge) per il solo fatto del superamento del termine e che – ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria - è detratto dalla somme complessivamente riconosciute a titolo di risarcimento.*

Failure to comply the administrative procedural involves: a) In general, the compensation for the unlawful damage, if - with proof of causation - this will achieve the aforesaid negligent or willful disregard of public administration; b) in the cases expressly provided for the payment of an indemnity, the title of which is (under the conditions provided for by law) for the sole reason for the deadline and that - where is concurrent with the distinct compensation for damages - is deducted from the total amounts recognized as compensation.

*Sommario: 1. Premessa; 2. La doppia forma di ristoro: il punto della giurisprudenza; 3. Conclusioni.*

### 1.Premessa.

Com'è noto la legge anticorruzione n. 190 del 2012 ha generalizzato l'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo con un provvedimento espresso<sup>1</sup>.

Con l'art. 1, co. 38 della legge citata è stato aggiunto un secondo periodo al primo comma dell'art. 2 della l. 241/90 secondo cui: *“Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.”* L'innovazione legislativa non è di poco conto ed è il risultato degli impulsi giurisprudenzia-

li in *subiecta materia*<sup>2</sup>. Da sempre dottrina e giurisprudenza non hanno mancato di sottoli-

<sup>2</sup> *Ex multis* TAR, Sa, Sez. II, 8.3.2012, n. 453 ad avviso del quale: *“E' illegittimo il silenzio serbato da comune sulla richiesta di attribuzione del numero civico e di denominazione della strada in cui è ubicato l'immobile di proprietà del ricorrente. Il silenzio della p.a. e, in particolare, l'omissione di provvedimento acquista rilevanza come ipotesi di silenzio – rifiuto, attraverso il relativo, caratteristico procedimento, quando la medesima si sia resa inadempiente, restando inerte, ad un obbligo di provvedere. Pertanto, a prescindere dall'esistenza di una specifica disposizione normativa impositiva, l'obbligo di provvedere sussiste in tutte quelle ipotesi in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) di quest'ultima.”* Nei medesimi termini si veda TAR, Puglia, Le, Sez. I, 25.1.2012, n. 96; nel senso che l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso e mo-

<sup>1</sup> Art. 1, co. 38 della l. n. 190 del 6.11.2012.



neare che la *ratio* della previsione di cui all'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo riposa in definitiva sui principi costituzionali di legalità e buon andamento. Sul punto autorevole dottrina<sup>3</sup> ha sostenuto che la legalità non costituisce più soltanto l'argine predisposto dall'ordinamento contro l'uso sconsiderato del potere, *“ma diventa anche e soprattutto affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere e di esercitarlo in tempo utile (o se si vuole ragionevole)”*; quanto al buon andamento è evidente che la nozione discende dalle esigenze di un'amministrazione di risultato.

L'assunto trova puntuale conferma nell'art. 2 da cui è facile desumere il principio della doverosità amministrativa. Principio, peraltro, già affermato espressamente dalla giurisprudenza a partire dalla nota pronuncia sul caso Longo<sup>4</sup>. La dottrina<sup>5</sup> ha, inoltre, individuato quattro declinazioni del principio in parola: - doverosità dell'esercizio del potere (e quindi di avviare il procedimento); - doverosità della conclusione del procedimento; - doverosità dell'assunzione (e quindi consumazione del potere); - doverosità della soddisfazione delle pretese vantate dagli amministratori, ove legittime e fondate, tematica che assume specifico rilievo laddove si tratta di verificare se la violazione dell'obbligo di cui all'art. 2 rilevi sempre e comunque ai fini del risarcimento del danno da ritardo ovvero se tale danno possa dirsi prodotto soltanto nel caso in cui l'inerzia della p.a. comporti la mancata o ritardata attribuzione di un bene spettante<sup>6</sup>. In altre parole, ci si è chiesti se per

ottenere un risarcimento del danno da omessa o tardiva conclusione del procedimento è sufficiente il mero ritardo ovvero è necessario un accertamento prognostico circa la fondatezza sostanziale della pretesa azionata. La prima delle due opzioni risulta preferibile, anche alla luce del robusto filone giurisprudenziale<sup>7</sup> in materia di appalti nell'ambito del quale il fattore *“tempo”* assume particolare rilevanza.

Orbene, come si vedrà nel prosieguo, se la discussione circa la rilevanza del fattore tempo sul conseguimento del risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* è ancora aperta, è pacifico, invece, che il danno da ritardo c.d. *mero* trova con certezza ristoro attraverso l'istituto dell'indennizzo di cui al comma 1-bis dell'art. 2 *bis* della l. 241/90 introdotto dall'art. 28 del d.l. n. 69/2013.

Dunque, il principio per cui il procedimento che consegue ad un'istanza del privato debba concludersi con un provvedimento espresso e motivato *incontra*, ad avviso della dottrina<sup>8</sup>, delle eccezioni: in caso di un'istanza indifferenziata rispetto a quella di tutti gli altri cittadini, come nell'ipotesi in cui la richiesta riguardi il completamento, da parte dell'amministrazione, delle opere di urbanizzazione<sup>9</sup>; laddove l'istanza riguardi l'esercizio di poteri di autotutela<sup>10</sup>; in caso istanze reiterate con lo stesso contenuto in assenza di un mutamento della situazione di fatto o di diritto<sup>11</sup>; laddove l'istanza riguardi l'estensione *ultra partes* del giudicato<sup>12</sup>; e infine, laddove l'istanza si palesi come manifestamente infondata<sup>13</sup>.

---

tivato può discendere solo dalla legge o da un atto di natura regolamentare cfr. TAR, Liguria, Ge, Sez. II, 31.5.2011, n. 872.

<sup>3</sup> BENVENUTI, Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva. Venezia, 1994.

<sup>4</sup> CdS, IV, 22.8.1902.

<sup>5</sup> POLICE, Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento, in Codice dell'azione amministrativa, a cura di SANDULLI, Milano, 2010, 66 e ss.

<sup>6</sup> In questo senso TAR Lazio, Rm, Sez. II, 5.1.2011, n. 28 e più recente TAR Lazio, Rm, Sez. II, 24.1.2012, n.762 secondo cui: *“il danno da ritardo, dunque, presuppone pur sempre la lesione di un “diverso” – rispetto al tempo – bene giuridicamente protetto, ponendosi il fattore temporale quale mero nesso causale tra fatto e lesione. In tale prospettiva, se da un lato non è risarcibile il danno da mera “perdita di tempo” – non*

---

*riconoscendosi nel fattore “tempo” un bene della vita meritevole di autonoma dignità e tutela – non può negarsi che il tempo possa costituire la causa di ulteriori e differenti danni rispetto al bene della vita oggetto di accertamento da parte della amministrazione”.*

<sup>7</sup> *Ex multis* TAR Lazio, Rm, Sez. III, 9.12.2010, n. 35787.

<sup>8</sup> AULETTA, Il danno da ritardo: è possibile il suo risarcimento indipendentemente dalla spettanza dell'utilità finale?, in Rivista Nel Diritto, 2012.

<sup>9</sup> In questi termini TAR Lazio, Rm, Sez. II, 4.5.2011, n. 3838.

<sup>10</sup> Sul punto la giurisprudenza è costante *ex multis* CdS, VI, 6.7.2010, n. 4308.

<sup>11</sup> CdS, IV, 20.11.2000, n.3921.

<sup>12</sup> In questo senso TAR Campania, Na, 8.6.2011, n. 3006.

<sup>13</sup> TAR Puglia, Le, 10.6.2011, n. 1041.

Tuttavia, le descritte eccezioni hanno subito un forte ridimensionamento in ragione dell'innovazione legislativa avvenuta con l. n. 190/2012 di cui si è detto. È indubbio che attualmente il principio di tempestiva espressività dell'azione amministrativa è, corollario dei più generali principi di correttezza e buona amministrazione e dall'esigenza di *“non frustrare la legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano)”*<sup>14</sup> dell'amministrazione.

Ecco, quindi, che nasce l'istituto dell'indennizzo per mero ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo<sup>15</sup>. Indennizzo che, come si vedrà nel prosieguo, si atteggia a conseguenza di una responsabilità oggettiva e per atto lecito della pubblica amministrazione. Tanto in considerazione che la spettanza dell'indennizzo prescinde totalmente dalla verifica (prognostica) della fondatezza della pretesa azionata dal privato e dall'elemento soggettivo in capo alla p.a. precedente.

## 2. La doppia forma di ristoro: il punto della giurisprudenza

Chiarita l'importanza dei principi di doverosità ed espressività dell'azione amministrativa costituzionalmente garantiti dall'art. 97 della Carta Costituzionale nonché riconosciuti dall'art. 41 della Carta di Nizza è bene ora affrontare la tematica della doppia strada di tutela che il legislatore, attraverso il d.l. 69/2013, ha voluto riconoscere al privato la cui istanza è stata frustrata dall'inerzia della PA..

E' recentissima una sentenza del Consiglio di Stato<sup>16</sup> nella quale il Supremo Consesso fa il punto sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo, con specifico riferimento alla doppia forma di ristoro economico conseguibile dal privato (risarcimento del danno ingiusto e indennizzo da ritardo).

In chiave normativa, il Consiglio rammenta dapprima che, ai sensi dell'art. 2 *bis*, co. 1, della L. n. 241/1990, le pubbliche amministrazioni (e gli altri soggetti indicati) “sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto, cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”. Il successivo comma 1-bis, introdotto dall'art. 28 d.l. n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013, prevede, nei soli procedimenti ad istanza di parte, e con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, il riconoscimento di un indennizzo, nei modi e alle condizioni successivamente stabiliti<sup>17</sup>, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

Ebbene, interpretando il richiamato dato normativo, il Consiglio sottolinea che la norma di cui al co. 1 non collega l'ipotesi risarcitoria al mero superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo (senza che sia intervenuta l'emanazione del provvedimento finale), ma pone l'inosservanza del termine normativamente previsto come presupposto causale del danno ingiusto eventualmente cagionato “in conseguenza” dell'inosservanza dolosa o colposa di detto termine.

Tale interpretazione risulta poi ulteriormente avvalorata dalla espressa previsione del successivo co. 1 *bis*, con il quale il legislatore ha voluto, per casi determinati, prevedere (non già il risarcimento del danno ma) il riconoscimento di un indennizzo per i casi di inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

In definitiva, il Consiglio evidenzia che l'inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta: in generale, il ri-

<sup>17</sup> Art. 28, co. 1, d.l. 69 del 21.6.2013: “La pubblica amministrazione procedente o quella responsabile del ritardo e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 *ter*, della l. 7.8.1990, n. 241, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo iniziato ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, corrispondono all'interessato, a titolo di indennizzo per il mero ritardo, una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo con decorrenza dalla data di scadenza del termine del procedimento, comunque complessivamente non superiore a 2.000 euro.”.

<sup>14</sup> CLARICH, Termine del procedimento e potere amministrativo, Torino, 1995.

<sup>15</sup> Art. 2 *bis*, co. 1 *bis* della l. 241/1990.

<sup>16</sup> CdS, IV, 22.5.2014, n. 2638.



sarcimento del danno ingiusto, qualora - con dimostrazione del nesso di causalità - questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il titolo a ricevere il quale (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che - ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria - è detratto dalla somma complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo.

In ogni caso, avverte conclusivamente il Consiglio, ambedue le ipotesi, e segnatamente quella del risarcimento del danno ingiusto, nel considerare l'inosservanza di un termine per la conclusione di un procedimento, presuppongono appunto che si verta nell'ambito di un procedimento amministrativo, non potendo le norme applicarsi a casi di attività della pubblica amministrazione diversa da quella procedimentalizzata: deve quindi trattarsi di un'attività caratterizzata dalla presenza di un potere amministrativo da esercitare e (di norma) destinata a concludersi con l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

Con riguardo al rimedio indennitario è bene, inoltre, chiarire quanto previsto dal comma 2 dell'art. 28 del d.l. 69/2013 secondo cui: *“Al fine di ottenere l'indennizzo, l'istante è tenuto ad azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 2, co. 9 bis, della l. n. 241 del 1990 nel termine decadenziale di sette giorni”*. Per ottenere l'indennizzo, quindi, il privato dovrà attivare il potere sostitutivo dell'organo dirigenziale competente all'esercizio del potere autoritativo (previsto dal co. 9 bis dell'art. 2 l. 241/90) entro il termine di sette giorni. Se detto potere non viene attivato entro il termine indicato non sarà possibile ottenere l'indennizzo. Pertanto, il ristoro economico sarà conseguito solo se all'inerzia del responsabile del procedimento si è aggiunta quella del dirigente competente.

Altra importante previsione relativa al ristoro indennitario in esame è quella contenuta al comma 6 dell'art. 28 del d.l. 69/2013 il quale stabilisce che: *“Se il ricorso è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al*

*procedimento, il giudice, con pronuncia immediatamente esecutiva, condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due volte a quattro volte il contributo unificato.”*. La manifesta infondatezza della pretesa è rilevante, quindi, atteso che non solo esclude il ristoro indennitario, ma espone l'istante al rischio di una condanna al pagamento di somma di denaro a favore della pubblica amministrazione.

Relativamente alla tutela risarcitoria, infine, giova dare conto di una recente pronuncia<sup>18</sup> dei Giudici di Palazzo di Spada che si sofferma sul danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole. Il Consiglio spiega che il termine previsto dall'art. 2 della l. n. 241/1990 per l'adozione di provvedimenti amministrativi ha natura ordinatoria e non perentoria: pertanto, l'inosservanza da parte dell'amministrazione non esaurisce il potere di provvedere né determina di per sé l'illegittimità dell'atto adottato fuori termine (principio già affermato da CdS, VI, n. 8371 1.12.2010).

Ciò posto, si osserva che la richiesta di accertamento del danno da ritardo ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole, se da un lato deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere, dall'altro, in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, costituisce una fattispecie sui generis, di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità. Di conseguenza, l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda.

Più nel dettaglio si rileva che, nel caso di danno da ritardo della PA., occorre verificare la sussistenza sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale),

<sup>18</sup> CdS, IV, 10.6.2014, n. 2964.

sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante): pertanto, il mero “superamento” del termine fissato *ex lege* o per via regolamentare alla conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo, ma non integra “piena prova del danno”.

Invero, la valutazione è di natura relativistica e deve tenere conto sia della specifica complessità procedimentale, che di eventuali condotte dilatorie dell’amministrazione.

La domanda di risarcimento del danno da ritardo, azionata ex art. 2043 c.c., può essere quindi accolta dal giudice solo se l’istante dimostri che il provvedimento favorevole avrebbe potuto o dovuto essergli rilasciato già ab origine e che sussistono tutti i requisiti costitutivi dell’illecito aquiliano, tra i quali elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa in capo alla pubblica amministrazione.

Così opinando, si conclude nel senso che non sussiste il danno da ritardo nel caso in cui non sia ravvisabile alcuna colpa nell’operato dell’amministrazione e la tempistica proce-

dimentale consenta agevolmente di escludere un atteggiamento dilatorio in capo alla PA.

Peraltro, il mero ritardo nell’adozione di un provvedimento amministrativo non può far presumere di per sé la sussistenza di un danno risarcibile, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda.

### 3. Conclusioni.

In definitiva può concludersi nel senso che l’inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta: a) in via generale, il risarcimento del danno ingiusto, qualora - con dimostrazione del nesso di causalità - questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; b) nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il cui titolo sorge (nelle condizioni previste dalla legge) per il solo fatto del superamento del termine e che - ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria - è detratto dalla somme complessivamente riconosciute a titolo di risarcimento.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V 16.6.2014, n. 3033

**Elezioni - consiglieri provinciali – autenticazione firme relative alle operazioni elettorali per l'elezione dei sindaci ed il rinnovo dei consigli dei comuni della provincia - i consiglieri comunali hanno analoga legittimazione per le elezioni del sindaco ed il rinnovo del consiglio del loro comune.**

*Il Consiglio di Stato con la sentenza in esame supera il proprio precedente orientamento sancito con la sentenza n. 8.5.2013, n. 2501, secondo la quale per i consiglieri comunali e provinciali sussisterebbe, oltre a quello territoriale, l'ulteriore limite della "pertinenza della competizione elettorale", nel senso che la norma in esame attribuirebbe il potere di autenticazione a tali organi politici solo per le elezioni dell'Ente al quale essi appartengano. Pronuncia che risulta isolata e già smentita da ulteriori sentenze emesse da questa Sezione (cfr. CdS, V, 13.2.2014, n. 716; Id., 16.4.2014, n. 1885) Sul punto ha richiamato i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria che con la sentenza n. 22/2013, ha chiarito che: "I pubblici ufficiali menzionati nell'art. 14 l. 21.3.1990 n. 53 (e nella specie nell'art. 18 L. reg. Trentino Alto Adige 8.8.1983 n. 7) compreso il giudice di pace, sono titolari del potere di autenticare le sottoscrizioni delle liste di candidati esclusivamente all'interno del territorio di competenza dell'ufficio di cui sono titolari o ai quali appartengono". Ossia ha affermato che il potere di autenticazione previsto dal citato art.14 a favore dei pubblici è strettamente connesso al territorio di competenza dell'ufficio di cui sono titolari o al quale appartengono. Tanto in ragione del fatto che: a) l'individuazione della norma di alcune categorie di soggetti, che in veste di pubblici ufficiali sono deputati ad offrire fede privilegiata all'attestazione da loro proveniente, implica un rinvio allo statuto previsto per ciascuna categoria; b) i limiti alla competenza territoriale dell'ufficio di appartenenza integrano un elemento costitutivo della fattispecie autorizzatoria; c) l'art. 2699 c.c. prevede un vincolo espresso tra pubblico ufficiale e sede di*

*svolgimento della sua funzione; d) il successivo art. 2701 c.c. esclude che il documento formato da pubblico ufficiale incompetente abbia efficacia di fede privilegiata; e) la ratio della norma è quella di facilitare gli elettori e i presentatori delle liste nel rispetto delle esigenze di certezza e di un'ordinata e trasparente raccolta delle sottoscrizioni, assicurate dalla presenza di un collegamento tra pubblico ufficiale e territorio in cui svolge le proprie funzioni. Sulla base di tali premesse, il Collegio ha quindi rilevato che il potere di autenticazione si risolve nell'attestazione del compimento di un'attività materiale, con cui viene certificata l'apposizione della sottoscrizione in presenza del pubblico ufficiale, con immediata trasposizione del risultato di tale percezione in un documento rappresentativo dell'accaduto munito di fede privilegiata, come avviene per gli atti pubblici. Pertanto, poiché il Consigliere provinciale svolge le proprie funzioni all'interno dell'intero territorio provinciale e considerato che il testo dell'art. 14 non offre alcuna indicazione nel senso di ritenere che possa desumersi la presenza di un ulteriore vincolo di pertinenza tra procedimento elettorale e funzioni del Consigliere provinciale, in contrasto con quella che è la ratio della norma in esame, non può concludersi per l'illegittimità dell'autenticazione operata all'interno del procedimento elettorale relativo ad un Comune che ricada nella Provincia nella quale il Consigliere provinciale esercita le proprie funzioni. Una simile limitazione, infatti, non è giustificata nemmeno da esigenze sostanziali di certezza giuridica ulteriori rispetto a quelli esigibili dall'attività di autentica della sottoscrizione di soggetti diversi dal pubblico ufficiale che vi procede, non sussistendo neppure, nello svolgimento della attività di certificazione, alcuna finalità di controllo (che potrebbe giustificare un irrigidimento delle condizioni necessarie per svolgere tale), consistendo nella mera certificazione da parte del pubblico ufficiale dell'avvenuta apposizione in sua presenza della sottoscrizione da parte di un soggetto identificato. Per le stesse ragioni non*

si può prestare adesione alla tesi sostenuta dagli appellanti secondo la quale un Consigliere provinciale appartenente ad un Collegio diverso da quello in cui si svolge la competizione elettorale, non è legittimato ad esercitare il potere di autentica. Né l'art. 14, della l. n. 53 del 1990, né altra norma prevede, infatti, che il potere di autenticazione del Consigliere provinciale sia collegato in alcun modo al rapporto di mandato che lega il Consigliere eletto con il Collegio elettorale nel quale è stato eletto. Una simile limitazione che comporterebbe una significativa deroga alle funzioni del Consigliere provinciale, che, una volta eletto, assume funzioni esercitabili sull'intero territorio provinciale, necessiterebbe, infatti, di una esplicita limitazione legislativa, che nella fattispecie non risulta sussistere. Deve, pertanto, concludersi che i consiglieri provinciali possono autenticare le firme relative alle operazioni elettorali per l'elezione dei sindaci ed il rinnovo dei consigli dei comuni della provincia, non sussistendo per i primi alcun vicolo derivante dalla pertinenza della competizione elettorale o dalla non estraneità alla stessa, mentre i consiglieri comunali hanno analoga legittimazione per le elezioni del sindaco ed il rinnovo del consiglio del loro comune.

Consiglio di Stato Sez. V 28.5.2014, n. 2773

**Giudizio elettorale - non è consentito al giudice amministrativo di procedere autonomamente - mancanza di una puntuale censura - correzione di tutti gli errori - ancorché materiali.**

Come anche recentemente ribadito dalla Quinta Sezione (17.2.2014, n. 755), nel giudizio elettorale il giudice amministrativo non esercita una giurisdizione di diritto obiettivo e non può rieffettuare alcun calcolo, se non in sede di esame di censure ritualmente proposte. Per quanto i giudizi elettorali rientrano nella giurisdizione tradizionalmente definita "estesa al merito", nella quale cioè al giudice amministrativo sono attribuiti poteri di intervento aggiuntivi ed ulteriori rispetto a quello puramente demolitorio, che è connaturale alla giurisdizione amministrativa di legittimità (CdS, V, 29.10.2012, n. 5504), tuttavia essi, oltre a non presentarsi come espressione di una giurisdizione di diritto obiettivo, non concernono neppure la tutela di diritti soggettivi perfetti, basandosi piuttosto, anche al fine di contemperare tutti gli interessi in conflitto, sul principio di

certezza dei rapporti di diritto pubblico, con la conseguenza che i poteri esercitabili dal giudice sono necessariamente circoscritti nell'ambito costituito dall'oggetto del giudizio, così come delimitato dal ricorrente attraverso la tempestiva indicazione degli specifici vizi da cui sono affette le operazioni elettorali e, in particolare, dell'atto di proclamazione degli eletti che le conclude (CdS, V, 28.9.2005, n. 5201; 6.7.2002, n. 3735). Poiché pertanto non è consentito al giudice amministrativo di procedere autonomamente, in mancanza di una puntuale censura, alla correzione di tutti gli errori, ancorché materiali, che possano emergere dal giudizio (CdS, V, 6.7.2002, n. 3735), non avendo l'originario ricorrente, all'esito della verifica disposta, proposto motivi aggiunti (malgrado la espressa riserva formulata nel ricorso introduttivo del giudizio), onde estendere le censure di illegittimità del verbale di proclamazione degli eletti anche nella parte in cui i voti spettanti alla lista San Nicandro 2.0 nella sezione elettorale n. 9 erano in realtà 33 e non 32, il tribunale non avrebbe potuto autonomamente attribuire tale ulteriore voto, mancando al riguardo una specifica censura ed una corrispondente specifica domanda giudiziale (né potendo a tanto essere sufficiente quella contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio).

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2726

**"Con salvezza dei diritti dei terzi" - clausola di stile utilizzata nei provvedimenti - non si esclude che già in sede di procedimento amministrativo debba aversi riguardo alle situazioni di contrasto tra privati e ove possibile consentire accomodamenti e soluzioni.**

Sulla clausola "con salvezza del diritto dei terzi", la Quinta Sezione del Consiglio di Stato precisa che normalmente apposta agli atti autorizzatori, alla stregua di clausola di stile, al di là delle diatribe dottrinarie sull'effettiva portata, seppure implichi sicuramente la irrilevanza della conformità dell'atto dal punto di vista pubblicistico nei rapporti tra privati, la cui tutela è assicurata dal diritto ad ottenere la tutela ripristinatoria (invero, la clausola "fatti salvi i diritti dei terzi", da un punto di vista generale e secondo l'interpretazione dell'atto amministrativo alla stregua dei canoni civilistici, potrebbe operare addirittura quale condizione risolutiva dell'atto amministrativo espansivo di facoltà dei privati, comportandone ipso iure l'inefficacia, ove la lesione del diritto dei terzi



sia accertata da sentenza passata in giudicato), non esclude che già in sede di procedimento amministrativo debba aversi riguardo alle situazioni di contrasto tra privati e ove possibile consentire accomodamenti e soluzioni, ove gli interessi privati contrapposti vengano in rilievo e siano portati a conoscenza dell'amministrazione. Invero, in base al principio di legalità che sottende l'attività della pubblica amministrazione, non può essere consentito e rimesso esclusivamente alla deliberazione giurisdizionale, la risoluzione e composizione degli interessi privati che vengano ad essere coinvolti da un'attività della pubblica amministrazione in astratto conforme a legge.

Consiglio di Stato Sez. IV 22.5.2014, n. 2638

**Ritardo della P.A. - conclusione del procedimento amministrativo - risarcimento del danno - indennizzo da ritardo.**

L'art. 2-bis l. 7.8.1990 n. 241, afferma (comma 1) che le pubbliche amministrazioni (e gli altri soggetti indicati) "sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto, cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Il successivo co. 1-bis, introdotto dall'art. 28 d.l. n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013, prevede, nei soli procedimenti ad istanza di parte, e con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, il riconoscimento di un indennizzo, nei modi e alle condizioni successivamente stabiliti, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento. Come appare evidente, la norma di cui al comma 1 non collega l'ipotesi risarcitoria al mero superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo (senza che sia intervenuta l'emanazione del provvedimento finale), ma pone l'inosservanza del termine normativamente previsto come presupposto causale del danno ingiusto eventualmente cagionato "in conseguenza" dell'inosservanza dolosa o colposa di detto termine. Tale interpretazione, chiaramente desumibile dal dettato normativo, è ulteriormente avvalorata dalla espressa previsione del successivo comma 1-bis, con il quale il legislatore ha voluto, per casi determinati, prevedere (non già il risarcimento del danno ma) il riconoscimento di un indennizzo per i casi di inosservanza del termine di conclusione del procedimento. In definitiva, l'inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta: - in generale, il risarcimento del

danno ingiusto, qualora - con dimostrazione del nesso di causalità - questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; - nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il titolo a ricevere il quale (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che - ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria - è detratto dalla somma complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo. Ambedue le ipotesi, e segnatamente (per quel che interessa nella presente sede) quella del risarcimento del danno ingiusto, nel considerare l'inosservanza di un termine per la conclusione di un procedimento, presuppongono appunto che si verta nell'ambito di un procedimento amministrativo, non potendo le norme applicarsi a casi di attività della pubblica amministrazione diversa da quella procedimentalizzata. Vale a dire a quella attività, costituente procedimento amministrativo, caratterizzata dalla presenza di un potere amministrativo da esercitare e (di norma) destinata a concludersi con l'emanazione di un provvedimento amministrativo. Nel caso di specie, il danno richiesto - ed a cui fondamento è posta la violazione dell'art. 2-bis l. n. 241/1990, - consegue al "grave inadempimento delle resistenti" (Agroinvest e Comune di Sarno), "in ordine all'attuazione del PIP del Comune di Sarno". Orbene, appare evidente che, nel caso oggetto della presente controversia, non ricorre alcuna ipotesi di procedimento amministrativo né vi sono provvedimenti da emanare a conclusione del medesimo, trattandosi della (ben distinta) ipotesi di attività materiale (attività di esecuzione ed ultimazione delle opere edilizie di attuazione del Piano Insediamenti Produttivi), conseguente ad affidamento da parte del Comune di Sarno. Il che comporta, a tutta evidenza, l'inapplicabilità dell'art. 2-bis l. n. 241/1990 al caso in esame, quale norma fondante il titolo al risarcimento del danno.

Consiglio di Stato Sez. V 9.5.2014, n. 2389

**Elezioni -autodichiarazioni sull'insussistenza di condizioni di incandidabilità - presentazione "unitamente" alle dichiarazioni di accettazione delle candidature entro le ore 12 del 24esimo giorno antecedente la data della votazione.**

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rigettato l'appello avverso la sentenza con la quale il Giudice di Prime cure ha respinto il ri-

corso proposto contro il provvedimento della Commissione Elettorale Circondariale di Sassari che ha disposto, con riferimento all'elezione del Consiglio comunale di Sassari indetta per il giorno 25.5.2014 di ricusare la lista denominata "Unione dei Democratici Cristiani e Democratici di Centro - UDC Sardegna", collegata al candidato sindaco Rosanna Arru. Il provvedimento impugnato è stato adottato in ragione della tardiva presentazione, da parte di tutti i candidati presenti nelle liste, delle dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 12 del d.lgs n. 235/2012. Le valutazioni che hanno determinato il rigetto dell'appello sono le seguenti: - le autodichiarazioni relative all'insussistenza di condizioni di incandidabilità, prescritte dall'art. 12 del d.lgs. 31.12.2012, n. 235, sono state prodotte in data 27.4.2014, separatamente dalle dichiarazioni di accettazione depositate il precedente 26 aprile, ultimo giorno assegnato dall'art. 32 del d.P.R. 16.5.1960, n. 570 per la presentazione delle liste e dei relativi allegati; -le autodichiarazioni in esame risultano quindi prodotte in violazione sia della prescrizione formale che ne impone la presentazione "unitamente" alle dichiarazioni di accettazione delle candidature sia del termine fissato dall'art. 33 del d.P.R. n. 570/1960 per la presentazione delle liste e dei relativi allegati ("ore dodici del ventinovesimo giorno antecedente la data della votazione"); - detto ultimo termine va considerato perentorio in quanto assolve alla fondamentale funzione di consentire la corretta organizzazione dell'attività preordinata allo svolgimento della competizione elettorale, garantendo che la documentazione indispensabile ai fini della partecipazione sia depositata per tempo onde consentire alla Commissione un corretto e tempestivo governo delle operazioni preliminari alle elezioni; - l'obbligo di esclusione dei candidati per i quali non siano state prodotte dette dichiarazioni è viepiù corroborato dall'esplicita previsione recata in tal senso dall'art. 12, co. 2, del d.lgs n. 235/2012; - non risulta suscettibile di condivisione la tesi secondo cui le dichiarazioni de quibus potrebbero essere presentate, ai sensi dell'art. 12, co. 2, cit, entro il termine previsto per l'ammissione delle liste, in quanto la norma riferisce il termine in esame all'esercizio, da parte della competente Commissione elettorale, del potere di esclusione, non già all'attività imposta ai presentatori della lista ai fini della produzione dei documenti in esame; -non è util-

mente invocabile neanche la facoltà di integrazione contemplata dall'ultimo comma del citato art. 33 del d.lgs. n. 570/1960, riferibile alle sole ipotesi di mere irregolarità relative a documenti comunque presentati in termini e non estensibile alla mancata produzione di documenti richiesti, a pena di esclusione, in sede di presentazione delle liste (cfr., con riguardo all'analogo caso dell'omessa produzione della dichiarazione di cui all'art. 15 della l. 19.3.1990, n. 55, CdS, V 17.5.1996, n. 574, secondo cui detta lacuna implica la nullità insanabile della candidatura incompleta; cfr. anche CdS, V, 3.5.1994, n. 410); - non depone, infine, a sostegno delle doglianze articolate dagli appellanti il richiamo alla sentenza dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato 8.11.1999, n. 23, relativa all'omessa allegazione alla lista dei certificati elettorali dei presentatori, posto che la ratio del decisum, incentrata sul'autonoma acquisibilità di documenti già in possesso dell'amministrazione, non è estensibile al diverso caso della tardiva produzione di un documento che, sulla scorta di un'attività non surrogabile e priva di equipollenti, deve essere formato dal privato e indirizzato all'amministrazione entro un termine perentorio.

Consiglio di Stato Sez. V del 9.5.2014, n. 2395  
**Processo elettorale - inammissibile l'appello depositato oltre le ore 12:00 del secondo giorno dalla pubblicazione della sentenza.**

Nella vicenda giunta all'attenzione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato l'oggetto del giudizio è costituito dal provvedimento di ricusazione di una lista dalla competizione elettorale per il rinnovo del consiglio comunale di Alghua. L'impugnata sentenza ha accolto il ricorso presentato dalla lista esclusa. Le ricorrenti amministrazioni hanno proposto appello con atto depositato presso la segreteria della V sezione, in formato cartaceo, il giorno 8.5.2014 alle ore 16,10. Il Collegio ha rilevato d'ufficio l'irricevibilità dell'appello per essere stato tardivamente depositato, in formato cartaceo, in data 8.5.2014, oltre il termine perentorio di 2 giorni sancito dall'art. 129, co. 8, lett. c), c.p.a. atteso che, anche nello speciale rito elettorale preparatorio, il deposito da eseguirsi a pena di decadenza è quello in formato cartaceo, deposito che deve avvenire, giusta la norma sancita dall'art. 4, coo. 1, 3 e 4, disp. att. cod. proc. amm., in conformità all'orario di apertura al pubblico della segreteria del Consiglio di Stato



stabilito con decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 83 del 20.9.2010 fermo restando, in ogni caso, l'onere di "...depositare gli atti in scadenza sino alle ore 12.00 dell'ultimo giorno consentito" (cfr., negli esatti termini, fra le tante CdS, V, 11.5.2013, n. 2570; sez. V, 11.2.2013, n. 787, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 129, co. 6 e 9, c.p.a.).

Consiglio di Stato Sez. V 28.4.2014, n. 2197  
**Processo elettorale: i verbali di Sezione sono atti ufficiali che possono essere smentiti solo dal positivo esperimento della querela di falso o da una sentenza penale che dichiari la falsità di un documento.**

Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato sintetizza il compendio dei principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr., fra le tante, CdS, V, 3.5.2012, n. 2541; V, 8.11.2011, n. 5890; V, 23.3.2011, n. 1766; C.G.A., 10.11.2010, n. 1393; V, 9.11.2010, n. 7969, cui rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in ordine: a) alla specificità dei motivi a sostegno dei ricorsi avverso operazioni elettorali, in particolare concernenti l'attribuzione di preferenze e voti; b) agli strumenti giuridici necessari per superare le risultanze dei verbali sezionali. Nel processo elettorale i relativi ricorsi presentano peculiarità proprie in quanto non di rado vengono proposti <<al buio>>, sulla base di sospetti ma non di certezze, in ordine ad irregolarità commesse durante le operazioni elettorali relativamente al conteggio dei voti e delle preferenze, certezze che possono essere acquisite solo dopo una adeguata istruttoria. La giurisprudenza ha tentato una mediazione tra l'esigenza di specificità dei motivi di ricorso (che deriva dai principi generali, ora art. 40, co. 1, lett. c), c.p.a.), e l'esigenza di non vanificare la tutela giurisdizionale in situazione in cui i vizi non sono oggettivamente conoscibili. Della prima esigenza sono manifestazione: a) il divieto di ricorso c.d. esplorativo (tendente cioè ad ottenere, mediante la presentazione di censure generiche o infondate, la verifica delle operazioni elettorali in esito alla quale proporre motivi aggiunti); b) il divieto di rinnovazione sostanziale dello scrutinio elettorale, posto che il giudizio elettorale non si configura come giurisdizione di diritto obbiettivo destinata ad accertare l'effettivo responso delle urne. Alla seconda esigenza risponde la massima corrente secondo cui il requisito della specificità deve

essere valutato con rigore attenuato posto che l'interessato, non avendo la facoltà di esaminare direttamente il materiale in contestazione deve rimettersi alle indicazioni provenienti da terzi (che possono essere imprecise o non esaurienti). Da tale sintesi scaturisce la massima consolidata secondo cui il principio di specificazione dei motivi, seppure lievemente temperato, richiede sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che vengano indicati, con riferimento a circostanze concrete, la natura dei vizi denunciati, il numero delle schede contestate, le sezioni di riferimento, onde evitare che il ricorso si trasformi in una inammissibile richiesta di riesame generale delle operazioni di scrutinio dinanzi al giudice amministrativo. I verbali sezionali sono atti pubblici facenti fede di tutto quanto è stato acclarato direttamente dal pubblico ufficiale che li ha formati; la circostanza di mero fatto per cui le preferenze attribuite ad un candidato sarebbero state declamate in sede di spoglio ma non riportate nelle tabelle di sezione, per mero errore materiale di trascrizione, deve essere suffragata dalle risultanze dei verbali sezionali che, in parte qua, possono essere smentiti solo dal positivo esperimento della querela di falso o da una sentenza penale che dichiari la falsità di un documento (cfr. CdS, V, 17.2.2014, n. 755). Infatti, come segnalato dalla giurisprudenza civile, sussiste l'onere di proporre querela di falso contro l'atto pubblico anche se l'immutazione del vero non sia ascrivibile a dolo ma soltanto ad imperizia, leggerezza o a negligenza del pubblico ufficiale, a meno che dallo stesso contesto dell'atto non risulti in modo evidente l'esistenza di un mero errore materiale compiuto da questi nella redazione del documento (cfr. Cass. civ., II, 22.4.2005, n. 8500).

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.4.2014, n. 1975  
**All'atto di insediamento del Commissario ad acta e' precluso all'Amministrazione ogni margine di ulteriore intervento.**

Dalla data di insediamento del Commissario ad acta che coincide con la redazione del verbale di immissione del Commissario nelle funzioni amministrative l'Amministrazione non può provvedere autonomamente e gli atti posti in essere sono, quindi, da ritenersi nulli. Questo il principio contenuto nella sentenza depositata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nella quale si ribadisce che "che se è vero che

*l'Amministrazione rimane titolare del potere di provvedere anche tardivamente, dopo la scadenza del termine fissato dal giudice, è anche vero che all'atto di insediamento del commissario ad acta (ovvero con la redazione del verbale di immissione del commissario nelle funzioni amministrative) e con la sua presa di contatto con l'Amministrazione, si verifica un definitivo trasferimento dei poteri, rimanendo precluso all'Amministrazione ogni margine di ulteriore intervento (cfr. CdS, V, 21.5.2010, n. 3214 e CdS, V, 27.3.2013, n. 1768).*

Consiglio di Stato Sez. III 11.4.2014, n. 1796  
**Scioglimento per infiltrazione mafiosa dei consigli comunali e provinciali - valore indiziario non sufficiente per l'avvio dell'azione penale - la legge riconosce ampi margini all'Amministrazione in merito alla valutazione degli elementi che possono costituire indice di collegamenti diretti o indiretti fra i vertici dell'Ente e la criminalità organizzata.**  
*La Terza Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame richiama quanto chiarito di recente dalla medesima Sezione, ovvero che la modifica normativa recata al T.U.E.L. ha previsto che gli elementi a fondamento dei provvedimenti di scioglimento devono qualificarsi come "concreti, univoci e rilevanti". "La modifica introdotta non fa recedere la ratio sottesa alla disposizione di offrire uno strumento di tutela avanzata in particolari situazioni ambientali nei confronti del controllo ed dell'ingerenza delle organizzazioni criminali sull'azione amministrativa degli enti locali, in presenza anche di situazioni estranee all'area propria dell'intervento penalistico o preventivo. Ciò nell'evidente consapevolezza della scarsa percepibilità, in tempi brevi, delle varie concrete forme di connessione o di contiguità - e dunque di condizionamento - fra organizzazioni criminali e sfera pubblica, e della necessità di evitare con immediatezza che l'amministrazione dell'ente locale rimanga permeabile all'influenza della criminalità organizzata. Resta, quindi, ferma, come è stato osservato, la connotazione dell'istituto nel vigente sistema normativo quale «misura di carattere straordinario» per fronteggiare «una emergenza straordinaria» (in termini, Corte cost. n. 103 del 19.3.1993, nell'escludere profili di incostituzionalità del previgente art. 15-bis della l. 19.3.1990, n. 55). Il testo novellato dell'art. 143 TUEL introduce la misura ammi-*

*nistrativa di prevenzione che, pur non caratterizzandosi come sanzionatoria verso soggetti determinati, viene ad incidere sul consenso espresso dalla comunità locale nella scelta degli organi di essa rappresentativi. A sostegno della misura non è quindi sufficiente un mero quadro indiziario fondato su "semplici elementi", in base ai quali sia solo plausibile il potenziale collegamento o l'influenza dei sodalizi criminali verso gli amministratori comunali, con condizionamento delle loro scelte e ricaduta sul buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, sul regolare funzionamento dei servizi e sulle stesse condizioni di sicurezza pubblica, dovendo detti elementi caratterizzarsi per concretezza, essere cioè assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica; univocità, che sta a significare la loro direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire; rilevanza, che si caratterizza per l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale" (CdS, III, 12.1.2013, n. 126). Tuttavia, nel caso in decisione, il giudice del primo grado ha altresì correttamente osservato che la legge riconosce ampi margini all'Amministrazione in merito alla valutazione degli elementi che possono costituire indice di collegamenti diretti o indiretti fra i vertici dell'Ente e la criminalità organizzata ovvero possono rendere plausibili forme di condizionamento degli amministratori. Ciò anche quando il valore indiziario di tali dati non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale. Il potere di scioglimento degli enti locali soggetti a pericolo di infiltrazione criminale costituisce infatti una misura avanzata di prevenzione. Nel caso esaminato, numerosi accertamenti sono stati eseguiti dagli organi di polizia ed è stato disposto il monitoraggio dell'attività dell'Ente in considerazione del contesto ambientale e di numerose vicende indicative di infiltramento mafioso. Si è così messa in luce una fitta trama di relazioni e frequentazioni equivocate, nonché una gestione politico-amministrativa poco trasparente dell'Ente. Dalla ricostruzione effettuata dall'Amministrazione preposta alle verifiche in questione e acclarata dal giudice di primo grado, emerge un contesto generale di diffusa illegalità, ove la criminalità organizzata esercita la propria influenza sugli organi elettivi del Comune in questione, con conseguente pregiudizio alla capacità di gestione e al buon funzionamento dell'Ente. Nel valutare la legittimità*

del provvedimento, la proposta di scioglimento non può essere scomposta in singoli atti per coglierne la scarsa rilevanza del singolo fatto contestato. I fatti devono essere infatti letti nella loro correlazione e nella capacità del loro insieme di denotare fenomeni di condizionamento ed infiltrazione criminale. Così seppure una meticolosa analisi dei dati posti alla base dello scioglimento del Comune possa far emergere, come rappresentato dalla difesa dell'appellante, che alcuni fra gli innumerevoli elementi riportati sono approssimativi o poco rilevanti, il provvedimento di scioglimento nel suo complesso rispetta i requisiti previsti dalla legge e accerta un livello di infiltrazione criminale inaccettabile. Né d'altra parte può ritenersi, come sostenuto da parte appellante, che il provvedimento di scioglimento sia inficiato dalla mancata indicazione dei "provvedimenti necessari per rimuovere tempestivamente gli effetti più gravi e pregiudizievoli per l'interesse pubblico". Proprio la richiamata ratio dell'istituto che è teso ad "offrire uno strumento di tutela avanzata in particolari situazioni ambientali nei confronti del controllo ed dell'ingerenza delle organizzazioni criminali sull'azione amministrativa degli enti locali" impedisce di ritenere che il rispetto di tale prescrizione costituisca condizione di validità del provvedimento e non piuttosto mera irregolarità non invalidante.

Consiglio di Stato Sez. IV, 10.4.2014, n. 1718  
**Conferenza di Servizi - esito della conferenza - atto preparatorio della fase di emanazione di un nuovo provvedimento dell'amministrazione il solo direttamente e immediatamente lesivo.**

La conferenza dei servizi (in special modo quella cosiddetta decisoria), costituisce soltanto un modulo organizzativo funzionale per l'acquisizione, circa un provvedimento da adottare, dell'avviso di tutte le amministrazioni preposte alla cura degli interessi coinvolti in quest'ultimo, per un'accelerazione dei tempi procedurali (e dunque per la speditezza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa) attraverso un esame contestuale di tutti gli interessi pubblici coinvolti: essa non implica, tuttavia, la creazione di un apposito ufficio amministrativo speciale, separato dai soggetti che vi hanno partecipato (ex pluribus, CdS, V, 25.1.2003 n. 349; IV, 14.6.2001 n. 3169; CdS, IV, 7.5.2004, n. 2874). La conferenza di servizi

è dunque un'occasione procedimentale di accelerazione e coordinamento dei casi complessi, ma non un organo privativo della formazione collegiale della decisione, vale a dire decidente in luogo delle amministrazioni convocate (CdS, VI, 18.4.2011, n. 2378; 23.5.2012, n. 3039; 6.5.2013, n. 2417). Tanto che secondo il prevalente orientamento la conferenza di servizi c.d. decisoria (artt. 14 ss. l. 7.8.1990, n. 241, in esito alle riforme apportate dalle leggi 24.11.2000, n. 340, e 11.2.2005, n. 15) ha struttura dicotomica, con una fase che si conclude con la determinazione della conferenza (anche se di tipo c.d. decisorio), che ha valenza solo endoprocedimentale, e una successiva fase che si conclude con l'adozione del provvedimento finale, che ha valenza esoprocedimentale ed esterna, determinativa della fattispecie e incidente sulle situazioni degli interessati (es. CdS, VI, 11.12.2008, n. 5620; 9.11.2010, n. 7981; 31.1.2011, n. 712; 6.5.2013, n. 2417). Ciò implica che gli atti posti in essere in conferenza e quelli precedenti e, in "particolare, quelli con i quali sia stato espresso l'avviso delle singole amministrazioni, non siano ancora in sé idonei a ledere in modo diretto ed immediato gli interessi del destinatario del provvedimento poi emanato a seguito della conferenza di servizio. Per quanto detto, l'esito della conferenza dei servizi costituisce, invero, solo un atto preparatorio della fase di emanazione di un nuovo provvedimento dell'amministrazione che aveva indetto la conferenza: ed è solo quest'ultimo atto che può essere direttamente e immediatamente lesivo. Pertanto, è contro un tale atto che deve dirigersi l'impugnazione, gli altri o hanno carattere meramente endoprocedimentale ovvero non sono impugnabili se non unitamente al provvedimento conclusivo, risultando a tale scopo irrilevanti le modalità concrete con le quali la singola amministrazione abbia deciso di partecipare ai lavori della conferenza. Ne consegue che qualora non risulti essere intervenuto un provvedimento conclusivo del procedimento di natura urbanistico-edilizia (il titolo edilizio), l'impugnazione giurisdizionale permane inammissibile, in quanto interposta avverso meri atti endoprocedimentali.

Consiglio di Stato Sez. V 8.4.2014, n. 1661  
**Accesso ai documenti - reiterazione della medesima istanza - nessun elemento di novità - nessun obbligo per l'amministrazione.**

*Si può reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa, in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante all'accesso. Qualora non ricorrano tali elementi di novità e ci si limiti, come nel caso in trattazione, a reiterare l'originaria istanza o, al più, a illustrare ulteriormente le proprie ragioni, l'amministrazione interpellata ben può astenersi da nuove determinazioni, non potendosi immaginare, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa, in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra le parti, che l'amministrazione sia tenuta a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità (cfr. CdS, Ad. plen. nn. 6 e 7 del 2006).*

Consiglio di Stato Sez. III 7.4.2014, n. 1643

**Consigliere comunale e provinciale - impugnazione atti dell'ente - posizione differenziata - utilità in termini di rimozione di un impedimento o di un apprezzabile vantaggio - esercizio del proprio ufficio - espletamento del mandato.**

*Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza del TAR dichiarando inammissibile il ricorso di prime cure proposto da un consigliere provinciale della Provincia di Genova il quale lamenta che sussisterebbe il suo qualificato interesse di consigliere, che ha subito lo scioglimento e il conseguente commissariamento dell'ente, ad agire affinché tale scioglimento e commissariamento avvengano nel rispetto del principio di legalità. "In altri termini – si afferma nell'atto di costituzione dell'odierno appellato – l'interesse dell'esponente non sussiste in ragione della possibilità di tornare a ricoprire la carica di consigliere provinciale di Genova, ma nell'affermare l'applicazione al caso della Provincia di Genova del legittimo procedimento di commissariamento". Ad avviso del Collegio una simile astratta aspirazione al ripristino della legalità violata non può integrare quel concreto interesse ad agire che deve sorreggere la domanda (art. 100 c.p.c.), poiché nessuna utilità, nemmeno di carattere morale, il ricorrente, nella sua qualità di consigliere provinciale, potrebbe ritrarre dall'accoglimento del ricorso, rimanendo comunque provvedimenti*

*intangibili sia lo scioglimento e il commissariamento dell'ente. Il consigliere comunale e provinciale è legittimato ad esercitare tutte le azioni connesse al proprio ius ad officium, ma certamente non può esercitare un controllo generalizzato, con funzione paragiurisdizionale, sulla vita dell'ente locale in nome di un astratto principio di legalità, promuovendo così un'inammissibile azione popolare di tipo oggettivo. Egli, nell'impugnare gli atti dell'ente, non deve avere solo una posizione qualificata dalle vigenti disposizioni, quale in effetti ha, per la delicatezza delle sue funzioni, nell'ordinamento degli enti locali (art. 43 T.U.E.L.), ma anche differenziata, una posizione, cioè, che gli consenta di ritrarre un'utilità dall'impugnativa in termini di rimozione di un impedimento o di un apprezzabile vantaggio all'esercizio del proprio ufficio e all'espletamento del mandato. Solo la lesione diretta ed immediata del diritto all'ufficio del consigliere comunale o provinciale può fare sorgere, quindi, la legitimatio ad agendum o l'interesse personale al ricorso al fine del ripristino della situazione sostanziale lesa, attraverso la rimozione della situazione antiggiuridica affidata all'organo giurisdizionale. Nulla di tutto questo può verificarsi nel caso di specie, poiché, per ammissione stessa dell'odierno appellato, il commissariamento dell'ente, seppur sulla base di un diverso presupposto normativo, rimarrebbe fermo, con conseguente cessazione definitiva della sua carica di consigliere. Se così è, dunque, il ricorso di prime cure, nel censurare lo scioglimento del Consiglio e il commissariamento dell'ente, era sin dal principio inammissibile per difetto di interesse in capo all'odierno appellato. Si aggiunga a questa considerazione, già di per sé dirimente, che l'impugnato decreto di scioglimento non si fonda solo sulla disposizione dell'art. 23, co. 20, del d.l. 201/2011, convertito nella l. 214/2011, e poi dichiarata incostituzionale, come assume il ricorrente in prime cure, ma anche sull'art. 53, co. 3, del T.U.E.L., essendosi dimesso il Presidente della Provincia prima della scadenza del suo mandato, tanto che – si legge in detto decreto – "ai sensi dell'art. 53, co. 3, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, ricorrono gli estremi per far luogo allo scioglimento della suddetta rappresentanza" e, ancora, si legge nella relazione accompagnatoria del Ministro dell'Interno "configuratasi l'ipotesi dissolutiva, disciplinata dall'art. 53, comma 3, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, è neces-*



sario procedere allo scioglimento dell'ente ai sensi del successivo art. 141, co. 1, lett. b), n. 2, contestuale nomina del commissario straordinario". L'invocata applicazione dell'art. 141 T.U.E.L. al provvedimento impugnato, dunque, era già garantita direttamente dal ricorrere della fattispecie di cui all'art. 53, co. 3, del medesimo T.U.E.L., indipendentemente dall'applicazione del contestato e, poi, dichiarato costituzionalmente illegittimo art. 23, co. 20, del d.l. 201/2011. Rimane pertanto del tutto ininfluyente e, comunque, inefficace a sostanziare un concreto interesse in capo al ricorrente originario, anche prescindendo da quanto so-

pra osservato circa la sua posizione di consigliere provinciale, la lamentata distinzione tra commissariamento politico e tecnico, essendo nel caso di specie una simile distinzione, al di là della sua opinabilità, del tutto inappropriata e irrilevante, dato che il provvedimento impugnato è stato adottato per garantire esclusivamente la "continuità amministrativa" dell'ente, come si legge chiaramente nella relazione ministeriale, e il suo "normale funzionamento" fino all'elezione dei nuovi organi. Anche per tale profilo, dunque, il ricorso di primo grado è e doveva essere dichiarato del tutto inammissibile per difetto di interesse.

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

*Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti*

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

Corte costituzionale, 27.3.2014, n. 54

**Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 10, co. 68 e 69 lett. a), 12, co. 30 e 31, 14, co. 43 e 44, l. Reg. Friuli-Venezia Giulia 29.12.2010, n. 22 (Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale ed annuale della Regione - legge finanziaria 2011) - art. 117, co. 2, lett. e), r) e s), e 3, Cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha censurato l'art. 10, co. 68 e 69, lett. a) della norma indicata in epigrafe nella parte in cui ha posticipato il termine previsto dalla legge statale per l'attivazione degli sportelli unici per le attività produttive presso le Camere di Commercio. La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che la disciplina dei suddetti sportelli unici rientra nella materia del «coordinamento informativo statistico ed informatico dei dati della amministrazione statale, regionale e locale» (sentenza n. 15 del 2010) affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2., lett. r), Cost. Pertanto, è precluso al legislatore regionale intervenire in materia, anche solo per posticiparne il termine di attivazione. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha poi impugnato l'art. 12, co. 30 e 31, della medesima legge regionale, nella parte in cui ha fissato un tetto di spesa diverso rispetto a quello previsto dalla legislazione statale (art. 9, co. 28, del d.l. n. 78 del 2010) per l'assunzione da parte dell'amministrazione regionale di personale a tempo determinato e ha stabilito che l'Agenzia regionale del lavoro non è soggetta al suddetto tetto di spesa. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme impuginate, per avere queste ultime violato i principi fissati dal legislatore statale in materia di "coordinamento della finanza pubblica" di cui all'art. 117, co. 3, cost.. Infine, per la medesima ragione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 14, co. 43 e 44 della legge de qua, nella parte in cui ha introdotto nuove fatti-*

*specie cui applicare la deroga al tetto di spesa per le assunzioni e ha attribuito alla Giunta regionale il potere di autorizzare ulteriori deroghe. Anche in questo caso, la Corte ha chiarito che le norme in questione contrastano con i principi di coordinamento della finanza pubblica, fissati dal legislatore statale con il summenzionato d.l. n. 78 del 2010, e che, di conseguenza, si pongono in contrasto con l'art. 117, co. 3 Cost. V. precedenti conformi: C. Cost., 21.1.2010, n. 15; 7.6.2012, n. 148; 13.9.2012, n. 217; 18.1.2013, n. 3; 6.12.2013, n. 289 (Red. Francesca Fontanarosa).*

Corte costituzionale, 14.3.2014, n. 49

**Esercizio del commercio - liberalizzazione - Direttiva 2006/123/CE - limiti - art. 16 l. Reg. Veneto 31.12.2012 n. 55 e art 5 co. 1 lett. a), l. Reg. Veneto 14.5.2013 n. 8 - art. 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.**

*La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione summenzionata, nella parte in cui stabiliva che chi esercita commercio itinerante sulle aree demaniali della Regione non può essere titolare di nulla osta in più di un Comune, per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza (art 117, co. 2, lett e), Cost). Ad avviso della Corte, il legislatore regionale, avendo imposto (per una determinata forma di commercio itinerante) un limite territoriale alla libera possibilità di svolgere un'attività economica da parte dei richiedenti il nulla osta, ha violato l'art. 19 del decreto legislativo n. 59 del 2010, che prevede, in un ambito riservato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, che l'autorizzazione per il commercio in forma itinerante abiliti a detta attività in tutto il territorio nazionale. Sempre per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., è stata dichiarata l'incostituzionalità anche dell'art. 5 co. 1 lett. a) l. Reg. Veneto n. 8/2013 che, in materia di esercizio del commercio in forma itinerante sulle aree demaniali marittime, aveva previsto che*



il nulla osta comunale dovesse essere «comunque non inferiore a sette anni e non superiore a dodici». Anche in questo caso, la Corte ha chiarito che, versandosi in un ambito materiale riservato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, devono ritenersi inibiti alle Regioni interventi normativi diretti ad incidere sulla disciplina statale, finanche in modo meramente riproduttivo della stessa. La Corte ha poi rilevato che predetto art 5 è comunque il frutto di una scelta unilaterale della Regione (trasfusa in un atto di legislazione primaria, adottato senza ricorso al procedimento partecipativo), volto ad estendere alla particolare attività di commercio itinerante sulle aree demaniali marittime la normativa statale di cui all'art. 70, co. 5, d. lgs. n. 59 del 2010, che affida, invece, allo strumento della intesa in sede di Conferenza unificata l'individuazione dei criteri per il rilascio ed il rinnovo dei posteggi relativamente alla diversa attività di commercio su aree pubbliche (Red. Ferruccio Capalbo)

Corte costituzionale, 10.3.2014, n. 40

**Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 12, co. 2, della l. Prov. Bolzano 20.12.2012, n. 22 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2013 e per il triennio 2013-2015 - legge finanziaria 2013) - Artt. 81, co. 4, 117, co. 3, 119, Cost., 8, 9, 79 d.P.R. 31.8.1972 n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino - Alto Adige) - accoglimento.**

La norma impugnata attribuiva all'«Organismo di valutazione per l'effettuazione dei controlli», istituito presso la Provincia autonoma di Bolzano, la funzione di controllo sulla legittimità e regolarità degli atti di gestione della stessa Provincia, che gli artt. 148 e 148-bis t.u.e.l. attribuiscono a livello nazionale alle sezioni provinciali della Corte dei conti. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che il potere di controllo sui propri atti esercitabile dalle Regioni a statuto speciale e dalle Province autonome di Trento e Bolzano non può riguardare anche quei controlli preordinati a verificare il rispetto degli obblighi comunitari e dei principi di coordinamento della finanza pubblica, che il legislatore nazionale attribuisce, appunto, alle sezioni provinciali della Corte dei conti. Ad avviso della Corte, la norma impu-

gnata conferisce ad un proprio organismo quelle stesse funzioni di controllo che la legge statale ha inteso affidare alla magistratura contabile, per garantire un controllo uniforme e generale sui conti degli enti locali, al fine del rispetto dei limiti complessivi di finanza pubblica, anche in relazione ai vincoli comunitari. Per tale ragione, la Corte ha ritenuto che la disposizione in parola contrasti con l'art. 81, co. 4, Cost. e con la normativa nazionale in materia di «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario», di cui all'art. 117, co. 3, Cost., nonché, infine, con gli artt. 8, 9 e 79 dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte Costituzionale, 6.3.2014, n. 39

**Bilancio e contabilità - principi di coordinamento finanza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1 e 3 del d.l. 10.10.2012, n. 174 (Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012) - Artt. 3, 24, 113, 116, 117, 118, 119, 127 e 134 Cost. - accoglimento.**

La Corte si è pronunciata su tre distinti ricorsi proposti sulla base di identici motivi dalle Regioni autonome Friuli-Venezia Giulia e Sardegna e dalla Provincia autonoma di Trento, con riferimento a diverse disposizioni contenute negli artt. 1 e art. 3, co. 1, lett. e) del d.l. 10.10.2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 7.12.2012, n. 213 in materia di controlli della Corte dei conti sugli enti regionali. In particolare, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del co. 7 dell'art. 1 del d.l. n. 174 del 2012, nella parte in cui attribuisce alle pronunce di accertamento e di verifica delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti l'effetto, da un lato, di vincolare il contenuto della produzione legislativa delle Regioni, obbligate a modificare le proprie leggi di bilancio; e, dall'altro, di inibire l'efficacia di tali leggi in caso di inosservanza del suddetto obbligo, per la mancata trasmissione dei provvedimenti modificativi o per la inadeguatezza degli stessi. Tali effetti, infatti, ad avviso della Corte, non possono essere fatti discendere da una pronuncia del giudice contabile, le cui funzioni di controllo non possono essere spinte sino a vincolare il contenuto degli atti legislativi o a privarli dei loro effetti. La Corte dei conti, d'altro canto, è organo sottoposto alla legge

(statale e regionale); pertanto, la previsione che una pronuncia delle sezioni regionali di controllo di detta Corte possa avere l'effetto di inibire l'efficacia di una legge, introducendo così una nuova forma di controllo di legittimità costituzionale delle leggi, si configura come palesemente estranea al nostro ordinamento costituzionale e lesiva della potestà legislativa regionale. La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità dei seguenti profili dei co. 10 e 11 della medesima disposizione: in primo luogo l'individuazione del "Presidente della Regione", anziché del "Presidente del Consiglio regionale", quale destinatario della comunicazione che la Corte dei Conti deve trasmettere nel caso abbia riscontrato irregolarità nel rendiconto di esercizio, posto che i parametri statutari, nonché le norme dei regolamenti consiliari, individuano nel Presidente del Consiglio regionale l'unico organo legittimato alla rappresentanza dell'assemblea elettiva, tra l'altro quale garante dell'autonomia consiliare; in secondo luogo, 2l'introduzione, quale misura repressiva di indiscutibile carattere sanzionatorio che consegue ex lege e senza possibilità di graduare la sanzione, della decadenza, per l'esercizio successivo a quello rendicontato, dal diritto all'erogazione di risorse da parte del consiglio regionale, poiché ciò non consente di preservare quella necessaria separazione tra funzione di controllo e attività amministrativa degli enti sottoposti al controllo stesso che la giurisprudenza costituzionale pone a fondamento della conformità a Costituzione. Infine, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del co. 2 dell'art. 148 del d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 3, co. 1, lett. e), del d.l. 174/2012, censurato dalle Regioni autonome Sardegna e Friuli-Venezia Giulia, in quanto eccede i limiti del legittimo intervento del legislatore statale, attribuendo non già ad un organo magistratuale terzo quale la Corte dei conti, bensì direttamente al Governo, un potere di verifica sull'intero spettro delle attività amministrative e finanziarie degli enti locali, sottraendolo illegittimamente, in tal modo, all'ambito riservato alla potestà normativa di rango primario delle ricorrenti, in violazione degli invocati parametri statutari e delle relative norme di attuazione. V. precedenti conformi: C. Cost. 27.1.1995, n. 29; 6.7.2006, n. 267; 7.6.2007, n. 179; 22.7.2011, n. 229; 5.4.2013, n. 60; 29.5.2013, n. 104; 13.11.2013, n. 266 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 6.3.2014, n. 35

**Statuto regionale - principi di coordinamento della finanza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - del. legisl. statutaria Regione Calabria 18.3.2013, n. 279 (Modifiche alla legge regionale 19 ottobre 2004, n. 25 "Statuto della Regione Calabria) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

La delibera legislativa statutaria impugnata modifica lo Statuto della Regione Calabria, riducendo da cinquanta a quaranta il numero dei Consiglieri regionali e stabilendo che la Giunta regionale sia composta da un numero di assessori non superiore ad otto. La Corte ha accolto il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione per contrasto con l'art. 117, co. 3, cost. La Corte ha chiarito che la l. 148/2011, contenente un principio di coordinamento della finanza pubblica vincolante per le regioni ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost., stabilisce che il numero dei Consiglieri regionali e dei membri della Giunta regionale debbano essere determinati dalle Regioni in rapporto al numero degli abitanti. Nel caso specifico, per le Regioni con popolazione inferiore ai 2 milioni, come la Calabria, il numero dei Consiglieri regionali deve essere inferiore o pari a trenta e il numero degli Assessori regionali inferiore o pari a sei. Di conseguenza, le modifiche statuarie impuginate, nel superare entrambe le soglie, sono illegittime per contrasto appunto con la suddetta normativa statale e, quindi, con l'art. 117, co. 3, cost. (Red. Mario Nigro).

Corte Costituzionale, 24.2.2014, n. 27

**Impiego pubblico - principi di coordinamento della finanza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 12, co. 1, e 34, co. 1, l. Reg. Molise 17.1.2013, n. 4 (Legge finanziaria regionale 2013) - artt. 97, 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12, co. 1, della l. regionale citata in epigrafe, laddove consente a taluni enti, indicati nella Sezione II della Tabella A1 allegata alla legge reg. n. 2 del 2012, di procedere a nuove assunzioni in assenza di un piano per il raggiungimento degli obiettivi previsti dall'art. 1, co. 557, l. 27.12.2006, n. 296. Tale disposizione, in particolare, impone la riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al complesso delle spese correnti e



alla razionalizzazione ed allo snellimento delle strutture burocratico-amministrative, anche attraverso accorpamenti di uffici. La Corte ha chiarito che la possibilità di nuove assunzioni, prevista nella legge regionale impugnata, viola il principio fondamentale in materia di «coordinamento della finanza pubblica», secondo il quale gli enti sottoposti al patto di stabilità interno assicurano la riduzione delle spese di personale. La Corte ha poi ricordato che la spesa per il personale, per la sua importanza strategica ai fini dell'attuazione del patto di stabilità interna, costituisce un importante aggregato della spesa di parte corrente, con la conseguenza che le disposizioni relative al suo contenimento assurgono a principio fondamentale della legislazione statale. La Corte ha altresì dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 97 Cost. dell'art. 34, co. 1, della medesima legge regionale, nella parte in cui prevede la decadenza automatica, al termine della legislatura regionale, anche per i direttori generali delle aziende sanitarie locali. La Corte ha chiarito che, poiché i direttori regionali esercitano funzioni di carattere tecnico-gestionale e non sono legati all'organo politico da un rapporto diretto, la previsione di una loro decadenza automatica al termine della legislatura contrasta con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione espresso dall'art. 97 Cost., perché incide sulla continuità dell'azione amministrativa, e viola i principi di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa. V. precedenti conformi: *ex plurimis*, C. cost. 23.3.2007, n. 104; 17.5.2007, n. 169; 5.2.2010, n.34; 24.6.2010, n. 224; 3.3.2011, n. 69; 1.4.2011, n. 108; 22.7.2011, n. 228; 21.6.2013, n. 152 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 30.1.2014, n. 13

**Ambiente - impianti eolici - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - l.r. Campania 1.7.2011, n. 11 (Disposizioni urgenti in materia di impianti eolici) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

Il TAR Campania ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione alla normativa della Regione Campania che, medio tempore, in quanto successivamente abrogata, obbligava i nuovi impianti eolici a rispettare una distanza minima di 800 m. rispetto a quelli preesistenti o già autorizzati. La Corte costituzionale ha accolto il ricorso e ha dichiarato

l'illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost. ponendosi le norme regionali in questione in contrasto con i principi dettati in materia di tutela ambientale dal legislatore statale. In particolare, la Corte ha rilevato che i co. 3 e 4 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, prevedono che la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi siano soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione sulla base di linee guida. Tali linee guida, adottate con il d.m. 10 settembre 2010, stabiliscono, per quello che qui rileva, che alle Regioni è consentito soltanto individuare, caso per caso, «aree e siti non idonei», avendo specifico riguardo alle diverse fonti e alle diverse taglie di impianto, in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti. Pertanto, alle Regioni non è consentito introdurre delle limitazioni con riferimento alle distanze come invece previsto dalla norma regionale impugnata. V. precedenti conformi Corte cost. n. 224, 18.10.2012; n. 44, 16.2.2011 (Red. Francesco Nardi).

Corte costituzionale, 27.1.2014, n. 11

**Professioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 17 e 37 l. Reg. Toscana 3.12.2012, n. 69 (Legge di semplificazione dell'ordinamento regionale 2012) - art. 117, co. 1 e 3, cost. - accoglimento.**

L'art. 17 della legge regionale impugnata prevedeva, per le imprese che volessero commercializzare acque naturali e di sorgente, un obbligo di effettuare la Segnalazione Certificata di Inizio Attività (SCIA) anziché di ottenere un'autorizzazione preventiva da parte degli organi regionali competenti. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione per violazione degli artt. 117, co. 1 e 3, Cost. Infatti, la disposizione impugnata si pone in contrasto con la disciplina di settore dettata dal legislatore statale in materia di tutela della salute (d.lgs. 8.10.2011, n. 176) e con le previsioni della normativa dell'Unione europea, che subordina ad un'autorizzazione l'utilizzazione di una sorgente di acqua minerale naturale. Inoltre, l'art. 37 della medesima legge regionale disciplinava

le modalità di installazione di impianti di energia rinnovabile. La Corte ha dichiarato la norma incostituzionale per contrasto con l'art. 117, co. 3, Cost. chiarendo che la suddetta norma introduceva una disciplina difforme rispetto a quanto previsto dalla normativa statale dettata dagli artt. 6 co. 11, e 7, co.1 e 2, del d. lgs. 3.3.2011, n. 28, violando così un principio fondamentale in materia della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia». V. precedenti conformi: C. Cost., 19.7.2005, n. 285; 27.7.2005, n. 336; 5.5.2006, n. 182; 6.5.2010, n. 168; 15.7.2010, n. 254; 11.11.2010, n. 313; 26.11.2010, n. 344; 21.10.2011, n. 275; 6.12.2012, n. 272 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 23.1.2014, n. 4

**Contabilità e Finanza Pubblica - servizio sanitario regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 8, co. 2, l. Reg. Friuli-Venezia Giulia 13.12.2012, n. 25 (Riordino istituzionale e organizzativo del Servizio sanitario regionale) - art. 81, co. 4, cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato la norma regionale indicata in epigrafe, nella parte in cui stabilisce che ai direttori generali che decadono dall'incarico venga corrisposto il compenso onnicomprensivo dovuto in caso di cessazione anticipata dell'incarico. Ad avviso del ricorrente, la norma si sarebbe posta in contrasto con la legislazione statale di riferimento (art. 1, co. 6, del d.P.C.m. n. 502/1995), secondo la quale «nulla è dovuto, a titolo di indennità di recesso, al direttore generale nei casi di cessazione dell'incarico per decadenza, mancata conferma, revoca o risoluzione del contratto nonché per dimissioni», con conseguente maggiore spesa priva di copertura finanziaria e violazione dell'art. 81, co. 4, Cost. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 81, co. 4, Cost., affermando che tale norma impone anche al legislatore regionale di

indicare i mezzi finanziari per far fronte ai maggiori oneri derivanti da ciascuna nuova legge, laddove nella legge impugnata non vi è invece alcuna indicazione di tali mezzi. V. precedente conforme: C. Cost., 3.3.2011, n. 68 (Red. Mario Nigro).

Corte costituzionale, 13.1.2014, n. 2

**Concorrenza - trasporto pubblico locale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - Art. 2 l. Reg. Toscana 12.11.2012, n. 64 - Art. 117, co. 2, lett. e) Cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato la norma regionale indicata in epigrafe nella parte in cui ha reiterato la proroga, già concessa dall'art. 82 della l. Reg. 65/2010, dei contratti di affidamento in concessione relativi a servizi pubblici locali, con particolare riferimento al trasporto pubblico locale su gomma, senza peraltro stabilire un termine finale e revocando un bando di gara per le nuove concessioni. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma de qua, chiarendo che l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve essere ricondotto alla materia «tutela della concorrenza» attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato e «perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio».

La Corte ha poi precisato che, comunque, non è consentito disciplinare il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni alla loro scadenza – in contrasto con i principi di temporaneità e di apertura alla concorrenza – poiché, in tal modo, dettando vincoli all'entrata, il legislatore regionale verrebbe ad alterare il corretto svolgimento della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici. Precedenti conformi: C. cost. 20.3.2013, n. 46; 21.3.2012, n. 62; 23.2.2012, n. 32; 17.11.2010, n. 325 (Red. Mario Nigro).



# USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **SETTORE AGRICOLO: PUBBLICATO IN GU IL DL N. 91/2014**

*L'art. 6 del d.l. n. 91/2014 prevede l'istituzione, presso l'Inps, di una "Rete del lavoro agricolo di qualità" rivolto alle imprese del settore agricole con istanza da presentarsi telematicamente allo stesso Istituto che provvederà successivamente a pubblicare un apposito elenco sul sito istituzionale. Lo scopo di tale norma è quello di realizzare un più efficace utilizzo delle "risorse ispettive" disponibili, sia appartenenti al Ministero del Lavoro e politiche sociali, che appartenenti all'Inps, che verranno conseguentemente "orientate" per svolgere l'attività di vigilanza istituzionale nei soli confronti delle imprese non appartenenti alla Rete del lavoro agricolo di qualità, ad eccezione, comunque, dei casi di richiesta di intervento promossa direttamente dal lavoratore, dai sindacati, dalle Autorità giudiziarie e amministrative. Restano fermi, ad ogni modo, i controlli ordinari in materia di tutela della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro. La partecipazione delle imprese agricole, di cui all'ex art. 2135 del codice civile, alla suddetta Rete di lavoro agricolo di qualità, è subordinata al possesso di una serie di requisiti: a) non avere avuto condanne penali o procedimenti penali in corso relativi alla fattispecie lavoristica o attinente alla materia tributaria b) non essere incorsi, negli ultimi tre anni, in sanzioni amministrative definitive per violazioni della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale ovvero materia tributaria c) essere in regola con i versamenti dei contributi previdenziali.*

«..... GA.....»

### **SCIA E PERMESSO DI COSTRUIRE: MODULI UNIFICATI E SEMPLIFICATI PER L'EDILIZIA**

*La Funzione Pubblica rende che che sono stati adottati, con l'accordo Italia Semplice siglato il 12.6.2014 tra Governo, Regioni ed Enti Locali, i moduli unificati e semplificati per la SCIA edilizia e il permesso di costruire, previsti nella lettera aperta ai dipendenti pubblici e ai cittadini. Non verrà più chiesta la documentazione che l'amministrazione ha già. Basterà una semplice autocertificazione o l'indicazione degli elementi che consentono all'amministrazione di reperire la documentazione. Invece degli oltre 8000 moduli, sinora in uso, un solo modulo che, dove necessario, potrà essere adeguato alle specificità della normativa regionale. Il modello unificato agevolerà l'informatizzazione delle procedure e la trasparenza per cittadini e imprese. È solo un primo passo che dà attuazione all'accordo tra Governo, Regioni e Comuni per la riforma della PA e la semplificazione. Proseguirà l'impegno per: 1. verificare l'effettiva diffusione del modulo: il risultato non è raggiunto fino a quando non è percepito da imprese e cittadini; 2. adottare gli altri moduli per l'edilizia, l'ambiente e l'avvio delle attività produttive; proseguire con la semplificazione delle procedure connesse alle attività edilizie. (Comunicato della Funzione Pubblica del 17.6.2014)*

«..... GA.....»

### **CESSIONE "GRATUITA" DI AREE AL COMUNE E DI OPERE DI URBANI- ZZAZIONE: ON LINE IL NUOVO STU-**

## DIO DEL NOTARIATO

*Il Consiglio Nazionale del Notariato ha pubblicato lo studio "Cessione "gratuita" di aree (e di opere di urbanizzazione) al Comune: trattamento fiscale dopo il d. lgs. n. 23/2011" che prende le mosse dalla preliminare e pregiudiziale verifica della natura giuridica dell'atto di cessione "gratuita" di aree (e di opere di urbanizza-*

*zione), posta in essere a scomputo dei contributi di urbanizzazione o in esecuzione di convenzioni di lottizzazione, per ricavarne la considerazione che si tratti di fattispecie (sia pure "formalmente") gratuita per l'inesistenza a carico dell'Ente cessionario di alcuna prestazione suscettibile di valutazione economica. (Studio del Consiglio Nazionale del Notariato del 7.5.2014).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# DECRETO LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE: DALLA CORTE UN NUOVO STOP AI CONTENUTI ETEROGENEI

del Dott. Marco Polese

*Con la sentenza del 25.2.2014, n. 32, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima l'equiparazione fra le diverse tipologie di sostanze stupefacenti introdotta dalla legge 49/2006 per violazione del principio di omogeneità.*

In its judgment of February 25, 2014, n. 32, the constitutional Court declared unlawful the equivalence between the different types of drugs introduced by law 49/2006 for violation of the principle of uniformity.

*Sommario: 1. Premessa. 2. La sentenza n. 32/2014: la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. 3. Gli effetti della sentenza. 3.1. I procedimenti in corso 3.2. I procedimenti passati in giudicato. 4. Conclusioni.*

### 1. Premessa.

Con la sentenza n. 32/2014<sup>1</sup>, la Corte costituzionale è intervenuta ancora una volta su una materia da molti anni al centro dell'agenda politica e che da sempre divide l'opinione pubblica, dichiarando illegittima l'equiparazione fra le diverse tipologie di sostanze stupefacenti, introdotta in sede di conversione del d.l. 272/2005<sup>2</sup>, che aveva susci-

tato perplessità in dottrina<sup>3</sup> e significative ricadute sull'incremento della popolazione carceraria<sup>4</sup>.

Il vizio di legittimità rilevato potrebbe tuttavia deludere le aspettative di molti: ciò che la Corte ha censurato è il mancato rispetto del principio di necessaria omogeneità che deve sussistere fra il decreto legge e la relativa legge di conversione<sup>5</sup>. Ad essere stata violata

<sup>1</sup> C. cost., sent. 25.2.2014, n. 32. La decisione è stata anticipata da un comunicato diffuso il 12 febbraio da parte dell'Ufficio stampa della Corte, secondo una prassi che negli ultimi anni sta trovando sempre più applicazione, basti pensare: alla declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale (comunicato del 4 dicembre 2013); alla decisione di inammissibilità del quesito referendario in merito alla riorganizzazione degli uffici giudiziari (comunicato del 15 gennaio 2014); alla decisione in merito al conflitto di attribuzione fra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo (comunicato del 4 dicembre 2012); alla sentenza sulla mediazione civile e commerciale (comunicato del 24 ottobre); alla decisione assunta in tema di ammissibilità dei requisiti referendari sulla legge elettorale (comunicato del 12 gennaio 2012).

<sup>2</sup> Si tratta del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 conv., con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49, conosciuta anche come "legge Fini-Giovanardi".

<sup>3</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1, p. 254.

<sup>4</sup> Secondo le statistiche del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia e riportate nel Quarto libro bianco sulla legge Fini-Giovanardi, edizione 2013, gli ingressi in carcere per violazione dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 sono passati dal 28,68% del totale nel 2005 al 32,47% nel 2012.

<sup>5</sup> Il principio di omogeneità fra decreto-legge e legge di conversione, anche con riferimento a precedenti pronunce della Corte costituzionale, si vedano: R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivista AIC*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2012, 3; G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto legge e la farmacia del costituzionalista*, *ivi*, 2012, 4.

è, in altri termini, una regola formale, che attiene al procedimento di conversione e che trova il suo fondamento nell'art. 77, co. 2, Cost.

Sotto altro profilo, la pronuncia in rassegna pone alcuni problemi in merito, da un lato, all'individuazione della norma da applicarsi ai procedimenti ancora *sub iudice*, dall'altro, in ordine alla possibile incidenza anche nei confronti di sentenze definitive: si tratta di questioni più o meno complesse, la cui soluzione non può prescindere dal coordinamento fra i principi dettati in materia di diritto penale e gli effetti derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità.

## 2. La sentenza n. 32/2014: la violazione dell'art. 77, co. 2 cost.

La sentenza in rassegna trae origine dall'ordinanza di rimessione n. 25554/2013<sup>6</sup> pronunciata dalla Corte di Cassazione, sezione III penale, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, co. 2, lett. a) e co. 3, lett. a), n. 6 del d.l. 272/2005 introdotti in sede di conversione ad opera della l. 49/2006.

Queste disposizioni avevano apportato rilevanti modifiche al Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti<sup>7</sup>, eliminando la distinzione fra droghe leggere e pesanti e, conse-

guentemente, introducendo una equiparazione della risposta sanzionatoria<sup>8</sup>.

Avverso tale equiparazione, i giudici della Suprema Corte sollevavano la questione di legittimità costituzionale<sup>9</sup>, in primo luogo sotto il profilo della estraneità delle norme introdotte in sede di conversione "*all'oggetto, alle finalità ed alla ratio dell'originale contenuto del decreto-legge*" e, in subordine, "*sotto il profilo della evidente carenza del presupposto del caso straordinario di necessità e urgenza*"<sup>10</sup>.

La Corte, accogliendo la prima censura<sup>11</sup>, ha ritenuto la disciplina introdotta in sede di conversione in contrasto con l'art. 77, co. 2, Cost. per "*difetto di omogeneità e quindi di nesso funzionale*"<sup>12</sup> rispetto alle disposizioni del provvedimento governativo<sup>13</sup>.

A venire in rilievo è, in altri termini, la violazione della procedura legislativa di conversione del decreto-legge, che si verifica ogniqualvolta la relativa legge introduca delle

<sup>8</sup> In particolare, la formulazione legislativa dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 precedente la riforma del 2006 prevedeva un trattamento sanzionatorio differenziato sulla base della tipologia della sostanza stupefacenti: nel caso di droghe c.d. pesanti (tabelle I e III) la pena era della reclusione da otto a venti anni e la multa da 25.822 a 258.228 euro; nel caso di droghe c.d. leggere (tabelle II e IV), la pena era della reclusione da due a sei anni e la multa da 5.164 a 77.468 euro. Con la modifica introdotta ad opera della l. 49/2006 tale distinzione veniva eliminata e si prevedeva indistintamente per tutte le sostanze stupefacenti (ricomprese in un'unica tabella) la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa da 26.000 a 260.000 euro.

<sup>9</sup> I giudici rimettenti ravvisavano la questione rilevante in quanto il suo accoglimento, determinando la reviviscenza del più favorevole trattamento sanzionatorio, avrebbe consentito all'imputato nel processo *a quo* di beneficiare della sospensione condizionale della pena.

<sup>10</sup> Cfr. C. cass., ord. 9.3.2013, *cit*.

<sup>11</sup> La questione sollevata in via subordinata è stata dichiarata assorbita.

<sup>12</sup> Considerato in diritto, § 4.

<sup>13</sup> Si tratta di un vizio già rilevato da C. cost., sent. 16.2.2012, n. 22, ampiamente commentata da parte della dottrina. Al riguardo, cfr.: S. M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto legge e della legge di conversione?*, in *Giur. it.*, 2012, 12, p. 2492; V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto legge*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); E. MAGNINI, *L'omogeneità tra decreto legge e legge di conversione: la Corte lancia un monito al legislatore*, in questa rivista, 2012, 1, p. 40.

<sup>6</sup> C. cass., sez. III, ord. 9.5.2013, n. 25554, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, 1° serie speciale, del 30 ottobre 2013, n. 44. Per una più puntuale ricostruzione, cfr. U. ADAMO, *Sulla (mancata) sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione (che equipara ai fini sanzionatori le droghe leggere con quelle pesanti) con quelle del decreto-legge convertito (sulle olimpiadi invernali di Torino)*, in *Rivista AIC*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). L'ordinanza interviene a poca distanza da un'altra sentenza della Corte di cassazione, che aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 77, co. 2, cost., in quanto il d.l. 272/2005 "*presentava una norma in materia di trattamento penale di soggetti tossicodipendenti ed a tale fine modificava il d.P.R. 309/1990, mentre la disposizione inserita nella legge di conversione, nel parificare il trattamento penale per i vari tipi di droghe, intendeva affrontare parimenti il tema della tossicodipendenza con un inasprimento delle pene per le droghe leggere, con una valutazione di merito insindacabile*" (Cass. pen., sez. VI, 29.4.2013, n. 18804, in *Guida dir.*, 31, 2013, p. 81).

<sup>7</sup> Si tratta del d.P.R. 9.10.1990, n. 309.

disposizioni eterogenee rispetto al testo licenziato dal Governo. Si tratta di un vizio che dipende dalla particolare natura della legge di conversione<sup>14</sup>, che, diversamente da quanto accade normalmente, non è libera nel fine, ma è “funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge”<sup>15</sup>.

Tali caratteristiche ne determinano anche un diverso iter parlamentare, il cui procedimento di approvazione si differenzia da quello ordinario, caratterizzandosi per una maggiore rapidità in ragione del termine di sessanta giorni previsto per la conversione.

Ciò non significa, tuttavia, che le Camere non possono apportare modifiche al testo del decreto-legge, bensì che gli emendamenti introdotti devono essere strettamente correlati al contenuto del provvedimento governativo.

La Corte precisa tale concetto quando afferma che la richiesta coerenza fra decreto-legge e legge di conversione vuole evitare un uso improprio del potere di modifica del Parlamento, “che si verifica ogniqualvolta sotto la veste formale di un emendamento si introduca un disegno di legge che tenda a immettere nell’ordinamento una disciplina estranea, interrompendo il legame essenziale (...) presupposto dalla sequenza delineata dall’art. 77, secondo comma, Cost.”<sup>16</sup>.

L’accertamento circa il rispetto del principio di omogeneità, tuttavia, risulta particolarmente problematico nei casi, come quello

<sup>14</sup> La legge di conversione si caratterizza per alcune peculiarità, in particolare: a) presuppone un decreto da convertire; b) non presenta un contenuto proprio, ma si rifà al contenuto del decreto-legge; c) in sede di approvazione non si procede articolo per articolo, ma ad essere votato è l’unico articolo di cui si compone; d) l’iter di conversione è sottoposto a un termine di sessanta giorni, pena la decadenza del decreto-legge da convertire (cfr. A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto legge*, Milano, in N. LUPO, *L’omogeneità dei decreti legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in G. D’ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, 2012, p. 89). Le particolari caratteristiche della legge di conversione si desumono anche dagli artt. 96-bis del Regolamento della Camera dei deputati e 97 del Regolamento del Senato della Repubblica, richiamati nel considerato in diritto, § 4.1.

<sup>15</sup> Considerato in diritto, § 4.1.

<sup>16</sup> Considerato in diritto, § 4.1.

in esame<sup>17</sup>, in cui il provvedimento governativo sia *ab origine* a contenuto plurimo<sup>18</sup>, dovendosi in tali ipotesi comunque procedere alla verifica dell’esistenza di un collegamento fra gli emendamenti e il contenuto originario del decreto-legge.

Deve a questo punto osservarsi come nel caso di specie l’unico legame potenzialmente sussistente fra il testo del decreto legge e le norme inserite in sede di conversione era dato dalla previsione, già nel d.l. 272/2005, di una disposizione riguardante i soggetti tossicodipendenti.

Si tratta, tuttavia, di un collegamento debole, in ragione della profonda diversità di *ratio* fra le norme originarie e quelle inserite dal Parlamento: le prime riguardavano, infatti, le modalità di esecuzione della pena detentiva e prevedevano il ripristino di una disciplina più favorevole nei confronti dei soggetti tossicodipendenti recidivi con un programma terapeutico in atto<sup>19</sup>; le seconde avevano una connotazione sostanziale, determinando, come anticipato, un severo inasprimento sanzionatorio.

La profonda eterogeneità esistente sarebbe confermata, ad avviso della Corte, da un lato, dalla circostanza che in sede di conversione veniva modificato lo stesso titolo del decreto-

<sup>17</sup> Il testo originario del d.l. 272/2005, infatti, presentava al suo interno disposizioni inerenti l’assunzione di personale della Polizia di Stato (art. 1), misure per assicurare la funzionalità dell’Amministrazione civile dell’interno (art. 2), finanziamenti per le olimpiadi invernali (art. 3), il recupero dei tossicodipendenti detenuti (art. 4) e il diritto di voto degli italiani residenti all’estero (art. 5).

<sup>18</sup> Sulle ragioni per cui sempre più frequentemente i decreti-legge presentano un contenuto eterogeneo, si veda: N. LUPO, *L’omogeneità dei decreti legge (e delle leggi di conversione): un requisito sfuggente, ma assolutamente cruciale*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo editore, 2011, p. 84.

<sup>19</sup> L’art. 4 del d.l. 272/2005, in particolare, aveva, da un lato, abrogato l’art. 94 bis del d.P.R. 309/1990, che prevedeva una disciplina più rigorosa nel caso di affidamento in prova dei soggetti tossicodipendenti o alcooldipendenti recidivi, dall’altro previsto per le stesse categorie di soggetti la possibilità di sospendere l’esecuzione della pena in presenza di un programma terapeutico già in atto alla data di entrata in vigore del provvedimento.

legge<sup>20</sup>, dall'altro, dal parere espresso dal Comitato per la legislazione della Camera<sup>21</sup>, che aveva già ravvisato tale eterogeneità sulla base della *"vasta mole di ulteriori disposizioni"* introdotte dalle Camere, *"riguardanti principalmente (...) misure di contrasto alla diffusione degli stupefacenti, mutate da un disegno di legge da tempo all'esame del Senato"*<sup>22</sup>.

Tutte queste considerazioni rappresentano per la Corte, *"plurimi indici che rendono manifesta l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale che deve sussistere fra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge"*<sup>23</sup>.

### 3. Gli effetti della sentenza.

Dalla particolarità del vizio rilevato consegue, ad avviso della Corte, che *"tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. 309/1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate"*<sup>24</sup>.

Ciò determina il ripristino di un trattamento sanzionatorio differenziato sulla base della natura della sostanza stupefacente, che suscita alcuni interrogativi, sia con riferimento alla individuazione della norma applicabile ai processi in corso, sia circa la possibile rilevanza sui processi passati in giudicato<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> All'originario titolo del decreto *"Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi"* veniva aggiunto in sede di conversione *"e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.P.R. 9.10.1990, n. 309"*.

<sup>21</sup> Parere del 1.2.2006 del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati.

<sup>22</sup> Il riferimento è allo stralcio del disegno di legge di iniziativa governativa S. 2953, all'epoca già da tre anni in Senato ed in attesa di approvazione.

<sup>23</sup> Considerato in diritto, § 4.5.

<sup>24</sup> Considerato in diritto, § 5.

<sup>25</sup> Con riferimento agli altri problemi derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità, si vedano: M. BRANCACCIO, G. FIDELBO, R. PICCIRILLO, R. ZIZANOVICH (a cura di), *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia*

Si tratta, tuttavia, di questioni che la Corte ritiene di competenza del giudice ordinario, il quale è chiamato ad evitare che la declaratoria di incostituzionalità *"vada a detrimento"*<sup>26</sup> della posizione giuridica degli imputati.

#### 3.1. I procedimenti in corso.

Volendo fornire un quadro degli effetti della sentenza in rassegna sui procedimenti in corso, deve osservarsi come a venire in rilievo sarà la particolare natura della sostanza stupefacente, in quanto il principio di legalità in materia penale impone, qualora la legge vigente al momento in cui fu commesso il reato e la successiva siano differenti, l'applicazione di quella le cui disposizioni siano più favorevoli.

Si tratta, in altri termini, di verificare se a prevedere un trattamento di maggior favore sia formulazione dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 precedente l'intervento della Corte ovvero quella successiva.

La soluzione non è univoca, dovendosi distinguere a seconda che la condotta illecita abbia ad oggetto le droghe c.d. leggere ovvero quelle c.d. pesanti.

Nel primo caso, infatti, a doversi applicare sarà la disciplina successiva alla declaratoria di incostituzionalità, il cui trattamento sanzionatorio è più mite rispetto a quello precedente<sup>27</sup>.

A diversa conclusione si dovrà invece

*di sostanze stupefacenti*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); G. AMATO, *Con il ritorno alle tabelle «Iervolino-Vassalli» sanzioni basate sulla natura delle sostanze*, in *Guida dir.*, 12, 2014, p. 23.

<sup>26</sup> Considerato in diritto, § 6. Sotto tale profilo, invero, la sentenza in commento si pone nel solco di quella giurisprudenza costituzionale che mira a ridefinire le competenze fra giudice costituzionale e giudice comune, devolvendo a quest'ultimo la risoluzione delle vicende intertemporali derivanti da declaratorie di incostituzionalità. Paradigmatica al riguardo C. cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, dove espressamente si afferma che spetta al giudice del processo principale *"la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento"*. Sulla stessa linea C. cost., sent. 23 gennaio 2014, n. 5, secondo cui compete *"ai giudici rimettenti valutare le conseguenze applicative che potranno derivare da una eventuale pronuncia di accoglimento"*.

<sup>27</sup> Ciò determina anche un diverso calcolo dei termini di prescrizione del reato, che deve tenere conto del nuovo massimo edittale di sei anni.

giungere qualora si tratti di droghe pesanti, dal momento che, in tali casi, la norma più favorevole sarà quella precedente la sentenza della Corte, in ragione del più basso minimo edittale previsto.

Solo apparentemente più problematica risulta essere l'ipotesi in cui la detenzione illecita abbia ad oggetto contestualmente droghe pesanti e droghe leggere e, quindi, la norma più favorevole sia, da un lato, quella successiva e, dall'altro, quella precedente l'intervento della Corte. Se, infatti, è pacifico ritenere che non possa trovare applicazione una terza fattispecie ottenuta combinando la normativa dichiarata incostituzionale con quella attualmente vigente, la soluzione sarà possibile mediante l'applicazione della disciplina sul reato continuato (art. 81 c.p.), che impone di determinare la pena facendo riferimento a quella prevista per la violazione più grave "aumentata fino al triplo"<sup>28</sup>.

### 3.2. I procedimenti passati in giudicato.

Se le questioni riguardanti i procedimenti *sub iudice* non sembrano determinare particolari problemi, lo stesso non può dirsi con riferimento alle condanne definitive.

Il problema si pone, tuttavia, solo con riferimento alle condotte illecite aventi ad oggetto le droghe c.d. leggere e consiste nel verificare se il regime sanzionatorio più favorevole possa trovare applicazione anche nei confronti di processi passati in giudicato, invocando l'intervento del giudice dell'esecuzione.

A venire in rilievo, in altri termini, è la possibilità di derogare al principio dell'intangibilità del giudicato per sopravvenienze differenti dall'*abolitio criminis* e dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ipotesi, queste, previste come tassative dall'art. 673 c.p.p.

Giova al riguardo richiamare i due diversi orientamenti che si sono andati formando nel-

<sup>28</sup> Recentemente le Sezioni Unite penali hanno precisato che l'individuazione della violazione più grave va operata "in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse" (cfr. C. cass., S.U., 28.2.2013, n. 25939, in *Cass. pen.*, 2014, 2, p. 467).

la giurisprudenza di legittimità<sup>29</sup> in seguito alla declaratoria di incostituzionalità<sup>30</sup> dell'art. 61, co. 1, n 11 *bis* c.p.<sup>31</sup>. Si tratta, infatti, di una questione che presenta notevoli affinità con il caso in esame, dal momento che la giurisprudenza di legittimità si è interrogata circa la possibilità di dichiarare *in executivis* non eseguibile quella parte di pena irrogata sulla base dell'applicazione di una circostanza aggravante poi dichiarata incostituzionale.

Secondo un primo indirizzo<sup>32</sup>, osterebbe a tale espiazione, non già l'art. 673 c.p.p., ma la previsione dell'art. 30, 3° e 4° co. l. 11.3.1953, n. 87, che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze pronunciate sulla base di una "norma dichiarata incostituzionale", espressione, questa, più ampia rispetto a quella di "norma incriminatrice" contenuta nella norma processuale.

Secondo altro e più condivisibile orientamento<sup>33</sup>, invece, la pena inflitta con la condanna irrevocabile sarebbe insensibile alle sopravvenute modificazioni in senso più favorevole, non potendo trovare applicazione l'art. 30 l. 87/1953, che, anche a non volerlo considerare implicitamente abrogato dall'art. 673 c.p.p., si riferirebbe esclusivamente alle norme incriminatrici dichiarate incostituzionali.

Deve segnalarsi, infine, che l'esistenza di due orientamenti contrapposti ha giustificato

<sup>29</sup> In dottrina cfr. G. GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, 4, p. 1348; G. GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, *ivi*, 2012, 5, p. 1664.

<sup>30</sup> C. cost., sent. 5.7.2010, n. 249.

<sup>31</sup> Si tratta dell'aggravante di clandestinità, introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. f) d.lg. 23.5.2008, n. 92 e convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 24.7.2008, n. 125, che prevedeva un aggravamento di pena nei casi in cui il fatto fosse stato commesso da un soggetto che si trovava illegalmente sul territorio dello Stato.

<sup>32</sup> Cfr. C. cass., sez. I, 27.10.2011, n. 977, in *Riv. pen.*, 2012, 6, p. 652; C. cass., sez. I, 24.2.2012, n. 19361, in *Guida dir.*, 26, p. 62; C. cass., sez. I, 25.5.2012, n. 26899, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>33</sup> Cfr. C. cass., sez. I, 19.1.2012, n. 27640, in *Cass. pen.*, 2013, 5, p. 1866, e giurisprudenza *ivi* citata.

la recente ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite penali<sup>34</sup>, la cui soluzione potrebbe avere rilevanza anche ai fini che qui interessano, dovendo il Supremo Collegio verificare se “la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (...), compatti, ovvero no, la rideterminazione della pena in executivis, così vincendo la preclusione del giudicato”<sup>35</sup>.

#### 4. Conclusioni.

La sentenza 32/2014 si inserisce nel solco di quelle decisioni con cui la Corte Costituzionale ha cercato di ricondurre lo strumento della decretazione d’urgenza all’interno dei confini disegnati dalla Costituzione.

Si tratta di un percorso iniziato con la storica pronuncia<sup>36</sup> con cui è stata censurata la prassi, all’epoca molto diffusa, della reiterazione del decreto-legge non convertito nei termini e che è proseguito con le declaratorie di incostituzionalità per mancanza dei requisiti di necessità e urgenza<sup>37</sup>.

Negli ultimi anni, inoltre, le attenzioni della Corte si sono focalizzate sulla tendenza sempre più frequente di inserire in sede parlamentare disposizioni eterogenee rispetto al testo del provvedimento governativo, confondendo il potere di conversione con l’ordinaria potestà legislativa<sup>38</sup>.

Tale fenomeno è sintomatico della prassi in atto ormai da anni di sottrarre al regolare dibattito parlamentare questioni su cui le coalizioni di governo hanno al loro interno posizioni divergenti e che si manifesta in diverse forme: alcune volte ponendo la questione di fiducia, altre inserendo all’interno della legge di conversione, come nel caso di specie, stralci di altri disegni di legge giacenti in Parlamento.

D’altra parte, la particolarità della materia oggetto della declaratoria di incostituzionalità pone alcuni interrogativi, soprattutto con rife-

rimento ai possibili effetti della sentenza sui processi passati in giudicato. Sotto tale profilo, alcune indicazioni potrebbero giungere dalle Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi a breve in merito all’ampiezza dei poteri del giudice dell’esecuzione<sup>39</sup>.

Non sembra possibile, tuttavia, formulare in questa sede conclusioni definitive, anche in ragione, da un lato, della recente conversione del d.l. 36/2014, che ha apportato nuove modifiche al d.P.R. 309/1990<sup>40</sup>; dall’altro della limitata cognizione della Corte, che – quantunque abbia censurato *tout court* l’introduzione in sede di conversione di disposizioni eterogenee – ha potuto dichiarare l’illegittimità costituzionale solo dei due articoli oggetto dell’ordinanza di rimessione e ciò potrebbe preludere ad ulteriori pronunce nei prossimi mesi.

<sup>34</sup> L’udienza è fissata per il prossimo 29.5.2014.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, ord. 20.11.2013, n. 4725, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>36</sup> Cfr. C. cost., sent. 24.10.1996, n. 360.

<sup>37</sup> Cfr. C. cost., sent. 23.5.2007, n. 171 e C. cost., 30.4.2008, n. 128.

<sup>38</sup> Cfr. C. cost., sent. 16.2.2012, *cit*.

<sup>39</sup> Deve segnalarsi che, alla data di redazione del presente lavoro, non risulta essere ancora intervenuta la decisione del Supremo Collegio.

<sup>40</sup> Il d.l. 30.3.2014, n. 36, conv., con modificazioni, dalla l. 14.5.2014, n. 36 ha, fra l’altro, modificato il quinto comma dell’art. 73 d.P.R. 309/1990, ripristinato il co. 5-*bis* della stessa disposizione e reintrodotta nelle tabelle le sostanze già invalidamente inserite dalla l. 49/2006.

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V, 17.6.2014, n.3094  
**Asservimento - fondo - realizzazione - manufatto edilizio - volumetria - base - area 'asservita' - edificazione - estensione - effetto - non edificabilità - oggetto - frazionamento - alienazione separata - aree - manufatti.**

La Quinta Sez. del CdS nella sentenza in esame ha evidenziato in primo luogo l'irrilevanza dell'epoca di realizzazione del preesistente manufatto, considerato che l'asservimento dà luogo ad un rapporto pertinenziale che ha natura permanente, indipendentemente da quando esso si è verificato (CdS, ad. pl. 23.4.2009, n. 3; CdS, V, 26.9.2013, n. 4757), a nulla valendo che, all'epoca di realizzazione del manufatto preesistente, non sussistesse ancora alcuna pianificazione urbanistica, ovvero un atto di volontà espresso o tacito che avesse posto a disposizione della costruzione di esso una zona di territorio. La quantità di asservimento del terreno rimasto libero va infatti calcolata sulla base degli indici vigenti al momento del rilascio dell'ulteriore titolo edilizio, perché i limiti entro i quali un'area può essere edificata si riferiscono non all'edificazione ulteriore rispetto a quella esistente al momento dell'approvazione, ma all'edificazione complessivamente realizzabile sull'area; se così non fosse, si verificherebbe l'effetto perverso di consentire l'edificabilità di aree già impegnate da preesistenze, in contrasto con gli indici del piano urbanistico in vigore. Quindi l'asservimento di un fondo, in caso di edificazione, costituisce una qualità oggettiva dello stesso, che continua a seguirlo anche nei successivi trasferimenti a qualsiasi titolo posti in essere in epoca successiva (CdS, V, 30.3.1998, n. 387; IV, 6.7.2010, n. 4333) ed il vincolo creato dall'asservimento per sua natura permane sul fondo 'servente' (nel senso che per il calcolo della sua edificabilità vanno computati i volumi comunque esistenti) a tempo indeterminato, pena la completa vanificazione delle previsioni urbanistiche (che ad un tempo complessivamente rilevano i volumi preesistenti

e delimitano quelli che ad essi si possono aggiungere). Quanto alla rilevanza della unicità o meno della proprietà del fondo su cui preesiste il manufatto, va osservato che, anche quando un'area edificabile venga successivamente frazionata in più parti tra vari proprietari, la volumetria disponibile ai sensi della normativa urbanistica nell'intera area permane invariata, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui sia stata già realizzata sul fondo originario una costruzione, i proprietari dei vari terreni, in cui detto fondo è stato frazionato, hanno a disposizione solo la volumetria che eventualmente residua tenuto conto dell'originaria costruzione. Pertanto, sia la vendita di una parte dell'originario unico fondo, così come il frazionamento di esso da parte dell'originario unico proprietario e la mancanza di specifici negozi giuridici privati diretti all'asservimento (o alla cessione di cubatura), sono irrilevanti ai fini dell'edificabilità delle aree libere, che – pur in assenza di titoli formali - devono comunque intendersi asservite alle costruzioni già realizzate ed a quelle assentite al momento del frazionamento, e cioè risultano edificabili solo entro l'eventuale surplus che deriva dal computo delle preesistenti volumetrie comunque realizzate. Pertanto, nel caso di realizzazione di un manufatto edilizio la cui volumetria va calcolata sulla base anche di un'area 'asservita', ai fini edificatori deve essere considerata l'intera estensione interessata (nella specie il comparto edificatorio unitariamente considerato), con l'effetto che l'area asservita non è più edificabile anche se è stata oggetto di frazionamento o di alienazione separata dalle aree su cui insistono i manufatti (CdS, IV, 6.5.2013, n. 2442). In definitiva, gli effetti derivanti dalla conformazione urbanistica (poiché i criteri legali di computo della volumetria, integrano una qualità oggettiva del terreno) hanno carattere definitivo ed irrevocabile ed evidenziano la già avvenuta

utilizzo delle potenzialità edificatorie dell'area asservita, con permanente dovere di tener conto di tale computo da parte di chiunque ne sia il proprietario (Cass. pen., sez. III, 21177/2009).

Consiglio di Stato Sez. V, 17.6.2014, n. 3094  
**Edilizia - rilascio - variante - 'non essenziale' - idonea - termini - impugnare - concessione - originaria - essenziale - qualificata - nuova concessione.**

Le varianti in senso proprio sono quelle che si riferiscono a modifiche quantitative e qualitative di limitata consistenza e di scarso rilievo rispetto al progetto originario e si distinguono da quelle che, pur chiamate varianti nel linguaggio usuale del termine, tali non possono essere considerate perché richiedono la realizzazione di un "quid novi" (da valutarsi con riferimento alle evidenze progettuali quali la superficie coperta, il perimetro, il numero dei piani, la volumetria, le distanze dalle proprietà vicine, nonché le caratteristiche funzionali e strutturali del fabbricato complessivamente inteso): in questa seconda categoria vanno ricondotte le varianti così dette improprie o essenziali, che si configurano come nuove concessioni, che in quanto tali sono provvedimenti autoritativi autonomamente lesive, suscettibili di autonoma e specifica impugnativa giurisdizionale. Secondo un univoco indirizzo giurisprudenziale il rilascio di una variante 'non essenziale' non è idonea a riaprire i termini per impugnare la concessione originaria (CdS. V, 24.9.2003, n. 5452, e 27.4.2006, n. 2363), mentre lo è quella 'essenziale', che consente la realizzazione di un "quid novi" e, quindi, va qualificata come 'nuova' concessione (Cds. V, 7.7.1987, n. 463). Ovviamente il rilascio della variante alla concessione edilizia originaria non è idonea a determinare la riapertura del termine per la impugnazione della concessione edilizia originaria (CdS., sez. V, 2.4.2001, n.1898) allorché i vizi dedotti siano ascrivibili alla concessione originaria.

Consiglio di Stato Sez. VI, 30.5.2014, n. 2825  
**Sottotetti - mansarde - indice - rilevatore - intenzione - abitabile - suddivisione - vani distinti - comunicanti - piano sottostante -**

**scala interna - piano di copertura - altezza media - piano di gronda.**

Sulla base della giurisprudenza, può ritenersi che possa costituire indice rivelatore dell'intenzione di rendere abitabile in via permanente un locale sottotetto il fatto che questo sia suddiviso in vani distinti e comunicanti con il piano sottostante mediante una scala interna o che il piano di copertura, impropriamente definito sottotetto, costituisca in realtà una mansarda in quanto dotato di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda (cfr. esemplificativamente, CdS, IV, 7.2.2011 n. 812). Né a conclusione contraria può indurre la circostanza che (ricorrente nella specie), alcune delle finestre poste in detto locale siano state tamponate in modo da contenere il rapporto di aero-illuminazione al di sotto dei parametri previsti dal regolamento edilizio per i locali abitabili; e ciò in quanto la tamponatura delle finestre è un'operazione in sé talmente semplice, reversibile e surrettizia da non privare l'ambiente della sua intrinseca qualità abitativa; e quindi non può considerarsi volume tecnico un locale con requisiti di abitabilità, reso non abitabile con una semplice operazione di tamponamento delle finestre (così, CdS. IV, 7.2.2011 n. 812). In altre parole, quando una costruzione abbia già raggiunto o sia poco al di sotto dell'altezza massima consentita a un edificio, non è consentita una qualificazione negativa (nel senso che non si computa a fini di altezza) del sottotetto, che, per le caratteristiche di sostanziale identità con quelle delle abitazioni sottostanti, si traduca in un sostanziale innalzamento dell'edificio assentito in elusione della stessa normativa invocata sull'utilizzazione dei sottotetti per finalità abitative non stabili. Infatti la ratio della norma che vieta il superamento dei limiti di altezza previsti dagli strumenti urbanistici è senza dubbio quella di evitare che attraverso il recupero abitativo dei sottotetti esistenti vengano nei fatti eluse o violate le prescrizioni urbanistiche vincolanti in tema di altezza massima di edifici. In presenza di univoci elementi che denotano l'intenzione di rendere abitabile il locale, perde di rilevanza il fatto che siano stati adottati accorgimenti surrettizi (quali la tamponatura di alcune finestre) finalizzati a rendere i rapporti di aero-



illuminazione inferiori rispetto ai parametri previsti dalla normativa edilizia vigente. Allo stesso modo, con riferimento alle altezze, quando un ambiente possiede nel suo complesso caratteristiche oggettive, tali da renderlo idoneo ad ospitare stabilmente la vita domestica, al fine di escludere la volontà del privato di destinarlo a funzione abitativa, non si può addurre la circostanza che la sua altezza sia di poco inferiore rispetto a quella prescritta dal regolamento edilizio per i vani abitabili. Anche in questo caso, come nel precedente, si deve ritenere che tale caratteristica, lungi dal dimostrare un differente intento del costruttore, costituisca elemento ulteriormente ostativo all'assentibilità dell'intervento.

Consiglio di Stato Sez. VI 30.5.2014 n. 2814  
**Condono edilizio - valutazioni - Soprintendenze del Ministero - beni - attività culturali - valutazioni tecniche - censurabili - palese - irragionevole - illogicità - errori di fatto.**

L'art. 32, co. 27 d.l. 30.9.2003 n. 269, conv. in l. 24.11.2003 n. 326, recante disposizioni in tema di cd. condono edilizio, prevede, in particolare, che sono opere comunque non suscettibili di sanatoria quelle che (lett. e), "siano state realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente rilevante ai sensi degli articoli 6 e 7 del d. lgs. 29.10.1999, n. 490". Tali artt. dell'(allora vigente) Testo Unico delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali sono quelli che riportano, nell'ambito del citato Testo Unico, le disposizioni di imposizione di vincolo e tutela di cui alla l. n. 1089/1939. Infatti, l'art. 2, co. 1, lett. a) - richiamato dall'art. 6 indicato dalla disposizione sul cd. condono edilizio sopra riportata - si riferisce alle "cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o demoetnoantropologico". Nel caso di specie, dunque, ricorre l'ipotesi di un immobile oggetto di vincolo storico-artistico, diretto e puntuale., in ordine al quale il citato art. 32, co. 27, lett. e) inibisce la possibilità di sanatoria. Diversa è l'ipotesi di un bene oggetto di vincoli a tutela degli interessi idrogeologici o delle falde acquifere,

dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali": infatti, per tali beni il medesimo art. 32, co. 27, lett. d), impedisce la sanabilità delle opere solo se i vincoli siano stati "istituiti prima della esecuzione di dette opere". Allo stesso modo di quanto previsto dal citato art. 32, co. 27, lett. d), l'art. 3 l. reg. Lombardia 3.11.2004 n. 31, prevede: (co. 1) : "Nelle aree soggette a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, nonché dei beni ambientali e paesaggistici, le opere abusive non sono comunque suscettibili di sanatoria, qualora il vincolo comporti inedificabilità assoluta e sia stato imposto prima dell'esecuzione delle opere". Tanto precisato, il Collegio ritiene che, nel caso di opere illecitamente realizzate su immobili oggetto, anche in epoca successiva all'abuso, di vincolo storico - artistico, quali opere "di interesse particolarmente rilevante", non possa farsi luogo a rilascio di concessione in sanatoria. In primo luogo, occorre osservare, in linea generale, che ciò che rileva è il regime giuridico del bene al momento di presentazione della domanda di sanatoria, prevista dalla legge per la condonabilità degli abusi. Ed infatti, sempre in linea generale, quale che sia il vincolo successivamente imposto, resta il fatto che il manufatto realizzato ex novo o l'intervento su manufatto preesistente costituiscono illecito, di modo che il vincolo sopravvenuto non costituisce una limitazione imposta ex post alle facoltà del proprietario, a suo tempo legittimamente esercitate, bensì condizione ostativa (ove non altrimenti previsto dalla legge) al rilascio di concessione in sanatoria. Ed infatti, proprio perché tale è il regime generale di operatività dei vincoli sopravvenuti, l'art. 32 d.l. n. 269/2000 ha espressamente precisato, con riguardo a determinate tipologie di vincoli (ed in tal modo inserendo una evidente disposizione di eccezione), che questi si oppongono alla sanabilità dell'opera, solo se imposti prima dell'abuso commesso. Ma tale previsione normativa - formulata per i tipi di vincolo indicati dalla lett. d) del co. 27, art. 32 - proprio perché non ripetuta per i diversi beni di cui alla successiva lett. e), tra i quali rientra

quello oggetto del presente giudizio, esclude espressamente detti beni (e le opere sugli stessi illecitamente realizzate) dalla possibilità di condono edilizio. Ciò conferma ulteriormente che, in ordine ai beni “di interesse particolarmente rilevante”, trova applicazione la regola generale che conferisce rilevanza al regime giuridico dei beni al momento di presentazione della domanda di condono.(....) Fermo quanto già affermato in relazione all’art. 32, co. 27, lett. e) d.l. n. 269/2003, occorre innanzi tutto ricordare che le valutazioni espresse dalle Soprintendenze del Ministero per i beni e le attività culturali costituiscono valutazioni tecniche, censurabili in sede di sindacato giurisdizionale di legittimità, solo allorchè esse presentino palese irragionevolezza, illogicità, ovvero siano il frutto di errori di fatto.

Consiglio di Stato Sez. VI, 30.5.2014, n.2806  
**Accertamento - compatibilità - aree soggette - vincolo paesaggistico - autorizzazione paesaggistica - sanatoria - manufatto - realizzato - assenza di valutazione - compatibilità - aumento - superfici utili - volumi**

Nel giudizio in esame il ricorrente impugnava il provvedimento del Parco Agricolo Sud Milano, con il quale si rigettava la richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi degli artt. 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004. È pacifico in atti che il ricorrente ha ottenuto l’autorizzazione in sanatoria per tutte quelle opere che non hanno comportato la realizzazione di nuovi volumi (tettoie, porticato etc.). Al contrario l’Ente Parco ha negato l’ammissibilità della sanatoria con riferimento a quelle specifiche opere che hanno comportato la realizzazione di nuovi volumi. Il punto nodale della controversia è rappresentato dalla legittimità del diniego dell’accertamento di conformità in presenza della realizzazione di nuovi volumi, anche laddove l’ente preposto alla tutela del vincolo ambientale abbia espresso il proprio parere positivo. In effetti la norma preclude all’Amministrazione la possibilità di procedere ad un accertamento della compatibilità paesaggistica in tale specifica ipotesi, alla luce del combinato disposto degli art. 146 e dei co. 4 e 5 dell’art.

167 del d. lgs. 42/2004, il quale esclude espressamente la possibilità di sanare la realizzazione, in assenza della necessaria autorizzazione, di nuovi volumi. Il ricorrente sostiene, infatti, che laddove provvedesse, dopo aver demolito il fabbricato in questione, a chiedere il rilascio della necessaria autorizzazione secondo l’iter ordinario previsto per la realizzazione di manufatti in aree soggette a vincolo ambientale, egli potrebbe legittimamente costruire il manufatto di cui è stata intimata la demolizione. Si otterrebbe, così, a detta di parte ricorrente, l’unico risultato di far gravare sul proprietario delle opere l’onere della loro demolizione e successiva ricostruzione, senza che ciò comporti alcun apprezzabile profilo di tutela dei beni ambientali. La sentenza qui impugnata ha rigettato il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni. L’istituto dell’accertamento di conformità, infatti (attualmente disciplinato dagli artt. 36 e 45 del T.U. n. 380 del 2001), può eccezionalmente trovare applicazione anche in caso di opere eseguite su aree soggette a vincolo paesaggistico. In tal caso il rilascio del permesso di costruire in sanatoria rimane comunque subordinato al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004. Poiché, però, tale rilascio deve normalmente intervenire prima dell’inizio dei lavori, tant’è che l’art. 146, co. 4, del d.lgs. n. 42 del 2004 perentoriamente stabilisce che l’autorizzazione paesaggistica “non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi”, tale disposizione ha limitato la possibilità dell’acquisizione dell’autorizzazione in parola “in sanatoria” alle sole ipotesi di cui ai co. 4 e 5 del successivo art. 167, escludendo che ciò possa avvenire nel caso in cui, come in quello in esame, siano stati illegittimamente realizzati nuovi volumi. Ciò appare intimamente connesso con la particolare rilevanza costituzionale attribuita ai beni ambientali dal legislatore, in quanto la garanzia degli stessi non sarebbe solo fine a sé stessa, ma anche strumentale alla preservazione di beni fondamentali come la salute e la vita. Nel confronto tra interesse pubblico all’utilizzazione controllata del territorio e



interesse del privato alla sanatoria deve, quindi, ritenersi senz'altro prevalente l'interesse pubblico a che lo stato dei luoghi sia ripristinato. Il giudice di primo grado ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 del d. lgs. n. 42 del 2004 rispetto agli artt. 3, 9 e 97 della Costituzione, ciò in considerazione del rango primario attribuito dalla Costituzione e dalla sensibilità giuridico-sociale al valore paesaggistico, che si ritiene possa essere garantito proprio richiedendo che ogni intervento incidente in modo sostanziale sullo stesso (quale deve qualificarsi la realizzazione di nuovi volumi) sia preceduto da una compiuta valutazione della compatibilità del progetto edificatorio con il contesto ambientale di riferimento, escludendo l'ammissibilità di valutazioni postume, operate laddove l'opera sia stata già realizzata ed il bene già compromesso. Propone ricorso in appello il sig. Giuseppe Trovato deducendo la questione di costituzionalità degli artt. (del d.lgs. 22.01.2004, n. 42) 167, co.4, lett. a), limitatamente alle parole "che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati", e 181, co. 1, ter lett. a), limitatamente alle parole "che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati". La questione di costituzionalità viene sollevata con riferimento agli art. 3 (sotto un triplice profilo), 97 e 118 della Cost.. Sotto un primo profilo il ricorrente ha evidenziato che la legge prevede la sanabilità per interventi e lavori (che non comportano aumento di volumi e superfici) idonei a vulnerare molto più gravemente il paesaggio (taglio di boschi, chiusura di zone umide, riempimenti di alvei di canali, paludi, etc.) per i quali però la richiesta di accertamento di compatibilità è ammessa. Sotto un secondo profilo, in coerenza con quanto previsto anche dall'art. 36 del T.U. dell'edilizia, il codice dei beni culturali e del paesaggio avrebbe dovuto prevedere la "sanatoria", o quantomeno la possibilità di un accertamento ex post per tutti gli interventi eseguiti su beni paesaggistici. Sotto un ultimo profilo la norma è pure intrinsecamente irragionevole per eccesso di rigidità della

disciplina. Tale rigidità impedisce all'amministrazione competente di apprezzare liberamente il caso concreto, alla luce delle risultanze di fatto. L'art. 97 della Cost. prevede che l'azione dei pubblici poteri sia improntata all'economicità e alla proporzionalità di questa rispetto ai fini perseguiti. Le norme che non consentono l'accertamento di conformità paesaggistica, se non in determinati casi, violano apertamente tali principi, giacché impongono la demolizione di un'opera che potrebbe essere immediatamente riedificata, senza possibilità alcuna di intervento della p.a. in ordine alla verifica della sua compatibilità con l'interesse pubblico alla tutela del paesaggio. Urta contro il principio di sussidiarietà il fatto che l'autorità preposta alla gestione dei vincoli ambientali sia "espropriata" del potere di pronunciarsi sulla compatibilità paesaggistica ex post di un manufatto, quando poi spetti a essa il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica per il medesimo manufatto, una volta demolito e ricostruito. Il ricorso in appello è infondato. La premessa, da cui occorre prendere le mosse, è che il paesaggio, come bene oggetto di tutela, non è suscettibile né di reintegrazioni, né di incrementi: ciò giustifica una disciplina particolarmente rigorosa, che (è ragionevole ritenere) è stata adottata anche per arginare esperienze pregresse, non pienamente rispettose del disposto dell'art. 9 della Cost.. L'argomento di maggior impatto utilizzato dal ricorrente è l'affermata irragionevolezza della previsione legislativa che impone la demolizione di un'opera che potrà essere ricostruita previo rilascio dell'autorizzazione. Tale impostazione muove, verosimilmente, da numerosi interventi legislativi, che, in vari settori, hanno consentito la sanatoria di situazioni originariamente contra legem. Poiché i predetti provvedimenti legislativi esauriscono la propria efficacia nei limiti di tempo e di oggetto in essi contenuti, essi non possono costituire il fondamento di una situazione soggettiva di generalizzata aspettativa di sanatoria. La norma della cui costituzionalità si dubita impedisce la sanatoria allorquando vi sia stato un incremento di volumi: la specificità della previsione esclude qualsiasi violazione dell'art. 3 della Cost.,

*applicabile solo quando si attribuisca trattamento differenziato a situazioni analoghe. Né appaiono violate le altre norme della Cost. in quanto, così come evidenziato nella sentenza impugnata, la finalità della norma è di costituire un più solido deterrente contro gli abusi (al fine di prevenirli) dei privati (verificatisi nel recente passato in dimensioni notevoli sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo), a tutela di beni costituzionalmente protetti. Il Collegio non può quindi che confermare il proprio orientamento di recente espresso (sez. VI, 20.6.2013, n. 3373) secondo il quale: “L’art. 167, co. 4, d.lgs. 22.01.2004, n. 42, non consente il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica a sanatoria quando il manufatto realizzato in assenza di valutazione di compatibilità abbia determinato la creazione o l’aumento di superfici utili o di volumi”.*

Consiglio di Stato Sez. IV, 29.5.2014, n. 2781  
**Ristrutturazione - edilizia - demolizione - parziale - totale - edificio - ricostruzione - linee essenziali - sagoma - identità - volumetria - fabbricato - copertura - area - di sedime.**

*L’art. 3 co.1 lett. d), d.P.R. 6.06.2001 n. 380 – le cui definizioni come è noto prevalgono sulle diverse norme dei regolamenti edilizi – riconduce, come è noto, la nozione di “ristrutturazione edilizia” alla finalità di recupero del patrimonio esistente: per cui, nei casi in cui ricorra la demolizione parziale o totale dell’edificio, la ricostruzione deve rispettare le linee essenziali della sagoma; l’identità della complessiva volumetria del fabbricato, e la copertura dell’area di sedime (cfr. CdS sez. IV 21.10.2013 n.5120; CdS sez. IV 30.05.2013 n. 2972). L’intervento in questione si deve tradurre nell’esatto ripristino dell’edificio operato senza alcuna variazione rispetto alle originarie dimensioni dell’edificio, e, in particolare, senza aumenti né delle volumetrie, né delle superfici occupate, e né delle originarie sagome di ingombro perché altrimenti, qualora sia verificchino i detti incrementi, si tratterà dell’ipotesi di “nuova costruzione” per la quale deve essere rispettato il computo delle distanze rispetto agli edifici contigui (cfr. CdS sez. IV 6.12.2013 n. 5822;*

*CdS Sez. IV 2.12.2013 n. 5733; CdS sez. III 20.11.2013 n. 5488).*

Consiglio di Stato Sez. IV, 29.5.2014, n. 2779  
**Espropriazione - terreni agricoli - indennità - proprietario - coltivatore - ex art.42 bis d.P.R. n. 327/2001 - valore venale - terreni agricoli - importi aggiuntivi.**

*Nell’espropriazione ordinaria di terreni agricoli a danno del proprietario coltivatore vi è incompatibilità, tra la “triplicazione “ dell’indennità calcolata a mente dell’ art. 45, co. 2, lett d) (“l’indennità definitiva è determinata in base al criterio del valore agricolo, tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all’esercizio dell’azienda agricola, senza valutare la possibile o l’effettiva utilizzazione diversa da quella agricola”) e l’indennità aggiuntiva prevista dal comma IV° dello stesso art.40. Deve in secondo luogo essere chiarito che il maggior danno previsto 3° co. seconda parte dall’art.42 bis non è sempre e comunque dovuto, come sembra intendere parte appellante, bensì spetta soltanto se dalla parte interessata viene provato che il danno effettivamente subito è maggiore dall’ammontare dell’interesse del 5% annuo liquidato in ogni caso per il periodo di occupazione senza titolo a titolo di risarcimento del danno (“ Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l’interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma”). Tanto chiarito la Sezione ritiene che gli importi aggiuntivi in parola non possano più essere considerati dovuti nel presente giudizio nel quale è all’esame la quantificazione del danno subito dal proprietario coltivatore di terreni agricoli acquisiti a sanatoria dall’Amministrazione provinciale ex art.42 bis del più volte citato decreto. Detti importi aggiuntivi, invero, sono non soltanto intrinsecamente connessi sul piano procedimentale all’espropriazione ordinaria, ma soprattutto sono finalisticamente collegati con il criterio di quantificazione dell’indennità di base dovuta quando oggetto dell’esproprio*



sono terreni non edificabili, la quale per effetto dell'art. 40 co. 1 d.P.R. n.327/2001 è determinata con il criterio del valore agricolo medio dei terreni oggetto dell'ablazione, il quale dei primi rappresenta la base di calcolo. Ne consegue che quando l'indennità dovuta al proprietario coltivatore è calcolata, ex art.42 bis, in base al valore venale dei terreni agricoli, che è sempre maggiore del loro valore agricolo medio, introdotto evidentemente degli effetti della sentenza della C. Cost. n.181/20011, come sottolineato dalla stessa parte appellante, (dichiarativa dell'incostituzionalità del criterio del valore agricolo medio), viene meno la possibilità di riconoscere gli importi aggiuntivi in argomento, ancorché a titolo di maggior danno, considerata anche la tendenziale omnicomprensività dell'indennità riconosciuta nell'ipotesi di acquisizione sanante, potendosi diversamente ritenere palesemente sproporzionato l'importo dovuto dall'amministrazione ove utilizzi l'art.42 bis già citato. La domanda di riconoscimento dell'indennità aggiuntiva ex art.40 co.IV d.P.R. n.327/2001 va quindi respinta.

Consiglio di Stato Sez. V, 27.5.2014, n. 2696  
**Parere - commissione edilizia integrata - orientamento giurisprudenziale - salvaguardia - fini paesaggistici - fisionomia - territorio - estremo rigore - interventi - modificatori - stato - luoghi - valore tutelato.**  
Nel giudizio in esame la società assume l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui non sarebbe stato apprezzato il vizio di eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento e difetto di motivazione, non sussistendo l'alterazione sostanziale del paesaggio o la modifica della morfologia del territorio, come ritenuto dalla commissione edilizia integrata, atteso che nessun elemento dell'opera si porrebbe in contrasto con l'interesse paesaggistico tutelato, rapportandosi anzi ad esso in termini di rispetto e di valorizzazione. L'assunto dell'appellante è stato rigettato dal CdS che ha evidenziato come il giudizio di natura prettamente tecnico – discrezionale espresso dalla commissione edilizia integrata non pare censurabile sotto i profili dedotti dalla

ricorrente, atteso che le preminenti valutazioni di ordine estetico non sono recessive nella tutela apprestata al paesaggio dalla normativa in materia che persegue proprio la finalità di preservare le bellezze naturali attraverso il controllo e l'approvazione delle attività che possono modificare l'aspetto esteriore delle località disponendo che qualunque interesse pubblico o privato, incidente nella località, trovi attuazione in armonia con il contesto naturale meritevole di tutela. Naturalmente non compete a questo giudice valutare dal punto di vista estetico la distonia, il disequilibrio e l'assenza di linearità con il paesaggio incontaminato, caratterizzato da ville ristrutturate in modo da non pregiudicare l'originaria struttura e sagoma, da lievi declini arborei e verdeggianti, del campo da tennis per i colori e l'alta recinzione formata da pali in gesso e rete a maglia sciolta; può però questo giudice dare atto che la motivazione del parere sfavorevole risulta precisa, specifica ed esauriente, essendo sottolineato che "l'intervento ..altera sostanzialmente una zona paesisticamente rilevante del contesto rurale della città di Siena, modificando la morfologia e conseguentemente creando un danno per l'ambiente circostante" e che non appare illogico o irragionevole, atteso il decoro che merita la campagna senese, nella quale non pare possa inserirsi un elemento di rottura con il contesto. Invero, i quadri panoramici naturali vanno protetti nella loro integrità sostanziale sì da non perdere il proprio valore e la unicità, trattandosi di un patrimonio di tutti, che configura un interesse pubblico di valore primario rispetto al quale non possono che recedere gli interessi dei privati con esso dissonanti. In tal senso è l'orientamento giurisprudenziale consolidato, dal quale non v'è motivo per dissentire, che ha sempre ritenuto prevalente l'esigenza di salvaguardare ai fini paesaggistici la fisionomia del territorio considerando con estremo rigore interventi modificatori dello stato dei luoghi con pregiudizio al valore che si intende tutelare (cfr. per tutte, CdS. V, 4.5.1996, n. 696).

Consiglio di Stato Sez. V, 27.5.2014, n. 2717  
**Edilizia- onere ecologico - convenzione urbanistica - rapporti - privato - oneri -**

**urbanizzazione primaria - secondaria - contributo.**

*Nel giudizio in esame il Comune di Cambiano, con provvedimento del 2.9.2001, richiedeva alla società il pagamento del contributo di cui all'art. 10 della l. 28.1.1977, n. 10 (c.d. onere ecologico o indotto, oggi divisato dall'art. 19 t.u. edilizia) - liquidato in lire 79.821.799 (euro 41.224,52) in relazione alla concessione edilizia n. 52/99 del 28.10.1999, rilasciata alla società per la realizzazione di una "nuova costruzione di fabbricato industriale". La società contestava la richiesta di pagamento, assumendo che nella convenzione urbanistica intercorsa tra il Comune di Cambiano erano stati fissati in maniera dettagliata gli oneri dovuti per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria e le opere a scomputo, sicché null'altro poteva pretendersi per i suddetti titoli. Il TAR accoglieva il ricorso della società, ritenendo che: a) la determinazione del Comune di addivenire ad una convenzione con il privato in materia urbanistica segna il mutamento dei termini del rapporto tra le parti, facendo venir meno la possibilità di emendare le determinazioni amministrative inerenti l'oggetto del rapporto; b) la convenzione sarebbe stata stipulata anche nell'interesse pubblico e la valutazione degli oneri avrebbe carattere unitario, sì che non sarebbe possibile pretendere di esercitare nuovamente il potere già spiegato (o chiedere l'integrazione della convenzione, applicando analogicamente l'art. 1374 cod. civ.) dopo la definizione del rapporto in termini consensuali. Con unico motivo di appello, il Comune di Cambiano assume l'erroneità della sentenza di primo grado per aver frainteso la portata dell'art. 10 della l. n. 10 del 1977, riportando la questione nell'ambito della natura pattizia della convenzione urbanistica, che esaurirebbe la possibilità di modifiche o integrazioni unilaterali. Il CdS ha ritenuto l'assunto è fondato. Il percorso logico - motivazionale contenuto in sentenza, incentrato sulla vincolatività della convenzione, che esaurirebbe la potestà dell'amministrazione di apportare modifiche alla determinazione degli oneri dopo la sottoscrizione della convenzione, in forza di un'asserita prevalenza dei principi che presiedono ai rapporti di natura*

*sinallagmatica sui contrapposti principi pubblicistici tra i quali il potere di autotutela e di rideterminazione dei tributi secondo legge, non considera che: a) nell'ambito del diritto privato l'inserzione automatica di clausole è consentita ed espressamente prevista dagli artt. 1339 e 1374 cod. civ.; invero, l'integrazione di un contratto, sia essa suppletiva, cioè per il caso di mancanza di clausole convenzionali, o cogente, allorché si sostituisce ad ogni difforme dichiarazione di volontà (art. 1339, in forza del quale "le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti"), poiché non tocca il piano della fattispecie, ma quello degli effetti (l'inserzione incide sul rapporto e non già sull'accordo) comporta che il contratto caratterizzato dalla sostituzione di clausole non muta la sua natura negoziale e, attraverso la sostituzione, persegue l'interesse preminente avuto di mira dal legislatore con la determinazione della norma imperativa, assicurando la conservazione del contratto; b) l'inserzione di clausole, quindi, tutt'altro che in contrasto con la natura pattizia della convenzione, opera d'imperio, è indisponibile, e trova applicazione anche per i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione (Cass. n. 6559/1988); ne consegue che, quand'anche si voglia riportare il complesso rapporto tra amministrazione e privato relativo all'attuazione di un piano urbanistico attuativo nei limitati confini della convenzione ad esso accessiva, la richiesta del pagamento del contributo ecologico non previsto in convenzione è legittima, trattandosi di prestazione dovuta da norma di legge inderogabile. L'impostazione della controversia seguita dal giudice di primo grado non è comunque condivisibile, poiché non considera che il procedimento per il rilascio della concessione edilizia e il procedimento di imposizione degli oneri disciplinati dalla L. 28.1.1977 n. 10, fra i quali rientra anche il cosiddetto "onere ecologico" del quale si controverte, hanno natura distinta e autonoma come affermato da univoca giurisprudenza (CdS, V, n. 426 del 1996; IV, n. 2325/2007; C.d.giust. amm., n. 376 del 2013). Di conseguenza, non solo la determinazione*



dell'onere contributivo può avvenire successivamente al rilascio della concessione edilizia ma, anche nel caso in cui tale determinazione sia già avvenuta al momento del rilascio della concessione, l'amministrazione può ben effettuare una rideterminazione dell'ammontare del contributo dovuto. Tale potere di revisione, essendo espressione del generale principio di autotutela dell'amministrazione, non è nemmeno subordinato all'insorgenza di fatti nuovi o comunque alla conoscenza di nuovi elementi che l'amministrazione non era stata posta in condizione di valutare, ma può - al contrario - essere esercitato ogni qualvolta l'amministrazione si renda conto di essere incorsa in errore, per qualsiasi motivo, nella determinazione dell'entità del contributo. Nella specie, pertanto, legittimamente l'amministrazione ha richiesto il contributo per oneri ecologici, essendosi resa conto, successivamente alla sottoscrizione della convenzione ed al rilascio della concessione edilizia, che essendo relativa ad insediamenti industriali, il rilascio della concessione edilizia imponeva il pagamento del suddetto contributo. Quanto alla natura vincolante e inderogabile dell'onere ecologico di cui alla previsione dell'art. 10 della l. 28.01 n. 10, esso risulta dal dato testuale della norma ("La concessione relativa a costruzioni o impianti destinati ad attività industriali o artigianali dirette alla trasformazione di beni ed alla presentazione di servizi comporta la corresponsione di un contributo pari alla incidenza delle opere di urbanizzazione, di quelle necessarie al trattamento e allo smaltimento dei rifiuti solidi, liquidi e gassosi e di quelle necessarie alla sistemazione dei luoghi ove ne siano alterate le caratteristiche. La incidenza di tali opere è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base a parametri che la regione definisce con i criteri di cui alle lettere a) e b) del precedente art. 5, nonché in relazione ai tipi di attività produttiva"), sicché nessun dubbio può sussistere sul dovere dell'amministrazione di chiedere il pagamento di detto contributo, alla stregua degli altri contributi afferenti la concessione edilizia, non ostandovi in alcun modo la circostanza che l'eventuale convenzione urbanistica con la quale siano

stati disciplinati i rapporti con il privato in materia di oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, non abbia previsto questo contributo. 13. - Privo di pregio è poi l'assunto dell'appellata, di aver comunque soddisfatto il presupposto dell'onere contributivo di cui all'art. 10 della l. n. 10 del 1977, avendo realizzato le opere previste al paragrafo 11 della convenzione, che sarebbero finalizzate ad attenuare il possibile impatto delle lavorazioni dell'impresa sull'ambiente. Ai sensi dell'art. 10, primo co., della L. 28.01.1977 n. 10 e della normativa regionale, l'onere contributivo dovuto per il rilascio della concessione edilizia relativa ad opere o impianti non destinati alla residenza, va commisurato oltre che in relazione all'incidenza delle opere di urbanizzazione a quella delle opere "necessarie al trattamento e allo smaltimento dei rifiuti solidi, liquidi e gassosi" ed a quelle "necessarie alla sistemazione dei luoghi ove ne siano alterate le caratteristiche", opere che nulla hanno a che vedere con la realizzazione di un tronco di fognatura mista, del depuratore chimico - fisico per le acque reflue, vasche Imhoff e vasche chiarificatrici per gli scarichi civili, vasca per la raccolta di acque piovane e impianto di depurazione delle acque, rientrando queste pacificamente nelle opere di urbanizzazioni primarie, alle quali sono tenuti tutti coloro che utilizzano aree a fini edificatori. L'onere c.d. ecologico grava, invece, solo sugli insediamenti di tipo industriale per il maggior impatto di tali insediamenti sul territorio ed è, infatti, rapportato alle opere e ai correlati oneri economici gravanti sulla collettività, che siano necessari per eliminare l'impatto ambientale negativo che la realizzazione degli impianti industriali può comportare sul territorio. Di conseguenza, non vengono in considerazione solo le opere per lo smaltimento dei rifiuti e delle sostanze inquinanti che altrimenti graverebbero sull'amministrazione locale, ma anche tutti quegli interventi che si richiedono per la sistemazione dell'ambiente circostante, le cui caratteristiche possono risultare alterate in vario modo sia dalle opere costituenti specificamente lo stabilimento industriale autorizzato, sia dagli stessi impianti di disinquinamento realizzati. Riguardo a questi ultimi, poi, è evidente che non possono

*calcolarsi a scomputo del contributo dovuto quegli impianti alla cui realizzazione il titolare della concessione sia comunque obbligato in ossequio a diverse norme di legge. Quanto all'assunto che, non avendo il Comune realizzata alcuna delle opere contemplate dall'art. 10, l. n. 10/1977, mancherebbe la causa dell'asserito obbligazione di pagamento dell'onere ecologico, è ugualmente pacifico in giurisprudenza che il pagamento degli oneri di urbanizzazione, compreso l'onere contributivo di cui trattasi, sono dovuti all'amministrazione comunale perché trovano fonte nella legge (art. 3 della l. n. 10/1977, in base al quale "La concessione comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione" e non già in base ad un rapporto sinallagmatico. Il contributo per il rilascio della concessione edilizia imposto dalla l. 28.01. 1977, n. 10 ha, infatti, carattere generale, in quanto prescinde dall'esistenza o meno delle singole opere di urbanizzazione, ha natura di prestazione patrimoniale imposta e viene determinato senza tener conto dell'utilità che riceve il beneficiario del provvedimento di concessione né delle spese effettivamente necessarie per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione relative alla concessione assentita (cfr. CdS, sez. V, n. 462 del 1997 cit.). Quindi l'assunto è del tutto privo di pregio, atteso che l'onere c.d. ecologico che qui viene in questione riguarda la partecipazione del privato agli interventi tesi a mitigare il complessivo impatto ambientale delle opere autorizzate e va commisurato agli effetti inquinanti che, seppur mantenuti nei limiti consentiti dalla legge, devono per quanto possibile essere contrastati con adeguati interventi il cui costo economico graverebbe, altrimenti, per intero sulla collettività.*

**Consiglio di Stato Sez. V2 7.5.2014, n. 2755**  
**Abusi edilizi - Consiglio di Stato - natura perentori - sanatoria - ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001.**

*La sanatoria ex art. 36 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 non può essere più richiesta quando sia definitivamente decorso il termine di novanta giorni dall'ingiunzione di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi (nel caso di*

*opere eseguite in assenza di concessione, in totale difformità e con variazioni essenziali, art. 7) ovvero quello fissato dal sindaco nell'ordinanza di demolizione (nel caso di interventi di ristrutturazione edilizia, art. 9, co.1, e di opere eseguite in parziale difformità dalla concessione, art. 12, co. 1) e, nel caso di opere eseguite senza autorizzazione, ex art. 10, fino alla irrogazione delle sanzioni amministrative. Questo il principio sancito dalla Quinta Sez.del CdS nella sentenza depositata in data 27.5.2014. In particolare il Collegio nella sentenza in esame rileva che l'art. 13 della l. 28.2.1985, n. 47 (ora trasfuso nell'art. 36 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380), su cui è stata fondata l'istanza di concessione in sanatoria dell'abuso edilizio, negata col provvedimento impugnato in primo grado, stabilisce che il responsabile dell'abuso possa ottenere la concessione o l'autorizzazione in sanatoria, quando l'opera eseguita in assenza della concessione o autorizzazione sia conforme agli strumenti 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, "fino alla scadenza del termine di cui all'art. 7, terzo co., per i casi di opere eseguite in assenza di concessione o in totale difformità o con varianti essenziali, o dei termini stabiliti nell'ordinanza del sindaco di cui al primo co. dell'art. 9, nonché, nei casi di parziale difformità, nel termine di cui al primo co. dell'art. 12, ovvero nel caso di opere eseguite in assenza di autorizzazione ai sensi dell'art. 10 o comunque fino alla irrogazione delle sanzioni". La particolare sanatoria prevista dall'articolo in esame non può pertanto essere più richiesta quando sia definitivamente decorso il termine di novanta giorni dall'ingiunzione di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi (nel caso di opere eseguite in assenza di concessione, in totale difformità e con variazioni essenziali, art. 7) ovvero quello fissato dal sindaco nell'ordinanza di demolizione (nel caso di interventi di ristrutturazione edilizia, art. 9, co. 1, e di opere eseguite in parziale difformità dalla concessione, art. 12, co. 1) e, nel caso di opere eseguite senza autorizzazione, ex art. 10, fino alla irrogazione delle sanzioni*



amministrative. Il legislatore ha in tal modo inteso contemperare i contrapposti interessi in conflitto, subordinando la sanatoria dell'abuso edilizio, di natura esclusivamente formale per la sola mancanza del titolo abilitativo o per la violazione dello stesso, stante invece la sua doppia conformità edilizia ed urbanistica (al momento della realizzazione dell'opera e al momento della domanda), al mancato definitivo consolidarsi del provvedimento sanzionatorio di demolizione o di irrogazione della sanzione, indipendentemente dal fatto che la sanzione sia stata effettivamente già portata ad esecuzione (sul rapporto di consequenzialità tra provvedimento di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e quello successivo di acquisizione gratuita delle opere abusive e dell'area di sedime rispetto all'ordine di demolizione delle opere e ripristino dello stato primitivo dei luoghi e sulla loro non autonoma impugnabilità in mancanza di tempestiva impugnazione dell'atto con cui era stata ingiunta la demolizione, tra le tante CdS., sez. V, 10.01.2007, n. 40). Da ciò deriva la natura perentoria dei termini sopra indicati. Nel caso di specie non è contestato che la richiesta di concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 13 della l. n. 47 del 1985 sia stata presentata dall'interessato quando era ormai diventata definitiva l'ordinanza di demolizione dello stesso abuso di cui si discute. Correttamente pertanto i primi giudici hanno ritenuto tardiva la nuova domanda di concessione in sanatoria (risultando infondato il richiamo operato dall'appellante alla pretesa mancata irrogazione delle sanzioni amministrative), tardività che preclude l'esame delle altre censure. Vanno poi respinte le deduzioni secondo cui la sanatoria ex art. 13 sarebbe possibile al di là dei casi da esso tassativamente previsti. Per la consolidata giurisprudenza, che il Collegio condivide e fa propria, è legittimo il doveroso diniego della concessione in sanatoria di opere eseguite senza titolo abilitante, qualora le stesse non risultino conformi tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della loro realizzazione quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria (CdS. V, 17.3.2014, n. 1324; V, 11.06.2013, n. 3235; V, 17.09.2012, n. 4914; V, 25.2.2009, n. 1126; IV,

26.4.2006, n. 2306). Infatti, solo il legislatore statale (con preclusione non solo per il potere giurisdizionale, ma anche per il legislatore regionale: C. Cost., 29.5.2013, n. 101) può prevedere i casi in cui può essere rilasciato un titolo edilizio in sanatoria (avente anche una rilevanza estintiva del reato già commesso) e risulta del tutto ragionevole il divieto legale di rilasciare una concessione (o il permesso) in sanatoria, anche quando dopo la commissione dell'abuso vi sia una modifica favorevole dello strumento urbanistico. Come rilevato da questo Consiglio (Sez. V, 17.3.2014, n.- 1324, cit.), tale ragionevolezza risulta da due fondamentali esigenze, prese in considerazione dalla legge: a) evitare che il potere di pianificazione possa essere strumentalizzato al fine di rendere lecito ex post (e non punibile) ciò che risulta illecito (e punibile); b) disporre una regola senz'altro dissuasiva dell'intenzione di commettere un abuso, perché in tal modo chi costruisce sine titolo sa che deve comunque disporre la demolizione dell'abuso, pur se sopraggiunge una modifica favorevole dello strumento urbanistico.

Consiglio di Stato Sez. IV 22.5.2014, n. 2636  
**Pianificazione urbanistica - Consiglio di Stato - principi consolidati - onere di motivazione - gravante amministrazione - sede adozione - strumento urbanistico**

Il potere di pianificazione urbanistica, a maggior ragione in considerazione della sua ampia portata in relazione agli interessi pubblici 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, sez. 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, sez. IV, 8.06.2011 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 allorchè 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. VI del 8.5.2014, n. 2363  
**Edilizia - volume tecnico - scala elicoidale - riparo - smonto - scala - terrazzo - impianti**

**tecnici - caldaia - quadro elettrico - serbatoio - riserva acqua.**

Nel giudizio in esame il CdS ha evidenziato come dalla descrizione in fatto fornita dall'appellante emerge che il torrino scala, oltre a consentire il riparo e lo "smonto" della scala sul terrazzo (ampia scala elicoidale necessaria per accedere al terrazzo) risultava destinato, per la superficie residuale all'ingombro della scala, ad alloggiare e contenere i seguenti impianti tecnici: caldaia, serbatoio di riserva per l'acqua, quadro elettrico. Al riguardo il Collegio rammenta precedenti (da ultimo, CdS VI, 31.3.2014, n.1512) che affermano che la nozione di volume tecnico corrisponde a un'opera priva di qualsivoglia autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché destinata a contenere soltanto, senza possibilità di alternative e comunque per una consistenza volumetrica del tutto contenuta, impianti serventi di una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico-funzionali della costruzione stessa. Sulla base di tale parametro, essendo compresi all'interno della superficie di tredici metri quadrati da un lato l'ampia scala elicoidale per accedere al terrazzo, e dall'altro lato il serbatoio di riserva di acqua, la caldaia, il quadro elettrico e in considerazione della limitata altezza del torrino, si può affermare la natura di volume tecnico dell'opera come asseritamente "ricostruita".

Consiglio di Stato Sez. VI del 8.5.2014, n. 2363  
**Abusi edilizi - nessuna comunicazione - avvio - procedimento - adozione - misure repressive - edilizie.**

Nella sentenza in esame il CdS ha respinto in quanto infondato il motivo con cui si lamenta la violazione dei doveri partecipativi per omessa previa comunicazione di avvio del procedimento tendente alla finale adozione di atti repressivi dell'abuso. Infatti, per costante giurisprudenza (es. CdS, IV, 23.1.2012, n.282; VI, 24.9.2010, n. 7129; VI, 30.5.2011, n. 3223; VI, 24.5.2013, n. 2873; V, 9.9.2013, n. 4470.) l'adozione di misure repressive edilizie non è assoggettata all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, attesa la natura vincolata del provvedimento finale, rispetto al quale la partecipazione dell'interessato non

può arrecare alcuna utilità.

Consiglio di Stato Sez. IV del 9.5.2014, n. 2380  
**L'ordine - sospensione - attività - edilizia - abusiva - ordine di demolizione.**

*Per consolidata giurisprudenza l'ordine di sospensione dell'attività edilizia abusiva, in ragione del carattere meramente eventuale delle esigenze cautelari che possono determinarlo, non deve necessariamente precedere l'ordine di demolizione, ma può anche non esservi affatto, e pertanto, anche l'adozione di un ordine di sospensione superfluo, per essersi ormai consumate le esigenze cautelari che potevano giustificarlo, non può certo rifluire sull'ordine di demolizione in modo da renderlo illegittimo (cfr. CdS, sez. II, 18.1.2006, parere nr. 408, con riferimento a fattispecie in cui la notifica dell'ordine di sospensione era stata contestuale a quella dell'ordine di demolizione). Conclude in CdS che alla luce dei rilievi che precedono, appare dunque evidente l'estraneità al caso che occupa delle altre e diverse norme invocate dagli appellanti: ciò vale non solo per il già citato art. 7 della l.n. 47 del 1985, ma anche per l'art. 32 della l. 17.8.1942, nr. 1150, del quale pure si assume la violazione. Infondato è pure il secondo motivo di appello, col quale da un lato si reitera la censura di mancata ponderazione degli interessi pubblici e privati in conflitto e dall'altro si ribadiscono le critiche al modus procedendi seguito dal Comune per l'affidamento degli interventi di demolizione e per la successiva quantificazione e liquidazione delle spese di cui è stato chiesto il rimborso.*

Consiglio di Stato Sez. VI 8.5.2014, n. 2368  
**Abusi edilizi - Comune - notifica - verbale accertamento - inottemperanza - ordinanza - demolizione - responsabile - abuso - provvedimento - acquisizione gratuita.**

*Nella vicenda in esame si è consolidato e reso intangibile l'ordine di demolizione, come da giudicato intervenuto tra le parti (sentenza del T.a.r. Campania, sez. II, 23.6.2006 n. 7166, confermata dalla decisione di questo CdS, sez. IV, 27.6.2007 n. 3757). Situazione d'irreversibilità, quella innanzi descritta, che discende altresì dal giudicato penale del*

*Tribunale di Napoli di cui alla sent. n. 17020 dell'11.5.2009 (irrevocabile dal 3.1.2012), con cui è stata disposta la demolizione, se non altrimenti eseguita, delle opere abusive in questione. Recita l'art. 31, co. terzo, del d.P.R. 6.6.2001 n. 380, che "Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita". Da ciò deriva, ove l'ordine di demolizione non eseguito sia divenuto inoppugnabile, che l'autore dell'abuso non può far valere in sede d'impugnativa, relativamente all'atto dichiarativo dell'avvenuta acquisizione gratuita, eccezioni in merito alla natura dell'intervento ed al tipo di sanzione applicata ma, unicamente, vizi formali e procedurali inerenti alla fase d'impossessamento del bene da parte del comune. Relativamente a tale stadio dell'impugnazione, prevede poi il successivo comma quarto del predetto articolo, che "L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al precedente co., previa notificazione all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente". Vale a dire che il provvedimento con il quale viene disposta l'acquisizione gratuita dell'opera abusiva al patrimonio comunale ha, nella configurazione della suddetta disposizione, carattere meramente dichiarativo, in quanto interviene automaticamente per effetto dell'inottemperanza all'ordine di demolizione. Né giova al ricorrente riportarsi a sospensioni cautelari intervenute nel corso delle acquisizioni istruttorie, comunque superate dalla decisione finale di merito, che ha disatteso ogni censura inerente alle sanatorie o alla sanabilità dell'intervento ed al titolo comunale d'immissione in possesso conseguente alla riscontrata inottemperanza, alla luce dell'incontrovertibile giudicato sulla*

*demolizione del manufatto per violazione delle regole urbanistiche relative alle distanze. D'altro canto, poiché la notificazione del verbale di accertamento dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione non ha alcun contenuto dispositivo, limitandosi a constatare in via ricognitiva e vincolata l'inadempimento dell'ordine di demolizione, non è quindi necessario che lo stesso venga notificato al responsabile dell'abuso prima di adottare il provvedimento con cui si disponga l'acquisizione gratuita, rilevando l'adempimento della notificazione all'interessato dell'accertamento formale dell'inottemperanza, pienamente idoneo a consentire all'ente l'immissione in possesso e la trascrizione nei registri immobiliari del titolo dell'acquisizione (cfr. CdS, Sez. V, sent. 12.12. 2008 n. 6174; Cassazione penale, sez. III, sent. 28.11.2007 n. 4962).*

Consiglio di Stato Sez. VI 6.5.2014, n. 2307

**Il Comune - ordinanza - demolizione - rigetto - istanza - doppia conformità - ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001.**

*La presentazione dell'istanza ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. 6.06.2001, n. 380 - ossia ai sensi di una norma che, prevedendo quella che, sinteticamente, si definisce doppia conformità - limita la valutazione dell'opera sulla base di una disciplina preesistente. Sulla base di tale premessa il CdS ha rilevato come sostenere che, nell'ipotesi di rigetto, esplicito o implicito, dell'istanza di accertamento di conformità, l'amministrazione debba riadottare l'ordinanza di demolizione, equivale al riconoscimento in capo a un soggetto privato, destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento. La ricostruzione dell'intero procedimento nei termini suddetti non può essere effettuata in via meramente interpretativa, ponendosi essa al di fuori di ogni concezione sull'esercizio del potere, e richiede un'esplicita scansione legislativa, allo stato assente, in ordine ai tempi e ai modi della partecipazione dei soggetti del rapporto.*

Consiglio di Stato Sez. V 28.4.2014, n. 2184

**L'azione - contro silenzio - P.A. -**

**procedimento - rilascio Autorizzazione Unica - adozione - atti - infraprocedimentali - idonea - impedire formazione - silenzio inadempimento.**

*L'azione avverso il silenzio, di cui all'art. 31 del codice del processo amministrativo, è concettualmente scindibile in due domande: la prima, di natura dichiarativa, volta all'accertamento dell'obbligo, in capo all'amministrazione destinataria dell'istanza presentata dal titolare dell'interesse pretensivo, dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare a sensi dell'art. 2 della l. 7.08. 1990, n. 241; l'altra, inquadrabile nel novero delle azioni di condanna, diretta ad ottenere una sentenza che condanni l'amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito, previo accertamento della spettanza del bene della vita nei casi in cui venga in rilievo l'esplicazione di in potere discrezionale. Le due domande, normalmente conosciute nell'ambito di un giudizio unitario in seno al quale l'attività di accertamento è strumentale alla pronuncia di condanna ad un facere di stampo pubblicistico, rivelano la loro autonomia nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna non risulti più ammissibile o utile ma residui, a fini risarcitori, l'interesse ad una declaratoria che stigmatizzi l'illegittima inerzia amministrativa. Detta autonomia viene in rilievo in modo particolare nel caso di specie, nel quale, nel corso del giudizio di primo grado e nell'atto di appello, la parte ricorrente ha manifestato l'interesse a conseguire una pronuncia dichiarativa della formazione del silenzio-rifiuto anche a fronte del venir meno dell'interesse alla sentenza di condanna alla definizione dell'iter procedurale. Applicando tali coordinate al caso di specie si deve reputare che l'improcedibilità del ricorso di primo grado a seguito del sopravvenuto difetto d'interesse conseguente al sopravvenuto esplicito di diniego nel corso del giudizio d'appello non faccia venir meno l'interesse al conseguimento di una decisione sull'autonoma domanda, articolata con il ricorso di prime cure e ribadita in appello, di accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere entro i termini di legge nella prospettiva della futura proponibilità di una domanda di*



risarcimento. A suffragio di tale ricostruzione depone la disciplina dettata dall'art. 34, co. III, cod. proc. amm., secondo cui "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". Detta norma, pur se relativa all'azione di annullamento, esprime una regola iuris, che, riconnettendosi al principio generale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (così CdS, sez. I, 18.05.2012, n. 2918) e al corollario, che a tale premessa consegue, dell'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche (CdS, Ad Plen 29.7.2011, n. 15; sez. V, 31.01.2012, n. 472; sez. IV, 9.05.2013, n. 2518), non può che estendersi anche al giudizio avverso il silenzio. Ne deriva che il sopravvenire di un provvedimento di diniego non può ostare alla declaratoria dell'illegittimità procedurale dell'amministrazione laddove, come nel caso di specie, venga prospettata e sia astrattamente ravvisabile l'utilità di un tale decisum nella proiezione di un successivo giudizio risarcitorio, ferma restando la riserva a tale separato momento cognitivo della deliberazione, sul piano dell'an e del quantum, della domanda risarcitoria (sulla necessità di una domanda o allegazione di parte e sulla riserva al giudice del risarcimento della cognizione della relativa domanda, CdS, sez. V, 14.12.2011, n. 6541). Si deve, a questo punto, stabilire se effettivamente vi sia stato nel caso di specie l'inadempimento dell'Amministrazione Regionale all'obbligo di provvedere sull'istanza dell'appellante entro i termini previsti per la conclusione del procedimento de quo. Premette il Collegio che l'art. 2 della l. n. 241/1990, che racchiude uno dei principi fondamentali dell'ordinamento in tema di azione amministrativa, sancisce l'obbligo per l'amministrazione di concludere ogni procedimento che consegua obbligatoriamente ad un'istanza con provvedimento espresso entro un termine certo, che è quello generale fissato dal comma 3 di detto articolo o quello indicato da specifiche disposizioni. Aggiungasi che il termine entro il quale deve concludersi, ex art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica, oltre ad essere

perentorio (C.Cost., sentenze n. 364/2006, e n. 282/2009), risponde a evidenti finalità di semplificazione e accelerazione, sicché esso può essere qualificato come principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (C. Cost. 9.11.2006, n. 364, CdS, sez. V, 23.10.2012, n. 5413, 21.11.2012, n. 5895 e 15.05.2013 n. 2634). Peraltro, nemmeno in base alle disposizioni di cui al regolamento regionale contenuto nell'allegato A della delibera di Giunta n. 23.1.2007, n. 35 (pubblicata sul B.U.R.P. n. 19 del 6.2.2007), in materia di procedimento per il rilascio dell'Autorizzazione Unica, risulta un diverso quadro procedimentale. Ciò in quanto l'art. 2.3.2, co. 4, del citato regolamento stabilisce che, a seguito dell'istanza presentata dal privato per l'ottenimento dell'Autorizzazione Unica, "...il Responsabile unico provvede ad inviare entro il termine massimo dei successivi sette giorni lavorativi, dalla data di ricevimento della domanda, una copia del progetto definitivo a ciascuno degli enti individuati dall'Ufficio Industria Energetica quali interessati al rilascio dei pareri prescritti dalla L."; da ciò si deduce che, in conformità alla normativa statale in materia, tutti i pareri, compresi quelli ambientali, nella Regione Puglia devono essere acquisiti all'interno dello stesso procedimento di competenza regionale. A tanto consegue che la mancata adozione di un provvedimento espresso sulla richiesta autorizzazione unica nel complessivo termine di legge, pacificamente spirato nel caso di specie, entro cui deve concludersi il relativo procedimento è del tutto ingiustificata e configura un sostanziale inadempimento. Va soggiunto che, in omaggio a pacifici principi giurisprudenziali, l'adozione di atti infraprocedimentali (quali la comunicazione di avvio del procedimento o la convocazione di conferenze di servizi) non è idonea a impedire la formazione del silenzio inadempimento, visto che solo l'adozione del provvedimento definitivo soddisfa l'interesse, azionato nel giudizio di cui all'art. 31 c.p.a., al conseguimento di una risposta esplicita alla domanda introduttiva. Si deve aggiungere che nel caso di specie il termine di legge risulta decorso anche a considerare alla stregua di

*dies a quo* quello della regolarizzazione della garanzia posta a corredo dell'istanza; e che, salvo il caso, che qui non viene in rilievo, di palese infondatezza, sarà oggetto di autonomo giudizio, in sede di impugnazione eventuale del diniego espresso o della proposizione di domanda risarcitoria, lo scrutinio sulla spettanza del bene della vita.

Consiglio di Stato Sez. V 28.4.2014, n. 2194

**Super D.I.A. - demolizione - ricostruzione - non sono restauro - conservativo - ristrutturazione pesante.**

*Nella controversia giunta all'attenzione della Quinta Sez. CdS il ricorrente contesta la qualificazione dell'intervento edilizio operata dal comune sostenendosi la tesi che, nella specie, sarebbe stato realizzato un intervento di restauro conservativo. Il Collegio ha ritenuto in accoglibile l'eccezione, avendo fatto buon governo, il comune prima e il T.a.r. poi, delle norme e dei principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. fra le tante Sez. V, n. 7325 del 2004), secondo cui gli interventi di demolizione e ricostruzione non possono mai sussumersi nel genus del restauro conservativo ma in quello della c.d. "ristrutturazione pesante" che presuppone l'emanazione di una regolare concessione edilizia (oggi permesso di costruire o c.d. super d.i.a.). In fatto è sufficiente osservare sul punto che da tutta la documentazione tecnica acquisita al fascicolo d'ufficio emerge pacificamente l'entità e consistenza delle opere realizzate che devono necessariamente qualificarsi come interventi di ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione. Con il quarto mezzo il ricorrente lamenta poi il contrasto fra il contenuto del parere della Soprintendenza – acquisito a suo tempo ai sensi dell'art. 9, co. 4, l. n. 47 del 1985 cit., oggi art. 33, co. 4, t.u. edilizia) – che aveva imposto il ripristino per le sole opere esterne, ed il provvedimento sindacale di ingiunzione che invece ha ordinato al privato di ripristinare in toto la preesistente opera. Anche tale mezzo è stato ritenuto infondato atteso che la Soprintendenza, come risulta dal tenore testuale del parere, non ha vietato al comune (né avrebbe potuto alla stregua del micro ordinamento di settore), di ordinare l'integrale*

*ripristino del corpo di fabbrica preesistente anche relativamente agli aspetti interni, trattandosi di scelta ampiamente discrezionale rimessa dalla legge alle insindacabili valutazioni degli organi tecnici comunali; valutazione, nel caso di specie, preceduta da una adeguata istruttoria e comunque non affetta da manifesta irragionevolezza o abnormità. Anche il quinto mezzo d'impugnazione è stato rigettato laddove il ricorrente lamenta che il comune, una volta ordinata la demolizione, in una con il parere della Soprintendenza, non avrebbe potuto rinviare ad una fase successiva l'opzione fra l'una e l'altra sanzione. Come rilevato dalla giurisprudenza in casi analoghi (cfr. CdS., sez. VI, n. 2001 del 2013), la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento potendo avvenire contestualmente all'emanazione del provvedimento di ripristino solo in caso di impossibilità della demolizione sulla scorta di una valutazione tecnica rimessa in via esclusiva alla medesima.*

Consiglio di Stato Sez. IV 18.4.2014, n. 1989

**Scelte urbanistiche - orientamenti consolidati del Consiglio di Stato.**

*Nella sentenza in esame il CdS ha richiamato alcuni orientamenti giurisprudenziali più volte affermati in tema di scelte urbanistiche, così riassumibili: a) il potere di pianificazione è connotato da ampia discrezionalità, seppure il suo esercizio è subordinato all'obbligo di effettuare una adeguata, preventiva attività istruttoria in relazione alla portata degli interessi pubblici e privati coinvolti (CdS. IV 10.5.2012 n.2710); b) le scelte urbanistiche, ancorché caratterizzate da discrezionalità, devono rivelarsi, alla stregua del sindacato giurisdizionale sulle stesse esercitabile, esenti da vizi di illogicità ed irrazionalità; e le stesse devono essere supportate, sia pure con riferimento alle linee-guida che accompagnano la redazione degli strumenti urbanistici, da idonea motivazione (CdS. IV 3.11.2008 n.5478; idem 8.5.2011 n. 3497). Parimenti, relativamente alla elaborazione dello sviluppo residenziale del territorio comunale, sia esso di tipo privato, che di edilizia residenziale*



pubblica, per le previsioni recate sul punto dallo strumento urbanistico, l'Amministrazione gode di ampi poteri discrezionali, anche di natura tecnica (CdS. IV 22.10.2004 n.6964); pur tuttavia è necessario che le relative determinazioni si basino su di una adeguata motivazione e su una altrettanto puntuale istruttoria, da cui possa evincersi la loro ragionevolezza ed attendibilità (CdS. V 22.9.2003 n.5395, idem 25.3.2003 n.1545). Ciò precisato in ordine all'ambito interpretativo di carattere generale, che fa da sfondo alla vicenda qui in rilievo, il primo giudice ha ritenuto che l'incremento demografico della popolazione configurato dal Piano, con le relative disposizioni insediative, sia stato sovradimensionato, avendo l'Amministrazione previsto un incremento della popolazione del 30%, che costituirebbe un mutamento troppo marcato nell'evoluzione demografica del territorio comunale, come tale, affetto da manifesta illogicità. Le osservazioni rese dal Tar non convincono, perché in realtà esse fanno leva su dati, per così dire, asettici o, se si vuole, puramente aritmetici, senza che siano stati presi in considerazione altri elementi di valutazione, che pure sono stati debitamente considerati dall'Amministrazione e che devono concorrere in una indagine volta a verificare il fabbisogno abitativo, senza rivelarsi aleatori e neppure illogici (CdS Sez. IV 22.10.2010 n.6964). Siffatti elementi, come di seguito individuati, finiscono, per la loro oggettiva valenza, con l'assumere un ruolo fondamentale, non solo ai fini della formulazione di un programma insediativo sul territorio, ma anche in ordine alla determinazione della "politica sociale", quale scelta di fondo voluta dall'Amministrazione per perseguire l'interesse pubblico, rispetto al quale recedono i diritti dominicali dei soggetti proprietari di aree interessate dalla realizzazione del Piano. In particolare, decisiva si rivela l'osservazione che l'Amministrazione ha inteso chiaramente formulare una proiezione insediativa calibrata sui fabbisogni sociali ed economici della popolazione, in relazione a fattori di sviluppo che razionalmente e coerentemente determineranno l'affluenza di nuovi residenti sul territorio comunale di significativa consistenza.

Consiglio di Stato Sez. V 16.4.2014, n. 1951  
**Piscina prefabbricata - autorizzazione gratuita - dimensioni modeste - zona agricola - pertinenza edificio**

La realizzazione di una piscina prefabbricata di dimensioni relativamente modeste in rapporto all'edificio a destinazione residenziale, sito in zona agricola, rientra nell'ambito delle pertinenze, cui fa riferimento l'art. 7, secondo comma, lett. a) del d.l. 23.1.1982, n. 9, convertito nella l. 25.3.1982, n. 94, il quale prevede la realizzabilità delle pertinenze con la semplice autorizzazione gratuita (cfr. CdS. V, 13.10.1993, n. 1041). Ciò che rileva, infatti, ai sensi dell'art. 7, secondo co., lett. a) "opere costituenti pertinenze od impianti tecnici al servizio di edifici già esistenti", è che sussista un rapporto pertinenziale tra un edificio preesistente e l'opera da realizzare e tale rapporto sia oggettivo nel senso che la consistenza dell'opera deve essere tale da non alterare in modo significativo l'assetto del territorio e deve inquadrarsi nei limiti di un rapporto adeguato e non esorbitante rispetto alle esigenze di un effettivo uso normale del soggetto che risiede nell'edificio principale. Nel caso in esame, la piscina prefabbricata, di dimensioni normali, annessa ad un fabbricato ad uso residenziale sito in zona agricola, ha certamente natura obiettiva di pertinenza, e costituisce un manufatto adeguato all'uso effettivo e quotidiano del proprietario dell'immobile principale.

Consiglio di Stato Sez. VI 11.4.2014, n. 1777  
**Edilizia libera - arredo esterno - titolo abilitativo - struttura - ancoraggio - pavimento - terrazzo - binario - scorrimento - telo PVC.**

Il CdS ha accolto il motivo di error in iudicando costituito dall'erronea valutazione delle caratteristiche di fatto connotanti l'opera in oggetto, atteso il mancato ancoraggio – invece erroneamente supposto dal TAR. – dei pali di sostegno della struttura in esame al pavimento del terrazzo pertinenziale dell'appartamento dell'appellante (infatti, nel verbale di sopralluogo della Polizia municipale, posto a base degli impugnati provvedimenti, si discorre di pali «poggiati sul

pavimento», e non già di pali ancorativi in modo fisso; v., altresì, la documentazione fotografica, in atti), con conseguente facile amovibilità della struttura medesima. La struttura in esame costituita da due pali dello spessore di 8,50 cm x 11,50 cm poggiati sul pavimento del terrazzo a livello e da quattro traverse con binario di scorrimento a telo in PVC della superficie di 15 mq e dell'altezza variabile da 2,80 m a 2,10 m, ancorata al sovrastante balcone e munita di una copertura rigida di 0,80 (in aggetto) x 5,00 m a riparo del telo retraibile (v. il citato verbale e la documentazione fotografica) –, non configura né un aumento del volume e della superficie coperta, né la creazione o modificazione di un organismo edilizio, né l'alterazione del prospetto o della sagoma dell'edificio cui è connessa, in ragione della sua inidoneità a modificare la destinazione d'uso degli spazi esterni interessati, della sua facile e completa rimovibilità, dell'assenza di tamponature verticale e della facile rimovibilità della copertura orizzontale (addirittura retraibile a mezzo di motore elettrico). La stessa deve, invece, qualificarsi alla stregua di arredo esterno, di riparo e protezione, funzionale alla migliore fruizione temporanea dello spazio esterno all'appartamento cui accede, in quanto tale riconducibile agli interventi manutentivi non subordinati ad alcun titolo abilitativo ai sensi dell'art. 6, co.1, d.P.R. n. 380 del 2001. Ne consegue la fondatezza del motivo d'appello, di erronea reiezione della censura di violazione degli artt. 3, 6, 10 e 33 d.P.R. 06.06.2001, n. 380, e 14 e 16 l. reg. - Lazio 11.08.2008, n. 15, avendo gli impugnati provvedimenti erroneamente qualificato l'opera in oggetto come intervento di «ristrutturazione edilizia e/o cambio di destinazione d'uso da una categoria all'altra», anziché come semplice intervento di natura manutentiva rientrante nell'attività edilizia c.d. libera.

Consiglio di Stato Sez. VI 24.3.2014, n. 1413

**D.I.A - requisiti minimi - inefficace - sottoposizione opere realizzate - prive titolo - ordinari - poteri - repressivi - amministrazione.**

In materia di denuncia di inizio attività (d.i.a.), come disciplinata dall'art. 22 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 – e con decorrenza 13.07.2011 anche dall'art. 19 della l. 7.08.1990, n. 241, nel testo introdotto dall'art. 5 d.-l. 13.05.2011, n. 70, convertito dalla l. 12.07.2011, n. 106 (s.c.i.a.: segnalazione certificata di inizio attività) – in effetti, sussistono tuttora diversi indirizzi circa la sua natura giuridica e gli effetti del decorso del termine, che consente al dichiarante di effettuare gli interventi edilizi oggetto di denuncia. In alcuni casi, in particolare, è stato ravvisata in esito alla procedura la formazione di un provvedimento tacito, abilitativo dell'intervento (cfr. in tal senso, fra le tante, CdS, VI, 5.4.2007, n. 1550; CdS, IV, 12.03.2009, n. 1474 e 25.11.2008, n. 5811; CdS, II, 28.05.2010, parere n. 1990); in altri la d.i.a. è stata identificata come atto 'privato' di autocertificazione, che pur non costituendo espressione di potestà pubblicistica, resta oggetto di poteri di controllo ed inibitori, anche dopo la scadenza del detto termine, sempre comunque nel rispetto degli artt. 21. quinquies e 21-novies della l. n. 241 del 1990 (cfr. in tal senso CdS, VI, 9.2.2009, n. 717 e 14.11.2012, n. 5751). Le esigenze di protezione dell'affidamento del privato, cui sono finalizzate le regole garantistiche per l'esercizio dell'autotutela, tuttavia, richiedono la sussistenza di alcuni requisiti minimi, in assenza dei quali la d.i.a. resta inefficace, con conseguente sottoposizione delle opere realizzate – da ritenere prive di titolo – agli ordinari poteri repressivi dell'Amministrazione. Detti requisiti sono precisati, oltre che nell'art. 22 sotto il profilo oggettivo, nell'art. 23 del citato d.P.R. n. 380 del 2001: al co. n. 1 di quest'ultimo, per quanto riguarda le modalità della domanda ed i requisiti soggettivi richiesti per la relativa presentazione, e nel co. 4 in presenza di vincoli ambientali, paesaggistici o culturali. Viene anche chiarito, al co. 5 del medesimo art. 23, che la "sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari". Tale disposizione conferma l'assunto secondo cui, anche aderendo alla tesi



che attribuisce alla d.i.a. natura 'privata', esiste comunque un titolo abilitativo, che può considerarsi formato alla scadenza del termine previsto per l'inizio dei lavori, ma solo in presenza di tutti i presupposti di completezza e veridicità delle autocertificazioni, nonché degli altri documenti prescritti. A detto titolo abilitativo, ove regolarmente formato, corrisponde un legittimo affidamento dell'interessato, su cui l'Amministrazione può eventualmente incidere – ove dissenta sulla qualificazione dell'intervento – ma solo con le garanzie imposte all'esercizio della potestà di autotutela. Le disposizioni sopra richiamate debbono essere coordinate con il pacifico indirizzo giurisprudenziale, che identifica, dal punto di vista amministrativo, l'abuso edilizio come realizzazione ad effetti permanenti, in relazione ai quali l'Amministrazione, nel vigilare sul rispetto della normativa urbanistico-edilizia, non può non disporre il ripristino dell'ordine urbanistico indebitamente violato, anche per manufatti risalenti nel tempo, ove realizzati senza il prescritto titolo abilitativo (cfr. in tal senso, fra le tante, CdS, IV, 11.5.2007, n. 1585, 27.12.2011, n. 6783 e 8.01.2013, n. 32; VI, 15.03.2007, n. 1255). In tale contesto – se è stata ritenuta inefficace la d.i.a., presentata senza che fosse stato almeno richiesto la prescritta autorizzazione paesaggistica (CdS, VI, 20.11.2013, n. 5513) – a maggior ragione non può non ritenersi inefficace una d.i.a., che asseveri la conformità urbanistica di lavori, da effettuare su un immobile di cui non sia consentita la legittima permanenza sul territorio. La regolarità, sotto il profilo urbanistico-edilizio, dell'immobile interessato da nuovi interventi soggetti a d.i.a., in altre parole, deve considerarsi presupposto di veridicità e attendibilità della relazione del progettista abilitato, chiamato ad asseverare “la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati”, nonché l'assenza di “contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti”, oltre al “rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie”: appare evidente infatti che le varie tipologie di interventi edilizi, diversi da quelli di nuova edificazione ed incidenti su immobili già realizzati, debbano avere come indefettibile presupposto il carattere non illegittimo di detti

immobili. Tale evidenza è rafforzata dalla possibilità di effettuare previa d.i.a., ex art. 22, co. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001, “gli interventi di ristrutturazione di cui all'art. 10, co, 1, let. c)”, ordinariamente soggetti a permesso di costruire ed impicanti – come specificato sia nel citato art. 10 che nell'art. 3, co. 1, let. d), del medesimo d.P.R. n. 380 del 2001 – “un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente” anche con “aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti e delle superfici”, non esclusa la “demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria” dell'edificio preesistente. Ove la d.i.a. non fosse chiamata a certificare la legittimità dell'intervento nella dimensione più ampia, riferita anche alla regolarità urbanistico-edilizia dell'immobile preesistente, potrebbero verificarsi situazioni paradossali facilmente intuibili, come in caso di edificazione, in base a d.i.a. (o s.c.i.a.), di un immobile di cui si postulasse la regolarità, in quanto realizzato al posto di un fabbricato abusivo demolito e fedelmente ricostruito, oppure (come nel caso di specie) in presenza della sopraelevazione di un edificio privo di titolo abilitativo, che verrebbe sostanzialmente sanato – con effetti sovrapposti alle disposizioni vigenti in materia (art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001) – ove l'Amministrazione ritenesse, in via di autotutela, non applicabili le misure repressive previste per detta sopraelevazione, con effetti che coinvolgerebbero inevitabilmente – di fatto paralizzandole – le misure repressive vincolate, imposte dall'ordinamento per l'immobile sottostante, con lesione dell'interesse pubblico alla doverosa salvaguardia dell'ordine del territorio. In conclusione, queste nuove forme (basate sulla dichiarazione dell'interessato) di legittimazione all'intervento edilizio si fondano su esigenze di rapidità ed efficacia dell'azione amministrativa. Ma non vi può corrispondere anche un'attenuazione dei controlli e delle misure sanzionatorie, che debbono essere anzi rafforzati grazie al coinvolgimento della responsabilità del professionista incaricato, che non può non fondare la propria valutazione di legittimità degli interventi “da effettuare” anche con riferimento alla verificata regolarità,

sotto il profilo urbanistico-edilizio, dell'immobile interessato dai lavori. Nella situazione in esame, non è contestato che il fabbricato di cui si discute sia stato costruito fra il 1954 e il 1961, né che lo stesso ricadesse nel centro abitato, sulla base del P.R.G. di Firenze approvato con delibera del 29.12.1931, modificata con delibera n. 967 in data 8.05.1943. E' anche pacifico che con la l. 6.08.1967, n. 765 (cosiddetta "legge-ponte") sia stato soltanto esteso a tutto il territorio comunale quell'obbligo di titolo abilitativo, che per i centri urbani risultava introdotto dall'art. 31 della l. urbanistica 17.08.1942, n. 1150 e che, per le principali città-capoluogo, era già in precedenza previsto nei rispettivi regolamenti edilizi. La stessa appellante non contesta del resto l'assenza di un titolo abilitativo, necessario alla data di realizzazione del capannone di cui trattasi e – pur sottolineando l'avvenuta richiesta dell'autorizzazione e la possibilità di rilascio della stessa (condizionata solo all'acquisto della comunione su un muro) – conferma il mancato perfezionamento della licenza edilizia. In tale situazione, ad avviso del Collegio, nessuna delle argomentazioni difensive prospettate dall'appellante può trovare accoglimento. Col primo motivo di gravame, in particolare, vengono rappresentate ragioni riferite alla sopravvenuta normativa in materia di segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), alla legge della Regione Toscana 3.01.2005, n. 1 (Norme per il governo del territorio), approvata il 21.12.2004 e pubblicata sul BURT n. 2 del 12.01.2005 e alle successive modificazioni della stessa, nonché ad eccesso di potere sotto vari profili ed ulteriore violazione dell'art. 3 della l.n. 241 del 1990: il richiamo alle predette norme (in verità, senza considerazione del principio che impone di valutare la legittimità degli atti amministrativi in base alla normativa vigente alla data della relativa emanazione, o della formazione anche per silenzio assenso) mira comunque a sottolineare una fondamentale distinzione fra gli interventi inibitori, posti in essere dall'Amministrazione nei trenta giorni successivi alla presentazione della d.i.a. (o s.c.i.a.) e – dato il carattere perentorio di tale termine – la possibilità di analoghi interventi

successivi solo in base ai principi ed alle garanzie proprie per l'esercizio dell'autotutela (ovvero entro termini congrui e con discrezionale bilanciamento fra l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e l'interesse del privato, che abbia maturato un legittimo affidamento sulla regolarità delle opere edilizie realizzate). Le argomentazioni in precedenza svolte, tuttavia, recepiscono un'impostazione totalmente diversa, che individua come elemento essenziale del titolo abilitativo tacito – di cui la relazione asseverata costituisce fattore probatorio, a norma del già ricordato art. 23, co. 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 – la veridicità e l'attendibilità della relazione stessa, da riferire anche al fondamentale presupposto di non incidenza delle opere da realizzare su un manufatto abusivo, soggetto in ogni tempo (a meno di sanatoria) ai poteri repressivi vincolati dell'Amministrazione. L'incompletezza, o l'erroneità in fatto della citata relazione sul punto essenziale sopra indicato costituisce, ad avviso del Collegio, causa di nullità del titolo abilitativo in questione, a norma dell'art. 21-septies della l. n. 241 del 1990, anche in assenza di dolo del professionista incaricato, come può verificarsi in vicende complesse, come quella attualmente in esame. Nessuna delle normative, previgenti o successivamente intervenute, può precludere detta fattispecie di nullità, che trae le ragioni da principi basilari in materia di disciplina urbanistica. Conseguentemente a quanto sopra l'infondatezza delle ulteriori ragioni difensive rappresentate: la seconda, in quanto riferita alle modalità previste per documentare l'esistenza, o meno, del titolo abilitativo degli immobili di remota realizzazione (comunque senza che dette modalità possano coprire l'effettiva mancanza di titolo, ove positivamente accertata come nel caso di specie); la terza, poiché in parte relativa alla legittimità in sé dell'intervento ristrutturativo ed alla rilevata attivazione dei poteri repressivi del Comune solo per l'intervento dei proprietari limitrofi, mentre – come già illustrato – la conformità delle nuove opere alla disciplina urbanistico-edilizia ha carattere recessivo rispetto al carattere di illecito permanente, riconducibile all'immobile su cui dette opere dovrebbero essere effettuate;



*l'azione repressiva dell'Amministrazione comunale su impulso di privati cittadini, inoltre, risulta espressamente prevista dall'art. 27, co.3, del d.P.R. n. 380 del 2001, mentre e la ricostruzione delle vicende, che hanno comportato il mancato perfezionamento della licenza edilizia, a suo tempo richiesta, non risulta sviluppata in termini tali, da escludere l'attuale carattere non autorizzato del manufatto, con le conseguenze in precedenza illustrate; la quarta censura (illegittimità dei provvedimenti sanzionatori, non adottati entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori) contrasta con il ricordato potere, non soggetto a limiti temporali, di repressione degli abusi edilizi ed è contraddetta da una consolidata giurisprudenza (cfr., fra le tante, CdS, V, 30.9.1983, n. 405); la quinta censura, riferita ad omessa comunicazione di avvio del*

*procedimento, contrasta con il carattere vincolato del provvedimento, conseguente alla rilevata inefficacia della d.i.a., con applicabilità al riguardo dell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990, che esclude l'annullabilità per vizi di forma o del procedimento, quando il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso; la sesta ed ultima censura riproduce in parte le argomentazioni della prima e non può che essere ritenuta infondata, per effetto della ritenuta insussistenza nella fattispecie dei presupposti per l'esercizio della potestà di autotutela dell'Amministrazione, in luogo dei provvedimenti repressivi vincolati, che l'Amministrazione stessa è tenuta ad adottare, in presenza di interventi edilizi senza titolo ed in mancanza di iniziative di sanatoria, nel caso di specie non evidenziate.*

«.....GA:.....»

# UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **APPALTI PUBBLICI, PUBBLICATE NUOVE DIRETTIVE UE**

*Sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea l. 94 del 28.3.2014, le nuove direttive sugli appalti pubblici nei settori ordinari e speciali e nel settore delle concessioni. Si tratta di un pacchetto di norme che punta alla modernizzazione degli appalti pubblici in Europa. In due casi, le nuove norme sostituiscono disposizioni vigenti: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la direttiva 2004/17/CE. Completamente innovativa è invece la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. L'iniziativa, una delle 12 azioni prioritarie per migliorare il funzionamento del mercato unico, rappresenta un importante passo in avanti nella riforma degli appalti pubblici nell'UE e porterà benefici in molti settori relativi alla fornitura di beni, opere e servizi. Le direttive entrano in vigore il 17.4.2014.*

«..... GA.....»

### **CITTADINANZA UE, INDAGINE SUI “NUOVI CITTADINI ITALIANI”**

*Un sondaggio di opinione per indagare la percezione e la conoscenza della dimensione europea della cittadinanza nei cittadini italiani naturalizzati. L'iniziativa rientra tra le*

*attività previste dal progetto di comunicazione e sensibilizzazione “Europa nelle lingue del mondo” ([www.nuovicittadinieuropei.it](http://www.nuovicittadinieuropei.it)), realizzato dalla cooperativa sociale Programma integra e promosso da Commissione europea, Parlamento europeo e Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri in collaborazione con il Ministero degli Affari Esteri – e con la partecipazione dei Comuni di Roma Capitale, Milano e Napoli. Il sondaggio è stato condotto sulla base di una rilevazione svolta presso gli Uffici di Cittadinanza di Roma, Milano e Napoli, tra il 18 novembre 2013 e il 9 aprile 2014, attraverso circa 900 questionari che hanno coinvolto i ‘nuovi cittadini italiani’.*

*I dati che emergono dall'indagine consentono di avviare alcune considerazioni sul livello di consapevolezza che i ‘nuovi cittadini italiani’ - indipendentemente che il loro processo di naturalizzazione abbia avuto o meno compimento - hanno dell'Europa. Dal sondaggio emerge che oltre il 70% dei nuovi cittadini italiani ha “familiarità con il termine cittadino dell'Unione Europea” e ne conosce il significato. Il 51,4% si ritiene “sufficientemente informato” e oltre il 92% è consapevole del fatto che i cittadini italiani sono in quanto tali anche cittadini europei. Un risultato che segnala una conoscenza diffusa della nozione di cittadinanza europea di fatto simile, se non addirittura superiore, a quella espressa, in media, dai cittadini europei e italiani sul medesimo quesito, come rilevato dalla Commissione europea nel novembre del 2012. Più si entra, però, nel merito della questione, con*



domande sulla modalità di acquisizione della cittadinanza europea, più aumenta, da parte degli intervistati, la difficoltà a fornire risposte corrette ai quesiti posti e, con essa, la sensazione individuale di una scarsa conoscenza degli argomenti. Ad esempio, il 27% dei cittadini italiani naturalizzati è convinto che per diventare cittadino europeo sia necessario richiederlo, mentre addirittura il 42% esprime il dubbio che sia possibile scegliere di rinunciare alla cittadinanza europea se lo si desidera. I 'nuovi cittadini italiani'

non denunciano una mancanza di informazione che invece spicca nelle recenti rilevazioni dell'Unione (il 75% degli italiani si ritengono non sufficientemente informati sulle questioni europee, secondo Eurobarometro n.80), semmai ritengono di essere "sufficientemente informati" sui diritti di cittadinanza europei e su come esercitarli. Ma, incrociando i dati, emergono comunque carenze informative "oggettive" significative e diffuse che segnalano complessivamente un deficit di informazione e comunicazione su questi temi.

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# ATTESTATI DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LICENZA DI ESPORTAZIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

degli Avv.ti Cino Benelli e Federico Mazzella

*Il diritto dell'Unione Europea non prevede una disciplina dettagliata dei beni culturali. Tuttavia, principi di carattere generale, come quello di proporzionalità, nel costituire un parametro delle politiche legislative degli Stati Membri, finiscono per incidere anche nella materia dei beni culturali.*

European Law doesn't provide a detailed framework of culturale heritage. However, general principles, such as the proportionality one, due to their being a parameter for the legislative policies of UE Member States, eventually affect even in the filed of cultural heritage.

*Sommario: 1. I beni culturali nel diritto dell'Unione Europea. 2. I beni culturali come "merci". 3. La protezione del patrimonio culturale nazionale ed il principio di proporzionalità. 4. (segue) Il divieto di esportazione dei beni culturali e la valutazione del "danno" al patrimonio culturale nazionale.*

### **1. I beni culturali nel diritto dell'Unione Europea.**

I beni culturali presentano, da sempre, un indubbio collegamento con il *territorio*, caratterizzandosi per un elevato grado di *staticità*.

Una cosa d'arte che si trovi, magari solo per avventura, sul suolo di uno Stato tende così, inevitabilmente, ad essere regolata dalla legge di quest'ultimo (la *lex loci*, ovvero la legge del luogo ove i beni culturali si trovano) anche per quanto riguarda il suo regime di circolazione, dentro e fuori i confini nazionali.

Nella giurisprudenza nazionale si è giunti ad affermare icasticamente che *"a differenza del bene paesaggistico, che è indissolubilmente legato alla nazione, il patrimonio culturale reale rappresenta quel complesso di beni artistici, storici e culturali che siano stati affastellati sul territorio nel tempo e siano ancora fisicamente presenti per effetto delle più diverse, e risalenti, vicende (guerre, commerci, furti, scoperte, ecc.) a prescindere*

*dal paese di origine o dalla cultura di provenienza"* (così, TAR Lazio, Rm, II *quater*, 23.12.2010, n. 38574).

Anche per questa ragione è - per così dire - *"naturale"* che la materia dei beni culturali sia stata considerata, per lungo tempo, di esclusivo appannaggio degli Stati membri dell'Unione europea, quale espressione della sovranità esercitata sul proprio territorio.

Invero, come si evince dal tenore dell'art. 167<sup>1</sup> del Trattato sul Funzionamento

<sup>1</sup> L'art. 167 del TFUE (ex art. 151 TUE), che costituisce, da solo, il Titolo XIII, rubricato "Cultura", così recita: "1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei; - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea; - scambi culturali non commer-

dell'Unione europea (TFUE) - norma di compromesso<sup>2</sup>, dal contenuto programmatico (e, pertanto, di non diretta applicabilità) - l'intervento delle istituzioni europee *in subiecta materia* si palesa meramente sussidiario, contribuendo l'Unione al pieno sviluppo delle "culture" (si noti il consapevole utilizzo del plurale) degli Stati membri, nel rispetto delle loro "diversità nazionali e regionali", pur accennando timidamente la disposizione ad un "retaggio culturale comune" ed a un'azione congiunta finalizzata alla conservazione ed alla salvaguardia del "patrimonio culturale di importanza europea".

Quello dei beni culturali costituisce, pertanto, un settore non armonizzato a livello europeo in quanto, come ebbe già ad osservare la Commissione nella comunicazione resa nel 1989 in vista dell'imminente soppressione delle frontiere interne (poi occorsa il 1.1.1993 ma con effetti limitati, come si vedrà *infra*, per i beni culturali), "è l'uscita dal territorio nazionale che è considerata come una violazione del patrimonio nazionale" e "il fatto di sapere che l'oggetto godrà della stessa protezione in un altro Stato membro non è sufficiente".

Gli unici atti di diritto c.d. "derivato" emanati in materia di beni culturali - ovverosia

---

*ciali; - creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: - il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; - il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni."*

<sup>2</sup> Così, A. GALLETTI, *La tutela e la circolazione dei beni culturali nell'Unione Europea*, in *KorEuropa* 2/13 (www.koreuropa.it); la quale osserva che se "il modello europeo costituisce un esempio unico di coesistenza tra culture differenti", il correlato "interesse alla protezione delle diversità culturali nazionali ostacola, però, l'elaborazione di politiche comunitarie più incisive".

la dir. 93/7/Cee (recepita in Italia con l. 88/98), concernente il recupero delle opere d'arte illecitamente esportate, ed il reg. 3911/92 (oggi, a seguito della codificazione, recante il n. 116/09) relativo all'esportazione dei beni culturali al di fuori dal territorio dell'Unione - si limitano, infatti, ad istituire semplici obblighi di *cooperazione* tra gli Stati membri, senza dettare la disciplina *sostanziale* dell'autorizzazione all'espatrio dei beni appartenenti al loro patrimonio, la quale rimane, pertanto, di competenza delle autorità nazionali.

Al riguardo, lo stesso II° Considerando della richiamata dir. Ce 93/7 fa espressamente salvo il "diritto" degli Stati membri di "definire il proprio patrimonio nazionale e di prendere le misure necessarie per garantirne la protezione all'interno delle frontiere interne".

In particolare, tali atti, da un lato si basano sul *mutuo riconoscimento* degli ordinamenti nazionali di settore e dei titoli autorizzativi effusi dalle competenti amministrazioni statali e, dall'altro contemplanò, sul versante della prevenzione, un'unica licenza (c.d. di "esportazione" verso Paesi terzi o "extra UE") valida su tutto il territorio comunitario e introducono, su quello della repressione, un'azione processuale riservata agli Stati membri, aggiuntiva a quelle previste dal diritto interno, per la restituzione delle opere già uscite illecitamente dal loro territorio.

Sono dunque le autorità nazionali, almeno in linea di principio, a dover definire non soltanto l'*ubi consistam* dei concetti di "beni culturali" e "patrimonio culturale" - ad es., nell'ordinamento italiano, si parla di "testimonianza materiale avente valore di civiltà" (cfr., art. 2, d. lgs. 22.1.2004, n. 42, recante il "Codice dei beni culturali e del paesaggio"; c.d. "Codice Urbani") - ma anche il livello di protezione che gli stessi intendono assicurare ai propri "tesori".

Non a caso, l'art. 107, par. 3, TFUE, in materia di aiuti di Stato, qualifica come compatibili con il mercato comune "gli aiuti destinati alla cultura e alla conservazione del patrimonio", purché non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità, in misura contraria all'interesse

comune.

## 2. I beni culturali come “merci”.

Ci troviamo, dunque, al cospetto di ventisette diritti dei beni culturali, uno per ciascun paese membro dell’Unione europea?

La risposta potrebbe essere affermativa. Vi è tuttavia da chiedersi se possano ricavarsi dal diritto europeo – che, com’è noto, è fatto non soltanto di disposizioni normative, più o meno “*self-executing*”, ma anche di principi, comuni alle tradizioni giuridiche, ovvero frutto dell’elaborazione “*pretoria*” della Corte di Giustizia – dei limiti allo “*strapotere*” degli Stati membri in materia di beni culturali.

E’ infatti indiscusso il primato del diritto comunitario su quello interno (c.d. “*primauté*”) ed è altrettanto indiscusso l’obbligo non soltanto per i giudici nazionali ma anche per le pubbliche amministrazioni di procedere alla “disapplicazione” (del secondo) in ipotesi di eventuale contrasto (con il primo).

Giova premettere che, contrariamente a quanto disposto dal terzo comma dell’art. 64-bis del Codice di cui al d. lgs. 42/04 – introdotto con il correttivo approvato con il d. lgs. 62/08 (secondo cui “*con riferimento al regime della circolazione internazionale, i beni costituenti il patrimonio culturale non sono assimilabili a merci*”) –, i beni culturali possono essere ricondotti alla categoria generale delle “merci”, con conseguente assoggettamento degli stessi alle disposizioni contenute nel Titolo II del TFUE (artt. 28 e ss.) in materia di libera circolazione<sup>3</sup>.

A tal proposito, la Corte di Giustizia dell’Unione europea, a far data dalla sent. 10.12.1968 resa nella causa C-7/68 (*Commissione c. Repubblica italiana*) in tema di “tassa di esportazione”, ha avuto modo di osservare che gli oggetti d’arte presentano la caratteristica di essere “*pecuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi*

*commerciali*”.

Si tratta, in realtà, di “merci” sottoposte ad uno statuto particolare, trovando pacifica applicazione la deroga prevista dall’art. 36 del TFUE, che consente agli Stati membri di apportare divieti e restrizioni all’importazione, all’esportazione ed al transito che risultino “*giustificati*” da motivi di “*protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale*”, sempre che questi ultimi non costituiscano un “*mezzo di discriminazione arbitraria*” o una “*restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*”.

Secondo la Commissione europea – la quale, peraltro, si è astenuta dall’emanare la specifica comunicazione interpretativa annunciata nel 1989 onde tentare di rendere compatibile la richiamata deroga con la soppressione delle frontiere del mercato interno occorsa nel 1992 – tale disposizione derogatoria dovrebbe interpretarsi *restrittivamente*, non potendo la stessa essere mai invocata dagli Stati membri “*per giustificare legislazioni, procedure o prassi che provochino discriminazioni o restrizioni sproporzionate allo scopo*”.

E’ interessante notare la diversità della traduzione italiana (ma anche spagnola, portoghese ed olandese) della norma in questione – mediante l’utilizzo della clausola onnicomprensiva di “*patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale*” – rispetto alla versione inglese, danese e francese che, per converso, parlano di “*tesori nazionali*” rivestenti “*valore artistico, storico o archeologico*”.

Una differenza, questa, di non lieve momento, ove si consideri l’impossibilità di rinvenire un significativo limite all’esercizio della *discrezionalità* delle amministrazioni nazionali nella citata traduzione italiana della norma derogatoria, la quale trova verosimilmente la propria origine nella vocazione protezionistica del nostro paese, considerato da taluni uno Stato c.d. “*fonte*” e, comunque, tendenzialmente esportatore in contrapposizione alla Francia, alla Danimarca, alla Germania (in cui, peraltro, si utilizza l’espressione “*bene culturale nazionale*”) ed al Regno Unito, i quali vengono ascritti alla platea degli Stati c.d. “*mercato*” o “*importatori*”.

<sup>3</sup> Sul punto v. M.FRIGO, per il quale “non sembra possibile attribuire a dichiarazioni unilaterali d principio, quali quelle contenute nell’art. 64-bis del nostro Codice dei beni culturali, alcuna idoneità a resistere ad un eventuale verifica circa la loro compatibilità con il diritto dell’Unione”, in *Atti del convegno del CESEN “Diritto dell’Unione Europea e status delle confessioni religiose”* (Rm, Ist. L.Sturzo, 8/9.10.2010).

Ci si potrebbe interrogare, anche alla luce dei canoni ermeneutici discendenti dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, su quale sia la versione linguistica più conforme all'oggetto, allo scopo ed ai contenuti del Trattato. La questione, stante la sua oggettiva complessità, esula tuttavia dai limiti della presente trattazione.

Merita peraltro rilevare che, come opportunamente osservato in giurisprudenza, la normativa in discorso, *“lungi dal selezionare in ragione della nazionalità di appartenenza i soggetti che richiedano di poter esportare all'estero opere d'arte, si limita invece a consentire alla competente Amministrazione l'imposizione di un divieto in ragione esclusiva della natura (e della rilevanza artistica) dell'opera stessa: operando, quindi, in un'ottica meramente oggettiva di tutela del bene, indipendentemente dalla cittadinanza vantata dal soggetto titolare di posizione dominante”* (cfr., TAR Lazio, Rm, II, 14.11.2001, n. 9366).

### **3. La protezione del patrimonio culturale nazionale ed il principio di proporzionalità.**

Un ulteriore limite frapposto al potere esercitato dagli Stati membri in tema di protezione del patrimonio culturale è indubbiamente costituito dal principio di *proporzionalità* - discendente dagli artt. 5 e 12 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e dall'art. 296 del TFUE, poi ripreso dal protocollo n. 2 - il quale, com'è noto, impone agli Stati membri (e, prima ancora, alle stesse istituzioni europee) di adottare misure idonee ed adeguate, ragionevoli e non eccessive rispetto allo scopo perseguito.

Per costante giurisprudenza, tale principio impone un'indagine *“trifasica”*, consistente, in primo luogo, nel verificare la *“idoneità”* del provvedimento, ovvero il *“rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito”*: in virtù di tale parametro, *“l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo”*. In secondo luogo, poi, deve valutarsene la *“necessarietà”* e, quindi, la *“assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo”*: in tal sen-

so la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella *“che comporti il minor sacrificio”*. Infine, il principio di proporzionalità richiede di scrutinare la *“adeguatezza”*, ovvero la *“tollerabilità della restrizione che comporta per il privato: sotto tale profilo l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione”* (cfr., per tutte, sent. CdS, VI, 17.4.2007, n. 1736).

Si rammenti, peraltro, che l'art. 17, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. *“Carta di Nizza”*), sancisce il diritto di ogni persona di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli e disporne, con l'importante precisazione che *“l'uso dei beni”* può sì *“essere regolato dalla legge”*, ma nei soli limiti *“imposti dall'interesse generale”* (cfr., altresì, l'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali).

In altri termini, eventuali sacrifici ai diritti dominicali - consistenti, per quanto qui interessa, nell'impossibilità di trasferire fisicamente un bene di cui si è proprietari al di fuori dei confini nazionali (il che, pur non comportando una vera e propria *“espropriazione”* o *“ablazione”* della *res*, implica un'oggettiva compressione del c.d. *“jus utendi”* senza previsione di alcuna forma di ristoro economico, neppure indennitario, per gli interessati) - possono essere legittimamente imposti soltanto a seguito di un accertamento dell'effettiva, e non soltanto astratta, lesione di un contrapposto interesse generale meritevole di protezione.

Sotto quest'ultimo angolo visuale, il TAR Lazio, con la sent. n. 9366/01 cit., ebbe ad escludere profili di anticomunitarietà del T.U. 490/99, ma la questione merita senz'altro di essere riconsiderata alla luce delle novità normative e giurisprudenziali nel frattempo intervenute.

Gli stessi Giudici di Lussemburgo, infatti, anche in epoca recente, sia pur in materia ambientale, hanno avuto cura di precisare che possono essere apportate restrizioni

all'esercizio del diritto di proprietà se ed in quanto le stesse *“rispondano effettivamente ad obiettivi di carattere generale e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile che leda la sostanza stessa del diritto così garantito”* (così, C. giust. CE, 15.1.2013, C-416/10, *Križan*).

#### 4. (segue) Il divieto di esportazione dei beni culturali e la valutazione del *“danno”* al patrimonio culturale nazionale.

In particolare, il rispetto del superiore principio di proporzionalità determina, quale corollario, la necessità per le amministrazioni nazionali, prima di pronunciarsi sull'esportabilità o meno di un bene che presenti interesse artistico, storico o archeologico, di verificare se sussista un *danno effettivo* per il patrimonio nazionale derivante dall'uscita dello stesso dai confini dello Stato, recuperandosi così, attraverso la mediazione del diritto europeo, il requisito del *“danno per il patrimonio storico e culturale nazionale”*, soppresso dal legislatore con il d. lgs. 62/08<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Com'è noto, l'art. 8 della l. 364/09 (nota come *“Legge Rosadi”*) affermava in via generale il divieto di esportazione per tutte le cose la cui uscita definitiva da l territorio nazionale avrebbe comportato un *“danno grave per la storia, l'archeologia o l'arte”*. L'art. 35 della successiva l. 1089/39, invece, nel prevedere un analogo divieto di esportazione, parlava di *“ingente danno per il patrimonio nazionale tutelato”*. Sulla stessa linea, quindi, l'art. 65 del T.U. 490/99 stabiliva che *“è vietata, se costituisce danno per il patrimonio storico e culturale nazionale, l'uscita dal territorio della Repubblica ...”*. In proposito, D.VAIANO rileva come *“nel sistema vigente fino all'emanazione del Codice dei beni culturali, dunque, il divieto di esportazione si fondava sull'applicazione di due criteri concorrenti: quello del danno (non più ingente dopo la riforma del 1972) al patrimonio storico e culturale nazionale e quello dell'inerenza del bene a determinate categorie di beni, tra le quali veniva naturalmente ricompresa, innanzitutto, quella dei beni dichiarati di interesse culturale particolarmente importante od eccezionale”, osservando come, “con riferimento al primo profilo, il nuovo Codice pare caratterizzarsi, in primo luogo, per l'eliminazione della concorrenza tra i criteri presi in considerazione per la definizione dei beni assoggettati al divieto di esportazione, venendo superato ogni immediato riferimento al danno, il quale non costituisce più un elemento la cui valutazione sia espressamente richiesta, caso per caso, per far scattare il provvedimento di diniego dell'uscita dal territorio nazionale”, per cui *“rispetto a quanto ancora avveniva riguardo al**

Tale danno, da accertarsi in termini di concreto depauperamento per il patrimonio culturale, potrà dirsi sussistente soltanto in presenza di cose d'arte che, per qualità e quantità, presentino un *valore identitario* sufficientemente rappresentativo o significativo per il nostro paese, potendo gli uffici opporre un veto all'esportazione - quanto meno a quella c.d. *“intracomunitaria”* - soltanto in presenza di un'offesa in concreto per la memoria della comunità nazionale ovvero di un rilevante *vulnus* alla promozione dello sviluppo della cultura dei consociati.

Cosicché, non potrà trattarsi forzatamente entro i confini nazionali un oggetto d'arte soltanto perché si trova casualmente sul territorio dello Stato, ancorché lo stesso presenti un forte valore identitario per un altro paese membro (si pensi al noto caso della *commode* di Luigi XV esaminato dalla sent. TAR Lazio, Rm, II *quater*, 24.3.2011, n. 2659).

Più problematico appare invece il ricorso ad elenchi ovvero a valori c.d. *“soglia”* pre-determinati, non essendo ipotizzabili allegati onnicomprensivi e risultando tali parametri diversi in ciascuno degli Stati membri.

Del resto, il Considerando VII al reg. Ce 116/09 - ma analogo Considerando è presente nella dir. Ce 93/7 cit. - dopo aver affermato che *“l'allegato I del presente regolamento ha lo scopo di definire le categorie di beni culturali che dovrebbero formare oggetto di particolare protezione negli scambi con i paesi terzi”*, fa espressamente salva *“la libertà degli Stati membri di definire i beni da considerare patrimonio nazionale ai sensi dell'art. 30 del trattato”*.

In altri termini, l'allegato che correde entrambi i richiamati atti comunitari ha soltanto lo scopo di definire le categorie di *“beni culturali”* che dovrebbero formare oggetto di particolare protezione negli scambi extracomunitari, senza però incidere sulla libertà de-

*dato letterale emergente dal T.U. del 1999, il nuovo Codice segue ormai unicamente il criterio dell'individuazione per categorie dei beni per i quali opera il divieto assoluto di uscita dal territorio nazionale”* (L'ordinamento dei beni culturali in A.CROSETTI e D.VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2011, p. 104).

gli Stati membri ai sensi del suddetto art. 36 del TFUE.

D'altra parte, tenuto conto del potere discrezionale di cui godono gli Stati membri nel decidere il livello di tutela che intendono assicurare nel settore dei beni culturali, non è necessario che le misure restrittive adottate dalle autorità di uno Stato membro corrispondano ad una concezione condivisa da tutti i paesi circa le concrete modalità di tutela del "patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale".

Invero, il fatto che uno Stato membro abbia scelto un sistema di protezione del patrimonio culturale differente da quello adottato negli altri paesi - ad es., il modello italiano risulta decisamente protezionista sol se si considera che i divieti di esportazione e le connesse funzioni di controllo attribuite alla pubblica amministrazione, espressamente definite di "preminente interesse nazionale", risultano finanche presidiate con sanzioni di natura penale (cfr., artt. 64 *bis* e 174 d. lgs. 42/04) - non può rilevare ai fini della valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni adottate, dovendo queste ultime essere considerate soltanto alla stregua degli obiettivi perseguiti dalle autorità dello

Stato membro interessato e del livello di tutela che le stesse intendono assicurare al riguardo.

Deve, infine, tenersi presente che il suddetto principio implica la necessità che gli obiettivi di tutela del patrimonio culturale siano perseguiti dagli Stati membri in maniera coerente e sistematica, dovendo, in particolare, qualsiasi opzione protezionistica accompagnarsi alla concreta attuazione di politiche di effettiva valorizzazione dei beni culturali anche al fine di evitare di "vincolare tutto per non controllare o valorizzare niente".

E' innegabile che la ragione che giustifica il divieto di esportazione non attiene alla protezione dell'opera in sé considerata - la quale potrebbe ricevere all'estero cure manutentive ben più accurate di quelle che in Italia vengono riservate alla medesima - ma "alla possibilità - ipotetica ed astratta - di assicurarne in futuro la fruizione sul proprio territorio, nel caso di un eventuale, futuro intervento dello Stato volto all'acquisto di tale bene" (così, TAR Lazio, n. 2659/11 cit.).

Ma è altrettanto innegabile che la tutela delle cose d'arte non può mai essere fine a sé stessa, costituendo piuttosto la premessa per una loro autentica valorizzazione.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 7.4.2014, n. 79

**Unione europea - contenimento spesa pubblica - Regione Lombardia - art. 16, co. 1 e 2, del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 7.8.2012, n. 135.**

1. La Regione Lombardia dubita della legittimità costituzionale dell'art. 16, co. 1 e 2, del d.l. 6.7.2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 7.8.2012, n. 135. Le citate disposizioni sono impugnate nella parte in cui: stabiliscono che le Regioni concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica anche mediante la riduzione delle spese per i consumi intermedi (comma 1); determinano l'ammontare complessivo di tale concorso con riferimento agli anni 2012, 2013, 2014 e «a decorrere dal 2015» (co. 2, primo periodo); dispongono che la ripartizione di tale concorso fra le Regioni è determinata con delibera della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, anche tenendo conto delle analisi della spesa effettuate dal commissario straordinario di cui all'art. 2 del d.l. 7.5.2012, n. 52 (Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica), convertito, modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 6.7.2012, n. 94, delibera che è recepita da un apposito decreto del Ministero dell'economia e delle finanze entro il 30.9.2012 (co. 2, secondo periodo); prevedono che, in caso di mancata delibera della predetta Conferenza, il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze è comunque emanato entro il 15.10.2012, «ripartendo la riduzione in proporzione alle spese sostenute per consumi intermedi desunte, per l'anno 2011, dal SIOPE» (co. 2, terzo periodo). Esse sono, inoltre, censurate là dove stabiliscono che «le risorse a qualunque titolo dovute dallo

*Stato alle Regioni a statuto ordinario, incluse le risorse destinate alla programmazione regionale del Fondo per le aree sottoutilizzate, ed escluse quelle destinate al finanziamento corrente del Servizio sanitario nazionale e del trasporto pubblico locale», determinate con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente Stato-Regioni, «vengono ridotte, per ciascuna Regione, in misura corrispondente agli importi stabiliti ai sensi del primo, del secondo e del terzo periodo» (co. 2, quarto periodo) e che «in caso di insufficienza delle predette risorse le Regioni sono tenute a versare all'entrata del bilancio dello Stato le somme residue» (co. 2, ultimo periodo).*

*Secondo la ricorrente, i richiamati co. 1 e 2 dell'art. 16 del d.l. n. 95 del 2012, ripartendo tra le Regioni il concorso finanziario agli obiettivi del patto di stabilità in relazione alle spese per i consumi intermedi, violerebbero gli artt. 3, 5, 117, primo, secondo, terzo e quarto comma, e 119 Cost. Essi, infatti determinerebbero, irragionevolmente, l'effetto di penalizzare le Regioni più virtuose nella gestione delle risorse, e cioè quelle che abbiano contenuto la propria dimensione organizzativa, impiegando le risorse conseguite a questo tipo di risparmi per migliorare l'efficienza del servizio pubblico; condizionerebbero ed orienterebbero la gestione organizzativa ed amministrativa regionale per il futuro, comprimendo la relativa competenza regionale residuale, oltretutto in favore di un criterio organizzativo che non sarebbe affatto in armonia con gli obiettivi di risanamento finanziario e di contenimento della spesa pubblica imposti dall'ordinamento dell'Unione europea; infine, lederebbero l'autonomia finanziaria regionale, introducendo stringenti limiti di spesa, corrispondenti a "tagli tematici", mirati su determinati capitoli, calibrati in maniera tale da non lasciare alle Regioni medesime alcuna facoltà di scegliere il modo in cui effettuare il risparmio di spesa e senza, peraltro, avere neppure carattere*



transitorio (riguardando gli anni 2012–2014 e quelli «a decorrere dall'anno 2015»).

Le medesime norme, nella parte in cui prevedono che i tagli sui trasferimenti statali siano più elevati per le Regioni che abbiano consumi intermedi più alti, ritenuti una manifestazione di “ricchezza”, sarebbero inoltre lesive degli artt. 117 e 119, terzo e quinto comma, Cost., sotto un altro profilo. Esse, infatti, produrrebbero una perequazione irragionevole e dannosa per il futuro e sganciata dagli obiettivi di solidarietà, lesiva del terzo comma dell'art. 119 Cost. che ancora il funzionamento del fondo perequativo alla capacità fiscale delle medesime Regioni, nonché del quinto comma dello stesso art. 119 Cost., che prevede che gli oneri necessari per la rimozione degli squilibri economico-sociali e la promozione dello sviluppo economico delle Regioni meno avanzate debbano essere sostenuti dallo Stato e non dalle altre Regioni e devono garantire risorse aggiuntive rispetto a quelle reperite per l'esercizio delle normali funzioni.

2. Occorre, preliminarmente, rilevare che l'impugnato co. 2 dell'art. 16 del d.l. n. 95 del 2012 è stato modificato dall'art. 1, commi 117, lettere a) e b), e 468, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2013), a decorrere dal 1.1.2013. Le modifiche apportate alla disposizione impugnata sono costituite, essenzialmente: dall'aumento degli importi previsti a titolo di concorso delle Regioni alla realizzazione degli obiettivi del patto di stabilità interno delle Regioni («Gli obiettivi del patto di stabilità interno delle regioni a statuto ordinario sono rideterminati in modo tale da assicurare l'importo di 700 milioni di euro per l'anno 2012 e di 2.000 [nel testo precedente:1.000] milioni di euro per ciascuno degli anni 2013 e 2014 e 2.050 [nel testo precedente:1.050] milioni di euro a decorrere dall'anno 2015»: così il comma 2, primo periodo); dalla previsione che la delibera della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, con la quale è determinato l'ammontare del concorso finanziario di ciascuna Regione, è recepita con decreto del Ministero

dell'economia e delle finanze che è emanato «entro il 15 febbraio di ciascun anno» e non più «entro il 15.10.2012» (così il comma 2, secondo periodo); infine, dall'introduzione della previsione che le riduzioni delle risorse dovute a qualunque titolo dallo Stato alle Regioni sono determinate «per l'importo complessivo di 1.000 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013 e 2014 e 1.050 milioni di euro a decorrere dall'anno 2015», per ciascuna Regione in misura «proporzionale» (e non più «corrispondente») agli importi stabiliti ai sensi del primo, del secondo e del terzo periodo» (così comma 2, quarto periodo).

Questa Corte ha costantemente affermato che, nell'ipotesi in cui le modifiche normative non siano soddisfattive rispetto alle censure, la questione di costituzionalità deve essere trasferita sulla nuova disposizione, salvo che quest'ultima appaia dotata di un contenuto radicalmente innovativo rispetto alla norma originaria (ex plurimis, sentenze n. 219 del 2013, n. 193 e n. 30 del 2012).

Nella specie, le modifiche di cui si è riferito non hanno mutato la portata precettiva della norma impugnata; anzi, per certi versi, hanno aggravato i contenuti asseritamente lesivi della stessa, con la conseguenza che la questione deve ritenersi trasferita sul testo oggi vigente dell'art. 16, co. 2, del d.l. n. 95 del 2012.

3. Ancora in linea preliminare, occorre valutare l'eccezione, sollevata dalla difesa statale, di inammissibilità delle censure promosse nei confronti dell'art. 16, commi 1 e 2, del d.l. n. 95 del 2012, in riferimento agli artt. 3 e 5 Cost., in quanto sono relative a parametri non attinenti al riparto delle competenze e dalla loro pretesa violazione non sarebbe desunta la compressione di sfere di attribuzione regionale.

3.1. L'eccezione è fondata.

La ricorrente contesta l'irragionevolezza della disciplina impugnata senza dimostrare in che modo tale pretesa irragionevolezza della disciplina determinerebbe, anche in ipotesi, una lesione della competenza regionale e, per giunta, senza fornire argomenti atti a dimostrare per quale motivo detta disciplina finirebbe per penalizzare le Regioni più virtuose.

*Deve, pertanto, dichiararsi l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale proposta in relazione agli artt. 3 e 5 Cost., posto che, in riferimento ad essa, «il ricorso è generico quanto alla motivazione e carente [...] quanto alla pretesa ridondanza della disposizione impugnata sulla lesione delle proprie competenze» (sentenza n. 246 del 2012).*

*4. Deve, altresì, essere dichiarata l'inammissibilità delle questioni proposte in relazione all'art. 117, primo e secondo comma, cost. Infatti, con riferimento all'art. 117, secondo comma, Cost., il ricorrente non svolge alcuna motivazione, limitandosi ad indicare solo numericamente tale parametro costituzionale, peraltro in maniera generica. Con riguardo, invece, all'art. 117, primo comma, Cost., la Regione, pur denunciando la violazione dei vincoli economici derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, non solo non specifica quali sarebbero le norme dell'Unione europea che sarebbero lese, ma non svolge neppure alcuna argomentazione atta a spiegare per quale ragione la prevista ripartizione tra le Regioni dell'ammontare del concorso finanziario al patto di stabilità in relazione ai consumi intermedi indurrebbe le Regioni medesime ad adottare un criterio di organizzazione non in armonia con i vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.*

*5. La Regione Lombardia censura, inoltre, l'art. 16, commi 1 e 2, del d.l. n. 95 del 2012, nella parte in cui, determinando l'ammontare del concorso finanziario di ciascuna Regione al patto di stabilità in relazione all'ammontare delle spese sostenute per i consumi intermedi, recherebbe una disciplina che va ben al di là della determinazione dei principi di «coordinamento della finanza pubblica», la quale sarebbe, quindi, lesiva dell'autonomia finanziaria regionale (artt. 117, co. 3, e 119, primo comma, Cost.), tale, peraltro, da condizionare ed orientare la gestione organizzativa ed amministrativa regionale, in violazione anche dell'art. 117, co. 4, cost. Infatti, gli stringenti limiti di spesa da essa introdotti, riferiti a specifici capitoli, sarebbero determinati in maniera tale da non lasciare alla Regione medesima la facoltà di scegliere il*

*modo in cui effettuare il risparmio di spesa, in tal modo condizionandone l'attività, senza peraltro avere neppure carattere transitorio, riguardando gli anni 2012-2014 e quelli «a decorrere dall'anno 2015».*

*5.1.– In linea preliminare, occorre valutare l'eccezione di inammissibilità della predetta questione, sollevata dalla difesa statale sulla base dell'assunto che non sarebbe adeguatamente dimostrata la sussistenza di un vulnus diretto ed immediato alla finanza regionale, in specie con riferimento alla circostanza che l'intervento statale altererebbe gravemente il rapporto tra complessivi bisogni regionali e insieme dei mezzi finanziari per farvi fronte, né sarebbe adeguatamente motivata la pretesa determinazione di vincolo puntuali e specifici all'autonomia di spesa ed organizzativa delle Regioni.*

*5.1.1. L'eccezione è priva di fondamento.*

*Nella specie, la Regione ricorrente impugna le norme citate nella parte in cui, stabilendo che l'ammontare del concorso finanziario di ciascuna Regione al patto di stabilità è determinato in relazione all'ammontare delle spese sostenute dalle medesime per i consumi intermedi, conterrebbero disposizioni dettagliate non qualificabili quali principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost. e quindi tali da comprimere oltre il consentito l'autonomia di spesa delle Regioni, tutelata dall'art. 119, primo comma, Cost., in quanto incidenti su uno specifico capitolo di spesa e non sulla spesa corrente complessivamente considerata. Posto che a nulla rileva, a tal proposito, la dimostrazione dell'esistenza di un vulnus diretto ed immediato alla finanza regionale, la valutazione circa la fondatezza di tali assunti rientra nel giudizio inerente al merito della questione.*

*5.2.– Nel merito, la questione è fondata nei limiti di seguito precisati.*

*Questa Corte ha da tempo riconosciuto che la finanza delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali è «parte della finanza pubblica allargata» (sentenze n. 267 del 2006 e n. 425 del 2004). Pertanto, «il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alle politiche di bilancio – anche se questi ultimi, indirettamente, vengono ad*

incidere sull'autonomia regionale di spesa – per ragioni di coordinamento finanziario volte a salvaguardare [...] l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari» (sentenza n. 237 del 2009; nello stesso senso sentenze n. 52 del 2010 e n. 139 del 2009). Questi vincoli, tuttavia, perché possano considerarsi rispettosi dell'autonomia delle Regioni e degli enti locali, devono riguardare «l'entità del disavanzo di parte corrente» oppure – ma solo «in vista degli specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica perseguiti dal legislatore statale – la crescita della spesa corrente» (sentenza n. 182 del 2011), in quanto, ove non contenuta, ineludibilmente destinata a produrre disavanzo e quindi a porre a rischio gli obiettivi di finanza pubblica e con essi, indirettamente, anche i vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.

Sulle richiamate indicazioni trovano fondamento le disposizioni censurate, nella parte in cui, «ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica» (comma 1) ed in vista della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, determinano, in linea generale, gli obiettivi del patto di stabilità interno delle Regioni, strettamente strumentali ai primi. In coerenza con tale scopo, esse prescrivono che l'ammontare complessivo del concorso finanziario di ciascuna Regione al rispetto dei predetti obiettivi del patto di stabilità (comma 2) sia determinato dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, la cui delibera, adottata anche tenendo conto delle analisi della spesa effettuate dal commissario straordinario di cui all'art. 2 del d.l. n. 52 del 2012, deve essere recepita con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze entro il 31 gennaio di ciascun anno, sempre in considerazione della necessità di assicurare il rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Nel terzo periodo del comma 2, l'art. 16, tuttavia, stabilisce che, «in caso di mancata deliberazione della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze è

comunque emanato entro il 15 febbraio di ciascun anno» e che la determinazione del concorso finanziario di ciascuna regione è effettuata esclusivamente «in proporzione alle spese sostenute per consumi intermedi» e cioè a quei consumi che, secondo la definizione fornita dal Regolamento CE 25.6.1996, n. 2223 (Regolamento del Consiglio relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità), «rappresentano il valore dei beni e dei servizi consumati quali input in un processo di produzione».

La richiamata disposizione è, pertanto, chiaramente finalizzata a sanzionare e quindi ad imporre alle Regioni il contenimento della spesa corrente, non complessivamente considerata, ma con specifico riguardo alla categoria dei suddetti consumi intermedi.

A tal proposito occorre ricordare che questa Corte ha ripetutamente affermato che è consentito al legislatore statale imporre limiti alla spesa di enti pubblici regionali, che si configurano quali principi di «coordinamento della finanza pubblica», anche nel caso in cui gli «obiettivi di riequilibrio della medesima» tocchino singole voci di spesa a condizione che: tali obiettivi consistano in «un contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente», in quanto dette voci corrispondano ad un «importante aggregato della spesa di parte corrente», come nel caso delle spese per il personale (sentenze n. 287 del 2013 e n. 169 del 2007); il citato contenimento sia comunque «transitorio», in quanto necessario a fronteggiare una situazione contingente, e non siano previsti «in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi» (sentenze n. 23 e n. 22 del 2014; n. 236, n. 229 e n. 205 del 2013; n. 193 del 2012; n. 169 del 2007).

Orbene, la citata disposizione soddisfa solo alcuni dei richiamati requisiti, nella parte in cui stabilisce che le misure restrittive incidono sui consumi intermedi, i quali costituiscono «un rilevante aggregato della spesa di parte corrente» ed «una delle più frequenti e rilevanti cause del disavanzo pubblico» (sentenza n. 289 del 2008), e non detta specifiche modalità operative circa gli strumenti con cui attuare il risparmio sulla spesa per i consumi intermedi, che restano, pertanto, almeno in parte, nella

discrezionalità della Regione. Ma non soddisfa, viceversa, l'ulteriore condizione della necessaria "transitorietà" delle misure restrittive (fra le tante, sentenze n. 256, n. 229 e n. 205 del 2013), nella parte in cui stabilisce che dette misure, che si impongono all'autonomia di spesa ed organizzativa della Regione, sono adottate non per un periodo limitato, per fronteggiare una situazione contingente, ma a tempo indeterminato, disponendo l'adozione del decreto ministeriale «entro il 15 febbraio di ciascun anno».

Considerato che questa Corte non può stabilire a sua discrezione l'arco temporale di operatività delle norme in esame, così sostituendosi al legislatore, occorre dedurre dalla trama normativa censurata un termine finale che consenta di assicurare la natura transitoria delle misure previste e, allo stesso tempo, di non stravolgere gli equilibri della finanza pubblica, specie in relazione all'anno finanziario in corso (sentenza n. 193 del 2012). L'esame del primo e del quarto periodo del co. 2 dell'art. 16 in esame consente di individuare quale dies ad quem l'anno 2015, espressamente richiamato in entrambi i suddetti periodi là dove è determinato il concorso finanziario delle Regioni al patto di stabilità per gli anni 2012, 2013 e 2014 e «a decorrere dall'anno 2015».

Deve, pertanto, essere dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119, primo comma, Cost., del terzo periodo del comma 2 dell'art. 16 del d.l. n. 95 del 2012, nella parte in cui non prevede che, in caso di mancata deliberazione della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze «è comunque emanato entro il 15 febbraio di ciascun anno», «sino all'anno 2015».

6.- I commi 1 e 2 (più precisamente il quarto ed il quinto periodo del comma 2) dell'art. 16 del d.l. n. 95 del 2012 sono, infine censurati dalla ricorrente per violazione dell'art. 119, terzo e quinto comma, Cost.

Essi, nella parte in cui stabiliscono che le risorse a qualunque titolo dovute dallo Stato alle Regioni a statuto ordinario siano ridotte in misura maggiore nei confronti delle Regioni che abbiano effettuato maggiori spese per i

consumi intermedi, ritenute una manifestazione di "ricchezza", fino al punto da imporre alle medesime Regioni la restituzione allo Stato delle risorse già trasferite, produrrebbero una perequazione lesiva del terzo comma dell'art. 119 Cost. che ancora il funzionamento del fondo perequativo alla capacità fiscale, nonché del quinto comma del medesimo art. 119 Cost., che prevede che gli oneri necessari per la rimozione degli squilibri economico-sociali e la promozione dello sviluppo economico delle Regioni meno avanzate debbano essere sostenuti dallo Stato e non dalle altre Regioni e devono garantire risorse aggiuntive rispetto a quelle reperite per l'esercizio delle normali funzioni.

6.1. Preliminarmente, è stata eccepita l'inammissibilità della questione in quanto essa consisterebbe nella denuncia di trattamenti disomogenei e di violazioni di precetti costituzionali non assistita da adeguata argomentazione.

6.1.1. L'eccezione non è fondata.

La ricorrente contesta che la previsione in base alla quale i trasferimenti statali sono maggiormente ridotti a carico delle Regioni che abbiano sostenuto maggiori spese per i consumi intermedi, intese quali manifestazioni di ricchezza, ed in specie la previsione che, nell'ipotesi in cui le predette spese siano molto elevate e le risorse statali da trasferire insufficienti, le medesime Regioni siano tenute a versare all'entrata del bilancio dello Stato le somme residue, darebbero forma ad una perequazione costituzionalmente illegittima in quanto non calibrata sulla capacità fiscale dei territori (art. 119, terzo comma, Cost.) e non realizzata a carico dello Stato ed in vista della necessità di garantire risorse aggiuntive, come imposto dal quinto comma dell'art. 119 Cost.

La censura risulta, pertanto, adeguatamente motivata. La valutazione circa la fondatezza degli argomenti svolti a suo sostegno appartiene al sindacato di merito.

6.2.- Nel merito, la questione è fondata nei termini di seguito precisati.

Sempre nell'ambito del concorso degli enti territoriali alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica (comma 1), il censurato art. 16 del d.l. n. 95 del 2012, dopo aver stabilito le modalità del concorso finanziario delle Regioni

al conseguimento degli obiettivi del patto di stabilità interno delle Regioni a statuto ordinario (co. 2, dal primo al terzo periodo), dispone anche la riduzione delle «risorse a qualunque titolo dovute dallo Stato alle regioni a statuto ordinario, incluse le risorse destinate alla programmazione regionale del Fondo per le aree sottoutilizzate ed escluse quelle destinate al finanziamento corrente del Servizio sanitario nazionale e del trasporto pubblico locale» (quarto periodo del co. 2).

Tale riduzione è determinata, per ciascuna Regione, «in misura proporzionale», fra l'altro, anche alle spese sostenute per i consumi intermedi (quarto periodo del co. 2), al punto che «in caso di insufficienza delle predette risorse le regioni sono tenute a versare all'entrata del bilancio dello Stato le somme residue» (ultimo periodo del co. 2).

Tali disposizioni, in altri termini, nell'imporre il taglio dei trasferimenti statali in favore delle Regioni ad autonomia ordinaria (taglio che, tuttavia, non tocca le risorse relative al servizio sanitario ed al trasporto pubblico locale), lo commisura all'ammontare delle spese sostenute dalle Regioni per i consumi intermedi, nel senso di imporre maggiori riduzioni a quelle Regioni che abbiano effettuato maggiori spese per i suddetti consumi intermedi, fino al punto di costringere quelle Regioni che abbiano effettuato spese molto elevate per i consumi intermedi, superiori ai trasferimenti statali dovuti, a restituire al bilancio dello Stato le somme residue.

In tal modo esse realizzano un effetto perequativo implicito, ma evidente, che discende dal collegare la riduzione dei trasferimenti statali all'ammontare delle spese per i consumi intermedi, intese quali manifestazioni, pur indirette, di ricchezza delle Regioni.

Una simile misura perequativa, tuttavia, contrasta con l'art. 119 Cost. in quanto non soddisfa i requisiti ivi prescritti, in particolare al terzo ed al quinto comma.

Questa Corte ha ripetutamente affermato che «gli interventi statali fondati sulla differenziazione tra Regioni, volti a rimuovere gli squilibri economici e sociali, devono seguire le modalità fissate dall'art. 119, quinto comma, Cost., senza alterare i vincoli generali di

contenimento della spesa pubblica, che non possono che essere uniformi» (sentenze n. 46 del 2013 e n. 284 del 2009) ed ha anche affermato che, ove le risorse acquisite siano destinate ad un apposito fondo perequativo, esse devono essere indirizzate ai soli «territori con minore capacità fiscale per abitante» (art. 119, co. 3, Cost.).

Infatti, «mentre il concorso agli obiettivi di finanza pubblica è un obbligo indefettibile di tutti gli enti del settore pubblico allargato di cui anche le Regioni devono farsi carico attraverso un accollo proporzionato degli oneri complessivi conseguenti alle manovre di finanza pubblica (ex plurimis, sentenza n. 52 del 2010), la perequazione degli squilibri economici in ambito regionale deve rispettare le modalità previste dalla Costituzione, di modo che il loro impatto sui conti consolidati delle amministrazioni pubbliche possa essere fronteggiato ed eventualmente redistribuito attraverso la fisiologica utilizzazione degli strumenti consentiti dal vigente ordinamento finanziario e contabile» (sentenza n. 176 del 2012). Conseguentemente, «gli interventi perequativi e solidali devono garantire risorse aggiuntive rispetto a quelle reperite per l'esercizio delle normali funzioni», e provenienti dallo Stato (sentenza n. 176 del 2012), devono avere uno «specifico ambito territoriale di localizzazione», nonché «particolari categorie svantaggiate destinarie» (sentenza n. 254 del 2013).

Nella specie, nessuna delle suddette condizioni è soddisfatta, posto che le disposizioni censurate non contengono alcun indice da cui possa trarsi la conclusione che le risorse in tal modo acquisite siano destinate ad un fondo perequativo indirizzato ai soli «territori con minore capacità fiscale per abitante» (art. 119, terzo comma, Cost.), né che esse siano volte a fornire quelle «risorse aggiuntive», che lo Stato - dal quale, peraltro, dovrebbero provenire - destina esclusivamente a «determinate» Regioni per «scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni» (art. 119, co. 5, Cost.: ex plurimis, sentenze n. 273 del 2013; n. 451 del 2006; n. 107 del 2005; n. 423, n. 320, n. 49 e n. 16 del 2004), con riferimento a specifici ambiti territoriali e/o a particolari categorie svantaggiate. Dal tenore delle

*disposizioni impugnate emerge esclusivamente che il maggiore sacrificio imposto alle Regioni per il solo fatto che hanno sostenuto maggiori spese per i consumi intermedi si risolve in una corrispondente maggiore riduzione dei trasferimenti statali, ove non addirittura nell'obbligo di restituzione di risorse già acquisite, che vengono assicurate all'entrata del bilancio dello Stato, senza alcuna indicazione circa la loro destinazione.*

*Deve, pertanto, dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, del d.l. n. 95 del 2012, ultimo periodo, il quale impone alle Regioni che abbiano sostenuto spese molto elevate per i consumi intermedi, allorquando le risorse statali da trasferire non siano sufficienti a "coprire" quelle spese, di versare al bilancio dello Stato le somme residue; nonché del medesimo art. 16, comma 2, quarto periodo, nella parte in cui stabilisce che le risorse a qualunque titolo dovute dallo Stato alle Regioni a statuto ordinario sono ridotte, per ciascuna Regione, in misura proporzionale agli importi stabiliti anche ai sensi «del terzo periodo» del medesimo comma e cioè in proporzione alle spese sostenute per i consumi intermedi.*

*per questi motivi*

**LA CORTE COSTITUZIONALE**

*1) dichiara l'illegittimità costituzionale del*

*terzo periodo del co. 2 dell'art. 16 del d.l. 6.7.2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 7.8.2012, n. 135, nella parte in cui non prevede che, in caso di mancata deliberazione della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze «è comunque emanato entro il 15 febbraio di ciascun anno», «sino all'anno 2015»;*

*2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, ultimo periodo, del d.l. n. 95 del 2012;*

*3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, quarto periodo, del d.l. n. 95 del 2012, limitatamente alle parole «e del terzo periodo»;*

*4) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16, coo. 1 e 2, del d.l. n. 95 del 2012, promosse, con il ricorso indicato in epigrafe, in riferimento agli artt. 3, 5 e 117, primo e secondo comma, della Costituzione.*

«.....GA.....»

# CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **AVVOCATI: IN GAZZETTA UFFICIALE IL REGOLAMENTO SUI COMPENSI NON CONCORDATI IN FORMA SCRITTA CON IL CLIENTE**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 77 del 2.4.2014 il decreto n. 55 del 10.3.2014 del Ministero della Giustizia recante "Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'art. 13, co. 6, della l. 31.12.2012, n. 247." Il Regolamento, che entra in vigore il 3.4.2014, disciplina per le prestazioni professionali i parametri dei compensi all'avvocato quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale degli stessi, comprese le ipotesi di liquidazione nonche' di prestazione nell'interesse di terzi o prestazioni officiose previste dalla legge (Decreto n. 55/2014 in Gazzetta Ufficiale n.77 del 2.4.2014).*

«..... GA.....»

### **RECUPERO CREDITI: L'ANTITRUST BLOCCA LE MODALITÀ AGGRESSIVE E SCORRETTE DEI SOLLECITI DI PAGAMENTO**

*Nuovo intervento dell'Antitrust a tutela dei consumatori bersagliati da solleciti di pagamento, effettuati con modalità aggressive e scorrette relativamente a presunti crediti, infondati o prescritti. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 19.3.2014, ha infatti disposto la sospensione da parte della GE.RI. Gestione Rischi S.r.l. e della ELLIOT S.r.l. di ogni attività diretta al recupero crediti con*

*modalità scorrette. La misura è stata adottata per impedire da subito, in attesa della conclusione dell'istruttoria, effetti negativi per i cittadini. Secondo le numerose segnalazioni arrivate all'Autorità da parte di cittadini, Gruppo Antitrust del Nucleo Tutela Mercati della Guardia di Finanza e associazione dei consumatori, la GE.RI., in particolare nei primi mesi del 2014, avrebbe sollecitato via posta, con mail, telefonate e sms, il pagamento - su incarico di diversi committenti - di presunti crediti, non dettagliati o infondati o prescritti, anche minacciando azioni legali. In alcune comunicazioni veniva addirittura preannunciata la visita di un funzionario a casa o sul posto di lavoro per "ritentare la composizione bonaria del debito". Taluni consumatori, inoltre, sono stati invitati a contattare una numerazione a pagamento, "per eventuali comunicazioni" o per delle "verifiche amministrative", con un costo della chiamata alquanto elevato. La società, tuttavia, ha comunicato di aver attualmente disattivato la relativa numerazione. In base agli elementi acquisiti nella prima fase del procedimento il recupero di taluni crediti sarebbe stato commissionato dalla ELLIOT S.r.l., società che ha acquistato, a prezzi irrisori rispetto all'importo nominale, la titolarità, dal marzo 2013, di crediti vantati da altri professionisti. Il provvedimento rientra in un settore di particolare attualità, in relazione al quale l'Autorità ha già adottato numerosi provvedimenti, irrogando sanzioni per oltre 600 mila euro, in particolar modo nei confronti di società di recupero crediti responsabili di pratiche aggressive per l'inoltro di finte citazione in giudizio (Provvedimento AGCM del 2.4.2014).*

«..... GA.....»

**SOPPRESSIONE AVCP: CHIARIMENTI A.N.AC. SULLE MODALITÀ TRANSITORIE DI COMUNICAZIONI IN MATERIA DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI**

*L'Autorità Nazionale Anticorruzione, alla quale sono state trasferite le competenze della soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con apposito comunicato ha chiarito che - relativamente alle modalità transitorie di comunicazione a seguito dell'entrata in vigore del d.l. del 24.6.2014 n. 90 - le comunicazioni in materia di vigilanza sui contratti pubblici e in genere relative alle attività svolte dalla soppressa AVCP devono continuare ad essere inviate agli uffici e ai recapiti indicati sul sito della soppressa AVCP. Le comunicazioni in materia di anticorruzione e trasparenza, così come integrate dal d.l. 24.6.2014, n. 90 e le richieste di parere sulla costituzione degli Organismi Indipendenti di Valutazione devono continuare ad essere inviate seguendo le indicazioni dei comunicati pubblicati sul sito dell'A.N.AC. (Comunicato A.N.AC.)*

«..... GA.....»

**SERVIZIO SCOLASTICO: IN GAZZETTA UFFICIALE LA LEGGE DI CONVERSIONE**

*E' stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 130 del 7.6.2014 la l. 5.6.2014 n. 87 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 7.4.2014, n. 58, recante misure urgenti per garantire il regolare svolgimento del servizio scolastico (Comunicato G.U. n. 130 del 7.6.2014 l. n. 87/2014 ).*

«..... GA.....»

**AVCP: SOA DAL 10.6.2014 NUOVA PROCEDURA INFORMATICA 'ATTESTAZIONI' PER GLI OBBLIGHI INFORMATIVI**

*Il Presidente dell'Avcp ha inviato un*

*comunicato alle Società Organismo di Attestazione in merito agli obblighi informativi - ex art 8, co. 1 e seguenti del d.P.R. 207/2010 (ex art. 27 d.P.R. 34/2000) - riferiti ai dati relativi alla qualificazione delle imprese esecutrici di lavori da inserire nel Casellario Informatico istituito ai sensi dell'art. 7 del Codice dei contratti pubblici. Dal 10.6.2014, sarà rilasciata in esercizio la nuova procedura informatica 'Attestazioni' che consentirà la trasmissione, con le modalità specificatamente descritte nei relativi manuali tecnico-operativi, delle informazioni di cui all'art. 8, co. 2 del d.P.R. 207/2010, riferite ai contratti di attestazione ed ai correlati attestati di qualificazione rilasciati agli O.E. da parte delle S.O.A. autorizzate. L'applicazione sarà utilizzabile sia tramite interfaccia web, sia attraverso l'invocazione di appositi servizi in cooperazione applicativa senza che tali diverse modalità siano mutuamente esclusive. (Comunicato AVCP n. 5 del 6.6.2014)*

«..... GA.....»

**AVCP: INDICAZIONI ALLE SOA PER L'ATTIVITÀ DI ATTESTAZIONE**

*Con la Determinazione n. 4 del 2014 l'Avcp indica i criteri a cui le SOA devono attenersi per la redazione o per l'aggiornamento del documento - previsto dall'art. 68, co. 2, lett. f), del d.P.R. n. 207/2010 - relativo alle procedure da adottare per il rilascio degli attestati di qualificazione secondo le disposizioni normative vigenti. In particolare l'atto specifica gli elementi costitutivi del documento e dei flussi procedurali operativi, ritenuti necessari per assicurare le garanzie minime in tema di certezza dei rapporti contrattuali instaurati dalle SOA con gli operatori economici, nonché di trasparenza e correttezza dell'attività di attestazione. (Comunicato AVCP del 16.5.2014).*

«..... GA.....»

**CODICE DELLA NAVIGAZIONE: L'AMMINISTRAZIONE PUÒ DICHIARARE LA DECADENZA DEL CONCESSIONARIO DALLA CONCESSIONE**



## **PER MANCATA ESECUZIONE DELLE OPERE PRESCRITTE O ANCHE PER NON USO CONTINUATO O PER CATTIVO USO**

*L'art. 47 (Decadenza dalla concessione) del Codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942 n. 327) prevede che l'amministrazione possa dichiarare la decadenza del concessionario per mancata esecuzione delle opere prescritte o anche per non uso continuato o per cattivo uso (e per esempio per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata fatta la concessione). Nella specie, le ragioni poste a base della decadenza – essendo irrilevante il nomen iuris utilizzato di revoca piuttosto che di decadenza o viceversa - sono relative a: mancato perseguimento dello scopo; non uso continuato e ingiustificato; mancata realizzazione delle opere per rimuovere le barriere architettoniche. Tali circostanze, peraltro indicanti ragioni plurime tutte da sole idonee a giustificare l'atto negativo, sono realmente in grado di sorreggere il provvedimento sanzionatorio; dall'altro lato le ragioni avanzate dall'appellante non paiono meritevoli di positiva valutazione, al fine di scriminarlo dalla imputabilità dell'inadempimento dei doveri imposti al concessionario. Infatti: 1) all'atto di concessione era stata allegata una puntuale planimetria dell'area demaniale da occupare, che ben individuava l'oggetto; 2) le parziali occupazioni, peraltro anche successive all'atto di adozione della concessione, non potevano giustificare il totale inadempimento da parte del concessionario ai suoi doveri; 3) la concessione era in sé atto che attribuiva la disponibilità del bene; 4) non da ultimo, la prassi consolidata in atto presso il Comune di Chioggia, ben conosciuta all'appellante per essere anche concessionario di altra area balneare nel medesimo comprensorio comunale, senza pretesa di formali consegne; 5) è decisiva la nota comunale del 18 febbraio 2004 diretta al concessionario, con cui il Comune faceva presente che già con il rilascio della concessione demaniale del 2002 si era resa disponibile e di immediato utilizzo a suo favore l'area suddetta allo scopo di adibirla a stabilimento balneare; 6)*

*da ultimo, l'appellante aveva chiesto in modo formale la consegna del bene soltanto in data 12 marzo 2004 e cioè quasi due anni dopo l'adozione dell'atto concessorio e solo dopo la nota comunale su indicata datata 18 febbraio 2004. In sostanza, quindi, è irrilevante il nomen iuris utilizzato (sul riferimento alla sostanza dell'atto adottato piuttosto che alla forma, tra le tante, CdS, IV, 8 giugno 2009, n.3507), non potendosi avere dubbi di sorta in ordine alla circostanza che il potere utilizzato dal Comune, in modo corretto, sia relativo all'atto di decadenza come previsto dal citato articolo del Codice della navigazione, giustificato dal venir meno del concessionario ai vari doveri di utilizzo ai quali era tenuto in tale qualità e d'altro canto non potendosi ritenere giustificato, tale inadempimento, dalle circostanze addotte dirette a lamentare una mora dell'amministrazione. In linea generale (tra tante CdS, VI, 23 maggio 2011 n.3046 e 12 aprile 2011 n.2253) è da ritenere legittimo e conforme alla detta previsione normativa il provvedimento dichiarativo di decadenza per mancato utilizzo continuato della concessione demaniale marittima o per inadempimento agli obblighi del concessionario che compromettano in modo definitivo il proficuo prosieguo del rapporto (**Consiglio di Stato Sez. VI del 8.5.2014**).*

«..... GA.....»

## **MONITORAGGIO OPERE PUBBLICHE: IN GAZZETTA UFFICIALE LA CIRCOLARE MEF SULLE MODALITÀ OPERATIVE E PRIMA RILEVAZIONE**

*E' stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 108 del 12.5.2014 la circolare MEF recante "Monitoraggio opere pubbliche in attuazione del d.lgs. del 29.11.2011 n. 229: esplicazione delle modalita' operative e prima rilevazione" (**Circolare MEF 8.4.2014 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 108 del 12.5.2014**).*

«..... GA.....»

## **AVCP: A PARTIRE DAL 12.5.2014 NEI DATI DEI CONTRATTI OLTRE AL CIG VA INDICATO IL CODICE UNICO DI**

**PROGETTO (CUP)**

Con la l. n.196/2009 è stata istituita la Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP) in seno al Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), al fine di assicurare un efficace controllo e monitoraggio degli andamenti della finanza pubblica. Il successivo Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Ragioneria Generale dello Stato del 26/02/2013 (attuativo dell'art.5 del d.lgs.n.229/2011), ha definito – nell'Allegato A - il dettaglio delle informazioni da comunicare. Allo scopo di ridurre gli oneri informativi a carico delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori e di eliminare la duplicazione delle richieste di adempimenti, l'AVCP ha stipulato, in data 2 agosto 2013, un protocollo d'intesa con la Ragioneria Generale dello Stato, assumendo l'impegno di trasmettere alla BDAP i dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali, concernenti il ciclo di vita dei contratti pubblici di lavori (opere pubbliche) dalla fase di assegnazione del CIG, già in suo possesso, per effetto delle disposizioni contenute nell'art. 7, co. 8, del d.lgs.n.163/2006. In sintesi, il set informativo richiesto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – R.G.S., che mantiene comunque una propria specifica finalità, viene ad essere significativamente ridotto, in ragione dei dati acquisibili direttamente dall'AVCP. Con comunicato dell'8.5.2014 L'AVCP precisa che, come specificato anche nella Circolare della Ragioneria Generale dello Stato del 08/04/2014 n.14, condizione necessaria per evitare di dover procedere ad un ulteriore invio alla BDAP degli elementi informativi già acquisiti dall'AVCP, è che i dati dei contratti siano corredati oltre che del CIG anche del Codice Unico di Progetto (CUP) cui si riferiscono. In proposito, rammenta l'Autorità che l'obbligatorietà del CUP ricorre nelle fattispecie di seguito riportate: a) Appalto di lavori diversi da quelli di manutenzione ordinaria; b) Appalto di servizi finalizzato alla realizzazione di un progetto di investimento pubblico; c) Appalto di forniture finalizzato alla realizzazione di un progetto di investimento pubblico; d) Appalti di servizi o forniture che sebbene non rientrino nelle

fattispecie di cui ai punti c) e d), siano cofinanziati da fondi comunitari. Pertanto, è necessario che i RUP procedano alla verifica, integrazione o rettifica dei dati su SIMOG, nelle modalità e secondo le tempistiche di seguito descritte. Nuove modalità operative a decorrere dal 12 maggio 2014 Creazione di un nuovo CIG A partire dal 12/5/2014 sarà obbligatorio indicare sul sistema SIMOG, in sede di creazione del CIG, il CUP identificativo del progetto nell'ambito del quale si colloca lo specifico appalto. Sarà possibile indicare più CUP a fronte di uno stesso CIG. Al momento dell'inserimento del CUP, il sistema SIMOG verificherà che ciascun codice CUP inserito sia effettivamente presente nella banca dati del CIPE e, in caso positivo, consentirà al RUP di visualizzare il soggetto che ne ha richiesto il rilascio e l'oggetto del progetto. Per tutte le fattispecie sopra citate, la mancata indicazione di un CUP (ovvero l'indicazione di un CUP non valido) determinerà l'impossibilità di acquisire il CIG e/o di perfezionarlo. Nel caso di temporanea impossibilità di verificare la validità del CUP sulla banca dati del CIPE, il CIG verrà comunque rilasciato ma non sarà possibile completarne il perfezionamento/pubblicazione fino ad avvenuta validazione. Comunicazione delle Schede di Aggiudicazione A partire dal 12/5/2014, per tutti i CIG creati anteriormente a tale data per i quali non sono stati ancora trasmessi i dati relativi alle aggiudicazioni, in sede di compilazione della Scheda di aggiudicazione sarà obbligatorio indicare uno o più CUP qualora l'appalto rientri in una delle fattispecie sopra citate. Sarà possibile indicare più CUP a fronte di uno stesso CIG. Al momento dell'inserimento del CUP, il sistema SIMOG verificherà che ciascun codice CUP inserito sia effettivamente presente nella banca dati del CIPE e, in caso positivo, consentirà al RUP di visualizzare il soggetto che ne ha richiesto il rilascio e l'oggetto del progetto. Per tutte le fattispecie sopra citate, in assenza di validazione dei CUP inseriti, il sistema SIMOG non consentirà di completare la conferma della scheda di aggiudicazione. Nuove modalità operative a decorrere dal



14.7.2014 Per tutti i contratti per i quali alla data del 12.5.2014 risultino già trasmesse le relative schede di aggiudicazione, il RUP dovrà verificare che per le fattispecie per le quali è necessaria l'acquisizione del CUP, quest'ultimo risulti associato al CIG cui si riferisce, nell'ambito del sistema SIMOG. A tal fine, a partire dal 14/07/2014 sul sistema SIMOG sarà disponibile, per tutti i RUP, una nuova funzionalità che consentirà di visualizzare tutti i CIG di propria competenza relativi agli appalti oggetto di monitoraggio ai sensi del DM 26/2/2013 e s.m.i., con indicazione degli eventuali CUP già riportati. Ciascun RUP dovrà verificare che, in tutti i casi di obbligatorietà del CUP, questo sia stato inserito, procedendo, laddove necessario, ad una modifica/integrazione dei codici CUP. Sarà possibile indicare più CUP a fronte di uno stesso CIG. Al momento della modifica o dell'inserimento di un CUP, il sistema SIMOG verificherà che ciascun codice CUP inserito sia effettivamente presente nella banca dati del CIPE e, in caso positivo, consentirà al RUP di visualizzare il soggetto che ne ha richiesto il rilascio e l'oggetto del progetto. In assenza di validazione dei CUP inseriti in relazione a ciascun CIG, il sistema SIMOG non acquisirà come valide le nuove informazioni di integrazione CIG-CUP e continuerà a mantenere il CIG nella lista di quelli da integrare. Si precisa che tale attività dovrà essere svolta da tutti i RUP sul sistema SIMOG, anche per i contratti i cui dati vengono trasmessi all'Osservatorio per il tramite delle Sezioni Regionali, e dovrà essere completata entro il 30/08/2014. Si ribadisce che, laddove nel sistema SIMOG siano presenti entrambe le informazioni relative al CUP ed al CIG, le amministrazioni saranno esonerate dal trasmettere alla BDAP i dati già inviati all'Osservatorio; saranno tenute a trasmettere alla BDAP soltanto le informazioni dell'Allegato A del DM non inviate o non presenti nel sistema SIMOG. Accesso alla BDAP istituita in seno al MEF-RGS Nel mese di settembre, il MEF renderà disponibile l'accesso alla BDAP ad opera delle amministrazioni pubbliche, le quali potranno: 1. prendere visione dei dati delle

opere pubbliche di propria pertinenza (identificate con il CUP) già trasmessi al SIMOG; 2. verificare la presenza e/o la correttezza delle informazioni presenti in BDAP mutate dal SIMOG e da altre banche dati alimentanti; 3. effettuare le integrazioni o le correzioni necessarie esclusivamente sul SIMOG e sulle altre banche dati alimentanti. Nei casi in cui l'associazione CUP-CIG o altre informazioni non siano state integrate nel sistema SIMOG, le amministrazioni dovranno procedere ad un nuovo invio integrale dei dati alla BDAP a partire dal 30/09/2014 entro i successivi 30 giorni (30 settembre-31 ottobre). La comunicazione di tali informazioni alla BDAP è un presupposto per l'erogazione del finanziamento dello Stato. A seguito della rilevazione dei dati da parte del MEF, l'Autorità procederà ad un riscontro tra i dati presenti nel sistema SIMOG e quelli trasmessi direttamente alla BDAP dalle amministrazioni, valutando la sussistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 7, co. 8, del d.lgs. 163/2006 (**Comunicato AVCP del 8.5.2014**).

«..... GA.....»

## **EDIFICI O LOCALI PER LAVORAZIONI INDUSTRIALI: IN GAZZETTA UFFICIALE IL DECRETO SULLE INFORMAZIONI DA TRASMETTERE ALL'ORGANO DI VIGILANZA IN CASO DI COSTRUZIONE, REALIZZAZIONE, AMPLIAMENTI E RISTRUTTURAZIONE DI EDIFICI O LOCALI**

Con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, del 18.4.2014, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, serie Generale, n. 106 del 9.5.2014 sono state individuate, ex art. 67, co. 2, del d. lgs. n. 81/2008, secondo criteri di semplicità e comprensibilità, le informazioni da trasmettere all'organo di vigilanza in caso di costruzione e di realizzazione di edifici o locali da adibire a lavorazioni industriali, nonché nei casi di ampliamenti e di ristrutturazione di quelli esistenti. Le

informazioni da trasmettere nei casi su indicati potranno essere trasmesse all'organo di vigilanza utilizzando l'apposita modulistica disponibile nella presente sezione (**Comunicato della Funzione Pubblica del 12.5.2014**).

«..... GA.....»

### **AUTORITÀ PER L'ENERGIA: AUMENTANO DEL 30% I CONTROLLI SU CONTATORI, BOLLETTE, PRONTI INTERVENTI, TARIFFE, OFFERTE GREEN**

Molte sono le novità del "Piano di controlli 2014" presentato il 24 aprile in una conferenza stampa dal Presidente dell'Autorità Guido Bortoni e dal Comandante dei Reparti Speciali delle Fiamme Gialle, Generale di Corpo d'Armata Giorgio Toschi. Arriveranno a 140 nel 2014 le ispezioni e i controlli tecnici a tutela dei consumatori effettuati dall'Autorità per l'energia in collaborazione con la Guardia di Finanza, con un aumento del 30% rispetto allo scorso anno. Per la prima volta, inoltre, le verifiche toccheranno anche il settore dell'acqua, la correttezza nella gestione dei contatori e nella fatturazione e le offerte di energia verde. Il Piano prevede attività ispettive e verifiche, anche con telefonate 'civetta' e controlli a sorpresa, in collaborazione con il Nucleo Speciale Tutela dei Mercati (NSTM) della Guardia di Finanza, in settori quali la sicurezza e la qualità del servizio gas, il corretto utilizzo degli incentivi pagati con le bollette dei consumatori, nonché la vigilanza sulla cosiddetta Robin Hood Tax. Gli oltre 500 controlli tecnici e ispezioni degli ultimi 5 anni hanno portato a recuperi amministrativi per oltre 8 milioni di euro e più 6 milioni di euro in relazione alla vigilanza sul divieto di traslazione della maggiorazione Ires. Le denunce penali sono state circa 20 e oltre 60 gli avvisi di procedimenti sanzionatori. Questi i dati forniti dall'Autorità per l'Energia che preannuncia nuovi controlli anche sulle tariffe dell'acqua. Tra i filoni di indagine più innovativi e di diretto impatto sui consumatori, vi sono i controlli sulla

correttezza delle tariffe applicate dai gestori per il biennio 2012-13 e sulla restituzione della quota remunerazione del capitale investito nel periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 abolita dal referendum. Altre novità in arrivo, le ispezioni sulla gestione dei reclami da parte delle imprese, sulla fatturazione ai clienti di piccole dimensioni, sulla misurazione dei consumi e le offerte di energia 'verde', nonché sul rispetto delle direttive sulla separazione amministrativa e contabile (c.d. unbundling) e le verifiche sugli investimenti e i costi dichiarati dalle imprese distributrici di gas ai fini tariffari. Queste ultime si focalizzeranno sui casi più anomali e potranno essere estese anche alle imprese regolate del settore elettrico e idrico. Anche quest'anno il maggior numero di controlli (60 in tutto) riguarderà un settore particolarmente rilevante per la sicurezza dei consumatori, ovvero il rispetto da parte delle imprese della regolazione su potere calorifico, pressione e grado di odorizzazione. La mancata o insufficiente odorizzazione comporta responsabilità penali in quanto non consente di individuare eventuali fughe di gas: negli ultimi 5 anni i casi denunciati all'Autorità giudiziaria sono stati poco meno di 20 e due sono state le segnalazioni al MiSE per mancato rispetto dei limiti di pressione. Sempre ai fini della sicurezza sono previste una decina di ispezioni in loco e 50 telefonate civetta in giorni feriali e festivi, sia di giorno che di notte, per verificare l'effettiva funzionalità del pronto intervento gas, un servizio fondamentale per la tutela dei consumatori che deve essere gratuito, attivo 24 ore su 24 e gestito con tempistiche stringenti di arrivo sul posto. Negli ultimi cinque anni sono state fatte 250 verifiche e 43 ispezioni dalle quali è risultato fuori norma circa il 20% delle imprese controllate; 32 i procedimenti avviati, di cui una decina conclusi con sanzioni per oltre 140mila euro. Precisa inoltre l'Autorità che a queste attività si aggiungeranno le verifiche ispettive non programmabili, ovvero le ispezioni straordinarie a seguito di specifiche segnalazioni, denunce o di nuove esigenze operative. Nel 2014 prosegue anche la vigilanza sul rispetto del divieto di



traslazione della maggiorazione d'imposta Ires (Robin Hood Tax); l'attività svolta in collaborazione con cinque ispettori del Nucleo speciale tutela mercati che, ad oggi, ha consentito di effettuare analisi contabili su circa 400 soggetti e di svolgere ulteriori approfondimenti su 144 di questi. L'attività di vigilanza ha anche consentito di individuare alcune società che, pur essendo tenute al versamento dell'addizionale Ires e al rispetto degli obblighi connessi con la vigilanza, non avevano corrisposto il tributo o l'avevano fatto in misura inferiore. Gli effetti positivi di questi controlli si sostanziano in circa 6 milioni di euro a vantaggio dell'erario quale recupero di maggiore imposta per il periodo 2008-2012. Nel comunicato vengono poi resi noti i risultati del Piano di controlli 2013 dove le verifiche ispettive realizzate in collaborazione fra Autorità e Nucleo speciale tutela mercati della Guardia di Finanza sono state 107 rispetto alle 95 del 2012. La maggior parte ha riguardato la sicurezza nel settore gas e, in particolare il rispetto della normativa sull'odorizzazione: dai 59 controlli effettuati presso 47 imprese di distribuzione è emerso un caso di insufficiente grado di odorizzazione. Forte attenzione è stata dedicata anche al pronto intervento gas con 50 telefonate 'a sorpresa' seguite da 10 verifiche ispettive: di queste, otto hanno avuto un esito non conforme e sono sfociate in istruttorie formali. Nel 2013, i controlli si sono focalizzati anche sul corretto utilizzo di alcune tipologie di incentivi alle imprese pagati con le bollette dei consumatori. Sei verifiche, tutte conformi, hanno riguardato i contributi per i recuperi di sicurezza per aumentare i controlli sull'odorizzante e la ricerca delle fughe di gas sulla rete (circa 30 milioni di euro annui). In passato le violazioni evidenziate hanno determinato l'avvio di quattro procedimenti e la mancata erogazione di incentivi per circa 1,5 milioni di euro. Altre verifiche hanno riguardato gli incentivi (circa 3 milioni di euro l'anno) alle imprese distributrici di energia elettrica per la registrazione automatica delle interruzioni dei clienti finali in bassa tensione, accertando

violazioni in tre dei quattro controlli effettuati. L'Autorità ha quindi stabilito il recupero parziale o totale di incentivi dalle imprese coinvolte per 215.000 euro, portando il totale di incentivi non dovuti recuperati negli ultimi cinque anni a circa 1 milione di euro. Controlli sono stati fatti anche sugli incentivi (circa 100 milioni di euro l'anno) per migliorare la continuità del servizio elettrico, accelerare l'avvicinamento agli altri Paesi europei e ridurre il divario tra Nord e Sud. Le sette ispezioni svolte hanno accertato esiti conformi; i controlli si sono ripetuti negli anni con recuperi amministrativi per oltre 40.000 euro e risultati positivi in termini di moral suasion. A buon fine sono andate anche le due verifiche su imprese elettriche minori che ricevono integrazioni tariffarie per circa 80 milioni di euro l'anno. Altri controlli hanno riguardato 15 imprese titolari di 19 impianti fotovoltaici (per una potenza nominale di 6.058 kW). Le verifiche sono state decise a seguito di segnalazioni del GSE -l'organismo che eroga gli incentivi al fotovoltaico- di impianti che potevano accedere agli incentivi del Quarto conto energia, più elevato del successivo Quinto Conto, in quanto risultavano connessi alla data limite del 27.8.2012, ma per i quali, al 30.11.2012, non risultavano ancora pervenute richieste di incentivo. Per 13 imprese i controlli sono stati favorevoli mentre per altre due è risultato che gli impianti non erano stati realizzati o erano stati realizzati solo in parte. L'Autorità ha trasmesso le conseguenti segnalazioni all'Autorità giudiziaria per false dichiarazioni.

A seguito di numerosi reclami ricevuti da operatori, sono state effettuate tre verifiche (tutte conformi) sul rispetto della regolazione sulla connessione in rete di impianti produttivi. Infine, uno specifico accertamento ha riguardato la corretta applicazione della regolazione dell'Autorità sulla qualità della trasmissione elettrica con particolare riferimento agli obblighi di registrazione delle interruzioni (**Comunicato dell'Autorità per l'Energia del 26.4.2014**).

## REDAZIONALI

# CRITERI INTERPRETATIVI IN ORDINE ALLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NELL'ART. 38, CO. 1, LETT. A) DEL D.LGS. N. 163/2006 AFFERENTI ALLE PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 186 *BIS* DELLA LEGGE FALLIMENTARE (CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE)

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

*Determinazione n. 3 del 23.4.2014 dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture. Indicazioni operative per la partecipazione alle gare delle imprese in concordato preventivo.*

No determination. 3 4/23/2014 Authority for the Supervision of Public Contracts of Works, Services and Supplies. Operational guidance for participation in races of business in-corded with quote.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il concordato preventivo e le novità introdotte dall'art. 186 bis della Legge fallimentare. 3. Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo ordinario. 4. Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo "con continuità aziendale". 5 Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo "in bianco".*

### **1.Premessa.**

Con la determinazione in commento l'Autorità ha inteso individuare i criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 38 co. 1 lett. a) del d.lgs. 163/2006, riguardante le procedure di concordato preventivo, a seguito delle novità introdotte dall'art. 186 *bis* della legge fallimentare. Infatti, la normativa di cui al concordato preventivo è stata modificata dall'art. 33 del d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito in l. n. 134 del 7.8.2012, n. 134, che ha introdotto l'istituto del cd. "concordato con continuità aziendale".

Trattasi, in definitiva, di una procedura concorsuale finalizzata alla prosecuzione dell'attività da parte di imprese che versano

in stato di crisi non insuperabile, riservando ad esse una disciplina di favore. Sulla scorta di questo intervento legislativo, è stato anche modificato l'art. 38, co. 1 lett. a), del Codice dei Contratti pubblici d. lgs. 163/2006, che ora prevede la possibilità, per tali imprese, di partecipare a procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici in via d'eccezione, al ricorrere dei determinate condizioni.

Con l'introduzione di una tale modifica, è sorta l'esigenza per l'Autorità di aggiornare il proprio precedente Comunicato n. 68 del 29 novembre 2011 con cui, fornendo chiarimenti in ordine alla procedura di concordato preventivo ed alla sua incidenza sul mantenimento, ai fini della qualificazione, del requi-

sito genericamente previsto dell'art. 38 co. 1 lett. a) del d. lgs n. 163/2006, e alla luce della finalità sottesa all'istituto in esame volto al risanamento dell'attività imprenditoriale, aveva prospettato un'interpretazione della norma in grado di salvaguardare la continuazione dell'impresa, evitando di incidere sui rapporti contrattuali in essere o sul mantenimento del possesso della qualificazione rilasciata ante procedura in regime di solidità aziendale. Nel citato Comunicato l'Autorità, al fine di garantire omogeneità nelle procedure di controllo dei requisiti attribuite alle SOA, aveva chiarito che le imprese sottoposte a concordato preventivo non potevano conseguire o rinnovare la qualificazione e che quelle già qualificate prima dell'apertura del procedimento di concordato preventivo, alle quali era peraltro comunque preclusa la partecipazione alle gare e la possibilità di riattestazione, non dovevano essere assoggettate ai procedimenti ex art. 40 co. 9 *ter* del Codice dei Contratti pubblici per sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 38 co. 1 lett. a) del medesimo Codice, nella parte relativa alla siffatta procedura. Considerando l'importanza delle modifiche recentemente apportate alla materia, l'Autorità è intervenuta nuovamente sull'argomento.

## 2. Il concordato preventivo e le novità introdotte dall'art. 186-bis della Legge fallimentare.

L'art. 186 *bis* della legge fallimentare n. 267/42 e s.m.i., introdotto dall'art. 33 del d.l. 22.6.2012 n. 83, disciplina la particolare fattispecie del cd. "*concordato con continuità aziendale*", che ricorre quando il piano di concordato prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione. Ricorrendone i requisiti, della continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, e numerosi sono i benefici e le agevolazioni che il legislatore ha previsto, tra i quali la moratoria annuale sui crediti muniti di diritti di prelazione (art. 186 *bis*, co. 2), l'inefficacia delle clausole di riso-

luzione dei contratti in corso a motivo dell'apertura della procedura nonché, al ricorrere di determinate condizioni indicate dal medesimo articolo di legge, la prosecuzione di detti contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, che quindi non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura con l'espressa previsione di inefficacia di eventuali patti contrari (art. 186 *bis*, co. 3).

Per quanto riguarda la disciplina della partecipazione alle gare, l'art. 186 *bis* della legge fallimentare ha introdotto una distinzione tra le imprese che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e non abbiano ancora ottenuto il decreto di ammissione e le imprese che risultino invece già ammesse al predetto concordato.

Per la prima ipotesi, il comma 4 dell'art. 186 *bis* della Legge fallimentare, prevede che "*successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di nomina, provvede il Tribunale*".

Nel caso in cui l'impresa abbia invece già ottenuto il decreto di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, non è impedita la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, purché l'impresa presenti in gara:

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d) della L.F., che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto, richiamando l'appli-

cazione dell'art. 49 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163.

In sostanza dunque il Legislatore ha inteso, da un lato, sostenere l'impresa nel tentativo di recuperare la stabilità aziendale ma, dall'altro, ha richiesto al debitore concordatario che intenda continuare l'attività di impresa alcuni adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli ordinari, al fine di tutelare appieno le pretese creditorie. In questo modo il concordato con continuità aziendale, è stato nettamente distinto dalle ipotesi di concordati puramente liquidatori; tale importante differenza ha indotto il legislatore a modificare anche l'art. 38, co. 1, lett. a) del Codice, confermando tra le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento l'assoggettamento dell'impresa ad una procedura di concordato preventivo, ma tuttavia facendo salvo il caso di cui alla previsione dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare concernente il concordato preventivo con continuità aziendale.

### **3. Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo ordinario.**

Rimane dunque ferma l'esclusione dalla gara per le società sottoposte a concordato preventivo cd. "ordinario" e le stesse non possono essere affidatarie di subappalti, né possono stipulare i relativi contratti e, infine, potranno ottenere l'attestazione in forza del rinvio ai requisiti di carattere generale previsti per la partecipazione alle gare contenute nell'art. 78 del d.P.R. n. 207/2010. I contratti in corso dell'impresa che non ha richiesto di essere ammessa al concordato "con continuità aziendale", andranno incontro alla risoluzione per effetto dell'apertura della procedura, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice dei Contratti pubblici.

La causa ostativa, che decorre dalla domanda di ammissione al concordato preventivo "ordinario", cessa con la chiusura della procedura formalizzata con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180 della legge fallimentare.

L'Autorità ha anche aggiunto come la domanda di ammissione al concordato, al di

fuori dell'operatività delle disposizioni di favore introdotte dall'art. 186 *bis*, comporti per le imprese in possesso dell'attestazione di qualificazione la soggezione ai procedimenti *ex art.* 40, co. 9 *ter* di decadenza dell'attestazione per sopravvenuta perdita del relativo requisito di carattere generale di cui all'art. 38, co. 1, lett. a) del medesimo Codice.

### **4. Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo "con continuità aziendale".**

Per le imprese sottoposte al concordato "con continuità aziendale", l'Autorità ha sottolineato come sia necessario distinguere l'esistenza di una prima fase relativa alla presentazione della domanda di concordato (atto introduttivo del procedimento), da cui iniziano a decorrere determinati effetti inquadabili nell'ambito di una tutela di carattere anticipatorio, ed una seconda fase, di carattere eventuale, che prende le mosse dall'ammissione al concordato preventivo.

In caso di concordato con continuità aziendale, è possibile continuare a dare esecuzione ai contratti in corso; infatti una volta emesso il decreto che ammette l'impresa alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, l'impresa può continuare a dare esecuzione ai contratti, a condizione che produca la relazione del professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto pubblico.

Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di nomina, provvede il Tribunale.

Le considerazioni svolte in materia di partecipazione alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici vanno raccordate con le disposizioni regolanti l'ambito della qualificazione, atteso che l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione costituisce il presupposto per la successiva partecipazione alle gare di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro.

La presentazione della domanda di ammis-



sione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato “*con continuità aziendale*” non comporta la decadenza dell’attestazione di qualificazione; in tale ipotesi, la domanda di ammissione non costituisce, altresì, elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese attestate) o del conseguimento dell’attestazione di qualificazione (per le imprese non attestate), fermo restando l’obbligo della SOA di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l’intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale.

Successivamente al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, le imprese possono dimostrare il possesso del requisito di cui all’art. 38, c. 1, lett. a) in sede di rilascio dell’attestazione di qualificazione.

Le prescrizioni contenute all’art. 186 *bis* co. 5 seppur contenute nella novellata norma fallimentare richiamata nell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici, non risultano estensibili anche all’ambito della qualificazione, posto che la medesima viene rilasciata come “*patente abilitante*” per tutto il periodo di validità della stessa, non potendosi prospettare quindi l’esibizione di dichiarazioni di garanzie indefinite in quanto non riferibili a contratti specifici, né valutazioni di capacità di

adempimento svincolate da riferimenti a specifici appalti.

L’Autorità ha inoltre specificato che restano ferme le garanzie che vengono assunte successivamente dalle singole stazioni appaltanti al fine di garantire la corretta esecuzione dei contratti.

#### **5. Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo “*in bianco*”**

Accanto alle figure di concordato sopra delineate, il “*Decreto Sviluppo 2012*” (d.l. n. 83 del 2012) ha introdotto anche il cosiddetto “*concordato in bianco*”, con cui è stata riconosciuta al debitore la facoltà di depositare, presso la cancelleria del Tribunale competente, un ricorso per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo, riservandosi di produrre successivamente, nel termine fissato con decreto dal giudice, la proposta e il piano concordatario e i documenti previsti dall’articolo 161, della legge fallimentare.

Tuttavia, poiché la presentazione del piano è presupposto per l’applicabilità dell’art. 186 *bis* Legge fallimentare, tale fattispecie non risulta idonea a permettere la prosecuzione dell’attività e costituisce causa ostativa per la qualificazione nonché presupposto per la soggezione dell’impresa al procedimento *ex* art. 40, co. 9 *ter* del d. lgs. n. 163/2006, per perdita del corrispondente requisito.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. VI, 12.6.2014 n. 2986  
**Consiglio di Stato - obbliga - imprese - distribuzione gas - a pagare - servizio - default.**

*In capo all'impresa di distribuzione l'obbligo di gestire i rapporti con il cliente finale che sia rimasto privo, anche temporaneamente, di un fornitore di gas naturale. Venuto meno il contratto con l'utente finale, che però rimane allacciato e continua ad usufruire del servizio, le imprese devono pagare il servizio di default che regola tale indebito. E' questo il tema che è stato al centro dei contenziosi avviati da numerose imprese di distribuzione del gas che nella giornata di ieri hanno visto svanire la vittoria ottenuta innanzi al TAR contro l'Autorità per l'Energia ed il gas. La Sesta Sez. CdS, infatti, con la sentenza depositata il 12 giugno ha ribaltato le decisioni assunte dal TAR Lombardia, Milano che aveva annullato la delibera dell'Autorità per l'Energia dichiarando illegittima l'istituzione del c.d. servizio di default come obbligo di servizio pubblico delle imprese di distribuzione del gas. Il servizio di default è un servizio complementare e sostitutivo al servizio di fornitura di ultima istanza, di carattere temporaneo, destinato ad operare quando nella gestione dei contratti di fornitura con i clienti finali si verificano, anche per periodi transitori, situazioni in cui il cliente resta privo del proprio venditore. In questi casi, il prelievo è effettuato direttamente dal cliente finale sine titolo, cioè indebitamente, perché rimasto allacciato alla rete di distribuzione, anche se privo di un fornitore. Il servizio di default, quindi, opera nei casi, residuali ed eccezionali, in cui non esiste più un titolo contrattuale che giustifichi i prelievi di gas da parte del cliente finale (non disalimentabile o non distaccato dallo stesso distributore) e il distributore ha, di fatto, come unica controparte della regolazione delle partite commerciali lo stesso cliente finale e non più il venditore. Pertanto il presupposto*

*per l'operatività di tale servizio è la mancanza di un contratto di distribuzione (tra distributore e venditore, utente del servizio di distribuzione) e, congiuntamente, la mancanza di un contratto di fornitura (tra lo stesso venditore e il cliente finale) in base ai quali imputare i prelievi materialmente effettuati dal cliente finale. Di regola, in presenza di un contratto di distribuzione e di un contratto di fornitura per un medesimo punto del prelievo, è il venditore l'utente del servizio di distribuzione e, quindi, il centro di imputazione, sulla base del doppio rapporto contrattuale sia con il distributore, sia con il cliente finale, dei prelievi effettuati dalla rete di distribuzione da parte del cliente finale. Nel caso in cui, invece, il contratto di vendita con il cliente finale sia venuto meno (per morosità o per altri motivi) e, per quel medesimo punto di prelievo, sia stato risolto anche il contratto di distribuzione tra venditore e distributore non esiste più un titolo contrattuale che giustifichi, sia pure indirettamente tramite il venditore, i prelievi del cliente finale dalla rete di distribuzione, ma sussiste solo il rapporto derivante ex art. 2033 cod. civ., dai prelievi diretti dalla rete effettuati sine titolo dal cliente finale. Il servizio di default è quindi il servizio che regola proprio i rapporti di indebito che si instaurano, di fatto, tra distributore e cliente finale, che rimane allacciato alla rete e che continua ad usufruire del servizio. Il servizio in esame è stato introdotto dall'Autorità in attuazione dell'art. 7, co. 4, del d.lgs. 2011 n. 93. Tale disposizione stabilisce che in materia di "obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori", "l'Autorità per l'energia elettrica e il gas provvede affinché: ... c) qualora un cliente finale connesso alla rete di distribuzione si trovi senza un fornitore di gas naturale e non sussistano i requisiti per l'attivazione del fornitore di ultima istanza, l'impresa di distribuzione territorialmente competente garantisca il bilanciamento della propria rete*

*in relazione al prelievo presso tale punto per il periodo in cui non sia possibile la sua disalimentazione fisica, secondo modalità e condizioni definite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas che deve altresì garantire all'impresa di distribuzione una adeguata remunerazione dell'attività svolta e la copertura dei costi sostenuti". Secondo l'Autorità l'unica soluzione coerente con l'art. 7, co.4 lett. c), del d.l.gs n. 93 del 2011 consiste nel porre in capo all'impresa di distribuzione l'obbligo di gestire i rapporti con il cliente finale che sia rimasto privo, anche temporaneamente, di un fornitore di gas naturale, qualora non sussistono i requisiti per l'attivazione del servizio di fornitura di ultima istanza, ovvero, pur sussistendo tali requisiti, sia impossibile l'attivazione del medesimo servizio di fornitura di ultima istanza. Sul piano regolatorio la soluzione è stata concretizzata introducendo, appunto, il servizio di default, di cui sono state gravate proprio le imprese di distribuzione, perché – si sostiene nella delibera n. 99/11 – il citato art. 7 comma 4 lett. c), nella sua letterale formulazione, riconduce il servizio in questione ad “un'attività di bilanciamento del punto di riconsegna [...] svolta cioè nell'ambito della responsabilità dell'impresa di distribuzione di assicurare il dispacciamento nella propria rete, ai sensi dell'art. 16, co.1, del decreto legislativo n. 164/00”. Ad avviso del CdS, diversamente da quanto sostenuto dal T.a.r. l'imposizione del servizio di default alle imprese distributrici non determina alcuna violazione dei principi, comunitari e nazionali, di separazione tra attività di vendita e attività di distribuzione. Il servizio di default non può, infatti, essere qualificato come attività di vendita, essendo al contrario pienamente riconducibile al servizio di bilanciamento, di cui costituisce una fattispecie particolare. E' al tal fine dirimente la considerazione che il distributore non vende energia al cliente finale (il quale non “compra” energia, ma effettua semplicemente prelievi indebiti in assenza di un contratto di fornitura), ma regola ex post i rapporti di indebito oggettivo sorti in seguito ai prelievi effettuati dal cliente rimasto allacciato alla rete di distribuzione. Del resto, il rischio tipico dell'attività di vendita, quello della morosità*

*del cliente servito, non posto a carico dell'esercente, come dovrebbe essere se il servizio di default fosse davvero un'attività di vendita. Attraverso strumenti di socializzazione dei costi, infatti, il rischio di eventuale morosità dei clienti del default, è pressoché integralmente a carico della collettività. Conclude il Collegio rilevando, inoltre, come la legittimità della delibera che ha introdotto servizio di default trova, ulteriore conferma, diversamente da quanto ritenuto nelle sentenze appellate, nel sopravvenuto art. 7 del d.lgs. n. 93 del 2011. La norma prevede che “tutti i clienti hanno il diritto di essere riforniti di gas naturale da un fornitore”, ove questi lo accetti, a prescindere dallo Stato membro in cui il fornitore è registrato, a condizione che il fornitore rispetti le norme applicabili in materia di scambi e bilanciamento e fatti salvi i requisiti in materia di sicurezza degli approvvigionamenti. Quindi, attribuisce all'A.E.E.G. (co. 4 lett. c) il compito di provvedere affinché “qualora un cliente finale connesso alla rete di distribuzione si trovi senza un fornitore di gas naturale e non sussistano i requisiti per l'attivazione del fornitore di ultima istanza, l'impresa di distribuzione territorialmente competente garantisca il bilanciamento della propria rete in relazione al prelievo presso tale punto per il periodo in cui non sia possibile la sua disalimentazione fisica, secondo modalità e condizioni definite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas che deve altresì garantire all'impresa di distribuzione una adeguata remunerazione dell'attività svolta e la copertura dei costi sostenuti”. La norma espressamente consente di imporre ai distributori un obbligo di servizio pubblico, connesso al servizio di bilanciamento della rete, che va adeguatamente remunerato. Come correttamente ritenuto dall'Autorità, deve ritenersi che l'adeguata remunerazione dell'attività svolta e la copertura dei costi sostenuti si riferisca ad un'attività che, pur rientrando nell'attività di bilanciamento, deve costituire un quid pluris, non coperto dalla remunerazione tariffaria in vigore. Tale quid pluris è costituito da tutte quelle attività accessorie, ma strumentali al bilanciamento, di fatturazione, approvvigionamento che sono*

necessarie al distributore per potere effettuare la regolazione delle partite dei punti di prelievo cui sono allacciati i clienti finali, rimasti privi di fornitore e per i quali non è possibile attivare la fornitura di ultima istanza.

Consiglio di Stato Sez. V, 11.6.2014 n. 2982  
**Procedimento - verifica - anomalia - mancata - tardiva - produzione - giustificazioni dell'offerta - eventuali chiarimenti (ex art. 88 del d. lgs. n. 163 del 2006) - non può comportare - automatica esclusione - offerta - sospettata - anomalia - essendo - l'amministrazione - appaltante - obbligata - alla sua valutazione.**

La Quinta Sez. del CdS nella sentenza depositata in data odierna ha confermato il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta. Invero il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio (al fine di eliminare l'offerta sospettata di anomalia) e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso è pertanto finalizzato a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto (ex multis, CdS, sez. III, 14.12.2012, n. 6442; sez. IV, 30.5.2013, n. 2956; sez. V, 18.2.2013, n. 973, 15.4.2013, n. 2063), ponendosi l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta soltanto come effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere. In tal senso la giurisprudenza ha ripetutamente sottolineato come il corretto svolgimento del procedimento di verifica presupponga l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione ap-

paltante ed offerente), di cui costituiscono necessari corollari l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; la immutabilità dell'offerta, ma la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (ex pluribus, CdS, sez. IV, 22.3.2013, n. 1633; 23.7.2012, n. 4206; sez. V, 20.2.2012, n. 875; sez. VI, 24.8.2011, n. 4801; 21.5.2009, n. 3146). In applicazione di tali consolidati principi deve innanzitutto escludersi che la mancata ovvero anche la sola tardiva produzione delle giustificazioni dell'offerta e degli eventuali chiarimenti (ex art. 88 del d. lgs. n. 163 del 2006) potesse comportare l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia, essendo in ogni caso l'amministrazione appaltante obbligata alla valutazione della stessa, ovviamente sulla sola scorta della documentazione posseduta, ai fini di accertarne la idoneità e l'adeguatezza ai fini della corretta esecuzione dell'appalto. D'altra parte, sotto altro profilo, deve poi condividersi la tesi dei primi giudici circa la irrilevanza della pretesa violazione dei ricordati termini del sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, ciò sia in ragione della delineata finalità cui esso tende, sia in ragione del fatto che i termini indicati nell'invocato art. 88 del d. lgs. n. 163 del 2006 (rispettivamente di quindici giorni per la presentazione delle giustificazioni e di cinque giorni per fornire le precisazioni o i chiarimenti richiesti) non sono perentori, quanto piuttosto sollecitatori (come si ricava dalla stessa formulazione letterale della disposizione), avendo lo scopo di contemperare gli interessi dell'offerte a giustificare l'offerta e quelli dell'amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara). La funzione essenziale del sub - procedimento di verifica dell'anomalia, come già rilevato, è di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza dell'offerta (sospettata di anomalia) ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, funzione

che può realizzarsi solo con il pieno contraddittorio, unico presupposto la cui violazione può inficiare la successiva valutazione dell'offerta da parte dell'amministrazione appaltante. Ciò senza contare che, a tutto voler concedere, una questione di tardività nella produzione della documentazione e dei chiarimenti richiesti dall'amministrazione a conforto delle giustificazioni dell'offerta presentata dall'aggiudicataria provvisoria si potrebbe porre in realtà soltanto con riferimento a quanto prodotto dall'aggiudicataria con la nota del 29.10.2012 (laddove tutte le precedenti produzioni, come sottolineato dai primi giudici, risultano essere rispettose dei termini previsti dalla legge o assegnati dall'amministrazione), tardività che, come già evidenziato, non sussiste, essendo decisiva ai fini della legittimità del procedimento (di acquisizione della documentazione a giustificazione e a chiarimento dell'offerta presentata) che detta documentazione sia pervenuta prima dell'attività valutativa dell'amministrazione appaltante (o della commissione a tal fine preposta).

Consiglio di Stato Sez. III 30.5.2014 n. 2800  
**Farmacie - Comune - definisce – procedimento - l'istituzione - nuova sede farmaceutica - termine - stabilito dalla legge - insorgere della competenza - sostitutiva della Regione - non comporta - spoliazione - competenza comunale.**

Il presente contenzioso concerne gli atti di adeguamento del servizio farmaceutico in Comune di Pulsano (Taranto) alle nuove disposizioni introdotte dal decreto legge n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012. Com'è noto, l'art. 11 del decreto legge ha modificato il rapporto numerico tra popolazione e sedi farmaceutiche, in modo da consentire un relativo incremento di queste ultime: inoltre ha affidato ai Comuni il compito di assegnare alle farmacie di nuova istituzione la zona di relativa competenza, ed alle Regioni di provvedere immediatamente alle procedure per l'assegnazione e l'apertura dei nuovi esercizi farmaceutici. Al fine di garantire l'effettività e l'immediatezza dell'apertura delle nuove farmacie, l'art. 11 dispone fra l'altro (al co. 9)

che se il Comune non ha definito entro il 22.4.2012 il procedimento di sua competenza, subentra la competenza sostitutiva della Regione. Nel caso in esame, il Comune ha accertato che grazie ai nuovi parametri era possibile istituire una nuova farmacia (la terza). Quindi, il 30 marzo 2012, ha formulato la proposta (o progetto) dell'individuazione della zona da assegnare alla nuova farmacia. La proposta è stata trasmessa all'A.S.L. ed all'Ordine dei Farmacisti per l'acquisizione dei rispettivi pareri (obbligatori per legge) ed alla Regione per conoscenza. Il Comune ha poi approvato definitivamente la nuova pianta delle farmacie con delibera del 29 maggio 2012, n. 85. Tuttavia la Regione, rilevando che il Comune aveva definito il procedimento di sua competenza oltre la data fissata dal legislatore, ha ritenuto di avere il potere-dovere di provvedere in via sostitutiva e ciò ha fatto con la delibera di Giunta regionale n. 1261 del 19 giugno 2012. La delibera regionale conferma l'istituzione della terza farmacia in Comune di Pulsano, ma le assegna un'ubicazione diversa da quella prevista dall'amministrazione comunale. In punto di fatto, la Terza Sez. del CdS ha evidenziato come è certo che il Comune ha concluso il procedimento quando era già scaduto il termine di cui all'art. 11, comma 9 del decreto legge. A quel punto, dunque, era sorta la competenza sostitutiva della Regione. Ma è altrettanto certo che la competenza sostitutiva non era stata ancora esercitata nel momento in cui il Comune, con la delibera n. 85, ha definito il procedimento; la competenza sostitutiva è stata esercitata dalla Regione solo alquanto tempo dopo, cioè il 19 giugno 2012. In punto di diritto, si pone dunque il problema se l'insorgere della competenza sostitutiva della Regione abbia comportato – istantaneamente e prima ancora che fosse esercitata – l'estinzione del potere del Comune; o se, al contrario, tale estinzione si sarebbe verificata solo al momento dell'esercizio della competenza sostitutiva e per effetto di questa, sempreché a quel momento perdurasse ancora l'inadempienza del Comune. Il TAR ha fatto propria la prima soluzione, peraltro senza argomentarla in alcun modo e dando per scontato che il termine di cui all'art. 11, co. 9, comporti l'estinzione del potere e di

conseguenza ha ritenuto legittimo l'esercizio della competenza sostitutiva da parte della Regione. Questo Collegio, al contrario, ritiene che l'insorgere della competenza sostitutiva non comporti di per sé la spoliatura della competenza del Comune. Ciò appare evidente ove si consideri che il legislatore ha voluto garantire la rapida definizione dei procedimenti preliminari, in modo da giungere nel più breve tempo possibile all'indizione del concorso ed all'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche. In questa luce, la competenza sostitutiva della Regione non è una sanzione bensì un rimedio per l'eventualità che il Comune resti inadempiente. La scadenza del termine produce un effetto certo e immediato, nel senso a partire da quel momento la Regione è investita della competenza sostitutiva, che può e deve esercitare senza attendere ulteriormente. Ma se il Comune giunge a definire il procedimento quando il termine è decorso, ma la Regione non ha ancora esercitato la competenza sostitutiva, l'interesse alla celerità è soddisfatto e l'obiettivo perseguito dal legislatore è raggiunto. Negare la validità, o l'utilità, dell'atto compiuto dal Comune si risolverebbe nella necessità di una nuova attesa, in contrasto con l'interesse perseguito dal legislatore.

Consiglio di Stato Sez. IV, 29.5.2014 n. 2778  
**Appalti "potere di soccorso" - sancito dall'art. 46 co. 1 - Codice dei contratti - non consente - produzione tardiva - dichiarazione - documento mancante - sanatoria - forma omessa - se tali adempimenti - previsti - pena esclusione - Codice - regolamento di esecuzione - leggi statali.**

Nella vicenda, giunta all'attenzione del CdS, l'impresa è stata esclusa dalla gara sul presupposto della mancata allegazione di alcune dichiarazioni inerenti i requisiti soggettivi per la partecipazione, in particolare per non aver dichiarato in ordine alle cause di esclusione previste dall'art.38 d.lgs n.163/2006, let. "m.ter" ed "m-quater". La questione da decidere è circoscrivibile all'applicabilità, nella fattispecie, del principio della tassatività delle cause di esclusione nell'ambito del Codice appalti, nonché del dovere di c.d. soccorso istruttorio in capo

all'Amministrazione aggiudicatrice, in presenza di dichiarazione non conforme. A tal guardo pare utile anzitutto rammentare che questa Sez. confermando l'esito di rigetto della domanda cautelare del giudice di primo grado con propria ordinanza n. 4971/2010 aveva respinto la domanda cautelare osservando: "considerato che non appare censurabile la decisione del giudice di primo grado, atteso che la domanda di partecipazione proposta appare effettivamente mancante di alcune delle indicazioni obbligatoriamente richiesti dal bando; considerato che non pare nemmeno applicabile la giurisprudenza indicata dalla parte appellante, atteso che nel caso di specie non si tratta di un'indicazione sintetica del possesso dei requisiti, ma di un'elencazione analitica, carente di parte delle attestazioni dovute"; Soccorre, allora sul punto, la recentissima pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 25.2.2014, n. 9, che ha ribadito: - che, in ragione del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46 co. 1-bis, Codice dei contratti), i bandi di gara possono prevedere adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del Codice, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali; - che il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co. 1, del Codice, sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva della dichiarazione o del documento mancanti o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali. L'Ad. Plenaria ha ribadito che il comma 1-bis dell'art. 46 è chiaramente ispirato ai principi di massima partecipazione alle gare e al divieto di aggravio del procedimento, mirando a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi, che sfociavano in esclusioni anche per

violazioni puramente formali. Tra le cause (legittime) di esclusione, vengono annoverate quelle di carattere normativo ("violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi") e quelle direttamente previste dalla disposizione in questione (incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta; non integrità dei plichi; altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da dimostrare in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte). Quindi, "la disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*." Pertanto, la sanzione della esclusione è legittima, anche se non espressamente prevista dalla norma di legge, allorché sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. Ad. Pl., 16.10.2013, n. 23 e, in particolare, 7.6.2012, n. 21). La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività - ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale, valorizzandosi, per legge, solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco. In ordine al cd. "soccorso istruttorio" (art. 46, co. 1), esso consiste nella possibilità, per le stazioni appaltanti, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. L'Adunanza Plenaria sopra citata, in linea con la costante giurisprudenza, e tenuto conto che con l'introduzione del comma 1 bis si sono drasticamente diminuite le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), ha ribadito che le occasioni per invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante si sono ridotte, salvo i casi di mera

regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione. Secondo l'Adunanza Plenaria, quindi, "l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura", anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. Sotto questo profilo, quindi, una cosa è la "regolarizzazione documentale", un'altra è l'"integrazione documentale"; quest'ultima non è consentita ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, onde evitare il vulnus del principio di parità di trattamento; la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi, è invece sempre consentita. Quindi, sempre secondo la citata decisione, "giusta il tenore testuale dell'incipit del comma 1 in esame ("1. Nei limiti previsti dagli art. da 38 a 45..."), il soccorso istruttorio consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi". Inoltre, "il soccorso istruttorio ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta

discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita". Esso, dunque, "si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della par condicio, la successiva integrazione documentale".. Alla luce degli arresti sopra esposti e del concreto contenuto della istanza di partecipazione della ditta, le censure prospettate nel gravame non colgono nel segno. L'Amministrazione, infatti, ha escluso la ricorrente sul presupposto dell'assenza di dichiarazioni riguardanti alcuni requisiti facenti capo all'art. 38 del Codice appalti (mancata dichiarazione del titolare o del direttore tecnico di non aver omesso la denuncia di essere stati vittime di concussione o estorsione art.38 1° co 1 lett.m) -ter ; mancata dichiarazione sull'esistenza di un collegamento sostanziale tra imprese partecipanti - art. 38, co. 1 lett. m) quater, La Ditta ha presentato una dichiarazione, resa ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, in cui dichiara di non trovarsi in nessuna delle condizioni per l'esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti Si tratta di una dichiarazione non redatta in conformità del bando (Condizioni di partecipazione;punto III.2.1. e che riproduce pedissequamente il contenuto del bando. La ditta in particolare ha effettuato una dichiarazione sostitutiva " onnicomprensiva", che pur citando le singole lettere dell'art. 38 da a) a m), espressamente affermando di non trovarsi in alcuna delle situazioni ivi contemplate, è stata carente in ordine al contenuto di dette dichiarazioni, (m-ter: M-quater) circostanza che, ha indotto l'Amministrazione, ha determinarne l'esclusione. Ciò posto, alla luce dei principi dell'Adunanza Plenaria da ultimo intervenuta ritiene la Sez. che, con riferimento alle dette omissioni , l'esclusione dalla gara non venga impedita dal fatto che nel bando non fosse stata prevista l'esplicita sanzione dell'esclusione né

l'Amministrazione avrebbe dovuto attivare il proprio potere di soccorso istruttorio, evitando di comminare l'esclusione immediata, tenuto conto che si trattava di dichiarazioni omesse afferenti a requisiti sostanziali di partecipazione alla gara, non ricavabili da altra parte della dichiarazione effettuata e riconducibili alla qualità di non dubbio senso della legalità del contraente (art. 38 co. 1 m-ter) ovvero di rispetto del principio della concorrenza.(art. 38 1° co. m-quater). In relazione all'omissione di cui alla citata lettera m-quater è bene ricordare, a dimostrazione che si tratta di omissione non integrabile successivamente che il co. 2° dell'art.38 precisa che "Ai fini del co. 1, let. m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nessuna di dette dichiarazioni è stata comunque allegata dalla ditta. Ne deriva, ad avviso del Collegio, che la disposta esclusione è stata rispettosa dei principi di par condicio in materia, non potendosi peraltro condividere nemmeno la ulteriore affermazione della Ditta appellante secondo cui la clausola del bando all'uopo applicata dalla commissione non sarebbe stata assistita da espressa comminatoria di esclusione; infatti il tenore della clausola in esame è univoco nella comminatoria dell'esclusione nel caso di incompletezza sostanziale della dichiarazione ed inoltre la stessa dichiarazione è espressamente menzionata, come già accennato, quale requisito essenziale di partecipazione nell'art. 38, co. 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, avente dunque rilievo fondamentale ai fini della ammissione alla gara. Si sottolinea inoltre ,



come visto alla luce della riportata Adunanza Plenaria che il dovere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46 del relativo codice dei contratti pubblici va ricollegato alla sola esistenza in atti di dichiarazioni che siano state già effettivamente rese, senza che con ciò sia possibile integrare elementi essenziali mancanti od omessi; sì che esso va applicato dall'amministrazione solo se gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione ad una procedura, indizi addirittura fuorvianti nel caso di specie, in cui l'impresa partecipante ha anche omesso di indicare se altre imprese ad essa collegate o da essa controllate partecipassero alla medesima gara ovvero se avesse omesso di dichiarare d'aver omessa la denuncia di cui alla lett. m-ter dell'art.38 , 1 co. Il principio di cui sopra assume peraltro ulteriore specificità nelle gare pubbliche, in cui l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile in applicazione dell'art. 46 del codice appalti e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali; e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della l. di gara (ex plurimis, CdS, V, 5 settembre 2011, n. 4981, nonché, da ultimo, CdS, V, n. 4842 del 30.9.2013). In definitiva, in ipotesi di dichiarazione mancante ed inequivocabilmente richiesta dalla legge e dagli atti di gara, l'esercizio del c.d. potere di soccorso dell'amministrazione incontra l'invalidabile limite della par condicio, per definizione prevalente sul favor participationis implicitamente invocato dall'appellata. Quanto poi al c.d. falso innocuo pure richiamato dall'appellante , trattasi di istituto che non può essere invocato in caso di carenza di dichiarazioni quali quelle in esame, di assoluto valore ai fini dalla valutazione del senso di legalità dell'impresa e del rispetto del fondamentale principio della concorrenza nelle gare pubbliche la cui assenza pregiudica la stessa possibilità di contrarre con la stazione appaltante. Sotto altro concomitante profilo valga poi sottolineare che la completezza delle

dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa od incompleta o addirittura, come nel caso di specie, mancante, deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (CdS, V, 21.6.2013, n. 3397; Sez. V, 3.6. 2013, n. 3045; 07.05.2013, n. 2462). Ed inoltre quando una impresa ometta di dichiarare alla amministrazione l'esistenza di uno o più soggetti tenuti a comprovare l'inesistenza delle vedute condizioni ostative non è affatto vero che non si determina alcun pregiudizio per l'amministrazione, poiché impedisce all'amministrazione di verificare se sta selezionando un contraente che, rispetto ai casi in esame, ispira la sua condotta ai principi di legalità ovvero che ha potrà ottenere l'aggiudicazione violando le regole della concorrenza Correlativamente l'omessa produzione, in sede di gara, della dichiarazione sostituiva ex art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, impedisce alla stazione appaltante di controllare la veridicità di quanto attestato dall'interessato; in particolare, in assenza della dichiarazione non potrebbe controllare la dichiarazione consultando il sito dell'Osservatorio ( art.38 1° co. lett.m-ter) Non senza aggiungere che la mancata produzione della dichiarazione de qua (pure a fronte dell'effettivo possesso del requisito sostanziale) non è priva di conseguenze pregiudizievoli per la stazione appaltante sott'altro profilo, venendo al contrario leso l'interesse pubblico alla celere e corretta decisione in ordine all'ammissione dell'operatore alla gara, e quindi lesi i principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (CdS, Sez. V, 21.6.2013, n. 3397; 3.6.2013, n. 3045). Per tale ragione le offerte carenti della documentazione necessaria in relazione ai requisiti di onorabilità non possono essere integrate ex post, su intervento della stazione appaltante e comportano ope legis l'espulsione

*del concorrente inadempiente. Nel caso di specie, in definitiva, l'omessa elencazione, fra gli amministratori dotati di poteri di rappresentanza, del presidente del consiglio di amministrazione e la contestuale mancata produzione della relativa dichiarazione sostitutiva circa l'assenza di precedenti penali in capo al soggetto che ricopre tale carica costituiscono insanabile violazione della lex specialis ed, in particolare, della clausola che espressamente richiedeva detti adempimenti con riferimento a "tutti gli amministratori con poteri di rappresentanza".*

Consiglio di Stato Sez. V, 27.5.2014 n. 2710

**Evidenza pubblica - instabilità - effetti aggiudicazione - provvisoria - non obbliga - il concorrente - non dichiarato - aggiudicatario - provvisorio - all'immediata impugnazione - provvedimento**

*La Quinta Sez. CdS nella sentenza in esame ha evidenziato come l'aggiudicazione provvisoria di una gara pubblica ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti instabili ed interinali, soggetta, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs 12.4.2006 n. 163 all'approvazione dell'organo a ciò competente nel contesto organizzativo dell'amministrazione aggiudicatrice (così, ad es., CdS, Sez. V, 22.1.2014 n. 313). In dipendenza di ciò, l'instabilità degli effetti dell'aggiudicazione provvisoria non obbliga il concorrente non dichiarato aggiudicatario provvisorio all'immediata impugnazione di tale provvedimento, ma sostanzia una sua facoltà al riguardo (così, ex plurimis, CdS, Sez. VI, 11.12.2013 n. 5945), posto che l'atto finale della procedura di gara è comunque l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma esprime la volontà provvedimentale definitiva della stazione appaltante e presuppone, quindi, l'approvazione di tutti gli atti di gara, inclusa dunque la precedente esclusione di concorrenti diversi dal vincitore (così CdS, A.P., 29.11.2012 n. 36) Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva sono pertanto atti connotati da autonome valutazioni dell'amministrazione in merito all'esito della gara, tali che la rimozione della prima non caduca automaticamente la seconda, poiché*

*quest'ultima non ne è l'esito ineluttabile, ma il frutto di ulteriore esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione; ossia, il bene della vita del concorrente che assume di essere stato illegittimamente pretermesso è con ciò leso da due distinti provvedimenti: l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, solo l'ultimo dei quali - peraltro - cristallizza la lesione inferta al suo interesse legittimo; rimane fermo che il provvedimento di esclusione, secondo ricevuti principi giurisprudenziali, impedendo in via immediata e diretta all'impresa di proseguire nella partecipazione alla procedura di gara, deve essere sollecitamente impugnato nel rispetto dei rigorosi termini decadenziali previsti dalla legge. Detto altrimenti - e in via più generale - va ricordato che nell'ambito del rapporto di presupposizione corrente fra atti inseriti all'interno di un più ampio contesto procedimentale occorre distinguere fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, atteso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto determina l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale senza bisogno che questo ultimo sia stato autonomamente impugnato, nel mentre in caso di invalidità ad effetto viziante l'atto consequenziale diviene invalido per vizio di invalidità derivata, ma resta efficace salva apposita e idonea impugnazione, resistendo all'annullamento dell'atto presupposto: e la figura dell'invalidità ad effetto caducante non ricorre - per l'appunto - fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, proprio perché, per quanto detto innanzi, l'aggiudicazione provvisoria è solo un atto endo-procedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, nel mentre autonoma incidenza lesiva assume soltanto l'aggiudicazione definitiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell'amministrazione, dell'esito della gara, con nuova e conclusiva valutazione degli interessi (così, ad es., CdS, Sez. VI, 5.9.2011 n. 4998). Alle medesime conclusioni si perviene in relazione al giudizio avente ad oggetto l'esclusione dal procedimento ad evidenza pubblica, in quanto l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non può che comportare (di norma e salvo casi particolari*

che non ricorrono nella specie), l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione (così, ex plurimis., CdS, Sez. V, 18.11.2011 n. 6093 e Sez. VI, 29.4.2013 n. 2342; Cons. giust. Reg. Sic. Sez. giurisd. 25.2.2013 n. 281, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).... Fermo restando che l'atto conclusivo della procedura per l'assegnazione di un contratto di appalto non può ritenersi ritualmente impugnato con la mera formula di stile che richiama gli atti presupposti e conseguenti (cfr. sul punto, ad es., la già citata sentenza di CdS, Sez. VI, n. 4998 del 2011) , è ben noto che anche nel processo amministrativo, in conformità al generale principio di cui all'art. 100 cod. proc. civ., l'interesse a ricorrere, da intendersi quale condizione di ammissibilità dell'azione, deve sussistere al momento della presentazione della domanda e permanere fino al momento della decisione, con conseguente inammissibilità del ricorso ove tale interesse non sia presente all'atto della sua proposizione (così, ad es., CdS, A.P., 25.2.2014 n. 9 e Sez. III, 19.2.2014 n. 757): e, se così è, non poteva davvero reputarsi esistente nella sfera degli interessi delle ricorrenti in primo grado l'interesse a contestare giudizialmente un'aggiudicazione definitiva e una stipula del contratto tra la stazione appaltante e le controinteressate che non erano ancora materialmente intervenute a giuridica esistenza al momento della presentazione del ricorso; né può consentirsi che l'utilizzo nel contesto degli atti introduttivi del giudizio di formule onnicomprensive di individuazione degli atti impugnati indeterminatamente estese anche a quelli non ancora a quel momento emanati esoneri il ricorrente dall'impugnare successivamente, nel tempo dovuto e con ulteriori e distinte censure - anche, ove del caso, proposte in via meramente derivata - quegli atti ab initio soltanto ipotizzati come adottabili in senso difforme al ricorrente medesimo e che pertanto soltanto dopo essere stati emanati potranno materialmente (e non solo prognosticamente) vulnerare la sua sfera giuridica.

Consiglio di Stato Sez. V, 27.5.2014 n. 2715  
**Appalti - differenza - amministratore -**

**procuratore speciale - ai fini della dichiarazione - insussistenza - cause - esclusione ex art. 38 Codice Appalti.**

La Quinta Sez. CdS è chiamata a risolvere nella controversia in esame la questione afferente la differenza tra le due figure, di amministratore e procuratore speciale, ai fini della dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006. In particolare nella vicenda il disciplinare di gara stabiliva che i concorrenti erano tenuti a presentare a pena di esclusione, la dichiarazione "circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, lettere da a) ad m-quater" rinviando alla modulistica di cui all'Allegato B (che ricomprendeva espressamente i procuratori). Il collegio ha evidenziato, conformemente ai criteri contenuti nella giurisprudenza formatasi in materia, richiamati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 16.10.2013, che la differenza tra le due figure, di amministratore e procuratore speciale, quali definite dalla legge, non sempre corrispondono alle funzioni di fatto e in concreto attribuite nella compagine societaria ai procuratori speciali. Se è vero infatti, che con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) ha inteso riferirsi alla cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina del codice civile e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari con potere di rappresentanza generale e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale e che questa figura si distingue nettamente da quella del procuratore ad negotia (figura, questa, eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali, il quale deriva il proprio potere dalla volontà degli amministratori, operando di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacendo al controllo di chi ha conferito la procura) è anche vero che nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad

una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Anche in questo caso, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, co.1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza. A ben vedere, in tal caso, il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti. Detta conclusione non è in contrasto nemmeno con l'art. 45 della direttiva CE 2004/18, il quale anzi, facendo riferimento a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura. 12.5- Facendo applicazione dei suddetti principi, è indubbio che l'obbligo della dichiarazione ex art. 38 d.l. n. 163/2006 avrebbe dovuto essere assolto con riferimento al procuratore, che, in forza della procura rilasciatagli, assommava in sé anche il ruolo di rappresentante della società, configurandosi, come rilevato nella sentenza impugnata, "come sostanziale rappresentante della società all'interno dell'intero territorio italiano". La circostanza che l'Adunanza Plenaria n. 23/2013 abbia escluso l'obbligo dichiarativo in capo al procurator ad negotia, nell'ipotesi in cui la legge di gara non preveda esplicitamente in tal senso, non è significativo nel caso in esame in cui il disciplinare ed il chiarimento imponevano puntualmente tale obbligo dichiarativo....La mancata indicazione da parte della società nella propria dichiarazione del nominativo del suddetto

procuratore impediva in radice la possibilità del c.d. soccorso istruttorio in quanto l'integrazione documentale è istituito non applicabile a prescrizioni della lex di gara sanzionate con l'esclusione dalla gara. Sul punto è sufficiente richiamare il principio di diritto reso dalla più volte menzionata adunanza plenaria n. 9 del 2014 secondo cui: Non vale, pertanto, a sanare l'omissione la tardiva produzione della dichiarazione ex art. 38 del codice degli appalti pubblici.

Consiglio di Stato Sez. V, 27.5.2014 n. 2716  
**Servizio - illuminazione - votiva dei cimiteri comunali - è legittima l'internalizzazione - servizio - essendo - venuto meno - il referendum abrogativo - principio - eccezionalità della gestione - diretta - in economia - per la gestione - servizi pubblici locali - rilevanza economica.**

Il servizio di illuminazione votiva rientra tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica e a domanda individuale (cfr. tra tutte, CdS, sez. V, n. 5409 del 2012; sez. V, 11.8.2010, n. 5620; 29.3.2010, n. 790; 15.4.2004, n. 2155; 15.4.2004, n. 2155). Tali sono i servizi pubblici locali che corrispondono ad attività gestite in via generale direttamente dall'ente locale (talvolta per obbligo istituzionale, tal'altra perché rientranti negli scopi che l'ente di volta in volta fa propri), che vengono utilizzate a richiesta dell'utente, che non siano state dichiarate gratuite per legge nazionale o regionale e che non siano a carattere industriale. Il servizio offerto agli utenti è soggetto al regime delle tariffe e dei prezzi ai fini dell'assicurazione di predeterminati tassi di copertura del relativo costo di gestione, determinati, ove il servizio è svolto dal Comune, con deliberazioni annuali anteriori all'approvazione del bilancio ed a questo allegate ai sensi dell'art. 172 co. 1 lett. c) d.lgs. 18.8.2000, n. 267. Questo tipo di servizi era disciplinato dal d.m. 31.12.1983 che, fino all'entrata in vigore dell'art. 34, co.26 del d.l. n. 179 del 2012 convertito in l. n. 221 del 2012 - comprendeva anche il servizio di illuminazione votiva. Invero, tale servizio, essendo strettamente collegato ai servizi cimiteriali, è stato da sempre attratto nella relativa disciplina (i cimiteri, infatti, ove



appartenenti ai comuni, costituiscono demanio pubblico ai sensi dell'art. 824 co. 2 c.c. e la relativa costruzione, manutenzione e i servizi correlati individuano spese fisse obbligatorie dei comuni già ai sensi dell'art. 5 co. 1 lettera c) n. 14) del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, e poi dell'art. 91 co. 1 lett. c) n. 14 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383). Trattasi, dunque, di un particolare servizio pubblico per il quale non è mai stata posta in discussione la facoltà del Comune della gestione diretta, restando, tuttavia, inderogabile lo strumento della gara pubblica, nell'ipotesi di esternalizzazione del servizio mediante affidamento a terzi (la esternalizzazione normalmente avviene a mezzo concessione, attesa la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti). Quanto alla disposizione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, invocata dalla ricorrente a sostegno dell'asserita illegittima sottrazione al mercato del servizio di cui trattasi, va osservato che l'ampia previsione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 - recante la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, caratterizzata dal fatto che essa dettava una regola generale di settore (inerente quasi tutti i predetti servizi, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi), volta a restringere (anche rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie), le ipotesi di affidamento diretto - aveva indotto una parte della giurisprudenza, tra cui la sentenza di questa sezione n. 5409/2012 (richiamata a sostegno delle proprie tesi dalla società appellante), ad interpretazioni estremamente rigorose, che in ossequio alla tutela della concorrenza e del mercato limitavano in maniera drastica forme di gestione dei servizi locali a rilevanza economica diverse dalla esternalizzazione. Di contrario avviso, invero, vi era altro orientamento giurisprudenziale (cfr. la sentenza di questa sez. n. 552 del 2011 richiamata dal Comune di Piombino e nella sentenza impugnata) che ammetteva la gestione in economia, pur in vigenza dell'art. 23 bis, in relazione alla mancanza di un'espressa previsione di divieto nel citato art. 23bis e alla scarsa rilevanza economica del servizio di illuminazione votiva nei comuni di modeste

dimensioni ("Appartiene alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica potrebbe essere ben maggiore"). Svariate pronunce della Corte Costituzionale (cfr. sentenze n. 199 del 2012, n. 24 del 2011, n. 325 del 2010 quest'ultima con riferimento al modello dell'affidamento in house), hanno poi fatto chiarezza sui limiti rivenienti dalla disciplina comunitaria, evidenziandone l'indole meno stringente rispetto a quelli enucleabili dalla disciplina statale di cui all'art. 23 bis del d. l. n. 112 del 2008, implicitamente riconoscendo la compatibilità della gestione diretta del servizio in questione anche nella vigenza dell'art. 23 bis. Quanto alla disciplina comunitaria - come rilevato dalla Corte Costituzionale nelle citate sentenze in una con la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. 9.6.2009, C-480-06) - mai è stato espressamente ed univocamente affermato che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi sia per gli enti locali un obbligo assoluto e inderogabile di affidarli a terzi sul mercato con esclusione di ogni forma di gestione diretta (tramite internalizzazione pura e semplice ovvero con il ricorso all'in house). In tale contesto deve ritenersi esente da vizi la impugnata sentenza del TAR Toscana che ha riconosciuto la legittimità della scelta del Comune di Piombino della gestione in economia del servizio di illuminazione votiva, pur in vigenza dalla disposizione di cui all'art. 23 bis. Allo stato, comunque, la questione della portata applicativa dell'art. 23 bis del d. lgs. 112 del 2008 non è più attuale. L'art. 23 bis, nel testo risultante dalle modificazioni apportate dalla l. 6.8.2008, n. 133 e dall'art. 15, co. 1 ter del d. l. n. 135 convertito con modificazioni dalla l. n. 166 del 2009, è stato definitivamente espunto dall'ordinamento a seguito di referendum popolare del giugno 2011 e della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. n. 148 del 2011, che ne aveva

*sostanzialmente riproposto il testo. L'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d. l. n. 112 del 2008 (inteso come disposizione che tutela la concorrenza e non come mera disciplina dei servizi pubblici locali), ha reso puramente dialettica la diatriba sui limiti delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, sicché deve ritenersi acclarata la legittimità della internalizzazione, essendo venuto meno il principio con tali disposizioni perseguito della eccezionalità della gestione diretta o in economia per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (cfr. CdS sez. VI, 11.2.2013, n. 762). Trova, invece, applicazione la disciplina comunitaria che, come rilevato dalla stessa Corte Costituzionale, consente agli stati membri di prevedere con determinate cautele la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale (cfr. la già menzionata sentenza n. 325 del 2010). Parimenti la richiamata Corte di giustizia C-480/06 ha affermato che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza fare ricorso ad entità esterne e che tale modalità non contrasta con la tutela della concorrenza poiché nessuna impresa viene posta in una situazione di privilegio rispetto alle altre.*

Consiglio di Stato Sez. III, 27.5.2014 n. 2718  
**Informativa interdittiva - il Prefetto - ha potere - "aggiornamento" - incide - in modo innovativo - efficacia - ex nunc - sulla precedente informativa - esplicare - effetti - annullamento - effetto retroattivo - precedente informativa.**

*L'art. 10, co. 8 del d.P.R. n. 252 del 1998, oggi trasfuso nell'art. 91, co.5, del d.lgs. n. 159 del 2011, prevede infatti, per quanto rileva in questa sede, che il Prefetto "anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito delle informazioni al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi d'infiltrazione mafiosa". La disposizione, consentendo di rimuovere l'efficacia dell'informativa interdittiva non appena vengano meno le condizioni che ne avevano determinato l'adozione, realizza il bilanciamento tra l'esigenza di evitare che i soggetti in sospetto di rapporti con la*

*criminalità organizzata possano contrarre con la P.A., e quella di garantire l'esercizio dell'attività d'impresa, al venir meno delle condizioni ostative. Si tratta, appunto, di un potere di "aggiornamento" che incide in modo innovativo e con efficacia ex nunc sulla precedente informativa (perché basato su circostanze, fatti ed elementi nuovi rispetto al precedente materiale istruttorio e probatorio) e che non può, invece, esplicitare gli effetti di un annullamento con effetto retroattivo della precedente informativa, giacché l'attualità degli elementi indizianti permane fino all'intervento di fatti nuovi, ulteriori rispetto ad una precedente valutazione che evidenzino il venir meno di situazioni riconducibili a tentativi d'infiltrazione mafiosa (cfr. C.G.A. n. 17/2010; CdS Sez. V, n. 3126/2007 e n. 857/2006; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, n. 971/2013).*

Consiglio di Stato Sez. III, 27.5.2014 n. 2720  
**Chiusura degli uffici postali - c.d. marginali - a fronte - situazioni particolari - legate alla conformazione geografica - dell'area interessata - il criterio dell'economicità - non può essere assunto - a dato assoluto - anche le distanze - chilometriche - debbono essere valutate - con estrema attenzione - senza automatismi.**

*Nel giudizio in esame il Comune di Potenza nel giudizio di primo grado instaurato innanzi al TAR per la Basilicata chiedeva l'annullamento della nota con cui Poste Italiane gli aveva comunicato la chiusura al pubblico dell'ufficio postale sito nella frazione di Avigliano Scalo, a far data dal 19.12.2012, chiusura motivata in ragione dell'impossibilità di garantirne l'equilibrio economico, oltre che la condanna della stessa Poste Italiane ad adottare le misure organizzative necessarie per ripristinare il servizio in questione. Premettendo di agire quale ente esponenziale degli interessi della collettività e che a causa della chiusura di tale ufficio postale la popolazione locale, sita in una zona interna rurale e montana, sarebbe stata costretta a percorrere la distanza di non meno di km 5,3 per raggiungere l'ufficio postale più vicino, ha dedotto la violazione degli artt. 3 del d.lgs. 261/1999, 22 della l. 47/1994 e 17 della l. 412/1991, nonché la violazione dei principi*



costituzionali di uguaglianza, imparzialità e pari dignità, oltre che l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento e il difetto di istruttoria e di motivazione. A fondamento del ricorso ha quindi sottolineato, preliminarmente, il carattere universale del servizio postale, tale da dover essere assicurato su tutto il territorio nazionale e a prezzi accessibili agli utenti, e la natura sostanzialmente pubblica di Poste italiane s.p.a. nonostante la sua veste formalmente privatistica, per cui per la soppressione di un suo ufficio, nell'ambito di un comune montano, vi sarebbe stato oltre tutto bisogno di acquisire il parere del sindaco. Il Tar ha parzialmente accolto il ricorso non riconoscendo l'esistenza del presupposto del disequilibrio economico posto a fondamento della chiusura dell'ufficio postale della frazione di Avigliano Scalo. Ciò essenzialmente ai sensi degli artt. 115 c.p.c. e 64, co. 2, c.p.a., ossia sul rilievo che, nonostante l'ordinanza istruttoria n. 382/2013, Poste Italiane non aveva fornito tutti i dati richiesti, relativi ai ricavi e ai costi delle attività economiche diverse dal servizio postale in senso stretto, e che questo impediva di verificare se davvero sussistessero le condizioni di disequilibrio economico. Il TAR ha quindi concluso ordinando l'apertura dell'ufficio postale della frazione di Avigliano Scalo, nel Comune di Potenza, per tre giorni alterni alla settimana, per complessive 18 ore. Poste Italiane ha impugnato la sentenza ed innanzi alla Terza Sez. del CdS si controverte essenzialmente in ordine al rispetto dell'art. 3 del d.lgs. 261/1999, con specifico riferimento ai criteri di distribuzione degli uffici postali sul territorio nazionale, e sulla completezza dell'istruttoria che ha condotto Poste italiane a disporre la chiusura dell'ufficio sito nella frazione di Avigliano Scalo nel Comune di Potenza. Sul punto il Collegio fa riferimento a quanto disciplinato dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 7.10.2008 e dal Contratto di programma 2009-2011, stipulato dallo Ministero per lo sviluppo economico con Poste italiane, dove è previsto che Poste trasmetta all'Autorità di regolamentazione l'elenco degli uffici che non garantiscono condizioni di equilibrio economico. I criteri individuati tanto nel decreto ministeriale che

nel contratto di programma sono definiti con riguardo all'intero territorio nazionale, "senza previsioni specifiche – si legge nella delibera dell'AGcom n. 236/2013, con cui è stato dato avvio ad una consultazione pubblica proprio su tale questione, al fine di rivedere i criteri – che tengano conto della particolare conformazione di alcune aree geografiche". Se per un verso i Considerando 19 e 22 della ricordata direttiva 2008/6/CE richiamano l'attenzione proprio sul ruolo delle reti postali nelle regioni montuose e insulari, al fine di integrare gli operatori economici nell'economia nazionale e di soddisfare le esigenze degli utenti, assicurando la coesione sociale e territoriale; il Decreto ministeriale del 2008, nel seguire apparentemente il solo ed unico criterio della distanza chilometrica, non distingue – a differenza di quanto avviene in altri stati membri dell'Unione – in ragione della natura, urbana o rurale, delle aree geografiche interessate. Al di là del fatto che tali criteri (elaborati dal Ministero dello Sviluppo Economico, prima del recepimento dell'ultima direttiva europea, nell'allora duplice veste di soggetto concedente, responsabile del servizio pubblico, e al contempo organismo regolatore pro tempore) sono attualmente al vaglio dell'Autorità che, acquisite le funzioni di regolamentazione del settore postale sul finire del 2011, ha avviato una consultazione pubblica, è evidente che quegli stessi criteri debbono comunque essere interpretati in senso conforme alle direttive europee sopra richiamate, a garanzia dell'effetto utile e della primazia del diritto UE (cfr. Tar Lazio, n. 1117/2014 cit.). Di conseguenza, a fronte di situazioni particolari legate alla conformazione geografica dell'area interessata, il criterio dell'economicità non può essere assunto a dato assoluto ed anche le distanze chilometriche debbono essere valutate con estrema attenzione, rifuggendo da qualunque automatismo. In questo senso, se è vero che gli uffici postali cd. marginali rappresentano verosimilmente un costo elevato per Poste italiane, è vero anche che il loro ridimensionamento, ovvero la loro razionalizzazione, non può avvenire seguendo una logica solamente di tipo economico e senza prevedere valide alternative. Nella delibera

49/2014 dell'Agcom, adottata nel corso della ricordata consultazione pubblica avviata dall'Autorità e nell'esercizio di un potere (sostanzialmente) normativo, in particolare nell'allegato A che concerne proprio i criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale, si indica ad esempio, come possibile soluzione innovativa, il servizio di accettazione presso il domicilio del cliente di invii di posta raccomandata erogato attraverso i portalettere provvisti di apposito dispositivo palmare, meccanismo innovativo sulla base del quale – si osserva incidentalmente nella stessa delibera, sebbene il tema esuli dalle competenze dell'Autorità, come anche di questo Giudice - sarebbe possibile offrire anche servizi non strettamente postali, come il pagamento dei bollettini premarcati per le utenze domestiche. In questa, necessaria, chiave di lettura dei criteri di distribuzione dei punti di accesso, la scelta effettuata nel caso qui in esame da Poste italiane è da ritenersi non conforme all'art. 3, co. 1 e 5 lett. C), del d.lgs. 261/1999, secondo cui, rispettivamente, è assicurata la fornitura del servizio universale e delle prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili all'utenza e, più precisamente, la dizione «tutti i punti del territorio nazionale» trova specificazione, secondo criteri di ragionevolezza, attraverso l'attivazione di un congruo numero di punti di accesso, al fine di tenere conto delle esigenze dell'utenza. Detti criteri sono individuati con provvedimento dell'autorità di regolamentazione. La stessa scelta è anche il risultato di un'istruttoria incompleta e parziale, siccome incentrata sul solo dato economico dell'asserita impossibilità di garantire condizioni di equilibrio, racchiusa in una motivazione piuttosto generica e che presumibilmente, valutando il solo servizio universale, potrebbe valere, del tutto in astratto, per un numero indefinito ed assai elevato di uffici postali dislocati sul tutto il territorio nazionale. L'incompletezza dell'istruttoria, nell'elevare il solo dato economico ad esclusivo parametro di riferimento sulla base del quale dispone la

chiusura dell'ufficio, dispensa il Collegio dall'esaminare la questione, lungamente dibattuta nel giudizio di primo grado, se le condizioni economiche, di equilibrio o meno, debbano essere accertate tenendo conto dell'intera attività dell'ufficio postale o, piuttosto, solamente di quella riferita al servizio universale, non considerando neppure quei costi di gestione che sono in comune. Si intende che la decisione in esame non pregiudica, nel prosieguo della vicenda, l'autonomia imprenditoriale di Poste ma è volta ad assicurare che, a garanzia del servizio universale nella sua matrice comunitaria, tali scelte siano frutto di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra il dato economico e le esigenze degli utenti, specie di quanti si trovano in condizioni più disagiate, a tutela della coesione sociale e territoriale (v. art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, richiamato espressamente dalla direttiva 2008/6/CE) . In questa prospettiva, appare non più eludibile che l'Autorità, all'esito dei procedimenti già avviati, detti dei criteri aggiornati di individuazione dei punti di accesso, nell'esercizio dei suoi poteri regolatori (cui si aggiungono quelli di controllo, di vigilanza e sanzionatori), cui Poste dovrà attenersi, stabilendone la congruità anche in ragione della natura delle aree geografiche interessate e della disponibilità di servizi alternativi validamente fruibili dalla popolazione, specie da quella più anziana e con minori possibilità di movimento.

Consiglio di Stato Sez. V, 27.5.2014 n. 2752

**Costo del lavoro - negli appalti - un'offerta - non può - essere ritenuta - anomala - comportante - l'automatica - esclusione - dalla gara - per il solo fatto - che il costo - lavoro - sia stato calcolato - secondo - valori inferiori - a quelli delle tabelle ministeriali.**

Nel giudizio in esame il CdS ha evidenziato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'offerta deve essere valutata nella globalità dei servizi e delle prestazioni a questi riferibili, non rilevando (ai fini della verifica della anomalia) che lo svolgimento di un servizio di non rilevante entità, rispetto al complesso di quelli offerti, sia offerto sottocosto, in quanto compensabile con quanto

ricavato dallo svolgimento degli altri servizi (caso di offerta di servizio in cui i costi medi della manodopera si discostano in modo enorme da quelli individuati dal decreto ministeriale sul costo del lavoro, CdS, V, 14.6.2013, n. 3314). D'altra parte, ai sensi dell'art. 86, del d.lg. n. 163 del 2006, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta sotto tale profilo, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima ex se un giudizio di anomalia, potendo essere accertato quando risulti puntualmente e rigorosamente giustificato (CdS, VI, 22.3.2013, n. 1633; 29.5.2012, n. 3226) Con particolare riguardo alla questione del costo del lavoro, è stato anche affermato che un'offerta non può essere ritenuta senz'altro anomala e comportante l'automatica esclusione dalla gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali, giacché queste ultime non costituiscono parametri inderogabili, ma solo indici del giudizio di congruità; così che - ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta - è necessario che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (CdS, IV, 23.7.2012, n. 4306), purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (CdS, III, 28.5.2012, n. 3134). 5.3.2. Alla luce di tali consolidati principi effettivamente la impugnata determinazione dell'amministrazione appaltante risulta affetta dai vizi indicati, atteso che l'esclusione dalla gara si fonda esclusivamente sulla ravvisata incongruità dei costi del lavoro e sulla sostanziale inaffidabilità, sotto questo solo profilo, dell'offerta della società appellante, non essendo stata invece effettuata la necessaria valutazione complessiva della eventuale anomalia dell'offerta, verificando cioè, anche alla luce della giustificazioni, osservazioni e controdeduzioni fornite dalla società interessata, se le discordanze concernenti i costi del lavoro, ancorché in assoluto di per sé non giustificabili, potessero

in concreto trovare giustificazioni o compensazioni in altri voci dell'offerta proposta. Né sul punto può essere condivisa l'argomentazione difensiva dell'amministrazione comunale secondo cui nel caso di specie, trattandosi di un appalto escluso dall'applicazione della normativa del codice dei contratti pubblici, non poteva trovare ingresso la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta. Sul punto la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che sebbene, ai sensi degli artt. 17 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006, la procedura riguardante la verifica dell'anomalia dell'offerta non sia obbligatoria quando questa ha per oggetto contratti esclusi, tuttavia la stessa è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, la cui determinazione è sindacabile in sede giurisdizionale se microscopicamente irragionevole (CdS, IV, 4.6.2013, n. 3059): nel caso in esame, come emerge dall'esame del disciplinare di gara, l'amministrazione appaltante aveva effettivamente previsto lo svolgimento della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta (con ciò autovincolandosi), non essendo attribuibile diverso significato alla disposizione riportata nella pag. 13 del predetto disciplinare, a proposito del contenuto della busta C, secondo cui "Al fine della verifica dell'anomalia, ciascun concorrente dovrà indicare, in sede di offerta e per ciascun servizio, la composizione del prezzo orario, il quale dovrà tener conto dell'inderogabilità dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi di lavoro, dei costi e degli utili di impresa". Del resto, significativamente la stessa ricordata previsione del disciplinare di gara esclude anch'essa che il solo discostarsi dell'offerta quanto al costo del lavoro dai minimi inderogabili salariali previsti dai contratti collettivi di lavoro determini automaticamente l'inaffidabilità dell'offerta e giustifichi un automatico giudizio di anomalia. A ciò consegue l'illegittimità del provvedimento impugnato, non già per essere fondato sulle osservazioni del consulente dell'amministrazione, ma per il fatto che è mancata la valutazione dell'offerta nel suo complesso, essendosi la valutazione dell'amministrazione fermata alla riscontrata incongruità ed inaffidabilità degli esposti costi

*del lavoro, senza verificare se i discostamenti degli stessi dalle tariffe minime inderogabili potesse trovare una giustificazione (ed un'eventuale compensazione) nella globalità dell'offerta presentata.*

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014 n. 2752

**Appalti - Amministrazione - instaurazione contraddittorio orale - osservazioni - controdeduzioni - legittimità - provvedimento di non aggiudicazione**

*La vicenda giunta all'attenzione del CdS concerne il bando del Comune di Trieste con il quale e' stata indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di sorveglianza, biglietteria – bookshop ed assistenza al pubblico in alcuni poli museali ed espositivi, della durata di quattro anni da aggiudicarsi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 13, da valutarsi sulla base del parametro del prezzo e della qualità del servizio. Con determinazione dirigenziale l'amministrazione ha poi deciso di non procedere all'aggiudicazione definitiva del servizio in questione alla società cui la commissione giudicatrice: ciò sulla scorta della relazione e nota del proprio consulente, dalle quali sono emersi elementi di perplessità dell'offerta presentata della predetta società, non fugati dalle giustificazioni fornite, in ordine al costo del lavoro. La società appellante ha lamentato che i primi giudici avrebbero ingiustamente e sbrigativamente ritenuto corretto l'operato dell'amministrazione appaltante concretizzatosi nel provvedimento impugnato, senza invece tener conto che erano state macroscopicamente violate le fondamentali garanzie partecipative ed il principio di leale collaborazione, non essendo stato giammai instaurato il doveroso contraddittorio (orale) che le avrebbe consentito di confutare, al di là di ogni ragionevole dubbi, le ingiustificate ed infondate perplessità sulla propria offerta manifestate dal consulente. La Quinta Sez. del CdS ha osservare sul punto che l'attività dell'amministrazione è stata improntata al pieno rispetto del contraddittorio e come tale non merita censure...La circostanza che all'esito della presentazione di tali*

*osservazioni/controdeduzioni, fornite ed esaminate dal consulente dell'amministrazione, quest'ultima non abbia poi convocato la società concorrente per l'ulteriore confutazione del parere del proprio consulente non può essere di per sé considerata una violazione della garanzie partecipative e tanto meno del principio di leale collaborazione cui devono essere improntati i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino/impresa: la società concorrente è stata infatti messa nelle condizioni per interloquire con l'amministrazione e rappresentare il proprio punto di vista sulle perplessità manifestate dal consulente dell'amministrazione e non può considerarsi illegittimo un provvedimento amministrativo per il solo fatto che esso non abbia recepito ed accolto, in tutto o anche in parte, le osservazioni o le controdeduzioni fornite dall'interessato. D'altra parte, un obbligo di instaurare il contraddittorio orale ai fini della legittimità di un provvedimento amministrativo, come espressamente invocato dalla società appellante, non si rinviene espressamente né nell'articolo 1 della l. 7.8.1990, n. 241, né nell'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizioni che impongono piuttosto il rispetto dei più generali principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, oltre che di economicità ed efficienza, che, come già accennato, non risultano lesi dal (procedimento svolto e dal successivo) provvedimento impugnato.*

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014 n. 2753

**Appalti - criterio offerta economicamente più vantaggiosa - soluzione migliorativa - non alterazione caratteri essenziali - stesso oggetto dell'appalto.**

*Nella controversia in esame il CdS ha richiamato il consolidato indirizzo giurisprudenziale che, con riguardo alle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso in esame, ammette che l'offerta presentata possa contenere soluzione migliorativa, a condizione che non siano alterati i caratteri essenziali ovvero lo stesso oggetto dell'appalto (CdS, sez. 8.3.2011, n. 1460), anche per non ledere la par condicio dei concorrenti (CdS, sez. V, 7.6.2012, n. 3358; in*



tal senso anche sez. IV, 23.1.2012, n. 285, che, relativamente ad un appalto integrato, ex art. 54, co.1, lett. B), del d.lgs. n. 163 del 2006, ha distinto le varianti progettuali migliorative, consentite [incidenti sulla qualità dell'opera, sotto il profilo strutturale, prestazione e funzionali, quali schede progettuali, modalità esecutive, materiali, impianti], dalle modificazioni vietate in quanto idonee ad alterare l'essenza strutturale e prestazioni dell'opera delineata nel progetto definitivo e come tali lesive, oltre che della par condicio dei concorrenti, anche dello stesso interesse della stazione appaltante al conseguimento delle specifiche funzionalità perseguite, secondo il progetto definitivo posto a base di gara).

Consiglio di Stato Sez. VI 21.5.2014 n. 2624  
**Differenza - appalto - concessione - rischi - gestione del servizio.**

Per consolidato orientamento giurisprudenziale si ha concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione (in tal senso - ex plurimis -: CdS VI, 4.9.2012, n. 4682; id., V, 9.9.2011, n. 5068; id., V, 6.6.2011, n. 3377). Si è precisato, al riguardo, che quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione (CdS, VI, 4.9.2012, n. 4682, cit.; id, V, 6.6.2011, n. 3377).

Consiglio di Stato Sez. V 28.4.2014 n. 2183  
**Appalti - inutile inserimento nel disciplinare**

**di gara - "l'ente si riserva la facoltà insindacabile di non far luogo, sospendere, annullare la procedura in qualunque momento precedente l'aggiudicazione senza che i concorrenti possono avanzare alcuna pretesa in merito".**

La Quinta Sez. del CdS nella sentenza in esame ha evidenziato come non assume rilievo decisivo, al fine di giustificare l'esercizio del potere di ritiro, la previsione, contenuta nel disciplinare, secondo cui "l'ente si riserva la facoltà insindacabile di non far luogo, sospendere, annullare la procedura in qualunque momento precedente l'aggiudicazione senza che i concorrenti possono avanzare alcuna pretesa in merito". Aggiunge il collegio - in disparte la questione della legittimità di una normativa di gara che attribuisca all'ente aggiudicatore un potere insindacabile di incidere sugli atti della procedura - che si deve osservare che la ragione posta a sostegno del provvedimento di revoca oggetto di giudizio, data dalla pendenza di una procedura di evidenza pubblica finalizzata alla cessione integrale del capitale sociale della stazione appaltante Veneto Distribuzioni, è stata regolata da una norma speciale, come tale prevalente sulla clausola generale, ossia dall'art. II. 3 del bando, a tenore del quale "si informa sin d'ora che essendo in atto la procedura per la vendita della società Veneto Distribuzione S.p.A., nel contratto che verrà stipulato con l'aggiudicatario verrà stabilito che in caso di cessione della convenzione al nuovo acquirente, quest'ultimo avrà la facoltà di rescindere il contratto di appalto, con preavviso di sei mesi, senza dover alcun indennizzo all'appaltatore uscente". Tale essendo la disciplina di gara, si deve convenire con l'appellante che l'esercizio del potere di revoca non è sorretto nella specie dai presupposti, normativamente richiesti ai sensi dell'articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, della rivalutazione dell'interesse pubblico o dell'apprezzamento di fatti nuovi. Non è ravvisabile una rivalutazione dell'interesse pubblico posto che l'incidenza della procedura di alienazione del capitale sociale dell'amministrazione aggiudicatrice era stata soppesata in modo adeguato nella lex

*specialis e che il provvedimento impugnato non è corredato da una nuova ponderazione degli interessi sintetizzati con la previsione prima rammentata.*

Consiglio di Stato Sez. V 28.4.2014 n. 2191  
**Appalti - composizione della commissione di gara - esclusione dei soggetti che avevano già partecipato alla fase elaborativa - Piano Particolareggiato.**

*L'art. 84, co. 4, del Codice degli Appalti stabilisce che nella gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta". Alla stregua di un consolidato insegnamento giurisprudenziale (cfr., ex multis, CdS, Sez. V, 14.6.2013, n. 3316), il dettato di cui al 4° co. dell'art. 84 d. lgs. 12.4.2006 n. 163 esprime una regola iuris di portata generale volta a dare concreta attuazione ai principi di imparzialità e di buona amministrazione contenuti dall'art. 97 della Cost. La norma esprime la necessità di conciliare i principi di economicità, di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa con quelli di trasparenza, efficacia ed adeguatezza, regolando la scelta dei componenti delle commissioni di cui è demandata l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in guisa da depotenziare profili di incidenza negativa sulla trasparenza e sull'imparzialità della commissione giudicatrice (vedi, anche con riguardo all'applicabilità dell'art. 84 ai contratti dei cosiddetti settori speciali ai sensi dell'art. 206 d. lgs. 163/2006, CdS, V, 25 luglio 2011 n. 4450; id., VI, 21.7.2011 n. 4438; id., VI, 29.12.2010 n. 9577). Con decisione 7.5.2013, n. 13 l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha ritenuto che l'art. 84, co. 4, d.lgs. 12.4.2006, n. 163, ove si prevede che i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, risponde all'esigenza di rigida separazione della fase di preparazione della documentazione di gara con quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli*

*organi amministrativi; è pertanto incompatibile il componente della commissione giudicatrice che era stato precedentemente incaricato della redazione del bando e del disciplinare di gara. L'Adunanza Plenaria ha soggiunto che "in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, co. 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), d.lgs. 12.4.2006, n. 163, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, co. 3, dello stesso decreto; l'applicazione di tali norme prescinde dall'espressa previsione del bando di gara proprio per la loro natura di derivazione diretta da principi generali, norme imperative, espressive di principi generali e consolidati della materia e quindi come tali, in grado di integrare e sovrapporsi alla lex specialis". La previsione di legge di cui all'art. 84, co. IV, è, in definitiva, destinata a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura. 2.1. Nel caso di specie, l'Architetto ha svolto un ruolo di collaborazione alla redazione del piano particolareggiato della Costa Urbana e del Promontorio del Falcone. Ad inficiare la ricorrenza della denunciata situazione di incompatibilità non rileva la circostanza che il piano costituisca uno strumento urbanistico particolareggiato, e quindi un atto di carattere generale con vocazione programmatica, in quanto, alla luce della ratio che anima il disposto dell'art. 84, co. 4, cit. assume rilievo il collegamento tra il piano e o svolgimento di gara, collegamento nella specie reso evidente dalla duplice circostanza che il bando di gara richiama già nell'epigrafe e poi nell'individuazione dell'oggetto della procedura selettiva il e rinvia all'art. 10 delle NTA di tale Piano particolareggiato (relativo all'Ambito di Intervento n. 3 - via Amendola), stabilendo che gli interventi "dovranno essere attuati nel rispetto delle prescrizioni urbanistiche ed edilizie puntualmente disciplinate dalle Norme Tecniche del P.A. della Costa Urbana". Va soggiunto, quanto ai criteri per l'aggiudicazione, che 25 dei 100 punti a di-*



sposizione della commissione di gara sono destinati alla valutazione della “qualità del progetto”. Non assume valore significativo neanche la circostanza che l’arch. non abbia sottoscritto il paino posto che, alla stregua delle finalità della norma e dei principi ad essa sottesi, assume rilievo, al fine di configurare la stazione di incompatibilità fotografata dalla norma in esame, il dato sostanziale della partecipazione alla redazione del piano al di là del profilo formale della sottoscrizione dello stesso. Deve essere in definitiva condivisa la considerazione conclusiva svolta dal Primo Giudice secondo cui il principio di imparzialità esige nella specie che la commissione di gara non fosse composta da soggetti che avevano già partecipato alla fase elaborativa del Piano Particolareggiato e delle sue norme di attuazione, con conseguente illegittimità della delibera di nomina della commissione e conseguente travolgimento di tutti gli atti della procedura in esame.

TAR Lazio Sez. II ter 15.5.2014 n. 5128

**Occupazione - suolo pubblico - prerogative del Comune - regolamentazione - uso temporaneo - centro storico.**

La giurisprudenza del CdS ha già avuto modo di affermare che i piani di massima occupabilità delle vie e piazze del centro

storico trovano la loro giustificazione nell’esigenza dell’amministrazione comunale di individuare forme omogenee di fruizione di spazi pubblici da parte di operatori commerciali in luoghi di notevole interesse pubblico, nell’obiettivo di garantire una rigorosa tutela del patrimonio storico, culturale, artistico ed ambientale e per garantire un equilibrio tra l’espansione delle attività commerciali, la regolamentazione del traffico urbano e la tutela della residenzialità nonché, anche, per salvaguardare il diritto alla salute dei cittadini (ex multis: TAR Lazio, II ter, 4.4.2013, n. 3446; TAR Lazio, II ter, 19.6.2012, n. 5649). La natura dell’atto di concessione amministrativa o.s.p., di conseguenza, conferisce al Comune una serie di prerogative, volte a regolare l’uso temporaneo del bene in alcune aree della città, in prevalenza situate nel centro storico, dove l’occupazione del suolo pubblico è limitata dall’esistenza di un preponderante pubblico interesse diretto alla salvaguardia del patrimonio storico-culturale e dove, quindi, gli interessi imprenditoriali dei privati si rivelano recessivi rispetto agli interessi pubblici volti alla tutela dei beni architettonici e, in generale, del patrimonio monumentale e culturale della città.

«.....GA:.....»

# PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **INPS: AUTISMO, LINEE GUIDA MEDICO-LEGALI**

*L'Istituto Previdenziale ha inteso chiarire, con il messaggio 5544/2014, le linee guida circa la fattispecie comprendente i malati cronici affetti da "autismo". Con tale iniziativa di semplificazione l'Ente di previdenza ha inteso cessare una procedura che prevedeva l'effettuazione di visite mediche definibili "fotocopia" a distanza di pochi anni l'una dall'altra, per confermare lo stato di malattia cronica, non regredibile, per le patologie riconducibili appunto all'autismo, nella sua definizione di "grave disabilità sociale a carattere cronico evolutivo". Al fine di evitare ricorrenti disagi ai bambini e ragazzi, nonché alle loro famiglie, i medici legali dell'Istituto dovranno attenersi nel non prevedere il requisito della rivedibilità fino al compiersi del diciottesimo anno, ai fini del riconoscimento della invalidità civile e dell'handicap. Per tale patologia, al contempo, è prevista, in alternativa, a valutazione discrezionale effettuata dai medici delle strutture specializzate del servizio sanitario nazionale ovvero accreditate, l'attestazione di un "disturbo dello spettro autistico di tipo lieve o border line con ritardo mentale lieve o assente". Da tale patologia medica purtroppo non si guarisce, per tale ragione il discrimine, sul quale l'Istituto previdenziale per mezzo dei propri medici tenta di cimentarsi, potrebbe rappresentare un terreno scivoloso e a rischio di errore, circa la scientificità ed inoppugnabilità di valutazioni di natura eminentemente discrezionale (Comunicato Inps n.*

5544/2014).

«..... GA.....»

### **FUNZIONE PUBBLICA: ADOTTATO IL REGOLAMENTO SUGLI INCARICHI VIETATI AI DIPENDENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

*A chiusura del tavolo tecnico a cui hanno partecipato il Dipartimento della funzione pubblica, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, l'ANCI e l'UPI, avviato ad ottobre 2013 in attuazione di quanto previsto dall'intesa sancita in Conferenza unificata il 24.6.2013, è stato formalmente approvato il documento contenente "Criteri generali in materia di incarichi vietati ai pubblici dipendenti". Obiettivo del documento è quello di supportare le amministrazioni nell'applicazione della normativa in materia di svolgimento di incarichi da parte dei dipendenti e di orientare le scelte in sede di elaborazione dei regolamenti e degli atti di indirizzo. Nel documento, si precisa che i criteri indicati nel presente esemplificano una serie di situazioni di incarichi vietati per i pubblici dipendenti tratti dalla normativa vigente, dagli indirizzi generali e dalla prassi applicativa. Le situazioni contemplate non esauriscono comunque i casi di preclusione; rimangono salve le eventuali disposizioni normative che stabiliscono ulteriori situazioni di preclusione o fattispecie di attività in deroga al regime di esclusività. Sono da considerare vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche a tempo pieno e con percentuale di tempo parziale superiore al 50% (con*



prestazione lavorativa superiore al 50%) gli incarichi che presentano le caratteristiche indicate nei paragrafi a) [abitudine e professionalità] e b) [conflitto di interessi]. Sono da considerare vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche con percentuale di tempo parziale pari o inferiore al 50% (con prestazione lavorativa pari o inferiore al 50%) gli incarichi che presentano le caratteristiche di cui al paragrafo b) [conflitto di interessi]. Sono da considerare vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche a prescindere dal regime dell'orario di lavoro gli incarichi che presentano le caratteristiche indicate nel paragrafo c) [preclusi a prescindere dalla consistenza dell'orario di lavoro], fermo restando quanto previsto dai paragrafi a) e b). Gli incarichi considerati nel documento sono sia quelli retribuiti sia quelli conferiti a titolo gratuito. a) abitudine e professionalità. 1. Gli incarichi che presentano i caratteri della abitudine e professionalità ai sensi dell'art. 60 del d.P.R. n. 3/57, sicché il dipendente pubblico non potrà “esercitare attività commerciali, industriali, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro”. L'incarico presenta i caratteri della professionalità laddove si svolga con i caratteri della abitudine, sistematicità/non occasionalità e continuità, senza necessariamente comportare che tale attività sia svolta in modo permanente ed esclusivo (art. 5, d.P.R. n. 633 del 1972; art. 53 del d.P.R. n. 917 del 1986; Cass. civ., sez. V, n. 27221 del 2006; Cass. civ., sez. I, n. 9102 del 2003). Sono escluse dal divieto di cui sopra, ferma restando la necessità dell'autorizzazione e salvo quanto previsto dall'art. 53, co. 4, del d.lgs. n. 165/2001: a) l'assunzione di cariche nelle società cooperative, in base a quanto previsto dall'art. 61 del d.P.R. n. 3/1957; b) i casi in cui sono le disposizioni di legge che espressamente consentono o prevedono per i dipendenti pubblici la partecipazione e/o l'assunzione di cariche in enti e società partecipate o controllate (si vedano a titolo esemplificativo e non esaustivo: l'art. 60 del d.P.R. n. 3/1957; l'art. 62 del d.P.R. n. 3/1957; l'art. 4 del d.l. n. 95/2012); c)

l'assunzione di cariche nell'ambito di commissioni, comitati, organismi presso amministrazioni pubbliche, sempre che l'impegno richiesto non sia incompatibile con il debito orario e/o con l'assolvimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro; d) altri casi speciali oggetto di valutazione nell'ambito di atti interpretativi/di indirizzo generale (ad esempio, circolare n. 6 del 1997 del Dipartimento della funzione pubblica, in materia di attività di amministratore di condominio per la cura dei propri interessi; parere 1.01.2002, n. 123/11 in materia di attività agricola). 2. Gli incarichi che, sebbene considerati singolarmente e isolatamente non diano luogo ad una situazione di incompatibilità, considerati complessivamente nell'ambito dell'anno solare, configurano invece un impegno continuativo con le caratteristiche della abitudine e professionalità, tenendo conto della natura degli incarichi e della remunerazione previsti. b) conflitto di interessi. 1. Gli incarichi che si svolgono a favore di soggetti nei confronti dei quali la struttura di assegnazione del dipendente ha funzioni relative al rilascio di concessioni o autorizzazioni o nulla-osta o atti di assenso comunque denominati, anche in forma tacita. 2. Gli incarichi che si svolgono a favore di soggetti fornitori di beni o servizi per l'amministrazione, relativamente a quei dipendenti delle strutture che partecipano a qualunque titolo all'individuazione del fornitore. 3. Gli incarichi che si svolgono a favore di soggetti privati che detengono rapporti di natura economica o contrattuale con l'amministrazione, in relazione alle competenze della struttura di assegnazione del dipendente, salve le ipotesi espressamente autorizzate dalla legge. 4. Gli incarichi che si svolgono a favore di soggetti privati che abbiano o abbiano avuto nel biennio precedente un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti all'ufficio di appartenenza. 5. Gli incarichi che si svolgono nei confronti di soggetti verso cui la struttura di assegnazione del dipendente svolge funzioni di controllo, di vigilanza o sanzionatorie, salve le ipotesi espressamente autorizzate dalla l. 6. Gli incarichi che per il tipo di attività o per

*l'oggetto possono creare nocimento all'immagine dell'amministrazione, anche in relazione al rischio di utilizzo o diffusione illeciti di informazioni di cui il dipendente è a conoscenza per ragioni di ufficio. 7. Gli incarichi e le attività per i quali l'incompatibilità è prevista dal d.lgs. n. 39/2013 o da altre disposizioni di legge vigenti. 8. Gli incarichi che, pur rientrando nelle ipotesi di deroga dall'autorizzazione di cui all'art. 53, co. 6, del d.lgs. n. 165/2001, presentano una situazione di conflitto di interesse. 9. In generale, tutti gli incarichi che presentano un conflitto di interesse per la natura o l'oggetto dell'incarico o che possono pregiudicare l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente. La valutazione operata dall'amministrazione circa la situazione di conflitto di interessi va svolta tenendo presente la qualifica, il ruolo professionale e/o la posizione professionale del dipendente, la sua posizione nell'ambito dell'amministrazione, la competenza della struttura di assegnazione e di quella gerarchicamente superiore, le funzioni attribuite o svolte in un tempo passato ragionevolmente congruo. La valutazione deve riguardare anche il conflitto di interesse potenziale, intendendosi per tale quello astrattamente configurato dall'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013. c) preclusi a tutti i dipendenti, a prescindere dalla consistenza dell'orario di lavoro. 1. Gli incarichi, ivi compresi quelli rientranti nelle ipotesi di deroga dall'autorizzazione di cui all'art. 53, co. 6, del d.lgs. n. 165/2001, che interferiscono con l'attività ordinaria svolta dal dipendente pubblico in relazione al tempo, alla durata, all'impegno richiestogli, tenendo presenti gli istituti del rapporto di impiego o di lavoro concretamente fruibili per lo svolgimento dell'attività; la valutazione va svolta considerando la qualifica, il ruolo professionale e/o la posizione professionale del dipendente, la posizione nell'ambito dell'amministrazione, le funzioni attribuite e l'orario di lavoro. 2. Gli incarichi che si svolgono durante l'orario di ufficio o che possono far presumere un impegno o una disponibilità in ragione dell'incarico assunto anche durante l'orario di servizio, salvo che il dipendente fruisca di permessi, ferie o altri*

*istituti di astensione dal rapporto di lavoro o di impiego. 3. Gli incarichi che, aggiunti a quelli già conferiti o autorizzati, evidenziano il pericolo di compromissione dell'attività di servizio, anche in relazione ad un P/DB eventuale tetto massimo di incarichi conferibili o autorizzabili durante l'anno solare, se fissato dall'amministrazione. 4. Gli incarichi che si svolgono utilizzando mezzi, beni ed attrezzature di proprietà dell'amministrazione e di cui il dipendente dispone per ragioni di ufficio o che si svolgono nei locali dell'ufficio, salvo che l'utilizzo non sia espressamente autorizzato dalle norme o richiesto dalla natura dell'incarico conferito d'ufficio dall'amministrazione. 5. Gli incarichi a favore di dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitino attività professionale, salve le deroghe autorizzate dalla l. (art. 1, co. 56 bis della l. n. 662/1996). 6. Comunque, tutti gli incarichi per i quali, essendo necessaria l'autorizzazione, questa non è stata rilasciata, salva la ricorrenza delle deroghe previste dalla l. (art. 53, co. 6, lett. da a) a f-bis); co. 10; co. 12 secondo le indicazioni contenute nell'Allegato 1 del P.N.A. per gli incarichi a titolo gratuito, d.lgs. n. 165 del 2001). Nel caso di rapporto di lavoro in regime di tempo parziale con prestazione lavorativa uguale o inferiore al 50%, è precluso lo svolgimento di incarichi o attività che non siano stati oggetto di comunicazione al momento della trasformazione del rapporto o in un momento successivo (**Comunicato del Regolamento sugli incarichi vietati ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni del 25.6.2014**).*

«..... GA.....»

**LE SS.UU. DELLA CASSAZIONE RITENGONO CHE GLI INCARICHI TEMPORANEI NON INCIDANO SULLA BASE DI CALCOLO DELL'INDENNITÀ DI BUONUSCITA**

*Nel regime dell'indennità di buonuscita spettante, ai sensi degli artt. 3 e 38 d.P.R.1032/1973, al pubblico dipendente, che non abbia conseguito la qualifica di dirigente e che sia cessato dal servizio nell'esercizio di*



*mansioni superiori in ragione dell'affidamento di un incarico dirigenziale temporaneo di reggenza ai sensi dell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001, lo stipendio da considerare come base di calcolo dell'indennità medesima è quello relativo alla qualifica di appartenenza e non già quello rapportato all'esercizio temporaneo delle mansioni relative alla superiore qualifica di dirigente (ARAN Agenzia per la Rappresentanza Negoziale delle Pubbliche Amministrazioni).*

«..... GA.....»

#### **MINISTERO DEL LAVORO: PUBBLICATO IL RAPPORTO ANNUALE 2014 SULLE COMUNICAZIONI OBBLIGATORIE**

*È stato pubblicato, dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Rapporto annuale 2014 sulle comunicazioni obbligatorie, (che vengono assolte a cura dei datori di lavoro per ogni contratto di lavoro sottoscritto) nel quale vengono presentati ed esaminati i dati relativi alla movimentazione dei rapporti di lavoro registrati nel territorio italiano. L'analisi è stata effettuata esaminando il periodo compreso nel triennio 2011/2013 con evidenze trimestrali. L'elaborato è strutturato in cinque capitoli, con approfondimenti di notevole rilevanza, per quanto attiene, in particolare, il mercato del lavoro nelle sue evoluzioni (flussi di assunzioni e cessazioni dei rapporti di lavoro) quale dinamiche appunto del lavoro dipendente e parasubordinato (Relazione rapporto 2014 del Ministero del Lavoro).*

«..... GA.....»

#### **MINISTERO DEL LAVORO: PUBBLICATO IL TESTO UNICO SULLA SICUREZZA COORDINATO ED AGGIORNATO EDIZIONE MAGGIO 2014**

*È stato pubblicato dal Ministero del Lavoro il TU sulla salute e sicurezza sul lavoro, aggiornato con la edizione maggio 2014. Il nuovo testo coordinato riporta alcune rilevanti novità: Inserito il titolo X bis ai*

*sensi del d.lgs. n.198 del 19.2.2014 in attuazione della direttiva UE 2010/32 in materia di prevenzione dalle ferite da taglio o da punta nel settore sanitario ed ospedaliero; inserito decreto interministeriale 18.4.2014; inserita circolare n.45/2013; inseriti alcuni interpelli del 2013 e 2014; inserito decreto n. 388 del 15/7/2003. (Testo coordinato ed aggiornato del T.U. sulla salute e sicurezza sul lavoro).*

«..... GA.....»

#### **RILANCIO DELL'OCCUPAZIONE E DEGLI ADEMPIMENTI A CARICO DELLE IMPRESE: IN GAZZETTA UFFICIALE IL TESTO DEL D.L. N. 35/2014 COORDINATO CON LA LEGGE DI CONVERSIONE N. 78/2014**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n.114 del 19.5.2014 il Testo del d.l. n. 35/2014 coordinato con la legge di conversione n. 78/2014 recante "Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese (Testo coordinato del decreto legge n. 35/2014 con la legge di conversione n. 78/2014).*

«..... GA.....»

#### **MINISTRI LANZETTA, PADOAN E MADIA FIRMANO LA CIRCOLARE SUL TRATTAMENTO RETRIBUTIVO ACCESSORIO DEL PERSONALE DELLE REGIONI E DEGLI ENTI LOCALI**

*Un Comitato ad hoc verrà costituito in via temporanea presso la Coerenza Unificata per fornire indicazioni e criteri uniformi per il riordino e la semplificazione della disciplina in materia di costituzione ed utilizzo dei fondi di amministrazione. Lo prevede la circolare n. 6/2014 sottoscritta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro per la P.A. e la semplificazione. La legge n. 68/2014 di conversione del DL 16/2014 recante "Disposizioni urgenti in materia di finanza locale, nonché misure volte a garantire la funzionalità dei servizi svolti*

nelle istituzioni scolastiche" prevede, in particolare, all'art. 4 un percorso per recuperare in via graduale le somme attribuite al di fuori dei vincoli economici e normativi prescritti per la contrattazione integrativa. Con la circolare - rileva il Ministro Madia - il Governo ha voluto affrontare i problemi segnalati anche dall'Associazione nazionale dei comuni italiani, in particolare per la complessità e stratificazione della disciplina legislativa di riferimento e di quella contrattuale. Agli organi di governo degli enti locali spetta una prima valutazione sul comportamento da adottare dal punto di vista amministrativo, tenendo conto dell'esigenza di assicurare la continuità ai servizi indispensabili (**Circolare MEF - MIPA e Ministro per gli Affari Regionali e le autonomie n. 6 del 12.5.2014**).

«..... GA.....»

### **BONUS IRPEF: LA CIRCOLARE INPS SULLE MODALITÀ DI RECUPERO DEL BONUS SUI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI**

Sulla G.U. n. 95 del 24.04.2014 è stato pubblicato il d.l. 24.04.2014, n. 66 recante "Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale". Il provvedimento, entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione, contiene, tra l'altro, disposizioni dirette alla riduzione del cuneo fiscale per lavoratori dipendenti e assimilati. In particolare, per l'anno 2014, l'art.1 del decreto riconosce - ai titolari di reddito di lavoro dipendente e di taluni redditi assimilati, la cui imposta lorda sia superiore alle detrazioni da lavoro loro spettanti - un credito così articolato: - per i possessori di reddito complessivo non superiore a 24.000 euro, il bonus è pari a 640 euro; - in caso di superamento del limite di 24.000 euro, il credito decresce fino ad azzerarsi al raggiungimento di un livello di reddito complessivo pari a 26.000 euro. L'impianto del decreto prevede che il credito venga erogato sugli emolumenti corrisposti in ciascun periodo di paga, rapportandolo al periodo stesso. Ai fini del recupero degli importi riconosciuti, il sostituto d'imposta

utilizza, fino a capienza, l'ammontare globale delle ritenute disponibili in ciascun periodo di paga e, per la differenza, i contributi previdenziali dovuti per il medesimo periodo di paga. La materia è stata disciplinata dall'Agenzia delle entrate con la circolare n. 8/E del 28.4.2014 ora l'INPS con la circolare n. 60 procede ad illustrare le modalità che i datori di lavoro/committenti dovranno utilizzare per il recupero del bonus erogato allorquando, esaurita la sfera fiscale, possono essere aggredite le contribuzioni dovute all'Istituto. 1. Modalità di recupero. Disciplinando le modalità dei recuperi, il comma 5 dell'articolo 1, prevede che "il sostituto di imposta utilizza, fino a capienza, l'ammontare complessivo delle ritenute disponibile in ciascun periodo di paga e, per la differenza, i contributi previdenziali dovuti per il medesimo periodo di paga.....". Al riguardo, l'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 48/E del 7 maggio 2014 ha istituito il codice tributo "1655" denominato "Recupero da parte dei sostituti d'imposta delle somme erogate ai sensi dell'articolo 1 del d.l. 24.4.2014, n. 66". Secondo le indicazioni contenute nella risoluzione, il nuovo codice tributo andrà esposto nella sezione "Erario" del modello F24, in corrispondenza delle somme inserite nella colonna "importi a credito compensati", con l'indicazione nel campo "rateazione/regione/prov./mese rif." e nel campo "anno di riferimento", del mese e dell'anno in cui è avvenuta l'erogazione del beneficio fiscale, rispettivamente nel formato "00MM" e "AAAA". Trovando applicazione l'istituto della compensazione ex art. 17 del d.lgs. 9.7.1997, n. 241, datori di lavoro e committenti potranno utilizzare il nuovo codice per recuperare le somme erogate anche a valere sui contributi previdenziali. 2. Modalità di recupero nella gestione Inps. Al fine di consentire il completo recupero del bonus anche alle Amministrazioni pubbliche che possono avere difficoltà a operare in compensazione con il modello F24, viene prevista, all'interno della gestione contributiva INPS, la modalità di recupero di seguito descritta. - Amministrazioni pubbliche titolari di una posizione contributiva Inps DM (DM2013). Le



Amministrazioni pubbliche titolari di una posizione contributiva d.m. riferita ai dipendenti (d.m. 2013), per il recupero del bonus non compensabile in F24, utilizzeranno la denuncia contributiva riferita a detta posizione. La somma relativa al periodo di paga interessato, che non potrà eccedere la contribuzione complessivamente dovuta, dovrà essere indicata con il codice conguaglio "L650" da valorizzare all'interno della sezione <AltrePartiteACredito> di <DenunciaAziendale>. Ai fini dell'individuazione della quota aggredibile, si precisa che la stessa è costituita dall'ammontare dei contributi dovuti, al lordo delle possibili partite a credito. - Amministrazioni pubbliche (ex INPDAP). In alternativa a quanto indicato al precedente punto 3.1, ovvero ad integrazione di quanto già recuperato con il codice conguaglio "L650", le Amministrazioni iscritte alle gestioni pubbliche che assumono il ruolo di dichiarante in ListaPosPA possono recuperare il bonus erogato ai lavoratori (dipendenti e collaboratori) riducendo l'ammontare dei versamenti, dovuti per il medesimo periodo di paga, dell'importo esposto in un nuovo elemento <AltriImportiAConguaglio> (percorso: DenunceMensili/ Azienda/ListaPosPA). In ogni caso il recupero può essere effettuato nei limiti della quota dei contributi che rimane a carico del dichiarante, al netto dei versamenti effettuati da altri soggetti indicati nell'elemento Ente versante. Ai fini dell'individuazione del limite utilizzabile possono essere considerati esclusivamente i contributi correnti, segnatamente quelli afferenti ai valori indicati negli elementi <E0\_Periododelmese> e negli elementi <VI\_PeriodoPrecedente>, codice causale "I", corrispondenti a retribuzioni erogate nel mese della denuncia. Non possono essere considerati i contributi che discendono dagli elementi VI con codici causali diversi da "I". In particolare, nell'ambito del tracciato Uniemens, gli elementi di <AltriImportiAConguaglio> devono essere compilati come di seguito indicato: <TipologiaConguaglio>: indicare il valore "001"; <ImportoConguagliato>: indicare l'importo del credito di imposta di cui all'art.

1, d.l. n. 66/2014, recuperato sui contributi riferiti alle gestioni pubbliche della dichiarazione contributiva. L'importo indicato nell'elemento <ImportoConguagliato> riduce i versamenti dei contributi delle gestioni pubbliche relativi allo stesso mese e anno in cui è avvenuta l'erogazione del beneficio fiscale, a partire dalla gestione identificata dal codice "1- Cassa trattamenti pensionistici dei dipendenti statali" fino alla gestione identificata dal codice "9-Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali", secondo l'ordine progressivo indicato nell'elenco (allegato 3) e nei limiti dell'importo da compensare. Nel modello F24 EP i versamenti relativi al periodo di riferimento delle competenze correnti devono essere esposti al netto delle compensazioni effettuate. Le operazioni di recupero sopra illustrate potranno essere effettuate a far tempo dal periodo di paga "maggio 2014" (Circolare INPS n. 60 del 12.5.2014).

«..... GA.....»

## **INPS: COME CHIEDERE I BENEFICI DI MATERNITÀ E PATERNITÀ**

Sul portale dell'INPS è operativa una nuova sezione consultabile nella quale vengono fornite tutte le informazioni utili per ottenere i benefici previsti dalla legge. In particolare sono previste le seguenti schede e servizi on line: 1) Maternità/paternità: si può accedere a informazioni sulle tutele previste per legge a favore delle lavoratrici e dei lavoratori nel periodo della maternità e paternità quali, i congedi di maternità/paternità e il relativo trattamento economico per ciascuna delle le categorie di lavoratrici/lavoratori a cui spettano; 2) Congedi papà: sono illustrate le recenti novità introdotte dal legislatore a favore del padre lavoratore dipendente: un congedo obbligatorio di un giorno e un congedo facoltativo di due giorni, alternativo al congedo di maternità della madre. 3) Congedi parentali e riposi per allattamento: chi ne ha diritto, quando spettano e come presentare la domanda, queste le informazioni fornite per i riposi per allattamento previsti dalla legge quali periodi di riposo per le necessità dell'allattamento e

la possibilità di usufruire di ulteriori periodi di astensione dal lavoro (congedi parentali) finalizzati all'assistenza e all'educazione dei figli. 4) Voucher baby sitting – asili nido: Un'altra agevolazione legata alla maternità consiste nella possibilità di richiedere voucher per l'acquisto di servizi di baby sitting o un contributo per sostenere le spese dell'asilo nido. Accedendo dal link alla scheda dedicata è possibile sapere a chi spetta e in cosa consiste il beneficio. La Procedura online per accedere ai benefici prevede l'utilizzazione di PIN dispositivo che consente l'accesso allo Sportello virtuale per la richiesta telematica delle prestazioni di congedo di maternità/paternità, congedo parentale, congedo obbligatorio o facoltativo per il padre. Inserendo il PIN l'utente viene riconosciuto ed il menù dei servizi si personalizzerà sulla base del genitore (madre o padre) mostrando le prestazioni che la madre o il padre ha diritto di richiedere online. In particolare, le madri potranno accedere alle procedure per inoltrare le domande per il congedo di maternità e congedo parentale differenziate per le lavoratrici dipendenti, autonome o iscritte alla gestione separata, mentre i padri visualizzeranno le procedure per inoltrare le domande di congedo di paternità, congedo parentale (esclusivamente per lavoratori dipendenti o iscritti alla gestione separata), di congedo obbligatorio e di congedo facoltativo. Anche per la richiesta voucher servizi per l'infanzia lo Sportello virtuale consente di inoltrare la richiesta telematica dei voucher e dei contributi per l'acquisto dei servizi per l'infanzia (**Comunicato Inps**).

«..... GA.....»

## **STRAORDINARIO ELETTORALE NEI COMUNI: I CHIARIMENTI DELL'ARAN SULLA POSSIBILITÀ DI INTEGRAZIONE**

Con nota n.33/SG/VN/DPRS/AD/fb l'Anci ha fatto presente che molti Comuni, soprattutto quelli di minori dimensioni demografiche, si trovano nella sostanziale impossibilità di remunerare le prestazioni di lavoro straordinario che si rendessero necessarie in

occasione delle prossime consultazioni amministrative per il rinnovo dei propri organi. Si dovrebbe trattare, si suppone, dell'ipotesi degli enti che hanno già attualmente utilizzato, in tutto o in gran parte, le risorse già destinate al finanziamento ordinario del lavoro straordinario per il 2014; oppure di quella della scarsa entità delle stesse, che, non solo non sarebbe sufficiente a remunerare lo straordinario elettorale, ma renderebbe anche sostanzialmente impossibile, per il prosieguo, agli enti di garantire il corretto assolvimento delle attività istituzionali stesse. Si tratta di una situazione di assoluta novità e straordinarietà, che peraltro non ha precedenti nei quindici anni di applicazione della normativa contrattuale collettiva in materia. In proposito, vista la necessità di garantire il regolare svolgimento delle consultazioni elettorali, l'avviso della scrivente Agenzia è nel senso che, solo per questa particolare ipotesi, i Comuni possano procedere, nel caso di comprovata insufficienza delle risorse già destinate al finanziamento del lavoro straordinario, all'integrazione delle stesse con risorse proprie, per compensare le ore di lavoro straordinario prestate in occasione delle elezioni del corrente anno per il rinnovo dei loro organi e che non sia possibile remunerare con le risorse del fondo per il lavoro straordinario già definite per il 2014 o con riposi compensativi. Resta evidentemente inteso che, nonostante la assoluta peculiarità della fattispecie, tale facoltà potrà, comunque, essere esercitata esclusivamente dai Comuni che abbiano rispettato tutti i vincoli delle vigenti norme di finanza pubblica concernenti il patto di stabilità e gli altri strumenti di contenimento della spesa per il personale, e sempre nell'ambito delle risorse effettivamente disponibili e nel rispetto della capacità di spesa degli enti stessi. E' altresì evidente che di tale facoltà i Comuni potranno avvalersi solo nei limiti di quanto strettamente necessario per questa tornata di consultazioni elettorali per il rinnovo dei loro organi e dando ampia e specifica motivazione delle decisioni assunte in materia, anche alla luce del contestuale svolgimento delle consultazioni per l'elezione



dei rappresentanti al Parlamento europeo, per le quali è stabilito lo specifico finanziamento ad opera del Ministero dell'Interno, secondo la regola generale dell'art.14, comma 2, del CCNL dell'1.4.1999. (**Parere dell'ARAN sullo straordinario elettorale**).

«..... GA.....»

### **PREPENSIONAMENTI E RIDUZIONE DEGLI ORGANICI NELLA PA.: LA CIRCOLARE DELLA FUNZIONE PUBBLICA**

*Piani di razionalizzazione e riduzione della spesa per il personale, dichiarazione di eccedenza e prepensionamento nella circolare MIPA n. 4 del 28.4.2014 in corso di registrazione presso la Corte dei Conti. Nella circolare, vengono forniti dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione gli indirizzi applicativi sul ricorso agli strumenti che permettono di migliorare l'allocazione del personale nella PA. La circolare riguarda in particolare i limiti entro i quali è permesso il ricorso al cd "prepensionamento" per riassorbire le eccedenze dovute alla riduzione delle dotazioni organiche ovvero alla riduzione di piani di ristrutturazioni per ragioni funzionali o finanziarie, che determina a regime una riduzione delle spese del personale. Sul prepensionamento la circolare non lascia adito a dubbi in ordine alla circostanza che tale strumento non può in alcun modo essere utilizzato per eludere il regime pensionistico introdotto dalla l. n. 214/2011. Nella circolare si chiarisce sia la procedura da seguire in caso di soprannumero od eccedenza di personale nonché i vincoli da rispettare in caso di ricorso al prepensionamento (Circolare MIPA n. 4/2014).*

«..... GA.....»

### **LOTTA AGLI ABUSI SUI MINORI: I CHIARIMENTI DEL MINISTERO DEL LAVORO SUL CERTIFICATO PENALE DEL CASELLARIO DEL DATORE DI LAVORO**

*Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione Generale Attività Ispettiva - ha emanato, in data 11/4/2014, la circolare n. 9/2014 inerente chiarimenti sui nuovi obblighi, in capo ai datori di lavoro, di richiesta del certificato penale del Casellario giudiziale, prevista dall'art. 2 del d.lgs. n.39/2014, riguardante le persone impiegate professionalmente o attraverso attività volontaria, tali da comportare contatti diretti o regolari con minori, in ossequio alla Direttiva Europea 2011/93/EU. In particolare, detta Circolare, richiama interpretazioni dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia che vengono declinate dal Ministero del Lavoro quali indicazioni operative per il personale Ispettivo delle Direzioni territoriali del Lavoro. Punti salienti risultano essere la non applicabilità dell'adempimento in parola per i rapporti di lavoro già in essere alla data del 6/4/2014. Rimangono fuori dalla norma, dal punto di vista sanzionatorio, i rapporti definibili di volontariato. Rispetto alla dizione "impiego di lavoro" deve intendersi estensivamente anche le tipologie di lavoro atipico. Viene altresì ammessa la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, in caso di ispezioni e in attesa del certificato definitivo del Casellario (Circolare del Ministero del Lavoro n. 9/2014).*

«..... GA.....»

### **ASSENTEISMO NELLA PA.: LA CIRCOLARE DELLA FUNZIONE PUBBLICA SULL'ATTESTAZIONE DI PRESENZA IN CASO DI ASSENZA PER MALATTIA PER L'ESPLETAMENTO DI VISITE, TERAPIE, PRESTAZIONI SPECIALISTICHE OD ESAMI DIAGNOSTICI**

*E' stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 85 del 11.4.2014 la circolare n. 2/2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dip. Funzione Pubblica, registrata alla Corte dei conti il 19.3.2014, n. 787, diretta a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 per con la*

quale si forniscono indirizzi applicativi della disposizione in materia di malattia dei pubblici dipendenti prevista dalla l. n. 125 del 30.10.2013, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 255 del 30.10.2013, che ha convertito in legge con modifiche il d.l. n. 101 del 31.8.2013, recante «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni». La legge di conversione, modificando il citato decreto-legge, infatti, introduce una disposizione in materia di assenze per malattia dei pubblici dipendenti al fine di contrastare il fenomeno dell'assenteismo nelle amministrazioni. In particolare, l'art. 4, co. 16 bis, del decreto, in vigore dal 31.10.2013, ha novellato il co. 5 ter dell'art. 55 septies del d.lgs. n. 165 del 30.3.2001, sulle assenze per visite, terapie, prestazioni specialistiche ed esami diagnostici dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, mentre resta invariato il regime della giustificazione dell'assenza di cui al comma 1 del medesimo articolo. Il citato art. 55-septies, co. 5-ter, del d.lgs. 165 del 2001, come novellato, prevede Che «Nel caso in cui l'assenza per malattia abbia luogo per l'espletamento di visite, terapie, prestazioni specialistiche od esami diagnostici il permesso e' giustificato mediante la presentazione di attestazione, anche in ordine all'orario, rilasciata dal medico o dalla struttura, anche privati, che hanno svolto la visita o la prestazione o trasmesse da questi ultimi mediante posta elettronica.». A seguito dell'entrata in vigore della novella, per l'effettuazione di visite, terapie, prestazioni specialistiche od esami diagnostici il dipendente deve fruire dei permessi per documentati motivi personali, secondo la disciplina dei CCNL, o di istituti contrattuali similari o alternativi (come i permessi brevi o la banca delle ore ). La giustificazione dell'assenza, ove cio' sia richiesto per la fruizione dell'istituto (es.: permessi per documentati motivi personali), avviene mediante attestazione redatta dal medico o dal personale amministrativo della struttura pubblica o privata che ha erogato la prestazione (attestazione di presenza). L'attestazione di presenza e' consegnata al dipendente per il successivo inoltramento

all'amministrazione di appartenenza oppure trasmessa direttamente a quest'ultima per via telematica a cura del medico o della struttura. Nel caso di trasmissione telematica, la mail dovra' contenere il file scansionato in formato PDF dell'attestazione. Dall'attestazione debbano risultare la qualifica e la sottoscrizione del soggetto che la redige, l'indicazione del medico e/o della struttura presso cui si e' svolta la visita o la prestazione, il giorno, l'orario di entrata e di uscita del dipendente dalla struttura sanitaria erogante la prestazione. Al riguardo, va chiarito che l'attestazione di presenza non e' una certificazione di malattia e, pertanto, essa non deve recare l'indicazione della diagnosi. Inoltre, al fine di evitare la comunicazione impropria di dati personali, l'attestazione non deve indicare il tipo di prestazione somministrata. Per il caso di concomitanza tra l'espletamento di visite specialistiche, l'effettuazione di terapie od esami diagnostici e la situazione di incapacita' lavorativa, trovano applicazione le ordinarie regole sulla giustificazione dell'assenza per malattia; in questa ipotesi, il medico (individuato in base a quanto previsto dall'art. 55-septies, co. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 e dalla circolare n. 7 del 2008, par. 1) redige la relativa attestazione di malattia che viene comunicata all'amministrazione secondo le consuete modalita' (circolari nn. 1 e 2 DFP/DDI/ del 2010) e, in caso di controllo medico legale, l'assenza dal domicilio dovra' essere giustificata mediante la produzione all'amministrazione, da parte del dipendente, dell'attestazione di presenza presso la struttura sanitaria (salva l'avvenuta trasmissione telematica ad opera del medico o della struttura stessa). Come di regola, il ricorso all'istituto dell'assenza per malattia comporta la conseguente applicazione della disciplina legale e contrattuale in ordine al trattamento giuridico ed economico. Nel caso di dipendenti che, a causa delle patologie sofferte, debbono sottoporsi periodicamente, anche per lunghi periodi, a terapie comportanti incapacita' al lavoro, a fini di semplificazione si ritiene che possa essere sufficiente anche un'unica certificazione (che, per queste ipotesi, potra' essere cartacea) del medico curante che attesti la necessita' di



trattamenti sanitari ricorrenti comportanti incapacità lavorativa, secondo cicli o un calendario stabilito dal medico. Gli interessati dovranno produrre tale certificazione all'amministrazione prima dell'inizio della terapia, fornendo il calendario previsto. A tale certificazione dovranno poi far seguito le singole attestazioni di presenza - redatte e trasmesse come sopra indicato - dalle quali risulti l'effettuazione delle terapie nelle singole giornate. In questi casi l'attestazione di presenza dovrà contenere anche l'indicazione che la prestazione è somministrata nell'ambito del ciclo o calendario di terapia prescritto dal medico curante. Si rammenta infine che l'attestazione di presenza può anche essere documentata mediante dichiarazione sostitutiva di atto notorio (per un modello di dichiarazione si veda l'allegato) redatta ai sensi del combinato disposto degli artt. 47 e 38 del d.P.R. n. 445 del 2000. Rimane fermo in tal caso che le amministrazioni dovranno richiedere dichiarazioni dettagliate e circostanziate; le stesse dovranno inoltre attivare i necessari controlli sul loro contenuto ai sensi dell'art. 71 del citato decreto, provvedendo alla segnalazione all'autorità giudiziaria penale e procedendo per l'accertamento della responsabilità disciplinare nel caso di dichiarazioni mendaci (art. 76 d.P.R. n. 445 del 2000) (**Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica in G.U. n. 85 del 11.4.2014**).

«..... GA.....»

### **MEF: NIENTE BLOCCO DEI RINNOVI CONTRATTUALI NEL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA (DEF)**

Nel Documento di Economia e Finanza (DEF) 2014 non è contenuto alcun riferimento a ipotesi di blocco di contrattazione nel settore pubblico. Le notizie in merito apparse sulla stampa non hanno alcun

fondamento. Questo in sintesi il contenuto del comunicato del MEF del 11.4.2014. Il ministero rileva come le previsioni contenute nel DEF sono elaborate sulla base della legislazione vigente che determina la spesa per redditi da lavoro delle amministrazioni pubbliche, e quindi costruite tenendo conto solo degli effetti economici conseguenti da leggi e norme già in vigore. Secondo la normativa contabile italiana, il finanziamento delle risorse per i rinnovi contrattuali del pubblico impiego è effettuato con la legge di stabilità (art. 11, comma 3, lettera g, della legge 196/2009). Non esistendo ancora la norma che provvede allo stanziamento delle risorse per il rinnovo dei trienni contrattuali 2015-2017 e 2018-2020, non è tecnicamente possibile considerare i corrispondenti importi nello scenario di previsione a legislazione vigente. In tale scenario si considera, perciò, solo l'indennità di vacanza contrattuale, in quanto erogata automaticamente per effetto di norme vigenti (co. 35, art. 2 della legge finanziaria per il 2009 e art. 47 bis, co. 2, del d.lgs. 165/2001). Nella stima si è tenuto conto che la Legge di stabilità 2014 ha fissato l'indennità per il triennio 2015-2017 al livello di quella in godimento dal mese di luglio 2010. Del rinnovo dei contratti del pubblico impiego si tiene, invece, conto nella previsione 'a politiche invariate' contenuta anch'essa nel Def. Tale previsione, volta a fornire alla Commissione europea ulteriori informazioni per valutare la situazione della finanza pubblica, viene formulata sulla base di una metodologia coerente con quella utilizzata dalla Commissione stessa per l'elaborazione delle proprie stime. In tale previsione si utilizza l'ipotesi tecnica che i redditi da lavoro seguano l'andamento dell'inflazione prevista nel DEF.

Tale stima - come peraltro riportato nel testo del DEF - ha valore meramente indicativo e non rappresenta, in alcun modo, un vincolo alla determinazione delle risorse né alle politiche retributive della Pubblica amministrazione (**Comunicato MEF del 11.4.2014**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# QUANDO L'INTERPRETAZIONE DI SISTEMA PREVALE SULL'INTERPRETAZIONE LETTERALE. UN CASO IN TEMA DI RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO PENALE E PROCEDIMENTO DISCIPLINARE NELL'IMPIEGO DI DIRITTO PUBBLICO

del Dott. Massimiliano Giuseppe Maffei

*La Corte costituzionale rimanda al controllo “diffuso” di costituzionalità dei giudici comuni una questione che può essere ricondotta ad unità e coerenza sistematica alla luce dell’evoluzione dei principi generali di uguaglianza, ragionevolezza e buon andamento della PA (artt. 3 e 97 cost.). Nella specie, è irragionevole e contrario al canone di efficienza, che sempre deve governare l’azione amministrativa, distinguere - ai fini dell’avvio di un procedimento disciplinare nei confronti di un pubblico dipendente per fatti emersi a seguito di procedimento penale conclusosi con sentenza penale definitiva - tra decisione di condanna e decisione di proscioglimento per intervenuta prescrizione, quando entrambe si basano sull’accertamento del fatto.*

The Constitutional Court commits the lower jurisdictions of a question that can coherently solved in the light of the general principles of equality and good practice in public administration (articles 3 e 97 cost.). In particular, it is unreasonable and contrary to the rules of effectiveness, which always must entrust governance and public administration, to make a distinction, when starting a disciplinary proceeding against a public employee, or a civil servant, on the ground of a criminal law final decision, between a criminal law sentence and a criminal law exoneration for statute of limitation, when both are based on the fact evidenced by the penal court ruling.

*Sommario: 1.Premessa. 2. L’interpretazione letterale come ostacolo all’interpretazione conforme a Costituzione. 3. L’interpretazione di sistema come riduzione ad unità ordinamentale. 4. Riflessioni di confine.*

### **1.Premessa.**

Con la sentenza 21.3.2014, n. 51, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in tema di rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare nel pubblico impiego, offre spunti interessanti di riflessione in ordine alla tecnica dell’interpretazione “conforme a Costituzione” e al limite ad essa dato dalla “lettera” della legge.

A chiamare in causa la Corte è stato il Tribunale amministrativo regionale per il La-

zio<sup>1</sup>, affinché fosse dichiarata, per violazione degli artt. 3 e 97 cost., la illegittimità costituzionale dell’art. 7, co. 6, del d.lgs. 30.10.1992, n. 449, (recante determinazione delle sanzioni disciplinari per il personale del Corpo di polizia penitenziaria e per la regolamentazione dei relativi procedimenti); ciò con riguardo alla parte in cui tale disposizione, anche per il caso in cui l’imputato sia stato prosciolto a seguito di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, fa decor-

<sup>1</sup> TAR Lazio, ord. 21.2.2013, n. 1937.

rere, in assenza di notifica, il termine di 120 giorni per l'avvio del procedimento disciplinare dalla data di pubblicazione della sentenza, anziché dalla data in cui l'amministrazione del dipendente ne abbia ricevuto notizia.

La Corte, come si vedrà, riscontrata la possibilità di addivenire ad un'interpretazione conforme a Costituzione, dichiara la non fondatezza della questione con formulazione tipica della sentenza "interpretativa" di rigetto; a giudizio, infatti, della Corte il dubbio di legittimità costituzionale sollevato si è fondato su una "cattiva" interpretazione della disposizione censurata, che non ha tenuto conto dell'evoluzione del quadro normativo complessivo che ha attraversato la materia nel corso degli anni.

## 2. L'interpretazione letterale come ostacolo all'interpretazione conforme a Costituzione.

Il giudizio principale era stato attivato dal ricorso di un appartenente alla polizia penitenziaria avverso la sanzione disciplinare della destituzione dal servizio, irrogatagli per aver truffato l'amministrazione, falsificando due certificati medici al fine di porsi indebitamente in malattia ed assentarsi così dal lavoro. Tali fatti erano emersi a seguito di un giudizio penale poi conclusosi con sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato a causa della prescrizione dello stesso.

Com'è noto tale formula di proscioglimento non preclude all'amministrazione di esercitare la potestà disciplinare e di utilizzare il materiale e le risultanze acquisite in sede penale quali elementi fattuali della fattispecie comportamentale eventualmente da addebitare al dipendente; spetterà, poi, all'amministrazione il compito di effettuare un'autonoma valutazione dei fatti attraverso l'analisi approfondita degli atti e della personalità dell'impiegato<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> In dottrina: TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè Editore, 2013; TENORE, FRISCIOTTI, SCAFFA, *Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle forze armate e di polizia*, Laurus Robuffo, 2010.

A detta del giudice *a quo*, la rilevanza della questione sollevata ai fini della risoluzione del giudizio, risiede nel fatto che dal suo accoglimento, l'avvio dell'azione disciplinare risulta effettuata nel rispetto del termine decadenziale; diversamente il ricorso del dipendente andrebbe accolto, avendo l'amministrazione avviato l'azione disciplinare ben oltre il termine previsto a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza. E questo, perchè, non è possibile addivenire ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma per due fondamentali ragioni: il tenore letterale, chiaro ed univoco, della disposizione impugnata e l'ambito normativo in cui si colloca.

La disposizione censurata recita, infatti, che "Quando da un procedimento penale comunque definito emergono fatti e circostanze che rendano l'appartenente al Corpo di polizia penitenziaria passibile di sanzioni disciplinari, questi deve essere sottoposto a procedimento disciplinare entro il termine di 120 giorni dalla data di pubblicazione della sentenza<sup>3</sup>, oppure entro 40 giorni dalla data di notificazione della sentenza stessa all'Amministrazione" (art. 7, co. 6 d.lgs. 449/92).

Ed ancora, prosegue il Tar del Lazio, anche se ricorre una giurisprudenza contraria al senso letterale della disposizione censurata<sup>4</sup>, è altrettanto vero che un tale orientamento non costituisce di per sè quel "diritto vivente"<sup>5</sup>, richiesto per un controllo "diffuso" di costituzionalità<sup>6</sup>.

La norma in discussione è volta a distinguere il *dies a quo* per la decorrenza del termine utile ai fini dell'esercizio dell'azione disciplinare, a seconda che la pronuncia del giudice penale sia di condanna, ovvero di

In giurisprudenza: Cds, IV, 16.4.2012, n. 2189; CdS, VI, 8.5.2009, n. 2843; Cds, IV, 15.6.2004, n. 3928; Cds, VI, 3.11.1998, n. 1500.

<sup>3</sup> Da intendersi come data di lettura del dispositivo in udienza, nel caso in cui il giudice depositi contestualmente la motivazione della sentenza, data di deposito delle motivazioni in cancelleria se effettuato successivamente oppure data di deposito dell'ordinanza di inammissibilità, se il procedimento è giunto al vaglio della Suprema Corte di Cassazione.

<sup>4</sup> CdS, VI, 13.7.2006, n. 4495.

<sup>5</sup> CdS, VI, 29.3.2011, n. 1894; CdS, VI, 7.6.2006, n. 3426.

<sup>6</sup> C. cost., 15.1.2013, n. 1; C. cost., 20.6.2008 n. 219.

proscioglimento. Con riguardo alla sentenza di condanna, infatti, detta decorrenza coincide con la data in cui l'amministrazione acquisisce notizia o, comunque, riceve comunicazione della pronuncia (art. 6, co. 4, del d.lgs. 449/92<sup>7</sup>).

La disposizione censurata non operando, infatti, alcun distinguo sulla natura particolare che il proscioglimento può assumere, somministra una identica regola per fattispecie che si differenziano obiettivamente sotto un profilo determinante ai fini del bilanciamento degli interessi contrapposti, quello dell'amministrazione ad esercitare l'azione disciplinare e quello del pubblico dipendente a vedere definita la sua posizione entro certi e definiti limiti temporali.

Lo stesso regime trova applicazione, infatti, in presenza di sentenze di archiviazione, di proscioglimento e di assoluzione per insussistenza del fatto, perché il fatto non costituisce illecito penale o perché l'imputato non l'ha commesso, per le dichiarazioni di non doversi procedere per amnistia, per le pronunce emesse a seguito di remissione di querela, e per quello che qui in particolare ci occupa, di proscioglimento per intervenuta prescrizione.

Il punto di bilanciamento raggiunto dal legislatore con l'art. 7 citato, entra così in fibrillazione con i principi costituzionali di uguaglianza, di ragionevolezza e di buon andamento della pubblica amministrazione, laddove l'interesse pubblico a sanzionare il dipendente in via disciplinare venga sacrificato, nonostante la pronuncia di proscioglimento per intervenuta prescrizione possa recare in sé un accertamento, implicante responsabilità in ordine al fatto, in tutto e per tutto assimilabile, ai fini che qui rilevano in sede disciplinare, ad una sentenza penale di condanna.

In questa peculiare ipotesi, evidenzia il giudice *a quo*, appare rafforzarsi l'interesse della amministrazione a tener fermi gli esiti dell'accertamento, ed a valutare se da essi possa scaturire la responsabilità disciplinare del dipendente, rispetto ai casi invece in cui

<sup>7</sup> "La destituzione per le cause di cui al comma 3 è inflitta all'esito del procedimento disciplinare, che deve essere proseguito o promosso entro centottanta giorni dalla data in cui l'Amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna..."

l'assoluzione, accertando che il fatto non sussiste o che il dipendente non lo ha commesso, già reca in sé l'esito dell'eventuale procedimento disciplinare avente ad oggetto il medesimo episodio della vita.

Può accadere, infatti, che l'estinzione del reato sia dichiarata a seguito della concessione all'imputato di un attenuante, per effetto della quale il termine prescrizione viene così a ridursi; concessione che - logica vuole - presuppone l'accertamento incidentale della responsabilità penale<sup>8</sup>. E ancora, esperita l'azione civile di danno e dopo la condanna di primo grado sopraggiunga la prescrizione, l'art. 578 c.p.p. esige che il giudice penale, nel dichiarare la prescrizione, ugualmente decida sul piano civile. Anche per tale ipotesi, la pronuncia del giudice penale richiede un accertamento sulla responsabilità, che non può giammai prescindere dalla sussistenza del fatto e dalla attribuzione di esso all'imputato, sia pure secondo criteri di natura civilistica<sup>9</sup>. Si aggiunga, infine, a chiusura, che tutte le sentenze penali che rilevano la prescrizione hanno dovuto escludere ai sensi dell'art. 129, co. 2, c.p.p., l'evidenza di una causa di assoluzione dell'imputato<sup>10</sup>.

Tutto ciò porta a dubitare che il legislatore, ai fini dell'avvio del procedimento disciplinare sui medesimi fatti, possa accomunare sotto la stessa regola la pronuncia conseguente a prescrizione con la pronuncia di assoluzione, "essendo invece la legge tenuta ad assimilare ciò che è uguale e a separare ciò che è diseguale", per cui ciò che assume rilievo prioritario è esclusivamente il rapporto che può legare il "contenuto di accertamento" della sentenza penale al conseguente procedimento disciplinare. Benché, ai sensi dell'art. 653 c.p.p.<sup>11</sup>, l'efficacia di giudicato

<sup>8</sup> Cass. pen., VI, 5.10.2000, n. 12048.

<sup>9</sup> Cass. pen., V, n. 42135 del 2011.

<sup>10</sup> Cass. pen., III, 8.2.2012, n. 4946, secondo cui "in presenza di una causa estintiva del reato, il proscioglimento nel merito va privilegiato sia in presenza di prova dell'innocenza dell'imputato, che nel caso in cui manchi del tutto la prova della colpevolezza e, quindi, non soltanto quando dagli atti risulti la prova positiva dell'innocenza dell'imputato, ma anche in difetto della prova della colpevolezza a suo carico".

<sup>11</sup> "La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità



nel giudizio disciplinare compete alle sole sentenze irrevocabili di assoluzione e di condanna, ugualmente non è dubitabile che i fatti comunque accertati dal giudice penale con una sentenza di proscioglimento possano e debbano venire autonomamente rivalutati dall'amministrazione anche tenendo conto dell'esito di detto accertamento, nell'ambito del procedimento disciplinare<sup>12</sup>.

In buona sostanza, anche nel caso di specie dovrebbe valere la stessa *ratio* sottesa alle sentenze di condanna, al fine di assicurare non solo una sostanziale coerenza tra sentenza penale ed esito del procedimento amministrativo, ma soprattutto una linea di maggiore rigore per garantire il corretto svolgimento dell'azione amministrativa. Non prevedendo la legge che l'amministrazione sia posta a conoscenza del termine iniziale per l'instaurazione del procedimento disciplinare, ed imponendo altresì lo svolgimento di un'attività per la conoscenza di questo dato, l'amministrazione stessa viene esposta al rischio dell'infruttuoso decorso del termine decadenziale, rendendo così più difficoltosa ed incerta la stessa applicazione delle sanzioni disciplinari. Nel ponderare l'interesse del dipendente pubblico ad ottenere una sollecita definizione della propria situazione disciplinare e l'esigenza dell'amministrazione di instaurare tale procedimento, il legislatore avrebbe finito con l'adottare una soluzione sbilanciata a vantaggio del dipendente pubblico, a favore del quale scorre il tempo necessario per venire in possesso di una notizia che invece dovrebbe essere comunicata *ab initio* all'amministrazione.

Si realizza così un contrasto con la *ratio* della norma, che è quella di assicurare un maggiore rigore nello svolgimento dell'attività amministrativa.

---

*disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste, non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non l'ha commesso. La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso".*

<sup>12</sup> C. cost., 4.4.2008, n. 85.

Non sempre, infatti, l'interesse del pubblico dipendente alla più sollecita definizione del giudizio disciplinare può prevalere su quelli intestati all'amministrazione, nei casi in cui le "difficoltà" ad essa frapposte si siano rilevate, in concreto, manifestamente irragionevoli<sup>13</sup>.

Appare, allora, manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di configurare una potestà disciplinare, il cui esercizio viene sospeso a seguito dell'azione penale, e nel contempo di assoggettare la stessa ad un termine perentorio di decadenza, che inizia a decorrere nonostante tale amministrazione incolpevolmente nulla sappia, avendo reiteratamente sollecitato i competenti uffici giudiziari a comunicare in modo tempestivo l'esito del processo penale. Un già più equilibrato bilanciamento degli interessi contrapposti dovrebbe, per esempio, concludere il giudice *a quo*, considerare che il pubblico dipendente ben può sottrarsi all'incertezza, provvedendo a notificare all'amministrazione la sentenza di proscioglimento, affinché con ciò decorra il termine breve di 40 giorni.

### **3. L'interpretazione di sistema come riduzione ad unità ordinamentale.**

Di fronte all'*aut aut* del giudice remittente (lo ripetiamo: o viene dichiarata l'incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede X anziché Y o verrà accolto il ricorso attesa la lettera dell'enunciato che non consente un'interpretazione diversa da quella testuale), la Corte costituzionale si sottrae all'ipotetica decisione "*manipolativa*" di accoglimento, ricordando come ad una adeguata operazione ermeneutica non possa ritenersi estranea l'evoluzione dell'ordinamento giuridico stesso.

Ogni disposizione, infatti, non rimanendo cristallizzata alla sua emanazione, partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale. Dinamiche che l'interprete deve necessariamente prendere in esame sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi, essendo "*la vivenza della norma*" una vicenda per definizione aperta, ancor più

---

<sup>13</sup> C. cost., 25.7.1995, n. 374.

quando si tratta di adeguarne il significato a precetti costituzionali”<sup>14</sup>.

Profilo che, a detta della Corte, merita nel caso di specie particolare attenzione, atteso che il legislatore, nel corso degli anni, ha modificato con significativi interventi il sistema disciplinare nel pubblico impiego.

Pertanto, pur in presenza di un ordinamento speciale qual è quello del Corpo di polizia penitenziaria, che rappresenta una categoria professionale non contrattualizzata<sup>15</sup>, il Giudice delle leggi conduce il suo ragionamento, nello sviluppare l’oggetto del dubbio di costituzionalità, alla luce dell’evoluzione del quadro normativo che si è snodata a partire dai primi anni ’90 del secolo scorso, all’indomani della dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla destituzione automatica di diritto, prevista dal d.P.R. 10.1. 1957, n. 3<sup>16</sup>.

Nel dare piena attuazione ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, il legislatore, con la l. 7.8.1990, n. 241, inizia col riscrivere la nuova organica regolamentazione del procedimento amministrativo; attraverso, poi, l’applicazione dei principi generali di questo anche al procedimento disciplinare, il legislatore giunge a definire la relazione tra l’ambito del processo penale e quello del giudizio disciplinare in una logica di reciproca autonomia, fino – almeno in linea generale - ad escludere la c.d. pregiudiziale penale<sup>17</sup>. Tra i criteri direttivi della delega conferita al Governo dall’art. 7, co. 1, lett. b), della legge

4.3.2009, n. 15, è, infatti, detto che il procedimento disciplinare può proseguire e concludersi anche in pendenza del procedimento penale, purchè siano stabiliti eventuali meccanismi di raccordo all’esito di quest’ultimo. In attuazione della delega, poi, il d.lgs. 27.10.2009, n. 150, ha introdotto l’art. 55-ter, co. 1, nel d.lgs. n. 165 del 2001, stabilendo che: “*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*”. Salvo, poi, aggiungere – anche se la Corte non lo ricorda nel corpo della motivazione – che per le infrazioni di maggiore gravità, nei soli casi di particolare complessità dell’accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all’esito dell’istruttoria non si disponga di elementi sufficienti a motivare l’irrogazione della sanzione, il procedimento disciplinare può essere sospeso fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente.

D’altra parte, la giurisprudenza del Consiglio di Stato - proseguono i giudici costituzionali - ha già avuto modo di affermare come l’art. 7, co. 6, del d.lgs. n. 449 del 1992 debba essere interpretato tenuto conto dell’esigenza che l’azione amministrativa si svolga secondo i canoni del giusto procedimento e del buon andamento, i quali suggeriscono di individuare il *dies a quo* del termine in questione proprio dalla data di conoscenza della pronuncia penale. In caso contrario, si porrebbe alla conclusione, illogica e contraddittoria, di sottoporre l’esercizio del potere disciplinare al termine decadenziale senza che l’amministrazione abbia conoscenza degli elementi fattuali emersi in sede penale e suscettibili di legittimare il procedimento sanzionatorio. In tale situazione, atteso che l’organo giurisdizionale non ha alcun dovere di notificare all’amministrazione di appartenenza dell’impiegato la sentenza penale definitiva che lo riguarda, l’autorità potrebbe scegliere solo tra il non procedere disciplinarmente o procedere senza elementi; in entram-

<sup>14</sup>C. cost. ordinanza 12.7.2013, n. 191.

<sup>15</sup> Gli appartenenti alla polizia penitenziaria, infatti, in quanto forza di polizia o Corpo di Stato, costituiscono un personale in regime di diritto pubblico, sottratto alle norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche secondo la formulazione dell’art. 3, co. 1, del d.lgs. 30.3.2001 n. 165.

<sup>16</sup> C. cost., 14.10.1988, n. 971, in ragione della necessità di ponderare, con le garanzie del contraddittorio, la rilevanza disciplinare dei fatti accertati nel corso del giudizio penale, tenendo conto, altresì, della personalità dell’incolpato, del suo rendimento in servizio e di ogni altro interesse pubblico che possa essere validamente considerato nell’ambito di detto procedimento.

<sup>17</sup> Art. 117, d.P.R. 10.1.1957 n. 3, “*qualora per il fatto addebitato all’impiegato sia stata iniziata azione penale, il procedimento disciplinare non può essere promosso fino al termine di quello penale e, se già iniziato, deve essere sospeso*”.

bi i casi con risultati incompatibili con il principio del giusto procedimento<sup>18</sup>.

Tale indirizzo, peraltro, ha trovato conferma in una decisione<sup>19</sup> intervenuta successivamente all'ordinanza di remissione e che ben si ancora allo spirito delle nuove regole che privilegiano, rispetto alle preclusioni temporali e in genere ai formalismi procedurali, la visione sostanzialistica della adeguata ponderazione dei fatti.

In tale direzione, dice la Corte, vanno significativamente letti i principi generali dell'azione amministrativa; secondo i quali accanto ad un rafforzamento delle garanzie per il cittadino, attraverso la valorizzazione del contraddittorio e della trasparenza, l'amministrazione è impegnata ad assicurare l'effettivo raggiungimento dello scopo cui è orientata la sua azione, e quindi la realizzazione degli interessi pubblici alla cui cura essa è chiamata; realizzazione che passa anche attraverso il superamento dei vizi formali, se si dimostra che "il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso"<sup>20</sup>.

La giurisprudenza costituzionale, sempre più, legge ed utilizza tali canoni nell'ottica della salvaguardia del valore dell'efficienza, ossia del miglior rapporto tra mezzi impiegati e risultati raggiunti, in relazione a quello dell'efficacia, ovvero della capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati. A cui si aggiunge il principio di ragionevolezza che impone un agire amministrativo improntato a criteri di logicità e razionalità, in modo da risultare coerente con i dati di fatto e con gli interessi coinvolti ed emersi nel corso dell'attività stessa.

Se così è, è allora di tutta evidenza come tra gli obiettivi particolari cui è preordinata l'azione disciplinare, si debba annoverare a pieno titolo quello di ristabilire sia la legalità nell'apparato pubblico che di assicurare il rispetto dell'art. 54 Cost.<sup>21</sup>, unitamente alla

salvaguardia dell'onore, del prestigio e della credibilità, in una sola parola dell'immagine, dell'amministrazione di fronte a sé stessa ed alla collettività.

Obiettivi che devono essere perseguiti con mezzi, metodi e responsabilità appropriate. Talchè, di fronte a procedimenti disciplinari dipendenti da accertamenti penali che, in qualche modo, abbiano riconosciuto l'attribuibilità del fatto al dipendente, il decorrere del tempo non può gravare sull'amministrazione nei casi in cui le difficoltà di acquisizione della sentenza si rivelino, in concreto, manifestamente irragionevoli e non dipendano da propria colpa.

D'altro canto, anche nella giurisprudenza costituzionale è possibile rilevare un'evoluzione, nella valutazione del bilanciamento degli interessi che si contrappongono nel procedimento disciplinare, in sintonia con il progressivo rilievo attribuito al dato della conoscenza nel procedimento amministrativo. Correttamente, dunque, nel caso in questione la giurisprudenza amministrativa richiamata avrebbe fatto uso di tali principi nella esegesi di questa norma che, nata in un contesto profondamente diverso, deve essere confrontata e letta alla stregua della profonda evoluzione del quadro normativo in cui è chiamata ad operare la pubblica amministrazione. Ciò invece non ha fatto il rimettente; il quale, partendo da considerazioni pur sempre condivise dalla Corte, ritiene la disposizione lesiva dei richiamati parametri costituzionali, "*senza però utilizzare quegli stessi parametri invocati per pervenire ad una diversa interpretazione nel caso in questione*".

Al contrario, afferma la Corte, è proprio il buon andamento dell'azione amministrativa – una volta stabilizzata nell'ordinamento la riconduzione di tutte le sanzioni disciplinari nell'alveo del relativo procedimento amministrativo, in una prospettiva di autonomia dal processo penale - a sollecitare un'interpretazione che valorizzi l'intervenuta conoscenza da parte dell'amministrazione della sentenza di non doversi procedere. E', infatti, solo in tal modo che è possibile assicurare un corretto bilanciamento proprio di quegli interessi costituzionalmente protetti che vengono ad emergere nel procedimento.

<sup>18</sup> CdS, IV 8.3.2011, n. 2942.

<sup>19</sup> CdS, IV 18.6.2013, n. 5999.

<sup>20</sup> Art. 21-octies l. 241/90.

<sup>21</sup> "Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.

Il giudice costituzionale, allora, ribalta le ragioni indicate dal rimettente affermando la piena sussistenza dell'esigenza che il *dies a quo* per l'amministrazione decorra dalla conoscenza effettiva, così come sono effettive le garanzie procedurali di cui si avvale il dipendente. Così come è pacifica, la possibilità per l'amministrazione di valutare ai fini disciplinari i fatti oggettivamente emersi a carico del dipendente penalmente prosciolti, è altrettanto evidente che la sentenza penale dichiarativa della prescrizione che contenga comunque un accertamento dei fatti a carico dell'incolpato non presenti particolarità tali che le consentano di ricevere una regolamentazione differente, in sede disciplinare, da quella di condanna.

#### 4. Riflessioni di confine.

Ma attribuire un significato logico razionale ad una disposizione il cui tenore letterale opposto è incontrovertibile, è propriamente una attività di interpretazione sistematico-concettuale? Si può, infatti, sostenere che far decorrere i termini dalla conoscenza che l'amministrazione ha della sentenza di condanna, abbia lo stesso significato laddove si parla di decorrenza a far data dalla pubblicazione della sentenza che comunque definisce un procedimento penale? In realtà non c'è ambiguità nell'enunciato; ci troviamo, infatti, davanti ad una disposizione che presenta un significato preciso e univoco e le cui singole parole che la compongono non posseggono particolari od incerte sfumature linguistiche.

E' abbastanza chiaro, leggendo l'enunciato di cui all'art. 7, co. 6, d.lgs. 449/92, che il termine decorre da una certa operazione, la pubblicazione della sentenza di assoluzione o, per quello breve, dalla notifica di quest'ultima all'amministrazione. E' forse allora la relazione tra questa disposizione ed altre, con le quali costituisce un dato sistema, ad attirare l'attenzione dell'interprete, sembra affermare il Giudice delle leggi, ed ad impegnarlo in uno sforzo di riconduzione del sistema stesso a coerenza ed unicità.

Se, da una parte, l'applicazione del diritto si basa su di uno schema abbastanza semplice, per cui l'applicazione di una data norma ad un fatto è la logica conclusione tra due

premesse, quella maggiore, la disposizione generale ed astratta, e quella minore, il fatto particolare e concreto; dall'altra, è l'interpretazione che assegna ad entrambe le premesse quello che esse ci possono dire in relazione al caso specifico e secondo le categorie normative in uso a quel momento. E qui entrano in gioco le diverse specie di sentenze assolutorie, tra cui quelle per prescrizione ed *in primis* quelle che contengono già, come abbiamo visto, l'accertamento di una condotta, e la loro relazione di similitudine, all'interno del sistema disciplinare, alle sentenze di condanna. Non c'è un dubbio sul segno, sull'enunciato scritto, non c'è bisogno di scomodare il mito, che appunto non esiste in quanto tale, delle disposizioni chiare ed univoche in assoluto, c'è la necessità di ricostruire o forse solo di attribuire un significato coerente ad un intero sistema normativo, fatto di disposizioni di cui nessuno garantisce in partenza l'univocità e la coerenza. Le norme vigenti non sono, infatti, soltanto quelle poste dalle leggi e in genere dalle "fonti" del diritto, ma altresì quelle, in vario modo, desumibili dai "principi" contenuti nella Costituzione che con quelle interagiscono. Non è, quindi, ci ricorda in buona sostanza la Corte, una questione di mera esegesi testuale di disposizioni normative.

Il giudice *a quo* non ritiene una certa lettura della legge possibile e, pertanto, pone un problema di invalidità della legge che solo il tribunale costituzionale può risolvere. Non ricorre alla tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione e chiama in causa il controllo di costituzionalità "accentrato", in quanto non reputa di poter attribuire all'enunciato legislativo un significato conforme ai principi costituzionali. Vi è un dato letterale insormontabile; ciò che la disposizione impugnata enuncia e dichiara è chiaro, e non fa distinzioni all'interno delle sentenze assolutorie con evidente lesione dei principi di eguaglianza, ragionevolezza e buon andamento dell'amministrazione. E' dell'opinione che il legislatore, nel formulare ed approvare un testo normativo, consegna all'interprete e a colui che deve applicarla una disposizione dotata di un "proprio" significato, la cui interpretazione può, se non deve, limitarsi a di-

chiarare la volontà del legislatore; ossia “il suo significato letterale, cioè quello più immediato – il significato *prima facie*, come suol dirsi – quale è suggerito dall’uso comune delle parole e delle connessioni sintattiche”<sup>22</sup>.

La Corte, da parte sua, evidentemente memore del fatto che “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”<sup>23</sup>, rifiuta di dichiarare perciò solo l’illegittimità della disposizione impugnata; spiegando, nella motivazione, che la corretta interpretazione “*conforme a Costituzione*” basterebbe a risolvere il dubbio, attribuendovi il significato che meglio faccia “*sistema*” con le altre norme dell’ordinamento, proprio avvalendosi di quei parametri costituzionali invocati e posti da un potere – quello costituzionale – superiore al potere legislativo. E la cui portata può essere precisata anche tramite gli stessi metodi dell’interpretazione che sono utilizzati per attribuire un significato agli enunciati legislativi.

In realtà, la Corte non fa che confermare la legittimità della norma così come accreditata dal “diritto vivente”, e più che contrapposizione tra l’interpretazione del giudice amministrativo e quella della Corte, pare esservi una contrapposizione tra giudici amministrativi, tra l’interpretazione giurisprudenziale prevalente e quella difforme proposta dal giudice *a quo*, che nella circostanza – è bene sottolinearlo – è quello di Roma.

D’altra parte, in generale, “*l’uso del metodo sistematico tende a sganciare la legge dalla sua componente meramente testuale, rendendola un sistema tendenzialmente, ma mai perfettamente, armonico di regole e principi*», ossia un sistema che costituisce il risultato di una serie di continui aggiustamenti con i quali il contenuto dei principi viene precisato sulla base del contenuto delle regole e il contenuto delle regole è poi di nuovo

*precisato sulla base del contenuto dei principi*”<sup>24</sup>.

L’effetto, allora, è quello di screditare l’interpretazione meramente letterale e di sostituirla con una interpretazione correttiva che ascrive ad un testo un significato diverso da quello letterale, immediato. L’interpretazione conforme “*al tempo stesso in cui presuppone il sistema e lo rivela ..., lo costruisce e incessantemente rinnova, dal momento che senza di questa esso avrebbe sembianze profondamente diverse*”<sup>25</sup>. Operazione questa che se da una parte ha il pregio di giustificare o consentire la conservazione del più gran numero possibile di documenti legislativi e consente di eliminarne per incompatibilità il numero più piccolo possibile, rischia di esporsi ad una serie infinita di continui aggiustamenti di direzione, che rischiano di far smarrire il senso originale del controllo accentrato di costituzionalità e il principio di prevedibilità degli effetti di una regola alla base della certezza del diritto.

L’interpretazione conforme a Costituzione dell’art. 7, co. 6, del d.lgs. 449/92, sembra in realtà rimandarci a quello che attenta dottrina ha descritto come un diritto nella cui applicazione viene fatto rientrare anche una “*distorsione del diritto*” da parte di chi lo applica; “*un diritto alla inosservanza (quanto meno parziale) del piano della legge*” “*Si tratta – per usare categorie tradizionali – di un diritto formale, cui il diritto sostanziale deve cedere, in modo che vi sia al più un illecito sostanziale. Una scissione tra il diritto c.d. sostanziale (“la legge”) e il diritto c.d. formale (il “diritto”), attraverso la quale si viene delineando la fondamentale distinzione dei piani logici (livelli) della normazione (sostanziale) statica riconducibile agli enunciati prescrittivi vertenti su comportamenti (c.d. normativa primaria) e della (meta) normazione (organizzativa) dinamica riconducibile agli enunciati costitutivi che ascrivono poteri (c.d.*

<sup>22</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A.CICU e F. MESSINEO L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2011.

<sup>23</sup> C. cost., 22.10.1996, n. 356.

<sup>24</sup> E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

<sup>25</sup> A. RUGGERI, *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, su *Rivista dell’AIC*, n. 2/2014. Si veda in particolare per un’interpretazione sistematica aperta al diritto internazionale e sovranazionale.

normazione secondaria). Il potere di applicazione del diritto attribuito al giudice comporta infatti che l'applicazione errata del diritto [sostanziale o primario] è tale a priori, mentre è esatta a posteriori in quanto applicazione di un altro diritto, ossia di quel diritto "nuovo" che al giudice è consentito di creare in sede applicativa in virtù di quella norma organizzativa dinamica, così che l'illecito non diventa diritto ma viene sostituito dal diritto, da quel diritto da lui stesso creato. In definitiva: ogni applicazione del

diritto, anche se momentaneamente [staticamente] inesatta, sfocia, sul piano conoscitivo e per necessità conoscitiva, in diritto, in quanto e perché ha origine dal diritto [organizzativo o dinamico]. In ogni applicazione del diritto si riflette solo il diritto da applicare": F. MODUGNO, *Una lezione sulla metodologia giuridica*, che richiama A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Milano, 1987.

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. VI 30.5.2014, n. 2816  
**Mantenimento - servizio oltre il 65° anno - età - diniego - trattenimento in servizio - valutazione - scarsità - risorse finanziarie.**

*L'art. 16, co. 1, del d. lgs. 30.12.1992 n. 503 (nel testo modificato dall'art. 72, co. 7, d. l. 25.05.1998 n. 112, conv. in l. 6.08.2008 n. 133), recante "Prosecuzione del rapporto di lavoro", prevede "È in facoltà dei dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della l. 23.10.1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti. In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in servizio il dipendente in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La disponibilità al trattenimento va presentata all'amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento. I dipendenti in aspettativa non retribuita che ricoprono cariche elettive esprimono la disponibilità almeno novanta giorni prima del compimento del limite di età per il collocamento a riposo. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. VI, 24.10.2013 n. 5148; 27.07.2011, n. 4501; 24.01.2011, n. 479) ha già più volte affermato che la ratio dell'art. 16 citato è essenzialmente di contenimento finanziario. La disposizione non contempla più un diritto soggettivo alla permanenza in servizio del pubblico dipendente, ma prevede che l'istanza, che egli ha facoltà di presentare, sia valutata discrezionalmente dall'amministrazione (la quale ha facoltà, non obbligo) di accoglierla, e possa trovare accoglimento solo in concreta presenza degli specifici presupposti individuati dalla disposizione, i primi dei quali legati ai profili organizzativi generali dell'ammi-*

*nistrazione medesima ("in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali") e i seguenti alla situazione specifica soggettiva e oggettiva del richiedente ("in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti"). E', quindi, in relazione alle esigenze organizzative e funzionali dell'amministrazione che va incentrata la scelta, non richiedendosi, ove tali esigenze non vengano ravvedute, una speciale esternazione circa la particolare esperienza professionale dell'interessato. Da quanto esposto consegue che le valutazioni di ordine finanziario - ritenute dalla sentenza impugnata insufficienti a sorreggere il diniego di mantenimento in servizio - al contrario ben possono motivare il rigetto dell'istanza dell'interessato al trattenimento. E ciò sia in quanto tali esigenze si connettono pienamente a quelle organizzative e funzionali, che proprio sulla disponibilità finanziaria trovano la propria concreta conformazione; sia in quanto è la ratio stessa della norma (già evidenziata dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato) a richiedere alle singole amministrazioni una valutazione in ordine alle proprie disponibilità economiche, onde definire quelli che sono i migliori e più efficienti assetti organizzativi e far fronte ai compiti ad esse affidati dall'ordinamento. Ne consegue che ben può essere ritenuto sufficientemente motivato un diniego di trattenimento in servizio che si fonda (anche solo) sulla valutazione della scarsità delle risorse finanziarie, ovvero sulla migliore allocazione delle medesime, in luogo della prosecuzione del pagamento del trattamento retributivo, conseguente al trattenimento biennale in servizio.*

Consiglio di Stato Sez. VI 30.5.2014, n. 2812  
**Riliquidazione - trattamento di fine rapporto - provvedimenti - liquidazione - indennità di buonuscita - Inpdap - art. 30 del d.P.R. n. 1032/1973 - modifica - revoca - rettifica - decorso anno - data di emanazione.**  
*La sentenza di primo grado impugnata*

dall'INPDAP innanzi al CdS ha accolto il ricorso sulla base dell'art. 30 D.P.R. 29.12.1973, n. 1032 il quale prevede che "i provvedimenti di liquidazione dell'indennità di buonuscita, nelle ipotesi in cui vi sia stato errore di fatto o sia stato omissivo di tener conto di elementi risultanti dagli atti oppure vi sia stato errore nel computo dei servizi o nel calcolo del contributo di riscatto o nel calcolo dell'indennità di buonuscita o dell'assegno vitalizio, possono essere modificati, revocati o rettificati "non oltre il termine di un anno dalla data di emanazione" (secondo comma). L'Istituto di previdenza non contesta la circostanza, dedotta dal ricorrente, che il trattamento previdenziale già riconosciuto gli ha subito una decurtazione di circa trentuno milioni di lire, a ben sette anni di distanza dal provvedimento con cui l'INPADP aveva originariamente liquidato all'interessato l'indennità di buonuscita. A sostegno della decisione il giudice di primo grado ha richiamato la giurisprudenza che ha riconosciuto la perentorietà del "termine di un anno previsto dall'art. 30 T.U. 29.12.1973 n. 1032 per revocare o modificare il provvedimento di liquidazione dell'indennità di buonuscita" (Cons. St., VI, 4.4.2000 n. 1945; da ultimo, TAR Liguria, 20.2.2006 n. 153). Il CdS ha rigettato il ricorso in appello è infondato alla luce della giurisprudenza di questo Consiglio (Sezione IV, 27.12.2006, n. 7925) secondo la quale: "L'art. 30 del d.P.R. 29.12.1973 n. 1032, secondo cui i provvedimenti di liquidazione dell'indennità di buonuscita Inpdap non possono essere modificati, revocati o rettificati decorso un anno dalla data di emanazione, non preclude all'amministrazione di svolgere le proprie difese in sede giudiziale, ove ne sussistano i presupposti e le condizioni, dovendosi escludere soltanto iniziative volte ad eludere, anche in maniera indiretta, il limite derivante dal menzionato disposto legislativo". Va pertanto ribadito che la fattispecie in esame risulta disciplinata in maniera esclusiva dall'art. 30 cit., risultando inapplicabile qualsiasi altra norma, il quale pone un termine perentorio per la revoca o la modifica del provvedimento di liquidazione; né suddetto termine può essere eluso, come nel caso in

esame, allorché l'appellato sia stato riammesso in servizio, consentendo quindi una sorta di compensazione in sede di riliquidazione dell'indennità.

Consiglio di Stato Sez. VI 30.5.2014, n. 2805  
**Indennità - buonuscita - assenza specifica - attribuzione normativa - amministrazione pubblica - potere - fissazione - termine - decorso - soggetti privati - decadono - esercizio di poteri - facoltà - riconosciute dalla legge.**

Nella vicenda giunta innanzi alla Sesta Sez. del CdS si controverte della legittimità della delibera di liquidazione dell'indennità di buonuscita a carico dell'ENPAS, nella parte in cui questa ha determinato gli oneri di riscatto in riferimento allo stipendio in godimento al momento della cessazione dal servizio per quiescenza anziché da quello precedente, in godimento al momento di presentazione della domanda. La tesi dell'amministrazione si fonda per un verso, sulla prescrittività della circolare ministeriale del 1966 ed, in particolare, sulla perentorietà del termine del 28.02.1967, indicato per il completamento della documentazione da allegare alla domanda di riscatto; per altro verso, sulla presunzione di conoscenza di circolari dell'amministrazione da parte dei suoi dipendenti, derivante dal mero invio della circolare alla sede di svolgimento della prestazione lavorativa. Quanto a tale ultimo aspetto, il Collegio deve immediatamente rilevare come la "presunzione di conoscenza", indicata dall'appellante amministrazione, risulta priva di base normativa e, ove anche esistesse una norma che ciò preveda (ma tale norma non è stata indicata dall'appellante), quest'ultima sarebbe di dubbia legittimità costituzionale, non essendo manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale della stessa per violazione, quantomeno, degli artt. 24, 113 e 97 Cost. Ne consegue che, in difetto di prova di conoscenza della circolare (e dunque del termine da essa indicato) da parte dell'appellata, l'amministrazione non è legittimata a contestare alla medesima il mancato completamento della documentazione nel termine prescritto e, dunque, l'impossibilità di esame della istanza di riscatto. Ferme le



considerazioni ora svolte, il Collegio osserva che è pacifico che – posta la facoltà dei dipendenti pubblici di riscattare ai fini dell'indennità di buonuscita determinati periodi di servizio ovvero gli studi universitari – la misura del contributo dovuto è determinato con riferimento alla retribuzione erogata all'atto della domanda, non potendo gravare sul dipendente il tempo del procedimento e, a maggior ragione, gli eventuali ritardi dell'amministrazione (per il caso di specie, v. d.m. 4.7.1966, indicato anche dalla parte appellante). Se è vero che può ritenersi il dipendente tenuto ad allegare la documentazione relativa ai servizi per i quali si chiede il riscatto (ma questo solo ante l. n. 241/1990, posto che l'art. 18 della medesima impone al responsabile del procedimento di acquisire i dati rilevabili da archivi di pubbliche amministrazioni), è altrettanto vero che il difetto di allegazione deve intendersi come fatto impeditivo all'esame della domanda, ma non già della individuazione della data di riferimento per la parametrizzazione della misura del contributo dovuto. E ciò a prescindere dal dovere dell'amministrazione (ai sensi dell'art. 97 Cost. e della l. n. 241/1990), di indicare all'istante le eventuali integrazioni documentali necessarie ai fini dell'emanazione del provvedimento finale. Infine, occorre osservare che, in assenza di specifica attribuzione normativa, l'amministrazione pubblica non ha il potere di fissazione di un termine, decorso il quale i soggetti privati decadono dall'esercizio di poteri e facoltà loro riconosciuti dalla legge. D'altra parte, la circolare ministeriale n. 454/1966, non indica il termine del 28.2.1967 come perentorio, ma avverte solo che “le domande che non perverranno debitamente documentate e completamente istruite” . . . “non potranno essere esaminate”. La circolare, quindi, indica un impedimento alla conclusione procedimentale, ma non introduce alcuna decadenza dalla facoltà di richiedere il riscatto, né, tantomeno, individua al momento del completamento della documentazione il dies di riferimento per il computo del contributo dovuto, da parametrare alla misura della retribuzione a quella data erogata.

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2721

**Concorsi P.A. - giurisdizione - giudice amministrativo - controversie - concorsi pubblici - concorsi interni - procedure promozione.**

La Cass. a sezioni unite (cfr., fra le tante, le sentenze 6.05.2013, n. 10401; 11.04.2012 n. 5699; 3.03.2010 n. 5024), ha chiarito che i concorsi c.d. interni, interamente riservati al personale dipendente ma finalizzati all'accesso del personale a qualifiche superiori, sono annoverabili tra le procedure concorsuali per le quali l'art. 63 co. 4 del d. lgs. n. 165 del 2001 riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo; deve pertanto ritenersi che tale norma quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo “le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, faccia riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore, con la conseguenza che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo non solo le controversie in materia di concorsi pubblici, ma anche quelle in materia di concorsi interni e procedure di promozione. Invero, il passaggio ad una nuova fascia funzionale superiore, all'esito del concorso interno, comporta l'accesso ad un nuovo e diverso posto di lavoro la cui fattispecie è sostanzialmente equiparabile alle ipotesi di “assunzione” presso la p.a. prevista dall'art. 63, co. 4 cit.

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2708  
**Demansionamento - lavoratore - riconoscimento - diritto - risarcimento - danno professionale - biologico - inadempimento - datoriale - danneggiato - natura - caratteristiche - pregiudizio.**

Il Consiglio di Stato, Sezione V, nel giudizio in esame ha ribadito i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte di cassazione in materia di risarcimento del danno da illecita attività provvedimentale dell'amministrazione (cfr. ex plurimis e da ultimo, Cass. civ., sez. III, 22.10.2013, n. 23993; sez. un., 23.03.2011, n. 6594; sez. un., 11.01.2008, n. 576 e 582; CdS, ad. plen.,

19.4.2013, n. 7; ad. plen., 23.03.2011, n. 3; sez. III, 19.3.2014, n. 1357; sez. V, 17.1.2014, n. 183; sez. V, 31.10.2013, n. 5247; sez. V, 21.06.2013, n. 3408; sez. III, 30 maggio 2012, n. 3245; sez. IV, 22.05.2012, n. 2974; sez. IV, 2.4.2012, n. 1957; sez. IV, 3.1.2012, n. 482; cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in forza dei quali: a) la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extra contrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo o il diritto soggettivo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi contra ius; b) l'onere di provare la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale (condotta, evento, nesso di causalità, anti giuridicità, colpevolezza), grava sulla parte danneggiata che abbia visto riconosciuto l'illegittimo esercizio della funzione pubblica; c) la prova dell'esistenza dell'anti giuridicità del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre che nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.; d) al di fuori del settore degli appalti (governato da autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE), in sede di accertamento della colpevolezza nell'esercizio della funzione pubblica, l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo, integra, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, co. 1, c.c., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione; ne consegue che spetta a quest'ultima dimostrare la scusabilità

dell'errore per la presenza, ad esempio, di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma (o di improvvisi revirement da parte delle Corti supreme), di oscurità oggettiva del quadro normativo (anche a causa della formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore), di rilevante complessità del fatto, della influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da successiva declaratoria di incostituzionalità della norma applicata dall'amministrazione; e) ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità extra contrattuale da cattivo esercizio della funzione pubblica, si deve muovere dall'applicazione dei principi penalistici, di cui agli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della condicio sine qua non); il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, co. 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto; al contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quello simile della c.d. regolarità causale; in quest'ottica, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione ex ante - del tutto inverosimili. Per quanto poi concerne l'aspetto che qui segnatamente rileva, ossia il nesso causale tra l'illecito e il danno subito, va

parimenti rimarcato che l'onnicomprensiva categoria del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., pur nelle ipotesi in cui consegue alla violazione di diritti inviolabili della persona (ad es. il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.), costituisce pur sempre un'ipotesi di danno-conseguenza, il cui ristoro è in concreto possibile solo a seguito dell'integrale allegazione e prova in ordine alla sua consistenza materiale ed in ordine alla sua riferibilità eziologica alla condotta del soggetto asseritamente danneggiante. Ne consegue, quindi, che il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale e biologico non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale e non può prescindere da una specifica allegazione, da parte di colui che si pretende danneggiato, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo. In una con i principi elaborati dalle sezioni unite della Cass. (cfr. le celebri sentenze gemelle sez. un., nn. 26973, 26974, 26975 del 2008, successivamente si vedano gli affinamenti elaborati da Cass. civ., sez. III, 2228 del 2012) e dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (n. 7 del 2013 cit.), si rileva che mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno non patrimoniale - da intendersi come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul "fare areddittuale" del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendo il soggetto medesimo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - deve essere dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, potendo peraltro anche in tale evenienza assumere precipuo rilievo la prova per presunzioni; ne discende che il prestatore di lavoro, che chiedi la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno (anche nella sua eventuale componente di danno alla vita di relazione o di c.d. danno biologico), subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica professionale rivestita, deve fornire la prova

dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, posto che tale danno non si pone, infatti, quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo e che pertanto non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, nel mentre incombe al lavoratore che denunci il danno subito di fornire la prova in base all'anzidetta regola generale di cui all'art. 2697 c.c. (.....) La giurisprudenza da tempo assegna ai provvedimenti cautelari emanati dal giudice amministrativo la funzione di escludere o, comunque, di mitigare il danno insito nel provvedimento impugnato, posto che la tutela cautelare è diretta alla temporanea salvaguardia della posizione del deducente, onde consentirgli - qualora risultasse vincitore nel merito - di trarre l'utilità sostanziale offerta dalla decisione, producendo in via temporalmente anticipata nella sua sfera giuridica benefici omogenei e comunque non superiori rispetto a quelle che la sentenza potrà procurare (così, ad es., CdS, Sez. IV, 27.3.1995 n. 191); e, proprio in dipendenza di ciò, e anche a prescindere dall'espressa statuizione al riguardo contenuta dal susseguentemente intervenuto art. 30, c.p.a., la medesima giurisprudenza ha ricavato dai principi contenuti dall'art. 1227, secondo comma, cod. civ., la regola della possibile non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli strumenti di tutela cautelare previsti dall'ordinamento (cfr. sul punto, ad es., CdS. V, 9.10.2013 n. 4968). Nel caso in esame il demansionamento lamentato dal ricorrente non è in fatto avvenuto proprio poiché il tempestivo accesso da lui fatto allo strumento di tutela cautelare ha impedito l'assunzione da parte sua dei compiti non rispondenti alla qualifica ricoperta, tanto che il suo rientro in servizio è incontestabilmente avvenuto nella stessa posizione occupata al momento del primo provvedimento di rimozione illegittimamente emanato nei suoi confronti. In questo modo, pertanto, l'intervento del giudice adito in primo grado ha fatto sì che il prestigio personale e professionale del ricorrente non fossero vulnerati anche nel lasso di tempo intercorrente tra la proposizione dei ricorsi e la loro definizione nel merito: e proprio tale

*circostanza rende dunque inaccoglibile una domanda risarcitoria che ha per oggetto beni della vita che si intendevano per certo colpire mediante una sequela di azioni amministrative illegittime; beni che, peraltro, non sono stati di fatto compromessi nella loro integrità proprio perché gli effetti di tali azioni sono stati repentinamente caducati ope iudicis.*

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2709  
**Concorsi pubblici - equipollenza - titoli professionali - esclusione - infermiere generico - ausiliario - operatore socio assistenziale - ASA - OSA - OTA - OSS - OSSC.**

*Il Consiglio di Stato ha ribadito nella sentenza in esame che il bando costituisce la lex specialis del pubblico concorso, da interpretare in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità: e ciò in forza sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, la quale sarebbe per certo pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella lex specialis medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente auto vincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva (così, ad es., CdS, Sez. V, 10 aprile 2013 n. 1969). Da ciò discende pertanto discende che le clausole del bando di concorso per l'accesso al pubblico impiego non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi (così, ad es., CdS, V, 19.11. 2012 n. 5825), ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale della parole e dalla loro connessione (cfr. art. 12, primo co. disp. prel. c.c.). Soltanto qualora il dato testuale presenti evidenti ambiguità deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato alle prove, essendo conforme al pubblico interesse - e sempreché non si oppongano a ciò interessi*

*pubblici diversi e di maggior rilievo - che alla procedura selettiva partecipi il più elevato numero di candidati (così, ex plurimis, CdS, Sez. V, 10.11.2003 n.7134). Nel caso di specie, tuttavia, il su riportato punto 3, lett. g) del bando concorsuale, laddove inderogabilmente imponeva ai partecipanti di possedere il titolo di "ausiliario socio-assistenziale" senza contemplare equipollenze o deroghe al riguardo, introduceva nella lex specialis una disposizione normativa del tutto inequivoca nel suo significato letterale e, perciò, di stretta interpretazione, sia per la commissione giudicatrice, sia per questo stesso giudice, con conseguente impossibilità per l'interprete di utilizzare al riguardo le tecniche ermeneutiche dell'estensione e dell'analogia (cfr. artt. 14 e 12 disp. prel. cod. civ.). Per il vero, la giurisprudenza afferma pure che, nell'evenienza di mancata specificazione di equipollenza tra titoli professionali richiesti per l'ammissione al pubblico concorso - e, quindi, di univoca ed espressa volontà della P.A. di limitare l'accesso ai soli titoli indicati nella lex specialis - le previsioni del bando medesimo debbano essere integrate dall'interprete nel senso di consentire la partecipazione per i possessori di titoli equipollenti ex lege: ma ciò, per l'appunto, avviene nelle sole ipotesi in cui si rinvenzano nell'ordinamento norme di legge cc.dd. "autoesecutive", le quali puntualmente e direttamente sanciscano l'equipollenza tra i titoli anzidetti, e non necessitino pertanto per la loro concreta applicazione dell'intermediazione di altre disposizioni normative dello stesso grado o di grado subordinato, ovvero di provvedimenti amministrativi (così CdS, V, 3.6.2010 n.3484). Sul punto necessita pertanto un'indagine sulla figura dell' "infermiere generico" e sulle figure professionali ad esso contigue sviluppatasi nel tempo, al fine di acclarare se nell'ordinamento sussiste tra di esse un'equiparazione ex lege nel senso ora indicato. Come correttamente ha puntualizzato la stessa appellante, la disciplina della figura professionale dell' "infermiere generico" si rinvia ab initio nella l. 23.6.1924 n. 1267 sulle arti ausiliarie delle professioni sanitarie e nel suo regolamento di esecuzione approvato con r.d. 31.5.1928 n. 334; essa peraltro è stata resa ben distinta e resa subordinata rispetto a*

quella dell'infermiere professionale dapprima per effetto dell'art. 4 del r.d. 2.5.1940 n. 100 (cfr. ivi: "L'attività degli infermieri generici dev'essere limitata alle seguenti mansioni, per prescrizione del medico, nell'ambito ospedaliero, sotto la responsabilità dell'infermiera professionale ...") e, poi, per effetto dell'art. 6 del d.P.R. 1.03.1974 n. 225 (cfr. ivi: "L'infermiere generico coadiuva l'infermiere professionale in tutte le sue attività e su prescrizione del medico provvede direttamente alle seguenti operazioni ..."). La figura dell'infermiere generico è, ormai da tempo, divenuta di fatto "ad esaurimento", come a ragione ha denotato dalla stessa appellante. Infatti, per effetto della progressiva attuazione all'interno del nostro ordinamento dell'Accordo europeo sull'istruzione e formazione delle infermiere, adottato a Strasburgo il 25.10.1967 e reso operante nel nostro ordinamento con L.15.11.1973 n. 795, l'accesso alla qualifica di "infermiere professionale" è stato riservato ai soli titolari di diploma di laurea triennale in scienze infermieristiche, ferma peraltro restando l'equipollenza con la laurea medesima dei diplomi di "infermiere professionale" conseguiti nel precedente ordinamento presso le scuole infermieristiche già istituite presso gli enti ospedalieri (cfr. al riguardo la l. 19.11.1990 n. 341, l'art. 6, co. 3, del d.lgs. 30.12.1992 n. 504 e succ. mod., l'art. 4 della l. 26.02.1999 n. 42 nonché il d.m. 14.09.1994 n. 73). Tali scuole hanno quindi proseguito la loro attività secondo i programmi approvati ai sensi della L. 29.10.1954 n. 1046 con d.m. 15.02.1972 soltanto per la formazione degli infermieri generici, la cui utilizzazione nel contesto delle strutture del Servizio sanitario nazionale è progressivamente risultata recessiva, anche e soprattutto in dipendenza dell'incentivazione data dal legislatore alla riqualificazione del titolo di infermiere generico in quello di infermiere professionale mediante la frequenza di appositi corsi organizzati dalle Regioni ovvero presso le Università (cfr., rispettivamente, la l. 3.06.1980 n. 243, nonché l'art. 80, ultimo co, della L. 11.07.1980 n. 312) e, da ultimo, dalla soppressione delle scuole anzidette disposta in via generale dall'art. 3 della predetta l. 243 del

1980. Nell'ambito personale non medico, è stata quindi istituita e collocata in posizione inferiore rispetto a quella dell'infermiere professionale una nuova figura di operatori professionali: l'"operatore tecnico assistenziale" (OTA), istituito per effetto dell'art. 40, co. 3, del d.P.R. 28.11.1990 n. 384, con percorso formativo approvato con d.m. 26.07.1991 n.295 e affidato alle Regioni mediante corsi professionali organizzati ai sensi dell'art. 14 della l. 21.12.1978 n. 845 per il tramite delle aziende sanitarie locali (cfr. art. 2 d.m. 295 cit.). Ai sensi del mansionario allegato al d.P.R. 384 del 1990, l'OTA svolge la propria attività sia all'interno delle strutture sanitarie, pubbliche che private coadiuvando l'infermiere professionale in tutte le attività assistenziali, dirette ed indirette, ed assicurando anche prestazioni di natura domestica alberghiera relative alla degenza, il trasporto dei materiali e attività igienico-sanitarie. Inoltre, su prescrizione assicura interventi di natura assistenziale agli utenti direttamente per le attività che gli competono. Nel contempo, il riordino del sistema assistenziale pubblico e privato introdotto dalla L. 8.11.2000 n. 328 e dal d.lgs. 4.5.2001 n. 207 nonché dalla relativa legislazione regionale di attuazione e dalla sua separazione per effetto del d.m. 8.8.1985 con le strutture proprie del Servizio sanitario nazionale (ma comunque con esse correlato in sede di distretto socio sanitario: cfr. artt. 3-quater e 3-quinquies del d.lgs. 20.12.1992 n. 502, aggiunti per effetto dell'art. 3, co. 1, del d.lgs. 19.6.1999 n. 229) ha parimenti favorito l'istituzione di nuove figure professionali operanti nelle strutture assistenziali pubbliche e private accreditate: e ciò in evoluzione a quella, risalente nel tempo, dell'"ausiliario socio-assistenziale" (ASA), poi correntemente denominato "operatore socio-assistenziale" (OSA), istituito ab origine nell'ambito sanitario con d.m. 10.2.1984 quale figura "nuova atipica" o di "dubbia iscrizione" nei ruoli del personale del S.S.N. ai sensi dell'art. 1, quarto comma, del d.P.R. 20.12.1979 n. 761 ma ben presto diffusosi rapidamente nelle strutture pubbliche e private accreditate con mansioni di assistenza non infermieristica per le persone anziane ivi ospitate. Si tratta, in particolare, dell'

“Operatore socio-sanitario” (OSS), istituito per effetto dell’art. 3-octies del D.L.vo 502 del 1992 come introdotto dall’art. 3, co.1, del d.lgs. 19.6.1999 n. 229 e modificato dall’art. 8, comma 3, lettera e), del d.lgs. 28.7.2000 n. 254. Il percorso formativo di tale figura professionale è stato disciplinato con provvedimento dd. 22.02.2001 adottato in sede di Conferenza permanente Stato – Regioni. La figura medesima riunisce la professionalità dell’operatore assistenziale con nozioni sanitarie di base proprie dell’OTA; essa – anzi – solitamente proviene dall’evoluzione formativa dell’OTA estesa anche all’ambito socio-assistenziale. Tale personale, dopo aver completato una specifica formazione professionale organizzata dalle Regioni, svolge attività indirizzata all’assistenza diretta e di supporto all’utente sia ricoverato che presso il suo domicilio o presso strutture residenziali pubbliche o private, su indicazione del personale medico e infermieristico professionale. Ulteriore evoluzione dell’OSS è l’ “Operatore socio-sanitario complementare” (OSSC), figura sorta per effetto dell’art.1 del D.L. 12.11.2001 n. 402, convertito, con modificazioni, dalla L. 8.01.2002 n.1, che conferma le disposizioni di cui all’anzidetto provvedimento della Conferenza Stato – Regioni e che prevede la stessa procedura per disciplinare la formazione complementare in assistenza sanitaria al fine di consentire all’OSS ulteriormente formato di collaborare con l’infermiere o con l’ostetrica e di svolgere alcune attività assistenziali in base all’organizzazione dell’unità funzionale di appartenenza e conformemente alle direttive dell’assistenza infermieristica o ostetrica, o comunque sotto la supervisione di tali figure sanitarie non mediche. Orbene, avuto riguardo a tutto ciò, la disamina dell’ordinamento consente di acclarare che nessuna disposizione di legge sancisce equiparazioni di sorta tra la figura professionale dell’ “infermiere generico” con quella dell’ “ausiliario – operatore socio assistenziale” (ASA o OSA) ovvero con quella dell’OTA, dell’OSS o dell’OSSC: e, in conseguenza di ciò, per l’interprete non risultava possibile all’epoca dei fatti di causa - né risulta possibile a tutt’oggi - integrare le previsioni del bando

concorsuale che richieda quale requisito di partecipazione il diploma ASA (OSA), ovvero OTA, o OSS o OSSC nel senso di consentire anche ai titolari del diploma di “infermiere generico” di partecipare al relativo concorso. Essendo quindi il giudizio di equiparabilità dei relativi percorsi formativi devoluto al discrezionale apprezzamento dell’amministrazione che bandisce il concorso, avuto riguardo - anche, e soprattutto - alle proprie concrete esigenze assistenziali, ne consegue che la mancata considerazione nella *lex specialis* delle aree di sovrapposizione tra le competenze proprie dell’ “infermiere generico” con quelle proprie delle predette nuove figure di operatori socio-assistenziali può, ove del caso, legittimare l’ “infermiere generico” medesimo ad impugnare sul punto la “*lex specialis*” anzidetta, richiamandosi anche alla difformità della determinazione attuale della P.A. rispetto a quelle pregresse assunte in senso eventualmente diverso, ma non a chiedere al giudice amministrativo – in difetto di tale onere del deducente medesimo – di espletare al riguardo il proprio sindacato sulla clausola del bando non impugnata. Deve dunque per tutto ciò concludersi nel senso che il giudice di primo grado ha rettamete dichiarato inammissibili i tre primi motivi di ricorso ivi proposti. Va aggiunto che, come è ben noto, il giudice amministrativo ben può interpretare nel suo insieme il contenuto del ricorso innanzi a lui proposto, in modo da poter addivenire - sia pure attraverso un’operazione più o meno complessa d’interpretazione del suo testo, alla precisa individuazione del bene giuridico cui l’interessato tende e le ragioni a fondamento della pretesa (cfr. al riguardo, *ex plurimis*, CdS, V, 20.8.2013 n. 4188), sempreché con tale operazione ermeneutica il giudice non si sostituisca al richiedente (cfr. *ibidem*): e, in tal senso, l’interpretazione costantemente data da questo giudice è nel senso dell’insufficienza dell’utilizzo delle mere formule di stile (come, per l’appunto, quella genericamente riferita ad “ogni atto presupposto, connesso e consequenziale”, nella specie usata nell’atto introduttivo del giudizio di primo grado) per affermare che si era voluto espressamente chiedere l’annullamento di un determinato atto (cfr. sul punto, ad es., la già citata sentenza di

CdS, Sez. VI, n. 4998 del 2011), soprattutto allorché non sono state formulate puntuali censure su di esso.

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2702 **Attività di insegnante – doposcuola - servizio doposcuola - precario - requisito di insegnamento - ruolo - requisito - ammissione - concorso - riservato - art. 12 l. n. 417/1989 - ruoli magistrali - scuola elementare.**

Secondo un consolidato orientamento del CdS (cfr. da ultimo CdS., sez. VI, 23.12.2010, n. 9334, da cui è tratto il passaggio di seguito riportato), “non sono riconducibili nell’area prescrittiva del richiamato art. 2, co. quarto, della l. n. 124 del 1999 e dell’ordinanza ministeriale di essa attuativa, servizi resi presso le istituzioni scolastiche, e però con compiti non riconducibili alle ore curricolari e agli ordinari programmi di insegnamento. Fra questi rientrano le c.d. attività parascolastiche, che hanno funzione di supporto, di assistenza, sorveglianza e ricreazione degli allievi. Quanto precede è del resto reso significativo dalla l. dell’art. 2, co. quarto, della l. n. 124 del 1999, ove è precisato che “il servizio deve essere prestato per insegnamenti corrispondenti a posti di ruolo o relative classi di concorso con il possesso dello specifico titolo di studio richiesto”. Si tratta di previsione che trova la sua ragione d’essere nella specifica funzione assegnata alle graduatorie permanenti di assicurare la provvista di personale da nominare in ruolo nella misura del 50% dei posti che si rendano annualmente disponibili. Il personale inserito nelle graduatorie permanenti deve aver quindi reso un adeguato periodo di “effettivo” insegnamento ai fini dell’acquisizione dell’affinamento e dell’esperienza professionale, che è elevato dalla norma a non eludibile presupposto per lo stabile conferimento dei compiti di docente di ruolo. Il carattere eccezionale della disciplina sull’indizione della speciale sessione di abilitazione preclude, inoltre, ogni applicazione estensiva oltre le ipotesi normativamente previste (cfr. in fattispecie analoghe CdS, VI, 21.03.2006, n. 1481; 10.03.2004, n. 1211; 7.08.2003, n. 4560)” (così la sentenza n. 9334/2010 cit.). Questo Consiglio, in altre

parole, ha già chiarito, con giurisprudenza dalla quale non vi è motivo di discostarsi per il caso in esame, che dalla normativa citata risulta evidente la necessità di un servizio di “effettivo insegnamento”, il quale si deve riferire ad insegnamenti corrispondenti a posti di ruolo o classi di concorso. E tale principio è stato affermato anche con specifico riferimento all’attività di insegnante nel doposcuola, statuendosi che in presenza di un servizio siffatto non può ritenersi integrato il requisito di cui si tratta, “non essendovi in tal caso un insegnamento corrispondente a posto di ruolo” (CdS., VI, 18.8.2010, n. 5877). Nel senso della non valutabilità ai fini predetti dell’insegnamento nel doposcuola, per la ragione indicata, è dunque “la giurisprudenza di questo Consesso, formata sia in relazione al concorso riservato di cui alla l. n. 124/1999 (di cui è processo) (cfr. CdS, sez. VI, 10.03.2004 n.1212: “In tema di concorso riservato di esami per il conseguimento dell’idoneità all’insegnamento nella scuola elementare, l’insegnamento nelle attività integrative parascolastiche, istituite dai comuni in virtù della l.reg. Campania n. 4 del 3.01.1983, non è valutabile come servizio di insegnamento (c.d. periodo minimo), essendo utile, a tali fini, ai sensi dell’art. 2, 4° co. l. n. 124/1999, il solo servizio di insegnamento corrispondente a posto di ruolo o relativo a classi di concorso”), sia in relazione all’analoga formulazione dell’art. 2, co. 10, lett. b), in combinato con l’art. 11, co. 1 e 3 bis, d.l. 6.11.1989, n. 357, conv. nella l. 27.12.1989, n. 417 (cfr. CdS., sez. VI, 3.06.1998 n. 899: “Ai sensi della l. 27.12.1989 n. 417 art. 11, 3° co. bis, il servizio di doposcuola svolto dall’insegnante a titolo precario non integra il requisito di insegnamento corrispondente a posto di ruolo, e pertanto non costituisce requisito per l’ammissione al concorso riservato di cui all’art. 12 l. n. 417 cit., per l’immissione nei ruoli magistrali degli insegnanti della scuola elementare”)” (così CdS., VI, 30.01.2007, n. 344).

Consiglio di Stato Sez. IV 22.5.2014, n. 2641 **Concorsi - bandi - contenenti clausole - immediatamente - escludenti - tempestivamente - autonomamente - impugnati.**

*I bandi di concorso se contenenti clausole immediatamente lesive delle aspirazioni dei candidati in quanto impongono determinati requisiti di partecipazione anziché altri, vanno tempestivamente ed autonomamente impugnati proprio perché essi costituiscono la *lex specialis* del concorso ed è nei confronti degli stessi che vanno subito sollevati i dubbi di legittimità in ordine alla disciplina della procedura selettiva dagli stessi recata (CdS Ad. Pl n.1 del 4/12/1998; idem Ad. Pl. 29/1/2003; CdS Sez. IV 6/7/2004 n.5012). Questo il principio ribadito dalla Quarta Sezione del CdS nella sentenza del 22.05.2014.*

Consiglio di Stato Sez. IV 22.5.2014, n. 2639  
**Arruolamento - Forze armate - Corpo di Polizia penitenziaria - idoneità psico-fisica - patologie - implicanti disturbi funzionali - particolare prestanza - fisica – psicologica.**

*La Quarta Sez. CdS nella sentenza in esame ha ribadito i propri precedenti giurisprudenziali a tenore dei quali: - i requisiti psico-fisici richiesti dai bandi di arruolamento nelle Forze armate o nei Corpi di polizia devono essere posseduti dai candidati unicamente al momento in cui vengono sottoposti a visita medica collegiale, giacché la legittimità dei provvedimenti amministrativi deve essere apprezzata avuto riguardo allo stato di fatto e di diritto presente al momento dell'adozione dei provvedimenti stessi (sez. IV, n. 5856/2009 e n. 719/2004); - l'idoneità psico-fisica richiesta per l'arruolamento non consiste nella mera assenza di patologie implicanti disturbi funzionali, ma richiede una particolare prestanza fisica e psicologica (ragionevolmente esigibile proprio in relazione alle caratteristiche particolari di impiego operativo degli appartenenti alle Forze Armate o di Polizia) che ben può essere impedita anche da alterazioni od imperfezioni organiche di carattere non patologico e che, inoltre, il riscontro di siffatta prestanza fisica è demandato ad un apprezzamento tecnico discrezionale di spettanza esclusiva dell'amministrazione non altrimenti surrogabile (sez. IV, n. 5856/2009 e n. 4808/2003). La giurisprudenza di questa Sezione ha, altresì, condivisibilmente chiarito, con riferimento alla valenza*

*dell'istituto processuale della "verificazione", proprio del processo amministrativo, che quest'ultima si differenzia dalla C.T.U. per essere rivolta all'effettuazione di un mero accertamento tecnico di natura non valutativa, ma non anche all'acquisizione di un giudizio tecnico (sez. IV, n. 138/2010; n. 6447/2007 e n. 881/2007). Infatti, l'istituto anzidetto, è un mezzo istruttorio del c.d sindacato debole del Giudice Amm. che risponde all'esigenza di "conoscere", in sede di giurisdizione di legittimità, soltanto se è effettivamente tale, nella sua consistenza, il presupposto accertato dall'Amministrazione, dal quale derivino effetti prefissati, non potendosi esprimere, in detta specifica sede giurisdizionale, alcun autonomo (e definitivo) giudizio tecnico, senza invadere illegittimamente la sfera di merito dell'Amministrazione. Correlativamente, giova anche chiarire che alcun rilievo possono assumere gli ulteriori accertamenti eventualmente effettuati successivamente dall'interessato presso altro Presidi sanitari, anche pubblici, in quanto è noto l'avviso di questa Sezione che la valutazione effettuata dall'Amministrazione in ordine all'inidoneità fisica alla visita medica per l'arruolamento in un corpo militare non è suscettibile di essere contraddetta da certificazioni di parte, dato che, per un verso, gli accertamenti non possono che riferirsi ad una situazione presente all'atto del controllo (ben potendo tale situazione presentarsi materialmente diversa ad una successiva verifica); per altro verso, che le Commissioni Mediche dell'Amministrazione sono gli unici organi abilitati a compiere gli accertamenti selettivi del caso (sez. IV, n. 5039/2012). Con particolare riguardo all'ipotesi di correzione delle ametropie, questa Sezione (20.9.2012 n. 5039) ha già avuto modo di affermare che, nei casi in cui "il bando considera come fattore di inidoneità gli esiti di interventi per correzione di pregresse ametropie . . . la norma tecnica di selezione, in maniera non irrazionale prende in considerazione, tenuto conto dei compiti particolari attribuiti ai corpi di polizia, quale quello penitenziario, non il visus (attuale) corretto mediante protesi, ma quello naturale, visto che fa riferimento espresso agli "...esiti di interventi per la correzione delle ametropie*



comportanti deficit della capacità visiva ...”.

Consiglio di Stato Sez. IV 22.5.2014, n. 2637  
**Stato di salute - pubblico dipendente - valutazioni - organo sanitario - sindacabili - giudice - gravi vizi - illogicità - contraddittorietà.**

*Il CdS nella sentenza in esame ha innanzi tutto ribadire quanto già in precedenza affermato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo secondo la quale le valutazioni dello stato di salute di un pubblico dipendente, compiute dall'organo sanitario a ciò deputato, integrano un giudizio tecnico di merito, non sindacabile in sede di legittimità da parte del giudice amministrativo, salvo siano affette da gravi vizi di illogicità e da manifesta contraddittorietà; il giudizio “de quo” non procede infatti all'applicazione di una norma tecnica, nel qual caso sussiste pieno sindacato sulla sua applicazione, ma ad una verifica di fatti che implica l'uso di conoscenze tecniche (CdS, sez. IV, 29.5.2008 n. 2578; ed inoltre,*

*CdS, IV Sez., n. 1122/04; n. 8070/04; n. 3544/00; VI Sez., n. 3822/01; 3836/03; n. 2338/02). Giova anche ribadire che – come affermato dalla giurisprudenza di questa Sezione con riferimento agli accertamenti sanitari in sede di arruolamento, con considerazioni estensibili anche al caso di specie - alcun rilievo possono assumere gli ulteriori accertamenti eventualmente effettuati successivamente dall'interessato presso altri Presidi sanitari, anche pubblici, in quanto la valutazione effettuata dall'Amministrazione in ordine all'inidoneità fisica alla visita medica non è suscettibile di essere contraddetta da certificazioni di parte, dato che, per un verso, gli accertamenti non possono che riferirsi ad una situazione presente all'atto del controllo (ben potendo tale situazione presentarsi materialmente diversa ad una successiva verifica); per altro verso, che le Commissioni Mediche dell'Amministrazione sono gli unici organi abilitati a compiere gli accertamenti del caso (sez. IV, n. 5039/2012).*

«.....GA.....»

# PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **FABBISOGNI STANDARD DELLE PROVINCE E DELLE REGIONI: PUBBLICATO L'ELENCO DEGLI ENTI INADEMPIENTI ALL'OBBLIGO DI RISPOSTA AL «QUESTIONARIO UNICO PER LE PROVINCE»**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 142 del 21.6.2014 il decreto MEF recante "Pubblicazione degli elenchi degli enti inadempienti all'obbligo di risposta al «Questionario unico per le province - FP10U» per il monitoraggio della fase applicativa e l'aggiornamento dei fabbisogni standard delle province e delle regioni a statuto ordinario". Nel decreto si precisa che sono stati pubblicati sul sito internet del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento delle Finanze, all'indirizzo [www.finanze.gov.it](http://www.finanze.gov.it) gli elenchi delle province e delle regioni a statuto ordinario che, alla data del 10.6.2014, risultano inadempienti all'obbligo di restituzione del «Questionario unico per le province - FP10U», di cui al decreto del direttore generale delle Finanze del 1.4.2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 83 del 9.4.2014. Dalla data di pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana decorre il termine di sessanta giorni dell'Accordo sancito in Conferenza Stato-città' ed autonomie locali del 24.4.2013 per la restituzione alla SOSE del «Questionario unico per le province - FP10U», interamente compilato con i dati richiesti e sottoscritto sia dal legale rappresentante che dal responsabile economico finanziario dell'ente, secondo le modalità di cui al decreto del direttore generale delle Finanze del 1.4.2014. In caso di mancato rispetto del termine di cui al co. 2, e' applicata la sanzione di cui all'art. 5, co. 1, lett. c), del d. lgs. 26.11.2010, n. 216 ovvero con il*

*blocco, sino all'adempimento dell'obbligo di invio dei questionari, dei trasferimenti a qualunque titolo erogati al Comune o alla Provincia secondo la procedura stabilita dall'Accordo sancito dalla Conferenza Stato-città' e autonomie locali nella seduta del 24.4.2013. (Decreto MEF 16.6.2014 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 142 del 21.6.2014).*

«..... GA.....»

### **TASI: IN GAZZETTA UFFICIALE GLI IMPORTI DA EROGARE AI COMUNI RITARDATARI A VALERE SUL FONDO DI SOLIDARIETÀ COMUNALE 2014**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17.6.2014, n. 138 il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze recante "Importo da erogare, a titolo di tributo per i servizi indivisibili (TASI), ai Comuni a valere sul Fondo di solidarietà comunale 2014, ai sensi del co. 688, dell'art. 1, della l. 27.12.2013, n. 147." Nel decreto viene approvato l'allegato A contenente l'elenco dei Comuni appartenenti alle Regioni a statuto ordinario e alla Regione Siciliana e alla Regione Sardegna, che non hanno inviato le deliberazioni concernenti il tributo per i servizi indivisibili (TASI) in via telematica, entro il 23 maggio 2014, mediante inserimento del testo delle stesse nell'apposita sezione del Portale del federalismo fiscale. Gli importi, a valere sul Fondo di solidarietà comunale 2014, indicati nello stesso allegato A, corrispondono al 50 per cento del gettito annuo della TASI, stimato ad aliquota di base. Il Ministero dell'interno, entro il 20.6.2014, eroga ai Comuni e gli importi indicati nell'allegato A al presente decreto e comunica all'Agenzia delle entrate,*



entro il 30.9.2014, gli eventuali importi da recuperare nei confronti dei singoli Comuni ove le anticipazioni complessivamente erogate siano superiori all'importo spettante per l'anno 2014 a titolo di Fondo di solidarietà comunale. L'Agenzia delle entrate procede a trattenere le relative somme, per i Comuni interessati, da qualsiasi entrata loro dovuta riscossa tramite il sistema del versamento unificato, di cui all'art. 17 del d.lgs. 9.7.1997, n. 241. Gli importi recuperati dall'Agenzia delle entrate sono versati dalla stessa ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato entro il mese di ottobre 2014 ai fini della riassegnazione per il reintegro del Fondo di solidarietà comunale nel medesimo anno (Decreto MEF in Gazzetta Ufficiale n. 138 del 17.6.2014).

«..... GA.....»

#### **FUSIONE DI COMUNI: IN GAZZETTA UFFICIALE IL DECRETO SULLE MODALITÀ E TERMINI PER L'ATTRIBUZIONE PER L'ANNO 2014 DEI CONTRIBUTI SPETTANTI AI COMUNI ISTITUITI A SEGUITO DI FUSIONE**

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 138 del 17.6.2014 il decreto del Ministero dell'Interno dell'11.6.2014 recante "Modalità e termini per l'attribuzione, a decorrere dall'anno 2014, dei contributi spettanti ai comuni istituiti a seguito di procedure di fusione" (Decreto del Ministero dell'Interno pubblicato sulla G.U. n. 138 del 17.6.2014).

«..... GA.....»

#### **PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI: OBBLIGO DI PUBBLICARE ON LINE I DATI DEI CANONI VERSATI O PERCEPITI SUGLI IMMOBILI**

Precisa l'Autorità Nazionale Anticorruzione che ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 33/2013, le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare i dati identificativi di tutti gli immobili sui quali insiste qualunque tipo di rapporto che integri una situazione di possesso a qualsiasi titolo (proprietà e altri diritti reali, concessione ecc.) In relazione a cia-

scuno di tali beni sono oggetto di pubblicazione anche i canoni versati nonché quelli percepiti dall'amministrazione. Qualora tali canoni non siano previsti, è comunque necessario dare specifica evidenza a tale circostanza. La ratio della norma è, infatti, quella di rendere conoscibile, innanzitutto, l'entità del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni e, in secondo luogo, quanto a qualunque titolo eventualmente corrisposto o ricevuto per il possesso dei singoli beni (**Orientamento A.N.AC n. 16/2014**).

«..... GA.....»

#### **RISCOSSIONE TRIBUTI E SOCIETÀ IN HOUSE: I CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE SULL'APPLICAZIONE IVA CON ALIQUOTA ORDINARIA ALL'AGGIO RELATIVO ALL'ATTIVITÀ DI RISCOSSIONE**

L'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 56/E interviene sul trattamento IVA delle attività di riscossione e pagamento di imposte. In particolare, tra l'altro, nella risoluzione con riferimento alle società in house ovvero quelle società a capitale interamente pubblico partecipate da enti locali per conto dei quali svolgono il servizio di riscossione tributo, l'Agenzia precisa che in quanto costituite nella forma giuridica di società di capitali, sono soggetti giuridicamente distinti dagli enti che le controllano. Agli effetti dell'IVA, tali società si configurano quali soggetti che esercitano attività commerciali, per i quali non rileva, quindi, la modifica apportata all'art. 4, co. 5, del d.P.R. n. 633 del 1972. l'attuale art. 10, primo comma, n. 5), del d.P.R. n. 633 del 1972, dispone che sono esenti dall'IVA "le operazioni relative ai versamenti di imposte effettuati per conto dei contribuenti, a norma di specifiche disposizioni di legge, da aziende e istituti di credito". Si è posto il dubbio, quindi, se tale norma limiti l'esenzione alle sole operazioni di versamento di imposte effettuate presso aziende ed istituti di credito, escludendola per i versamenti effettuati presso operatori diversi. Per approfondire cliccare su "Accedi al Provvedimento". L'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 56/E interviene sul trattamento IVA delle at-

tività di riscossione e pagamento di imposte. In particolare, tra l'altro, nella risoluzione con riferimento alle società in house ovvero quelle società a capitale interamente pubblico partecipate da enti locali per conto dei quali svolgono il servizio di riscossione tributata, l'Agenzia precisa che in quanto costituite nella forma giuridica di società di capitali, sono soggetti giuridicamente distinti dagli enti che le controllano. Agli effetti dell'IVA, tali società si configurano quali soggetti che esercitano attività commerciali, per i quali non rileva, quindi, la modifica apportata all'art. 4, quinto comma, del d.P.R. n. 633 del 1972. (l'attuale art. 10, primo comma, n. 5), del d.P.R. n. 633 del 1972, dispone che sono esenti dall'IVA "le operazioni relative ai versamenti di imposte effettuati per conto dei contribuenti, a norma di specifiche disposizioni di legge, da aziende e istituti di credito". Si è posto il dubbio, quindi, se tale norma limiti l'esenzione alle sole operazioni di versamento di imposte effettuate presso aziende ed istituti di credito, escludendola per i versamenti effettuati presso operatori diversi (Risoluzione n. 56/E dell'Agenzia delle Entrate).

«..... GA.....»

### **MEF: IN GAZZETTA UFFICIALE IL DECRETO SULLE MODALITÀ DI DOCUMENTAZIONE DELL'INDISPENSABILITÀ E DELL'INDILAZIONABILITÀ DELLE OPERAZIONI DI ACQUISTO DI IMMOBILI**

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 108 del 12.5.2014 il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze recante "Modalità di documentazione dell'indispensabilità e dell'indilazionabilità delle operazioni di acquisto di immobili, ai sensi dell'art. 12, coo. 1-bis, del d.l. 6.7.2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2011, n. 111" (Decreto MEF pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 108 del 12.5.2014).

«..... GA.....»

### **MEF: 785.979 LAVORATORI A FINE MESE PERCEPIRANNO L'INCRE-**

### **MENTO DELLA RETRIBUZIONE NETTA DOVUTO ALLA RIDUZIONE DELL'IRPEF**

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, attraverso il Dipartimento dell'Amministrazione Generale (Dag) ha elaborato le buste paga del mese di maggio per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche che affidano al Mef il pagamento delle retribuzioni, calcolando e attribuendo ai beneficiari il credito previsto dal d.l. 66/2014 sulla riduzione del cuneo fiscale. Il Dag gestisce l'erogazione degli stipendi per più di 1,5 milioni di dipendenti di numerose amministrazioni pubbliche, e tra questi 785.979 lavoratori a fine mese percepiranno l'incremento della retribuzione netta dovuto alla riduzione dell'Irpef, per un ammontare complessivo nel mese di 56.407365 euro. Il beneficio pieno di 80 euro netti (che spetta a chi ha redditi annuali tra 8.000 e 24.000 euro lordi e lavora per l'intero anno) è stato calcolato per 618.523 dipendenti. L'importo del bonus per ciascun dipendente è evidenziato nel cedolino mensile nella sezione "Altri assegni" in cui è stata inserita la voce "Credito art. 1 DL 66/14". I cedolini saranno consultabili con le normali tempistiche, e comunque per tutti entro il 23 maggio. Il Dag si occupa dell'elaborazione e pagamento dello stipendio dei dipendenti delle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato (Ministeri, Presidenza del Consiglio, Agenzie, ecc.) e di 74 altre amministrazioni pubbliche (si tratta per lo più di Enti Locali che hanno deciso di utilizzare i servizi del Mef). I beneficiari interessati sono una piccola parte del numero complessivo dei lavoratori che beneficeranno dell'intervento di riduzione del cuneo fiscale; tuttavia il MEF è tra i soggetti che elaborano singolarmente il maggior numero di cedolini e la predisposizione di quasi 800mila buste paga con il beneficio fiscale testimonia la fattibilità e l'efficacia del provvedimento, che potrà essere implementato tempestivamente tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato (Comunicato MEF del 9.5.2014).

«..... GA.....»



## **AGENZIA DELLE ENTRATE: ISTITUITO IL CODICE TRIBUTO PER COMPENSARE IL BONUS DI 80 EURO**

*L'art. 1 del d.l. 24.4.2014, n. 66, al fine di ridurre nell'immediato la pressione fiscale e contributiva sul lavoro e nella prospettiva di una complessiva revisione del prelievo finalizzata alla riduzione strutturale del cuneo fiscale, prevede un credito a favore di lavoratori dipendenti e assimilati che non concorre alla formazione del reddito. Il credito è riconosciuto in via automatica dai sostituti d'imposta di cui agli art. 23 e 29 del d.P.R. 29.9.1973, n. 600 ed è attribuito sugli emolumenti corrisposti in ciascun periodo di paga. Al fine di consentire ai sostituti d'imposta il recupero delle somme erogate ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 66 del 2014, mediante l'istituto della compensazione di cui all'articolo 17 del d. lgs. 9.7.1997, n. 241, l'Agenzia delle Entrate ha istituito il codice tributo: "1655" denominato "Recupero da parte dei sostituti d'imposta delle somme erogate ai sensi dell'art. 1 del d.l. 24.4.2014, n. 66". In sede di compilazione del modello di versamento F24 il codice tributo è esposto in nella sezione "Erario" in corrispondenza delle somme indicate nella colonna "importi a credito compensati", con l'indicazione nel campo "rateazione/regione/prov./mese rif." e nel campo "anno di riferimento", del mese e dell'anno in cui è avvenuta l'erogazione del beneficio fiscale, rispettivamente nel formato "00MM" e "AAAA" (**Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 48/E del 7.5.2014**).*

«..... GA.....»

## **ENTI LOCALI: SLITTA AL 31 LUGLIO 2014 L'APPROVAZIONE DEL BILANCIO DI PREVISIONE**

*Il termine fissato dal Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs n. 267/2000) all'31 dicembre ha già subito un primo differimento al 28 febbraio per poi slittare al 30.4.2014 e, da ultimo con il decreto del Ministero dell'Interno del 29.4.2014 è stato ulteriormente rinviato al 31.7.2014 (**Decreto del Ministero dell'Interno del 29.4.2014**).*

«..... GA.....»

## **SOMME ISCRITTE A RUOLO: DAL 1 MAGGIO INTERESSI DI MORA AL 5,14% PER RITARDATO PAGAMENTO**

*Con provvedimento del 10.4.2014 il Direttore dell'Agenzia delle Entrate ha disposto che a decorrere dal 1.5.2014, gli interessi di mora per ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo sono determinati nella misura del 5,14% in ragione annuale. Quanto alla motivazione nel provvedimento si precisa che "l'art. 30 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602 prevede che, decorsi sessanta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, sulle somme iscritte a ruolo, escluse le sanzioni pecuniarie tributarie e gli interessi, si applicano, a partire dalla data della notifica della cartella e fino alla data del pagamento, gli interessi di mora al tasso determinato annualmente con decreto del Ministero delle finanze con riguardo alla media dei tassi bancari attivi. In attuazione della richiamata disposizione, con provvedimento del 4 marzo 2013, la misura del tasso di interesse da applicare nelle ipotesi di ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo è stata fissata al 5,2233 per cento in ragione annuale. Considerato che, come detto, l'art. 30 prevede una determinazione annuale del tasso di interesse in questione, è stata interessata la Banca d'Italia che, con nota del 4.3.2014, ha stimato al 5,14% la media dei tassi bancari attivi con riferimento al periodo 1.1.2013-31.12.2013." (**Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 10.4.2014**).*

«..... GA.....»

## **PAGAMENTO DEI DEBITI DELLE P.A.: IN G.U IL DECRETO DEL MEF DI RIPARTO DI EURO 2.927.343.124,13**

*E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 82 del 8.4.2014 il decreto del MEF recante "Riparto delle somme di cui all'art. 1, co. 10, del d.l. 8.4.2013, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.6.2013, n. 64 e ss.mm.ii., ai sensi dell'art. 2, co. 2, del d.l. 8.4.2013, n.*

35." In particolare il decreto provvede a distribuire i seguenti importi: Euro 327.428.642,17 alla Campania, Euro 2.037.076.825,40 per il Lazio, euro 4.737.656,56 per la Liguria, euro 558.100.000,00 per il Piemonte. Tali somme vengono distribuite dal MEF per consentire alle Regioni di far fronte ai pagamenti dei debiti certi liquidi ed esigibili alla data del 31 dicembre 2012, ovvero dei debiti per i quali sia stata emessa fattura o richiesta equivalente di pagamento. Resta fuori dalla ripartizione la Regione Calabria che ha espresso formale rinuncia all'anticipazione di liquidità assegnatale per l'anno 2014, mentre per la Regione Campania l'erogazione di € 70.939.006,12 resta subordinata alla formale approvazione del rendiconto 2012 da parte del Consiglio regionale. Alla Regione Siciliana, invece, risultano assegnate con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 41831 del 14 maggio 2013 risorse per € 347.132.250,97, mentre alle Regioni e Province autonome non sono stati erogati € 28.115.871,90 a seguito di verifiche negative effettuate dal Tavolo tecnico. In base al decreto le regioni dovranno provvedere all'estin-

zione dei debiti elencati nel piano dei pagamenti entro il termine di trenta giorni dalla data di erogazione dell'anticipazione di liquidità, salvo i pagamenti relativi ai residui passivi perenti, per i quali il termine è aumentato a sessanta giorni. Dell'avvenuto pagamento e dell'effettuazione delle relative registrazioni contabili la Regione deve fornire formale certificazione al Tavolo Tecnico istituito con Determina del Ragioniere Generale dello Stato n. 31457 del 12 aprile 2013 presso il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, che è coordinato dal Ragioniere Generale dello Stato o da un suo delegato. L'erogazione delle anticipazioni di liquidità da parte del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento del tesoro è subordinata, oltre che alla verifica positiva da parte del Tavolo tecnico anche alla formale certificazione dell'avvenuto pagamento di almeno il 95 per cento dei debiti e dell'effettuazione delle relative registrazioni contabili da parte delle regioni stesse con riferimento alle anticipazioni di liquidità ricevute precedentemente (**Decreto MEF 28.3.2014 pubblicato sulla G.U. n. 82 del 8.4.2014**).

«..... GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. IV 22.5.2014, n. 2642  
**Monopoli di Stato - Ente Tabacchi Italiani esclusione pagamento dell'accisa per gli ammanchi causati da furti o rapine - antecedenti alla data del 14 gennaio 1999 della sua stessa istituzione.**

*La controversia giunta all'attenzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato riguarda il provvedimento con il quale l'AAMS ha individuato l'Ente Tabacchi Italiani (ETI) - istituito ai sensi del decreto legislativo n. 283/1998 e subentrato, ex art. 3, nei rapporti attivi e passivi nonché nei diritti e nei beni afferenti le attività produttive e commerciali dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato - quale soggetto tenuto al pagamento dell'accisa sia sulle partite in sospeso su quantitativi di tabacchi oggetto di furti o rapine perpetrate prima del 31.12.1998, in caso di condanna da parte della magistratura contabile, ed alla prestazione di apposita garanzia, fino a definizione delle decisioni dell'organo contabile (art. 2, lett. b); sia sulle partite in sospeso su quantitativi di tabacchi trafugati nel periodo transitorio compreso tra il 31 dicembre 1998 ed il 30.9.2002, data di entrata in vigore del nuovo regime dei depositi fiscali, secondo il prezzo di vendita al pubblico dei prodotti al momento dell'evento criminoso (art. 2, lett.c). Quanto alle partite in sospeso per furti o rapine anteriori al 31.12.1998, il Tar ha escluso la successione dell' ETI nelle relative obbligazione tributarie dal momento che l'art. 1 del d. lgs. n. 283/1998 avrebbe tenuto distinte le funzioni produttive e commerciali, esplicitamente conferite all' ETI, da quelle fiscali e di controllo del mercato, mantenute in capo all' AAMS, realizzando non già un'ipotesi di successione universale - neanche nel ramo dei tabacchi, in cui l'AAMS avrebbe mantenuto rilevanti funzioni - ma una successione a titolo particolare, non comprendente, per l'assenza di un'apposita previsione normativa, le obbligazioni tributarie relative al pagamento dell'accisa sui tabacchi lavorati. Le*

*amministrazioni appellanti deducono che nel sistema vigente fino al 1998, rifacentesi, pure dopo l'entrata in vigore del decreto legge n. 331/1993, alla legge n. 1293/1957 ed al relativo regolamento attuativo di cui al d.P.R. n. 1074/1958, i tabacchi venivano dati dai depositi fiscali in dotazione ai magazzini di vendita detenuti da soggetti, appaltatori dell'AAMS, i quali divenivano consegnatari di beni dello Stato ed erano assoggettati alla giurisdizione della Corte dei conti. In caso di riscontro di ammanchi di prodotti, questi erano tenuti al pagamento dell'accisa nel momento in cui veniva adottata una decisione di condanna. Sarebbe quindi erroneo far risalire la nascita dell'obbligazione tributaria al momento del furto, desumendosi dal sistema delineato che essa sorgerebbe solo al momento della pronuncia della Corte dei conti nei confronti del titolare del magazzino. Correttamente, quindi, il decreto avrebbe individuato l'ETI come soggetto tenuto al pagamento dell'accisa in quanto subentrato nei rapporti e nella titolarità dei beni e dei depositi dell'AAMS al momento dell'accertamento della responsabilità da parte della Corte dei conti. Non si tratterebbe, come statuito dal Tar, dell'attribuzione di un carico fiscale a soggetto non legittimato passivamente al momento del verificarsi del presupposto fiscale, ma dell'assunzione in capo a tale soggetto della relativa obbligazione di pagamento in seguito alla successione nei rapporti attivi e passivi. Il TAR, inoltre, nell'escludere l'ipotesi di successione a titolo universale, non avrebbe considerato la distinzione della struttura dell'AAMS in diversi rami, tra cui quello relativo al settore dei tabacchi sarebbe stato integralmente trasferito all'ETI. Il motivo è infondato. Ai sensi dell'art. 2, co. 1 del d.l. n. 331/1993, l'accisa sui tabacchi è esigibile all'atto dell'immissione in consumo del prodotto ed il soggetto obbligato al pagamento è il titolare del deposito fiscale dal quale avviene l'immissione al consumo ovvero il soggetto nei cui confronti si verificano i*

presupposti per l'esigibilità dell'imposta o che si è reso garante del pagamento. Si considera immissione in consumo anche l'ammanto in misura superiore a quella consentita o quando non ricorrano le condizioni per l'abbuono. Ai sensi dell'art. 5, l'abbuono dell'imposta dovuta per i prodotti che si trovano in regime di sospensione è concesso quando è provato che la perdita o la distruzione dei prodotti sia avvenuta per caso fortuito o per forza maggiore. Alla luce di tale disciplina, si ritiene che correttamente il Tar abbia considerato sorta ed esigibile l'obbligazione tributaria al momento dell'ammanto, ossia della verifica della non corrispondenza tra il complesso dei valori in giacenza e derivanti dalle vendite e quelli dati in dotazione, riconnettendo a tale momento il d.l. n.331/1993 l'esigibilità dell'accisa. Ciò comporta che l'ETI non potesse essere individuato dall'AAMS quale soggetto tenuto al pagamento dell'accisa per gli ammanchi causati da furti o rapine precedenti alla data (14 gennaio 1999) della sua stessa istituzione, dato che sia il fatto generatore che l'esigibilità dell'imposta si riferiscono a momenti precedenti al suo subentro. Né tale individuazione poteva discendere dal regime della successione nei rapporti e nella titolarità dei beni dell'AAMS da parte dell'ETI, secondo quanto prescritto dall'art. 3, co. 1 del d. lgs. n. 283/1998, non essendo essa qualificabile come successione universale. Secondo consolidati principi (CdS. Sez. V, 27.3.2013, n. 1803; 17.1.2011, n. 216; Cass. I, 28.7.2000, n. 9894), si verte in ipotesi di successione particolare tra enti pubblici ogni qualvolta all'istituzione dell'ente successore non corrisponda la soppressione dell'ente originario. In questo caso, l'attribuzione al nuovo soggetto di alcune funzioni e competenze integra una successione ex art. 111 c.p.c. L'istituzione dell'ETI, investito del compito di svolgere le attività produttive e commerciali in precedenza riservate all'AAMS, è inquadrabile alla stregua di un fenomeno successorio a titolo particolare (cfr. Cass. SS.UU. 21.5.2003, n. 7945, Sez. III, 19.5.2006, n. 11757), dal momento che l'AAMS non è stata soppressa, ma conserva propria autonomia patrimoniale ed è dotata di funzioni correlate alla produzione di tabacchi, esercitando controlli amministrativi e fiscali sui prodotti da fumo. Inoltre, la succes-

sione dell'ente nelle poste attive e passive e nella dotazione dei beni strumentali e del personale non permette di inserire nell'ambito delle mere operazioni contabili di trasferimento – quali quelle stabilite nel decreto impugnato – debiti che, sebbene di natura tributaria, derivano da responsabilità contabile dei soggetti preposti alle funzioni facenti capo all'AAMS (cfr. sulla irresponsabilità dell'ETI per fatti dell'AAMS Cons. St. Sez. VI, 3.4.2009, n. 2083), non fanno parte né dell'iniziale composizione del patrimonio dell'ente, né dei debiti di funzionamento oggetto di trasferimento e non sono espressamente contemplati da alcuna norma della disciplina speciale che regola la successione tra l'AAMS e l'ETI. Ne discende che va confermato l'annullamento del decreto impugnato nella parte in cui, alla lettera b) dell'art. 2, l'ETI viene indicato quale soggetto tenuto a corrispondere l'accisa in caso di eventuale condanna ed a prestare idonea garanzia per l'assolvimento dell'obbligazione. A diverse conclusioni deve, invece, pervenirsi per la ricognizione contabile delle partite in sospeso derivanti da furti e rapine verificatisi nel periodo transitorio intercorrente tra il 1.1.1999 ed il 30.9.2002, data di entrata in vigore del nuovo regime dei depositi fiscali di cui al d.m. 22.2.1999, n. 97, disposta al comma 2, lett c) del decreto impugnato. Il TAR ha stabilito che il rinvio dell'entrata in vigore della nuova disciplina sui depositi fiscali di cui al d.m.n. 97/99 - disposto con più decreti fino alla cennata data del 30.9.2002 - ed il procrastinarsi, in base alla disposizione transitoria dell'art. 18 del d.m. 97/99, della vigenza delle procedure amministrative e contabili in precedenza applicate all'Amministrazione dei Monopoli di Stato, comporterebbe l'impossibilità di esigere l'accisa dall'ETI per le partite in sospeso, in mancanza di una norma che preveda l'esito negativo di un giudizio di responsabilità contabile per i convenuti. Secondo le amministrazioni appellanti, il regime transitorio non avrebbe inciso, derogandolo, sull'an della prestazione tributaria derivante dall'applicazione delle disposizioni degli art. 2 e 5 del d.l. n. 331/1993, in base ai quali l'accisa è dovuta anche in caso di furto o rapina di tabacchi lavorati, e che il decreto impugnato sarebbe coerente con la necessità di disporre il pagamento della corri-

spondente accisa. BAT chiede la conferma della sentenza di primo grado, in quanto il decreto, nello stabilire l'esigibilità dell'imposta senza l'accertamento da parte della Corte dei conti della responsabilità contabile, contrasterebbe con il regime pubblicistico cui l'ETI sarebbe stato sottoposto nel periodo transitorio, stravolgendo la continuità amministrativa, contabile e fiscale decisa con precedenti provvedimenti. In merito, il Consiglio di Stato osserva che dopo l'istituzione dell'ETI, questo è subentrato nella titolarità del patrimonio dell'AAMS e, quindi, dei magazzini di vendita destinati ad essere sottoposti al nuovo regime dei depositi fiscali. Secondo il già richiamato art. 2, comma 2 del decreto legge n.331/1993, obbligato al pagamento dell'accisa è il titolare del deposito fiscale dal quale avviene l'immissione al consumo. L'esigibilità dell'accisa coincide con il momento dell'immissione al consumo cui è equiparato l'ammacco, che quindi segna il momento in cui l'imposta diviene esigibile nei confronti del titolare del deposito fiscale. Di tale disciplina contiene corretta applicazione il provvedimento impugnato, che si limita ad operare una mera ricognizione – sotto il profilo dei riflessi contabili – di effetti che scaturiscono direttamente dalla legge. Né alcun rilievo può essere riconosciuto, al fine di limitare o sospendere gli effetti della norma primaria, alla disposizione contenuta nell'art. 18 del d.m. n. 67/1999 che, nel prevedere l'applicazione in via transitoria delle procedure contabili ed amministrative in precedenza applicate dall'Amministrazione dei monopoli, si riferisce espressamente ai "nuovi adempimenti delle disposizioni recate dal presente decreto" che non riguardano il regime della responsabilità del titolare del deposito e dell'esigibilità dell'accisa sui tabacchi trafugati. In merito, occorre ulteriormente considerare che il d.m. n. 67/90, data la sua natura regolamentare, non potrebbe derogare la disciplina primaria, in materia di esigibilità dell'accisa, come è dimostrato dal tenore dell'art. 10, che contiene una espressa clausola di rinvio alla normativa vigente in materia di ammanchi ("Fermo restando quanto previsto dalla normativa vigente in materia di svincolo irregolare del regime sospensivo e di ammanchi"). Inoltre, il decreto riguarda le sole procedure rilevanti ai fini

dell'organizzazione ed il funzionamento dei depositi fiscali fino all'entrata in vigore – più volte posticipata in virtù di successivi decreti – del nuovo regime, senza tuttavia minimamente incidere sulla loro titolarità, da riconoscersi ormai in capo al successore, con le conseguenze in materia di pagamento delle accise sui prodotti trafugati. Ne discende che è da escludere l'illegittimità del provvedimento a causa della mancata previsione, in concomitanza con il perdurare del regime transitorio, ai fini dell'esigibilità dell'accisa, del previo giudizio di conto, che è correlato al riconoscimento in capo ai titolari dei magazzini della qualità di agenti contabili, in virtù del rapporto di concessione riconosciuto al contratto definito dalla legge "d'appalto" (CdS, IV, 17.10.1985, n. 455), qualità che, con il passaggio al regime privatistico, pur se caratterizzato dalla permanenza in via transitoria di talune regole pubblicistiche di natura procedurale, deve ritenersi venuta meno unitamente al mutamento della natura della responsabilità (da responsabilità contabile a responsabilità del depositario, con la possibilità di far valere con gli ordinari mezzi di tutela eventuali cause di legittima esclusione degli obblighi assunti con il deposito).

Consiglio di Stato Sez. IV 12.5.2014, n. 2422

**Accesso ai documenti: Equitalia, ed in generale i concessionari, devono conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella di pagamento con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso del ricevimento ed hanno l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione.**

Il Consiglio di Stato con la sentenza depositata in data odierna ha evidenziato come già in un recente passato (CdS, IV, 30.11.2009 n. 7486) è stato chiarito che "per i concessionari viga la norma dell'art. 26 co. 4 del d.P.R. 602 del 1973 che li obbliga a "conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso del ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione". Come si vede, in relazione alla particolare tipologia di atti detenuti, il legislatore individua direttamente un obbligo di custodia degli atti ed un dovere di ostensione su mera ri-

chiesta del contribuente. Le disposizioni sul diritto di accesso risultano pertanto di maggiore definizione e speciali rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo in quanto, in questo caso, la valutazione sulla sussistenza di un interesse all'esibizione è fatta direttamente dalla legge, e non va più svolta caso per caso. A maggior ragione, quindi, la richiesta del ricorrente non poteva essere valutata sotto il profilo della meritevolezza soggettiva da parte del concessionario, obbligato ex lege alla custodia ed all'esibizione, senza che allo stesso residui alcun margine di scelta.”; ciò in quanto “la copia della cartella di pagamento ex se costituisca strumento utile alla tutela giurisdizionale delle ragioni della ricorrente e che la concessionaria non ha quindi alcuna legittimazione a sindacare le scelte difensive eventualmente operate dal privato.” Nella decisione medesima suindicata, poi, è dato leggere la seguente, significativa, affermazione “Va infatti sottolineato come la cartella di pagamento, ossia l'atto di cui il ricorrente ha chiesto l'ostensione, ed il documento ricevuto, intestato "estratto cartella" e stampigliato come "copia conforme dell'estratto di ruolo", siano documenti diversi. In particolare, la cartella esattoriale è prevista dall'art. 25 del d.P.R. 29.9.1973, n. 602 quale documento per la riscossione degli importi contenuti nei ruoli e deve essere predisposta secondo il modello approvato con decreto del Ministero delle Finanze (attualmente, il modello vigente è quello approvato dall'Agenzia delle Entrate con provvedimento del 22 aprile 2008). Il documento ricevuto dal ricorrente è invece un elaborato informatico formato dall'esattore, sebbene sostanzialmente contenente gli stessi elementi della cartella originale. La differenza ontologica tra i due documenti non può però essere superata dall'omogeneità contenutistica, omogeneità che peraltro non è stata messa in dubbio dalle parti. La ragione per cui non è permesso all'amministrazione, ed al privato che esercita funzioni pubbliche, di sostituire arbitrariamente il documento richiesto con altro sebbene equipollente deriva espressamente dalla l. 7.8.1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", che all'art. 22 lett. d) fornisce la nozione di documento

amministrativo e nello stesso contesto, alla lett. a) precisa come il diritto di accesso sia "il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi", ossia un diritto di acquisizione di quegli stessi documenti o delle loro copie e non di succedanei. In questa ottica, questa Sezione ha già evidenziato come elemento fondante dell'actio ad exhibendum sia la conformità del documento esibito al privato all'originale, non avendo neppure rilievo scusante l'esistenza per la pubblica amministrazione di impedimenti tecnici (CdS, IV, 10.4.2009, n. 2243). A maggior ragione, l'accesso documentale non può essere soddisfatto dall'esibizione di un documento che l'amministrazione, e non il privato ricorrente, giudica equipollente.”. Parimenti appare utile riportare gli approdi cui è giunta ancor più di recente la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (CdS VI, 15.2.2012, n. 766) laddove si è posto in luce che “per quanto concerne, in particolare, la richiesta di copia del ruolo integrale, non si può affermare che un siffatto interesse viene meno per essere stato notificato al contribuente un estratto del ruolo”. Al contrario, è dal carattere di “estratto” del documento posto a disposizione del contribuente che emerge l'interesse in capo a questi a disporre del documento integrale, al fine di verificare l'effettiva coincidenza fra le risultanze del ruolo integrale e quelle trasfuse nell'estratto. Affermare il contrario (ossia, basare il diniego di accesso sull'asserita continenza del meno - l'estratto del ruolo - nel più - il ruolo integrale) vale a consentire all'Amministrazione finanziaria e all'agente della riscossione di opporre un generalizzato quanto apodittico divieto di accesso, non consentendo in alcun modo al contribuente di fornire la prova contraria, la quale resterebbe comunque nell'esclusiva disponibilità dell'Amministrazione. Per la stessa ragione, non può affermarsi che la circostanza per cui il ricorrente disponesse comunque dell'estratto del ruolo nominativo, della cartella di pagamento e dell'avviso di ricevimento esaurisse il complesso dei documenti in relazione ai quali sussisteva per il contribuente un interesse alla conoscenza finalizzato a contestare la pretesa impositiva.”. La richiamata decisione poi, perviene alle seguenti significative affermazioni: “il ruolo nominativo costituisce certamente



‘atto amministrativo’ ai sensi dell’articolo 22, co. 1, lett. d) l. n. 241 del 1990 (trattandosi di rappresentazione grafica ovvero elettromagnetica del contenuto di atti detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse). Nemmeno sussiste una ragione effettiva per negare tale carattere a fronte del carattere plurimo del documento in questione. Ancora, appare contraddittorio affermare l’impossibilità oggettiva a riprodurre in modo integrale il ruolo in quanto tale, a meno di non voler ammettere una sistematica violazione delle previsioni di cui all’art. 2 del d.m. 3.9.1999, n. 231, secondo cui i ruoli (nella loro integralità) formati direttamente dall’ente creditore sono redatti, firmati e consegnati, mediante trasmissione telematica al CNC, ai competenti concessionari del servizio nazionale della riscossione. Nemmeno si può ammettere la carenza di legittimazione passiva del concessionario della riscossione nell’ambito delle domande per l’accesso, il quale sarebbe consentito unicamente nei confronti del soggetto che ha formato il ruolo (l’Agenzia delle Entrate). Al contrario, non si può negare che verso l’agente della riscossione la domanda di accesso possa certamente essere formulata, ai sensi dell’art. 25, co. 2, l. n. 241 del 1990, secondo cui la domanda di accesso deve essere rivolta all’amministrazione che ha formato il documento ovvero (come nel caso in esame) nei confronti di quella che “lo detiene stabilmente.” Traslando le superiori affermazioni alla fattispecie per cui è causa, può dirsi quanto segue. Premesso che l’appellante non ha censurato (ed anzi ne ha chiesto espressamente la conferma) la statuizione del TAR che ha individuato in capo alla odierna appellata “l’obbligo di trasmettere la domanda di accesso all’Amministrazione in possesso della documentazione richiesta, dandone altresì comunicazione all’interessato, come stabilito dall’art. 6, co. 2, del d.P.R. n. 184 del 2006” e premesso che risponde certamente al vero che –come colto dal TAR pertiene al giudice tributario il giudizio sulla inesistenza o la mancata rituale notifica della cartella di pagamento n. 068 20100 0163 19240 7000 (l’appellante ha puntualizzato di avere dedotto la detta ipotesi unicamente per chiarire il proprio interesse all’ostensione ed in effetti giammai può affermarsi che avesse

inteso sollevare innanzi al TAR problematiche relative alla irrivalenza della notifica, essendo ciò stato unicamente precisato al fine di dimostrare l’utilità in chiave defensionale di quanto richiedeva) va senz’altro riconosciuto che l’appellante aveva - ed ha - diritto ad ottenere copia integrale della cartella di pagamento e della notifica della stessa, anche al fine di potere decidere se proporre o meno, in futuro, impugnazione innanzi alla competente Autorità. Parimenti analogo principio deve affermarsi con riferimento al ruolo formato (ancorchè la sentenza, in parte qua, avendo affermato l’obbligo di trasmissione dell’istanza di accesso dal concessionario all’Ente impositore che ha formato il ruolo sia soddisfacente per l’appellante, come dallo stesso espressamente precisato)”.

Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale per la Regione Lazio, 15.5.2014, n. 424

**Danno erariale - mancanza della funzione ‘dirigenziale’ non esclude la responsabilità per omessa comunicazione alla Funzione Pubblica degli incarichi di collaborazione o consulenza conferiti dal Comune.**

La sentenza in esame riguarda la violazione della normativa precedente al d.lgs. n. 33/2013 che prevede la pubblicazione on line degli atti delle PA., in quanto afferisce al d.lgs. n. 165/2001 in ordine al quale la Procura Regionale ha chiesto la condanna del dipendente di un Comune per il danno conseguente all’omesso adempimento di quanto previsto dall’art. 53, co. 15, d.lgs. n. 165/2001 il quale prevede che “Le amministrazioni che omettono gli adempimenti di cui ai commi da 11 a 14 non possono conferire nuovi incarichi fino a quando non adempiono. I soggetti di cui al comma 9 che omettono le comunicazioni di cui al comma 11 incorrono nella sanzione di cui allo stesso comma 9”. In particolare, per quello che qui riguarda, il precedente comma 14, premesso che la norma ha la finalità di assoggettare a puntuale e costante verifica la corretta applicazione di quanto indicato nell’art. 1, commi 123 e 127 della l. 23.12.1996 n. 662, impone alle amministrazioni pubbliche di comunicare al Dipartimento della Funzione Pubblica, entro il 30 giugno di ogni anno, i compensi percepiti dai propri dipendenti per incarichi esperiti an-

che nello svolgimento di compiti d'ufficio e, semestralmente, l'elenco dei collaboratori esterni. Il dipendente, ad avviso del Requirente, quale funzionario responsabile dell'U.O. "Sistemi Informativi" del Comune di Anagni (FR), non avrebbe ottemperato a tali obblighi sino a quando, sollecitato dall'apposito Ispettorato per la funzione pubblica dell'omonimo Dipartimento (con riferimento agli anni 2008/2009), non vi ha adempiuto inviando una specifica comunicazione e annessa tabella (nota n. 10928/gen del 3.6.2013). Nelle more l'Ente aveva affidato, nello stesso periodo e secondo la prospettazione accusatoria, incarichi rientranti nel novero di quello soggetti alla restrittiva disciplina ex art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, per un totale di € 57.738,40. La difesa del convenuto, in via preliminare, contesta la ritenuta legittimazione passiva opponendo che lo stesso non è mai stato in possesso né della qualifica dirigenziale né di quella di funzionario, ponendosi quindi al di fuori dell'ipotesi contenuta nell'art. 1, co. 127 della l. n. 662/1996, come modificata dall'art. 3, co. 54 della l. n. 244/2007, "Le pubbliche amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza per i quali è previsto un compenso sono tenute a pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato. In caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo per gli incarichi di collaborazione o consulenza di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto. Copia degli elenchi è trasmessa semestralmente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica". La norma che precede, ancorché abrogata per effetto del d.lgs. n. 33/2013, in quanto sostituita nella sua sostanza dall'art. 15 di quest'ultimo testo e malgrado la condivisione di quanto affermato dal P.M. in udienza - secondo il quale sarebbe stata auspicabile una sua migliore coordinazione con le norme prima evocate - appare sufficientemente chiara nello stabilire l'illegittimità degli incarichi conferiti in assenza della prescritta pubblicazione di quelli attribuiti nell'anno o nel semestre precedente. Appare altresì chiara nel prevedere che siffatto,

illegittimo conferimento costituisce ipotesi di responsabilità erariale per il "dirigente" preposto che ha omesso - è evidente dal testo - la prescritta comunicazione. La difesa contesta, come detto, la mancanza della qualifica dirigenziale in capo al convenuto e, in tesi, la riconducibilità al medesimo della responsabilità che precede. Il Collegio non condivide l'assunto difensivo. Il richiamato art. 3, comma 54 del d.lgs. n. 244/2007, testualmente prevede che l'omessa pubblicazione degli incarichi di consulenza e collaborazione (di cui all'art. 7, co. 6 del d.lgs. n. 165/2001) configura ex se un illecito disciplinare e costituisce fonte di "responsabilità erariale del dirigente preposto". La difesa del ricorrente, come detto, richiama la lettera della norma, ne invoca l'inapplicabilità in ragione del mancato possesso di qualifica dirigenziale. Appare però sufficientemente chiaro al Collegio che la locuzione usata dal Legislatore non possa intendersi in stretta ed esclusiva aderenza al dato letterale, né vi è dimostrazione alcuna che lo stesso Legislatore abbia voluto ricondurre quella fattispecie di responsabilità ai soli soggetti in possesso della qualifica dirigenziale, limitandone così (e irragionevolmente) l'applicabilità. "Dirigente preposto", secondo la costruzione semantica che questo Collegio reputa corretta, ha riguardo a colui che è responsabile, in posizione apicale, di una struttura che, per l'appunto, dirige quale "preposto". In questo senso la responsabilità attiene a tutti coloro che, per la propria posizione nel complesso organizzatorio della struttura, o plesso di essa, hanno il potere funzionale di assumere decisione e interagire con altri organi in posizione di autonomia, non conoscendo, al di sopra di loro e nello stesso ufficio, posizioni gerarchicamente sovraordinate. Che questa sia stata la posizione dell'ingegnere - dipendente comunale - nell'ufficio da lui diretto, ovvero Unità Operativa Sistemi Informativi del Comune di Anagni, non vi è dubbio perché è con atto a sua firma che l'Ente ha riscontrato la richiesta del Dipartimento della Funzione Pubblica; atto nel quale egli stesso si qualifica "Il Responsabile". Il convincimento del Collegio è, allora, quello che - in disparte la qualificazione del livello contrattuale - l'ingegnere svolgeva una funzione pienamente riconducibile alla responsabilità attribuita



dall'art. 3, co. 54 del d. lgs. n. 244/2007. Affermato che il convenuto ha pieno titolo giuridico per rispondere di "responsabilità erariale", la valutazione dev'essere allora compiuta sulla sussistenza di tutti gli elementi che concretizzano tale tipo di responsabilità, con particolare riguardo, nel caso di specie, sia alla concretizzazione di un danno alle pubbliche finanze dell'Ente sia alla condotta del soggetto attore (vista nel suo grado di riprovevolezza) sia all'esistenza di idoneo legame etiologico. Quanto al primo, non v'è dubbio che un danno si sia concretizzato, poiché la disposizione di cui all'art. 53, commi 14 e 15 del d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui dispone che gli incarichi, senza il preventivo adempimento di pubblicità, non possono essere conferiti, ha natura di norma di ordine pubblico, posta a tutela della trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, oltretutto presidio al legittimo impiego di somme di pertinenza pubblica. Come tale, gli incarichi conferiti (e i correlati contratti e impegni finanziari) per quello che qui rileva sono affetti da nullità, secondo il principio generale rappresentato dalla disposizione ex artt. 1343 e 1418 c.c. (v. Corte Cost. n. 290/2001). Non avrebbe ragione, volendo opinare in senso contrario, porre un preciso e radicale limite al conferimento da un lato e riconoscerne, dall'altro, una qualche validità. Semmai va scrutinata, secondo la regola generale della compensatio lucri cum danno, se gli incarichi illegittimamente conferiti abbiano prodotto una qualche utilità all'Ente danneggiato. In questo senso va premesso che, prendendo in esame gli incarichi che residuano dalla modifica della domanda del P.M., ossia quello conferito, per €. 340,00 (senza motivazione) e quello svolto per €. 2080,00, per la realizzazione di un regolamento comunale, ritiene il Collegio che detti incarichi avrebbero potuto essere svolti dagli uffici comunali, non essendoci prova alcuna dell'impossibilità di questi ad assolvere ai relativi oneri. Dubbio che invece, anche per l'assenza di adeguata prova contraria, può ravvisarsi per l'attività promozionale del vino cesanese non essendoci agli atti affermazione e dimostrazione che il Comune avrebbe potuto correntemente svolgere un'attività che, normalmente, non rientra tra i normali compiti amministrativi dell'Ente ma,

semmai, di appositi uffici per il turismo o pro loco. Quanto all'utilità prodotta, non essendoci in atti alcuna prova contraria, il Collegio, presuntivamente, ne ammette un parziale soddisfacimento, valutabile secondo criteri equitativi. Alla luce di quanto precede, pertanto, il danno addebitabile, di cui all'atto di citazione e alla modifica della domanda intervenuta in udienza, può essere individuato in €. 2.000,00 (euro duemila/00), addebitabile sicuramente alla mancanza di adeguata diligenza dell'ingegnere il quale, per grado di cultura, funzione svolta e professionalità acquisita, avrebbe dovuto essere pienamente consapevole degli obblighi a lui imposti dalla normativa. La mancata, puntuale ottemperanza a detti obblighi non può che essere valutata come colpa grave del medesimo e, per l'effetto, ritenere come addebitabile il danno che ne è conseguito, del quale la condotta del convenuto non rappresenta solo l'antecedente storico – come detto dalla difesa – ma assolutamente anche la premessa logico-giuridica della realizzazione. Danno che, tuttavia, il Collegio ritiene che debba anche ascrivere, in parte, agli organi comunali preposti al conferimento di detti incarichi e che avrebbero potuto preventivamente chiedere assicurazione all'ingegnere circa l'avvenuto adempimento dei presupposti legali per il loro conferimento, così come rientrante nella sua sfera di doverosa responsabilità. Non averlo fatto significa aver concorso, con l'odierno convenuto, alla realizzazione dell'evento dannoso.

Corte dei Conti Sez. giurisdizionale per la Regione Lazio del 28.4.2014, n. 395

**Corte dei Conti: il clamore della stampa fa scattare il risarcimento del danno a carico del funzionario infedele.**

La Corte dei Conti Sezione giurisdizionale del Lazio con la sentenza depositata il 28.4.2014 ha condannato un funzionario dell'Agenzia delle Entrate al risarcimento di 250 mila euro. La vicenda è giunta all'attenzione della Procura Regionale a seguito della trasmissione della sentenza del 14 giugno 2013 con la quale il Tribunale di Roma ha condannato, con sentenza adottata ai sensi dell'art. 444 c.p.p., il funzionario alla pena di anni uno e mesi sei di reclusione, con sospensione condizionale della pena e confisca della somma costituente il pro-

fitto del reato, per il reato previsto e punito dall'art. 319 quater c.p., reato commesso in concorso con altre cinque persone, compiutamente individuate nel provvedimento giurisdizionale. La fattispecie illecita ha riguardato l'induzione alla dazione di ingenti somme di denaro per un importo totale di €. 750.000,00, che il funzionario dell'Agenzia delle Entrate, avvalendosi dei suoi poteri, avrebbe ottenuto, unitamente alle altre cinque persone coinvolte, dal legale rappresentante di una società al fine specifico di evitare una verifica fiscale sulla società che lo stesso avrebbe altrimenti paventato come possibile ad effettuarsi con necessità di esborsi di gran lunga più onerosi e consistenti. Con l'espressione danno all'immagine della Pubblica Amministrazione deve intendersi quella grave lesione della dignità, del prestigio e dell'autorevolezza della Pubblica Amministrazione determinata da una condotta che ha inciso su valori primari che ricevono protezione in modo immediato dall'ordinamento costituzionale e da quello finanziario contabile. La giurisprudenza di questa Corte (per citare solo alcune pronunce del Giudice di appello Sezione I<sup>a</sup> nn. 78/2003/A e 340/2003/A, nonché delle Sezioni Riunite n. 10/QM/2003) aveva fissato il quadro di riferimento in cui il danno all'immagine doveva essere compreso: esso rientrava nell'ambito della categoria del "danno patrimoniale ingiusto per violazione di un diritto fondamentale della persona giuridica pubblica", e si rapportava, quindi, al "danno patrimoniale in senso ampio" ex art. 2043 c.c. in collegamento con l'art. 2 Cost., che "non si correla necessariamente ad un comportamento causativo di un reato" (non rientrando nell'ambito di applicabilità dell'articolo 2059 c.c.), ma poteva ben discendere anche "da un comportamento gravemente illegittimo ovvero gravemente illecito extrapenale", con la precisazione che non tutti gli atti o comportamenti genericamente illegittimi o illeciti erano causalmente idonei a determinare una menomazione di detta immagine e di detto prestigio, venendo in rilievo - nel giudizio di responsabilità amministrativa contabile - "solo i comportamenti gravemente illegittimi ovvero gravemente illeciti (anche di carattere extrapenale)", perché idonei - nella loro consistenza fenomenica - a produrre quella "grave perdita del prestigio

dell'immagine" e quel "grave detrimento della personalità pubblica". Per essere risarcibile la violazione del diritto alla personalità doveva superare una soglia minima di gravità che, per quanto già sopra indicato, non era sicuramente segnata dall'esistenza di un reato. Su questa elaborazione giurisprudenziale, è intervenuto il legislatore con la norma contenuta nell'art. 17, co. 30 ter, del d.l. n. 78/2009, come convertito in l. n. 102/2009, successivamente modificata dal d.l. 3.8.2009, n. 103, convertito in l. n. 141 del 3.10.2009, che recita: "Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della l. 27.3.2001, n. 97". Quest'ultima norma afferma che "La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'art. 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con d.lgs. 28.7.1989, n. 271". Alla luce del nuovo quadro normativo, il Collegio non può non sottolineare la tassatività delle ipotesi di perseguibilità del danno all'immagine limitato alle condotte previste dagli articoli dal 314 al 335 bis del c.p., come confermato dal prevalente e consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sulla interpretazione della citata disposizione, soprattutto dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 355/2010 del 15.12.2010, con la quale il Giudice delle leggi ha individuato la precisa volontà legislativa di limitare la responsabilità per tale fattispecie di danno alla commissione di fatti costituenti i reati previsti dal capo I, titolo II, del libro secondo del codice penale. Nella fattispecie, al convenuto è stato contestato il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità, previsto e punito dall'art. 319 quater del codice penale che recita: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o

dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”. La Procura ha, quindi, esercitato legittimamente l’azione di responsabilità per danno all’immagine ricadendo la fattispecie in esame proprio in una delle ipotesi normative suindicate. Di contro, la difesa del convenuto ha, da un lato, eccepito che la descrizione del fatto reato contestato al proprio assistito dal Giudice penale sia quello di truffa ai danni del privato e non di induzione indebita, eppertanto non rientrante nelle ipotesi tipiche previste dal legislatore per la perseguibilità del danno all’immagine; dall’altro ha evidenziato la mancanza di un giudicato irrevocabile di condanna, avendo il funzionario chiesto ed ottenuto una sentenza di patteggiamento prevista dall’art. 444 c.p.p., la quale si caratterizza per essere un provvedimento acceleratorio del processo penale che, però, non contiene nessun accertamento dei fatti con valore di giudicato, né, quindi, alcuna responsabilità potrebbe dirsi accertata irrevocabilmente a carico del convenuto. Il Collegio ha evidenziato come al convenuto è stato contestato il reato previsto dall’art. 319 quater del c.p. e su questa imputazione è intervenuta la sentenza di patteggiamento divenuta oramai irrevocabile. Non è possibile per la Corte dei Conti configurare la fattispecie criminosa in modo diverso, essendo questo tipo di accertamento riservato al Giudice penale ed essendo oramai cristallizzata la valutazione operata. Per quanto riguarda, invece, la possibilità di utilizzare la sentenza resa su accordo delle parti ex articolo 444 c.p.p. ai fini del promovimento di un’azione di risarcimento per danno all’immagine, osserva il Collegio, che ai fini della ammissibilità della domanda attorea, la sentenza di condanna conseguente alla applicazione della pena su richiesta delle parti è equivalente, in presenza degli altri presupposti di legge, alla “sentenza penale irrevocabile di condanna” resa a seguito di dibattimento richiesta dall’art. 17 comma 30 ter, periodi 2 e 3, della l. 102/2009 di conversione del d.l. n. 78/2009, come successivamente modificata. A parte ogni altra considerazione pure formulabi-

le in sede di interpretazione sistematica dell’istituto, assume portata decisiva l’argomento letterale, e cioè che dopo la recente novella degli artt. 445 e 653 c.p.p. introdotta dalla l. n. 97/2001, la sentenza di patteggiamento è stata parificata alla sentenza penale di condanna sul piano del valore probatorio circa l’effettivo compimento dei fatti costituenti reato (al punto che Cassazione SS.UU. n.17781/06, rilevandone la piena equiparazione, salvo diverse disposizioni di legge, ad una pronuncia di condanna, ha statuito che essa costituisce titolo idoneo per la revoca, a norma dell’art.168, comma 1, n.1 codice penale, della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa). In altri termini, anche se il profilo negoziale della sentenza e la conseguente carenza di quella piena valutazione dei fatti e delle prove, caratteristica della pronuncia emessa a seguito dello ordinario svolgimento della fase dibattimentale, impedisce di attribuire alla stessa la natura di decisione di condanna con conseguente vincolatività automatica dell’accertamento dei fatti, gli effetti della stessa sono, però, normativamente regolati con un rinvio alla disciplina propria delle sentenze di condanna alla quale quest’ultima è equiparata per espressa previsione legislativa, il che consente, quindi, di ritenerla utile ai fini del perseguimento del danno all’immagine. (Sez. Lazio n. 1970/2006 come confermata da Sez. II appello n. 531/2013, Sez. Lazio n. 809/2012 ecc.) D’altra parte l’imputato, facendo richiesta di applicazione della pena, allo scopo di avvalersi di una molteplicità di benefici, ha rinunciato ad avvalersi della facoltà di contestare l’accusa, non negando la propria responsabilità e il Giudice penale ha accolto la richiesta laddove, sulla base degli atti acquisiti, ha verificato di non dover pronunciare sentenza di proscioglimento dell’imputato a norma dell’art. 129 c.p.p.. Nella fattispecie sussiste, poi, il requisito della irrevocabilità richiesto dal citato art. 17, in quanto tutte le sentenze di condanna ex art. 444 c.p.p. sono infatti irrevocabili, e pertanto costituiscono valido presupposto per l’azione del P.M. contabile. In ogni caso, questa Corte, applicando un principio assolutamente pacifico nella propria giurisprudenza, secondo cui il materiale istruttorio versato nel giudizio penale conclusosi con il patteggiamento è pienamente

utilizzabile ex articolo 116 c.p.c., al fine di fondare il convincimento del Giudice contabile in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, ha potuto valutare i fatti come descritti negli atti istruttori depositati al fascicolo processuale. Ebbene, dai medesimi, si desume chiaramente la colpevolezza del convenuto, emergendo la sua partecipazione alla fattispecie criminosa da una serie di elementi, come le dichiarazioni del titolare della società, il riconoscimento desumibile dai rilievi fotografici, i contenuti dell'intercettazione telefonica con altro correo in ordine alla falsa verifica eseguita ai danni del privato, la presenza del funzionario presso l'Agenzia delle Entrate nella qualità appunto di funzionario verificatore che ha indotto il privato a credere nella veridicità della falsa verifica disposta, conferendo il crisma dell'ufficialità all'intera operazione ordita ai suoi danni. Il Collegio ritiene, quindi, che sia stato dimostrato ampiamente la colpevolezza del convenuto, come altrettanto può dirsi per l'illecito arricchimento conseguito pro quota dal medesimo, stante la gravità, precisione e concordanza degli elementi indiziari emergenti dagli atti istruttori depositati. E' sufficiente sottolineare, tra gli indizi prima evidenziati, la posizione di rilievo rivestita nell'intera vicenda dal convenuto, il quale, nella sua qualità di funzionario dell'Agenzia delle Entrate, avvalendosi dei suoi poteri e avendo a disposizione la struttura entro cui costruire la falsa rappresentazione della realtà, ha indotto in errore il privato cittadino che non ha esitato a versare le cospicue somme di denaro nell'intento di sfuggire ad una verifica fiscale che avrebbe comportato esborsi ben più onerosi rispetto alle somme richieste per insabbiare ogni tipo di accertamento. Il funzionario era sicuramente la persona che garantiva di più il soggetto privato sulla buona riuscita dell'operazione illecita e, quindi, è verosimile ritenere che una quota dell'erogazione di denaro in contanti sia stata versata direttamente nelle sue mani. Per quanto riguarda, poi, la diffusione della notizia presso l'opinione pubblica con la realizzazione della lesione dell'immagine della Pubblica Amministrazione rimasta coinvolta dagli illeciti commessi dal funzionario infedele, questo Collegio, in adesione alla giurisprudenza dominante di questa

Corte, ritiene che la diffusione della notizia deve considerarsi fondamentale per l'esistenza stessa del danno all'immagine, poiché costituisce l'unico modo attraverso il quale viene realizzato il nocimento alla reputazione e all'onorabilità dell'ente pubblico per effetto dell'illecito perpetrato da un suo dipendente. Al tempo stesso, osserva, però, che non importa attraverso quale modalità avvenga la diffusione della notizia per le indagini interne della P.A. o quelle di Polizia Giudiziaria (a mezzo stampa, attraverso un comunicato, per effetto della presenza di testimoni al fatto illecito commesso dal dipendente o altro), poiché ciò che conta è, appunto, la prova che tale diffusione vi sia stata e che abbia determinato discredito dell'Ente per l'azione illecita commessa dal dipendente con conseguente perdita di fiducia della cittadinanza nell'operato dell'ente e, più in generale, dell'istituzione pubblica che rappresenta (Sez. Campania nn. 4171 e 686 rispettivamente del 27 dicembre 2007 e del 10 giugno 2009; Sez. Toscana n. 332 del 21 giugno 2012) e di tutto ciò è stata data ampia dimostrazione da parte della Procura. In altri termini, ai fini della sussistenza del danno all'immagine, non è sufficiente la sola esistenza del fatto reato, -c.d. danno evento-, ma si richiede che dal medesimo sia scaturita come, conseguenza diretta, la lesione perpetrata dalla condotta infedele, -cd. danno conseguenza-, da non confondersi con le spese necessarie al suo ripristino ( in tal senso, cfr. SS.RR. n. 1/QM/2011). Nella specie, la descrizione dei fatti come desumibili dall'istruttoria penale depositata fa emergere una particolare spregevolezza e noncuranza nel comportamento del funzionario infedele che non ha esitato ad avvalersi dei suoi poteri per raggiungere il fine illecito del personale arricchimento. Tutto ciò ha determinato una sfiducia nella collettività e una "diminutio" nell'apprezzamento dei consociati sull'agire degli organi preposti alle verifiche fiscali che si pongono come diretta conseguenza della lesione, danno che è risarcibile indipendentemente dal fatto che abbia avuto immediati riflessi economici e, quindi, in modo del tutto sganciato dalle eventuali spese necessarie per il suo ripristino. In ordine, infine, alla quantificazione del danno all'immagine che la giurisprudenza di questa Corte ha da sempre ricollegato a pre-



cisi parametri soggettivo, oggettivo e sociale per giungere alla determinazione equitativa dell'importo da porre a carico del funzionario infedele, nella specie soccorre, ora, un criterio legale di determinazione previsto dalla norma contenuta nell'articolo 1, comma sexies, della l. 14.1.1994 n. 20 la quale recita: "Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente." Tale norma si applica in tutti i giudizi successivi alla sua entrata in vigore e, ciò, a prescindere dalla data in cui sono stati commessi i fatti criminosi; ciò che conta, infatti, non è il tempo in cui si è realizzata la fattispecie criminosa ma il momento in cui, con l'intervenuta irrevocabilità della decisione di

condanna, è stato possibile, per il Pubblico ministero contabile, esercitare l'azione di risarcimento del danno all'immagine, momento che si colloca successivamente all'entrata in vigore della legge 190/2012 che ha introdotto nell'ordinamento la norma in questione. Pertanto, sulla base della valutazione presuntiva così esposta, il Collegio ritiene apprezzabile il ristoro per il danno all'immagine richiesto dalla Procura di euro 250.000,00 che ha provveduto a calcolare l'importo tenendo legittimamente conto soltanto della quota di denaro verosimilmente percepita in modo illecito dal convenuto.

Sulle somme oggetto della presente condanna devono essere corrisposte la rivalutazione monetaria, decorrente dalla data del fatto dannoso (irrevocabilità della sentenza penale di patteggiamento) al momento del deposito della presente sentenza e gli interessi legali dal momento del deposito della presente sentenza e fino all'effettivo soddisfo.

«.....GA.....»

# GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **PROCESSO AMMINISTRATIVO: LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL D.L. N. 90/2014 PER ACCELERARE I GIUDIZI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

*Ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado o in grado di appello, in data successiva al 25.6.2014 si applicano le nuove norme stabilite dall'art. 40 del d.l. 24.6.2014 n. 90 rubricato "Misure per l'ulteriore accelerazione dei giudizi in materia di appalti pubblici". In primo luogo è stato modificato il co. 6 dell'art. 120 dell'allegato 1 del decreto legislativo n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo). La nuova disposizione prevede che: "Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.". Viene inoltre introdotto il nuovo co. 8-bis con il quale si prevede che: "Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al co. 4 dell'art. 119, ne subordina l'efficacia alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione, salvo che ricorrano gra-*

*vi ed eccezionali ragioni specificamente indicate nella motivazione dell'ordinanza che concede la misura cautelare. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119". Da ultimo viene modificato il comma 9 prevedendosi che il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro venti giorni dall'udienza di discussione, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni (Art. 40 del decreto legge 24.6.2014 n. 90).*

«..... GA.....»

### **MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, AUMENTI PER COPIE E CERTIFICATI**

*Il Ministero della Giustizia con decreto del 10.4.2014 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 91 del 18.4.2014 ha adeguato gli importi del diritto di copia e di certificato, ai sensi dell'art. 274 del d.P.R. n. 115/2002. Si passa, quindi, da euro 3,54 ad euro 3,68 per il diritto di certificato. Per quanto attiene al diritto di copia nell'apposita tabella allegata al decreto si distingue tra: - "diritto di copia su supporto diverso da quello cartaceo" il cui importo varia in base al tipo supporto ad esempio euro 306,97 per un compact, un supporto informatico da 1,44MB euro 4,31. Per le cassette fonografiche gli importi variano in base ai minuti da un minimo euro 3,68 fino a 60 minuti ad un massimo di euro 9,41 per 240 minuti. - "diritto di copia senza certificazione di conformità" il cui importo viene fissato in via forfettaria e varia in base al nu-*

mero delle pagine. Per esempio si passa da un minimo di euro 0,92 da 1-4 pagine ad euro 1,84 da 5-10, euro 3,68 per 11-20 pagine, euro 7,37 per 21-50 pagine, euro 14,73 per 51-100, fino ad arrivare per un numero di copie superiore alle 100 pagine ad euro 14,73 più euro 6,10 ogni ulteriore 100 pagine o frazione di 100. - "diritto di copia autentica" il cui importo varia in base al numero di pagine sia per il diritto di copia forfettario che per il diritto di certificazione di conformità (Decreto del Ministero della Giustizia 10.4.2014 in Gazzetta Ufficiale n. 91 del 18.4.2014).

«..... GA.....»

### **SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO, MODIFICATO L'ART. 416-TER DEL CODICE PENALE**

Entra in vigore il 18.4.2014 la legge n. 62/2014, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 90 del 17.4.2014 che modifica l'articolo 416-ter del codice penale, in materia di scambio elettorale politico-mafioso. In particolare il nuovo art. 416-ter del codice penale che sostituisce il precedente prevede espressamente che: "Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità e' punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma» (Legge n. 62/2014 in Gazzetta Ufficiale n. 90 del 17.4.2014).

«..... GA.....»

### **ANTIRACKET E ANTIUSURA: IN G.U. IL REGOLAMENTO CHE DISCIPLINA IL FONDO DI ROTAZIONE PER LA SOLIDARIETÀ**

Entra in vigore il 24.4.2014 il Regolamento che disciplina il Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura. E' stato, infatti, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 83 del 9.4.2014 il decreto del Presi-

dente della Repubblica n. 60/2014 recante "Regolamento la disciplina del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura, a norma dell'articolo 2, co. 6-sexies, del d.l. 29.12.2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla l. 26.2.2011, n. 10" che adegua, armonizza e coordina la normativa vigente in materia. (Decreto del Presidente della Repubblica n. 60/2014 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 83 del 9.4.2014).

«..... GA.....»

### **SOPPRESSIONE DEGLI UFFICI DEL GIUDICE DI PACE: LE INDICAZIONI OPERATIVE PER I COMUNI**

Il decreto ministeriale del 7.3.2014, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 87 del 14.4.2014 che entrerà in vigore il 29.4.2014 individua gli uffici definitivamente soppressi e quelli che, in accoglimento delle istanze formulate dagli enti locali, dovranno essere mantenuti a totale carico di questi ultimi con riferimento alle spese di funzionamento e di erogazione del servizio, incluso il fabbisogno di personale amministrativo. Inoltre attraverso successive cadenze temporali, determina la tempistica dell'intero intervento di attuazione fino al suo totale esaurimento. Il Ministero in ordine alla tempistica, che va calcolata a partire dal 29.4.2014, precisa che: 1. fatto salvo quanto previsto dall'art. 5, co. 2, del d.lgs. 156/2012, il 29 aprile 2014 è il termine della definitiva chiusura degli uffici del giudice di pace soppressi per i quali non è stata fatta istanza di mantenimento da parte degli enti locali; 2. Entro i successivi 15 giorni gli enti locali hanno la facoltà di revocare la domanda di mantenimento accolta. Gli enti locali che intendano revocare la richiesta di mantenimento dell'Ufficio del Giudice di pace, dovranno presentare formale dichiarazione che attesti univocamente la volontà di recedere dall'istanza, utilizzando per la trasmissione le medesime modalità adottate per la relativa presentazione: posta certificata all'indirizzo ufficio3.gdp@giustiziacert.it oppure plico cartaceo spedito a mezzo raccomandata A\R

da inviare a Ministero della Giustizia, Ufficio III del Capo Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria del personale e dei servizi - Piante Organiche - Via Arenula 70 - 00186 Roma. 3. Entro il termine perentorio di 60 giorni dalla data di perfezionamento del d.m. 7 marzo, gli enti locali che non hanno revocato la domanda, devono assicurare materialmente gli impegni dichiarati in sede di istanza di mantenimento. In particolare, a pena di decadenza, devono comunicare a questa amministrazione: a) i nominativi e i requisiti del personale dei propri ruoli destinato a svolgere mansioni di supporto all'attività giurisdizionale da avviare a formazione, b) l'esatta ubicazione della sede comunale prescelta, specificando se sia diversa o meno dalla precedente; c) il nominativo di un referente che dovrà essere designato da ciascun ente locale interessato, al quale questa Amministrazione possa rivolgersi per le opportune interlocuzioni, anche con riferimento alle attività di supporto informatico demandate alla D.G.S.I.A. Il termine in oggetto è volutamente ampio (60 giorni) per consentire ai Comuni, i cui territori rientrano nella competenza degli uffici dei G.d.P. mantenuti ex art. 3 d.lgs. 156\2012, di pervenire tra loro ad accordi sulla ripartizione degli oneri economici ed organizzativi, nonché di individuare le risorse. Quanto al punto a), si ribadisce che il personale comunale individuato dall'ente locale secondo le modalità indicate nella nota di istruzioni pubblicata il 29 aprile 2013 deve appartenere a profili professionali equipollenti a quelli previsti per l'Amministrazione giudiziaria e, in ogni caso, deve risultare idoneo a consentire l'erogazione del servizio giustizia, essendo abilitato allo svolgimento di mansioni corrispondenti a quelle rimesse alla competenza del funzionario giudiziario, del cancelliere, dell'assistente giudiziario e dell'operatore giudiziario, oltre che dell'ausiliario, come meglio specificate nella nota a firma del Direttore Generale del Personale in data 8 aprile 2014 e nell'allegato relativo ai criteri di equipollenza. Il predetto personale deve altresì essere in possesso dei requisiti propri dei dipendenti dell'amministrazione giudiziaria (qualità morali e di condotta irreprensibile previste dall'art. 35, co. 6, del d.lgs. n.

165/01) e non deve risultare in una posizione di incompatibilità con lo svolgimento delle funzioni ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 165\2001, fatta salva ogni valutazione in concreto da operarsi tenendo conto delle limitazioni e dei divieti che riguardano il personale in servizio nelle cancellerie giudiziarie. Gli enti locali dovranno comunicare i dati sul personale, esclusivamente per posta certificata da inviarsi all'indirizzo formazionegdp.dgpersonale.dog@giustiziacert.it oppure per plico cartaceo spedito a mezzo raccomandata A\R da inviarsi all'indirizzo: Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Organizzazione giudiziaria, Ufficio II - Formazione della Direzione Generale del Personale - via Arenula n. 70 - 00186 Roma. Quanto alle comunicazioni relative alla dislocazione della sede comunale prescelta per l'ufficio del G.d.P., sarà cura dell'ente locale interessato farle pervenire, sempre esclusivamente per posta certificata, all'indirizzo gdp.dgsia.dog@giustiziacert.it oppure per plico cartaceo spedito a mezzo raccomandata A\R da inviarsi all'indirizzo: Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Sistemi Informativi Automatizzati, Via Crescenzo, 17/C - 00193 Roma. Solo a partire dal terzo termine - individuati personale e struttura tecnica - prenderanno avvio le ulteriori attività da effettuarsi a cura di questa Amministrazione e segnatamente: a) la già programmata formazione iniziale del personale comunale ad detto che sarà realizzata attraverso Tirocini formativi della durata di almeno due mesi, a partire dal 7.7.2014. A tal fine gli enti locali interessati dovranno assicurare che il personale da loro individuato si presenti per iniziare il tirocinio nel periodo compreso tra il 7 ed il 15.7.2014 presso l'ufficio del giudice di pace avente sede nel capoluogo di provincia di riferimento. I sigg. Coordinatori degli Uffici del Giudice di Pace Circondariali dovranno, secondo le successive indicazioni che saranno fornite dalla Direzione Generale del personale, avviare il personale comunale al tirocinio previsto ed al termine del periodo attestare il completamento delle attività. b) le attività di supporto informatico iniziale a cura della D.G.S.I.A. Quanto sopra dovrà poi coordinarsi con le previsioni di disciplina transitoria previste dal d.lgs. 156\2012. Co-



me disposto dal comma 2 dell'art. 5, gli uffici del G.d.P. definitivamente soppressi continueranno a funzionare solo per la le udienze già in precedenza fissate, il cui rinvio andrà effettuato presso il nuovo ufficio accorpante. Ciò solo per il tempo strettamente necessario, (la cui determinazione è rimessa all'attività organizzativa del presidente del Tribunale di riferimento dell'ufficio del G.d.P. accorpante, come di seguito specificato), e comunque non superiore a sei mesi. Tutte le ulteriori e diverse attività, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto, saranno svolte presso la sede accorpante. Spetta al Presidente del tribunale territorialmente competente, nell'ambito del suo potere di vigilanza, con il coinvolgimento del Giudice coordinatore dell'ufficio del G.d.P. accorpante, adottare le soluzioni organizzative idonee ad agevolare la concentrazione degli uffici del G.d.P. soppressi presso l'ufficio accorpante ed a consentire l'eventuale, temporaneo, svolgimento delle udienze presso la sede soppressa. Ciò anche con riferimento all'individuazione del personale della magistratura onoraria ed amministrativo che, ancorchè dal 29.4.2014 incardinato presso l'ufficio accorpante, debba, eventualmente, provvedere all'attività di

udienza nei locali del soppresso ufficio del G.d.P. Permane l'operatività della direttiva del 28 marzo a firma del Capo Dipartimento dell'Organizzazione giudiziaria secondo la quale, sulla base delle indicazioni fornite dai Presidenti dei Tribunali di riferimento degli uffici del Giudice di Pace, i Capi di Corte, saranno tenuti ad assicurare il funzionamento degli uffici dei G.d.P. nel periodo di transizione. Per gli uffici del G.d.P. il cui mantenimento sarà a carico dei comuni ed inclusi nell'elenco dell'allegato 1 al d.m. 7.3.2014, il periodo transitorio dovrà tener conto anche del tempo necessario alla formazione del personale comunale e delle attività demandate alla D.G.S.I.A. per cui fino al completamento delle stesse l'attività presso gli uffici interessati prosegue con il medesimo assetto gestionale ed organizzativo.

In ogni caso l'entrata in vigore del nuovo assetto degli uffici del giudice di pace mantenuti dovrà avvenire entro il termine di 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto, decorso il quale i suddetti uffici dovranno, quindi, avvalersi esclusivamente del personale dei propri ruoli (**Circolare di istruzioni per l'attuazione del D.M. 7.3.2014 del Ministero della Giustizia**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA COMPETENZA FUNZIONALE INDEROGABILE DEL TAR LAZIO, SEDE DI ROMA: LIMITI ED ECCEZIONI NELLA PRODUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

dell'Avv. Salvatore Russo

*La sentenza della Corte Costituzionale n. 174 dell'11.6.2014, ha recentemente avuto modo di riportare all'attenzione interessanti aspetti sulla questione della competenza funzionale attribuita dal Legislatore in via inderogabile al TAR Lazio, sede di Roma.*

The judgement of the Constitutional Court n° 174 of 11 June 2014 recently had the opportunity to bring to the attention interesting aspects on the issue of the competence conferred by the Legislature on a functional binding to the TAR of Lazio, Rome office.

*Sommario: 1. Premessa. 2. L'Adunanza Plenaria n. 9/2014.3. Profili critici e conclusioni.*

Da sempre la naturale “*esclusiva*” in materia di competenza attribuita dal Legislatore al TAR del Lazio, sede di Roma, ha riguardato la materia degli atti generali emanati dallo Stato. Nel corso del tempo tale competenza esclusiva e inderogabile è stata ampliata in modo significativo, ma permane, da quanto rilevato nella produzione giurisprudenziale della Corte Costituzionale che si andrà a riportare, un generale e imprescindibile limite all'assegnazione di ulteriori competenze di esclusività al Tribunale Amministrativo della Capitale.

La sentenza oggetto della presente disamina, nello specifico, si è occupata della questione di legittimità costituzionale dell'art. 135, co. 1, lett. Q *quater*), d lgs 2.7.2010, n. 104 (*Attuazione dell'art. 44 della l. 18.6.2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*) che devolveva alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emessi dall'autorità di polizia relativi al rilascio di autorizzazioni in materia di giochi pubblici con vincita in denaro. I dubbi di le-

gittimità costituzionale sono stati promossi dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, con quattro ordinanze del 23.5.2013, dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, con tre ordinanze del 4.6.2013, dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, con cinque ordinanze del 15.6.2013, rispettivamente iscritte ai nn. 188, 189, 190, 191, 208, 209, 210, 216, 217, 218, 219 e 220 del registro ordinanze 2013 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 37, n. 41 e n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2013.

In linea generale la sentenza dà modo di compiere un interessante *excursus* riguardo le varie pronunce della Consulta emanate sull'argomento e di approfondire il particolare aspetto della competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma, nell'assetto del nostro ordinamento con particolare riferimento alle deroghe consentite alla ripartizione ordinaria della competenza territoriale e ai principi del decentramento della giustizia amministrativa e dell'individuazione del giudice di primo grado sulla base del cri-

terio territoriale, a livello regionale.

Preliminarmente preme richiamare la storia della competenza esclusiva inderogabile del TAR Lazio nel nostro ordinamento ricostruendone l'evoluzione, quale competenza "funzionale inderogabile" che ha preso le mosse dalla gestione "in esclusiva" del contenzioso inerente gli atti generali a emanazione statale.

La l. 6.12.1971 n. 1034, all'art. 3, (poi abrogato dal d. lgs. 2.7.2010, n. 104 con l'art. 4, co. 1, n. 10 dell'all. 4) ripartiva, infatti, la competenza per territorio fra i vari tribunali regionali, e prescriveva quanto segue:

1. Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge contro atti e provvedimenti emessi dagli organi centrali dello Stato e degli enti pubblici a carattere ultraregionale.

2. Per gli atti emessi da organi centrali dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale, la cui efficacia è limitata territorialmente alla circoscrizione del tribunale amministrativo regionale, e per quelli relativi a pubblici dipendenti in servizio, alla data di emissione dell'atto, presso uffici aventi sede nella circoscrizione del tribunale amministrativo regionale la competenza è del tribunale amministrativo regionale medesimo.

3. Negli altri casi, la competenza, per gli atti statali, è del tribunale amministrativo regionale con sede a Roma; per gli atti degli enti pubblici a carattere ultraregionale è del tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede l'ente.

Tale prima norma prevedeva, come si è già evidenziato, al co. 3, una competenza del TAR con sede a Roma esclusivamente riguardo gli atti statali.

Medesimo contenuto presenta, a tutt'oggi, l'art. 13 c.p.a., che prevede la "Competenza territoriale inderogabile" in tal senso:

1. Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti prov-

vedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede.

2. Per le controversie riguardanti pubblici dipendenti è inderogabilmente competente il tribunale nella cui circoscrizione territoriale è situata la sede di servizio.

3. Negli altri casi è inderogabilmente competente, per gli atti statali, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma e, per gli atti dei soggetti pubblici a carattere ultra regionale, il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il soggetto.

4. La competenza di cui al presente articolo e all'art. 14 è inderogabile anche in ordine alle misure cautelare.

4-bis. La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza.

Il Codice di Procedura Amministrativa, dunque, ha introdotto il regime della "inderogabilità" della competenza territoriale che poi ha assunto l'assetto di competenza "funzionale" con la l. 12.4.1990, n. 74, il cui art. 4, sostituendo l'art. 17, l. 24.3.1958, n. 195 sul Consiglio Superiore della Magistratura (che nella sua originaria formulazione ammetteva, in materia di provvedimenti riguardanti i magistrati il "ricorso al Consiglio di Stato per motivi di legittimità"), disponendo che: "Contro i predetti provvedimenti è ammesso ricorso in primo grado al tribunale amministrativo regionale del Lazio per motivi di legittimità. Contro le decisioni di prima istanza è ammessa l'impugnazione al Consiglio di Stato".

Al TAR del Lazio, dunque, il Legislatore ha attribuito anche la competenza nel redimere il contenzioso riguardante i provvedimenti emanati nei confronti dei magistrati. La questione di legittimità di tale disposizione è stata affrontata pochi anni dopo la sua emanazione dalla stessa Consulta che, con la Sentenza n. 189/1992, l'ha ritenuta non contraria

ai dettami costituzionali, considerando legittimo, dunque, che il TAR del Lazio, sede di Roma, disponesse della competenza esclusiva anche in ordine a tali provvedimenti.

Nello specifico la Sentenza citata, in merito alla particolare posizione del Consiglio Superiore della Magistratura, richiamava le precedenti Sentenze n. 44/68 e n. 148/83 in cui era specificato come questo fosse un “organo che, pure espletando funzioni solamente di indole amministrativa, non è parte della pubblica amministrazione (in quanto rimane estraneo al complesso organizzativo che fa capo direttamente, o al Governo dello Stato o a quello delle Regioni, ed all'altro cui dà vita l'amministrazione indiretta, collegato al primo attraverso l'esercizio di forme varie di controllo ad esso attribuite)” (C. Cost. n. 44/1968) e come “comunque si voglia qualificarlo in sede dogmatica, si tratta di un organo di sicuro rilievo costituzionale” (C. Cost. n. 148 del 1983).

La Sentenza C. Cost. n. 189/92 ha ricordato, inoltre, che non si applicano le disposizioni relative all'ordinamento gerarchico statale a coloro che fanno parte dell'ordine giudiziario ribadendo quanto segue: “L'impugnabilità, anche per un organo di garanzia qual è, secondo la *communis opinio*, il Consiglio superiore della magistratura, deriva dalla “grande regola” accolta dall'art. 24 della Costituzione, che dà tutela generalizzata ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi. Sullo status di magistrato ordinario questa Corte ne ha più volte sottolineato l'assoluta peculiarità rispetto alla posizione per effetto delle “garanzie costituzionali di indipendenza” quali risultano dalla riserva di legge (art. 108 della Costituzione), dall'assunzione mediante concorso (art. 106) e dalla inamovibilità (art. 107). Garanzie che competono in via esclusiva al magistrato (sentenza n. 44 del 1968), anche per quanto attiene al procedimento disciplinare che si svolge “nelle forme e nei modi ... tipici del processo” (sentenza n. 168 del 1983), poiché “a coloro che fanno parte dell'ordine giudiziario non si applicano le disposizioni relative all'ordinamento gerarchico statale” (sentenza n. 12 del 1971), di modo che non sussiste possibilità di assumere i principi che valgono per la generalità dei

pubblici dipendenti (meno che mai specifici istituti) come termine di raffronto per giudicare della normativa sullo status dei magistrati ordinari” (C. Cost. n. 189/1992).

Valutando proprio la peculiarità del C.S.M. e della funzione di magistrato, la Consulta ha escluso il contrasto della norma con gli artt. 3, 24 e 125 Cost. e la conseguente legittimità della competenza esclusiva attribuita al TAR del Lazio, sede Roma.

Il Codice di Procedura Amministrativa ha, poi, disposto, con l'art. 14, co. 1, che alla competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, fossero devolute le controversie indicate sia dall'articolo 135 c.p.a., sia dalla legge.

Nell'art. 135 c.p.a. È previsto un nutrito elenco di fattispecie affidate alla Competenza amministrativa del TAR Lazio, sede Roma e, nello specifico:

*Art. 135 c.p.a. Competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma*

*1. Sono devolute alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, salvo ulteriori previsioni di legge:*

*a) le controversie relative ai provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari adottati ai sensi dell'art. 17, co. 1, della l. 24.3.1958, n. 195, nonché quelle relative ai provvedimenti riguardanti i magistrati amministrativi adottati dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa;*

*b) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e quelli dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;*

*c) le controversie di cui all'art. 133, co. 1, lett. l), fatta eccezione per quelle di cui all'art. 14, co. 2, nonché le controversie di cui all'art. 104, co. 2, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d. lgs. 1.9.1993, n. 385 (2);*

*d) le controversie contro i provvedimenti ministeriali di cui all'art. 133, co. 1, lett. m), nonché i giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai coo. da 8 al 13 dell'art. 1, della l. 13.12.2010, n. 220, incluse le proce-*

dure di cui all'art. 4 del d.l. 31.3.2011, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 26.5.2011, n. 75 (3);

e) le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, co. 1, della l. 24.2.1992, n. 225 nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'art. 5, co. 2 e 4, della medesima l. n. 225 del 1992;

f) le controversie di cui all'art. 133, co. 1, lett. o), limitatamente a quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti, salvo quanto previsto dall'art. 14, co. 2;

g) le controversie di cui all'art. 133, co. 1, lett. z);

h) le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni;

i) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di espulsione di cittadini extracomunitari per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato;

l) le controversie avverso i provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico di cui all'art. 20, co. 1, del d.lgs. 6.2.2007, n. 30, e successive modificazioni;

m) le controversie avverso i provvedimenti previsti dal d. lgs. 22.6.2007, n. 109;

n) le controversie disciplinate dal presente codice relative alle elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia;

o) le controversie relative al rapporto di lavoro del personale del DIS, dell'Aisi e dell'Aise;

p) le controversie attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo derivanti dall'applicazione del Titolo II del Libro III del d. lgs. 6.9.2011, n. 159, relative

all'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata;

q) le controversie relative ai provvedimenti adottati ai sensi degli art. 142 e 143 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. 18.8.2000, n. 267;

q-bis) le controversie di cui all'art. 133, co. 1, lett. z-bis);

q-ter) le controversie di cui all'art. 133, co. 1, lett. z-ter);

q-quater) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emessi dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato in materia di giochi pubblici con vincita in denaro e quelli emessi dall'Autorità di polizia relativi al rilascio di autorizzazioni in materia di giochi pubblici con vincita in denaro.

2. Restano esclusi dai casi di competenza inderogabile di cui al comma 1 le controversie sui rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, salvo quelle di cui alla lettera o) dello stesso comma 1.

Definito il quadro regolamentare che presenta la competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede Roma, è il caso, ora di ricordare quanto chiarito dalla Corte Costituzionale riguardo proprio la liceità di tali competenze "esclusive" attribuite al Tribunale Amministrativo di Roma.

La Sentenza C. Cost. n. 174/2014, spunto delle presenti considerazioni, ha ricordato che "mentre la verifica della compatibilità con il principio dell'art. 3 cost. di una norma processuale derogatoria comporta la valutazione della sua non manifesta irragionevolezza – con riferimento all'art. 125 cost., le deroghe alla ripartizione ordinaria della competenza territoriale devono essere valutate secondo un «criterio rigoroso» (sentenza n. 237 del 2007, punto 5.3.1. del Considerato in diritto), essendo di tutta evidenza che - laddove la previsione di ipotesi di competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, non incontrasse alcun limite - il principio del decentramento della giustizia amministrativa e dell'individuazione del giudice di primo grado sulla base del criterio territoriale, a livello regionale, sarebbe esposto al rischio di essere svuotato di concreto significato" e, su tali presupposti, ha proceduto all'analisi

della conformità costituzionale dell'art. 135, co. 1, lett. q-quater), del decreto legislativo 2.7.2010, n. 104 (*Attuazione dell'art. 44 della l. 18.6.2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*) che devolveva alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emessi dall'autorità di polizia relativi al rilascio di autorizzazioni in materia di giochi pubblici con vincita in denaro.

Sostanzialmente, nell'intera produzione giurisprudenziale della Corte Costituzionale che si andrà a riportare, risultano rilevanti due aspetti considerati idonei a giustificare l'attribuzione della competenza funzionale inderogabile del TAR di Roma: *“esigenze largamente avvertite circa l'uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado”* (C. Cost. n. 189/1992), come possono essere, appunto, gli atti emanati dallo Stato, e finalità *“parimenti dotate di rilievo costituzionale, che questa Corte ha individuato nella «straordinarietà delle situazioni di emergenza (e nella eccezionalità dei poteri occorrenti per farvi fronte)”* (C. Cost. n. 237/2007).

Giova, ora, brevemente approfondire la citata sentenza n. 174/2014 della Corte Costituzionale stante la circostanza che vede i Tribunali Amministrativi remittenti segnalare censure di legittimità costituzionale in particolar modo riguardo agli artt. 3 e 125 Cost. articolando anche linee di principio generali proprio sull'eccessiva devoluzione al TAR di Roma delle competenze esclusive.

Il Tribunale per il Piemonte (ordinanze nn. 216, 217, 218, 219 e 220 del 2013), nelle ordinanze di remissione, ha sostenuto fortemente e in modo apprezzabilmente pertinente, che *“A differenza della competenza funzionale inderogabile per i provvedimenti dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, che potrebbe giustificarsi in base al carattere centrale dell'Autorità emanante, nel caso dei provvedimenti delle varie Questure emessi a seguito della verifica dell'assenza, in capo ai richiedenti la licenza per la raccolta di scommesse, delle condizioni ostative previste dalla legge, l'attribuzione della cognizione ad un unico giudice centrale non prossimo alla vicenda contenziosa non appare, infatti,*

*rispondere ad alcuna esigenza di giustizia né ad alcuna situazione di particolare emergenza - come ad es. nell'ipotesi delle misure dettate per il settore dei rifiuti - né, infine, ad un peculiare “status” dei richiedenti i provvedimenti autorizzatori (i gestori dei centri di raccolta scommesse), che non sembrano necessitare di un diverso trattamento rispetto agli altri soggetti che domandano all'Amministrazione un'altra licenza di pubblica sicurezza, come ad es. il porto d'armi”.*

Dello stesso avviso si rivelano gli altri Tribunali Amministrativi remittenti che, con motivazioni sostanzialmente identiche, sollevano dubbi di conformità a Costituzione della norma in esame anche riguardo l'art. 125 cost. *“poiché determinerebbe l'alterazione dell'equilibrio del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi, vanificando l'articolazione su base regionale del sistema di giustizia amministrativa”* (Cfr. C. Cost. n. 174/2014).

Il TAR Piemonte, nelle ordinanze di remissione citate, riporta un'ulteriore circostanza volta a definire univocamente e in via generale la necessità di limitare la competenza esclusiva assegnata al TAR del Lazio, sede di Roma, ricordando che, *“Come è noto, dai lavori preparatori dell'art. 125 (originario co. 2), si ricava l'intenzione dei Costituenti di adeguare l'organizzazione della giustizia amministrativa alla mutata articolazione del decentramento politico territoriale e, in particolare al ruolo centrale che l'ente Regione era destinato ad assumere, nella piena convinzione che “la giustizia amministrativa quanto è più periferica tanto più risponde alle esigenze popolari”* (A.C., 4363, intervento di Musolino nella seduta del 4.12.1947).

*Se pure, dunque, si vuole escludere - come la giurisprudenza costituzionale ha già più volte fatto: da ult. sent. n. 117/12 -, con riferimento alla magistratura in genere, che il termine “giudice naturale” di cui all'art. 25 Cost. presenti una valenza autonoma rispetto al carattere della sua precostituzione per legge, dovendosi piuttosto l'espressione ritenersi in tutto corrispondente a quella di “giudice precostituito per legge” con la quale si salda in endiade, per la giustizia amministrativa il concetto di “giudice naturale”*

non può che assumere una portata diversa per lo speciale assetto dei giudici di primo grado sul territorio voluto dal titolo V della Costituzione.” (TAR, To, ordinanze nn. 216, 217, 218, 219 e 220 del 2013).

Il TAR Piemonte aggiunge, ancora con massima perizia, e in riferimento al canone della ragionevolezza, che “se il TAR Lazio fosse da qualificare come un giudice di competenza centrale, sì da ritenere legittime le norme che ne accrescono la competenza (generalizzando una sorta di legittima suspicione che porti a ritenere inidoneo il Tribunale territoriale a decidere talune tipologie di cause), dovrà assumere maggior pregnanza il fondamento giustificativo di queste scelte derogatorie in base agli interessi che esse coinvolgono, specie laddove la competenza del TAR Lazio non dovesse venire comunque in rilievo secondo il criterio della competenza territoriale, pena una grave incoerenza sistematica dell’istituto della competenza funzionale inderogabile ex art. 14, co. 1, c.p.a.”.

Nei giudizi riuniti volti a vagliare la legittimità costituzionale dell’art. 135, co. 1, lett. q-quater), del d.lgs. n. 104/2010, si evidenzia come il TAR Puglia, nell’ordinanza di remissione (n. 188/2013) richiami in linea generale quei “principi affermati dalla Corte nella sentenza n. 189 del 1992, che ha individuato – quale motivo idoneo a giustificare la deroga all’ordinario sistema di ripartizione della competenza – la «esigenza largamente avvertita circa l’uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado»”. (C. Cost. n. 174/2014).

Ad avviso di tutti i Collegi rimettenti, la deroga da parte del Legislatore e sottoposta all’esame della Consulta si porrebbe, ancora una volta, in termini del tutto distonici rispetto all’ordinario sistema di riparto delle competenze tra i Tribunali Amministrativi delineato dall’art. 13 d.lgs. n. 104/2010, e sarebbe ispirata, più che dalla citata «esigenza largamente avvertita circa l’uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado» (C. cost. n. 189/1992), da una “riedizione del criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, fondato esclusivamente sui cc.dd. «blocchi di materie», criterio censurato dalla Corte co-

stituzionale con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006”. (Cfr. C. Cost. n. 174/2014).

Si ricorda come la Corte Cost. aveva più volte ribadito che l’accentramento di competenza all’esclusività del TAR Lazio, sede Roma, può essere giustificato solo da quelle finalità “parimenti dotate di rilievo costituzionale, che questa Corte ha individuato nella «straordinarietà delle situazioni di emergenza (e nella eccezionalità dei poteri occorrenti per farvi fronte)»” (Cfr. C. Cost. n. 237/2007).

Quanto all’esigenza di uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado di giudizio, la Corte Costituzionale aveva già escluso che tale esigenza potesse risultare, da sola, idonea a giustificare un regime processuale differenziato attraverso la sentenza n. 159 del 2014 evidenziando come “la Corte deve accertare che ogni deroga al suddetto criterio sia disposta in vista di uno scopo legittimo, giustificato da un idoneo interesse pubblico (che non si esaurisca nella sola esigenza di assicurare l’uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado, astrattamente configurabile rispetto ad ogni categoria di controversie); che la medesima deroga sia contraddistinta da una connessione razionale rispetto al fine perseguito; e che, infine, essa risulti necessaria rispetto allo scopo, in modo da non imporre un irragionevole stravolgimento degli ordinari criteri di riparto della competenza in materia di giustizia amministrativa” (C. Cost. n. 159/2014).

Sulle questioni di legittimità di norme che derogano dalla “naturale” competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi, la Consulta aveva, inoltre, già nel corrente anno, ribadito come risulti indispensabile avvalersi di un criterio rigoroso, per “«accertare che ogni deroga al suddetto principio sia disposta in vista di uno scopo legittimo, giustificato da un idoneo interesse pubblico (che non si esaurisca nella sola esigenza di assicurare l’uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado, astrattamente configurabile rispetto ad ogni categoria di controversie); che la medesima deroga sia contraddistinta da una connessione razionale rispetto al fine perseguito; e che, infine, essa risulti necessaria rispetto allo scopo, in modo da non imporre un

*irragionevole stravolgimento degli ordinari criteri di riparto della competenza in materia di giustizia amministrativa» (C. Cost. n. 159/2014).*

Per completezza riguardo la sentenza da cui ha preso l'abbrivio l'odierno *excursus* sulla competenza esclusiva del TAR Lazio, sede di Roma, in deroga a quanto previsto dalla vigente normativa, si ricorda che la Corte Costituzionale ha rilevato che *“La verifica della compatibilità costituzionale della disposizione impugnata, in applicazione dei criteri sopra esposti, conduce all'affermazione della sua illegittimità, per contrasto con il principio dell'articolazione territoriale della giustizia amministrativa, di cui all'art. 125 Cost.”*, rilevando come *“Le controversie previste dalla disposizione impugnata attengono, infatti, a provvedimenti emessi non già da un'autorità centrale, ma da un'autorità periferica, e segnatamente dalla questura, competente al rilascio di autorizzazioni ex art. 88 del r.d. n. 773 del 1931”* evidenziando che *“le controversie relative a tali provvedimenti*

*possono presentare profili di connessione con atti di autorità centrali (e in particolare con quelli emessi dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, previsti dalla prima parte della stessa lettera q-quater dell'art. 135, co. 1), ma ciò non esclude il carattere squisitamente locale degli interessi coinvolti nel provvedimento”*.

In conclusione si evince come, in tutta la produzione giurisprudenziale di legittimità costituzionale finora riportata, il Legislatore non può derogare la naturale competenza funzionale dei Tribunali Amministrativi attribuendola in esclusiva e in via inderogabile al TAR del Lazio, sede di Roma, se non in caso di *“esigenze largamente avvertite circa l'uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado”* (C. Cost. n. 189/1992) e finalità *“parimenti dotate di rilievo costituzionale, che questa Corte ha individuato nella «straordinarietà delle situazioni di emergenza (e nella eccezionalità dei poteri occorrenti per farvi fronte)”* (C. Cost. n. 237/2007).

«.....GA.....»

# LA GIURISDIZIONE SULLE CONCESSIONI PUBBLICHE ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE N. 11022 E N. 11023 DEL 20.5.2014

dell'Avv. Antonella Rossi

*Sul tema della giurisdizione in materia di concessioni pubbliche prevale il profilo autoritativo della traslazione delle pubbliche funzioni. Riflessioni sulla recente giurisprudenza.*

On the issue of jurisdiction in matters of public authority prevails the profile of-the authoritative translation of public functions. Reflections on recent case law.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Riflessioni.*

## **1.Premessa.**

Con le sentenze 20.05.2014 n. 11022 e n. 11023 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite affronta nuovamente il tema della giurisdizione in materia di concessioni pubbliche riportandosi ai canoni ermeneutici enucleati dalla Cassazione a Sezioni Unite con sentenza 28804/11 e poi ribaditi dalla Cassazione a Sezioni Unite con ordinanza 19391/12.

Dette ultime pronunce hanno disatteso il criterio di riparto della giurisdizione precedentemente adottato dalla Cass. SS.UU. 3518/2008 affermando che, nel nuovo quadro normativo, non è più consentita la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte), ma sussiste l'unica categoria della concessione di lavori pubblici, ove prevale il profilo autoritativo della traslazione delle pubbliche funzioni inerenti l'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, con le conseguenti applicazioni in tema di riparto di giurisdizione.

Infatti, la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione a favore del concessionario, con la conseguenza che le controversie relative alla fase di esecuzione sono

devolute alla giurisdizione ordinaria.

Il dissenso di Cass. SS.UU. 28804/11 e 19391/12 rispetto al precedente orientamento trae origine dalla necessità di prendere atto dell'affermazione, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, del principio sancito dall'art. 1 sub. 3 dir. 04/18/CE che testualmente recita: *“la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che al corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

Tale principio comunitario è stato recepito nell'ordinamento nazionale (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 143 e art. 244 trasfuso nell'art. 133 C.P.A.) tramite una nozione di *“concessione dei lavori pubblici”*, che ha, come già precisato, ridotto ad unità la dicotomia tra *“concessione di costruzione di opera pubblica”* e *“concessione di gestioni o di costruzione e gestione di opera pubblica”*.

Tale nozione - a cui, si ribadisce, sono estranei profili di autoritarità del potere pubblico nella fase di gestioni ed esecuzione del rapporto - determina, infatti, una categoria unitaria nella quale sono ricompresi sia i contratti attinenti alla progettazione ed esecuzione

ne dell'opera pubblica, sia quelli concernenti anche la relativa gestione funzionale ed economica che, presentando tutte le caratteristiche dell'appalto pubblico di lavori, sono pienamente assimilabili ai primi, poichè la gestione funzionale ed economica dell'opera affidata al concessionario, non modifica la natura essenziale del rapporto, inserendosi nel relativo sinallagma quale controprestazione principale e tipica a favore del concessionario.

Quanto sopra determina che le controversie relative alla *"concessione di gestione o di costruzione e gestione"* di opera pubblica, competono alla giurisdizione ordinaria se riguardanti la fase successiva all'aggiudicazione ed alla stipulazione delle convenzioni.

L'orientamento giurisprudenziale sopra citato ha trovato conferma anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Con la sentenza n. 5421 del 12/11/2013, infatti, il Giudice Amministrativo, affrontando il tema della giurisdizione in materia di concessione di servizi pubblici, ha condiviso ed abbracciato l'orientamento della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione secondo cui il criterio distintivo da applicarsi al fine di stabilire il corretto riparto di giurisdizione è quello *"della spendita dei poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, a prescindere dalla forma di cui questi sono concretamente rivestiti"*.

Il Giudice ordinario sarà quindi dotato di giurisdizione esclusivamente nelle controversie concernenti *"indennità, canoni ed altri corrispettivi"* dovuti al concessionario purchè in essa non venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici dell'autorità concedente.

Rientreranno, al contrario, nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, tutte le controversie che in qualche modo attengono al rapporto concessorio, incidendo sulla durata e sull'esistenza stessa nonché sulla sua rinnovazione.

Alla luce di quanto sopra si dovrebbe ragionevolmente affermare che la nozione normativa di *"concessione di lavori"* che impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva dell'aggiudicazione an-

che per le concessioni *"di gestione"* o *"di costruzione e di gestione"* congiunte, è nozione preesistente all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici.

La sentenza Cass. SS. UU. N. 28804/11 e ord. Cass. SS.UU. n. 19391/12, già evidenziate, hanno rimarcato chiaramente ed in modo del tutto convincente che detta nozione non è stata innovativamente introdotta, bensì, semplicemente ripresa e confermata dalle Direttive comunitarie di codificazione n. 2004/18/CE, poi recepita dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, trovando essa, un precedente, nella direttiva comunitaria 93/37/CEE e, la sua fonte originaria, nella Direttiva comunitaria 89/440/CEE.

Tale conclusione trova pieno conforto nell'art. 1, lett. D dell'ultima direttiva citata che testualmente recita *"la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle contemplate alla lettera "A" (appalti di lavori pubblici), ad eccezione del fatto che la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo"* e che, in sede di recepimento nazionale trova riscontro nella l. n. 109 del 1994 laddove all'art. 19 2° comma, alla nozione *"di contratto di appalto di lavori pubblici"* contrappone quella di *"concessione di lavori pubblici"* concepita quale categoria unitaria comprendente tutti i *"contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore e una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblico utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica"*.

## 2. Riflessioni.

Proprio in virtù di quanto sopra, le sentenze n. 11022 e n. 11023 del 20.5.2014 della Cass. SS. UU. affrontano e risolvono il problema della perpetuatio iurisdictionis rilevando che - sia con riferimento all'ordinamento comunitario, di per sè sufficiente in ragione del *"primato"* della relativa disciplina, sia con riguardo all'ordinamento



nazionale - il presupposto normativo della giurisdizione del giudice ordinario risulta antecedente all'instaurazione della controversia giunta innanzi alla Corte regolatrice e che,

pertanto, nessuna violazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis* può essere ascritta al giudice rimettente.

«.....GA.....»

# IL RIESAME CON ESITO CONFERMATIVO: ONERE DI IMPUGNAZIONE PER IL PRIVATO ED ONERE PARTECIPATIVO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

della Dott.ssa Cristina Zaccheo

*La linea distintiva tra la conferma in senso proprio e l'atto meramente confermativo corre lungo il binario della verifica della rinnovazione dell'esercizio del potere amministrativo. Se l'amministrazione ha aperto un nuovo procedimento amministrativo si tratta di un atto confermativo in senso proprio che deve essere impugnato entro i termini di decadenza. Viceversa, se l'amministrazione non ha avviato formalmente un procedimento di riesame si tratta un atto meramente confermativo che non deve essere impugnato autonomamente.*

The line between the confirmation in the proper sense and act merely confirmatory runs along the track of the verification of the renewal of the exercise of administrative power. If the administration has opened a new administrative procedure it is a confirmation act in the proper sense which must be challenged in the time-limits. Conversely, if the administration has not initiated a formal review procedure it is an act merely confirming that must not be contested separately.

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

## 1. Premessa.

Attraverso il riesame con esito confermativo la pubblica amministrazione ribadisce la correttezza e legittimità delle determinazioni assunte, incidendo eventualmente sulla durata o sulla portata degli effetti del provvedimento. Suo tramite, la PA. conclude nel senso della piena validità del proprio precedente provvedimento, alla luce di una nuova ponderazione degli interessi coinvolti; com'è noto gli effetti della conferma operano retroattivamente.

Dalla conferma in senso proprio la dottrina maggioritaria<sup>1</sup> distingue la conferma in senso improprio. Attraverso quest'ultima la p.a., a seguito di una segnalazione esterna, esclude la necessità di intervenire in autotutela, confermando la determinazione già assunta.

Nasce, quindi, la nozione di atto meramente confermativo quale atto adottato dall'amministrazione in assenza di una formale riedizione del potere pubblicistico procedimentale.

La dottrina ha, inoltre, distinto dalla conferma in senso proprio la proroga e l'interpretazione autentica. La prima sposta il

termine di efficacia di un atto i cui effetti non si siano ancora esauriti senza confermarne il contenuto, la seconda, invece, consiste nell'adozione di un provvedimento amministrativo i cui effetti si saldano con quelli del provvedimento di primo grado.

È recentissima una pronuncia del giudice amministrativo di primo grado che torna nuovamente sulla distinzione tra atto confermativo in senso proprio ed atto e atto meramente confermativo, anche e soprattutto per chiarire in quale caso il privato è onerato dell'impugnativa autonoma avverso l'atto di conferma ovvero è sufficiente la formula di stile secondo la quale devono intendersi impugnati anche gli atti presupposti, connessi e conseguenti al provvedimento gravato in via principale.

## 2. Riflessioni.

Con sentenza breve n. 926 del 12.5.2014 il TAR Campania, Salerno, Sez. I è tornato sulla questione relativa al discrimine tra l'atto confermativo in senso proprio e l'atto meramente confermativo. La pronuncia esprime il seguente principio di diritto: "La linea distintiva tra la conferma in senso proprio e l'atto

<sup>1</sup> CARINGELLA. Manuale di diritto amministrativo, Roma, Dike, 2012.

meramente confermativo corre lungo il binario della verifica della rinnovazione dell'esercizio del potere amministrativo. In particolare, laddove l'Amministrazione si limiti a ribadire la bontà del contenuto del provvedimento originario senza aprire un nuovo procedimento o, comunque, senza modificare i tratti salienti della decisione, si è di fronte ad un atto privo di valore provvedimentale, il quale non deve essere autonomamente impugnato e non consente la riapertura dei termini di impugnazione. Viceversa, laddove l'Amministrazione abbia avviato un nuovo procedimento ed abbia poi emesso un nuovo provvedimento che, pure sulla base di ulteriori elementi, arrivi alle medesime conclusioni dell'atto confermato, tale nuovo provvedimento, essendo di per sé idoneo a reggere la nuova determinazione amministrativa e dunque pienamente sostitutivo del provvedimento confermato, deve essere autonomamente impugnato nei termini suoi propri.”<sup>2</sup>.

L'arresto giurisprudenziale è destinato, pertanto, a porre fine al dibattito sulla distinzione in parola: per comprendere la natura di un atto confermativo l'unico elemento rile-

vante è la rinnovazione dell'esercizio del potere amministrativo. In particolare, se l'amministrazione ha avviato un nuovo procedimento al termine del quale è stato confermato l'agere di primo grado, la natura dell'atto è di tipo provvedimentale. La circostanza che la pubblica amministrazione abbia emesso l'atto di conferma all'esito di un contesto procedimentale è da sola sufficiente per qualificare l'atto come conferma in senso proprio. Viceversa, se l'amministrazione si è limitata ad una conferma senza aprire un nuovo procedimento amministrativo, l'atto non assume valore provvedimentale e dovrà essere, quindi, considerato come atto meramente confermativo ovvero come conferma in senso improprio.

La distinzione non è puramente teorica, ma ha importanti risvolti pratici. Il privato ha l'onere di impugnare nei termini di legge solamente l'atto confermativo in senso proprio e non l'atto meramente confermativo. Del resto, la conferma in senso proprio è un atto a contenuto provvedimentale destinato a sostituirsi all'atto confermato.

Con l'emanazione della conferma in senso proprio gli effetti pregiudizievoli dell'atto confermato si traslano sull'atto successivo con la conseguenza che il privato ha l'onere di impugnare il nuovo provvedimento deducendone vizi propri.

Dalla nuova impugnativa, pertanto, deriverà una dichiarazione di improcedibilità del ricorso introduttivo avverso l'atto confermato per sopravvenuta carenza di interesse.

Viceversa, l'atto meramente confermativo, non avendo carattere provvedimentale, non si sostituisce all'atto confermato. Ne consegue che il privato non è tenuto ad una autonoma impugnativa per scongiurarne il consolidamento potendo, in questo caso, venire in soccorso la formula di stile secondo cui devono intendersi impugnati anche gli atti conseguenti al provvedimento o ai provvedimenti gravati in via principale. Difatti, l'atto meramente confermativo si inserisce nella stessa sequela procedimentale del provvedimento originariamente censurato e, come si vedrà nel prosieguo, l'invalidità che eventualmente lo affligge è di tipo derivato e non autonomo.

<sup>2</sup> In senso conforme si è precedentemente espresso il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 15/10/2012, n. 4129 secondo cui: “La linea distintiva tra la conferma in senso proprio e l'atto meramente confermativo corre lungo il binario della verifica della rinnovazione dell'esercizio del potere amministrativo. Laddove l'Amministrazione si limiti a ribadire la bontà del contenuto del provvedimento originario senza aprire un nuovo procedimento o, comunque, senza modificare i tratti salienti della decisione si è di fronte ad un atto privo di valore provvedimentale, il quale non deve essere autonomamente impugnato e non consente la riapertura dei termini di impugnazione. Viceversa, laddove l'Amministrazione abbia esercitato un nuovo procedimento e sulla base di ulteriori elementi a sostegno della medesima decisione, il medesimo potere amministrativo che ha condotto in fatto alle medesime conclusioni dell'atto confermato, il nuovo provvedimento, essendo di per sé idoneo a reggere la nuova determinazione amministrativa e dunque pienamente sostitutivo del provvedimento confermato, deve essere autonomamente impugnato nei termini suoi propri”. Nel caso di specie, l'Amministrazione Provinciale ha riesercitato il potere di determinazione della tariffa di smaltimento dei rifiuti, adottando un nuovo provvedimento la cui mancata impugnazione ha reso il ricorso avverso il primo atto improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

L'atto confermativo in senso proprio importa, inoltre, il rispetto del c.d. onere partecipativo da parte della pubblica amministrazione la quale, con l'avvio del nuovo procedimento amministrativo, sarà tenuta al rispetto di tutte le garanzie partecipative assicurate al privato dalla l. n. 241/1990. Il riferimento è, in particolare, all'art. 10 bis della l. n. 241/90 inserito dall'art. 6 della l. n. 15/2005. L'assunto è corroborato, attraverso la tecnica dell'argomento "*a contrario*" da copiosa giurisprudenza la quale esclude la necessità dell'osservanza, da parte dell'amministrazione, dell'art. 10 bis l. 241/90 solo ove si tratti di atto meramente confermativo (anziché di conferma in senso proprio) e solo ove si tratti di riesame ordinato dal giudice amministrativo (anziché licenziato "*motu proprio*", sia pur su istanza di parte, dalla P. A.)<sup>3</sup>.

Difatti, nella fattispecie esaminata dal TAR Salerno nella citata sentenza n. 926 del 12.5.2014 l'atto confermativo in senso proprio impugnato con motivi aggiunti dalla parte privata è stato annullato dal g.a. a causa del mancato rispetto da parte del Comune resistente dell'art. 10 bis della l. 241/90.

Chiariti gli aspetti maggiormente rilevanti della distinzione tra atto confermativo in senso proprio e atto meramente confermativo è opportuno approfondire la nozione di invali-

dità derivata oggetto di un attuale dibattito giurisprudenziale. La questione viene in rilievo in relazione al rapporto che lega l'atto confermativo (a contenuto provvedimento) con l'atto meramente confermativo.

Difatti, in quest'ultimo caso, siamo nell'ambito dell'invalidità derivata infraprocedimentale che colpisce l'atto successivo a causa dei vizi che inficiano l'atto presupposto.

Considerato che il procedimento amministrativo è composto da elementi eterogenei e complessi che possono combinarsi con altri procedimenti, è importante determinare quali siano gli atti anomali ed in particolare se essi siano solo quelli consequenziali o anche altri connessi o successivi, pertanto, occorre verificare quale nesso esista tra i due atti affinché il difetto dell'uno influisca su quello dell'altro, in tal caso si concretizza l'esigenza che colui che è stato leso da un atto amministrativo illegittimo ottenga una adeguata tutela.

Pertanto, la giurisprudenza consolidata in merito ai casi di invalidità di un atto pone in evidenza che la stessa non dipenda esclusivamente dalle caratteristiche dell'atto, ma più di frequente possa derivare da imperfezioni di atti che lo precedono. Tale fenomeno è definito di invalidità derivata ed è maggiormente consueto nel diritto pubblico diversamente dagli esigui casi del diritto civile o del diritto processuale civile e penale in cui vi sono limitate ipotesi di invalidità derivata<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda i casi di invalidità derivata presenti nel diritto civile si pensi, a titolo esemplificativo, al caso dei negozi collegati, a riguardo si è concluso che la nullità di uno tra più negozi collegati tra loro determina la nullità anche di quegli atti che formano un tutt'uno con l'atto nullo.

Proprio a sostegno di tale tesi la dottrina maggioritaria ha invocato il principio tratto dall'art. 1419 c.c., ovvero, il caso della novazione oggettiva (1234 c.c.). Altri casi di invalidità derivata presenti nel diritto processuale civile sono quelli di cui all'art. 159 c.p.c. che stabilisce che la nullità di un patto non impor-

<sup>3</sup> In questo senso TAR Veneto - Sez. III, 14/12/2005, n. 4231: "Allorché l'amministrazione, a fronte di un'istanza di riesame presentata dal privato, scelga di emettere un atto meramente confermativo (che è quello che si limita a richiamarsi al provvedimento precedente, non essendo nell'intervallo intervenuto alcun mutamento della situazione di fatto o di diritto ovvero nuova istruttoria), non trova applicazione l'art. 10 bis l. n. 241 del 1990, giacché questo si riferisce ai procedimenti destinati a concludersi con l'emissione di un provvedimento vero e proprio". Dello stesso avviso anche TAR Lombardia - Mi - IV, 11/01/2011, n. 21: "In caso di riesame, per ordine del giudice, di un provvedimento amministrativo gravato in sede giurisdizionale, la comunicazione del preavviso di diniego ex art. 10 bis legge n. 241/1990, prima dell'adozione del nuovo provvedimento, adottato a sua volta in esecuzione dell'ordine del giudice medesimo, appare un inutile appesantimento dell'attività amministrativa, tenuto anche conto - e tale considerazione appare dirimente - che il riesame è disposto per ordine del giudice e non su istanza di parte, allorché l'art. 10 bis cit., come noto, trova applicazione per i soli procedimenti ad istanza di parte".

<sup>4</sup> Così ANCORA, Studi in onore di Alberto Romano, I, L'invalidità derivata nel diritto pubblico ed in particolare nel diritto amministrativo, Napoli, 2011.

ta la nullità degli atti precedenti, né di quelli successivi se sono indipendenti; nel codice di procedura penale all'art. 185 c.p.p. è previsto che la nullità di un atto renda invalidi quelli successivi.

Elencati i casi di invalidità derivata presenti nell'ordinamento, si può giungere alla conclusione che l'invalidità derivata risulta essere una tipica conseguenza del collegamento tra più atti presenti nella sequela procedimentale, pertanto, alla luce del principio della derivazione il provvedimento può essere affetto da vizi propri, per quanto concerne una invalidità diretta dello stesso, e da vizi derivati, qualora l'invalidità provenga da un atto anteriore del procedimento.

Salvo rare eccezioni, gli atti del procedimento non possono di regola essere autonomamente impugnati, ne consegue che per i vizi derivati l'impugnativa vada proposta contro l'atto idoneo ad incidere sulle posizioni giuridiche, cioè avverso l'atto conclusivo del procedimento.

Gli atti presupposti sono autonomi rispetto ad un successivo atto ed al procedimento di quest'ultimo, infatti, tali atti costituiscono il fondamento dell'atto consequenziale considerato che quest'ultimo ove il primo fosse mancato o fosse stato diverso, l'atto conseguente non avrebbe potuto essere emanato o sarebbe stato emanato in modo diverso.

Quindi a differenza degli atti procedimentali, i vizi degli atti presupposti si riflettono sull'atto successivo ed impongono al soggetto leso l'impugnativa, non solo dell'atto successivo, ma anche di quello presupposto, pertanto, gli atti presupposti dovranno formare oggetto di autonoma impugnativa anche eventualmente in occasione del ricorso avverso gli atti successivi su cui si fondano. Il citato assunto non trova applicazione qualora vi siano degli atti presupposti che l'interessato ha l'onere di impugnare autonomamente e tempestivamente entro il termine di decadenza, infatti nel caso di specie la mancata impugnazione del provvedimento nei termini di decadenza determina l'acquiescenza dell'atto anteriore, precludendo così ogni possibilità di

impugnativa dell'atto successivo<sup>5</sup>. È il caso quest'ultimo dell'atto presupposto all'atto di conferma in senso proprio che, essendo dotato di autonomia procedimentale andrà comunque impugnato entro i termini di decadenza previsti *ex lege* al fine di scongiurarne il consolidamento degli effetti. Tuttavia, come si è detto, allorquando l'amministrazione concluda il procedimento di conferma il privato sarà onerato di impugnare altresì il secondo provvedimento. L'impugnazione, stante la natura sostitutiva della conferma in senso proprio, importerà, quindi, l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse.

Infine, per quanto riguarda il fenomeno dell'invalidità derivata un breve cenno merita la distinzione, ad opera del diritto vivente, tra invalidità caducante ed invalidità viziante.

Nel primo caso, a causa dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'atto presupposto, si verifica l'automatica caducazione dell'atto consequenziale che di solito è un atto che costituisce l'unico presupposto dell'atto consequenziale meramente esecutivo e confermativo; nel secondo caso, quello dell'invalidità viziante, invece, vi sono provvedimenti indirettamente o genericamente connessi all'atto presupposto e la loro eliminazione interviene

<sup>5</sup> Sul punto TAR Calabria, Ct, II, 7.3.2013, n. 261: *"Nell'ambito della categoria degli atti presupposti si includono gli atti che, per essendo autonomi rispetto ad un atto successivo e al relativo suo procedimento, costituiscono il fondamento dell'atto conseguente, nel senso che quest'ultimo non avrebbe potuto essere emanato o sarebbe stato emanato in modo diverso ove il primo fosse mancato o fosse stato diverso; consegue che i vizi degli atti presupposti si riflettono sull'atto successivo, ma dalla loro autonomia procedimentale deriva che, a differenza dell'invalidità derivata infra-procedimentale, l'impugnativa deve riguardare non solo l'atto successivo ma anche quello presupposto. Nei ricorsi giurisdizionali la formula di stile, secondo la quale devono intendersi impugnati anche gli atti presupposti, connessi e conseguenti al provvedimento o ai provvedimenti gravati in via principale, non è sufficiente a far ricomprendere nell'oggetto del ricorso anche gli atti non espressamente indicati, ciò costituendo regola consolidata nella giurisprudenza del giudice amministrativo, quale puntuale applicazione dei fondamentali principi del processo amministrativo, tesi a garantire il diritto di difesa ed il pieno contraddittorio tra le parti, secondo quanto postulato dagli artt. 24 e 111 Cost.."*

a seguito di una esplicita pronuncia giurisdizionale di annullamento per invalidità derivata meramente viziante<sup>6</sup>.

Con riguardo all'atto meramente confermativo è la prima figura di invalidità derivata a venire in rilievo (invalidità ad effetto caducante) atteso che quest'ultimo, se impugnato attraverso la formula di stile secondo cui devono intendersi impugnati anche gli atti connessi, conseguenti e/o consequenziali, è destinato a perdere definitivamente i suoi effetti a causa della caducazione dell'atto confermativo<sup>7</sup>.

### 3. Conclusioni.

In definitiva, in materia di riesame con esito confermativo la giurisprudenza è univoca. Relativamente agli oneri di impugnazione per la parte privata, con l'ultimo arresto giurisprudenziale è stato, infatti, ribadito che laddove l'amministrazione si limiti a confermare il contenuto del provvedimento originario senza aprire un nuovo procedimento, si è di fronte ad un atto privo di valore provvedimentale il quale non deve essere autonomamente impugnato. Sarà quindi sufficiente la formula di stile secondo la quale devono intendersi impugnati anche gli atti presupposti,

connessi e conseguenti al provvedimento gravato in via principale.

Viceversa, laddove l'amministrazione abbia avviato un nuovo procedimento all'esito del quale ha emesso un nuovo provvedimento che, eventualmente sulla base di ulteriori elementi, arrivi alle medesime conclusioni dell'atto confermato, tale nuovo provvedimento, deve essere autonomamente impugnato nei termini suoi propri.

Per la pubblica amministrazione, invece, l'apertura di un nuovo procedimento, all'esito del quale verrà emesso un atto confermativo in senso proprio, comporta il rispetto dell'art. 10 *bis* l. 241/90 e degli altri oneri partecipativi previsti *ex lege*.

<sup>6</sup> In questo senso CdS, VI, 27.4.2011, n. 2482: *“Il fenomeno dell’invalidità con effetto caducante si verifica quando l’atto successivo venga a porsi nell’ambito della medesima sequenza procedimentale, quale inevitabile conseguenza dell’atto anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi. Un effetto caducante non incorre di norma fra aggiudicazione provvisoria e d’aggiudicazione definitiva, atteso che l’aggiudicazione provvisoria ha effetto di atto endoprocedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, con autonoma incidenza lesiva dell’aggiudicazione definitiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell’Amministrazione, dell’esito della gara, non senza nuova valutazione degli interessi pubblici e privati sottostanti. Ne consegue che il soggetto che si consideri leso può dunque impugnare l’aggiudicazione provvisoria, ma deve comunque contestare, a pena di improcedibilità del ricorso, anche l’aggiudicazione definitiva (mentre l’impugnativa di quest’ultima è comunque ammissibile anche in assenza di previa contestazione di altri atti interni della procedura di gara).”*

<sup>7</sup> Sul punto v. FRACCHIA – OCCHIENA, Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. VI 17.6.2014, n. 3037  
**Federazione Italiana Pallacanestro: l'art. 11 bis del regolamento F.I.P. richiedendo la formazione tecnica in Italia anche per chi è cittadino italiano, finisce per tutelare non tanto i giovani talenti nazionali, ma soprattutto gli interessi economici delle società sportive.**

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 3037/2014 ha annullato la sentenza del TAR che aveva rigettato il ricorso proposto da un atleta italiano diretto all'annullamento del provvedimento del 25.11.2010 del Segretario Generale della Federazione Italiana Pallacanestro, con il quale è stata rigettata la sua istanza volta ad ottenere il tesseramento nella stessa Federazione quale atleta italiano ad ogni effetto (ovvero, in altri termini, il riconoscimento dello status di "atleta di formazione italiana"). Il T.a.r. aveva respinto il ricorso facendo applicazione dell'art. 11 bis del Regolamento esecutivo-settore professionistico, approvato dal Consiglio Federale della F.I.P. nelle sedute del 29.30.5.1998 e 19-20.11.2010. Tale disposizione prescrive che un atleta, per essere considerato (indipendentemente dalla sua cittadinanza) "di formazione italiana", deve essersi formato nei vivai italiani e aver partecipato a campionati giovanili della F.I.P. per almeno quattro stagioni sportive. Nel caso di specie, secondo il TAR, il ricorrente sarebbe privo del primo requisito, quello di essersi formato tecnicamente nei vivai italiani. Il Consiglio di Stato è stato, quindi, chiamato a stabilire se tale effetto negativo, che oggettivamente deriva in capo a chi non abbia i requisiti per accedere allo status "di formazione" italiana sia ragionevole e, soprattutto, compatibile con i principi costituzionali e comunitari. Si tratta, in altri termini, di stabilire se un atleta italiano possa essere discriminato rispetto ad altri, solo perché la sua formazione tecnica non sia avvenuta in Italia. Il Collegio, si legge nella sentenza, ritiene che, rispetto a tale situazione, la discriminazione

determinata dall'applicazione dell'art. 11 bis del regolamento F.I.P. sia illegittimità sotto diversi profili. In primo luogo, essa risulta palesemente irragionevole. "Se la norma, come riconosce lo stesso TAR è diretta potenziare e tutelare la formazione e la crescita dei giovani giocatori di talento e di favorire lo sviluppo dei vivai nazionali, è certamente contraddittorio che tale scopo venga perseguito con una disciplina che, richiedendo la formazione tecnica in Italia anche per chi è cittadino italiano, finisce per tutelare non tanto i giovani talenti nazionali, ma soprattutto gli interessi economici delle società sportive, consentendo alle stesse di massimizzare l'utilità economica che ritraggono quando vendono i giocatori che esse stesse hanno formato tecnicamente nei propri vivai. Il requisito della formazione tecnica in Italia, rappresenta, in altri termini, un requisito irragionevole, perché contraddice lo scopo in vista del quale è stata introdotta la "riserva numerica", perché anziché tutelare lo sport nazionale (e la crescita professionistica dei giovani giocatori di talento), tutela prevalentemente gli interessi economici delle società. La norma presenta, inoltre, anche profili di incompatibilità costituzionale e comunitaria, dando luogo ad una "discriminazione alla rovescia", nel senso che l'atleta italiano formatosi tecnicamente all'estero è discriminato, senza alcuna plausibile giustificazione, rispetto all'atleta straniero formatosi tecnicamente in vivai nazionali. In questo modo, il cittadino italiano, solo perché costretto, anche, come accaduto nel caso di specie, per motivi familiari (il giovane Campanaro è stato costretto a rimanere per gli Stati Uniti per documentate ragioni collegate alla separazione dei genitori), a vivere fuori dall'Italia (e, conseguentemente a formarsi tecnicamente all'estero) vede diminuire le sue possibilità di accesso all'attività sportiva professionistica, rispetto a chi, invece, ha vissuto e si è formato in Italia. In questo modo, la citata disposizione regolamentare incide anche su al-

*cune prerogative che sono proprie dello status di cittadino dell'Unione europea (art. 20 TFUE), oltre che sui diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza, restringendo, in particolare, il suo diritto alla vita familiare, nella misura in cui limita le possibilità di accesso allo sport professionistico del cittadino italiano i cui genitori si siano stabiliti all'estero; i collegati diritti di circolazione e di soggiorno, nella misura in cui lo costringe, per poter svolgere senza "limiti" l'attività sportiva professionistica, a lasciare il territorio nazionale; il diritto di lavorare e stabilirsi nel territorio di qualsiasi Stato membro, impedendogli di avere "pieno" e incondizionato accesso all'attività sportiva professionistica in Italia." Aggiunge, infine, il Consiglio di Stato come non possa ritenersi che nel caso di specie venga in rilievo una situazione puramente interna, come tale sottratta all'applicazione del diritto dell'U.E., atteso che, come emerge chiaramente dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tale limite deve ritenersi superato ogni volta che, anche a prescindere dalla presenza di ulteriori elementi transfrontalieri, disposizioni nazionali abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione (CGUE, Grande Sezione, 8.3.2011, 34/09 Ruz Zambrano). In altri termini, dalla citata giurisprudenza comunitaria si evince che la sola esistenza dello status di cittadino europeo è sufficiente a far riconoscere all'individuo il godimento di un diritto fondamentale attribuito dall'ordinamento dell'Unione anche in assenza di altri criteri di collegamento. Dalle considerazioni svolte discende che è illegittima l'applicazione che nel caso di specie è stata fatta dell'art. 11 bis del regolamento F.I.P. per negare il riconoscimento al ricorrente dello status di atleta italiano ad ogni effetto.*

Consiglio di Stato Sez. VI 30.5.2014, n. 2813  
**Concessione e revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche: il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.**

*Il tradizionale e consolidato indirizzo giurisprudenziale, condiviso sia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Sez. Un.,*

*ord. 25.1.2013, n. 1776; 24.1.2013, n. 1710; 7.1.2013, n. 150; 20.7.2011, n. 15867; 18.7.2008, n. 19806; 26.7.2006, n. 16896; 10.4.2003, n. 5617), sia dal Consiglio di Stato (da ultimo, Ad. Plen. 29.7.2013, n. 13), afferma che il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, con la conseguenza che: - sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione (Cass. Sez. Un. n. 150/2013 cit.); - qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (cfr. Cass. Sez. Un., ord. n. 1776/2013 cit.); - viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. n. 1710/2013; CdS, Ad. Plen. n. 17/2013 cit.). Or-*

*bene, nelle ipotesi di cui alla l. n. 488/1992, la concessione delle agevolazioni finanziarie consegue ad un esercizio di potere discrezionale dell'amministrazione; non già, dunque, dal mero accertamento di requisiti e condizioni prefissate dalla legge, bensì all'esito di una valutazione comparativa e della formazione di apposite graduatorie di possibili beneficiari.*

Consiglio di Stato Sez. IV 29.5.2014, n. 2783  
**Risarcimento dei danni per i ritardi della P.A. - in caso di omessa tempestiva impugnazione del provvedimento - pregiudizio subito - non può essere imputato all'amministrazione.**

*In base al vecchio brocardo "diligenti bus aura succurrunt" deve ricordarsi la regola della non rilevanza di un legittimo nocumento per il sopravvenire di una nuova normativa per la mancata impugnazione del provvedimento o comunque con la tempestiva utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, per cui l'omessa attivazione degli strumenti di tutela giurisdizionale costituisce una condotta valutabile sia in sede di merito. Del resto analogamente la giurisprudenza ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza di un pregiudizio ha escluso la rilevanza risarcitoria dei danni evitabili ex art. 30, co. 3, c.p.a. e dei principi di cui all'art. 1227, co. 2, c.c. (cfr. da ultimo CdS., IV 26.3.2012 n. 1750; CdS., V 9.10.2013 n. 4968). Si deve poi considerare che qui non vi è alcun reale elemento, neanche di carattere indiziario per poter ritenere che i ritardi siano il frutto di sviazioni ed indebiti comportamenti degli uffici e non invece il frutto di imprecisioni ed approssimazioni nella redazione dei progetti e degli atti da parte della stessa appellante.*

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2730  
**Processo Amministrativo - proposizione in concomitanza di un ricorso per ottemperanza e di uno di impugnazione - ammissibilità.**

*La Quinta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha rilevato che (CdS, VI, 16.1.2014, n. 147) è ammissibile (in via di principio, e per ragioni di concentrazione processuale e di effettività della tutela giurisdizionale) la scelta di proporre in via concomitante - a*

*fronte dell'adozione di atti non soddisfattivi conseguenti a un giudicato - un ricorso per ottemperanza e uno di impugnazione, ma occorre in primo luogo stabilire se gli atti in tal modo adottati costituiscano o meno violazione o elusione del giudicato di annullamento, in maniera da giustificare il ricorso al rimedio di tutela più pregnante e soddisfacente per la pretesa sostanziale della parte ricorrente già vittoriosa nelle precedenti fasi della vicenda. In materia di ottemperanza (CdS, V, 25.2.2014, n. 892) l'esigenza di certezza propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, non può, tuttavia, proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le statuizioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza; ne consegue che, in sede di ottemperanza, da un canto non è precluso all'Amministrazione di tener conto delle eventuali sopravvenienze di fatto e normative intervenute e, dall'altro, che il provvedimento dell'Amministrazione che non sia adottato in violazione o elusione di giudicato, ma copra spazi vuoti lasciati dal giudicato, non può essere vagliato nell'ambito del giudizio di ottemperanza, rendendosi necessaria l'impugnazione con ordinario ricorso di cognizione.*

Consiglio di Stato Sez. V 28.4.2014, n. 2195  
**Risarcimento dei danni da illecita attività provvedimentale dell'amministrazione - principi giurisprudenziali consolidati del Consiglio di Stato.**

*Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ripercorre i principi elaborati dalla giurisprudenza sia del Consiglio di Stato che della Corte di cassazione in materia di risarcimento del danno da illecita attività provvedimentale dell'amministrazione (cfr. ex plurimis e da ultimo, Cass. civ., sez. III, 22.10.2013, n. 23993; sez. un., 23.3.2011, n. 6594; sez. un., 11.1.2008, n. 576 e 582; CdS, Ad. Plen., 19.4.2013, n. 7; ad. plen., 23.3.2011, n. 3; sez. III, 19.3.2014, n. 1357; sez. V, 17.1.2014, n. 183; sez. V, 31.10.2013, n. 5247; sez. V, 21.6.2013, n. 3408; sez. III, 30.5.2012, n. 3245; sez. IV, 22.5.2012, n. 2974; sez. IV, 2.4.2012, n. 1957; sez. IV, 31.1.2012, n. 482; cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in forza dei quali: a)*

la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extra contrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo o il diritto soggettivo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da substrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi contra ius; b) l'onere di provare la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale (condotta, evento, nesso di causalità, anti giuridicità, colpevolezza), grava sulla parte danneggiata che abbia visto riconosciuto l'illegittimo esercizio della funzione pubblica; c) la prova dell'esistenza dell'anti giuridicità del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre ché nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.; d) al di fuori del settore degli appalti (governato da autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE), in sede di accertamento della colpevolezza nell'esercizio della funzione pubblica, l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo, integra, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, co. 1, c.c., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione; ne consegue che spetta a quest'ultima dimostrare la scusabilità dell'errore per la presenza, ad esempio, di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma (o di improvvisi revirement da parte delle Corti supreme), di oscurità oggettiva del quadro normativo (anche a causa della formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore), di rilevante complessità del fatto, della influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da suc-

cessiva declaratoria di incostituzionalità della norma applicata dall'amministrazione; e) ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità extra contrattuale da cattivo esercizio della funzione pubblica, si deve muovere dall'applicazione dei principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della condicio sine qua non); il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, co. 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto; al contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quello simile della c.d. regolarità causale; in quest'ottica, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano — ad una valutazione ex ante — del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa), vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non», mentre nel processo penale vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio; nello stesso ordine di idee, l'esistenza del nesso di causalità tra una condotta illecita ed un evento di danno può essere affermata dal giudice anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea

a garantire un'assoluta certezza al di là di ogni ragionevole: infatti, la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del «più probabile che non»), che si delinea in un'analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del «cinquanta per cento plus unum»; ancora, diffusamente e compiutamente indagati i temi della causalità materiale e giuridica, come pure delle regole dettate per l'individuazione del danno risarcibile si è puntualizzato, da un lato, che la categoria della possibilità non costituisce una (terza) regola causale insieme a quella penalistica dell'alto grado di probabilità logica/conoscenza razionale e a quella civilistica del «più probabile che non», ma individua, puramente e semplicemente, l'oggetto della tutela nella fattispecie della chance: la possibilità, appunto, quale oggetto di tutela (e non quale regola causale o direttamente danno-conseguenza); pertanto, la chance va intesa come possibilità di un risultato diverso (e non come mancato raggiungimento di un risultato possibile), vulnerata dalla condotta causalmente rilevante rispetto all'evento (costituito dal mancato verificarsi di tale migliore possibilità), ma pur sempre e comunque indagata alla stregua del canone probatorio del «più probabile che non»; dall'altro lato, che l'esatta configurazione del problema causale in seno alla responsabilità civile postula che il momento attributivo dell'obbligazione risarcitoria sia consequenziale tanto a quello dell'accertamento dell'illecito che a quello dell'individuazione del danno che, con esso - inteso come violazione dell'interesse protetto (id est come evento di danno) - non sempre coincide; è ulteriore conseguenza di tali principî che, nella comparazione delle diverse concause, ove sufficienti a concorrere a determinare l'evento e senza che una sola assuma con evidenza un'efficacia esclusiva al riguardo, il giudice dovrà valutare

quale di esse appaia «più probabile che non» rispetto a ciascuna delle altre a determinare l'evento ed attribuire a quella l'efficacia determinante ai fini della responsabilità; f) il danno - inteso sia come danno evento che come danno conseguenza - e la sua quantificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni (praesumptio tantum iuris), solo in relazione ai danni non patrimoniali, comunque dovendosi ripudiare le suggestioni derivanti dalla teorica del c.d. diritto all'integrità patrimoniale in favore del più rigoroso e ben conosciuto metodo sotteso alla Differenzhypothese.

Consiglio di Stato Sez. IV 18.4.2014, n. 1987

**Impugnazione in Consiglio di Stato con motivi aggiunti di nuovi atti sopravvenuti nel corso del giudizio ancorché nell'ambito del medesimo procedimento amministrativo - inammissibilità.**

L'introduzione di una domanda direttamente in appello con motivi aggiunti non può ritenersi consentita dal comma 3 dell'art. 104 c.p.a., atteso che tale disposizione consente l'uso dello strumento dei motivi aggiunti in appello per la proposizione di nuove censure avverso i medesimi atti già impugnati in primo grado, ma non anche l'impugnazione per la prima volta in appello di nuovi atti sopravvenuti nel corso del giudizio, ancorché nell'ambito del medesimo procedimento amministrativo (cfr. CdS, IV, 29.8.2013, nr. 4315; id., 26.2.2013, n. 1187; CdS, V, 19.11.2012, n. 5844).

Consiglio di Stato Sez. VI 11.4.2014, n. 1781

**Diffida per la stipulazione di contratto di compravendita di immobile silenzio dell'amministrazione - giurisdizione giudice amministrativo.**

Nel giudizio in esame la società ricorrente partecipava all'asta pubblica indetta da una Società cartolarizzazione immobili pubblici per la cessione del lotto avente a oggetto l'immobile sito in Roma. Il 9.10.2002 veniva comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva, in suo favore, del citato lotto. In data per il 23.5.2003 la ricorrente veniva invitata presso studio notarile per la stipula (che non interveniva) del contratto di compravendita. La socie-

*tà ricorrente diffidava le amministrazioni per stipulare il contratto di compravendita dell'immobile. Seguiva quindi il ricorso innanzi il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio proposto per ottenere una pronuncia che ordinasse alle amministrazioni evocate in giudizio di provvedere sulla istanza nel termine di giorni trenta. Il Giudice di prime cure rigettava il ricorso per difetto di giurisdizione. Il Consiglio di Stato (IV, 30.1.2006, n. 308), in vicenda analoga a quella in trattazione, ha ritenuto che: "La controversia in esame resterebbe validamente radicata davanti al giudice adito se ed in quanto possa intendersi riferita alla giurisdizione generale di legittimità, agevolmente riconoscibile nell'esercizio della funzione della contrattazione della pubblica amministrazione con i privati, dalla quale esulano i soli atti o comportamenti, relativi alla fase propriamente esecutiva del rapporto generato dalla stipula del contratto (fase peraltro non configurabile ontologicamente nella materia delle dismissioni di beni pubblici, posto che il procedimento finalizzato alla cessione del bene o dell'impresa esaurisce i suoi effetti con la stipula del contratto di rivendita, che produce i relativi e definitivi effetti traslativi della proprietà e che, successivamente a tale momento, non è dato*

*ravvisare alcun ulteriore segmento del rapporto da sottrarre alla cognizione del giudice amministrativo)".*

*La Corte di cassazione (SS.UU. 12.3.2007, n. 5593) ha affermato che: "Rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti le procedure di «rivendita» di beni pubblici previste dall'art. 3 d.l. n. 351 del 2001 (Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare), conv. con modif. nella l. n. 410 del 2001, nell'ambito del procedimento di cartolarizzazione degli immobili pubblici". E più di recente (Cass. SS.UU. 11.1.2011, n. 391) è stato statuito che: "Nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto".*

*Alla luce di tali concordi orientamenti giurisprudenziali la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto che anche la stipulazione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.*

«.....GA.....»



# INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **CRITERI DI SELEZIONE E DI ACCESSO ALLA ISTRUTTORIA DA UTILIZZARE PER UNA PRIMA FASE DI ATTUAZIONE DELLA DISCIPLINA RELATIVA AI CONTRATTI DI SVILUPPO.**

*Con il decreto richiamato in oggetto è stata data attuazione all'art. 3, co. 4 del d.l. 21.6.2013, n. 69 in materia di riforma della disciplina relativa ai Contratti di sviluppo. Al fine di consentire l'attuazione di tale strumento in questa fase di transizione tra la precedente disciplina e l'attuale, nonché tra la vigente normativa comunitaria in materia di regimi di aiuto, ormai prossima alla scadenza, e quella relativa al nuovo periodo di programmazione 2014-2020, non ancora completamente definita, si provvede agli adempimenti previsti dal predetto d.m. in materia di criteri di selezione, a dare alcuni doverosi chiarimenti in merito alla ricevibilità delle domande di agevolazione in tal fase di transizione ed a fornire le previste indicazioni sul modulo di domanda e sulla documentazione da allegare alla stessa.*

*Criteri di selezione Così come previsto dall'art. 9, co. 4 del d.m. 14.2.2014, questo Ministero definisce, come da prospetto allegato, i criteri di selezione e di accesso alla istruttoria da utilizzare per una prima fase di attuazione della disciplina relativa ai Contratti di sviluppo. Si precisa che si tratta di sei criteri, tradotti in altrettanti indicatori, da riferire a ciascun soggetto proponente o*

*aderente del Contratto di sviluppo, differenziati a seconda della tipologia di Programma di sviluppo che si intende presentare. Ciascun punteggio varia tra un minimo ed un massimo e, ai fini dell'ammissibilità del Programma di sviluppo, i criteri vengono riuniti in due gruppi di tre, per ciascuno dei quali è individuato un punteggio minimo pari a 16, con una soglia minima complessiva pari a 35 punti. Il Programma di sviluppo è rispondente ai criteri di selezione per l'accesso alla successiva fase istruttoria di cui all'art. 9 del predetto d.m. qualora ciascuno dei soggetti proponente e aderente/i ottenga un punteggio complessivo e dei punteggi relativi ai singoli due gruppi di criteri pari almeno alle soglie minime di accesso indicate. Per quanto concerne i Programmi di sviluppo di attività turistiche localizzati in un territorio univocamente determinato e riferito a comuni tra loro limitrofi ovvero a comuni appartenenti a un unico distretto turistico, i singoli punteggi, una volta determinati secondo i criteri indicati ed ai fini della verifica del raggiungimento dei valori minimi e della soglia minima, sono maggiorati del 10%, ai sensi dell'art. 7, co. 2 del predetto d.m.. Nel merito del calcolo del punteggio relativo al singolo criterio/indicatore, si precisa che si fa riferimento, per ciascun soggetto, ai dati del più favorevole tra i relativi ultimi due bilanci approvati alla data di presentazione della domanda. Qualora un determinato*

soggetto non disponga di almeno un bilancio approvato, il criterio di accesso all'istruttoria consiste nell'espressione, da parte di Invitalia, di un giudizio complessivo, attraverso dati ed informazioni riguardanti i soci, l'eventuale gruppo di appartenenza, il management, ecc., in merito all'affidabilità complessiva dell'impresa, che si traduce nell'attribuzione di un punteggio che può variare tra 0 e 46 punti, con una soglia minima di accesso alla successiva fase istruttoria di 35 punti. Ricevibilità delle domande di agevolazioni Le disposizioni recate dall'art. 2, co. 3, del d.lgs. 31.3.1998, n. 123, stabiliscono, sostanzialmente, che in relazione ad una misura di agevolazione rivolta alle imprese, le relative istanze di accesso possano essere ricevute solo in presenza di accertate disponibilità finanziarie. In particolare, per quanto specificamente riguarda i Contratti di sviluppo, l'art. 9, co. 2, lett. a), del d.m. 14.2.2014 stabilisce che l'Agenzia (Invitalia), entro 30 giorni dalla presentazione della domanda, al fine di avviare l'istruttoria accerti, tra l'altro, la disponibilità delle risorse finanziarie sulla base della comunicazione del Ministero. Ciò nel presupposto che, essendovi una disponibilità iniziale di risorse assegnate, la predetta verifica sia diretta ad accertare che l'eventuale residuo sia sufficiente per la concessione delle agevolazioni corrispondenti all'istanza in esame. Risulta evidente, di converso, che, mancando una iniziale assegnazione di risorse finanziarie, tale verifica non può che avere esito negativo e che, di conseguenza – anche al fine di evitare l'insorgere di inutili aspettative da parte delle imprese – l'istanza di accesso alla misura non può essere ricevuta. Alla luce di quanto sopra e sulla base delle risorse già assegnate per la concessione di agevolazioni ai Contratti di sviluppo in ragione della natura della fonte finanziaria di provenienza (comunitaria o nazionale) e dei vincoli di natura territoriale della destinazione, nonché della ragionevole previsione di disponibilità finanziarie rivenienti dalla nuova programmazione comunitaria 2014 - 2020, si comunica quanto segue. Le istanze di accesso riferite a Contratti di sviluppo che prevedono

la realizzazione di investimenti in regioni del centro-nord non sono al momento ricevibili in quanto, come comunicato dall'Agenzia, il fabbisogno finanziario delle istruttorie in corso assorbe la totalità delle risorse già assegnate ed in quanto, al momento, non vi sono previsioni di ulteriori nuove risorse. Nel momento in cui queste ultime si dovessero rendere disponibili, il Ministero provvederà tempestivamente a darne comunicazione attraverso il proprio sito istituzionale. Per quanto riguarda, invece, le restanti aree del territorio nazionale, ed in particolare le attuali regioni rientranti nell'obiettivo Convergenza più le regioni Basilicata, Sardegna, Abruzzo e Molise, per le quali è previsto l'impiego di nuove risorse comunitarie attraverso uno specifico Programma Operativo nell'ambito della programmazione 2014-2020 di prossima approvazione da parte della Commissione Europea, si rappresenta che, per motivi di correttezza amministrativa, le istanze di accesso possono essere presentate dalle imprese e ricevute dall'Agenzia. Tuttavia, fermo restando che fino al 31.12.2014 potranno essere concessi gli aiuti a finalità ambientale ed alle PMI, si rammenta che il prossimo 30 giugno, a seguito della proroga prevista dalla Decisione C(2013) del 25 ottobre 2013, scade la vigente Carta degli aiuti a finalità regionale per il periodo 2007-2013. Con la scadenza della Carta degli aiuti scade anche la applicabilità dell'inquadramento degli aiuti a finalità regionale prevista dal Regolamento generale di esenzione (GBER) n. 800/2008. Si viene così a determinare l'impossibilità di stabilire, in assenza del nuovo Regolamento generale di esenzione e, soprattutto, in assenza della nuova Carta degli aiuti per il periodo 2014-2020, sia l'agevolabilità degli investimenti proposti sia la misura delle agevolazioni concedibili. Pertanto, ferma rimanendo la possibilità per le imprese di presentare istanza di accesso ai Contratti di sviluppo per investimenti previsti nelle suddette regioni del Mezzogiorno, si invitano le imprese interessate - pena il rischio di non ammissibilità del programma - a non dare avvio agli investimenti fino a quando non sarà concretamente applicabile la nuova

normativa europea sugli aiuti alle imprese, con particolare riferimento all'ammissibilità dei programmi, alla localizzazione degli stessi, alla decorrenza di ammissibilità delle spese e alla misura delle agevolazioni concedibili. Domanda di agevolazione e documentazione allegata alla stessa Codesta Agenzia dovrà provvedere ad adeguare la precedente modulistica ai nuovi criteri ed alle nuove procedure introdotti dal richiamato d.m. 14.2.2014. In particolare, tale modulistica dovrà tenere in debito conto il fatto che sono previsti tre differenti tipologie di Programmi di sviluppo e che la singola domanda di agevolazioni può riguardare una sola di tali tipologie. Essa, inoltre, dovrà svilupparsi secondo quattro sezioni. La prima dovrà contenere tutte le informazioni tecniche, economiche e finanziarie necessarie ad approfondire la conoscenza del soggetto proponente e degli altri eventuali soggetti aderenti, la storia degli stessi dell'ultimo triennio, i relativi management, la/e unità produttiva/e, le esperienze maturate nel settore in cui operano o intendono operare, l'eventuale appartenenza a gruppi, gli eventuali rapporti di collaborazione sviluppati con altri soggetti rilevanti, nazionali ed internazionali, i mercati principali in cui hanno operato, specie se esteri, nonché tutte le informazioni necessarie a verificare la sussistenza delle condizioni soggettive di ammissibilità stabilite dalla normativa. La seconda sezione dovrà comprendere i dati e le informazioni necessarie ad illustrare il programma proposto ed i vari progetti che lo compongono, con particolare riferimento agli eventuali progetti di ricerca industriale e sviluppo sperimentale, i presupposti e gli obiettivi che si intendono realizzare, le sinergie che il proponente intende attivare, la connessione e funzionalità con i detti eventuali progetti di R&S, la composizione ed entità degli investimenti proposti, le ricadute occupazionali, i tempi di realizzazione e l'articolazione delle spese negli anni. La terza sezione dovrà contenere le forme e le misure delle agevolazioni richieste e tutti i dati e le informazioni utili a verificare la capacità finanziaria del soggetto proponente e degli altri eventuali soggetti aderenti di

sostenere la propria parte del programma proposto e tutti gli oneri connessi, diretti ed indiretti, e di garantire un'adeguata redditività al programma. Dovrà essere prevista un'apposita sezione per l'indicazione delle garanzie che il soggetto intende prestare a fronte dell'eventuale finanziamento agevolato. La quarta ed ultima sezione dovrà essere dedicata alle esigenze che il soggetto proponente intende manifestare in termini di opere infrastrutturali, materiali e immateriali, complementari e funzionali all'investimento privato. Nell'ambito del modulo di domanda dovrà, inoltre, tenersi in debito conto la necessità di acquisire i dati e le informazioni utili alla determinazione dei criteri di selezione/accesso di cui all'art. 9, co. 4 del d.m. 14.2.2014, di cui si è detto in precedenza, con particolare riferimento al caso in cui il soggetto non disponga ancora di un bilancio approvato, anche attraverso la richiesta di elementi aggiuntivi rispetto agli altri casi. Il modulo di domanda deve essere caratterizzato dalla massima semplicità e chiarezza, senza ripetizioni né con la richiesta di dati e/o elementi che non siano strettamente necessari a condurre gli accertamenti istruttori previsti dal decreto. Laddove necessario occorre prevedere che il dato venga indicato sinteticamente e che vi sia un espresso rinvio ad uno o più documenti illustrativi di dettaglio allegati. In tal senso, la documentazione a corredo della domanda dovrà essere richiesta in misura strettamente indispensabile a compendiare e dettagliare le informazioni del modulo di domanda, ma non a comprova delle stesse, in quanto le medesime dovranno essere sottoscritte dal soggetto proponente nella forma della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 e, semmai, saranno sottoposte alle specifiche verifiche previste dalla normativa. Si coglie infine l'occasione per sottolineare che l'art. 3 del d.l. n. 69/2013 ha previsto che il Ministero provvedesse a ridefinire le modalità e i criteri per la concessione delle agevolazioni di cui si tratta anche al fine di accelerare le procedure concessorie. Si invita, pertanto, l'Agenzia a mettere in atto tutti gli accorgimenti organizzatori e procedurali per

*garantire la massima speditezza ed una tempestiva risposta agli operatori economici, evitare rallentamenti dell'iter concessorio, evitare la richiesta di dati e/o informazioni che non siano già previsti dalle procedure o la ripetizione della richiesta di documentazione che non sia causata esclusivamente da una mancata risposta del soggetto proponente ad una richiesta già formalizzata. Questo Ministero si riserva di*

*emanare nuove disposizioni ed indirizzi non appena verrà completato il quadro della nuova normativa comunitaria in materia di aiuti alle imprese.*

*Della presente nota viene data opportuna informazione a tutti i soggetti interessati tramite pubblicazione della stessa sul sito internet di questo Ministero. IL DIRETTORE GENERALE (Carlo Sappino) Firmato Sappino.*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

*dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni*

*È ravvisabile la figura dell'amministratore di fatto nella persona di cui sia stato accertato l'avvenuto inserimento nella gestione di impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative.*

The real administrator is the person who is listed in company management, it derives from the directives issued by the air conditioning system and the operational choices.

*Sommario: 1. L'amministratore di fatto. 2. Responsabilità civile. 3. Sentenza n. 2586 del 5.2.2014.*

### 1. L'amministratore di fatto.

L'art. 2639 c.c. prevede che *"al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione"*.

La nozione di amministratore di fatto, introdotta da detto articolo postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione di amministratore, indipendentemente dalla carica formalmente svolta. La *"significatività"* e la *"continuità"* non comportano necessariamente l'esercizio di *"tutti"* i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un' apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale.

L'accertamento degli elementi sintomatici di tale gestione o cogestione societaria costituisce oggetto di apprezzamento di fatto che è insindacabile in sede di legittimità, se sostenuto da motivazione congrua e logica<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cass. Penale, Sez. V, sent. n. 22413 del 21.5.2003, Sidoli (rv 224948).

La dottrina identifica l'amministratore di fatto come il soggetto privo della veste formale di amministratore per la mancanza di nomina assembleare, che in fatto si ingerisce sistematicamente nella direzione dell'impresa sociale: impartisce istruzioni agli amministratori ufficiali, ne condiziona le scelte operative, tratta direttamente con i terzi<sup>2</sup> la stessa Cassazione Civile con decisione del 12.3.2008, n. 6719 ha chiarito che *"in tema di responsabilità degli amministratori delle società di capitali la relativa disciplina è applicabile anche a coloro i quali si siano ingeriti nella gestione sociale in assenza di una qualsivoglia investitura, ancorché irregolare o implicita, da parte della società, così individuandosi il cosiddetto amministratore di fatto"*.

È ritenuto amministratore di fatto colui che esercita funzioni di amministrazione in una società di capitali, cioè prende decisioni e compie atti di gestione, a nome e per conto della stessa, senza essere stato investito da una deliberazione, giuridicamente esistente, sulla base della legge o dello statuto.

<sup>2</sup> G.F. Campobasso, Diritto commerciale. 2. Diritto delle società, Milano, 2002, pag. 404

La categoria delle deliberazioni inesistenti, che si aggiunge a quelle nulle o annullabili è ormai ammessa da gran tempo dalla dominante giurisprudenza sia di legittimità sia di merito<sup>3</sup>.

Nel caso di annullamento della delibera di nomina gli effetti si producono solo *ex nunc*, quindi l'amministratore deve considerarsi *de jure* sino al momento dell'annullamento. Nel caso in cui, invece, la nomina dell'amministratore sia da ritenersi nulla ex art. 2379 c.c. perché essa forma oggetto di una pronuncia di accertamento che opera *ex tunc*. In ogni caso la delibera assembleare inesistente non può essere oggetto di convalescenza.

Ulteriore figura di amministratore di fatto è quella in cui le decisioni siano prese da un estraneo che si ingerisca nella gestione amministrativa, con la tolleranza, nelle veci o in concorso con l'amministratore *de jure*.

L'amministratore di fatto è equiparato dalla nostra giurisprudenza penale a quello di diritto e perciò viene integralmente assoggettato ai divieti e alle sanzioni previste dalle leggi penali per gli atti da entrambi commessi<sup>4</sup>, gli amministratori di fatto sono da equiparare agli amministratori legalmente nominati, affermando, così, il principio per cui la posizione di coloro che gestiscono di fatto una società deve essere *tout court* equiparata a quella degli amministratori legalmente nominati<sup>5</sup>.

Le singole fattispecie delittuose sono configurate dal diritto penale, non in base al titolo, in forza del quale è esercitata l'attività di amministrazione ma «*in base alla constatazione fattuale che la attività stessa sia esercitata in concreto*».

## 2. Responsabilità civile.

<sup>3</sup> v. Cass. Civ. 14.1.1993 n. 403; Cass. Civ. 4.12.1990 n. 11609; Cass. Civ. 15.3.1980 n. 1768; Cass. Civ. 1.4.1982 n. 2009; Cass. Civ. 11.3.1977 n. 989; Cass. Civ. 4.3.1963 n. 511.

<sup>4</sup> Cass. Pen. 14.5.1993, input. Delle Fave; Cass. pen. 29 dicembre 1972, input. Zito in Giust. pen. 1973, II, 591; Cass. pen. 5.12.1966 input. Savoldo in Dir. fall. 1967, II, 974; Cass. pen. 8.5.1964

<sup>5</sup> Fra le molte sentenze, cfr. Cass. pen. 8 ottobre 1991, in Mass., 1991; Cass. pen. 16.11.1994, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, pag. 689; Cass. pen. 17.1.1996, in Impresa, 1996, pag. 1175

La giurisprudenza civile è stata inizialmente orientata ad escludere che il concreto esercizio delle funzioni di amministratore fosse di per sé sufficiente a far sorgere in capo all'amministratore di fatto gli obblighi e le responsabilità previsti per gli amministratori.

Detto indirizzo, già nel 2002<sup>6</sup>, si è orientato statuendo che la disciplina dettata in tema di corretto svolgimento dell'attività di gestione delle società di capitali ha carattere materiale ed è quindi applicabile a chiunque, dotato o no della regolare investitura, amministri la società.

La giurisprudenza ha enucleato quattro elementi coessenziali idonei a rilevare l'esistenza di un rapporto amministrativo di fatto:

- la mancanza di un'efficace deliberazione assembleare, per cui il soggetto che si ingerisce deve esercitare le proprie funzioni servendosi degli amministratori di diritto;
- un'ingerenza da parte dell'*extraneus* che si prefiguri stabile e sistematica, protrandosi per un rilevante arco di tempo, non essendo sufficiente il riferimento ad alcuni episodi di natura eterogenea ed occasionale<sup>7</sup>;
- il fatto che il soggetto estraneo eserciti funzioni tali da porlo in condizione di decidere del destino commerciale e finanziario dell'impresa;
- il fatto che il soggetto estraneo abbia esercitato le funzioni gestorie in posizione di alta direzione, in rapporto di sovraordinazione o comunque equiparazione rispetto agli amministratori di diritto.

La giurisprudenza civile richiama anche il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento, il quale trae origine dalla legittima e quindi incolpevole aspettativa del terzo di fronte ad una situazione ragionevolmente attendibile, anche se non conforme alla realtà, non altrimenti accertabile se non attraverso le sue esteriori manifestazioni, non è, però, invocabile nei casi in cui la legge prescrive

<sup>6</sup> Cfr. Cass. 6.3.1999, n. 1925; Cass. 14.9.1999, n. 9795, entrambe in Giur. comm., 2000, II, 167, (con nota di) N. Abriani; App. Milano 26.9.2000, ivi, 2001, II, (con nota di) Mozzarelli. Sul punto, cfr. anche Cass. 27.2.2002, n. 2906, in Giur. it., 2002 pag. 1424.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. 14.9.1999, n. 9795, in Giur. it., 2000, pag. 1434; App. Milano 9.12.1994, in Le Società, 1995, pag. 926.

speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la consistenza effettiva dell'altrui potere, come accade nel caso di organi di società di capitali regolarmente costituiti; tuttavia, anche in tale ipotesi il principio dell'affidamento può essere invocato, qualora il potere sulla cui esistenza si assume di aver fatto incolpevolmente affidamento possa sussistere indipendentemente dalla sua regolamentazione statutaria e possa essere conferito per determinati atti e senza particolari formalità.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto che il pagamento effettuato dal debitore nelle mani dell'amministratore di fatto di una società avesse efficacia liberatoria, pur trattandosi di società di capitali, in considerazione dell'inerzia gravemente colpevole dei legali rappresentanti della società, che avevano consentito per un lungo tempo una tale condotta)<sup>8</sup>.

La Corte d'Appello di Milano Sezione IV, con la sentenza 30.11.2012, n. 3853, ha ritenuto, in una fattispecie di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori sia di diritto che di fatto di una s.r.l. poi fallita, la responsabilità solidale dei medesimi, condannandoli al risarcimento dei danni conseguenti agli atti di *mala gestio* posti in essere dall'amministratore occulto.

In particolare, per quanto concerne la figura dell'amministratore di fatto, si è sostenuto che, sotto il profilo civilistico, tale posizione e relativa responsabilità, per essere accertate, non richiedono l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo gestorio, bastando "l'esplicazione di una parte apprezzabile degli atti svolta in modo non episodico ed occasionale".

In merito, poi, al coinvolgimento del cosiddetto amministratore di comodo, la Corte d'Appello ha statuito che la condotta che legittima l'esercizio dell'azione di responsabilità, ai sensi dell'art. 2476 c.c., si riscontra, non solo nell'effettiva eventuale commissione di atti pregiudizievoli, ma anche (e soprattutto) nella omissione di controlli derivanti da prescrizioni di legge (appunto gli obblighi di vigilanza e di intervento di cui sopra); prescri-

zioni che avrebbero imposto all'interessato comportamenti idonei ad impedire o quantomeno denunciare le illegittime iniziative di *mala gestio* poste in essere dall'amministratore di fatto.

### 3. Sentenza n. 2586 del 5.2.2014.

La Suprema Corte con la recente sentenza del 5.2.2014 n. 2586 ha stigmatizzato che in materia societaria è ravvisabile la figura dell'amministratore di fatto nella persona di cui sia stato accertato l'avvenuto inserimento nella gestione di impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative.

È stata, così, cassata la decisione impugnata che aveva dichiarato l'inesistenza della notifica degli avvisi di accertamento, ai fini IRPEF ed ILOR, ad una società a responsabilità limitata, con conseguente decadenza dell'Amministrazione finanziaria dall'azione di accertamento *ex art.* 49 del d.P.R. 26.10.1972, n. 634, perché effettuata ad un soggetto a cui era stata negata la qualifica di amministratore di fatto.

Nel caso di specie, invece, la Corte ha dichiarato che non era stato adeguatamente valutato che lo stesso amministratore di fatto era stato indicato dal deceduto amministratore formale come il "*dominus*" della società ed il punto di riferimento per ogni relativo fatto gestionale.

<sup>8</sup> Cass. civ. Sez. I, 29.4.2010, n. 10297

## GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 7.5.2014 n. 125

**Sviluppo economico - Regione Umbria - artt. 9, 43 e 44 della legge della Regione Umbria 06/05/2013, n. 10.**

*1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato, in riferimento agli artt. 41 e 117, co. 1 e 2 lett. e), della Costituzione, gli artt. 9, 43 e 44 della l. della Regione Umbria 6 maggio 2013, n. 10 (Disposizioni in materia di commercio per l’attuazione del d.l. 6.12.2011, n. 201 convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214 e del d.l. 24.1.2012, n. 1 convertito, con modificazioni, dalla l. 24.3.2012, n. 27. Ulteriori modifiche ed integrazioni della legge regionale 3.8.1999, n. 24, della legge regionale 20.1.2000, n. 6 e della legge regionale 23.3.2003, n. 13).*

*1.1. – Il ricorrente ritiene che gli artt. 9, 43 e 44, della legge reg. n. 10 del 2013 siano in contrasto con l’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. che riserva alla competenza legislativa dello Stato la materia «tutela della concorrenza». Pertanto, prima di esaminare nel dettaglio le singole norme censurate, si rende opportuna una premessa di carattere generale sulla giurisprudenza di questa Corte in materia di «tutela della concorrenza». La giurisprudenza costituzionale è costante nell’affermare che la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost. riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di e-*

*sercizio delle attività economiche (ex multis, sentenze n. 270 e n. 45 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007). In questa seconda accezione, attraverso la «tutela della concorrenza», vengono perseguite finalità di ampliamento dell’area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007). Come questa Corte ha più volte osservato, «Si tratta dell’aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che costituisce una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa 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» (sentenze n. 299 del 2012, n. 80 del 2006, n. 242 e n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004). In particolare, con riferimento alle misure di liberalizzazione, questa Corte ha avuto modo di affermare che «la liberalizzazione da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D’altra parte, l’efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l’agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) - genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi*

lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» (sentenze n. 299 e n. 200 del 2012). Infine, si deve precisare che la materia «tutela della concorrenza», dato il suo carattere «finalistico», non è una «materia di estensione certa» o delimitata, ma è configurabile come «trasversale», corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall'intervento e in grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni (sentenze n. 80 del 2006, n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004).

2.- La prima questione sottoposta all'esame di questa Corte è relativa all'art. 9 della legge reg. n. 10 del 2013 – che integra la disciplina dei «poli commerciali», di cui all'art. 10 bis della l. della Regione Umbria 3.8.1999, n. 24 (Disposizioni in materia di commercio in attuazione del d.lgs. 31.3.1998, n. 114), aggiungendovi i coo. da 3-bis a 3-sexies.

Secondo il ricorrente le norme impugnate introdurrebbero regole discriminatorie e restrittive della concorrenza rendendo più difficoltosa l'apertura di nuovi esercizi commerciali, e, pertanto, le stesse si porrebbero in contrasto con i principi di liberalizzazione contenuti nell'art. 31, co. 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, e, di conseguenza, con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia «tutela della concorrenza».

2.1.- La questione è fondata.

L'art. 10-bis, co. 1, della legge reg. n. 24 del 1999 classifica il polo commerciale come «un complesso di esercizi contigui o adiacenti la cui superficie di vendita complessiva sia pari o superiore alle dimensioni di una media struttura di tipo M3, comprendente almeno una media struttura di vendita e costituente un'unica entità economico commerciale. Il polo, a seconda della superficie, è considerato un'unica media struttura M3 o un'unica grande struttura di

vendita».

Nella classificazione degli esercizi commerciali che risale al d.lgs. 31.3.1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, co. 4, della l. 15.3.1997, n. 59), non è ricompresa la categoria del «polo commerciale». L'art. 10-bis della legge reg. n. 24 del 1999, nella parte non modificata dalle norme impugnate, al comma 2 prevede che: «L'apertura di un polo commerciale avviene sulla base di un apposito progetto o mediante l'avvio di più operazioni formalmente distinte di apertura, trasferimento o ampliamento o accorpamento di attività commerciali in un arco di tempo inferiore a trentasei mesi. Tali operazioni sono considerate contestuali quando vengono superati i limiti dimensionali minimi previsti per le tipologie G e M3». Al comma 3 prevede che: «La domanda di autorizzazione per il polo commerciale è presentata con la stessa procedura di cui all'articolo 18 [vale a dire mediante il procedimento per il rilascio delle autorizzazioni per le grandi strutture di vendita e per le medie strutture superiori di tipologia M3] dal promotore o dal legale rappresentante dell'organismo di gestione del polo o, in mancanza, dal titolare dell'esercizio che, con il proprio ingresso nel polo, fa superare i limiti dimensionali minimi previsti». Al comma 3-quater stabilisce che: «Sono classificati polo commerciale gli esercizi commerciali inseriti in un medesimo piano attuativo con progetto di carattere unitario e oggetto di richiesta di approvazione unica oltre che di autorizzazione per ciascuna attività commerciale prevista dal medesimo progetto. Sono classificati polo commerciale, inoltre, gli esercizi commerciali inseriti in: a) edifici contigui i cui perimetri si tocchino; b) edifici nei quali sono inseriti più esercizi commerciali in piani sovrastanti; c) edifici adiacenti i cui perimetri si trovino ad una distanza lineare inferiore a 40 metri; d) edifici adiacenti i cui perimetri si trovino ad una distanza lineare superiore a 40 metri, qualora vi siano collegamenti strutturali di qualsiasi tipo tra detti edifici; e) un unico edificio dotato di più ingressi autonomi e indipendenti e servizi non gestiti unitariamente». Dalla lettura della disciplina sopra riportata emerge come il legislatore regionale attribuisca la qualifica di «polo commerciale» ad esercizi com-

mercials per il solo fatto che questi siano adiacenti o vicini e a prescindere dalla volontà degli esercenti di unirsi in un polo commerciale. In tali casi, dunque, il legislatore regionale sottopone anche gli esercizi di vicinato alla complessa procedura autorizzatoria prevista per le grandi strutture di vendita, o per le medie strutture superiori di tipologia M3, mentre essi, altrimenti, sarebbero soggetti, in base all'art. 4-bis della medesima legge regionale, alla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) da presentare, ai sensi dell'art. 19 della l. 7.8.1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), allo Sportello unico per le attività produttive e per l'edilizia (SUAPE) del Comune competente per territorio. Risulta evidente, pertanto, che la norma impugnata introduce nuovi vincoli all'apertura degli esercizi commerciali ponendosi in contrasto, tra l'altro, con i principi di liberalizzazione posti: 1) dall'art. 31, co. 2, del d.l. n. 201 del 2011 secondo cui: «costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali»; 2) dall'art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 24.3.2012, n. 27, che ha stabilito, in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, che sono abrogate «a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione ter-

ritoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti».

Infine, le norme impugnate, nell'assoggettare gli esercizi di vicinato, nei casi previsti dal comma 3-quater dell'art. 10-bis, alla procedura di autorizzazione delle medie e grandi strutture di vendita, introducono nuovamente dei vincoli anche in relazione al rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio in violazione dell'art. 3, comma 1, lettera b), del d.l. 4.7.2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della l. 4.8.2006, n. 248. Tale ultima disposizione nel fissare le regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale pone un divieto espresso all'introduzione, da parte del legislatore regionale, di limiti relativi al «rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio». In conclusione, le norme impugnate si prestano a reintrodurre limiti e vincoli in contrasto con la normativa statale di liberalizzazione sopra indicata, così invadendo la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» e violando, quindi, l'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. Restano assorbiti gli altri profili di illegittimità costituzionale dedotti nel ricorso.

3. – La seconda questione sollevata dal Presidente del Consiglio con il ricorso in esame è

relativa all'art. 43 della legge reg. n. 10 del 2013 che, nel sostituire l'art. 7 della legge della Regione Umbria 23.7.2003, n. 13 (Disciplina della rete distributiva dei carburanti per auto-trazione), concernente i nuovi impianti di distribuzione dei carburanti, prescrive, al comma 1, che i nuovi impianti erogano «benzina e gasolio e almeno un prodotto a scelta tra alimentazione elettrica, metano, GPL, biodiesel per autotrazione, idrogeno o relative miscele, a condizione che tale ultimo obbligo non comporti ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionati alle finalità dell'obbligo».

Secondo il ricorrente la norma violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia «tutela della concorrenza», introducendo una disciplina più restrittiva di quella prevista dall'art. 83-bis, comma 17, del d.l. 25.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 6.8.2008, n. 133, secondo cui: «Al fine di garantire il pieno rispetto delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e di assicurare il corretto e uniforme funzionamento del mercato, l'installazione e l'esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti non possono essere subordinati alla chiusura di impianti esistenti né al rispetto di vincoli, con finalità commerciali, relativi a contingentamenti numerici, distanze minime tra impianti e tra impianti ed esercizi o superfici minime commerciali o che pongono restrizioni od obblighi circa la possibilità di offrire, nel medesimo impianto o nella stessa area, attività e servizi integrativi o che prevedano obbligatoriamente la presenza contestuale di più tipologie di carburanti, ivi incluso il metano per autotrazione, se tale ultimo obbligo comporta ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità dell'obbligo».

3.1.- La questione è fondata.

Anche in questo caso la norma regionale introduce vincoli più restrittivi all'apertura di nuovi impianti di distribuzione di carburanti, prevedendo l'obbligo di erogare contestualmente gasolio e benzina in contrasto con quanto previsto

dall'83 bis, co. 17, del d.l. n. 112 del 2008 che vieta restrizioni che prevedano obbligatoriamente la presenza contestuale di più tipologie di carburanti. In altri termini la norma impugnata introduce significative e sproporzionate barriere all'ingresso nei mercati, non giustificate dal perseguimento di specifici interessi pubblici, condizionando o ritardando l'ingresso di nuovi operatori e, conseguentemente, ingenerando ingiustificate discriminazioni a danno della concorrenza, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

4.- Il ricorrente, infine, solleva questione di costituzionalità dell'art. 44, della legge reg. n. 10 del 2013 che nell'aggiungere l'art. 7-ter alla legge reg. n. 13 del 2003, prescrive al comma 1, che «Possono essere installati nuovi impianti dotati di apparecchiature self-service pre-pagamento funzionanti senza la presenza del gestore, se classificati di pubblica utilità ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. q) e a condizione che ne sia garantita adeguata sorveglianza secondo le modalità stabilite dal Comune».

L'art. 2, co. 1, lett. q), della legge reg. n. 13 del 2003, richiamato dalla norma impugnata, fornisce la seguente nozione di «impianto di pubblica utilità», definendolo: «l'unico impianto del Comune o l'impianto posto ad almeno dieci chilometri dal punto di distribuzione più vicino anche se ubicato sul territorio di altro Comune limitrofo».

Ne consegue che il legislatore regionale, con la nuova formulazione dell'art. 7-ter, subordina l'installazione di un nuovo impianto dotato di apparecchiature self-service e pre-pagamento funzionanti senza la presenza del gestore alla condizione che esso sia l'unico del Comune o che quello più vicino sia ad almeno dieci chilometri di distanza anche se ubicato in un Comune limitrofo.

Il ricorrente ritiene che la norma violi la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia della «tutela della concorrenza» ex art. 117, co. 2, lett. e), Cost.

4.1.- La questione è fondata.

La norma impugnata pone ulteriori e diversi limiti all'apertura di nuovi impianti che utilizzano apparecchiature per la modalità di rifornimento senza servizio con pagamento anticipato in contrasto con quanto stabilito dal d.l. n. 1 del 2012, che all'art. 18 rubricato «Liberaliz-

zazione degli impianti completamente automatizzati fuori dei centri abitati», ha modificato il co. 7 dell'art. 28 del d.l. 6.7.2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 15.7.2011, n. 111, prevedendo che «Nel rispetto delle norme di circolazione stradale, presso gli impianti stradali di distribuzione carburanti posti al di fuori dei centri abitati, quali definiti ai sensi del codice della strada o degli strumenti urbanistici comunali, non possono essere posti vincoli o limitazioni all'utilizzo continuativo, anche senza assistenza, delle apparecchiature per la modalità di rifornimento senza servizio con pagamento anticipato». Risulta evidente, pertanto, che anche quest'ultima norma impugnata introduce una misura restrittiva della concorrenza ponendo divieti e restrizioni che condizionano e ritardano l'avvio di nuove attività economiche e l'ingresso di nuovi operatori, senza che tali ostacoli siano proporzionati alle finalità pubbliche perseguite. per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE 1) dichiara l'illegittimità

costituzionale dell'art. 9 della l. della Regione Umbria 6.5.2013, n. 10 (Disposizioni in materia di commercio per l'attuazione del d.l. 6.12.2011, n. 201 convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214 e del d.l. 24.1.2012, n. 1 convertito, con modificazioni, dalla legge 24.3.2012, n. 27. Ulteriori modifiche ed integrazioni della legge regionale 3.8.1999, n. 24, della legge regionale 20.1.2000, n. 6 e della legge regionale 23.3.2003, n. 13), che ha aggiunto all'art. 10-bis della legge della Regione Umbria 3.8.1999, n. 24 (Disposizioni in materia di commercio in attuazione del d.lgs. 31.3.1998, n. 114), i coo. da 3-bis a 3-sexies; 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 della legge reg. n. 10 del 2013 che sostituisce l'art. 7 della legge della Regione Umbria 23.7. 2003, n. 13 (Disciplina della rete distributiva dei carburanti per autotrazione); 3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 della legge reg. n. 10 del 2013 che aggiunge l'art. 7-ter alla legge reg. n. 13 del 2003. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 7.5.2014.

«.....GA.....»



# COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **CONSERVATORI: IN VIGORE LA CIRCOLARE AGID SUGLI ACCREDITATORI CERTIFICATI**

*Con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 89 del 16.4.2014 della Circolare AgID n. 65/2014 entrano in vigore le nuove modalità per l'accreditamento e la vigilanza sui soggetti pubblici e privati che svolgono attività di conservazione dei documenti informatici. I conservatori che intendono conseguire il riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato per qualità e sicurezza chiedono l'accreditamento all'Agenzia per l'Italia Digitale (Circolare AgID del 17.4.2014).*

«..... GA.....»

### **CIRCOLARE 13.5.2014, N.17717 – DISCIPLINA DEI CONTRATTI DI SVILUPPO DI CUI AL D.M. 14.2.2014. CHIARIMENTI IN MERITO ALL'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA**

*Il d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9.8.2013, n. 98, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia", ha previsto, all'articolo 3, il rifinanziamento dello strumento dei contratti di sviluppo di cui all'art. 43 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133. In particolare, al fine di accelerare le procedure per la concessione delle agevolazioni e di favorire la rapida realizzazione dei programmi d'investimento, al comma 4 del predetto articolo 3 è demandato al Ministro dello sviluppo economico il compito di provvedere, con proprio decreto, a ridefinire le modalità e i criteri per*

*la concessione delle agevolazioni previste dallo strumento dei contratti di sviluppo. In applicazione di tale norma, è stato adottato il decreto del Ministro dello sviluppo economico 14.2.2014, pubblicato nella G.U.R.I. del 28.4.2014, n. 97. Tale decreto sostituisce pertanto la normativa precedente, contenuta nel decreto interministeriale 24.9.2010, nel decreto del Ministro dello sviluppo economico 11.5.2011 e nella circolare 16.6.2011, n. 21364, come modificata dalla circolare 29.3.2013, n. 11345. Al fine di fornire indicazioni in merito all'applicazione della richiamata nuova normativa, la presente circolare contiene alcuni chiarimenti in merito all'applicazione delle nuove disposizioni, nonché alle modalità e alla tempistica per la presentazione delle domande di agevolazioni.*

*1. Definizione delle modalità per la presentazione delle domande. L'art. 9, co. 1, del decreto 14.2.2014 prevede che lo schema in base al quale deve essere redatta la domanda di agevolazioni nonché la documentazione da allegare alla domanda stessa siano definiti dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A. sulla base delle indicazioni fornite dal Ministero dello sviluppo economico. Tali indicazioni saranno definite nell'ambito del provvedimento del Direttore generale per gli incentivi alle imprese di cui al co. 4 dello stesso art. 9, entro 30 giorni dalla data di pubblicazione del decreto 14.2.2014 nella Gazzetta Ufficiale. Pertanto, a decorrere dalla medesima data, 28.4.2014, è sospesa la presentazione di nuove domande di accesso alle agevolazioni, che potranno essere presentate dalle imprese e ricevute da codesta Agenzia solo successivamente all'emanazione del predetto provvedimento direttoriale. Eventua-*

li domande pervenute tra il 28.4.2014 e la data della presente circolare sono restituite alle imprese istanti. 2.Domande in corso di istruttoria. L'art. 34, co. 1, del decreto 14.2.2014 prevede che le disposizioni contenute nello stesso decreto si applicano anche alle domande che alla data di pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale risultano in corso di istruttoria, in quanto compatibili con lo stato del relativo procedimento. A tal riguardo si sottolinea che, come previsto dal richiamato art. 3, co. 4, del d.l. 21.6.2013, la finalità della riforma dello strumento del contratto di sviluppo, definita con il decreto 14.2.2014, è quella di accelerare le procedure per la concessione delle agevolazioni e di favorire la rapida realizzazione dei programmi d'investimento. Pertanto, tenuto conto dei termini ravvicinati imposti dalla disciplina comunitaria ai fini della deliberazione delle agevolazioni e della conseguente avanzata fase istruttoria delle domande, si ritiene che codesta Agenzia debba, in via generale, continuare ad applicare, per ragioni di cor-

rentezza amministrativa, la previgente normativa, fatta salva l'applicazione delle disposizioni contenute nel decreto 14.2.2014 con riferimento a tutti i casi in cui si verifichi una situazione di maggior favore per le imprese richiedenti in termini di riduzione dei tempi e/o di semplificazione del procedimento amministrativo. 3.Disposizioni transitorie. Le domande presentate successivamente all'emanazione del provvedimento direttoriale di cui al punto 1 per le quali, alle date indicate nell'art. 34, co. 2, del decreto 14.2.2014, la relativa attività istruttoria non è ancora completata e, pertanto, non sono state concesse le agevolazioni, sono ammissibili solo in quanto compatibili con le nuove disposizioni adottate dalla Commissione europea per il nuovo periodo di programmazione 2014 - 2020. Al fine di accertare tale compatibilità, l'Agenzia può richiedere integrazioni e chiarimenti rispetto alla documentazione presentata unitamente alla domanda di agevolazioni. IL DIRETTORE GENERALE Carlo Sappino (Firmato Sappino).

«..... GA.....»



## REDAZIONALI

# GIOCO E SCOMMESSE TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO: IL FUTURO DELL'ART. 88 T.U.L.P.S. DOPO LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL CONSIGLIO DI STATO

dell'Avv. Michela Montanari

*La Corte di Giustizia con il Caso Biasci conferma la compatibilità del sistema nazionale italiano del gioco e delle scommesse riconoscendo l'eccezione della tutela dell'ordine pubblico e pubblica sicurezza. Il Consiglio di Stato con le sentenze del novembre 2013 conferma e fa proprio il consolidato orientamento comunitario in materia e si esprime sul futuro della licenza ex art. 88 t.u.l.p.s.*

The Court of Justice by means of the Biasci Case confirms the Italian Law for games and bet accomplish the EU Law, recognising the exception of the law and order and public security protection. The Council of State by the judgements dated November 2013 endorse the well-established position of the EU and take position on the future of the authorization pursuant to article 88 t.u.l.p.s.

*Sommario: 1. Premessa. 2. La riserva statale sul gioco pubblico. 3. Il modello di gestione italiano concessorio-autorizzatorio. 4. La disciplina del gioco alla luce della normativa comunitaria tendente alla liberalizzazione del mercato dei servizi. 5. Evoluzione della giurisprudenza comunitaria dopo la sentenza "Placanica"; 6. Il "Caso Biasci"; 7. Il Consiglio di Stato e il futuro della licenza ex art. 88 t.u.l.p.s.; 8. Il TAR Lazio ed il caso Betsolution 4U Limited del marzo 2014; 9. Conclusioni.*

### **1.Premessa.**

Il sistema italiano nella materia "giochi e scommesse" è costruito su un duplice binario: concessorio ed autorizzatorio anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria ed amministrativa.

Il gioco è un'attività che da sempre ha attratto l'uomo, ma per lungo tempo la materia non ha interessato il legislatore che ha ritenuto di non assoggettarlo giuridicamente ad alcuna specifica disciplina in quanto attività ludica e dunque "para-giuridica".

Infatti il gioco è da sempre stato contaminato da pregiudizi metagiuridici che lo hanno posto al confine tra il giuridicamente rilevante ed il socialmente rilevante.

Negli ultimi anni però il gioco ha assunto

un nuovo "rilievo pubblicistico" e di conseguenza un'attenzione ed interesse da parte del Legislatore sia nazionale che comunitario con ogni relativo problema di compatibilità tra ordinamenti.

### **2. La riserva statale sul gioco pubblico.**

L'importanza attribuita al gioco e alle scommesse è comprovata dal fatto che la relativa attività di organizzazione e gestione degli stessi è riservata in via esclusiva allo Stato e ad enti pubblici ben individuati<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. artt. 1, dlgs. 14.4.1948, n. 496; 1. 2.8.1982, n. 528; 1. 13.12. 1989, n. 401; 1. d.P.R. 8.4.1998, n. 169; 4, d.l. 8.7. 2002, n. 138, d.l. n. 78/09, l. n. 662/96.

La creazione di detto “*monopolio statale*” è stata effettuata nell’ottica teleologica di difendere e tutelare la sicurezza<sup>2</sup>, il buon costume, l’ordine pubblico per contrastare le facili possibili patologie del settore che possono integrare estremi di specifici reati quali frode, riciclaggio del denaro sporco, usura e simili. Infatti sovente è accaduto che il gioco e la scommessa abbia facilitato offerta di gioco illegale ed infiltrazione di organizzazioni criminali e mafiose.

La riserva in favore dello Stato nel settore del gioco pubblico trova dunque la sua *ratio* non tanto - o, comunque, non solo - nello scopo di assicurare delle entrate all’erario bensì in quello di controllare un fenomeno che è suscettibile di coinvolgere flussi cospicui di denaro, anche di provenienza illecita, fenomeno rispetto al quale si pongono, quindi, esigenze di tutela dell’ordine pubblico ed in particolare di contrasto alla criminalità, nonché di tutela della fede pubblica e dei giocatori<sup>3</sup>. In definitiva, anche la politica espansiva nel settore del gioco, pur contraddicendo lo scopo sociale di limitare la propensione al gioco è, tuttavia, coerente con quello di evitarvi, per quanto possibile, le infiltrazioni criminali e di canalizzare le attività del gioco in circuiti controllabili.

Inoltre, sotto il profilo economico, l’intervento dello Stato nel settore del gioco pubblico trova la propria giustificazione se valutato secondo la teoria del cd. “*fallimento del mercato*”.

Il cd. “*fallimento di mercato*” consiste in quella situazione in cui i mercati non sono in grado da soli di organizzare la produzione in maniera efficiente, o non sanno allocare efficientemente beni e servizi ai consumatori e di

conseguenza necessitano dell’intervento pubblico.

Una delle possibili cause di “*fallimento del mercato*” è la presenza di esternalità ovvero di conseguenze (positive o negative) nella sfera di altri soggetti, senza che a questo corrisponda una compensazione (nel caso di impatto negativo) o la corresponsione di un prezzo (nel caso di impatto positivo) pari al costo o al beneficio sopportato o ricevuto.

Inoltre il sistema è stato altresì pensato al fine di proteggere anche i consumatori ed i minori.

Da ultimo, ma non meno importante motivo, si è accentrata detta gestione anche per una finalità in favore dell’erario al fine di assicurare allo Stato rilevanti entrate finanziarie.

Dalla scelta di attuare in materia di gioco pubblico, una riserva statale è disceso l’assoggettamento di detta materia soggetta alla legislazione esclusiva dello Stato posto che, con riferimento al gioco d’azzardo, vietato dall’art. 718 c.p., trova applicazione l’art. 117, co. 2, lett. l) cost., mentre i giochi e le scommesse autorizzati attengono alla materia della pubblica sicurezza di cui all’art. 117 co. 2, lett. h) cost.

Pertanto la disciplina dei giochi pubblici è di competenza statale o di altri enti normativamente indicati, con esclusione di altri centri di normazione quali la regione e la provincia.

Una seconda riserva statale è quella relativa alla gestione dei giochi pubblici, riconducibile alla volontà del Legislatore, espressa con il d. lgs. n. 496 del 14.4.1948 che, all’art. 1, dispone che l’organizzazione e l’esercizio dei giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponde una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato.

Per quel che concerne l’esercizio, l’attività di gioco e scommessa può essere conferita dallo Stato ai privati mediante concessione, mentre è esclusa la libera iniziativa economica dei privati.

Si tratta di un servizio pubblico oggetto di concessione da parte di una norma primaria (con esclusione di atti regolamentari o circolari) il cui fondamento normativo discende

<sup>2</sup> TAR Lazio, II, 31.5.2005, n. 4296, evidenza che la *ratio* storica di cui alla riserva dell’art. 1 d.lgs. n. 496/48 risiede nei rilevanti interessi coinvolti nel gioco, quali le esigenze di contrasto del crimine e, più in generale, di ordine pubblico, di fede pubblica, la necessità di tutela dei giocatori, di controllo di un fenomeno che è suscettibile di coinvolgere flussi cospicui di denaro a volte di provenienza illecita e non a caso le norme sul gioco sono inserite nel R.D. n. 773 del 1931.

<sup>3</sup> v. CdS, IV, 1.3.2006, n. 962; Cass. civ., Sez. un., 1.4.2003, n. 4994; TAR. Lazio n. 4296/05.

dall'art. 41 cost. che pone la riserva di legge in ordine a limitazioni della iniziativa economica privata da parte dei pubblici poteri<sup>4</sup>.

Inoltre va evidenziato che la riserva statale sul gioco pubblico è, altresì, soggetta al regime dell'art. 43 cost. e compatibile con esso in quanto l'esercizio dei giochi, per scopi di utilità generale, è sottratto alla libera iniziativa economica dei privati i quali hanno però la possibilità di esercitarla solo se in possesso di predeterminati requisiti.

La suindicata riserva statale ha dovuto confrontarsi obbligatoriamente con il diritto comunitario quale fonte primaria del nostro diritto interno. Dal confronto detta riserva statale è stata riconosciuta compatibile con i principi comunitari di concorrenzialità, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, purché le norme siano supportate da motivi imperativi di interesse generale, perseguano lo scopo, non siano sproporzionate né discriminatorie.

### 3. Il modello di gestione italiano concessorio-autorizzatorio.

La Pubblica Amministrazione ha pertanto la facoltà di poter decidere le modalità di gestione del servizio *de quo* avendo a disposizione l'opzione della gestione diretta, oppure l'utilizzo della concessione amministrativa.

La concessione amministrativa è provvedimento amministrativo di tipo ampliativo mediante il quale, all'esito di un procedimento amministrativo ed all'interno dello stesso e nel rispetto delle regole di cui alla l. 241/1990, si conferiscono a terzi soggetti privati le gestioni di detto servizio.

Il concessionario diviene pertanto titolare in via esclusiva del diritto di esercitare certe attività oggetto di concessione, secondo lo schema della concessione-contratto, previa individuazione dei contraenti privati secondo le procedure dell'evidenza pubblica.

Di conseguenza si rende necessaria, ai sensi dell'art. 88 t.u.l.p.s., sia tale concessione, rilasciata dall'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (AAMS), sia anche l'autorizzazione di polizia rilasciata dal questore competente.

Il questore può rilasciare detta autorizzazione ai sensi dell'art. 88 t.u.l.p.s. solo a coloro che siano contestualmente concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzare e gestire le scommesse, nonché ai soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della medesima concessione o autorizzazione.

La sanzione che ne scaturisce in caso di esercizio abusivo di scommesse è stata introdotta dall'art. 4 l.n. 401/1989 e successive modifiche ed è di natura penale ai sensi degli artt. 11 e 14 t.u.l.p.s.

Il sistema a duplice natura concessoria ed autorizzatoria ha il proprio fondamento normativo nel d.lgs n. 496/1948. Detta normativa non subirà modificazioni per oltre quarant'anni e prescrive all'art. 2 che il Ministero delle Finanze *“può effettuare la gestione (dei giochi) o direttamente o per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguate garanzie di idoneità”*.

Il sistema concessorio dei giochi viene nuovamente modificato con l'emanazione d.l. 4.7. 2006, n. 223 (c.d. decreto *“Bersani”*), volto ad attuare un processo di liberalizzazione del settore delle scommesse sportive. In particolare, l'art. 38, c co. 2, lett.d, d.l. n. 223/2006 definisce le modalità di apertura dei nuovi punti vendita, prevedendo *“l'effettuazione di una o più procedure aperte cui potranno partecipare solo operatori che esercitano in ambito UE, Efta e di altri Stati, qualora siano in possesso dei requisiti previsti dall' AAMS”*. Per la regolazione di tali aperture vengono inoltre previsti dei limiti geografici di vicinanza tra i punti di raccolta scommesse, diversificati in base alla popolazione del comune.

Diverse vicissitudini e modificazioni si sono succedute sino ad arrivare al d.l. che all'art. 10 ha previsto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato sugli schemi degli atti di gara per il rilascio di concessioni in materia di giochi pubblici nonché sugli schemi di provvedimento di definizione dei criteri per la valutazione dei requisiti di solidità patrimoniale dei concessionari. Il controllo della documentazione antimafia è stato esteso anche ai familiari dei rappresentanti legali delle so-

<sup>4</sup> Cfr. TAR Lazio, III, 18.2.2008, n. 1422

cietà concessionarie; mentre è preclusa la partecipazione alle gare nel settore dei giochi anche nel caso in cui i reati che vengono contestati siano stati commessi o contestati ai familiari dei rappresentanti legali delle società partecipanti.

#### 4. La disciplina del gioco alla luce della normativa comunitaria tendente alla liberalizzazione del mercato dei servizi.

L'Unione Europea, attraverso l'approvazione definitiva della dir. 2006/123/CE relativa alla libera prestazione dei servizi nel mercato interno, meglio nota come "*direttiva ex Bolkenstein*", ha avviato l'atteso e contrastato processo di liberalizzazione del mercato dei servizi, già prescritto dai Trattati di Roma del 1957, ma mai concretizzatosi.

La stessa direttiva in oggetto prevede però alcuni settori esclusi dal proprio raggio d'azione nonchè le motivazioni di tali scelte che risultano giustificate da limiti funzionali, materiali ed operativi talvolta facilmente rilevabili e altre volte molto meno facilmente comprensibili sia in punto di fatto che di diritto.

Tra i settori esclusi rinveniamo *inter alia* anche e proprio le attività di azzardo intendendosi per tali i giochi e le scommesse.

Preliminarmente va ricordato che tali settori, ancorchè esclusi dalla direttiva in esame in forza di una giurisprudenza consolidata, restano comunque soggetti alle norme generali di cui agli artt. 43 e 49 in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi del Trattato e pertanto non sono del tutto esentati dalle esigenze di liberalizzazione.

Di conseguenza nel settore del gioco e delle scommesse si è aperto da decenni un confronto tra normativa italiana e normativa comunitaria al fine di verificare la compatibilità della prima alle norme e principi della seconda. Sono insorte pertanto questioni interpretative superate in sede giurisprudenziale in rapporto particolarmente alla compatibilità delle normative nazionali più restrittive che li caratterizzano, rispetto ai principi generali del Trattato con un evidente stato confusionale della normativa del gioco.

Occorre risalire alla *ratio* che ha escluso il settore del gioco e scommesse dall'ambito di

applicazione della direttiva Bolkenstein. Tali settori siano stati rigorosamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva in esame per ragioni profonde e *limiti di carattere funzionale, materiale ed operativo*. Il *limite funzionale* nasce da motivazioni che trovano origine nell'economia che ciascun paese intende adottare per sé, che in alcuni casi scoraggia la liberalizzazione di determinati settori e/o servizi in quanto *funzionalmente* rischiosa in termini di costi e ricavi per il mercato di riferimento; il *limite materiale*, come tale trova la sua massima espressione in normative ed atti preesistenti alla direttiva in esame, con la conseguenza che liberalizzare un settore e/o servizio già disciplinato da atti e norme ad hoc sarebbe stato *materialmente* inopportuno sicchè è apparso preferibile evitare possibili conflitti di norme in un settore e/o servizio già di per sé fittamente regolamentato; il *limite operativo* invece è rappresentato da ragioni di ordine pubblico, salute e sanità di matrice prevalentemente giurisprudenziale, sfavorevoli ad piena liberalizzazione di alcuni settori in quanto espressione del benessere sociale e della tutela della collettività.

E' apparso opportuno escludere dal campo d'applicazione della direttiva i giochi con denaro, ivi comprese le lotterie e le scommesse, tenuto conto della natura specifica di tali attività, che comportano da parte degli Stati membri l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori. L'art. 45 (*ex art.39 del TCE*) statuisce sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione Europea abolendo ogni forma di discriminazione ma nel contempo introduce una clausola di salvaguardia come limite eccezionale a detta libertà: "*Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica*". Proprio l'applicazione di detta clausola di salvaguardia ha comportato la declaratoria di legittimità del nostro sistema in tema di gioco e scommesse da parte dell'ordinamento comunitario.

Il legislatore europeo ha evidenziato che nel settore in esame emergono i *limiti operativi* che ostano ad una reale apertura del mercato dei servizi come peraltro già evidenziato



più volte dalla Corte di Giustizia della Unione Europea dalla giurisprudenza italiana che sono state chiamate a decidere sul punto e in particolare sulla compatibilità delle norme penali nazionali in tema di giochi e scommesse con le disposizioni del Trattato riguardanti la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

Discorso diverso va fatto, ad esempio, in tema di libertà di stabilimento in caso di concessioni di servizi pubblici i quali, seppur esclusi, non sono esenti dal rispetto delle regole in tema di trasparenza e pubblicità in caso di rinnovo delle concessioni già esistenti. Con ciò si rileva un'evidente dilatazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi conseguente all'intervento della giurisprudenza comunitaria, poi compressa dalla produzione legislativa comunitaria e nazionale, in nome della salvaguardia dell'interesse pubblico.

Il problema dell'ordine e interesse pubblico è immanente nel settore del gioco e scommesse in quanto, come già prima evidenziato, il mercato dei giochi pubblici, in assenza dell'intervento dello Stato, presenta possibili esternalità negative quali l'infiltrazione della criminalità organizzata e l'assenza di adeguata tutela della fede pubblica e dei giocatori. E' dunque così emerso un problema di confronto e compatibilità delle norme interne, relativa alla disciplina dei giochi e scommesse con gli articoli del Trattato CE al punto che diverse volte la Corte di giustizia si è occupata di verificare e sindacare la compatibilità della normativa italiana con i principi di diritto comunitario quali la libertà di stabilimento di cui all'art. 43 e 49 del Trattato CE, nonché con i principi di parità di trattamento e di effettività.

La libertà di stabilimento vieta le misure distintamente applicabili, quali discriminazioni fondate sulla nazionalità, che trovino nella cittadinanza straniera il presupposto di applicazione.

Il primo intervento della Corte di Giustizia riguardante il sistema concessorio italiano si ravvisa nella sentenza Zenatti<sup>5</sup>.

La Corte analizza la normativa italiana di

giochi e scommesse, affermando che tale normativa, in prima battuta, si pone in contrasto con il principio di libera prestazioni dei servizi sancito dall'art. 49 del Trattato CE, riconoscendo possibilità di restrizioni in casi tassativi individuati dagli artt. 45 e 46, ossia quando vi è la partecipazione all'esercizio dei poteri pubblici, o per motivi di ordine pubblico, di sicurezza o di sanità pubblica. La sentenza riconosce che la normativa italiana è ispirata dall'obiettivo di perseguire politiche a tutela dell'ordine sociale, in quanto il controllo statale nell'affidamento delle concessioni ha come scopo quello di evitare eventuali infiltrazioni malavitose all'interno del settore, oltre a quello di disincentivare la pratica del gioco.

Tra le tante questioni affrontate dalla giurisprudenza di cui sopra, una delle più dibattute riguarda la disciplina italiana relativa ai giochi d'azzardo e le scommesse, modificata dalla l.n. 388/2000 che ha introdotto gli artt. 4 *bis* e 4 *ter* della l.n.401/89, la cui compatibilità è stata criticata, segnatamente in punto di rispetto dei principi stabiliti dal Trattato in tema di libertà di stabilimento. In breve, la questione è stata risolta in prima battuta dalla Corte di Cassazione la quale ha ritenuto applicabile il nuovo sistema sanzionatorio e lo ha dichiarato compatibile con il diritto comunitario<sup>6</sup>.

La vicenda tuttavia è stata portata innanzi alla Corte di Giustizia CE dal Tribunale di Fermo, nel procedimento *Gabelli* e altre 137 persone per violazione dell'art. 4 della l. n. 401/89 come questione pregiudiziale. In particolare, il Tribunale di Fermo ha proposto alla Corte di Giustizia CE il seguente quesito “*se vi sia incompatibilità, con conseguenti effetti nell'ordinamento giuridico interno, degli artt. 43 e ss. e 49 del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento ed i libera prestazione di servizi transfrontalieri con una normativa nazionale, quale quella italiana di cui all' art. 4 nr. 1-4, 4 bis e 4 ter della l. 401/89 (come da ultimo modificata dall' art. 37 n. 5 l. 388/2000), contenente divieti penalmente sanzionati di svolgimento delle attività, da chiunque o ovunque effettuate, di*

<sup>5</sup> C. giust. CE 21.10.1999, causa C- 67/98.

<sup>6</sup> Cass. Pen. III, 2002 n. 21549.

*raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommesse, in particolare su eventi sportivi, in assenza di presupposti concessori e autorizzatori prescritti dal diritto interno*". La Corte di Giustizia CE a tal proposito ha affermato che in linea di principio vi è un' incompatibilità tra la normativa nazionale e quella comunitaria anzidetta, ma trattandosi di questione pregiudiziale, ha assegnato al giudice italiano il compito di verificare se la normativa in questione "risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi"<sup>7</sup>.

Di seguito la Suprema Corte nel caso di specie ha confermato nuovamente la compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria e in particolare nella sentenza *Gesualdi* n. 111/04 del 26.4.2004 ha sostenuto che l'art. 4 della l. 401/89, e in particolare l'art. 4 bis in relazione all'art. 88 del t.u.l.p.s., non sono incompatibili con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi. Va comunque specificato che tale compatibilità delle due normative è ampiamente giustificata, secondo la giurisprudenza recepita poi dalla direttiva sui servizi nel mercato interno, laddove vi siano altresì motivi imperativi di interesse generale volti a garantire ordine pubblico, sicurezza, salute e sanità.

Le questione è nuovamente affrontata con la sentenza *Gambelli*<sup>8</sup>, cui seguì la sentenza *Placanica*<sup>9</sup> in quanto nel 1999 le autorità italiane assegnarono, a seguito di gara pubblica, concessioni per le scommesse sulle competizioni sportive e ippiche, escludendo gli operatori costituiti in forma di società per azioni quotate nei mercati regolamentari, che la Corte di Giustizia ritenne in contrasto con gli art. 43 e 49 CE.

Per la prima volta con la sentenza *Placanica* (cause n.338/04, 359/04 e 360/04 del 6 marzo 2007), la Corte di giustizia ha ritenuto che l'obiettivo della prevenzione del-

l'esercizio delle attività di gioco d'azzardo per fini criminali o fraudolenti, canalizzandole in circuiti controllabili, può giustificare le limitazioni alle libertà comunitarie poste dalla normativa italiana.

La Corte di Giustizia inoltre e nel contempo lascia al giudice nazionale il sindacato di verifica del rispetto del criterio della proporzionalità con cui queste misure derogatorie dei principi comunitari sono state adottate. La Corte di Lussemburgo non ha, però, completamente risolto la questione se un *bookmaker* di altro Stato membro, qualora soddisfatti i requisiti previsti dalla sua normativa, possa legittimamente esercitare la medesima attività in un altro Stato in forza della sola licenza ottenuta nel Paese d'origine.

Sul punto, la Corte ha statuito che «*spetta ai giudici nazionali verificare se una normativa nazionale che vieta l'esercizio di attività di raccolta, di accettazione, di registrazione e di trasmissione di proposte di scommesse, in particolare sugli eventi sportivi, in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia rilasciate dallo Stato membro interessato, in quanto limita il numero di soggetti che opera nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo mirante a prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti*».

##### **5. Evoluzione della giurisprudenza comunitaria dopo la sentenza "Placanica".**

La Corte di Cassazione, a differenza di quanto accaduto a seguito della sentenza "Gambelli" del 2004, ha aperto il proprio orientamento al dettato del Giudice Europeo della sentenza "Placanica", soprattutto per quel che concerne l'incongruità del sistema sanzionatorio interno. Nella giurisprudenza della Suprema Corte immediatamente successiva alla sentenza "Placanica", si opta per la disapplicazione della normativa italiana - poiché incompatibile con quella comunitaria - «*nella limitata ipotesi in cui la concessione o autorizzazione sia stata negata o per ragioni di tutela del monopolio o in virtù della natura societaria anonima del richiedente, e non già per ragioni di ordine pubblico*», censurando la previsione di controlli o limitazioni di determinate attività d'impresa - quale quella

<sup>7</sup> Causa C- 243/01 decisa dalla Corte il 6.11.2003.

<sup>8</sup> C. giust. CE 6.11.2003 causa C- 243/01.

<sup>9</sup> C. giust. CE, Grande Sezione, 6.3.2007, *Placanica* e, in cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04.

della gestione e raccolta delle scommesse- a finalità diverse, quali la salvaguardia di un monopolio a favore delle imprese nazionali, o la negazione della concessioni a soggetti che, in forza del diritto dello Stato di stabilimento, sono dotate delle richieste autorizzazioni.

A fronte di questa nuova visione della Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, di converso e nonostante qualche timida apertura, ha sostanzialmente mantenuto e consolidato la propria posizione restrittiva in relazione al regime autorizzatorio di cui all'art. 88 t.u.l.p.s. con riferimento alla possibilità, per le imprese di scommesse estere, di poter esercitare in Italia la propria attività in assenza della suddetta licenza di Polizia.

Il Consiglio di Stato infatti ha continuato a sottolineare la necessità di canalizzare la domanda degli scommettitori in circuiti controllabili, scoraggiando le possibili infiltrazioni della criminalità organizzata e le connesse attività di riciclaggio di denaro, soprattutto con modalità *on-line*.

La motivazione dell'orientamento restrittivo del Consiglio di Stato si fonda nel principio costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41, co. 2, Cost., nella parte in cui prevede ed acconsente alla libera iniziativa economica privata laddove non sia esercitata in contrasto con l'utilità sociale, la quale implica, appunto, il necessario contrasto alle operazioni criminali di riciclaggio di denaro.

L'esigenza di lotta alla criminalità organizzata ed alle infiltrazioni mafiose secondo il Consiglio di Stato è da ritenersi compatibile con il regime comunitario ed in particolare con le libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, ma sempre sul presupposto indefettibile che le restrizioni poste all'esercizio dell'attività siano rispondenti ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzione<sup>10</sup>.

Ma, in sostanza, secondo il Consiglio di Stato, la sentenza "*Placanica*" non decreta affatto la fine della disciplina nazionale sulla raccolta delle scommesse, caratterizzata dall'esistenza di un concessione ottenuta me-

dante gara, seguita dal rilascio di un'autorizzazione di pubblica sicurezza; semmai, la normativa italiana sarebbe incompatibile con il diritto comunitario con riferimento alle sole «*modalità con cui il regime concessorio è stato disciplinato e, quindi, attuato*», nonché nella parte in cui prevede limiti alle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi che la sentenza Placanica ha ritenuto ingiustificati.

Ma tali limiti non sussistono, per il Consiglio di Stato, rispetto alla previsione di cui all'art. 88 t.u.l.p.s., giustificata da ragioni di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico e sociale, le quali rendono necessario il possesso dei prescritti requisiti di moralità e di affidabilità per chi intenda svolgere l'attività di intermediazione.

Conseguentemente, l'obbligo di richiedere e ottenere l'autorizzazione di polizia per poter svolgere l'attività di *booking* non costituisce di per sé una violazione ingiustificata alle libertà di stabilimento e prestazione di servizi.

Ciò che costituisce violazione a dette libertà comunitariamente protette è la previsione di un controllo e/o di una limitazione per favorire ad esempio imprese nazionali o assicurare monopoli: sul punto si veda in relazione a tali statuizioni, la decisione del Giudice di Campi Salentina (sentenza n. 47/11 del Tribunale di Campi Salentina), là dove, nel caso specifico, la licenza di cui all'art. 88 t.u.l.p.s., formalmente richiesta dall'imputato, era stata negata per motivi diversi da quelli riconosciuti meritevoli di tutela (ossia l'ordine o la sicurezza pubblica). In tal caso la licenza era stata negata dal Questore perché la società stabilita in altro Paese dell'UE non risultava assegnataria della concessione per il gioco e le scommesse assegnate dallo Stato Italiano, senza mai affermare che il centro di raccolta delle scommesse gestito dall'imputato non possedesse i requisiti soggettivi necessari ad ottenere la licenza di pubblica sicurezza.

Nella suindicata sentenza si rinvia alla sentenza "*Placanica*" ed alle stesse pronunce della Corte di Cassazione che ne hanno fatto applicazione, le quali «*non dubitano della legittimità della sottoposizione di determinate attività d'impresa –ed in specie di quella di gestione delle scommesse- ad un regime di*

<sup>10</sup> Cfr. CdS, VI, n. 2827/2009.

autorizzazioni, a tutela dell'ordine e sicurezza pubblica, ma censura invece la previsione di tali controlli o limitazioni a diverse finalità, come ad es. quella di assicurare un monopolio o favorire imprese nazionali, o la negazione delle suddette concessioni a soggetti che, in forza del diritto dello Stato di stabilimento, sono dotate delle richieste autorizzazioni».

Successivamente, con la sentenza 8.9.2009 (“Santa Casa” causa n. C-42/07) della Corte di Giustizia, quest’ultima sembra rappresentare una sorta di *revirement* rispetto alle precedenti pronunce dello stesso Giudice Europeo, là dove va a rimarcare quello che è il limite dell’ordine pubblico nell’esercizio dell’attività di raccolta delle scommesse tramite internet nel territorio degli Stati UE.

La Corte qui si è limitata a pronunciarsi solo in relazione all’art. 49 Tr. CE (oggi art. 56 TFUE), poiché nel caso devoluto alla sua attenzione non rilevavano profili di incompatibilità della normativa portoghese con la libertà di stabilimento e con la libertà di movimento dei capitali nell’ambito dell’Unione Europea.

La Corte di Giustizia ha in tal caso evidenziato che la disciplina portoghese in materia di gioco e scommesse comporta di fatto una restrizione alla libera circolazione dei servizi nell’UE, *ma ha, tuttavia, rinvenuto la giustificazione a tale restrizione nell’esigenza, per il governo nazionale portoghese, di preservare l’ordine pubblico e di combattere la criminalità*.

Sembrerebbe dunque che la tutela della concorrenza nel settore del gioco non sarebbe applicabile in quanto prevalenti le esigenze di ordine pubblico e di lotta alla criminalità.

Pertanto se nella sentenza “Placanica” la Corte affidava espressamente ai giudici nazionali il compito di «verificare se la normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d’azzardo, risponda realmente all’obiettivo mirante a prevenire l’esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti» (punto 72), con la sentenza “Santa Casa”, invece, lo stesso giudice comunitario si spinge ad autorizzare *ex ante*, una restrizione alla libera circolazione dei servizi offerti dagli

operatori di scommesse *on line*, purché non apertamente discriminatoria.

Pertanto la limitazione prevista dalla normativa nazionale potrà essere ritenuta compatibile con l’interpretazione pregiudiziale della Corte solo laddove essa colpisca, indistintamente, tutti gli operatori del settore interessato, indipendentemente dal loro Paese di provenienza o dalla loro nazionalità.

L’eccezione dell’interesse pubblico ritorna e si rafforza addirittura rendendo di fatto inapplicabili le regole della concorrenza nel settore dei giochi e delle scommesse.

Nel caso “Santa Casa” come in altri casi simili ciò che viene in contestazione non è l’esistenza di una restrizione alla libera prestazione di servizi (restrizione non contestata neanche dallo stesso Governo portoghese), bensì la valutazione della legittimità o meno di detta restrizione.

Si rammenta che in base al diritto comunitario una restrizione alla libera prestazione di servizi è giustificata quando: a) è sorretta da un motivo imperativo di interesse generale; b) è atta a conseguire lo scopo perseguito (criterio di proporzionalità); c) non eccede quanto necessario per raggiungerlo (criterio di necessità); d) quando ha un carattere non discriminatorio.

Quando - come nel caso “Santa Casa” - entra in gioco la tutela dei consumatori e dell’ordine pubblico la restrizione alle libertà comunitarie è da considerarsi legittima.

La sentenza “Santa Casa” non risolve definitivamente la questione del “confine” tra restrizione legittima ed illegittima, ma indica la necessità che tale valutazione sia effettuata caso per caso.

In altre parole, l’art. 49 TCE (oggi art. 56 TFUE) non osta a una normativa nazionale che individui un soggetto unico quale esclusivo responsabile della gestione dei giochi d’azzardo, a patto che esso sia controllato dallo Stato e non abbia scopi di lucro e che la normativa nazionale restrittiva delle libertà comunitarie sia giustificata dal rispetto delle quattro condizioni prima richiamate.

## 6. Il “Caso Biasci”.

Recentemente la Corte di Giustizia è tornata ad occuparsi del mercato del gioco e del-

le scommesse con il cd. “*caso Biasci*” (C. giust. CE III, 12.9.2013, Cause riunite C-660/11 e C-8/12).

Con il Caso Biasci la Corte di Giustizia riconferma il proprio consolidato orientamento e effettua un importante riconoscimento per il sistema concessorio-autorizzatorio nei giochi e scommesse.

La questione verteva su alcuni ricorrenti nei procedimenti principali che gestivano dei Centri Trasmissione Dati (cd. “*CTD*”) per conto della Goldbet Sportwetten GmbH, società di diritto austriaco. I titolari del CTD avevano esclusivamente il compito di mettere in contatto lo scommettitore e il bookmaker straniero, proponendo, ricevendo e trasmettendo le scommesse al gestore principale, che poteva accettarle o meno.

Il titolare del CTD, per poter esercitare tale attività, aveva dunque richiesto il nulla osta all'autorità competente ai fini del rilascio dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 88 t.u.l.p.s., ma il Questore competente aveva rigettato l'istanza sulla base della motivazione secondo cui l'autorizzazione non poteva essere rilasciata, in quanto la richiedente Goldbet non era titolare in Italia della relativa concessione rilasciata dall'AAMS.

Il titolare del CTD impugnava il provvedimento negativo di rigetto dinanzi al TAR Toscana. Infatti, le Questure competenti avevano negato il rilascio delle autorizzazioni ex art. 88 t.u.l.p.s. sulla base di una interpretazione della normativa di settore che vedeva connesse inscindibilmente ed in defettibilmente il titolo concessorio con quello autorizzatorio. E la Goldbet non era più una concessionaria nazionale essendo decaduta la sua concessione e dunque non era legittimata a richiedere l'autorizzazione ex art. 88 t.u.l.p.s., non essendo più coniugato il titolo concessorio con quello autorizzatorio con la conseguenza che i presupposti per il rilascio della licenza venivano ritenuti insussistenti dalle Questure.

Il TAR Toscana effettuava il rinvio pregiudiziale, chiedendo alla Corte di Giustizia Europea di pronunciarsi sulla circostanza “*dell'esistenza di una norma di diritto UE che ammetta una normativa nazionale che imponga alle società interessate l'obbligo di*

*ottenere un'autorizzazione di polizia, in aggiunta a una concessione sempre rilasciata dallo Stato e che ne limiti il rilascio a coloro che già sono in possesso della concessione*”.

La Corte Comunitaria adita nel caso Biasci afferma da un lato che tale sistema concessorio-autorizzatorio comporta restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizio (come sentenziato nella c.d. sentenza Placanica ed anche nel caso Santa Casa), ma sentenza altresì precisando che tali restrizioni sono ammesse in via eccezionale e derogatoria sulla base di quel regime previsto dagli artt. 45 e 46 CE, applicabili anche in materia di libera prestazione di servizi in forza dell'art. 55 CE, ovvero se giustificate da motivi di interesse generale.

Ritorna confermata dunque ancora una volta l'eccezione dell'ordine pubblico e della sicurezza interna anche in materia di gioco e scommesse, eccezione che assume una forza e valenza tale da permettere al diritto interno una deroga ai principi comunitari di libertà di stabilimento e prestazione dei servizi all'interno della Unione Europea.

Con la sentenza *Biasci e altri* la Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sull'operatore austriaco Goldbet disponendo che i principi contenuti nella sentenza Costa-Cifone del 2012, che aveva definitivamente accertato le discriminazioni subite da Stanley, non potranno essere applicati autonomamente a Goldbet o ad altri operatori.

La Corte di Giustizia pertanto giunge ad escludere la portata *erga omnes* della sentenza Costa-Cifone e dispone di effettuare una reale valutazione nazionale sulle discriminazioni subite dagli operatori diversi da Stanley.

In risposta al primo quesito, la Corte conferma la legittimità del sistema concessorio e della necessità dell'autorizzazione di polizia, costituendo tali requisiti un meccanismo efficace di controllo delle attività criminali o fraudolente. Ciò significa che non è, di per sé, in contrasto con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che imponga agli operatori interessati ad esercitare attività di giochi e scommesse l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia in aggiunta ad una concessione.

L'equiparabilità delle discriminazioni su-

bite da Stanley a quelle invocate dall'operatore austriaco, viene dai Giudici di Lussemburgo considerata un'importante e dirimente questione di fatto, riconsegnata alla cognizione del Giudice del rinvio. Ne segue che i Giudici nazionali non potranno più automaticamente applicare i principi della sentenza Costa-Cifone<sup>11</sup> a Goldbet o ad altri operatori che assumano di essere stati discriminati, ma dovranno valutare volta per volta il contesto fattuale e l'effettivo pregiudizio subito.

La sentenza Costa - Cifone aveva riconosciuto la discriminazione per gli intermediari di Stanley. Infatti, Stanley era stata illegittimamente esclusa dalle Gare CONI del 1999 e dal conseguimento delle relative concessioni, come giudicato dalle sentenze Gambelli e Placanica e l'accesso di Stanley al mercato non era stato utilmente ripristinato dalle gare Bersani del 2006 ed in ogni caso Stanley aveva tempestivamente impugnato il bando Bersani ancora nel 2006 dinanzi al Giudice nazionale

La soluzione Costa-Cifone non è trasponibile *de plano* a Goldbet. Il Giudice del rinvio deve introdurre un nuovo "test Goldbet" e deve constatare che l'operatore: (i) anche tramite altre società italiane, è stata titolare di una concessione CONI del 1999 e, pertanto, è rientrata nel novero degli operatori avvantaggiati dalle gare (operatori, in particolare, che hanno beneficiato della disciplina sulle distanze che la Corte di Giustizia ha censurato nella sentenza Costa-Cifone); (ii) abbia partecipato alle gare Bersani, anche tramite altra società del suo gruppo; e, infine, (iii) se le vere ragioni della decadenza delle sue concessioni risiedano nell'esercizio di attività illegali e non, come dichiarato dall'operatore austriaco, nel semplice utilizzo di modalità transfrontaliera dell'offerta.

La sentenza sul caso Biasci stabilisce che

- (i) i Paesi membri, nel settore delle scommesse, sono liberi di prevedere misure restrittive alle libertà

<sup>11</sup> C. Giust. CE, IV, 16.2.2012, cause riunite c-72/10 e 77/10.

del Trattato purché siano rispettate le condizioni stabilite al riguardo dalla giurisprudenza della Corte (confermando l'esclusione dell'applicazione della direttiva Bolkenstein);e

- (ii) solo qualora tali condizioni non siano rispettate, la normativa in esame risulta (astrattamente) in contrasto con le disposizioni del Trattato in quanto non ricorre l'eccezione dell'ordine pubblico e sicurezza interna legittimante deroghe a fonti di rango comunitario nel diritto interno<sup>12</sup>.

*"Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se il sistema di concessioni istituito dalla normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo mirante a prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti. Del pari spetta a tale giudice verificare se queste restrizioni soddisfino le condizioni che risultano dalla giurisprudenza della Corte per quanto riguarda la loro proporzionalità ..."*<sup>13</sup>.

Dunque gli artt. 43 e 49 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che preveda l'obbligo per le società del settore di ottenere un'autorizzazione di pubblica sicurezza unitamente ad una concessione rilasciata dallo Stato<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> La Corte di Giustizia statuisce al punto 22: "Restrizioni del genere possono tuttavia essere ammesse sulla base delle deroghe espressamente previste dagli articoli 45 CE e 46 CE, applicabili anche in materia di libera prestazione di servizi in forza dell'articolo 55 CE, ovvero giustificate, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale...";

<sup>13</sup> Punto 25 della sentenza in esame.

<sup>14</sup> Nella pronuncia, al primo punto del PQM (cfr pag. 10 della sentenza) si legge che gli "artt. 43 e 49 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che imponga alle società interessate a esercitare attività collegate ai giochi d'azzardo l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia, aggiunta a una concessione rilasciata dallo Stato al fine di esercitare simili attività, e che limiti il rilascio di una siffatta autorizzazione segnatamente ai



Il sistema italiano che prevede una duplice di titoli (la licenza di Pubblica Sicurezza e la concessione dei Monopoli) è dunque in linea e compatibile con il sistema comunitario. I giudici comunitari – nella sentenza Biasci hanno anche approvato la norma che impone agli operatori in possesso di una licenza rilasciata da un Paese UE di richiedere la concessione italiana.

Vi è da evidenziare che il 30 giugno 2016 scadranno tutte le concessioni terrestri ad oggi regolamentate da ADM ed entro quella data sarà necessario ridisegnare l'intero sistema delle licenze onde evitare di cadere sotto le censure della Corte di Giustizia.

### 7. Il Consiglio di Stato e il futuro della licenza ex art. 88 t.u.l.p.s.

Anche il Consiglio di Stato, successivamente al pronunciamento della Corte di Giustizia sul Caso Biasci, con una serie di sentenze gemelle emesse dalla sezione III, 27.11.2013 nn. 5670, 5671 e 5672 e altre, si è pronunciato in merito al sistema concessorio-autorizzatorio del gioco e delle scommesse vigente nel nostro ordinamento.

Con dette sentenze il Consiglio di Stato ribadisce la legittimità di detto sistema, la cui legittimità è stata confermata anche dalle Corti europee, evidenziando che lo stesso sistema è interamente costruito intorno al soggetto che effettivamente abbia il potere di organizzare e gestire il flusso delle scommesse medesime. Questo principio vale soprattutto per le società estere che abbiano costituito in Italia una società collegata o affiliata, che si avvale del CTD (Centro Trasmissione Dati). Ciò che la norma considera rilevante è la presenza della concessione in capo all'effettivo gestore delle scommesse, che a sua volta può avvalersi di altri soggetti.

Le società ricorrenti deducevano le norme contrarie al diritto UE e che vi fosse una disparità di trattamento nel decreto attuativo del decreto Bersani che liberalizzava le concessioni perché tendevano a premiare coloro i quali avevano già la concessione, i cd. *Concessionari STORICI*".

---

*richiedenti che già sono in possesso di una simile concessione".*

La questione portata all'attenzione del Consiglio di Stato è stata che molte multinazionali con alte capacità nel settore del gioco e scommesse hanno impugnato tutte le gare indette dallo stato italiano per il settore e contestualmente hanno presentato presso le varie questure italiane una domanda semplicemente firmata dal direttore della società estera e anche da un titolare intermedio dei centri di trasmissione dati presenti in tutte le città italiane per scommettere, chiedendo l'autorizzazione al questore. I titolari del CTD deducevano di essere titolari di un centro trasmissione dati e che non vi fosse un rapporto con la società estera, essendo loro soggetti privati indipendenti dal centro estero con il compito di trasmettere la proposta di scommessa c/o la sede estera. Il questore ha eccepito che chi aveva presentato la domanda non era titolare di relativa concessione e dunque non era sprovvisto di legittimazione attiva per richiedere l'autorizzazione.

Il Consiglio di Stato si è espresso evidenziando come sia legittimo il diniego della licenza perché a richiederla è stato il titolare del CTD e non l'operatore. Ciò in quanto il titolare del CTD non gestisce le scommesse ma è un intermediario nella raccolta e quindi la sua figura non garantisce l'ordine pubblico e non dà certezze agli scommettitori. Le Questure dunque sono legittimate a negare il rilascio della licenza ai titolari dei centri di trasmissione dati che non hanno la piena gestione di quello che offrono nel proprio punto vendita e quindi non è possibile per lo Stato italiano espletare un serio controllo sulla casa madre e dunque su quell'operatore concessionario che è l'unico in grado e con l'obbligo di garantire il corretto svolgimento dell'attività, l'espletamento di un servizio pubblico che deve essere affidabile. Correttamente il Consiglio di Stato, per chiarire chi sia il soggetto destinatario della normativa predisposta per il sistema concessorio-autorizzatorio, analizza la situazione giuridica sostanziale e processuale dei CTD, il cui compito è limitato alla trasmissione delle proposte in tempo reale alla società straniera, che è la sola a poterle accettare trasmettendo l'esito allo stesso CTD. Difatti, ciò che intercorre tra il CTD e la società straniera è esclusivamente un rapporto di me-

diazione, disciplinato dall'art 1754 del codice civile, rapporto di natura commerciale che non costituisce né un rapporto di lavoro subordinato, né un contratto di agenzia, né un contratto di mandato, né un contratto di partnership, di joint-venture, di società o altro. Pertanto, i CTD costituiscono l'articolazione iniziale e finale della filiera scommettitoria, senza nessun potere gestorio, ed anzi vi è una totale autonomia e assoluta estraneità all'organizzazione della società straniera, restando esenti da ogni responsabilità circa l'esito del contratto di scommessa.

Conseguentemente non si può riconoscere in capo al titolare del CTD l'autorizzazione a gestire un segmento del sistema scommettitorio, in quanto ciò potrebbe rappresentare fonte di pericolo per l'ordine pubblico qualora l'abilitazione nazionale non venisse rilasciata anche in favore dell'effettivo gestore. In tal caso l'effettivo gestore potrebbe svolgere la sua attività all'estero senza sottoporsi a controlli e verifiche, agendo attraverso l'intermediatore.

In conclusione, lo stesso Consiglio di Stato afferma che i dinieghi di rilascio delle autorizzazioni di polizia in favore dei titolari dei CTD appaiono legittimi laddove le istanze vengano avanzate da chi sia estraneo all'organizzazione e alla gestione delle scommesse, essendo un mero centro di raccolta e non il soggetto che effettivamente gestisce e organizza "giochi e scommesse".

I giudici di Palazzo Spada hanno quindi rifiutato un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia, affermando che le loro sentenze sono in linea con l'orientamento non potrebbero mai consentire al CTD di svolgere un'attività tale eludere il controllo di ordine pubblico sull'effettivo gestore e sulla sussistenza in capo ad esso dei requisiti soggettivi richiesti dalla legge.

Nessuna violazione dei principi comunitari di cui agli artt. 43 e 49 in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi del Trattato, attesa la legittima invocazione della deroga-eccezione della tutela dell'interesse pubblico e della sicurezza nazionale.

Rinnovato vigore viene dato alla licenza ex art. 88 t.u.l.p.s.: atteso che la Questura non può che negare il rilascio di detta autorizza-

zione a fronte di una domanda con cui viene chiesta detta licenza autorizzatoria unicamente a favore di un soggetto dichiaratamente estraneo all'organizzazione e alla gestione delle scommesse, e sostanzialmente irresponsabile circa l'esito dei contratti e privo di concessione

Nessuna autonomia tra autorizzazione ex art. 88 t.u.l.p.s. e concessione ma stretta interdipendenza.

## 8. Il TAR Lazio ed il caso Betsolution 4U Limited del marzo 2014.

Successivamente alle sentenze del Consiglio di Stato sui CTD del novembre 2013 ed in conformità alle stesse, è intervenuta la Sezione Prima Ter del Tribunale Amministrativo del Lazio la quale ha respinto il ricorso di un CTD che raccoglieva scommesse per conto della Betsolution 4U Limited, contro il provvedimento di diniego di licenza di pubblica sicurezza emanato dalla Questura di Salerno.

Il TAR Lazio nella sentenza ricorda che "è conforme al diritto UE la normativa nazionale che subordina il rilascio dell'autorizzazione di polizia al possesso della concessione statale e che deve ritenersi congrua la motivazione del diniego basata sull'assenza della concessione". Il Collegio osserva anche come "le valutazioni giurisprudenziali in sede penale, che escludono il reato nei casi in cui l'attività sia stata svolta senza autorizzazione per mancanza della concessione a monte, dovuta però a difficoltà del sistema nazionale a rilasciare dette concessioni a società straniere, non inficia il diverso principio affermato, anche a livello di giurisprudenza comunitaria, in base al quale in sede amministrativa sono richiesti entrambe i titoli, come sopra indicato". Pertanto i giudici rigettano il ricorso.

Il TAR del Lazio lo scorso 31.3.2014 è tornato ad occuparsi dei CTD<sup>15</sup>, e questa volta lo ha fatto a largo raggio, e con tre sentenze gemelle che lasciano ben pochi dubbi: la licenza ex art. 88 t.u.l.p.s. viene legittimamente negata se la capofila è sprovvista di Conces-

<sup>15</sup> Sentenze TAR Lazio, I-ter, 31.3.2014, nnn. 3499, 3500, 3501.

sione AAMS. La sentenza, che fissa linee di giurisprudenza generale, conferma che le *“..limitazioni alla libertà di stabilimento e di prestazioni di servizi vanno considerate lecite, ex artt. 43, 45, 46 e 49 CE, perché finalizzate ad interessi imperativi generali (sentenza del 24.1.2013, Stanleybet International e a., C-186/11 e C-209/11) quali la lotta alla criminalità, purché soddisfino il principio di proporzionalità e nella misura in cui i mezzi impiegati siano coerenti e sistematici (v., in tal senso, le citate sentenze Placanica e a., punti da 52 a 55, nonché Costa e Cifone, punti da 61 a 63). Esse costituiscono un mezzo per prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti e per contrastare la ludopatia”*.

Il caso riguardava una serie di ricorsi presentati dal bookmaker maltese Betsolution4U Limited, società cui fa capo anche il marchio BetPassion, relativi a Ced dislocati a Foggia, Reggio Calabria, Vibo Valentia e Torino. Le Questure competenti avevano negato la licenza di pubblica sicurezza ex art. 88 t.u.l.p.s.. Nel respingere i ricorsi, il TAR Lazio ha esaminato anche le normative europee, non trovandole affatto in conflitto con quelle italiane.

Nel quadro europeo nel settore del gioco non vi è l'obbligo di mutuo riconoscimento delle concessioni.

Pertanto qualora un bookmaker abbia l'autorizzazione ad operare a Malta ciò non vuol dire che abbia autorizzazione de plano ad operare anche in Italia, nonostante i due Stati appartengano alla Comunità Europea.

Qui assume forza l'eccezione della tutela della sicurezza pubblica e della lotta alla criminalità ed al gioco illegale, che non perde la propria qualifica di *“illegale”* anche se si riferisca ad operatori legittimati in altri Stati.

Da detto postulato giuridico discende il corollario secondo cui anche chi raccoglie fisicamente il gioco (i CTD appunto) deve operare per un soggetto che sia titolare di una concessione atteso che - prosegue il TAR Lazio *“..ciò che la norma considera rilevante è la presenza della concessione in capo all'effettivo gestore delle scommesse, che poi a sua volta può avvalersi di altri soggetti. L'eventuale 'incaricato' deve, comunque, de-*

*rivare il potere gestorio, quale che sia, da un soggetto concessionario. In sostanza, l'astratta abilitazione a gestire un segmento del sistema scommettitorio può costituire fonte di pericolo per l'ordine”*.

Qualora come nei casi di specie, né la parte ricorrente, né la citata Società straniera, risultano in possesso di concessione o autorizzazione statale per poter esercitare nel territorio italiano l'attività di scommesse e giochi pubblici aventi ad oggetto eventi sportivi e non, il diniego di rilascio di autorizzazione ex art. 88 t.u.l.p.s. risulta legittimo.

Ecco come la licenza di cui all'art. 88 t.u.l.p.s. riveli di possedere un proprio scopo precipuo: controllare in via preventiva se il soggetto che a monte ha la concessione direttamente o indirettamente (in caso di gestione) rilasciata da ADM possa avere i requisiti per svolgere sul territorio l'attività lecita di raccolta del gioco pubblico. I CTD di converso non sono sottoposti ad alcuna forma di controllo preventivo e dunque il pericolo di inficiare l'ordine e interesse pubblico, la sicurezza tramite l'infiltrazione di criminalità organizzata resta altissimo e sempre da monitorare costantemente.

### **Conclusioni.**

La lotta alla criminalità organizzata nel settore del gioco e scommesse assume una importanza talmente rilevante che diviene idonea a giustificare le restrizioni alle libertà fondamentali derivanti da tali normativa, purché si soddisfi il principio di proporzionalità e i mezzi impiegati siano coerenti e sistematici (sentenza Placanica punti 52 a 55, nonché Costa e Cifone, punti da 61 a 63).

Il meccanismo derogatorio ammesso in casi eccezionali dal diritto comunitario è coerente con i Trattati, ma è anche efficace e consente di controllare coloro che operano in tale settore, allo scopo di prevenire l'esercizio di queste attività per fini criminali o fraudolenti.

D'altra parte atteso che non esiste una normativa armonica sul gioco d'azzardo a livello comunitario, non esiste di conseguenza alcun mutuo riconoscimento delle licenze, sicché uno stato membro nella sua più ampia discrezionalità può negare l'esercizio nel pro-

prio territorio al bookmaker estero privo di licenza, poiché non tutti hanno gli stessi mezzi tecnici per attuare tale garanzia.

In Italia - come detto - il nostro ordinamento ha previsto una riserva di legge statale e dunque un sistema più autoritario con massiccia presenza della mano pubblica sia per una questione di fallimento di mercato in un'accezione economica, sia per motivi di tutela dell'ordine pubblico nella lotta alle infiltrazioni criminali .

Il sistema di gestione del gioco e delle scommesse è dunque improntato all'ottenimento sia di una concessione che di un'autorizzazione da rilasciarsi a cura del

Questore come autorità di Pubblica Sicurezza.

L'autorizzazione *ex art. 88 t.u.l.p.s.* si vede riconosciuta la propria patente di legittimità nell'ordinamento nazionale ed è dunque finalizzata a interessi di ordine pubblico.

Proprio per questo motivo essa risulta in linea con il diritto comunitario, atteso che - nonostante operi e concretizzi una restrizione delle libertà comunitarie *ex artt. 43 e 49 del Trattato* - detta restrizione è legittimamente esercitata in nome della tutela dell'interesse pubblico e della sicurezza nazionale, previsti come clausola di salvaguardia dallo stesso art. 45 del Trattato dell'Unione Europea.

«..... GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 19.5.2014 n. 144

**Giudizio di legittimità costituzionale - art. 14, coo. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 della l. 12.11.2011, n. 183.**

*1. Con due distinti ricorsi, la Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e la Provincia autonoma di Trento hanno impugnato ciascuna diverse norme della legge 12.11.2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2012), tra le quali i coo. da 1 a 6 dell'art. 14. Il co. 1 prevede che, «In via sperimentale, fino al 31.12.2013, sull'intero territorio nazionale si applica la disciplina delle zone a burocrazia zero prevista dall'art. 43 del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122». I successivi commi da 2 a 6, dispongono quanto segue: «2. A tale scopo, fino al 31.12.2013, i provvedimenti di cui al primo periodo della lett. a) del co. 2 dell'art. 43 del citato d.l. n. 78 del 2010 sono adottati, ferme restando le altre previsioni ivi contenute, in via esclusiva e all'unanimità, dall'ufficio locale del Governo, istituito in ciascun capoluogo di provincia, su richiesta della regione, d'intesa con gli enti interessati e su proposta del Ministro dell'interno, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. La trasmissione dei dati e dei documenti previsti dal secondo periodo della medesima lettera, avviene in favore del medesimo ufficio»; «3. L'ufficio locale del Governo è presieduto dal prefetto e composto da un rappresentante della regione, da un rappresentante della provincia, da un rappresentante della città metropolitana ove esistente, e da un rappresentante del comune interessato. Il dissenso di uno o più dei componenti, a pena di inammissibilità, deve essere manifestato nella riunione convocata dal prefetto, deve essere congruamente motivato e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche e delle integrazioni eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui*

*rappresentante non partecipa alla riunione medesima, ovvero non esprime definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata»; «4. Resta esclusa l'applicazione dei coo. 1, 2 e 3 ai soli procedimenti amministrativi di natura tributaria, a quelli concernenti la tutela statale dell'ambiente, quella della salute e della sicurezza pubblica, nonché alle nuove iniziative produttive avviate su aree soggette a vincolo»; «5. Fatto salvo quanto previsto dal d.P.R. 7.9.2010, n. 160, nel caso di mancato rispetto dei termini dei procedimenti, di cui all'art. 7 del medesimo decreto, da parte degli enti interessati, l'adozione del provvedimento conclusivo è rimessa all'ufficio locale del Governo»; «6. Le previsioni dei commi da 1 a 5 non comportano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e la partecipazione all'ufficio locale del Governo è a titolo gratuito e non comporta rimborsi».*

*1.1.- Rilevato che la disciplina delle «zone a burocrazia zero», già prevista con riferimento al «Meridione d'Italia» dall'art. 43, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 30.7.2010, n. 122, espressamente richiamato dalla norma censurata, è stata dichiarata incostituzionale da questa Corte con la sentenza n. 232 del 2011 («nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale»), le ricorrenti sottolineano che (ove ne venisse ritenuta l'applicabilità anche nei confronti delle autonomie speciali) le norme censurate, violerebbero le competenze legislative concorrenti e residuali previste nei rispettivi statuti. 1.2. In particolare, la Regione autonoma Valle d'Aosta denuncia la violazione: a) degli artt. 117, co. 3 e 4 e 118 della Costituzione, letti congiuntamente all'art. 10, della l. cost. 18.10.2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione),*

*poiché anche le norme impugnate dispongono una attribuzione generalizzata, ad un organo composto e presieduto da rappresentanti dello Stato, di un insieme di funzioni individuate in modo generico e caratterizzate anche da una notevole eterogeneità quanto alla possibile incidenza sulle specifiche attribuzioni di competenza; b) degli artt. 2, co. 1, lett. a), p), q) e t), e 4, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta), che le garantiscono la competenza legislativa esclusiva e l'esercizio delle corrispondenti funzioni amministrative, rispettivamente in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla Regione e stato giuridico ed economico del personale», «artigianato»; «industria alberghiera, turismo e tutela del paesaggio»; «fiere e mercati»; c) dell'art. 3, co. 1, lett. a) ed e), dello statuto speciale, che riconosce alla Regione ricorrente la potestà di emanare norme legislative di integrazione e attuazione delle leggi statali in materia di «industria e artigianato» e «utilizzo delle miniere»; d) (con specifico riferimento all'art. 14, comma 5, rispetto al quale la Regione lamenta che sia stato attribuito all'ufficio locale del Governo un vero e proprio potere sostitutivo) dell'art. 4 del d.P.R. 22.2.1982, n. 182 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Valle d'Aosta per la estensione alla regione delle disposizioni del d.P.R. 24.7.1977, n. 616 e della normativa relativa agli enti soppressi con l'art. 1 bis del d.l. 18.8.1978, n. 481, convertito nella l. 21.10.1978, n. 641), che subordina espressamente l'esercizio di tale potere ai casi di «accertata inattività degli organi regionali che comporti inadempimento agli obblighi comunitari», previa assegnazione all'amministrazione regionale di un congruo termine per provvedere; nonché con gli artt. 120 e 118 Cost. e 8, co. 3, della l. 5.6.2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18.10.2001, n. 3), poiché l'esercizio del potere in questione è stato riconosciuto prescindendo anche dalla ricorrenza dei presupposti giuridici e dal rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.*

*1.3. – Dal canto suo, la Provincia autonoma di*

*Trento lamenta la violazione: a) degli artt. 8, numeri 5), 9), 12), 14), 20) e 21); 9, numeri 3), 7) e 8); e 16 del d.P.R. 31.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), poiché le norme censurate intervengono in svariate materie di competenza provinciale, come l'«urbanistica», l'«artigianato», le «fiere e i mercati», le «miniere, cave e torbiere», il «turismo e l'industria alberghiera», l'«agricoltura», il «commercio», gli «esercizi pubblici», l'«incremento della produzione industriale»; nonché (verificata l'operatività della «clausola di maggior favore» di cui all'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001) dell'art. 117, co. 3, Cost., in quanto iniziative produttive potrebbero poi aversi in materie di competenza provinciale, quali: «sostegno all'innovazione per i settori produttivi», «ordinamento della comunicazione», «porti e aeroporti civili», «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», «promozione e organizzazione di attività culturali»; b) degli artt. 8, numeri 5), 9), 12), 14), 20) e 21); 9, numeri 3), 7) e 8); e 16 dello statuto speciale; nonché dell'art. 8, numero 1), dello statuto speciale (ovvero dell'art. 117, co. 4, Cost., se ritenuto più favorevole), poiché le norme censurate regolano in modo dettagliato i procedimenti amministrativi relativi alle iniziative produttive, affidando la competenza a deciderli ad un ufficio statale; c) degli artt. 8, 9 e 16 dello statuto speciale ovvero (qualora si ritenga operante l'art. 10 della l. cost. n. 3 del 2001 o si ricada in una «nuova» materia) degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118 Cost., per l'invasione della competenza provinciale a regolare i procedimenti amministrativi nelle proprie materie e per assenza dei presupposti della chiamata in sussidiarietà; d) degli artt. 2 e 4 del d.lgs. 16.3.1992, n. 266 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento), che rispettivamente, nelle materie di potestà legislativa provinciale, vietano la diretta operatività della legislazione statale, e l'attribuzione agli organi statali di funzioni*

amministrative diverse da quelli spettanti allo Stato secondo lo statuto speciale e le relative norme di attuazione; e) degli artt. 87, 88 e 107 dello statuto speciale, in quanto l'attuazione-integrazione delle norme statutarie disciplinanti le funzioni del Commissario del Governo (che nella Provincia svolge le funzioni del prefetto) rientra nella competenza delle norme di attuazione; f) degli artt. 3 e 97 Cost., perché la norma dichiara di voler ridurre gli oneri amministrativi ma, in realtà, li aggrava, dato che agli organi normalmente competenti sostituisce un ufficio necessariamente composto dai rappresentanti dei quattro livelli istituzionali (a prescindere dal tipo di procedimento), che devono decidere all'unanimità.

2.- Riservate a separate pronunce le decisioni sull'impugnazione delle altre norme contenute nella l. n. 183 del 2011, vengono in esame in questa sede le questioni di costituzionalità relative all'art. 14, coo. da 1 a 6.

2.1.- Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi proposti dalla Regione Valle d'Aosta e dalla Provincia autonoma di Trento in quanto aventi un oggetto comune (art. 14, coo. da 1 a 6) ed implicanti la soluzione di questioni – ancorché riferite a parametri statuari parzialmente diversi - sostanzialmente analoghe.

3.- Sempre preliminarmente, deve rilevarsi che, dopo la proposizione di entrambi i ricorsi, il secondo periodo del co. 4 dell'art. 37-bis del d.l. 18.10.2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 17.12.2012, n. 221, ha disposto che «L'art. 43 del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, è abrogato». Poiché le censure svolte dalle ricorrenti riguardano proprio la portata applicativa della disciplina delle «zone a burocrazia zero» dettata dall'art. 43 (che il comma 1 dell'impugnato art. 14 estendeva in via sperimentale, fino al 31.12.2013, all'intero territorio nazionale), lo *ius superveniens* viene ad incidere direttamente sul contenuto dispositivo della normativa impugnata, facendone venir meno in toto l'applicabilità.

Da un lato, può pertanto affermarsi come la sopravvenuta abrogazione della norma

richiamata (che costituisce parte integrante e presupposto di operatività delle disposizioni impugnate) sia pienamente soddisfatta delle pretese delle ricorrenti (così realizzando la prima delle due condizioni che la giurisprudenza della Corte ha enucleato per pervenire alla declaratoria di cessazione della materia del contendere: sentenze n. 272, n. 246 e n. 228 del 2013). Quanto all'ulteriore requisito, va rilevato come la sola Provincia autonoma di Trento abbia richiesto l'adozione di siffatta pronuncia, affermando (nella memoria illustrativa di udienza) che la norma non ha trovato applicazione medio tempore nel suo territorio. Tale dichiarazione, in quanto proveniente dalla stessa parte, titolare dell'interesse ad impugnare la norma in sede di giudizio in via di azione (ed in quanto riguardante circostanze da questa direttamente acclarabili e non contestate da controparte), risulta sufficiente a determinare la cessazione della materia del contendere in ordine alle questioni proposte dalla predetta Provincia autonoma.

3.1.- Viceversa l'assenza di alcun riferimento allo *ius superveniens* ad opera della Regione autonoma Valle d'Aosta, che nulla osserva in ordine alla eventuale satisfattività nei suoi confronti della novella e, soprattutto, alla mancata applicazione della normativa censurata nel suo territorio, non consente di addivenire – rispetto alle questioni da essa proposte, con riferimento agli specifici evocati parametri, anche statuari - alla medesima declaratoria di cessazione della materia del contendere, determinandosi pertanto la necessità di condurre nel merito il richiesto scrutinio di costituzionalità.

4.- Con riguardo al quale, sempre in via preliminare, va rigettata l'eccezione di inammissibilità delle sollevate questioni in ragione della asserita natura perplessa e meramente eventuale delle proposte censure. Infatti, per giurisprudenza consolidata, la eventuale finalità interpretativa, o «cautelativa», della questione proposta in via principale non incide sull'ammissibilità della questione medesima. Questa Corte ha ripetutamente affermato che a differenza del giudizio in via incidentale, quello in via principale può ben concernere questioni

*sollevate sulla base di interpretazioni (anche se poste in subordinazione logica) prospettate dal ricorrente come possibili, soprattutto nei casi in cui (come nella specie) sulla legge non si siano ancora formate prassi interpretative in grado di modellare o restringere il raggio delle sue astratte potenzialità applicative e le interpretazioni addotte dal ricorrente non siano implausibili e irragionevolmente scollegate dalle disposizioni impugnate, così da far ritenere le questioni del tutto astratte o pretestuose (sentenze n. 278 del 2010 e n. 249 del 2005). D'altronde, pur nei limiti di ciò che possa essere considerato disponibile dai contendenti (ord. n. 342 del 2009), nella fattispecie, la manifestata radicale divergenza delle rispettive premesse interpretative dei contraddittori in ordine al contestato ambito di applicabilità (in ragione dell'espresso richiamo nelle disposizioni impugnate) della norma già dichiarata costituzionalmente illegittima (dalla sentenza n. 232 del 2011) ai rapporti da esse disciplinati dimostra il carattere effettivamente e plausibilmente controverso della questione, derivante appunto dalla mancanza di una convergenza ermeneutica che sola potrebbe rendere l'impugnazione priva di consistenza, perché assente l'interesse a coltivarla (ordinanza n. 342 del 2009).*

*5.- Nel merito, le censure mosse dalla Regione autonoma Valle d'Aosta sono fondate.*

*5.1.- Su ricorso di una Regione a statuto ordinario, con la sentenza n. 232 del 2011, di qualche mese precedente alla emanazione della normativa censurata, l'art. 43 del d.l. n. 78 del 2010 (che ha previsto, con normativa del tutto analoga, la possibilità di istituzione e la relativa regolamentazione delle «zone a burocrazia zero» nel «Meridione d'Italia») è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, «nella parte in cui è destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente o residuale».*

*Poiché l'impugnato art. 14 della l. n. 183 del 2011, espressamente estende, fino al 31.12.2013, all'intero territorio nazionale la medesima disciplina prevista dal menzionato art. 43, il rinvio operato dalla disposizione censurata a quanto previsto da quella*

*dichiarata incostituzionale comporta che anche la normativa oggetto del presente scrutinio soffra degli stessi vizi della norma richiamata, che ne determina lo specifico contenuto dispositivo.*

*E, d'altronde, le censure svolte dalla Regione autonoma Valle d'Aosta sono nel loro contenuto analoghe (seppure riferite, tra l'altro, anche a specifiche competenze statutarie) a quelle svolte a suo tempo dalla precedente ricorrente.*

*5.2.- Così, da un lato (conformemente a quanto affermato nella richiamata pronuncia) deve ribadirsi che la disposizione impugnata – prevedendo una attribuzione generalizzata ed astratta ad un organo statale di un insieme indifferenziato di funzioni, individuate in modo generico e caratterizzate anche da una notevole eterogeneità quanto alla possibile incidenza sulle specifiche attribuzioni di competenza - è destinata ad avere vigore in tutti i procedimenti amministrativi ad istanza di parte o avviati d'ufficio concernenti le «nuove iniziative produttive». E ciò, a prescindere dalla materia nel cui contesto hanno rilievo tali procedimenti, i quali possono essere destinati ad esplicarsi nei più svariati ambiti materiali, sia di competenza esclusiva statale, sia di competenza primaria, ovvero integrativa ed attuativa, attribuite alla Regione autonoma ricorrente rispettivamente dagli artt. 2 e 3 dello statuto speciale.*

*Dall'altro lato (sempre in conformità con la sentenza n. 232 del 2011), va richiamato il consolidato orientamento secondo il quale (poiché la valutazione della necessità del conferimento di una funzione amministrativa ad un livello territoriale superiore rispetto a quello comunale deve essere effettuata dall'organo legislativo corrispondente almeno al livello territoriale interessato), tale scelta deve giustificarsi in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (ex plurimis, sentenze n. 278 del 2010, n. 76 del 2009, n. 165 e n. 88 del 2007, n. 214 del 2006, n. 151 del 2005). E deve riaffermarsi che, proprio in ragione della rilevanza dei valori coinvolti, una deroga al riparto operato dall'art. 4 dello statuto speciale (secondo il quale: «La Regione esercita le funzioni amministrative sulle materie nelle quali ha*



potestà legislativa a norma degli artt. 2 e 3 [...]» può essere giustificata solo se la valutazione dell'interesse unitario sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata.

Affinché, dunque, nelle materie di competenza della Regione autonoma ricorrente, una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che essa detti una disciplina logicamente pertinente (dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni), che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine e che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Infatti, solo la presenza di tali presupposti, alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, consente di giustificare la scelta statale dell'esercizio unitario di funzioni (*ex plurimis*, sentenza n. 232 del 2011).

5.3 - L'intera normativa censurata – che, come detto, richiama, al comma 1, la disciplina di cui all'art. 43 del d.l. n. 78 del 2010 e ne fa proprio il relativo campo di applicazione indifferenziato, con ciò influenzando anche sulla portata dispositiva dei successivi commi da 2 a 6 - è viziata dagli stessi profili di incostituzionalità della disposizione richiamata, in ragione della assoluta carenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative de quibus possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori.

Né, peraltro, può valere l'osservazione della difesa dello Stato, secondo cui la disposizione impugnata prevede che l'operatività della disciplina in esame sia subordinata alla

richiesta della Regione (ai sensi del co. 2 dell'art. 14), limitando così l'applicazione della disciplina delle «zone a burocrazia zero» a quanto strettamente indispensabile a giudizio della Regione medesima. Tale assunto non risulta decisivo, giacché l'eventuale richiesta non potrebbe mai costituire acquiescenza, né potrebbe influire sull'assetto delle competenze che è materia indisponibile da parte delle Regioni.

6.- La normativa di cui all'art. 14, coo. da 1 a 6, della l. n. 183 del 2011 deve pertanto essere dichiarata costituzionalmente illegittima, nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza primaria e integrativa/attuativa della Regione autonoma Valle d'Aosta. Restano assorbiti gli ulteriori profili di censura. per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE riservata a separate pronunce la decisione delle ulteriori questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e dalla Provincia autonoma di Trento, rispettivamente con i ricorsi indicati in epigrafe; riuniti i giudizi, 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi da 1 a 6, della l. 12.11.2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012), nella parte in cui era destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza primaria e integrativa/attuativa della Regione autonoma Valle d'Aosta; 2) dichiara cessata la materia del contendere in ordine alle questioni di legittimità costituzionale dello stesso art. 14, commi da 1 a 6, della legge n. 183 del 2011, promosse – in riferimento agli artt. 8, 9, 16, 87, 88 e 107 del d.P.R. 31.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige); agli artt. 2 e 4 del d.lgs. 16.3.1992, n. 266 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento); agli artt. 3, 97, 117, co. 3 e 4, e 118 della Costituzione; nonché all'art. 10 della legge



---

*costituzionale 18.10.2001, n. 3 (Modifiche al  
titolo V della parte seconda della Costituzione)*

*- dalla Provincia autonoma di Trento, con il  
ricorso indicato in epigrafe.*

«.....GA.....»

# SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **RILEVAZIONE PREZZI SANITÀ, LE INDICAZIONI AVCP PER STIMARE IL RISPARMIO DELLA SPESA ANNUA**

*Entro il 6 maggio le Amministrazioni oggetto della rilevazione (asl, aziende ospedaliere, centrali di committenza, ecc.) devono trasmettere all'AVCP i dati per l'elaborazione dei prezzi di riferimento in ambito sanitario di cui all'art. 17 della legge 111/2011. La trasmissione avviene in via telematica utilizzando il software dedicato disponibile sul sito dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nell'area riservata 'Rilevazione prezzi sanità'. A seguito dell'avvio della nuova rilevazione per elaborare i prezzi di riferimento in ambito sanitario, l'AVCP precisa che le amministrazioni oggetto della rilevazione devono calcolare il risparmio di spesa annuo come differenza tra il prezzo utilizzato prima della pubblicazione dei prezzi di riferimento moltiplicato per le quantità annue presunte e il nuovo prezzo (conseguente a rinegoziazione o ad aggiudicazione di nuova gara che ha utilizzato i prezzi di riferimento per definire "la base d'asta") moltiplicato per le stesse quantità annue presunte. La stima del risparmio di spesa annuo deve essere fornita sia nel caso che esso sia stato già effettivamente ed interamente conseguito sia che esso sia stato conseguito in parte o sia ancora da conseguire (la gara è stata aggiudicata ma non è stato stipulato il relativo contratto). In ogni caso il dato deve essere fornito su base annua (**comunicato AVCP del 15.4.2014**).*

«..... GA.....»

### **EMERSIONE DEI LAVORATORI STRANIERI IRREGOLARI: IN G.U. LA DISTRIBUZIONE ALLE REGIONI DEI FINANZIAMENTI ALLA SANITÀ**

*Sono n. 134.747 i lavoratori stranieri occupati irregolarmente in Italia che nel corso del 2012 hanno usufruito della procedura di emersione. Il primato di lavoratori e, quindi di finanziamento spetta alla Lombardia con n. 36.961 lavoratori irregolari emersi, segue poi la Campania con n. 18.021, il Lazio n. 17.548, l'Emilia Romagna n. 14.160, il Veneto n. 10.380, la Toscana n. 8.098, il Piemonte n. 5.757, la Sicilia n. 5.010, la Puglia n. 3.898; la Calabria n. 3.052, la Liguria n. 2.853, le Marche n. 2.498, Abruzzo n. 1.479, Sardegna n. 1.197, Umbria n. 1.131, Friuli Venezia Giulia n. 872, Bolzano 638, Basilicata n. 527, Trento n. 426, Molise n. 181, Valle d'Aosta n. 60. Questi i dati che emergono dal decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 82 del 8.4.2014 il con il quale vengono ripartiti i maggiori finanziamenti alla Sanità tra le Regioni in relazione al numero dei lavoratori extracomunitari emersi ai sensi dell'art. 5 del decreto legislativo n. 109/2012. In particolare l'importo ripartito è pari a 41.195.903 milioni di euro per l'anno 2012 e 124.545.753 milioni di euro a decorrere dall'anno 2013 secondo apposita tabella allegata al decreto visualizzabile cliccando sul link di seguito: [http://www.gazzettaufficiale.it/do/atto/serie\\_generale/caricaPdf?cdimg=14A0275400100010110001&dgu=201448&art.dataPubblicazioneGazzeta=20108&art.codiceRedazionale=14A02754&art.num=1&art.tiposerie=SG](http://www.gazzettaufficiale.it/do/atto/serie_generale/caricaPdf?cdimg=14A0275400100010110001&dgu=201448&art.dataPubblicazioneGazzeta=20108&art.codiceRedazionale=14A02754&art.num=1&art.tiposerie=SG) Il riparto degli importi di 41.195.903 milioni di euro per l'anno 2012 e di 124.545.753 milioni di euro a decorrere dall'anno 2013 viene disposto al netto degli importi rispettivamente di 1.804.097 e 5.454.247 euro, che costituiscono la quota di partecipazione alla spesa sanitaria delle Regioni Valle d'Aosta, Friuli Vene-*



zia Giulia, Sardegna e delle Province autonome di Trento e Bolzano, comprensivo altresì della riduzione del 49,11 per cento appli-

cata alla Regione Siciliana (**Decreto del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali pubblicato sulla G.U. n. 82 del 8.4.2014**).

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# AUTORIZZAZIONE PER L'APERTURA DI STRUTTURE SANITARIE PRIVATE: IL LIMITE DEL FABBISOGNO SANITARIO E LE RECENTI NOVITÀ LEGISLATIVE

*dell'Avv. Gianluca Piccinni*

*L'apertura di strutture sanitarie private non è più soggetta alla preventiva verifica del fabbisogno sanitario regionale.*

The opening of private health care is no longer subject to the prior approval of the borrowing requirement Regional Health.

*Sommario: 1. Premessa: Inquadramento normativo. 2. Limite all'apertura di strutture sanitarie private: il fabbisogno complessivo sanitario. 3. Le recenti novità normative a seguito dell'emanazione del D.L. 90/2014, pubblicato sulla G.U. il 24/6/2014.*

### **1. Premessa: inquadramento normativo.**

Il D.Lgs n. 502/92 all'art. 8 ter, 3°co, così dispone: *"per la realizzazione di strutture sanitarie e sociosanitarie il comune acquisisce, nell'esercizio delle proprie competenze ... la verifica di compatibilità del progetto da parte della regione. Tale verifica è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture"*.

Nella Regione Lazio, l'art. 4 della L.R. n. 4/03 ha definito l'elenco delle strutture e delle attività soggette ad autorizzazione.

Nello specifico al comma 1 sono elencate le strutture e attività sanitarie e socio sanitarie soggette all'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, mentre al successivo co. 2, sono riportate quelle interessate dal solo provvedimento di autorizzazione all'esercizio.

Al primo gruppo (autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio) appartengono le seguenti strutture:

1. strutture che erogano prestazioni di assi-

stenza specialistica in regime ambulatoriale, ivi comprese quelle riabilitative;

2. strutture che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo e/o diurno per acuzie e post/acuzie;

3. strutture sanitarie e socio sanitarie che erogano prestazioni in regime residenziale e semiresidenziale;

4. stabilimenti termali.

Al secondo gruppo (soggetti non sottoposti ad autorizzazione alla realizzazione, in quanto sottoposti alla sola autorizzazione all'esercizio) appartengono le seguenti attività e strutture:

1. attività di assistenza domiciliare;

2. studi odontoiatrici;

3. studi medici;

4. studi di altre professioni sanitarie che erogano prestazioni di chirurgia ambulatoriale o svolgono procedure diagnostiche e terapeutiche di particolare complessità o comportanti un rischio per la sicurezza del paziente;

5. strutture esclusivamente dedicate ad attività diagnostiche.

Per dare attuazione al suddetto art. 4 L.r. cit. è stato emanato il successivo regolamento

regionale (R.R. n. 2/07).

Per autorizzazioni alla realizzazione devono intendersi, così come specificatamente indicato dall'art. 4, co. 1, del R.R. n. 2/07, i provvedimenti richiesti da soggetti, pubblici e privati, che intendono realizzare, ampliare, trasformare o trasferire una struttura sanitaria o socio sanitaria, di cui all'art. 4, co. 1, della l.r. n. 4/03.

In particolare, il R.R. n. 2/07 individua le seguenti tipologie autorizzative:

- autorizzazione alla realizzazione di nuove strutture;
- autorizzazione all'ampliamento di strutture già operanti;
- autorizzazione alla trasformazione di strutture già operanti;
- autorizzazione al trasferimento di strutture già operanti.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 2 dello stesso R.R. n. 2/07, deve intendersi:

- per ampliamento, le modificazioni dell'assetto distributivo funzionale o impiantistico della struttura, conseguenti ad un incremento della volumetria preesistente;
- per trasformazione, le modificazioni dell'assetto distributivo-funzionale ovvero, nel caso di variazione delle attività sanitarie o socio-sanitarie, dell'assetto impiantistico della struttura, in assenza di variazione della volumetria preesistente;
- per trasferimento, lo spostamento della struttura in altra sede, senza alcun mutamento delle attività sanitarie e socio-sanitarie già autorizzate o aggiunta di nuove funzioni sanitarie e socio sanitarie.

Ai sensi del co. 2 del citato art. 6 della L.R. n. 4/03, il Comune inoltra la richiesta di autorizzazione e la relativa documentazione di supporto alla Direzione Regionale che provvede ad effettuare la verifica di compatibilità rispetto al fabbisogno individuato con l'atto programmatico di cui all'art. 2, co. 1, lett. a), n. 1, della stessa legge.

Secondo quanto previsto dall'art. 5 del R.R. n. 2/07, la verifica di compatibilità viene effettuata *“con cadenza almeno trimestrale, (...) in relazione alle richieste di autorizzazione alla realizzazione inviate dai comuni interessati, tenendo conto delle strutture pubbliche e private già operanti sul territorio”*.

## **2. Limite all'apertura di strutture sanitarie private: il fabbisogno complessivo sanitario.**

In attuazione della normativa vigente, con Decreto commissariale n. U0017 del 9/3/2010, la Regione Lazio ha approvato il Documento di valutazione della *“Stima del fabbisogno assistenziale per le strutture del Servizio sanitario della Regione Lazio - marzo 2010”*, che evidenziava la sufficienza delle strutture provvisoriamente accreditate, fatta salva la possibilità di autorizzare trasferimenti di strutture da aree maggiormente dotate ad aree carenti o all'interno della stessa Azienda nonché ampliamenti strutturali che non prevedono aumenti del volume di attività prestazionali.

A seguito di ciò, numerose strutture private hanno proposto ricorso al Tar del Lazio contro il provvedimento regionale con il quale è stato espresso parere non favorevole alla richiesta di verifica di compatibilità del progetto in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale.

In particolare, le strutture private sostenevano nel corso del giudizio dinanzi al Tar che l'assetto del sistema per il rilascio delle autorizzazioni volte alla realizzazione o all'ampliamento di strutture sanitarie, di cui all'art. 8 *ter* del d.lgs. n. 502 del 30.12.1992, agli artt. 1, 2, 4, 5 e 6 della L.R. Lazio n. 4/03 e agli artt. 1, 4 e 5 del R.R. n. 2 del 26.1.2007, deve essere interpretato ed applicato alla luce della recente normativa del *“Decreto liberalizzazioni”* introdotta dal decreto legge del *“Governo Monti”* n. 1 del 24.1.2012, convertito con modificazioni dalla L.n. 27/12, che prevede l'abrogazione di tutte le previsioni che comprimono o condizionano indebitamente la libertà di iniziativa economica sancita dagli articoli 2, 3, 4 e 41 della Costituzione.

La predetta normativa rinvia all'entrata in vigore dei previsti regolamenti attuativi (allo stato non ancora adottati) per l'individuazione delle sole attività per le quali permane l'esigenza della previa autorizzazione, mentre per tutte le altre varrà la previsione dell'art. 1, co. 1, della citata L. n. 27 di conversione del d.l.

n. 1 del 2012, la quale stabilisce che *“in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea”* dovranno essere abrogate:

*“a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità;*

*b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti”.*

La stessa normativa è, peraltro, meramente ricognitiva e direttamente attuativa del principio, costituzionale ed europeo, di libertà della persona, ed in particolare di libertà di iniziativa economica in condizioni di piena concorrenza fra tutti gli operatori, presenti e futuri, sancito dagli articoli 2, 3, 4 e 41 Cost. e dal Trattato dell'Unione Europea.

Al termine di un complesso percorso giurisprudenziale, alle predette disposizioni è ormai riconosciuta non una natura meramente programmatica, bensì una forza ed efficacia giuridica di diretta ed immediata attuazione, e che pertanto il nostro ordinamento deve con-

formarsi al predetto principio di libertà, indipendentemente dai regolamenti attuativi del decreto legge n. 1/12, mediante il vaglio di costituzionalità delle norme di legge e la disapplicazione in caso di contrasto con il diritto dell'Unione Europea, ed inoltre mediante la caducazione e non applicazione degli atti incompatibili di livello regolamentare o programmatico, anche regionali e comunali, alla stregua di un duplice criterio di gerarchia e di specialità delle fonti, costituendo la concorrenza – secondo la Corte Costituzionale – una materia trasversale di esclusiva competenza statale.

All'interprete si impone altresì una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni potenzialmente incompatibili con il principio di libertà di iniziativa economica, alla stregua del principio di legalità e certezza del diritto sancito dall'art. 1 cost..

Pertanto, il citato decreto legge n. 1/13 sancisce che, a prescindere dai tempi e dalle modalità di adeguamento alla nuova disciplina, le disposizioni a tutela del principio di libertà d'iniziativa economica entrano immediatamente in vigore, ed il co. 2 dell'art. 1 precisa che *“le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità fra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio. Al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà. Alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica”.*

La stessa norma annovera, quindi, la tutela della salute fra le cause idonee a giustificare la previsione di limiti alle attività economiche, in linea con le previsioni degli articoli 2, 32 e 41 cost..

La citata disposizione attuativa di legge

chiarisce che *le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale*”, mentre la lett. b) dell’art. 1, co. 1, chiarisce in via “autentica” la mancanza di ragionevolezza e proporzionalità per le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, ed inoltre per le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico che impediscono, condizionano o ritardano l’ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato.

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 428 del 19.12.2008, ha precisato che la fissazione di limiti alla libertà di iniziativa economica privata, tutelata dall’art. 41 Cost., può essere consentita solo ove detti limiti siano “non incongrui e non irragionevoli”, mentre il Consiglio di Stato<sup>1</sup> ha espresso un analogo orientamento nella specifica materia in esame, sostenendo che la verifica di compatibilità regionale in materia di rilascio di autorizzazioni, effettuata in rapporto ad una pianificazione di distribuzione territoriale, non può risolversi, alla luce degli art. 32 e 41 della Costituzione, che elevano la tutela della salute a diritto fondamentale dell’individuo e garantiscono la libertà di iniziativa di impresa, in uno strumento ablativo delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico (vale a dire senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti), mezzi e strumenti di diagnosi e di assistenza sul territorio.

La menzionata sentenza del Consiglio di Stato richiama altresì le segnalazioni in materia dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di recente confermate dalla determinazione AGCM n.13/2013), secondo cui

una politica di contenimento dell’offerta sanitaria rischia di tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti, assorbendo la potenzialità della domanda, e dunque in aperto contrasto con la disciplina di liberalizzazione di recente introdotta.

Peraltro, aggiunge il Consiglio di Stato nella menzionata sentenza, apparirebbe del tutto irrilevante e ingiustificata un’esigenza regionale di contenimento delle strutture sanitarie private che nemmeno incidono sulla spesa sanitaria in quanto le valutazioni inerenti all’indispensabile contenimento della spesa pubblica ed alla sua razionalizzazione hanno la loro sede propria nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei tetti di spesa e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati; procedimenti distinti e susseguenti (sia logicamente sia cronologicamente) rispetto a quello relativo al rilascio della pura e semplice autorizzazione.

Lo stesso documento della Regione con il quale è stato ritenuto che per l’anno 2010 il fabbisogno di nuove strutture era pari a zero, secondo il Consiglio di Stato, è un documento privo di oggettiva rilevanza sia perché risalente nel tempo (in quanto fa riferimento al fabbisogno considerato prima del 2010) sia perché non individua con carattere di attualità il fabbisogno di assistenza sul territorio per le specifiche prestazioni.

In conclusione, afferma il Consiglio di Stato, la pretesa di sottoporre le strutture sanitarie nella regione ad un contingente numerico massimo, prescindendo da ogni considerazione quantitativa e qualitativa circa i nuovi servizi offerti dai richiedenti l’autorizzazione e circa i servizi già presenti sul territorio in relazione alle esigenze della popolazione residente e fluttuante, non risulta in alcun modo connessa al superiore interesse pubblico generale alla tutela dell’inviolabile diritto alla salute, ed è anzi suscettibile sia di limitare i servizi di prevenzione e cura concretamente attivabili sul territorio, sia di ostacolare il miglioramento qualitativo e la riduzione dei prezzi dell’offerta privata e non convenzionata con il S.S.N. grazie alla concorrenza ed alla conseguente facoltà di scelta dei pazienti fra

<sup>1</sup> CdS, III, n.550 del 20.1.2013

strutture diverse.

Peraltro, la dichiarata sufficienza di strutture in grado di rispondere al fabbisogno sanitario del territorio contrasta con la tassatività delle possibili restrizioni delle attività economiche e non risulta ragionevolmente e proporzionalmente connessa all'esigenza di *“evitare possibili danni alla salute”* di cui al citato d.l. n. 1/2012, considerato che la vigente disciplina (art. 8 *ter* d.lgs 30.12.1992 n. 502, introdotto dall'art. 8 d.lgs 19.6.1999 n. 229, come modificato dall'art. 8 d.lgs 28.7.2000 n. 254) stabilisce che la verifica di compatibilità del progetto da parte della regione è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture, e che lo stesso decreto commissariale n. U0017 del 9 marzo 2010, concernendo un mero *“documento di valutazione”* circa *“la stima del fabbisogno assistenziale”*, non può essere interpretato come introduttivo di un limite numerico vincolante per le strutture del servizio sanitario della Regione Lazio, pena la sua radicale nullità per totale estraneità alle predette previsioni normative ed al connesso ambito di potestà amministrativa.

Secondo i Giudici Amministrativi, l'invocata preminente esigenza di tutela della salute può concernere solo la qualità dei servizi sanitari e la loro diffusione mediante una razionale e capillare distribuzione sul territorio, mentre, al contrario, il parere regionale, da un lato, si limita a richiamare l'invarianza del numero delle strutture sanitarie, indipendentemente dalla varietà dei servizi prestati, dalla capacità ricettiva e dall'aggiornamento ed adeguatezza delle strutture diagnostiche in relazione alle mutevoli esigenze sanitarie della popolazione residente e fluttuante.

Sulla questione è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con parere reso il 28.3.2013 che ha censurato la normativa della Regione Lazio, in quanto in palese contrasto con i principi di concorrenza dell'ordinamento comunitario e nazionale, introducendo una restrizione all'accesso del mercato delle prestazioni sani-

tarie e socio-sanitarie rese in regime privatistico non giustificata da esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario.

A seguito di ciò, la Regione Lazio ha comunicato al Ministero della Salute ed alla Autorità garante della Concorrenza e del Mercato che la stessa, nel rispetto della normativa vigente avrebbe continuato *“a sottoporre le richieste di autorizzazione alla realizzazione, all'ampliamento, alla trasformazione e al trasferimento delle Strutture sanitarie e socio-sanitarie, avanzate da soggetti che intendano offrire servizi sanitari in regime privatistico a verifica di compatibilità”* restando *“comunque, in attesa di eventuali comunicazioni, da parte di codesto Ministero, concernenti la questione.*

Nel frattempo il TAR Lazio<sup>2</sup> ha chiarito che *“al termine di un complesso percorso giurisprudenziale, alle predette disposizioni sulla verifica di compatibilità regionale con il fabbisogno sanitario della Regione è ormai riconosciuta non una natura meramente programmatica, bensì una forza ed efficacia giuridica di diretta ed immediata attuazione e che pertanto il nostro Ordinamento deve conformarsi al predetto principio di libertà, indipendentemente dai regolamenti attuativi del d.l. 1/12, mediante il vaglio di costituzionalità delle norme di legge e la disapplicazione in caso di contrasto con il diritto dell'Unione Europea ed inoltre mediante la caducazione e non applicazione degli atti incompatibili di livello regolamentare o programmatico, anche regionali e comunali, alla stregua di un duplice criterio di gerarchia e di specialità delle fonti, costituendo la concorrenza - secondo la Corte Costituzionale - una materia trasversale di esclusiva competenza statale.*

Preso atto di ciò, la Regione Lazio ha adottato il decreto del Commissario ad acta n. 95 del 27/3/2014 con il quale si è inteso disciplinare, nelle more dell'entrata in vigore delle eventuali modifiche della normativa regionale in materia di autorizzazione alla realizzazione, il procedimento relativo alla verifica di compatibilità con il fabbisogno assi-

<sup>2</sup> TAR Lazio, sez. 3<sup>a</sup> quater, n. 455/2014 e n. 534/2014

stenziale di cui alla l.r. 4/2003, relativamente alle richieste di autorizzazione alla realizzazione di nuove strutture sanitarie e socio-sanitarie (ampliamento, trasformazione, trasferimento) inoltrate dalle strutture di cui all'art. 4, comma 1, della predetta l.r. n. 4/2003, che intendono operare esclusivamente in regime privatistico, alla luce dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e dei principi di concorrenza dell'ordinamento comunitario e nazionale.

In particolare in tale decreto del Commissario ad acta si stabilisce che le richieste di autorizzazione alla realizzazione dovranno essere valutate sulla scorta di criteri di attualità e di effettiva corrispondenza al bisogno assistenziale relativo alle specifiche attività sanitarie e socio-sanitarie che si intendono realizzare in regime esclusivamente privatistico.

Inoltre, la Regione ha precisato che le disposizioni di cui ai vigenti atti programmatici, in assenza di periodico aggiornamento, non potranno essere poste alla base di pareri negativi in sede di verifica di compatibilità, dovendo essere indicate nei relativi provvedimenti le specifiche ragioni ostative.

Infine, si è stabilito che l'eventuale parere negativo dovrà essere motivato unicamente sulla base di una valutazione attuale che evidenzia la non corrispondenza della realizzazione della struttura sanitaria con le esigenze di tutela della salute in quell'ambito.

### **3. Le recenti novità normative a seguito dell'emanazione del d.l. 90/2014, pubblicato sulla G.U. il 24/6/2014.**

Per dirimere una volta per tutte questa annosa vicenda in merito alla preventiva "verifica del fabbisogno regionale" in caso di richieste di autorizzazione per l'apertura di nuove strutture sanitarie (anche private) è stata necessaria la pubblicazione del d.l. 90/2014, pubblicato sulla G.U. il 24.6.2014 sulla semplificazione della PA il cui art. 27 co. 2 ha stabilito l'abrogazione dell'art. 8 *ter*, del d.lgs. 30.12.1992, n. 502.

A seguito dell'abrogazione del co. 3 dell'art. 8 *ter* d.lgs. 502/92 il soggetto che intenda aprire una nuova struttura dovrà limitarsi a rispettare esclusivamente i requisiti igienico sanitari previsti dalla Regione.

Nessuna limitazione di natura discrezionale potrà essere opposta dalla pubblica amministrazione in ragione del fatto che non sussiste un "fabbisogno" di quel tipo di struttura su quel territorio, come in precedenza avveniva. Così facendo si è potuto finalmente dare attuazione ai principi comunitari e costituzionali per la tutela della salute e della concorrenza, evitando la concentrazione dell'offerta sanitaria nelle mani degli operatori già esistenti. Resta ovviamente inteso che tale abrogazione diverrà definitiva se confermata dalla legge di conversione del decreto.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2756

**Alloggi di edilizia residenziale pubblica - revoca dell'assegnazione - componente del nucleo familiare è proprietario di un appartamento di superficie tale da soddisfare le esigenze dell'intero nucleo familiare - legittima.**

*Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo ovvero la sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione o il ritardato esercizio della funzione amministrativa, dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e si sia verificata in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se, per converso, la predetta violazione sia ascrivibile ad errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto (tra le più recenti, CdS, V, 9.10.2013, n. 4968; sez. IV, 21.10.2013, n. 5091; 6.12.2013, n. 5823; sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5935). Con specifico riferimento all'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica è stato affermato che l'Amministrazione è obbligata a tener conto della consistenza del patrimonio dell'intero nucleo familiare, con la conseguenza che è legittimo il provvedimento di revoca dell'assegnazione ove risulti che un suo componente è proprietario di un appartamento di superficie tale da soddisfare le esigenze dell'intero nucleo familiare (CdS V, 11.1.2013, n. 103) e che deve escludersi il diritto di assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica per chi sia proprietario di un alloggio con caratteristiche tali da farlo ritenere per*

*legge adeguato alle sue esigenze, restando irrilevante che l'interessato non abbia la concreta disponibilità dell'immobile di proprietà per essere stato assegnato in sede di separazione giudiziale al coniuge ovvero anche per chi sia titolare soltanto "pro quota" di un alloggio con caratteristiche tali da farlo ritenere per legge adeguato alle esigenze del titolare, potendo l'interessato chiedere lo scioglimento della comunione e divenire così proprietario in via esclusiva di un immobile avente le caratteristiche cui la legge ricollega l'adeguatezza (CdS, IV, 21.2.2005, n. 552), precisandosi altresì, quanto al requisito dell'impossidenza, vale a dire cioè di non essere titolare di un diritto reale (proprietà, usufrutto, uso, abitazione) di un alloggio adeguato alle esigenze del nucleo familiare, che esso deve sussistere alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda e permanere fino al momento della consegna dell'alloggio (CdS, IV, 17.6.2003, n. 3447).*

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2751

**Concessione edilizia - attivazione impianto - produzione di farine proteiche - non è precluso introdurre norme regolamentari più rigorose di quelle rinvenibili nell'art. 216 del T.U. leggi sanitarie.**

*La Quinta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha rilevato come l'art. 216 TULS non contiene un divieto assoluto di insediamento dell'industria di prima classe nell'abitato, ove sia provato che "per l'introduzione di nuovi metodi o speciali cautele, il suo esercizio non reca nocimento alla salute del vicinato". In tal senso sussiste l'orientamento pretorio (CdS, V n. 338/1996), secondo cui non è precluso né illogico fissare con norme regolamentari parametri più rigorosi di quelli rinvenibili nell'art. 216 del T.U. n. 1265/1934 al fine di conseguire una più intensa tutela della salute pubblica.*

Consiglio di Stato Sez. III, 27.3.2014, n. 1486

**Convenzioni CONSIP - enti del servizio sanitario nazionale - art. 1 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 – proroga - diritto comunitario - compatibilità.**

*Va anzitutto rilevato che la sentenza appellata ha correttamente affermato che la normativa nazionale impone all'ASL Carbonia di ricorrere alle convenzioni CONSIP per l'affidamento in questione. Tale obbligo discende dall'art. 15 co. 13 lett. d) del d.l. 6.7.2012 n. 95, cvt. in l. 7.8.2012 n. 135 che prevede che d)...gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, co. 455, della l. 27.12.2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.»*

*L'applicazione di tale norma non è esclusa dall'art. 1 co. 23 del medesimo d.l. che prevede che "agli enti del servizio sanitario nazionale non si applicano le disposizioni di cui al presente articolo" perché il co. 23 dell'art. 1 del d.l. 95/2012, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 15, co. 13 l. d.). Quest'ultimo individua un vero e proprio obbligo per il servizio sanitario nazionale di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla CONSIP, mentre al co. 23 dell'art. 1 va attribuito il solo scopo di escludere l'applicazione del medesimo articolo agli enti del servizio nazionale, giacché materia disciplinata dal successivo art. 15. L'appello verte essenzialmente sulla contrarietà all'ordinamento comunitario delle proroghe delle forniture disposte dall'art. 1 del d.l. 95/2012 nella parte in cui dispone «le quantità ovvero gli importi massimi complessivi» delle Convenzioni CONSIP «sono incrementati in misura pari alla quantità ovvero all'importo originario, a decorrere dalla data di esaurimento della convenzione stessa, ove questa intervenga prima del 31.12.2012» e che «la durata delle convenzioni di cui al precedente com-*

*ma 15 è prorogata fino al 30.6.2013, a decorrere dalla data di esaurimento della convenzione originaria».Ritiene il Collegio che tale proroga contrasti con il diritto comunitario e, come correttamente affermato dalla sentenza impugnata, va disapplicato dal giudice nazionale secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale. La normativa in parola viola, infatti, gli artt. 28 e 31, Dir 2004/18 CE, che precludono la possibilità di affidare contratti pubblici di servizi e forniture senza procedure di gara a evidenza pubblica.*

*Il combinato disposto delle citate norme comunitarie impone agli Stati membri di aggiudicare gli "appalti pubblici facendo ricorso vuoi alla procedura aperta o ristretta, vuoi, nelle circostanze specifiche espressamente previste all'art. 29 della direttiva 2004/18, al dialogo competitivo, vuoi ancora, nelle circostanze specifiche espressamente elencate agli artt. 30 e 31 della medesima direttiva, ad una procedura negoziata. L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva» (Corte di Giustizia CE, sez. III, 10.12.2009, causa C-299/08, punto 29).*

*E' consentito di ricorrere ad una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara, solo nei casi espressamente individuati dagli artt. 30 e 31 della Direttiva. Nella fattispecie in questione il citato art. 31, co. 1, n. 4, lett. b) consente il rinnovo dell'affidamento ricorrendo alla procedura negoziata solo quando ricorrono le condizioni ivi indicate tra le quali rileva che la possibilità del rinnovo sia indicato "sin dall'avvio del confronto competitivo" e l'importo totale previsto per la prosecuzione sia individuato nel bando. Il rinnovo operato ex lege delle convenzioni della Consip si pone pertanto in violazione del diritto comunitario. Mutatis mutandis, si sta ripetendo la situazione di contrasto con l'ordinamento comunitario determinato dall'art. 6, co. 2, ultimo periodo della l. 24.12.1993, n. 537 che, ammettendo il rinnovo tacito dei contratti per la fornitura di beni e servizi della pubblica amministrazione delle pubbliche amministrazioni, determinò l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese, recata dal parere motivato della Commissione europea n. 2003/2110 del 16.12.2003, chiusasi a seguito dell'abrogazione della norma in parola ad ope-*



*ra dell'art. 23 della l. 18.4.2005. Né a diverso avviso conduce la considerazione di parte appellata in ordine alla natura transitoria ed emergenziale delle norme in questione. Né la natura transitoria della norma né tanto meno la finalità di risparmio per le finanze pubbliche in periodo di necessaria "spending review" consentono la violazione della normativa comunitaria e la connessa distorsione delle regole concorrenziali. Correttamente pertanto il giudice nazionale del TAR Sardegna, ha disappli-*

*cato la normativa in questione in quanto contrastante con la Direttiva comunitaria 2004/18. Anche la richiesta avanzata dalla H.C. Hospital Consulting S.p.A, di riformare la sentenza per la declaratoria di parziale inefficacia del contratto in questione va respinta poiché non si ravvisano gli estremi di cui all'art. 121, co. 2, c.p.a., tanto più che il giudice di prime cure ha limitato la portata dell'inefficacia temperando correttamente l'interesse pubblico con gli interessi delle 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](mailto:info@gazzettaamministrativa.it) unitamente a:

- 1) i dati personali dell'Autore, la qualifica professionale e i recapiti;
- 2) un abstract di massimo 250 parole sia in italiano che in inglese, 6 parole chiave e la sua qualificazione attraverso le categoria del sistema U-Gov Miur (saggio, commento, nota... etc...);
- 3) una formale richiesta (v. allegato a) di pubblicazione comprensiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;

b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica sia scientifica che di informazione;

c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la rivista;

d) che l'Autore esonera la rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare, in parti separate, non pubblicare lo scritto oltre che di rimuovere il contributo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

#### **Esame preliminare:**

La redazione, su proposta del **Direttore** o del Vice **Direttore**, svolge un esame preliminare dello scritto e, in particolare, ne valuta:

a) l'attinenza del tema trattato con quelli oggetto della rivista;

b) la qualificazione, anche sulla base dell' espressa richiesta dell'Autore, tra le diverse tipologie di contributi di cui alla classificazione U-Gov Miur;

c) la presenza dei requisiti minimi di accettabilità anche con riguardo alle informazioni rese dall'Autore all'atto della richiesta di pubblicazione di cui ai punti da a) a d);

d) l'eventuale modifica dell' area tematica;

e) qualora lo scritto venga classificato come contributo di “attualità” finalizzato all’aggiornamento professionale, il successivo invio per la valutazione finale da parte di due componenti del **Comitato di redazione**.

### **Referaggio:**

L’Autore di "saggi e contributi scientifici", in caso di esito positivo dell'esame preliminare, riceverà la comunicazione che lo scritto sarà sottoposto a referaggio.

L'attività di valutazione scientifica dei contributi è differenziata a seconda del tipo di contributo da pubblicare:

#### **a) Referaggio di saggi e contributi scientifici:**

Nel caso di collocazione dello scritto nella categoria "saggi e contributi scientifici", il lavoro sarà sottoposto alla valutazione di due revisori fra i componenti del **Comitato di referee**, italiani o stranieri, esperti della materia o del tema oggetto dello scritto medesimo, di cui almeno un professore ordinario, che saranno in rapporto esclusivamente con la **Direzione** della rivista.

È adottato, in via preferenziale, il **sistema di valutazione** c.d. *doublé blind peer review*: il contributo è inviato dal **Direttore** della Rivista ai due revisori in forma anonima e all'autore non sono rivelati i nomi dei revisori, i quali sono vincolati (alla pari del **Direttore** della Rivista) a tenere segreto il loro operato. La segretezza dell'identità dei revisori, anche in caso di giudizio positivo, è a garanzia di una maggiore indipendenza di giudizio.

In via residuale e a discrezione del **Direttore**, può essere utilizzato anche il sistema di valutazione del *peer review* c.d. *open*, in cui si garantisce la forma anonima della valutazione, ma i soggetti chiamati ad effettuare la valutazione potranno conoscere l'identità dell'autore del contributo sottoposto a valutazione.

#### **b) Referaggio di contributi di “attualità” finalizzati all’aggiornamento professionale:**

Per i contributi classificati sotto la categoria "attualità", la valutazione del lavoro sarà effettuata da due componenti del **comitato di redazione** della rivista. In ogni caso, a garanzia di una maggiore indipendenza del giudizio, la valutazione del contributo avverrà sempre in forma rigorosamente anonima e l'autore non potrà conoscere l'identità dei soggetti chiamati a valutare il contributo. Per garantire la celere pubblicazione di un documento di estrema attualità, la valutazione del contributo potrà essere effettuata anche dal **Direttore**.

#### **c) Referaggio di note a sentenza e recensioni:**

In ragione del loro carattere più o meno snello, note a sentenza e recensioni possono essere assoggettate, a scelta del **Direttore**, alla procedura di cui *sub a* ovvero *sub b*.

#### **d) Referaggio di saggi e contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica:**

In via eccezionale, su proposta del **Direttore** accolta dal comitato di **Direzione**, i contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica possono essere pubblicati senza referaggio preventivo, ferma rimanendo la responsabilità del **Direttore**.

### **Valutazione del contributo:**

La valutazione del contributo avviene sulla base dei seguenti criteri:

a) la rigosità dell'impostazione metodologica;

b) l'adeguatezza della bibliografia fatta salva la possibilità di scritti volutamente privi di riferimenti bibliografici;

c) la chiarezza espositiva;

d) l’apporto di novità fornito allo stato di avanzamento degli studi sull'argomento; nelle note a sentenza, il contributo di novità è quello apportato alla motivazione della sentenza stessa, in senso critico o migliorativo.

### **Esito del referaggio**

L'esito del referaggio può comportare:

a) l'accettazione del contributo per la pubblicazione integrale o in parti distinte senza modifiche;

b) l'accettazione subordinata a modifiche migliorative, che sono sommariamente indicate dal revisore; in questo caso il contributo è restituito all'autore per le modifiche da apportare; l'a-

deguatezza delle modifiche apportate è successivamente valutata dal **Direttore** della Rivista senza necessità di ulteriore referaggio;

c) la non accettazione dello scritto per la pubblicazione.

In caso di valutazione divergente dei due valutatori, la decisione finale è presa dal direttore della Rivista, sentito il Comitato di Direzione.

### **Doveri dei revisori.**

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del manoscritto assegnato, o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti, deve notificare la sua decisione al comitato di redazione, rinunciando a partecipare al processo di revisione. I manoscritti ricevuti per la revisione devono essere trattati come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con chiunque non sia previamente autorizzato (tal comitato di redazione). La revisione deve essere condotta obiettivamente. Non è ammesso criticare o offendere personalmente un autore. I referee devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni chiare e documentate.

I revisori hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare ma non citato dagli autori. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. Il revisore deve richiamare l'attenzione del comitato di redazione qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il manoscritto in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale. Le informazioni o idee ottenute tramite la revisione dei manoscritti devono essere mantenute riservate e non utilizzate per vantaggio personale. I revisori non devono accettare manoscritti, nei quali abbiano conflitti di interesse derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione, o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto del manoscritto.

### **Doveri degli autori.**

Gli autori devono garantire che le loro opere siano del tutto originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente, ed il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura del lavoro proposto. Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel manoscritto. I manoscritti devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per eventualmente permettere ad altri la replicazione dell'indagine. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

I manoscritti proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I manoscritti in fase di revisione dalla rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione.

La paternità letteraria del manoscritto è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori nei ringraziamenti.

L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi nel manoscritto, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

### **Conflitto di interessi**

Un conflitto di interessi può sussistere quando un autore (o la sua istituzione), un *referee* o un membro della redazione hanno rapporti personali o economici che possono influenzare in modo

inappropriato il loro comportamento. Questo conflitto può esistere anche se il soggetto ritiene che tali rapporti non lo influenzino. Sta alla direzione della rivista gestire nel miglior modo possibile eventuali conflitti di interessi (ad esempio tramite il sistema dei *referees* anonimi in doppio cieco), e agli autori può venire richiesta una dichiarazione in merito.

#### HANNO PARTECIPATO

Avv. Cino Benelli, Dott. Massimiliano Giuseppe Maffei, Avv. Michela Montanari, Dott. Marco Polese, Dott. Paolo Romani, Avv. Salvatore Russo, Avv. Antonella Rossi, Dott.ssa Cristina Zaccaro.

**Chiuso in redazione il 26 giugno 2014**  
**Finito di stampare nel giugno 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)